

CAPITOLO I

LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

SOMMARIO: 1. Inquadramento. - 2. Il danno da provvedimento. - 3. La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nella sentenza n. 500 del 1999. - 4. Il progressivo superamento dei principi affermati dalla sentenza n. 500 del 1999. - 5. L'art. 1227, co. 2, nel processo amministrativo: i tormentati rapporto tra azione di risarcimento e azione di annullamento del provvedimento illegittimo. - 6. I presupposti sostanziali del risarcimento del danno da provvedimento. - 6.1. La spettanza del bene della vita e il risarcimento della *chance*. 6.2. La colpa della p.a. - 6.2.1. La questione della colpa in caso di azione per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione. - 7. Il risarcimento del danno in sede di ottemperanza e la c.d. esecuzione per equivalente. - 8. Il danno da mancata aggiudicazione. - 9. La tesi della responsabilità da provvedimento come responsabilità da contatto. - 10. Il risarcimento in forma specifica. - 11. La responsabilità da comportamento amministrativo e il ruolo del principio di buona fede rispetto allo svolgimento dell'attività autoritativa. - 11.1. Il danno da mero ritardo. - 11.2. Il danno da provvedimento favorevole poi annullato.

1. Inquadramento

La responsabilità della p.a. può derivare **da comportamenti o da provvedimenti**.

Rispetto al **danno da comportamento** si è ormai affermata (cfr. art. 7 c.p.a.) la distinzione tra **comportamenti meramente materiali** e **comportamenti c.d. amministrativi** (riconducibili, cioè, sia pure in via indiretta o mediata, all'esercizio del potere). Mentre per i primi, il regime di responsabilità della p.a. **coincide con quello comune** disciplinato dal diritto privato, per i secondi il collegamento tra comportamento ed esercizio del **potere solleva alcune questioni teoriche e pratiche**, cui va dedicata una specifica trattazione.

Rispetto al danno da provvedimento, invece, il punto di svolta è rappresentato dalla storica sentenza n. 500/1999, che ha ammesso la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, aprendo così le porte alla responsabilità dell'Amministrazione anche per l'esercizio dell'attività provvedimentale.

2. Il danno da provvedimento

Iniziamo la trattazione con il danno da provvedimento, che rappresenta la fattispecie di responsabilità che presente le maggiori peculiarità rispetto alla disciplina di diritto comune.

In materia la svolta fondamentale è stata impressa dalla **storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999**, la quale, superando un **consolidato indirizzo di segno contrario**, ha affermato che anche la lesione dell'interesse legittimo congiura un danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Va evidenziato che **molti dei principi enunciati** dalla sentenza n. 500 del 1999 risultano ormai **superati dal diritto positivo**, specie sotto il versante della disciplina processuale dell'azione risarcitoria a tutela dell'interesse legittimo.

La sentenza n. 500 sopravvive, invece, almeno in massima parte, per ciò che attiene ai principi enunciati sul terreno dei presupposti sostanziali per l'insorgenza della responsabilità.

Ma procediamo con ordine e vediamo, in sintesi, prima lo "statuto" della responsabilità da provvedimento quale delineato dalla sentenza n. 500/1999 e poi **l'attuale stato dell'arte**, alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale e legislativa.

3. La tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nella sentenza n. 500 del 1999

Sotto il **profilo processuale**, la sentenza n. 500/1999 aveva ritenuto che:

a) la **lesione dell'interesse legittimo** rappresenta uno degli elementi costitutivi (il danno ingiusto) della fattispecie di responsabilità descritta dall'art. 2043 c.c., con la conseguenza che, ricorrendo gli altri requisiti, **nasce un diritto soggettivo al risarcimento del danno** affidato alla **giurisdizione del giudice ordinario** in base agli ordinari criteri di riparto, in quanto la *causa petendi* della domanda azionata è, appunto, il diritto soggettivo al risarcimento del danno;

b) **l'azione risarcitoria è autonoma** rispetto l'azione di annullamento del provvedimento e può essere proposta, **anche se il provvedimento non è stato impugnato**, nel **termine di prescrizione quinquennale** proprio della responsabilità aquiliana (art. 2947 c.c.).

c) il giudice ordinario **può valutare incidentalmente l'illegittimità del provvedimento**, ancorché non impugnato dinnanzi al g.a., al fine appunto di stabilire se è stato integrato il requisito del danno ingiusto.

