

Il risarcimento dei danni nei confronti della P.A. – Evoluzione giurisprudenziale.

martedì 27 settembre 2011

intervento del Presidente dell'Associazione Veneta Avvocati Amministrativi, avv. Franco Zambelli, al Convegno organizzato dall'AIGA. 1) L'attività amministrativa: brevi cenni. Tradizionalmente l'attività amministrativa, ossia quella che persegue e cerca di raggiungere i fini concreti che l'ordinamento giuridico le assegna, nel quadro dei compiti attribuiti alle varie Amministrazioni, è stata suddivisa in attività amministrativa in senso stretto ed attività amministrativa di diritto privato [1]. Le tipiche modalità di esercizio di un siffatto (diverso) tipo di attività erano riconducibili, da un lato (e in particolare), all'adozione di provvedimenti amministrativi, come tali connotati dal requisito dell'autoritarieità [2], dall'altro all'esercizio della generica capacità di diritto comune regolata, nei suoi effetti, dalle più disparate norme di diritto civile. Questa summa divisio sopravvive ancor'oggi dato che l'art. 1 della L.N. n. 241/90, nel delineare i principi generali dell'attività amministrativa, si avvale proprio dell'attribuito dell'autoritarieità per discernere, dall'attività di natura autoritativa poc' anzi illustrata, quella che tale connotato non riveste agendo, la Pubblica Amministrazione, secondo le norme di diritto privato [3]. Trattandosi di attività "umane", che l'Amministrazione svolge nei confronti di altri soggetti dell'ordinamento, è del tutto intuibile che, proprio a fronte dell'esercizio di siffatte attività comunque denominate, possano sorgere diverse forme di responsabilità che dipendono sia (come accennato) dalla diversa veste assunta dalla P.A. nei rapporti giuridicamente rilevanti, sia dalle concrete modalità di esercizio dell'attività posta in essere. A questo proposito va, sin da subito, brevemente, accennato a tre fondamentali distinzioni che la dottrina più accreditata ha, da sempre, tracciato e che risultano assai utili per comprendere appieno la tematica del risarcimento del danno nei confronti della Pubblica Amministrazione. La prima, coesistente allo stesso sistema del diritto amministrativo inteso quale insieme di norme e di mezzi predisposti a valere nei rapporti giuridici cui partecipa la P.A., riguarda la tradizionale dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Non è di certo questa la sede per effettuare un compiuto esame di tali situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, visto il peculiare carattere del presente intervento. Ci basta, in questo contesto, solo evidenziare che la bipartizione ripete il suo presupposto direttamente a livello costituzionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113 Cost. . Articoli, questi ultimi, che, pur avendo una valenza prevalentemente processuale, delineando il sistema di riparto della giurisdizione tra A.G.O. e A.G.A. fondata sulla diversità della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio (appunto, diritto soggettivo o interesse legittimo), presuppongono, al tempo stesso, il riconoscimento della natura sostanziale delle due posizioni soggettive. Queste ultime sono concepite "una, il diritto soggettivo, come un "agere licere", ossia come la sintesi di una posizione di forza e di una posizione di libertà [4] la quale presuppone l'esistenza di norme c.d. di relazione le quali dettano la disciplina dei rapporti tra Amministrazione e soggetti privati, l'altra, ossia l'interesse legittimo, fondata su norme d'azione, come una posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico. Posizione che si compendia nell'attribuzione, a tale soggetto, di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene [5]. La seconda distinzione, che va tracciata a mo' di premessa rispetto al tema da affrontare, riguarda una categoria di posizioni soggettive forse un po' desueta, visti i recenti approdi legislativi e giurisprudenziali in tema di danno nei confronti della Pubblica Amministrazione, ossia quella dei c.d. "diritti condizionati". Diritti che, a differenza di quelli poco sopra ricordati, pur vantando una protezione diretta da parte dell'ordinamento, non conoscono un'altrettanta tutela di carattere illimitato, potendo l'interesse sostanziale, a certe condizioni, essere sacrificato. Si tratta dei c.d. diritti risolutivamente condizionati, i quali affievoliscono ad interessi legittimi allorché vengano legittimamente incisi dall'esercizio delle potestà amministrative (tipico caso è quello della proprietà nei casi di espropriazione per pubblico interesse), cui fa da pendant la categoria dei diritti sospensivamente condizionati, la cui titolarità, si suol dire, risulta subordinata all'altrui potere di rimozione dei limiti posti dall'ordinamento al loro esercizio (tipico caso, anche questa volta in materia proprietaria, è quello del c.d. jus aedificandi). Come vedremo, questa distinzione appare ancora assumere una qualche rilevanza proprio in materia di responsabilità della Pubblica Amministrazione. Per finire, giova ricordare la tradizionale bipartizione, entro la figura dell'interesse legittimo, tra interessi legittimi di tipo pretensivo, fatti valere dall'interessato al fine di accrescere la propria posizione soggettiva mediante utilità pretese dalla P.A. e quelli di tipo oppositivo, con i quali ci si oppone all'emanazione di provvedimenti suscettibili di incidere negativamente nella propria sfera giuridica. Anche in questo caso, la principale ricaduta di siffatta distinzione si rinviene per l'appunto nella materia risarcitoria che a questo punto, senza ulteriori preamboli, si passa ad esaminare innanzitutto nei suoi connotati generali. 2) Le diverse fattispecie risarcitorie astrattamente concepibili nei confronti della P.A.: un quadro sintetico. La tematica del risarcimento dei danni nei confronti dell'Amministrazione è amplissima e si è evoluta nel corso degli anni facendo riferimento, in particolare, alla natura di attività che la P.A. concretamente pone in essere. Come detto, la distinzione più importante è quella che esiste tra attività della P.A. posta in essere iure privatorum ed attività funzionale [6]. Nell'ambito dell'attività svolta dalla P.A. quale un comune soggetto dell'ordinamento, possono configurarsi diverse fattispecie di responsabilità a seconda dei tipi di attività posta in essere. Laddove l'Amministrazione agisca ponendo in essere negozi giuridici, sia unilaterali che bi o plurilaterali, si configurerà, in prevalenza, una responsabilità di tipo contrattuale da inadempimento, regolata dagli artt. 1218 c.c. e ss. del codice civile, fatti salvi i casi in cui le parti non siano giunte alla vera e propria conclusione del negozio ad esempio perché abbiano interrotto prematuramente ed immotivatamente le trattative. Tipico caso si ha in tema di pubblici appalti, se l'Amministrazione abbia attivato e poi interrotto, senza giustificato motivo, la procedura di scelta del contraente denominata "trattativa privata" [7]. Tutta la materia dei comportamenti, riconducibili sia ad atti giuridici sia a veri e propri fatti (illeciti), è invece suscettibile di generare una responsabilità di tipo prevalentemente extracontrattuale,

disciplinata dagli art. 2043 e ss. del codice civile. Tratto comune alle ipotesi poc’anzi delineate è la lesione di diritti soggettivi, agendo l’Amministrazione o alla stregua di un privato ovvero esorbitando dalle proprie attribuzioni come avviene, ad esempio, laddove l’attività sia esercitata in carenza di potere o in esecuzione di atti nulli o annullati. L’attività autoritativa, invece, è astrattamente in grado di incidere tanto posizioni di interesse legittimo, accadendo “normalmente” che, a fronte dell’esercizio di un potere autoritativo, il diritto soggettivo “degradi” ad interesse legittimo (ovvero, più propriamente, emerge il bisogno di tutela del coesistente interesse legittimo del privato, qualificato e differenziato dalla norma giuridica che regola e disciplina l’azione amministrativa), quanto posizioni di diritto soggettivo, nei ben noti casi di “incisione” di diritti fondamentali dell’individuo i quali, in realtà, sono incomprimibili ossia insuscettibili di essere degradati ad interesse legittimi a fronte dell’esercizio, comunque effettuato, della funzione amministrativa. In questi casi si configurerà una responsabilità di tipo extracontrattuale che dovrà essere verificata, nei suoi elementi costitutivi, di volta in volta. Prima di analizzare il percorso normativo e giurisprudenziale che ha condotto ad un sistema, quello attualmente vigente, nel quale vi è una piena forma di tutela risarcitoria avverso l’agire della Pubblica Amministrazione, tanto in fattispecie di lesione di diritti soggettivi quanto di interessi legittimi, occorre fornire il quadro di riferimento dei principi che governano le due forme di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, generate dalle diverse attività della P.A., iniziando dalla responsabilità aquiliana. 2.1) Gli elementi della responsabilità extracontrattuale (o aquiliana) ex art. 2043 c.c. . Gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (c.d. responsabilità extracontrattuale o aquiliana) sono contenuti nell’art. 2043 c.c. . L’art. 2043 c.c. stabilisce che: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”. La giurisprudenza amministrativa più recente [8] ha chiarito che, per giudicare la fondatezza di una domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. ex art. 2043 c.c., il Giudice del merito deve: a) accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come ingiusto, in rapporto alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento; c) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A.; d) accertare, infine, se detto evento dannoso sia imputabile a responsabilità della P.A., non sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, ma di una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa che, in alternativa al dolo, costituisce requisito essenziale della responsabilità aquiliana. Dal punto di vista processuale va, innanzitutto, osservato che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dell'onere della prova, contenuto nell'art. 2697 c.c., in base al quale chi vuole far valere in giudizio un diritto deve indicare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Rileva, per la materia che ci occupa, l’art. 64 del nuovo codice del processo amministrativo, approvato con D.Lgs. n. 104/2010, il quale dispone che: “1. Spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni. 2. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite”. Conseguentemente, graverà sul danneggiato il preciso onere di allegare e provare i citati elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito dato che, in presenza di fattispecie di danno risarcibile, la condanna all’effettivo risarcimento non è conseguenza automatica dell’illegittimità dell’atto [9] non derivando necessariamente, a fortiori, nè dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento né, come vedremo, dalla sola e semplice lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento [10]. Sul versante sostanziale, dunque, un primo passo da compiere per verificare in concreto la risarcibilità del danno è l’accertamento dell’esistenza di un evento dannoso che abbia leso, in presenza di interessi legittimi e/o di diritti soggettivi, il bene della vita del privato. I concetti che vengono in gioco sono sostanzialmente due, ossia tanto l’ingiustizia del danno quanto la tipologia di evento dannoso. l’ingiustizia del danno e il danno risarcibile Circa il primo requisito va osservato che, a partire dalla storica sentenza della Suprema Corte di cassazione n. 500/’99, che verrà illustrata in seguito, nel concetto di “ingiustizia del danno” ammesso al ristoro è stata ricompresa sia la lesione di diritti soggettivi sia quella degli interessi legittimi. Con una puntualizzazione. La sentenza n. 500/’99, in realtà, si spinge molto oltre perché, nell’ammettere la tutela aquiliana degli interessi legittimi, ha stabilito che può pervenirsi al risarcimento soltanto di quell'attività della P.A. che abbia effettivamente determinato la lesione dell'interesse al bene della vita meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento vigente. Ora, il riferimento all’interesse al bene della vita non è sembrato coincidere, pienamente, né con l’interesse legittimo né, in altre ipotesi, con il diritto soggettivo [11]. La dottrina più attenta, commentando la sentenza n. 500/’99, ha quindi sostenuto che “l’interesse legittimo in realtà si sdoppia, o piuttosto genera una nuova figura, nel senso che accanto al tradizionale interesse legittimo collegato al potere amministrativo mediante il nesso di legalità, che si suppone continui ad essere tutelabile con l’azione di annullamento davanti al Giudice amministrativo, appare una nuova situazione tutelabile con l’azione di risarcimento” [12]. Nel prosieguo degli anni è stata chiarita la portata della clausola della “ingiustizia” la quale gioca un ruolo sicuramente determinante nella selezione dei danni risarcibili incentrandosi, però, più che sulla veste formale dello strumento giuridico offerto al privato per la tutela dei suoi interessi (diritto piuttosto che interesse), proprio nella citata lesione dell’interesse sostanziale e, in definitiva, nel danno. In altri termini, come chiarito da una recentissima sentenza del T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, dell’08 giugno 2011, n. 5081, “ai fini della responsabilità aquiliana della P.A. non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Il rilievo centrale, quindi, è assunto dal danno, del quale è previsto il risarcimento qualora sia ingiusto, per cui la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., in quanto occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della P.A., l'interesse al bene della vita al quale, secondo il concreto atteggiarsi del suo

contenuto, l'interesse legittimo effettivamente si collega. È soltanto la lesione al bene della vita, insomma, che qualifica in termini di "ingiustizia" il danno derivante dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'Amministrazione e lo rende risarcibile [13]. Proprio alla luce di queste coordinate che sanciscono una sorta di primato dell'interesse sostanziale e venendo, in concreto, alla lesione, ossia al danno subito da siffatto interesse al soddisfacimento del bene della vita protetto dall'ordinamento, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza (a cominciare dalla stessa sentenza n. 500/99) distinguono, in generale, la tematica dell'accertamento del danno in presenza di diritti soggettivi da quello in presenza di interessi legittimi e, più in particolare, per quanto riguarda quest'ultima ipotesi, i casi di danni in presenza di interessi oppositivi da quelli che si realizzano in presenza di interessi pretensivi. Sul versante del risarcimento dei danni patiti dall'individuo che faccia valere in giudizio un diritto soggettivo asseritamente leso dall'azione della Pubblica Amministrazione, di cui si parlerà in appresso, va ricordato, in questa sede, che fonte di responsabilità potranno essere, come detto, sia i comportamenti della P.A. sia l'attività funzionale che incida sui diritti incompressibili dell'individuo. Per quanto concerne, invece, l'attività della P.A. lesiva di interessi legittimi, bisogna considerare le diverse fattispecie degli interessi oppositivi e degli interessi pretensivi. Circa i primi, la sentenza n. 500/99, che meglio si analizzerà nel prosieguo, ha precisato che "potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere". Secondo le indicazioni della Suprema Corte, quindi, la lesione dell'interesse legittimo di tipo oppositivo in presenza di provvedimenti illegittimi sembrava implicare automaticamente la lesione del bene della vita stante la preesistenza di quest'ultimo. Quest'orientamento trova conferme anche recenti posto che la giurisprudenza amministrativa, ma anche quella civile, hanno, ad esempio, riconosciuto il danno ingiusto "nella lesione dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio prodotta dall'illegittimo esercizio del potere pubblico" [14]. Ancora più netto è il Consiglio di Stato allorché afferma, in tema di danno da disturbo [15], "che, nel caso di procedimenti amministrativi coinvolgenti interessi di tipo oppositivo, la lesione dell'interesse implica "ex se" la lesione del bene della vita preesistente al provvedimento affetto da vizi di illegittimità, sicché l'accertamento della circostanza che la p.a. ha agito illegittimamente di per sé stesso implica l'insorgere di un danno ingiusto nella sfera giuridica del privato" [16]. Ciò significa che, quantomeno nelle ipotesi di interessi legittimi di tipo oppositivo, sembra esistere una sorta di coincidenza tra illegittimità ed ingiustizia del danno. Sennonché, mette conto segnalare quella giurisprudenza amministrativa di legittimità che, ancora una volta nell'ambito del c.d. "danno da disturbo", al fine di evitare una sorta di iperprotezione degli interessi oppositivi, innescata dalla tesi favorevole ad introdurre un'equiparazione tra illegittimità della determinazione provvedimento ed integrazione dell'elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità, ha sottolineato la necessità di accertare la ingiustizia sostanziale dell'attività amministrativa evidenziando che "l'ingiustizia del danno va senz'altro esclusa allorché sia provato che l'Amministrazione non avrebbe diversamente deciso pure osservando la regola violata" [17]. In altri termini, è stato sottolineato che "se il provvedimento complessivo è viziato per ragioni attinenti alla sola forma oppure al solo procedimento, ma risulta ineccepibile sul piano sostanziale, la pubblica Amministrazione potrebbe adottare un provvedimento di identico contenuto sfavorevole per il privato. In questa situazione è difficile giustificare un diritto al risarcimento, salvo a sganciare la responsabilità dell'Amministrazione dal paradigma aquiliano, con conseguente differente valutazione dei presupposti fondanti il diritto al ristoro e distinta quantificazione dei pregiudizi riparabili" [18]. Il che contribuisce, quantomeno in fattispecie peculiari qual è quella descritta, ad attenuare l'equazione tra illegittimità ed ingiustizia del danno che, invece, altra parte della giurisprudenza sembra aver costruito con riferimento all'interesse oppositivo. Di recente, la giurisprudenza di merito ha ulteriormente sottolineato che, venendo in rilievo un provvedimento amministrativo incidente su un interesse di tipo oppositivo, occorre distinguere "la domanda di risarcimento dei danni conseguenti (e che residuano) all'annullamento del provvedimento tempestivamente impugnato e la [] domanda autonoma di risarcimento, cioè una domanda, che, ferma la inoppugnabilità del provvedimento e quindi il permanere dei suoi effetti, abbia a oggetto i danni che derivano dall'illegittimità di quell'atto. Insomma l'esercizio vittorioso dell'azione di impugnazione del provvedimento che sacrifica illegittimamente un interesse di tipo oppositivo con i normali effetti caducatori e conformativi in parte (e talvolta anche interamente) reintegra l'interessato nei suoi interessi e i danni dei quali questi può ottenere la riparazione sono in genere danni ulteriori che residuano (o possono residuare) al ripristino della situazione precedente all'atto impugnato. Nel caso in cui l'annullamento del provvedimento non sia richiesto ovvero l'impugnazione — come avviene nel caso di specie — sia inammissibile, il risarcimento del danno che viene richiesto ha natura diversa perché i danni da risarcire, previa verifica dell'illegittimità dell'atto inoppugnabile (e che per tale ragione continua a produrre i suoi effetti), sono i danni che derivano dal consolidamento (o se si vuole) dalla irreversibilità della situazione che l'atto illegittimo ha creato. Ma se così stanno le cose la domanda risarcitoria deve essere opportunamente definita con una puntuale allegazione delle componenti del danno di cui è chiesta la riparazione (a parte ogni ulteriore rilievo in merito alla quantificazione e alla prova) [19]. La pronuncia, di non facile lettura, nella sua prima parte sembra riproporre l'equazione tra illegittimità del provvedimento ed ingiustizia dell'attività amministrativa. Da un lato, infatti, si prevede che la reintegrazione negli interessi del privato passi (e si esaurisca) normalmente mediante l'esercizio vittorioso dell'azione di annullamento. Esercizio che, rimuovendo l'illegittimità del provvedimento, par di capire, avrebbe la virtù taumaturgica di elidere un fatto storico che, invero, dovrebbe continuare a rivestire importanza, indipendentemente dall'intervenuto annullamento, nella misura in cui appare comunque suscettibile di qualificare l'attività della P.A. come "ingiusta", così integrando uno degli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria di natura extracontrattuale. Coerentemente, la sentenza riconosce che i danni eventualmente configurabili sarebbero meramente eventuali (testualmente: "possono residuare") e, soprattutto, sembrano del tutto svincolati dall'esistenza del provvedimento ormai annullato e, dunque, ritenuto non più esistente nemmeno a fini qualificatori della clausola dell'ingiustizia.

Tale impostazione viene implicitamente confermata dalla seconda parte della motivazione della pronuncia nella quale il Tar, non a caso, si riferisce, per le ipotesi di tutela di annullamento non attivata ovvero infruttuosamente esperita, ad una asserita natura "autonoma" dell'azione di risarcimento. In questi casi i danni vengono concepiti come derivanti dal consolidamento della irreversibilità della situazione che l'atto ha creato e non, direttamente, come dovrebbe essere, dalla sua illegittimità, ciò a fortiori confermando che l'impostazione di base, per gli interessi legittimi di natura oppositiva, rimane in qualche modo cristallizzata nell'individuare automaticamente l'ingiustizia del danno facendola coincidere con la illegittimità del provvedimento. Tant'è che, per questi casi di "consolidamento" della situazione illegittima [20], il Tar prevede la necessità di una puntuale allegazione delle altre componenti del danno di cui è chiesta la riparazione, evenienza che non sembra richiedersi per gli altri casi già visti. Venendo, invece, ai c.d. interessi pretensivi, la Suprema Corte di Cassazione, con la già ricordata sentenza n. 500/99, ha chiarito che la risarcibilità del danno va subordinata ad una valutazione sulla spettanza del bene della vita in un'ottica prognostica. In altri termini, la Cassazione ha specificato che il giudizio prognostico sulla fondatezza o meno della istanza proposta dal privato, giudizio da condurre in riferimento alla normativa di settore, è volto a "stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un obiettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta". Ancor oggi la giurisprudenza amministrativa afferma, per quanto riguarda l'interesse pretensivo, che "il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato ex ante, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse" [21]. Si è posto, in giurisprudenza, il problema di verificare quando e in che limiti il Giudice Amministrativo possa sostituirsi alla P.A. per valutare, in ottica prognostica, la spettanza del bene della vita. In proposito, si distingue tra attività vincolata ed attività discrezionale. Nel primo caso, com'è intuibile, non si pongono particolari problemi perché il Giudice non farà altro che sussumere la fattispecie concreta entro la astratta norma di legge, per poi riconoscere (o meno) che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare quel certo contegno preteso dal privato a seguito dell'accertamento della sussistenza dei presupposti normativi del caso [22]. Mutatis mutandis, si è sostenuto in giurisprudenza che "ai fini del risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi, in presenza di attività vincolata della p.a. il giudice deve valutare la concreta idoneità del provvedimento ad impedire il conseguimento del bene della vita e della connessa utilità economica, effettivamente spettante all'interessato" [23]. I veri problemi sorgono, invece, per l'attività discrezionale. La discrezionalità, tradizionalmente, viene suddivisa in discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa.

Con il primo termine si fa riferimento a tutti quei casi nei quali la scelta amministrativa per il soddisfacimento dei fini previsti dalla legge non riguarda lo stabilire ciò che sia più opportuno fare, ma ha ad oggetto una situazione di fatto la quale costituisce il presupposto per l'emanazione del necessario e conseguente provvedimento amministrativo. Situazione di fatto da accertarsi mediante "valutazioni di carattere tecnico". Si fanno, solitamente, gli esempi del "pregio" storico-architettonico di un immobile necessario per sottoporlo ad un vincolo, ovvero la "variazione essenziale" in tema di abusi edilizi per legittimare l'ingiunzione di demolizione oppure, ancora, la "non idoneità" come causa di esclusione da un concorso pubblico. Ebbene, due orientamenti giurisprudenziali si contendono il campo posto che, per un primo filone, che appare più restrittivo, al Giudice Amministrativo sarebbe precluso un vero e proprio giudizio prognostico sulla spettanza del bene in ragione della impossibilità di sostituire la propria valutazione tecnica a quella posta in essere dall'Amministrazione. Una recente sentenza del Consiglio di Stato, resa in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, esemplifica l'orientamento osservando, coerentemente, che "nelle controversie in materia di appalti pubblici il sindacato c.d. intrinseco, che il giudice amministrativo è legittimato a compiere, deve arrestarsi al momento della verifica di congruenza del procedimento tecnico adottato dalla Pubblica amministrazione, senza pretendere che sostituisca il proprio giudizio a quello di quest'ultima (c.d. sindacato debole), atteso che in presenza di interessi, la cui cura è dalla legge espressamente delegata ad un certo organo amministrativo, ammettere che il giudice possa autoattribuirseli rappresenterebbe quanto meno una violazione delle competenze, se non addirittura del principio di separazione tra i poteri dello Stato" [24]. Questo orientamento è parzialmente attenuato (ma, in realtà, pienamente confermato) laddove l'Amministrazione abbia esercitato la propria attività ponendo in essere valutazioni non connotate da discrezionalità tecnica ma dalla necessità di porre in essere accertamenti tecnici insuscettibili di approdare a valutazioni di carattere eterogeneo. Si è specificato, infatti, che il sindacato sull'attività esercitata dalla Pubblica Amministrazione può essere "pieno" quando l'attività richiesta all'Amministrazione non presupponga la spendita di discrezionalità tecnica ma di accertamenti di carattere tecnico, che implicano la verifica di dati certi non suscettibili di apprezzamenti opinabili [25]. Queste conclusioni sono, invece, sconfessate da altra parte della giurisprudenza, che appare, però, minoritaria, secondo la quale il giudizio prognostico posto in essere in fase giudiziale, in definitiva, non comporterebbe alcuna sostituzione del G.A. alla P.A. in quanto la valutazione sarebbe meramente funzionale al ristoro patrimoniale. È stato, infatti, chiarito che "Nel caso in cui un'impresa illegittimamente esclusa da una gara d'appalto abbia chiesto il risarcimento del danno e il contratto di appalto sia già stato, nel frattempo, eseguito, cosicché l'amministrazione non ha interesse alcuno a rinnovare la procedura, l'unico strumento attraverso il quale garantire alla ricorrente una tutela effettiva, intesa come concreto ristoro del pregiudizio subito, appare quello di disporre una consulenza tecnica d'ufficio per effettuare una gara virtuale al fine di far decidere all'esperto nominato se essa sarebbe risultata aggiudicataria dell'appalto. In tal modo non si invade il merito dell'azione amministrativa, che ha già trovato pieno svolgimento, ma si effettua un apprezzamento postumo dell'azione amministrativa a particolari fini risarcitori, il che indiscutibilmente rientra nell'area dei poteri del