Sul **piano sostanziale**, invece, secondo la sentenza n. 500/1999:

a) l'illegittimità del provvedimento rappresenta **condizione necessaria ma non ancora sufficiente** per accordare la tutela risarcitoria. Ad essere risarcito non è infatti l'interesse legittimo in quanto tale, ma la **pretesa sostanziale al bene della vita che all'interesse legittimo si correla**. Il risarcimento del danno è, quindi, ancorato alla verifica della spettanza del bene della vita, che implica un giudizio prognostico su come si sarebbe concluso il procedimento in assenza dell'illegittimità accertata. Non hanno, quindi, tutela risarcitoria i meri interessi procedurali;

b) oltre all'elemento oggettivo della spettanza del bene della vita, la responsabilità dell'Amministrazione **richiede la colpa**, da intendersi come un requisito diverso ed ulteriore rispetto alla mera illegittimità del provvedimento. La colpa va riferita **all'apparato amministrativo** e non al singolo che ha adottato il provvedimento lesivo e, secondo la sentenza n. 500, può essere definita come la **violazione delle regole di 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. L'onere di provare la colpa spetta al privato (secondo la regola generale della responsabilità extracontrattuale).

4. Il progressivo superamento dei principi affermati dalla sentenza n. 500 del 1999

Come si diceva, molti dei principi affermati dalla sentenza n. 500/1999, specie sul piano processuale risultano superati *per tabulas* dall'intervento del legislatore.

L'azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo è, infatti, **oggi disciplinata dal codice del processo amministrativo**, il quale ha sensibilmente innovato il quadro delineato dalle Sezioni Unite.

Sotto il profilo processuale, in particolare, il Codice ha stabilito che l'**azione si propone innanzi al giudice amministrativo**, rientrando nella sua giurisdizione generale di legittimità. Il legislatore, da questo punto di vista, ha superato la tesi delle Sezioni Unite (dalla lesione dell'interesse legittimo nasce un autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno), per accogliere, invece, la c.d. **concezione strumentale o rimediale** del risarcimento del danno, secondo cui l'azione risarcitoria è un **rimedio a tutela dell'interesse legittimo** e spetta, pertanto, alla cognizione del g.a., cui è demandata la tutela (anche risarcitoria) dell'interesse legittimo. In altri termini, chi chiede il risarcimento del danno da provvedimento non fa valere un autonomo diritto soggettivo al risarcimento del danno, ma fa valere lo stesso interesse legittimo (che rappresenta, quindi, la *causa petendi*) della domanda, invocandone come tutela il risarcimento del danno (che rappresenta, quindi, il *petitum* formale della domanda). La concezione c.d. rimediale del risarcimento del danno da provvedimento illegittimo è stata, peraltro, avallata dalla Corte costituzionale con la **sentenza n. 204/2004**, che, su queste basi, ha respinto la questione di costituzionalità dell'art. 6 l. n. 205/2000 (che già prima del codice del processo amministrativo aveva devoluto le controversie risarcitorie sui provvedimenti illegittimi al giudice amministrativo).

Trattandosi di azione a tutela di interessi legittimi, il risarcimento del danno risente delle esigenze di **stabilità e certezza dell'azione amministrativa** che connotano tradizionalmente la tutela contro i provvedimenti amministrativi illegittimi innanzi al g.a. Per questo, la giurisprudenza amministrativa aveva inizialmente sostenuto la **tesi della c.d. pregiudizialità** (secondo cui la domanda risarcitoria è preclusa se il provvedimento lesivo è divenuto inoppugnabile), fortemente avversata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (che vi hanno ravvisato un'ipotesi di diniego di giurisdizione sindacabile ex art. 111 Cost.).

Il Codice del processo amministrativo, nel prendere posizione su questo tema, ha accolto una **soluzione intermedia**: quella dell'**autonomia temperata**.

In base all'art. 30, co. 3, c.p.a., infatti la **domanda risarcitoria può essere proposta anche autonomamente rispetto alla do-**

manda di annullamento. Tale autonomia subisce, tuttavia, un **duplice temperamento**: da un lato, si prevede un **termine di decadenza** piuttosto breve, di 120 giorni (in luogo della prescrizione quinquennale prevista per l'azione aquiliana nei rapporti tra privati); dall'altro lato, si stabilisce che la **mancata impugnazione del provvedimento amministrativo** può comunque rilevare come concorso di colpa del danneggiato ai sensi **dell'art. 1227, co. 2, c.c.**

Più precisamente, l'art. 30, co. 3, c.p.a. stabilisce che 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.