giudice” [26]. Le stesse problematiche sin qui descritte si registrano anche in tema di discrezionalità amministrativa, con una eco maggiormente amplificata trattandosi di ipotesi in un cui il rischio di un’ingerenza del Giudice nella sfera riservata alla pubblica Amministrazione è tangibile, ove si consideri che il giudizio prognostico implica necessariamente l’uso della discrezionalità che rientra nella sfera esclusiva riservata alla Pubblica Amministrazione. In tali ipotesi l’ammissibilità del giudizio prognostico non è affatto chiara. Le tesi che si sono affermate sul punto sono diverse. Secondo una prima impostazione [27] il risarcimento del danno potrebbe essere domandato solo dopo che la P.A., adeguandosi spontaneamente al giudicato di annullamento o in sede di ottemperanza, abbia emanato il provvedimento richiesto. L’accertamento della spettanza del bene della vita, dunque, rimarrebbe precluso al Giudice e la responsabilità civile dell’amministrazione potrebbe essere dichiarata solo dopo che la stessa abbia comprovato accogliendo l’istanza a suo tempo proposta, con la conseguenza che il risarcimento del danno sarebbe limitato al solo ritardo. Tale orientamento non viene seguito perché, di fatto, conduce a neutralizzare la stessa possibilità di esperire fruttuosamente l’azione di risarcimento del danno, comportando la scomparsa della tutela per equivalente. Il che non può avvenire. Altro orientamento ha, quindi, sostenuto che andrebbe riconosciuta la possibilità di far valere l’illecito civile dell’Amministrazione, la cui discrezionalità sarebbe salvaguardata dalla possibilità di costituirsi in giudizio per evidenziare le ragioni di infondatezza della pretesa, esternando i motivi, anche di merito, che ostano al rilascio del provvedimento. Il giudizio risarcitorio diverrebbe, così, la sede naturale nel quale l’Amministrazione è chiamata, a fini processuali, ad una riedizione dell’attività amministrativa e se i motivi esposti per giustificare il diniego risultassero illegittimi il Giudice potrebbe riscontrare la fondatezza dell’istanza accertando l’ingiustizia del danno subito. Altra tesi ancora nega al G.A. di compiere alcun giudizio prognostico ritenendo che il risarcimento del danno da lesione di interesse pretensivo possa concedersi in presenza di una seria probabilità di soddisfacimento di tale interesse. A fronte di questi orientamenti la Suprema Corte di Cassazione, in una recente sentenza, ha respinto queste tesi affermando, innanzitutto, che “allorquando l’istanza di accoglimento di un provvedimento che realizzerebbe un interesse pretensivo sia stata negata dall’Amministrazione sulla base dell’esercizio di un potere di valutazione espressione di discrezionalità amministrativa ed il provvedimento di diniego sia stato annullato dal giudice amministrativo per insufficienza od idoneità della motivazione (come nella specie), di modo che l’Amministrazione sia sostanzialmente tenuta non già a provvedere positivamente, bensì a provvedere nuovamente motivando in modo idoneo, se del caso anche con il solo approfondimento degli elementi oggetto della motivazione insufficiente (purchè non limitandosi a reiterare la motivazione censurata), il privato che agisca per il risarcimento del danno da lesione dell’interesse pretensivo per la sua mancata realizzazione è tenuto ad allegare e dimostrare (a parte profili rilevabili d’ufficio) gli elementi di fatto e di diritto (afferenti agli indici normativi che regolano l’esercizio del potere) che rendono fondata la sua istanza, cioè che sono idonei ad evidenziare che l’esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione non avrebbe potuto che estrinsecarsi con il suo accoglimento, non potendo postularsi che la fondatezza della stessa possa senz’altro desumersi per effetto della mancata allegazione in giudizio da parte dell’amministrazione di ragioni ostative all’accoglimento dell’istanza diverse da quelle ritenute insufficienti per come esplicitate nel provvedimento di diniego oppure per effetto della mancata deduzione dell’avvenuto approfondimento di dette ragioni” [28]. Con ciò la Corte di Cassazione viene a sconfessare la tesi per la quale, imponendo all’Amministrazione di indicare le ragioni ostative all’accoglimento della domanda, il Giudice avrebbe modo di accertare la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta dal privato anche quando la stessa implichi valutazioni di ordine discrezionale. Non miglior sorte ha il primo filone interpretativo descritto che la Corte di Cassazione afferma che “non è sostenibile che, nel caso di annullamento in sede giurisdizionale amministrativa per insufficienza od inadeguata motivazione sull’esercizio del relativo potere discrezionale, del diniego del rilascio di un provvedimento richiesto a soddisfazione di un interesse pretensivo, il diritto al risarcimento del danno del privato si configuri soltanto qualora successivamente l’Amministrazione provveda positivamente e si identifichi nel cd. danno da ritardo, non essendo invece configurabile alcun danno, in mancanza di tale successivo provvedimento positivo: fermo che nel caso di adozione di tale provvedimento sarà configurabile solo un danno da ritardo, nel caso che tale adozione sia mancata, proprio sulla base dei principi tracciati dalla sentenza n. 500 del 1999 e sopra esplicitati (ma stavolta applicabili anche dinanzi alla giurisdizione amministrativa successivamente al discrimine insorto per le varie vicende delle riforme di cui al D.Lgs. n. 80 del 1998 ed ai provvedimenti normativi successivi) il danno è configurabile - nei sensi ed alle condizioni indicate - come danno da mancata consecuzione del provvedimento ampliativo”. La questione dei presupposti e dei limiti del giudizio in presenza di valutazioni amministrative discrezionali non può, dunque, essere risolta in generale ma va circoscritta a quelle ipotesi nelle quali il giudizio prognostico sull’attività discrezionale sia effettivamente possibile come avviene, ad esempio, in quei casi di discrezionalità limitata o che risulta a monte indirizzata da atti generali o da prassi amministrative. In caso contrario il risarcimento del danno non sembrerebbe ammissibile. Tuttavia, allorquando la fattispecie concreta non consenta al Giudice di formulare una valutazione di verosimiglianza sull’esito del procedimento, la giurisprudenza ha elaborato una soluzione per non vanificare la tutela risarcitoria, quella di riconoscere il danno da perdita di chance [29]. In tale ipotesi, il concetto di chance identifica una diversa figura di danno, incentrata non sul mancato raggiungimento del risultato ma sulla perdita della possibilità di conseguirlo. Perdita che assume in sé consistenza economica. In questi casi, ovviamente, cambia il bene della vita la cui spettanza deve essere accertata dal Giudice dato che ai fini della declaratoria della responsabilità civile sarà sufficiente verificare che l’azione amministrativa, ove correttamente esercitata, avrebbe dato all’interessato una ragionevole probabilità di conseguire il provvedimento ampliativo. Il nesso di causalità. Va osservato, in tema di causalità, che nella responsabilità civile il nesso causale è regolato dai principi espressi dagli artt. 40 e 41 del c.p., per i quali un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all’interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano (ad una valutazione ex ante) del tutto inverosimili, ferma restando, peraltro, la diversità del regime

probatorio applicabile in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi. Infatti, all'accertamento del nesso causale in materia civile e, così, anche in quella amministrativa[30], si applica la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" [31]. Laddove nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio". Un caso particolare si pone ’omissione colposa nella quale il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto. Rilievo che si traduce, a volte, nell'affermazione dell'esigenza, per l'imputazione della responsabilità, che il danno sia una concretizzazione del rischio che la norma di condotta violata tendeva a prevenire. Il Giudice, pertanto, è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi. L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato "controfattuale" che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato. ’elemento soggettivo Anche per ’accertamento dell’elemento soggettivo dell’illecito civile (dolo o colpa) assume un ruolo fondamentale la sentenza della Suprema Corte di Cassazione n. 500’99. Prima di questo arresto ’orientamento consolidato della Suprema Corte, in tema di risarcibilità delle (sole) posizioni di diritto soggettivo incise da un provvedimento illegittimo della p.a., negava ogni necessità di accertare ’elemento psicologico. Infatti si riteneva che l'annullamento, da parte del G.A., del provvedimento amministrativo che avesse degradato il diritto del privato a interesse legittimo, con la rimozione degli effetti dell’atto e, dunque, con la riespansione del diritto soggettivo leso, determinasse un fatto illecito della p.a. rispetto al quale non vi era alcuna necessità di uno specifico accertamento dell'elemento soggettivo della imputabilità per colpa o dolo. La colpa della p.a. risultava, infatti, di per sé ravvisabile nella accertata illegittimità del provvedimento, ossia nella sua non conformità alle norme alle quali si doveva rapportare l'attività amministrativa (norme d’azione), realizzata in violazione di esse con la emissione del provvedimento (necessariamente volontaria) e con la sua esecuzione, indipendentemente dalla natura del vizio per il quale è stato pronunciato l'annullamento [32]. Con la sentenza n. 500’99, invece, riconosciuto che la colpa (unitamente al dolo) costituisce una componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., è stato altresì precisato che, ai fini dell'accertamento della colpa, non sarà invocabile il principio sopra descritto secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in re ipsa nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo poiché tale principio, “non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri nella negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883-91) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità” [33]. La pronuncia del 1999, quindi, individua il concetto di colpa rapportandolo all’ “apparato” e non al singolo funzionario e, inoltre, esplicita il concetto di colpa avvicinandolo ai limiti esterni della discrezionalità amministrativa, ossia le ben note regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. Le critiche mosse a questa rivoluzionaria impostazione sono state sostanzialmente due. Da un lato si è ravvisata la vaghezza del concetto di apparato, nemmeno specificato nella sentenza n. 500’99. Dall’altro, la dottrina [34] ha lamentato una certa sovrapposibilità della ricordata nozione di colpa rispetto alla nozione dell’eccesso di potere ovvero, addirittura, trattandosi di regole di buona amministrazione, ai vizi di merito dell’azione amministrativa. La giurisprudenza amministrativa successiva alla pronuncia n. 500/99, nel tentativo di risolvere queste problematiche, ha dato luogo a diversi orientamenti. Secondo un primo filone, dovrebbe seguirsi una nozione oggettiva di colpa perché “nell'ambito della azione di risarcimento del danno susseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo lesivo, la valutazione dell'elemento psicologico della colpa deve essere svolta alla luce dei vizi che inficiano il provvedimento e, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo e delle condizioni concrete in cui ha operato l'amministrazione.[35] Ancora, si è detto che “L'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'Amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'Amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità” [36]. Altra parte della giurisprudenza ha, invece, affermato che ’illecittimità del provvedimento amministrativo può essere interpretata come indice presuntivo della colpa. In una recentissima pronuncia, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che “se è vero che la sola accertata illegittimità del provvedimento amministrativo non è di per sé sufficiente a fondare e ad accogliere la domanda risarcitoria, dovendosi sempre accertare anche la colpa dell'Amministrazione, l'effettiva sussistenza del danno ed il nesso di causalità fra il provvedimento ed il danno, il privato danneggiato può però limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova della sussistenza dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c., ovviamente desunta dalla singola fattispecie, restando a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore addebitabile a fattori esterni, quali contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, complessità del fatto ovvero influenza di altri soggetti” [37]. Per quanto concerne, infine, il dolo, va solo detto che esso, a differenza della colpa, non presuppone un accertamento che coinvolga ’intero apparato amministrativo quanto, piuttosto, il singolo funzionario agente dipendente

dell'Amministrazione. In proposito va ricordato il fondamentale disposto dell'art. 28 della Costituzione secondo il quale: «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». L'Amministrazione risponde verso i terzi in virtù del rapporto di immedesimazione organica. Sennonché, va ricordato l'indirizzo giurisprudenziale per il quale l'immedesimazione organica verrebbe spezzata nell'ipotesi in cui il funzionario agisca volontariamente per arrecare danno ai terzi ovvero in ipotesi di reato. Ha precisato infatti, il Consiglio di Stato, che «La p.a. non è responsabile dei danni cagionati a terzi dal proprio dipendente nella commissione di un reato. La condotta, accertata come penalmente rilevante, posta in essere dal dipendente per il perseguimento di un interesse personale del tutto avulso dalle finalità istituzionali dell'amministrazione, infatti, spezza il rapporto organico esistente tra questa e quello, con la conseguenza che quanto compiuto illegittimamente dal dipendente non può rifluire in capo all'amministrazione datrice di lavoro, neppure a titolo di cd. "colpa d'apparato", considerato che questa risulta estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva di danno. (Nella specie, si è rigettata la domanda proposta nei confronti di un Comune da un privato per il risarcimento dei danni derivanti dall'erronea quantificazione degli oneri di urbanizzazione ad opera di un funzionario, il quale è stato condannato per i reati di cui agli art. 81 cpv., 56, 317 e 323 c.p. in sede penale, nella quale il Comune si era altresì costituito parte civile)»; [38].

2.2) La responsabilità extracontrattuale da lesione di diritti soggettivi: accenni. Abbiamo già accennato all'art. 28 della Costituzione. Va peraltro approfondito che, per quanto riguarda gli elementi della responsabilità extracontrattuale da lesione di diritti soggettivi, essi sono quelli generali già visti ed analizzati ossia l'evento dannoso, l'ingiustizia del danno, il nesso di causalità e la riferibilità psichica dell'evento al suo autore in termini di dolo o colpa. Alcuni problemi si sono posti per quanto riguarda, però, l'applicazione degli artt. 2050 e 2051 in tema di responsabilità per esercizio di attività pericolose e di danni cagionati da cose in custodia. Circa la sfera di applicazione del primo articolo nei confronti della P.A. risulta, ad oggi, completamente superata la tesi negativa, la quale ripeteva il suo presupposto fondamentale sulla (ormai desueta) presunzione di legittimità dell'azione amministrativa ritenuta incompatibile con la presunzione di colpa sancita dall'articolo 2050 cc. Si è quindi posta la questione dell'applicabilità dell'art. 2050 cc ad esempio a fattispecie relative a scavi su un tratto di costa. Scavi effettuati dall'amministrazione pubblica per la realizzazione di un nuovo porto. Ed è stato chiarito che «Costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c. non solo le attività che tali sono qualificate dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, ma anche le diverse attività che comportino la rilevante probabilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura e per le caratteristiche dei mezzi usati, non solo nel caso di danno che sia conseguenza di un'azione, ma anche nell'ipotesi di danno derivato da omissione di cautele che in concreto sarebbe stato necessario adottare in relazione alla natura dell'attività esercitata alla stregua delle norme di comune diligenza e prudenza. Ne consegue che l'attività edilizia, massimamente quando comporti rilevanti opere di trasformazione o di rivolgimento o di spostamento di masse terrose e scavi profondi ed interessanti vaste aree, non può non essere considerata attività pericolosa ai fini indicati da detta norma»; [39]. Per i danni da cose in custodia di cui all'art. 2051 cc, a fronte di una tesi che ne escludeva tout court l'applicazione all'Amministrazione, a causa della inesigibilità (viste le dimensioni) di un onere di controllo dei beni pubblici, è stata elaborata anche la tesi opposta in materia di insidie e trabocchetti stradali, ritenendo che sia necessario un apprezzamento relativo alla effettiva possibilità di controllo. La Suprema Corte ha così affermato che «una lettura costituzionalmente orientata delle norme di tutela riferite alla responsabilità civile della pubblica amministrazione in relazione alla non corretta manutenzione del manto stradale e del marciapiede, che costituisce il normale percorso di calpestio dei pedoni, la Corte ha stabilito che la presunzione di responsabilità di danni alle cose si applica, ai sensi dell'art. 2051 c.c., per i danni subiti dagli utenti dei beni demaniali, quando la custodia del bene, intesa quale potere di fatto sulla cosa legittimamente e doverosamente esercitato, sia esercitabile nel caso concreto, tenuto conto delle circostanze e della natura limitata del tratto di strada vigilato»; [40].

2.3) Gli elementi della responsabilità contrattuale. Gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per illecito contrattuale sono contenuti nell'art. 1218 c.c. . L'art. 1218 c.c. stabilisce che: «Responsabilità del debitore Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile». Ora, non potendosi dilungare oltre sulla tematica che appare di natura prevalentemente civilistica, va unicamente evidenziato che, rispetto all'illecito aquiliano, la citata responsabilità contrattuale ha alcune peculiarità consistenti, innanzitutto, nell'onere della prova, invertito ai sensi dell'art. 1218 cc, il quale prevede sia il debitore danneggiante a dover provare che il suo inadempimento, o il ritardo, non siano a lui imputabili. Altra diversità concerne la prescrizione che dovrà essere valutata ordinariamente come decennale in una con la costituzione in mora (art. 1219 c.c.), che appare necessaria per la stragrande maggioranza delle ipotesi contrattuali e l'area del danno risarcibile in considerazione dell'applicabilità alla sola responsabilità contrattuale, dell'art. 1225 cc sulla prevedibilità del danno secondo cui se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione.

3) L'evoluzione del sistema di responsabilità nei confronti della P.A.: dalla L.A.C. del 1865 al codice del processo amministrativo del 2010 .

3.1) La legge sul contenzioso amministrativo: l'orientamento tradizionale e la risarcibilità dei soli diritti soggettivi. La legge 20 marzo 1865 n. 2248 (all. E), c.d. legge abolitrice dei tribunali speciali aventi giurisdizione sul contenzioso amministrativo (L.A.C.), stabiliva, in tema di risarcimento del danno causato dall'esercizio della funzione amministrativa, che l'unica posizione suscettibile di risarcimento era il diritto soggettivo soppresso o menomato dalla pubblica amministrazione e che il Giudice competente a concedere il risarcimento era il Giudice ordinario. Laddove l'interesse legittimo, dapprima non esistente e riconosciuto solo a seguito dell'istituzione della IV sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, poteva trovare una forma di ristoro; solo in via amministrativa

ovvero, giurisdizionalmente, in via in diretta mediante l'annullamento dell'atto. Sennonchè, anche in via giurisdizionale, il privato doveva accontentarsi del ristoro dell'interesse legittimo che poteva derivargli dal ripristino della situazione anteriore all'adozione dell'atto annullato, come effetto automatico dell'annullamento del medesimo. Il che, evidentemente, tagliava fuori dalla sfera di "soddisfazione" (relativa) del privato tutti i c.d. interessi pretensivi, laddove era ammessa la forma di ristoro dei c.d. interessi oppositivi in quanto, a fronte dell'annullamento dell'atto e della conseguente riespansione del diritto soggettivo, ciò che veniva in concreto risarcito era il pregiudizio a quest'ultima situazione di vantaggio, non di certo all'interesse legittimo.

3.2) La direttiva CE 89/665 e la legge comunitaria 142/1992: un primo spiraglio lungo la via della risarcibilità degli interessi legittimi in tema di appalti. Un primo spiraglio di cambiamento è attribuibile ad una norma del 1992, l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142 (ossia la legge comunitaria del 1993), la quale, in materia di appalti pubblici, ha precisato che: "1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. 2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo". In altri termini, la L.N. n. 142/1992 ammise il risarcimento del danno arrecato ad interessi pretesivi.

3.3) Il Decreto Legislativo n. 80/1998: il risarcimento del danno nelle materie di giurisdizione esclusiva degli artt. 33 e 34. Successivamente, con il D.Lgs n. 80 del 1998 (articoli 33, 34 e 35), successivamente modificati, come si dirà, dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, sono state introdotte delle innovazioni assai significative perché, da un lato, sono state introdotte nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo secondo blocchi di materie in tema di servizi pubblici e dei provvedimenti e comportamenti riguardanti il campo della edilizia e dell'urbanistica; dall'altro, è stata attribuita al Giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno nelle nuove materie di giurisdizione esclusiva con la precisazione della possibilità di risarcire il danno sia per equivalente sia in forma specifica. Ovviamente, a fronte di questo sopravvenuto sistema normativo, se, per gli interessi oppositivi, già sussisteva tutela risarcitoria, essendo questi assistiti dal diritto al risarcimento ricollegabile a figure di diritti prima degradati e poi riespansi [41], per gli interessi pretesivi non v'era ancora alcuna forma di tutela che vi sarà solo a seguito della sentenza n. 500/99 della Suprema Corte che si passa a delineare.

3.4) La sentenza n. 500/1999: risarcibilità dell'interesse legittimo e pregiudiziale amministrativa. Le modifiche introdotte dal D.Lgs. n.80/1998 costituiscono il preludio di una stagione densa di novità sia dal punto di vista giurisprudenziale che normativo. Fulcro di tale stagione è rappresentato dal noto arresto della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite la quale, con sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, fornisce una innovativa lettura dell'art. 2043 c.c. Lettura dirimpante, in quanto scardina il "dogma" della irrisarcibilità degli interessi legittimi, originando, al contempo, la problematica della c.d. "pregiudizialità amministrativa". Può essere utile riassumere brevemente la vicenda all'origine della decisione. Un cittadino toscano conviene in giudizio avanti il Tribunale ordinario di Firenze il Comune di Fiesole per ivi sentirlo condannare al risarcimento dei danni conseguenti al mancato inserimento, nel piano regolatore generale, tra le zone edificabili, dell'area di proprietà, già oggetto di convenzione di lottizzazione. Denegato inserimento già dichiarato illegittimo in via definitiva dal Consiglio di Stato per difetto di motivazione, non avendo la P.A. adeguatamente esplicitato le ragioni che l'avevano indotta a disattendere la precedente convenzione. L'Amministrazione convenuta avanza regolamento preventivo di giurisdizione avanti le SS.UU. della Corte di Cassazione, deducendo che l'attore, aspirando alla realizzazione di iniziative edificatorie, è titolare, nei confronti della P.A., di una posizione di mero interesse legittimo e non già di diritto soggettivo perfetto. Di conseguenza, in applicazione del remoto e costante orientamento della S.C. (sentenze n. 442-88; n. 7213-86; n. 4944-91; n. 3963-94) che esclude la risarcibilità degli interessi legittimi, la P.A. invoca la declaratoria di difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda. Il ricorso ripropone, dunque, la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo.

LE STATUZIONI DELLA SUPREMA CORTE: FONDAMENTO DELLA TESI DELL'IRRISARCIBILITÀ DEGLI INTERESSI LEGITTIMI. La Suprema Corte osserva, anzitutto, che il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi si è formato e consolidato con il concorso di due elementi: a) il sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della P.A. tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo - interesse legittimo, caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l'atto lesivo dell'interesse legittimo, ma non può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli interessi legittimi); b) la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., nel senso che costituisce "danno ingiusto" soltanto la lesione di un diritto soggettivo (sent. n. 4058-69; n. 2135-72; 5813-85; n. 8496-94; n. 1540-95).

LA NUOVA INTERPRETAZIONE DELL'ART. 2043 C.C. Interpretazione che la Suprema Corte definisce "la radice del problema" e che viene contestata nei suoi assunti fondanti. In particolare la Corte, aderendo ai rilievi critici della dottrina prevalente, osserva: - per un verso, che dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. non può evincersi che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo (e tantomeno il diritto assoluto, come ha convenuto la giurisprudenza di questa S.C. con la sentenza n. 174-71, con orientamento divenuto poi costante); - per altro verso, che la scissione della formula "danno ingiusto", per riferire l'aggettivazione "ingiusto" alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l'ingiustizia è requisito del danno. Si sottolinea, dunque, la centralità del danno nella disposizione in esame, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia "ingiusto", mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità. L'area della risarcibilità non è quindi definita da

altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato non iure, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (non iure), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (altra opinione ricollega l'ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono). In altri termini, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante. Una volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del "danno ingiusto" e che è ingiusto il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. Ciò non equivale – come sottolineano le SS.UU. - ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo. Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere. Circa gli interessi pretensivi, come già si è ampiamente detto, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. LE CONSEGUENZE DELLA NUOVA LETTURA DELL'ART. 2043 C.C. L'ultima parte della sentenza è dedicata alla disamina delle conseguenze derivanti in tema di riparto di giurisdizione dalla nuova lettura della normativa sulla responsabilità aquiliana. Il giudice nomofilattico precisa che, per tutti giudizi pendenti anteriormente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 80/1998, sarà chiamato a conoscere delle controversie inerenti il risarcimento del danno nei confronti della P.A. il giudice ordinario, quale giudice chiamato a pronunciarsi su tutte le questioni di risarcimento danni. Per i giudizi instaurati successivamente al 1° luglio 1998 e attinenti a materie devolute dal citato D.lgs. 80/1998 sarà, invece, il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva a doversi pronunciare. La Corte fornisce, inoltre, precisazioni circa i criteri ai quali dovrà attenersi il giudice di merito per quanto concerne il merito della pretesa. Quest'ultimo – si legge nella sentenza - dovrà: a) in primo luogo, accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) quindi stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero un interesse legittimo; c) accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.; d) stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A., tenendo presente che l'imputazione non potrà avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa. L'AFFERMAZIONE SULLA NON NECESSARIA PREGIUDIZIALITÀ; DEL GIUDIZIO DI ANNULLAMENTO Dopo aver fornito tali indicazioni, la sentenza affronta lo spinoso tema della pregiudizialità amministrativa (ossia la subordinazione, affermata dal giudice amministrativo e negata dalla Cassazione, della domanda di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo al previo annullamento del provvedimento medesimo da parte del giudice della legittimità dell'azione amministrativa) optando per una soluzione che, come vedremo, creerà non poche problematiche in futuro, dando il via ad una annosa diatriba che vedrà a più riprese contrapposte l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e che solo di recente, anche per effetto dell'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, sembra essersi sopita. Ci sembra utile estrapolare alcuni significativi passaggi della sentenza n. 500/1999 sul tema. Affermano i Supremi Giudici: “Rispetto al giudizio [risarcitorio: n.d.r.] che può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento. Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo e, quindi, all'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi e non può, quindi, trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo. E l'autonomia tra le due giurisdizioni risulta ancor più netta ove si consideri il diverso ambito dei giudizi, ed in particolare l'applicazione, da parte del giudice ordinario, ai fini di cui all'art. 2043 c.c., di un criterio di imputazione della responsabilità non correlato alla mera illegittimità del provvedimento, bensì ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento della colpa, dell'azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto. Qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa (a differenza di quanto è avvenuto nel procedimento in esame) non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.” 3.5) Gli effetti della sentenza n. 500/1999 sull'ordinamento e la legge 205/2000. I principi della sentenza n. 500/1999 hanno prodotto una sostanziale disarticolazione del sistema vigente. Si è introdotta, infatti, una giurisdizione in materia risarcitoria concorrente con quella che la legge, al fine di eliminare il disagio derivante dalla necessità di percorrere le due