In relazione al termine di decadenza di 120 giorni va osservato che esso coincide con quello previsto per la proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, il che conferma l'esigenza di stabilizzare l'azione amministrativa, anche sotto il profilo delle eventuali conseguenze risarcitorie, decorso anche il termine previsto per impugnare (in via straordinaria) il provvedimento amministrativo.

Sebbene si tratti di un termine di decadenza (che, pertanto, in linea di principio non dovrebbe subire né interruzioni né sospensioni) il legislatore prevede una **fattispecie di interruzione (e contestuale sospensione)** del predetto termine. È l'ipotesi in cui venga proposta solo la domanda di annullamento: l'art. 30, co. 5, c.p.a. stabilisce che in tal caso il termine di 120 giorni decorre dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, il che, appunto, significa che la proposizione della domanda di annullamento **produce contestualmente l'effetto di interrompere il termine di decadenza** per la proposizione dell'azione risarcitoria e **di sospenderlo per tutta la durata del giudizio**, fino al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

5. L'art. 1227, co. 2, nel processo amministrativo: i tormentati rapporto tra azione di risarcimento e azione di annullamento del provvedimento illegittimo

Merita un approfondimento il tema dei rapporti tra azione di risarcimento e azione di annullamento del provvedimento illegittimo.

Secondo l'insegnamento tradizionale della giurisprudenza civile, invero, l'onere di ordinaria diligenza che l'art. 1227, co. 2, c.c. fa gravare sul danneggiato non si estende alle iniziative processuali: l'alea e i costi del giudizio rendono, infatti, lo sforzo che sarebbe preteso dal danneggiato eccedente il limite dell'ordinaria diligenza. Di conseguenza, il danneggiato che potrebbe evitare un danno instaurando un giudizio non ha l'onere di farlo e la sua condotta inerte, sotto questo profilo, non può rilevare come concorso colposo *ex art. 1227, co. 2, c.c.*

In parte diverse sono, invece, le conclusioni che sono state recepite nell'ambito del codice del processo amministrativo con riferimento ai rapporti tra azione di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo e altri strumenti di tutela.

L'art. 30, co. 3, c.p.a., con una norma che in buona parte ricalca l'art. 1227, co. 2, c.c., prevede, infatti, espressamente che nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti che si sarebbero potuti tenere usando l'ordinaria diligenza, ma **anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.**

Nel codice del processo amministrativo l'art. 1227 c.c. è poi espressamente richiamato dall'art. 124, co. 2, c.p.a., il quale stabilisce che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1 (ovvero la domanda di conseguire l'aggiudicazione e "subentrare" nel contratto) o che non si è resa disponibile al subentro, è valutata ai sensi dell'art. 1227 c.c.

L'interpretazione di queste norme, che sembrano espressamente includere nell'onere di diligenza del danneggiato, anche l'attivazione di strumenti di tutela processuale, ha dato adito ad alcune incertezze applicative.

Una parte della giurisprudenza e della dottrina ha ritenuto che l'espresso riferimento contenuto nell'art. 30, co. 3 c.p.a., alla mancata attivazione di strumenti di tutela alternativi rispetto al risarcimento del danno, consentirebbe al giudice di valorizzare la mancata proposizione della domanda di annullamento del provvedimento, **defalcando** così dal *quantum* risarcibile, **i danni che avrebbero potuti essere evitati con la tempestiva impugnazione del provvedimento.**

Questa tesi ha ricevuto anche **l’avallo dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato** (sent. n. 3/2011), che ha fatto, persino, riferimento ai danni evitabili non solo (e non tanto) con la domanda di annullamento, ma con la **sua normale appendice cautelare**. È evidente, infatti, che la domanda di annullamento del provvedimento, anche ove proposta, non sospende gli effetti del provvedimento amministrativo, che, quindi, continua a manifestare la sua attitudine “dannosa” durante tutto il corso del giudizio. Lo strumento che consente di prevenire i danni è l’azione cautelare (sempre che venga accolta), normalmente proposta insieme a quella di annullamento.