giurisdizioni, aveva affidato al giudice amministrativo, perseguendo lo scopo della rapidità e della concentrazione della tutela dinanzi ad un unico giudice. In pratica, il giudice del risarcimento poteva essere scelto dal soggetto interessato: se questi intendeva ottenere l'annullamento dell'atto si sarebbe rivolto al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, promuovendo successivamente avanti questo giudice anche il risarcimento del danno in virtù della connessione che collega le due domande; ma se non avesse scelto la via dell'annullamento dell'atto, questi si sarebbe ben potuto rivolgere al giudice ordinario per il solo risarcimento del danno, entro il termine quinquennale di prescrizione. L'effetto dirompente della sentenza n. 500/1999 è stato, se possibile, ulteriormente amplificato per effetto ed in conseguenza delle modifiche introdotte dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, recante "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa" alla previgente disciplina del processo amministrativo contenuta nella Legge TAR. Questa legge non solo ha confermato la soppressione della riserva di giurisdizione del giudice ordinario con riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali, già operata dall'art. 35, D.lgs. 80/1998 a beneficio della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, ma ha esteso la cognizione delle questioni risarcitorie alla giurisdizione di legittimità del Giudice amministrativo. L'art. 7, primo periodo, terzo comma della Legge TAR, come riformulato dalla novella, infatti, veniva così modificato: "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali". La riformulazione della citata disposizione ha portato ad affermare la possibilità di promuovere contestualmente l'azione di annullamento e quella di risarcimento, ma, al contempo, ha amplificato le problematiche connesse alla questione della pregiudiziale amministrativa. Infatti il Consiglio di Stato fin dalle prime pronunce successive alla novella (si vedano in tal senso le decisioni Sez. IV 15 febbraio 2002 n. 952, Sez. VI 18 giugno 2002 n. 3338) ha affermato: 1) perché possa concedersi risarcimento d'interesse legittimo occorre che il provvedimento che ha causato il danno, se non sia stato frattanto annullato in via autotutela o su ricorso straordinario, sia dichiarato illegittimo, e tale giurisdizione spetta al giudice amministrativo; 2) il giudice amministrativo non può disapplicare il provvedimento illegittimo ma deve conoscerne la legittimità se investito della relativa impugnazione; 3) l'azione di annullamento deve essere esperita nei termini di decadenza stabiliti dalla legge, dovendosi privilegiare l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Posizione che è stata successivamente ribadita dall'Ad. Plen. del Consiglio di Stato nelle decisioni n. 3 del 2004, n. 2 del 2006 e n. 12 del 2007. Occorre mettere in evidenza che la posizione della giurisprudenza amministrativa ha ricevuto fondamentale sostegno dalle sentenze con le quali la Corte costituzionale si è espressamente occupata del nuovo assetto della giurisdizione voluto dal d.lgs. n. 80 del 1998 come modificato dalla legge n. 205 del 2000. Si è infatti dubitato (e fondatamente: Corte cost. n. 204 e n. 281 del 2004) che la creazione di quella nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva, che affidava alla cognizione del giudice amministrativo la cognizione della violazione di diritti e interessi legittimi per interi blocchi di materie, non fosse conforme al riparto costituzionale della giurisdizione, ed in particolare all'art. 103 comma 1, che concepisce la giurisdizione del giudice amministrativo sui diritti soggettivi come limitata a "particolari materie" indicate dalla legge. La Corte costituzionale ha poi riaffermato lo stesso principio con la sent. 11 maggio 2006 n. 191 in cui risuona l'eco della disputa sul riparto di giurisdizione. Basti citare la seguente locuzione: "I principi appena ricordati impongono di escludere che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario". E' comunque innegabile che le ricordate decisioni della Corte abbiano comportato un limitato ridimensionamento della giurisdizione del giudice amministrativo quanto alla tutela risarcitoria, avendone escluso i danni dovuti a comportamenti che non siano riconducibili all'esercizio del potere pubblico, (caso tipico l'occupazione usurpativa), ma le stesse pronunce hanno avuto il merito di consacrare a livello di principio direttamente derivato dalla Costituzione un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione. (sent. 11 maggio 2006 n. 191). La pronuncia testé citata della Corte costituzionale non ha mancato di riverberare i suoi effetti sull'orientamento delle SS.UU., che circa un mese dopo la detta sentenza, con le ordinanze 13 giugno 2006 n. 13659 e n. 13660 hanno approfonditamente riesaminato il problema della giurisdizione sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo. Facendo proprie le espressioni della pronuncia del giudice delle leggi, si è affermato che la giurisdizione d'interesse legittimo non può che spettare al giudice amministrativo, sia quanto all'annullamento dell'atto sia quanto alla tutela risarcitoria. Secondo la Corte, peraltro, vanno respinte sia la tesi "tutta civilistica" che concepisce una azione risarcitoria autonoma davanti al g.o. perché contrasta con il principio della rapidità della tutela e del riparto della giurisdizione, sia la tesi amministrativistica, secondo cui il risarcimento del danno sarebbe subordinato al previo annullamento del provvedimento amministrativo, perché ciò comporterebbe, a causa della necessaria osservanza del termine di decadenza, una restrizione della tutela in violazione dell'art. 24 Cost.. La soluzione indicata è stata nel senso che sia il giudice amministrativo a risarcire l'interesse legittimo, ma rinunciando alla pregiudiziale caduta del provvedimento. In sostanza, secondo le SS.UU., anche il giudice amministrativo deve accordare la sola tutela risarcitoria richiesta nel termine di prescrizione, disapplicando il provvedimento non impugnato. Anche successivamente le SS.UU. (ord. 7 gennaio 2008 n. 35 e sent. n. 30254 del 23.12.2008) hanno ribadito il detto orientamento. Va, però, aggiunto che secondo le ricordate ordinanze del giugno 2006, la sentenza amministrativa che negasse la tutela risarcitoria per difetto della tempestiva impugnazione del provvedimento sarebbe passibile di annullamento con ricorso in cassazione per difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c. La giurisprudenza amministrativa ha continuato ad opporsi a tale ricostruzione, riaffermandosi ripetutamente a favore della pregiudizialità (vedasi TAR Lombardia Milano, Sez. III, 12.8.2008, n. 3647 e C.d.S., Sez. V, 22.12.2008, n. 6502). 3.6) L'entrata in vigore del nuovo c.p.a.: verso il superamento della pregiudiziale In queste acque agitate, si è inserito il legislatore delegato del nuovo Codice del processo amministrativo

(d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), con un compito certamente non semplice: tentare di comporre un annoso contrasto giurisprudenziale, aspro e denso di attriti, evitando nel contempo scivolate "incostituzionalità. Nell'ambito della disciplina sull'azione di condanna, art. 30, ed in particolare i commi 1° e 3°, si occupano di fissare il quadro delle regole applicabili all'azione risarcitoria esperibile contro la P.A. per i danni da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa e, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche per i danni da lesione di diritti soggettivi. Così si esprime la norma: "1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad ogni altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. (…) 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Da un'attenta lettura della norma emerge quanto segue. Se il primo comma pare abbandonare formalmente la tesi della "pregiudiziale", poiché prevede che l'azione risarcitoria possa essere esercitata anche autonomamente, utilizzando per la prima volta l'aggettivo "autonoma", con il terzo comma dell'art. 30 viene introdotto un potente strumento di dissuasione rispetto all'opzione meramente risarcitoria. Con riguardo al termine di decadenza previsto al 3° comma dell'art. 30, primo periodo, per l'esercizio dell'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi, tra la tesi civilistica della prescrizione (5 anni) e quella amministrativistica della decadenza breve (60 giorni), il legislatore ha optato per la decadenza…ma un po' più lunga (120 giorni) di quella breve, sebbene non allungata quanto la Commissione giustizia aveva richiesto nel porre la condizione di elevare a 180 giorni detto termine, ritenendo l'eccessiva brevità un fattore di criticità da superare. Quanto poi al secondo periodo del comma 3 dell'art. 30, il legislatore del Codice sembra smentire l'impostazione di Piazza Cavour secondo cui l'azione risarcitoria è autonoma sic et simpliciter rispetto all'azione di annullamento facendola passare in secondo piano, ripristinando invece la tesi di Palazzo Spada sulla centralità dell'azione di annullamento, in una accezione molto sottile ed intelligente: non enuncia in modo esplicito la regola della pregiudizialità tra le due azioni (nel caso di lesione di interessi legittimi ad opera di un provvedimento amministrativo), ma pone l'accento sull'ordinaria diligenza che il ricorrente deve usare per evitare i danni, per giungere ad escludere il risarcimento ove ciò non sia avvenuto. In sostanza, viene subliminalmente posto un discrimen fortissimo, fondato implicitamente sull'art. 1227 c.c., a mente del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il ricorrente avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Al comma 5, la soluzione compromissoria è ancora più evidente. Viene infatti sancito che: "nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza", posticipando di fatto il termine decadenziale per proporre l'azione risarcitoria, ma soltanto nel caso in cui sia stata previamente esperita l'azione d'annullamento. Ecco allora sintetizzata in chiaro la posizione in cui si colloca il Codice in ordine alla sussistenza della "pregiudiziale amministrativa", intermedia nel contrasto tra giurisprudenza amministrativa e ordinaria, con la quale il previo annullamento dell'atto amministrativo è necessario per poter invocare il risarcimento del danno, avendo previsto il legislatore la proponibilità di tale ultima azione anche in via autonoma ma solo entro limiti determinati (anche temporali) ed esclusivamente nei casi di giurisdizione esclusiva. La novità costituita dal c.p.a. ed i riflessi della disciplina ivi contenuta sulla questione della pregiudiziale non hanno mancato di essere rimarcati dalla giurisprudenza. In particolare, la tematica è stata di recente affrontata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con decisione n. 3 del 23.3.2011, ha osservato come secondo l'impianto del codice, appaia coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza tendere alla rimozione degli effetti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma dall'azione impugnatoria, della quale non rappresenta semplice corollario. La mancata promozione di tale azione impugnatoria, quindi, non pone un problema di ammissibilità della domanda risarcitoria, ma è idonea a incidere sulla fondatezza della pretesa di quest'ultima. In questo senso va interpretato l'art. 3, comma 3 del c.p.a. il quale, pur non evocando in modo esplicito l'art. 1227, comma 2 c.c., ne afferma in sostanza il contenuto. Infatti, l'obbligo di cooperazione ha fondamento nei canoni della buona fede e della correttezza ai sensi dell'art. 1175 c.c. e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà; per questo, conclude la Plenaria, anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire comportamenti opportunistici, apprezzabili ai fini dell'esclusione o della riduzione del risarcimento laddove si riscontri, secondo un giudizio di causalità ipotetica, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo e avrebbero verosimilmente impedito o almeno limitato i danni. Il principio enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è, dunque, il seguente: "ammessa la domanda di risarcimento del danno in via autonoma dall'impugnazione del provvedimento illegittimo, ritenuto lesivo. Tuttavia, ai sensi dell'art. 30, comma 3 del D.lgs. n. 104/2010, l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua dei principi di buona fede e solidarietà, sanciti dall'art. 1175 c.c., ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. Ne consegue la rilevanza sostanziale, sul piano causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come circostanza che preclude la risarcibilità di danni presumibilmente evitabili ove l'interessato abbia fatto ricorso allo strumento di tutela specifica predisposta dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi. In sintesi, risulta definitivamente sancita "la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento" già codificata dall'art. 30, comma 3° c.p.a. 3.7) L'entrata in vigore del c.p.a.: la risposta del legislatore alle

ulteriori problematiche sollevate dalla giurisprudenza. Il nuovo Codice, elaborato in un'ottica di riordino del processo amministrativo annunciata dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ([42]) con il quale il Governo veniva delegato ad adottare uno o più decreti legislativi per adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele, affronta e tenta di risolvere, peraltro, anche altre problematiche sollevate dalla giurisprudenza. A) In primis, va esaminata la questione attinente all'attribuzione della giurisdizione in materia di risarcimento del danno che, riprendendo quanto finora evidenziato, può essere schematizzata come segue: - prima dell'art. 35 del d.Lgs. 80/1998: la giurisdizione sul risarcimento del danno veniva attribuita al Giudice ordinario; - con l'art. 35 del d.Lgs. 80/1998: viene attribuita al Giudice Amministrativo la tutela risarcitoria nelle materie in cui gli è attribuita la competenza esclusiva; - con la sentenza 500/1999 delle SS.UU. della Cassazione: il Giudice competente è, sostanzialmente, quello scelto dal soggetto interessato poiché se questi impugna il provvedimento amministrativo avanti il G.A. entro il termine decadenziale, la domanda risarcitoria potrà essere proposta a quest'ultimo; se, invece, l'interessato non sceglie la via dell'annullamento dell'atto, la domanda risarcitoria potrà, comunque, essere rivolta al Giudice ordinario per il solo risarcimento del danno nell'ordinario termine di prescrizione; - con la L.n. 205/2000: viene esteso il novero delle materie attribuite alla giurisdizione del Giudice Amministrativo, anche per la tutela risarcitoria, prevedendo, al contempo, che il risarcimento possa avvenire nelle due forme alternative della reintegrazione in forma specifica e dell'attribuzione dell'equivalente monetario. - con il Codice del processo amministrativo: l'art. 7 del c.p.a. stabilisce, oggi, che sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del Giudice Amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti ed omissioni delle Pubbliche Amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e per gli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. L'art. 7, inoltre, stabilisce che nelle materie di giurisdizione esclusiva il medesimo giudice conosce, anche ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi. La disposizione in argomento, dunque, da un lato sembra superare, seppur con una certa timidezza, la annosa questione della pregiudiziale amministrativa attribuendo autonomia all'azione risarcitoria (tesi che trova ulteriore conferma nel disposto dell'art. 30 del c.p.a. di cui si dirà a breve), dall'altro lato, recepisce gli insegnamenti della Corte costituzionale (6 luglio 2004 n. 204, 11 maggio 2006 n. 191 e, da ultimo, 5 febbraio 2010 n. 34) secondo cui il comma 1° dell'art. 103 della Costituzione, pur non avendo conferito al legislatore ordinario un'assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al Giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, gli ha, in ogni caso, riconosciuto il potere di indicare quelle "particolari materie" nelle quali la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione investe anche diritti soggettivi. B) Strettamente connessa alla discussione relativa alla questione di giurisdizione per il risarcimento del danno nei confronti della P.A. risolta dall'art. 7 del C.p.a. è quella relativa all'ammissibilità o meno della translatio iudicii tra Giudici ordinari e Giudici speciali. Va precisato che, nel delineato clima di incertezza sulla giurisdizione, il difensore più accorto si vedeva costretto ad adire, contestualmente, entrambe le giurisdizioni (ordinaria e speciale) onde evitare, in caso di declaratoria di difetto di giurisdizione, di instaurare ex novo il processo avanti ad altro Giudice con il rischio di cadere in prescrizioni e decadenze nel frattempo maturate. Fino al 2007, infatti, la Corte di Cassazione ha sempre ritenuto esistente il divieto di translatio iudicii tra le giurisdizioni e di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda. Da tale divieto veniva, inoltre, desunta la regola che l'errore nella scelta del giudice precludeva al cittadino, tranne che in casi eccezionali, qualsiasi forma di tutela giurisdizionale. E' solo con le note sentenze n. 4109/2007 delle SS.UU. della Corte di Cassazione e n. 77/2007 della Corte costituzionale che la tesi tradizionale (che negava la possibilità della translatio iudicii), veniva opposta evidenziandone il contrasto con il principio di effettività della tutela, sancito dall'art. 24 cost. Il principio di effettività esige, infatti, che la domanda proposta dal ricorrente sia esaminata nel merito dal giudice e che il processo si concluda con una sentenza idonea a dare «una risposta definitiva in ordine al bene della vita oggetto della contesa» Nella sentenza 4109 del 2007 delle Sezioni Unite, il principio di effettività, così inteso, è canone di interpretazione del diritto vigente. Le norme del codice di rito, correttamente interpretate secondo la Costituzione, già ammetterebbero la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudici speciali. Aderendo alle argomentazioni elaborate da una parte, pure minoritaria, della dottrina la Corte di cassazione ha, quindi, escluso che l'art. 50 c.p.c., il quale regola la riassunzione del processo con riferimento alla sola ipotesi del difetto di competenza del giudice originariamente adito, possa essere letto come un divieto per il caso, non espressamente previsto, del difetto di giurisdizione. Al contrario, la regola della trasmigrabilità della causa e della salvezza degli effetti della domanda trova necessariamente applicazione anche quando il processo sia stato instaurato dinanzi al giudice sprovvisto di giurisdizione. Nel solco delle due citate sentenze ed a colmare il vuoto censurato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 77/2007, il legislatore ha provveduto introducendo l'art. 59 della L.N. 69/2009 che ha recepito e codificato i citati principi stabilendo: «Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo. 2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile». Su questa scia è intervenuto l'art. 11 del c.p.a. che, così, recita: «1. Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito. 2. Quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice

nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato. 3. Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione. 4. Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le sezioni unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle sezioni unite. 5. Nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti. 6. Nel giudizio riproposto davanti al giudice amministrativo, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova. 7. Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione. In particolare, l'art. 11 citato ha chiarito le modalità di trasmissione che devono avvenire mediante "riproposizione" e non, quindi, mediante "riassunzione" e proprio per evidenziare che la causa è proposta dinanzi ad un plesso giurisdizionale diverso. Va segnalato, sul punto, che nel caso di declaratoria di competenza di un T.A.R. in favore di altro T.A.R., il processo deve, al contrario, essere "riassunto", entro trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza che pronuncia sul regolamento, dinanzi al diverso Giudice amministrativo. Particolarmente rilevante è la salvezza, in caso di riproposizione del ricorso, degli effetti sostanziali e processuali della domanda, ferme restando le preclusioni e decadenze intervenute (comma 2°) e salva la rimessione in termini se è riconosciuto l'errore scusabile. Sulla portata dell'espressione "salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda", è, peraltro, intervenuto il T.A.R. Umbria, 30 marzo 2010 n. 223, affermando che l'espressione contenuta nell'art. 59 della 69/2009 (che utilizzava la medesima terminologia dell'attuale art. 11) deve essere interpretata nel senso che gli effetti del ricorso al Giudice amministrativo retroagiscono al momento dell'instaurazione del giudizio civile per effetto di una fictio iuris, per cui si finge che il ricorso sia stato proposto nella data in cui è stato promosso il giudizio civile. Pertanto, se l'azione è stata promossa in un momento nel quale il termine per ricorrere era già scaduto, il successivo ricorso al Giudice amministrativo va dichiarato tardivo, ancorché la riassunzione sia stata rituale. Da ultimo, va evidenziato come le prove raccolte avanti il Giudice privo di giurisdizione possano essere introdotte nel giudizio riproposto ma valutate come argomenti di prova.

C) La problematica connessa al risarcimento del danno da ritardo, dopo aver trovato una prima conferma normativa con l'introduzione dell'art. 2 bis della L.N. 241/1990, ha trovato una nuova sintesi negli artt. 30, comma 4° del c.p.a. ([43]) e 117, comma 6° del c.p.a. ([44]). Disposizioni, queste ultime, che sono già state oggetto di diverse ed importanti applicazioni giurisprudenziali (si ricordano, tra le più recenti, CGA 4 novembre 2010 n. 1368 e Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011 n. 1271; 21 marzo 2011 n. 1739 e 24 marzo 2011 n. 1796; sez. IV, 2 marzo 2011 n. 1335). Particolare rilievo assume la precisazione dell'art. 30, comma 4° c.p.a. che il ricorrente deve comprovare il danno subito per inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, perché sembra superare la lettura che dell'art. 2 bis era stata data e, cioè, che il risarcimento del danno per "mero ritardo" era dovuto senza necessità di dimostrare che da esso era derivata una lesione della sfera giuridico-patrimoniale del ricorrente. Quanto ai termini per ricorrere, l'art. 30, comma 4°, stabilisce che, fin quando perdura l'inadempimento, non decorre alcun termine per l'esercizio dell'azione risarcitoria, in quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento costituisce un illecito di carattere permanente, in relazione al quale non vi è alcuna ragione di certezza delle posizioni giuridiche che giustificano il consolidamento di una (illecita) situazione di inerzia. Il termine di decadenza inizia a decorrere solo al momento in cui la situazione di inadempimento viene meno. Comincia, comunque, a decorrere con lo spirare di un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento in esito del quale si sarebbe dovuto provvedere.

D) Altra tappa, particolarmente significativa, è quella che conduce alla conferma dell'autonomia dell'azione risarcitoria. Della questione si è già avuto modo di approfondire le tematiche sviluppate dalla giurisprudenza tanto in relazione al riparto di giurisdizione in materia risarcitoria quanto alla collaterale questione della pregiudiziale amministrativa. A porre rimedio a tale acceso dibattito che trovava contrapposti i superiori organi giurisdizionali dello Stato è stato l'art. 30 del c.p.a. (disposizione che, peraltro, ha alimentato altre e nuove discussioni) rubricato "Azioni di condanna". L'art. 30 c.p.a. così dispone: "1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comproui di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di

annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo. Il citato art. 30 c.p.a., dopo aver affermato l'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma da quella di cognizione (comma 1°) ed averne fissato (comma 3°) il termine di decadenza in 120 giorni dall'evento o dalla sua conoscenza (confermando, come anticipato, il superamento della questione sulla pregiudiziale amministrativa [45]) precisa che il risarcimento, oltre che per equivalente, può essere chiesto anche in forma specifica ove sussistano i presupposti previsti dall'art. 2058 c.c. (Risarcimento in forma specifica), ossia se sia in tutto o in parte possibile e se non risulti eccessivamente oneroso per il debitore. La Relazione di accompagnamento al Codice ha puntualizzato che con questa previsione si è inteso estendere al processo amministrativo lo stesso rimedio, di natura risarcitoria, di cui all'art. 2058 c.c., al fine di ottenere la diretta rimozione delle conseguenze derivanti dall'evento lesivo mediante la produzione di una situazione materiale corrispondente a quella che si sarebbe realizzata se non fosse intervenuto il fatto illecito produttivo del danno. Da ultimo, va evidenziato come il legislatore, al comma 6° ed ultimo comma dell'art. 30 c.p.a., abbia codificato (seppur con notevole ritardo) i principi sanciti dalla decisione della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 chiarendo che rientra nella giurisdizione del solo giudice amministrativo ogni domanda di condanna al risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi. La Corte Costituzionale aveva, a suo tempo, precisato, infatti, che il potere conferito al Giudice amministrativo dall'art. 7, comma 1°, lett. c) della L.N. 205/2000 di disporre, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, non costituisce una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione (esclusiva o meno), bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della P.A. Strumento di tutela che non soltanto è conforme alla piena dignità di Giudice riconosciuta al Consiglio di Stato dalla Costituzione ma anche legittimato dall'art. 24 Cost. il quale, garantendo alle situazioni soggettive attribuite alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il Giudice sia munito di potestà adeguate. Pertanto, resta legittimamente superata, proprio nel rispetto dell'art. 24 cost., la regola precedente (introdotta in via pretoria nelle ipotesi originariamente di giurisdizione esclusiva) che imponeva di adire il Giudice ordinario, in tutti i suoi gradi, per ottenere la tutela dei diritti patrimoniali consequenziali e il risarcimento del danno a seguito della tutela positivamente conseguita presso il Giudice amministrativo. E) Un accenno merita, peraltro, le ulteriori disposizioni del Codice del processo amministrativo attenenti, direttamente, alla materia del risarcimento del danno ancorché non significativamente mutate rispetto al passato: - L'art. 34, comma 1° lett. c) c.p.a. (rubricato "sentenze di merito") stabilisce che il Giudice condanna, in caso di accoglimento del ricorso, al pagamento di una somma di danaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone le misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 c.c. Nella medesima norma, al comma 4°, si stabilisce, inoltre, che in caso di condanna pecuniaria, il Giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso in ottemperanza, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti. - L'art. 112 c.p.a., nel dettare le disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza, stabilisce, ai commi 3° e 4°, che può essere proposta anche azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione ed interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato. Inoltre, nel processo di ottemperanza, può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5°, nel termine ivi stabilito. In tal caso, il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario. F) Un discorso a parte, per la settorialità della disciplina che lo riguarda, merita l'art. 124 c.p.a., relativo ai giudizi riguardanti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, il quale stabilisce che l'accoglimento della domanda finalizzata al conseguimento dell'aggiudicazione del contratto comporta in ogni caso la dichiarazione di inefficacia di quest'ultimo e che, se il Giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. Il 2° comma, riproponendo ma questa volta clari verbi - quanto disposto dal precedente art. 30, comma 3° del c.p.a., stabilisce che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di aggiudicazione e di subentro nel contratto o non si sia resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal Giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c. La pregressa disciplina, contenuta nell'art. 245 quinquies del Codice dei contratti (approvato con d.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163), aggiunto dall'art. 12, comma 1° del d.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53 (Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici), prevedeva che il risarcimento potesse essere riconosciuto soltanto "su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione", in tal modo escludendo il risarcimento per perdita di chance. Importante è, dunque, la novità introdotta dal Codice che conferma l'orientamento giurisprudenziale formatosi prima dell'entrata in vigore del decreto di recepimento della direttiva ricorsi. In effetti, nel comma 1° dell'art. 124 non è scomparso solo il riferimento al "solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione" ma anche la necessità della "domanda" contenuta nel ricorso (o nei motivi aggiunti) volta ad ottenere detto risarcimento. Si ritiene però che, in applicazione dei noti principi che regolano il processo amministrativo, che è ad impulso di parte, il risarcimento non possa essere liquidato d'ufficio dal Giudice. 3.8) Brevi cenni sulle singole figure di danno individuate dalla giurisprudenza. Dal quadro normativo delineato non emerge alcuna disposizione del nuovo Codice del processo amministrativo relativa alla quantificazione del risarcimento, ossia cosa si risarcisce e come si arriva alla

somma che costituisce l'oggetto della pronuncia di condanna. D'altronde, una regola precisa in questa materia non è stabilita neanche dal codice civile; è stata, infatti, la giurisprudenza ad elaborare le tecniche di quantificazione del danno a seconda che ricorresse responsabilità contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, tenendo ovviamente conto della situazione soggettiva pregiudicata dall'attività del danneggiante. Più esattamente, è stata la giurisprudenza del Giudice civile a dare, originariamente, concreta attuazione alla norma centrale in materia, ossia l'articolo 1223 c.c. laddove stabilisce: «il risarcimento del danno per inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Arrivati a questo punto, dopo aver esaminato l'origine degli istituti concernenti il risarcimento dei danni nei confronti della P.A., la successiva codificazione (d.Lgs. n. 80/1998 e L.N. 205/2000), le problematiche concernenti la questione della pregiudiziale amministrativa sopite, come si è visto, con l'approvazione del Codice del processo amministrativo - d.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, non resta che approfondire le numerose e suggestive figure di danno che la giurisprudenza amministrativa è riuscita ad individuare nell'ultimo decennio delle quali (limitatamente alle più ricorrenti) si propone una rapida rassegna: 1) «DANNO DA DISTURBO»: concepito come illegittima compressione delle facoltà del privato. Ad esempio, l'ordinanza di sospensione dell'esecuzione di lavori in precedenza assentiti. In tal senso: Consiglio Stato sez. V, 06 luglio 2010 n. 4312: «Mentre il danno cd. da ritardo è normalmente individuato nella lesione di un interesse legittimo pretensivo, cagionata dall'indugio con cui la p.a. abbia emesso il provvedimento finale inteso ad ampliare la sfera giuridica del privato, il danno cd. da disturbo è caratterizzato dalla lesione di un interesse legittimo oppositivo e consiste nel ristoro del pregiudizio asseritamente subito in conseguenza dell'illegittima compressione di facoltà di cui il privato cittadino fosse già titolare». 2) «DANNO DA INTRUSIONE»: si può verificare ogniqualvolta la Amministrazione modifichi, attraverso la sua attività provvedimentale, degli assetti già consolidati. Ad esempio, nell'ipotesi in cui il programma di un'autolinea venga modificato da diurno a notturno posticipando le partenze e sovrappostrandole al programma di autolinea di un'altra impresa. 3) «DANNO DA PERDITA DI CHANCE»: concerne la possibilità - mancata - di poter conseguire un risultato favorevole - che assume in sé considerato valore economico - impedito dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa. Nozione che, per la sua complessità - anche quantificatoria - merita un maggiore approfondimento. La nozione di danno derivante da perdita di «chance» si fonda sul presupposto che il patrimonio generale di un soggetto è costituito anche da situazioni giuridiche soggettive (definite dalla dottrina come «aspettative di diritto») che si presentano come possibilità, più o meno probabili, di ottenere un certo risultato o un certo vantaggio. Risultato o vantaggio la cui concretizzazione è subordinata ad una attività amministrativa. Nell'ipotesi in cui vi sia la possibilità di realizzare un obiettivo ma questo venga meno per il risultato di una circostanza esterna (illegittima attività della P.A.), la posizione soggettiva privata (che assume, come si è detto, un valore giuridico ed economico) ben può rientrare nell'area della risarcibilità. Sulla natura dell'istituto, tuttavia, dottrina e giurisprudenza si oppongono in due filoni: il primo, che concepisce la «chance» come lucro cessante identificandola, quindi, nella perdita di un risultato favorevole che il soggetto avrebbe potuto conseguire; il secondo, che concepisce l'aspettativa in capo al privato come un bene giuridico autonomo, distinto da quello finale (ovvero il risultato o vantaggio ipotizzato), tutelabile in quanto tale facendo già parte del patrimonio del danneggiato e, quindi, configurandola come «danno emergente». In ogni caso, va precisato che la mera eventualità che l'evento finale possa verificarsi concretizza in sé la possibilità di pretendere la tutela risarcitoria. Ricordando la giurisprudenza formatasi sul punto, infatti, il risarcimento del danno a titolo di perdita di chance va riconosciuto ogniqualvolta l'interessato dimostri la possibilità non trascurabile di conseguire il risultato utile che, per effetto della condotta antigiuridica dell'Amministrazione, è andato perduto (in tal senso, T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 27 aprile 2002 n. 1605). Sotto il profilo probatorio, peraltro, il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare la possibilità di ottenere il vantaggio sperato, pure se solo in modo presuntivo e/o fondato sul calcolo della probabilità ([46]). Secondo la Corte di Cassazione, il danno attuale ed immediato da lesione di «chance» si determina assumendo come parametro di riferimento l'utile economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito del c.d. «coefficiente di riduzione» che dipende dal grado di probabilità di conseguirlo sulla base delle circostanze del caso concreto. A titolo esemplificativo e per rendere l'idea circa l'estrema versatilità delle richieste risarcitorie fondate sulla perdita di chance, è opportuno un breve riferimento ad un recente caso concreto esaminato dal T.A.R. del Veneto. In tale occasione (concernente l'illegittimo diniego di approvazione di un Piano di lottizzazione la cui istruttoria si era protratta ben oltre i termini usuali indicati dall'art. 20 della L.R. 11/2004) il Giudice Amministrativo ha accolto la tesi dei ricorrenti che pretendevano, tra gli altri, un risarcimento del danno conseguente alla diminuzione del valore commerciale subito dalle aree edificabili (ancorché prive di piano attuativo) in conseguenza alla crisi economica che, nel frattempo, aveva colpito il mercato immobiliare oltreché gli interessi legali sul valore del patrimonio immobiliare. Con la sentenza n. 6058 del 17.11.2010, il T.A.R. del Veneto ha statuito: «Deve, invece, riconoscersi il diritto alla liquidazione degli interessi legali, quale naturale accessorio della sorte capitale legato al mero decorso del tempo, secondo il tasso variato nel tempo che, nell'apposto prospetto, sono stati calcolati in € 71.254,25. Non si tratta, infatti, di interessi compensativi o inerenti al maggior danno subito in conseguenza della mancata disponibilità del denaro, ex art. 1224 c.c. (» Può, invece, considerarsi ragionevole la pretesa del risarcimento in relazione alla diminuzione del valore commerciale subito dalle aree edificabili dal 2007 ad oggi, quantificato equitativamente nel 7,5 % contro il 10,3% richiesto (per un totale di € 68.250,00), valore che appare attendibile alla luce della crisi economica che, notoriamente, nel frattempo ha investito l'economia in generale provocando una contrazione generale degli affari e una riduzione delle attività immobiliari nel nostro Paese. Il Comune resistente va, dunque, condannato a risarcire ai ricorrenti i danni subiti in conseguenza dell'illegittimo diniego da esso opposto, con il conseguente impedimento

alla realizzazione dell'intervento edilizio in discussione, per un totale di € 139.504,25 (71.254,25 + 68.250,00)». 4) «DANNO DA RITARDO»: consegue alla ingiustificata inerzia e/o ritardo dell'Amministrazione nel rilascio di un provvedimento amministrativo. L'ipotesi di danno da ritardo ha ottenuto, ad opera della legge 18 giugno 2009 n. 69, uno specifico riconoscimento normativo con l'introduzione dell'art. 2-bis della L.N. 241/1990 che, così, recita: "1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. 2. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni ([47])". Prima di tale riconoscimento legislativo, la giurisprudenza amministrativa imponeva, ai fini della risarcibilità dell'inerzia amministrativa, non soltanto il previo accertamento della sua illegittimità ma, altresì, il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante, in senso favorevole all'interessato (giudizio prognostico meramente virtuale). Al danno da ritardo, dunque, non veniva riconosciuta un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturiva dato il suo indissolubile legame alla positiva finalizzazione di quest'ultima; né, parimenti, veniva equiparato ad un'ipotesi di risarcimento per equivalente sul presupposto che, il più delle volte, si associava (quando non vi ostavano circostanze fattuali sopravvenute) alla riparazione in forma specifica dell'effettivo rilascio (sia pur tardivo) del provvedimento favorevole. In tale senso, infatti, si era espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 15 settembre 2005 evidenziando che: «allo stato attuale della legislazione, non è risarcibile il danno da ritardo <puro>, cioè disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell'interesse pretensivo fatto valere e che, pertanto, l'eventuale danno non è risarcibile quando l'Amministrazione abbia adottato, ancorché con notevole ritardo, un provvedimento (rimasto inoppugnato) dal contenuto negativo per l'interessato». A seguito della introduzione dell'art. 2-bis della L.N. 241/1990, la giurisprudenza ha riconosciuto la configurabilità del danno da ritardo anche nel caso di un legittimo provvedimento favorevole ottenuto, per l'appunto, meramente in ritardo, ossia oltre il termine procedimentale massimo. Così ha, infatti, statuito il Consiglio di Stato in una recente sentenza sintetizzando gli elementi che consentono di configurare, oggi, il danno da ritardo: «Nel caso di specie, ricorre l'ipotesi in cui il privato invoca la tutela risarcitoria per i danni conseguenti al ritardo con cui l'amministrazione ha adottato un provvedimento a lui favorevole, ma emanato appunto con ritardo rispetto al termine previsto per quel determinato procedimento. Il ritardo procedimentale ha, quindi, determinato un ritardo nell'attribuzione del c.d. «bene della vita», costituito nel caso di specie dalla disponibilità dell'autorizzazione per l'esecuzione di lavori di realizzazione di un impianto di gestione dei rifiuti. In questi casi la giurisprudenza è pacifica nell'ammettere il risarcimento del danno da ritardo (a condizione ovviamente che tale danno sussista e venga provato) e l'intervento art. 2-bis, comma 1, della legge n. 241/90, introdotto dalla legge n. 69/2009, conferma e rafforza la tutela risarcitoria del privato nei confronti dei ritardi delle p.a., stabilendo che le pubbliche amministrazioni e i soggetti equiparati sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. La norma presuppone che anche il tempo è un bene della vita per il cittadino e la giurisprudenza ha riconosciuto che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento, è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica (Cons. Giust. Amm. reg. Sic., 4 novembre 2010 n. 1368, che, traendo argomenti dal citato art. 2-bis, ha aggiunto che il danno sussisterebbe anche se il procedimento autorizzatorio non si fosse ancora concluso e finanche se l'esito fosse stato in ipotesi negativo). Nel caso di specie, non rileva la questione della risarcibilità del danno da ritardo in caso di non spettanza del c.d. «bene della vita»; e della compatibilità dei principi affermati dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2005 con il nuovo art. 2-bis della legge n. 241/90, avendo la stessa amministrazione riconosciuto tale spettanza con il (tardivo) rilascio dell'autorizzazione»; (Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011 n. 1739). Il danno da ritardo ha, come si è già osservato, trovato una nuova formulazione nel Codice del processo Amministrativo agli artt. 30, comma 4° del c.p.a. e 117, comma 6° del c.p.a. 5) «DANNO CURRICULARE» o «danno per immagine depotenziata»: consiste nel pregiudizio subito da un'impresa per il fatto di non poter indicare nel curriculum professionale l'appalto non conseguito a causa del comportamento illegittimo dell'Amministrazione. La più recente giurisprudenza lo qualifica come sottospecie del «Danno da perdita di chance» (in tal senso: Consiglio Stato sez. VI 18 marzo 2011 n. 1681: «Il danno curriculare, costituente una specificazione del danno per perdita di chance, si correla necessariamente alla qualità dell'impresa operante nel settore degli appalti pubblici e, più in particolare, al fatto stesso di eseguire uno di questi tipi di contratto, a prescindere dal lucro che l'impresa stessa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. L'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e ai relativi ricavi diretti. In linea di massima deve, pertanto, ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare»). La quantificazione di tale tipologia di danno viene solitamente concessa in via equitativa, riconoscendosi una somma pari ad una percentuale, variabile dall'1 al 5%, applicata o sull'importo globale dell'appalto o nella somma già liquidata a titolo di lucro cessante.

[1] Si veda, per tutti, Sandulli A.M., Manuale di diritto amministrativo, X edizione, 1970, Jovene, Napoli, pagg. 18-20.

[2] Ossia del potere di determinare la produzione unilaterale, anche senza il consenso del destinatario,

dell'effetto giuridico loro proprio. [3] Si veda il comma 1-bis dell'art. 1 della L.N. n. 241/90, così come inserito dall'art. 1 della L.N. 11.2.2005, n. 15. [4] SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1980. [5] Così si è espressa, da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella recente sentenza 23.03.2011 n. 3. [6] Ossia di tipo autoritativo. [7] Il codice degli appalti non parla, ex professo, di trattativa privata, ma distingue, dalla procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56), quella che, essendo senza pubblicazione del bando di gara (art. 57) nonché senza ulteriori formalità, ossia, quindi, senza una vera e propria serie procedimentale cadenzata dalla legge, più si avvicina alla trattativa tra privati, consistendo nella consultazione degli operatori economici del settore di riferimento con i quali l'Amministrazione instaura una vera e propria trattativa preordinata e finalizzata alla conclusione del contratto. [8] Si veda, tra le ultime, T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 17 giugno 2011, n. 526. Sugli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale nei confronti della P.A. si vedano anche, ex multis, T.A.R. Torino, Piemonte, sez. II, 11 giugno 2011, n. 598; Cons. Giust. Amm. Sicilia, sez. giurisd., 10 giugno 2011, n. 415. [9] T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 08 giugno 2011, n. 5081 ha affermato infatti (ma l'orientamento, a partire dalla storica sentenza n. 500/99 può dirsi del tutto consolidato), che «La responsabilità aquiliana dell'Amministrazione ex art. 2043 c.c. e, di conseguenza, la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo, peraltro, richiede la dimostrazione della responsabilità dell'Amministrazione, vale a dire la riferibilità del danno ad una condotta dolosa o colposa dell'Amministrazione, non essendo invocabile il principio secondo cui la colpa sarebbe in re ipsa quando l'Amministrazione adotti un provvedimento illegittimo. In altri termini, occorre verificare se la condotta amministrativa, a prescindere dall'elemento estrinseco rappresentato dall'illegittimità degli atti che, di per sé solo, non è sufficiente a determinare l'imputabilità all'Amministrazione della responsabilità per le conseguenze dannose della propria azione, è stata caratterizzata da un atteggiamento soggettivo doloso o colposo, tale quindi da far apprezzare la presenza di un danno risarcibile». [10] Si veda Consiglio Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3887. [11] Va ricordato che il riferimento all'interesse al bene della vita la cui lesione «legittima»; la richiesta risarcitoria è stato oggetto di critica da parte di chi ha sostenuto che il risarcimento del danno prescinde da aspettative o diritti futuri e finanche da giudizi prognostici, fondandosi su fatti già avvenuti (cfr. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 37). Altro spunto critico è giunto da parte di quella stessa dottrina che ha evidenziato che «il Giudice, sia civile che amministrativo, non ha il potere (né ha i mezzi) per ricostruire, sulla scena del processo, lo sviluppo dell'azione amministrativa, e per ipotizzare quali possano essere le scelte che l'Amministrazione avrebbe potuto fare nell'ambito della sua discrezionalità. Nessun Giudice può, in altri termini, (allo stato della legislazione positiva) raggiungere alcuna prognosi oggettivamente affidabile sulla fondatezza della domanda, tranne nel caso, assolutamente marginale, di attività totalmente vincolata» (cfr. nuovamente SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 21). [12] FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, relazione al convegno tenuto a Trento il 9-10 novembre 2000, i cui atti sono pubblicati in G. Falcon (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Quaderno del Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 2001, p. 233 ss. (pubblicata anche in *Dir. proc. amm.* 2001, 287 ss.) [13] Nello stesso senso si veda anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 03 maggio 2011, n. 3776 e Cassazione civile, sez. III, 06 aprile 2006, n. 8097. [14] Così, da ultimo, in Cassazione civile, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2122. [15] Che è il danno che il cittadino lamenta allorché rimprovera all'Amministrazione un'indebita contrazione di facoltà originariamente spettantigli (in tal senso lo si suole distinguere dal danno da ritardo, che ricorre invece in fattispecie di interessi pretensivi, con il quale si rimprovera l'Amministrazione del pregiudizio cagionato dall'indebito ritardo con il quale è stata presa in considerazione una istanza inoltrata alla Pubblica Amministrazione). [16] Cfr. Consiglio Stato, sez. V, 30 giugno 2009, n. 4237. [17] Così in Consiglio Stato, sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261. [18] Si pensi al caso di una concessione edilizia che sia ritirata con provvedimento di annullamento sostanzialmente giusto, in quanto per esempio inteso a riparare alla violazione della disciplina pubblicistica sui limiti di edificabilità previsti dal piano regolatore generale o dal regolamento edilizio, ma tuttavia affetto da vizio procedimentale, quale in ipotesi la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. [19] Così in T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 22 aprile 2011, n. 357. [20] La sentenza, invero, non si pone nemmeno il problema del concorso del fatto colposo del creditore nella causazione del danno, ossia la questione dell'incidenza della colpa del danneggiato il quale non abbia adito, nei termini perentori, il Giudice Amministrativo per ottenere l'annullamento del provvedimento, a fini risarcitori. Com'è noto, infatti, ai sensi dell'art. 1227 c.c., si potrebbe addirittura escludere alcuna tipologia di ristoro per i danni che «il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza». [21] Cfr. ex plurimis, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 10 giugno 2011, n. 884. [22] Tale *modus operandi* appare oggi rientrare nelle normali attribuzioni del G.A. dato che, ai sensi dell'art. 21 octies della L.N. n. 241/90 risulta normativamente necessario un giudizio prognostico sulla prevedibile conclusione del procedimento allorché sia da giudicare la sussistenza delle ipotesi di provvedimento non annullabile in presenza di vizi formali e/o procedimentali. [23] Si veda Consiglio Stato, sez. V, 14 gennaio 2003, n. 87. [24] Consiglio Stato, sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1871. Altra pronuncia afferma che «Quale manifestazione di discrezionalità tecnica la declaratoria di particolare interesse storico ed artistico di un immobile è sottoponibile al sindacato cosiddetto intrinseco del giudice amministrativo, non ristretto cioè alla sola valutazione estrinseca dei vizi dell'eccesso di potere ma esteso alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche quanto alla correttezza dei criteri utilizzati e della loro applicazione. Tale verifica, dovendo peraltro commisurarsi al parametro di una elevata discrezionalità, concluderà per l'inattendibilità delle operazioni svolte se riconoscibili come manifestamente irragionevoli o immotivate, ovvero basate su errori di fatto essenziali, non potendo il giudice sovrapporre la propria valutazione tecnica a quella discrezionale dell'amministrazione ma soltanto procedere al suo annullamento perché l'amministrazione provveda in modo corretto», così in Consiglio Stato, sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4066. [25] T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 09 agosto 2010, n. 2234. Si veda, altresì, nello stesso senso Consiglio Stato sez. VI, 07 novembre 2005, n. 6152, per cui «La discrezionalità tecnica non gode di uno statuto peculiare di impermeabilità al sindacato del giudice ma va

sindacata in relazione alla natura del giudizio tecnico espresso nel caso particolare ed allo stato epistemologico della scienza applicata (il che comporta la necessità di modulare il controllo giudiziario in modo più o meno penetrante a seconda della controllabilità del giudizio, secondo i dettami della scienza applicata), in guisa che si avrà un sindacato forte, in presenza di una discrezionalità tecnica ordinaria, e un sindacato debole, a fronte di una discrezionalità tecnica pura o assoluta (quest'ultima riconducibile a cd. merito amministrativo). Da ciò deriva che se quella discrezionalità - che si manifesta attraverso i giudizi espressi in base alle cd. scienze sociali, connotate da un'ampia componente di giudizi valoriali opinabili - comporta un necessario self restraint da parte del giudice amministrativo (che può solo verificare la logicità, congruità e ragionevolezza delle statuizioni amministrative e correttezza della loro motivazione, ma non sostituire con i propri giudizi di merito le valutazioni effettuate in sede amministrativa), non v'è dubbio che tale limite non sussiste nei confronti dei giudizi tecnici, per loro natura, connotati da un maggior grado di estrinseca controllabilità (nella fattispecie, trattatavasi di giudizio tecnico di tipo medico-antropometrico: misurazione dell'altezza di un candidato a prove concorsuali)”. [26] T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 19 aprile 2007, n. 409. [27] T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14 giugno 2006, n. 5526 afferma, in coerenza, che “il risarcimento del danno può essere ammesso solo quando l'attività amministrativa rinnovatoria conseguente ad annullamento di illegittimo diniego si connoti in termini tali da escludere ogni ulteriore apprezzamento discrezionale, ovvero quando residui all’Autorità amministrativa un potere sostanzialmente vincolato, anche se entro i termini della sentenza di annullamento; esso deve escludersi, al contrario, qualora in capo all'Autorità stessa residui un margine di apprezzamento discrezionale che configuri come eventuale l'emanazione del provvedimento ampliativo della sfera giuridico patrimoniale dell'interessato (CS, Sez. VI, n.1945 del 15/4/2003; Tar Lazio, sez.II, n.2293 del 10/3/2004; Tar Sardegna, n.40 del 17/1/2004). [28] Cassazione civile, sez. III, 03 settembre 2007, n. 18511. [29] T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 06 maggio 2011, n. 770 afferma che “In tema di risarcimento del danno in conseguenza dell'illegittima esclusione da un concorso per qualifica dirigenziale, l'interesse pretensivo violato deve essere stimato come una perdita di chance di atto favorevole, parametrabile alla probabilità di conseguimento dell'incarico stesso; ciò deve, tuttavia, essere necessariamente esaminato alla luce della peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, proprie del diritto amministrativo, la cui probabilità di transitare dalla fase in potentia a quella in actu, requisito indispensabile per la configurabilità di una chance risarcibile, va verificata alla stregua della consistenza dei poteri attribuiti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione; in particolare, ove sia riconosciuta, in capo all'amministrazione, una potestà di natura discrezionale, tanto maggiori saranno i margini di valutazione rimessi alla pubblica amministrazione, tanto maggiore sarà l'alterazione del giudizio probabilistico, il quale in presenza di parametri valutativi elastici ed insindacabili, se non nei termini ristretti ed estrinseci della logicità e ragionevolezza, dovrà inevitabilmente rinunciare a riconoscere la sussistenza di un'apprezzabile probabilità di esito positivo e, dunque, di una chance risarcibile, onde evitare un'inammissibile e problematica surrogazione dell'autorità giudiziaria nei poteri dell'amministrazione; in altri termini, la discrezionalità amministrativa elide, nella maggior parte dei casi, la possibilità di compiere il giudizio prognostico in parola in termini di preciso calcolo percentuale ma non esclude di poter riconoscere una perdita di chance, nella base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente”. [30] In proposito il T.A.R. Torino, Piemonte, sez. I, nella sentenza 24 marzo 2010, n. 1575, ha affermato che “L'obbligo di bonifica dei siti inquinati grava in primo luogo sull'effettivo responsabile dell'inquinamento e può essere posto a carico del proprietario o detentore del terreno inquinato solo se questi è corresponsabile dell'inquinamento stesso. Il nesso di causalità tra la condotta del responsabile e la contaminazione riscontrata deve essere accertato applicando la regola probatoria del "più probabile che non": pertanto, il suo positivo riscontro può basarsi anche su elementi indiziari, quali la tipica riconducibilità dell'inquinamento rilevato all'attività industriale condotta sul fondo”. [31] Si veda, ad esempio, in ipotesi di responsabilità medica di tipo omissivo, la sentenza della Cassazione, civile, sez. III, 09 giugno 2011, n. 12686, che ha precisato che “L'affermazione della responsabilità del medico per i danni cerebrali da ipossia patiti da un neonato, ed asseritamente causati dalla ritardata esecuzione del parto, esige la prova - che dev'essere fornita dal danneggiato - della sussistenza di un valido nesso causale tra l'omissione dei sanitari ed il danno. Tale prova sussiste quando, da un lato, non vi sia certezza che il danno cerebrale patito dal neonato sia derivato da cause naturali o genetiche e, dall'altro, appaia più probabile che non che un tempestivo o diverso intervento o da parte del medico avrebbe evitato il danno al neonato. Una volta fornita tale prova in merito al nesso di causalità, è onere del medico, ai sensi dell'art. 1218 c.c., dimostrare la scusabilità della propria condotta”. Ex multis, si veda anche Cassazione civile, sez. III, 08 luglio 2010, n. 16123. [32] Si veda, in tal senso, Cassazione civile sez. III, 09 giugno 1995, n. 6542. [33] Nello stesso senso si veda anche Corte Cost., ord. 3.4.2006, n. 149. [34] Caringella, Mazzamuto, Morbidelli, Manuale di diritto amministrativo, II edizione, Dike Editore, 2010, pag. 204 e ss. [35] Consiglio Stato, sez. V, 27 febbraio 2007, n. 995. Anche il Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, nella sentenza del 31 marzo 2011, n. 290, ha incidentalmente parlato, per le fattispecie di responsabilità aquiliana della P.A. e riferendosi alla nuova disciplina dell'art. 30 del codice del processo amministrativo, di un “regime speciale di «responsabilità da condotta provvedimentoalee» connotata da tendenziale oggettività”. [36] Così Consiglio Stato, sez. IV, 01 ottobre 2007, n. 5052; nello stesso senso si veda Consiglio Stato, sez. VI, 24 ottobre 2008, n. 5267. [37] Consiglio Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3070. Si veda, altresì, nello stesso senso, tra le ultime, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 31 marzo 2011, n. 858; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. II, 31 marzo 2011, n. 290. [38] Consiglio Stato, sez. IV, 02 marzo 2011, n. 1335. [39] Cassazione civile, sez. III, 07 maggio 2007, n. 10300. [40] Cassazione civile, sez. III, 15 ottobre 2010, n. 21329. [41] Risarcimento concentrato dinanzi al Giudice Amministrativo che già possedeva la giurisdizione sulla legittimità dell’atto. [42] Art. 44 della L.N. 69/2009: “1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele. 2. I decreti

legislativi di cui al comma 1, oltre che ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti principi e criteri direttivi: a) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato; b) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; c) procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali, e delle materie cui essi si applicano, fatti salvi quelli previsti dalle norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige; d) razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi e introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni; e) razionalizzare e unificare la disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini, anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali, nonché di sentenze dei tribunali amministrativi regionali o del Consiglio di Stato che dichiarano l'incompetenza funzionale; f) riordinare la tutela cautelare, anche generalizzando quella ante causam, nonché il procedimento cautelare innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, prevedendo che: 1) la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito; 2) in caso di istanza cautelare ante causam, il ricorso introduttivo del giudizio è notificato e depositato, unitamente alla relativa istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito, entro i termini di decadenza previsti dalla legge o, in difetto di essi, nei sessanta giorni dalla istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale; 3) nel caso di accoglimento della domanda cautelare, l'istanza di fissazione di udienza non può essere revocata e l'udienza di merito è celebrata entro il termine di un anno; g) riordinare il sistema delle impugnazioni, individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, e disciplinando la concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni. 3. I decreti legislativi di cui al comma 1 abrogano espressamente tutte le disposizioni riordinate o con essi incompatibili, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, e dettano le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate. 4. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri. Sugli schemi di decreto legislativo è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari. I pareri sono resi entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, i decreti possono essere emanati anche senza i predetti pareri. Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 14, numero 2°, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell'articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso. Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi principi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti. 5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

6. All'articolo 1, comma 309, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, dopo le parole: «tribunali amministrativi regionali» sono aggiunte le seguenti: «, ivi comprese quelle occorrenti per incentivare progetti speciali per lo smaltimento dell'arretrato e per il miglior funzionamento del processo amministrativo»;

[43] L'articolo 30, comma 4° del c.p.a. stabilisce: «Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.»

[44] L'articolo 117, comma 6° del c.p.a. stabilisce: «Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, e' proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice puo' definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria»;

[45] Si ribadisce l'insegnamento della più recente giurisprudenza: «Il superamento della pregiudiziale amministrativa è stato ora positivamente sancito dal c.p.a., approvato con d.lg. 2 luglio 2010 n. 104, il quale ammette, all'art. 30, l'azione risarcitoria in termini (sebbene anch'essi decadenziali) diversi e più lunghi (120 giorni) rispetto a quelli previsti per l'annullamento dell'atto lesivo, con espresso riconoscimento quindi della possibilità del risarcimento autonomo, anche in presenza di atto inoppugnato» (T.A.R. Roma Lazio sez. III, 05 gennaio 2011 n. 40).

[46] «In caso di illegittima esclusione del lavoratore dalla prova-selezione di accertamento professionale indetta dal datore di lavoro e di conseguente domanda di risarcimento del danno, occorre distinguere tra il danno da mancata promozione e quello da perdita di chance, in quanto, mentre nel primo caso il lavoratore deve provare sia l'illegittimità della procedura concorsuale sia che, in caso di legittimo espletamento, sarebbe stato certamente incluso nell'elenco dei promossi, nel caso di richiesta di risarcimento da perdita di chance si fa valere il

danno associato alla perdita di una probabilità non trascurabile di conseguire il risultato utile ed il ricorrente ha l'onere di provare gli elementi atti a dimostrare, pure se solo in modo presuntivo e basato sul calcolo della probabilità, la possibilità che avrebbe avuto di conseguire il superiore inquadramento; (T.A.R. Palermo Sicilia sez. I, 03 marzo 2009 n. 436). [47] Il 2° comma, peraltro, è stato abrogato dall'articolo 4, comma 1, punto 14, dell'Allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo) in ottica di riordino delle disposizioni concernenti il processo amministrativo