Altra parte della giurisprudenza e della dottrina, invece, valorizzando anche il dato testuale (la circostanza cioè che il legislatore fa riferimento al plurale “**agli strumenti di tutela**”, senza riferirsi esclusivamente a quelli di natura processuale), ha ritenuto che il danneggiato possa adempiere all’onere di ordinaria diligenza anche solo attraverso **l’attivazione di strumenti stragiudiziali**, quali, ad esempio, una richiesta di riesame, un ricorso amministrativo, un atto di costituzione in mora. Solo quando il danneggiato rimanga totalmente inerte, limitandosi alla sola proposizione della domanda risarcitoria, la mancata attivazione di alcuno degli strumenti di tutela previsti, lo rende negligente e giustifica l’applicazione del meccanismo di defalco di cui all’art. 1227, co. 2.

6. I presupposti sostanziali del risarcimento del danno da provvedimento

Sul versante del regime sostanziale, le condizioni di risarcibilità del danno da provvedimento illegittimo individuate dalla sentenza n. 500 sono, in massima parte, ancora attuali.

La giurisprudenza amministrativa si è, infatti, consolidata nel senso di ritenere che il risarcimento del danno richiede, oltre all’illegittimità, la c.d. **spettanza del bene della vita** e la **colpa dell’Amministrazione**.

6.1. La spettanza del bene della vita e il risarcimento della chance

In merito alla **prima condizione**, si pone il problema dei rapporti tra giudizio sulla spettanza e **discrezionalità amministrativa**. Il

principio di separazione dei poteri esclude che il g.a. possa, anche solo ai fini della decisione sul risarcimento del danno, sostituirsi alla p.a. nell'esercizio delle valutazioni discrezionali. Sicché il risarcimento del danno deve, in linea di principio essere escluso, per l'impossibilità di provare la spettanza, caso in cui sopravvivano spazi di discrezionalità in capo all'Amministrazione e vi sia ancora la possibilità che il potere venga riesercitato.

Non hanno, quindi, tutela risarcitoria gli **interessi c.d. procedurali**: il vizio procedimentale o formale non preclude, infatti, il riesercizio del potere e l'adozione di un nuovo provvedimento che, emendato dal vizio, sia ancora di contenuto negativo per il privato.

L'**ipotesi maggiormente problematica** ricorre nell'ipotesi in cui, dopo l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento, rimangano spazi di discrezionalità in capo alla p.a., ma il **potere non sia più concretamente riesercitabile** per essersi ormai esaurita la vicenda amministrativa oggetto del giudizio. Si pensi, ad esempio, a un'impresa che, prima della valutazione dell'offerta, venga esclusa da una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che ottenga l'annullamento dell'esclusione quando il contratto sia già stato interamente eseguito.

In questo caso, non è possibile verificare con certezza la spettanza del bene della vita, ma non è possibile neanche riesercitare il potere, perché il contratto è ormai eseguito.

Si apre allora la questione della **risarcibilità della c.d. chance** (ossia la possibilità di ottenere un bene della vita). Ormai anche la giurisprudenza amministrativa ammette, non diversamente da quella civile, la risarcibilità della *chance*. Rimangono incertezze in ordine alla consistenza minima che la *chance* deve assumere per accedere alla tutela risarcitoria.

Il **contrasto di giurisprudenza** si pone tra pronunce aderenti alla teoria della **chance ontologica** e quelle che invece optano per la **chance eziologica**.

La discriminante tra le due opposte configurazioni si incentra sul rilievo da attribuire alle possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione ed in particolare sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo.

In altri termini, nell'ambito della dicotomia dei danni risarcibili ex art. 1223 c.c., la teoria della **chance ontologica** configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio.

La **teoria eziologica** intende invece la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

La questione era stata rimessa all'Adunanza plenaria dal Cons. Stato, Sez. V, n. 118/2018. L'Adunanza plenaria non si è, tuttavia, pronunciata sulla questione, ritenendola nel caso di specie non rilevante ai fini della risoluzione del giudizio.

6.2. La colpa della p.a.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, la giurisprudenza amministrativa ha, in linea di massima, confermato il principio espresso dalle Sezioni Unite n. 500/1999, in ordine alla necessità della colpa della p.a.

Il problema che si pone è comprendere **in cosa consista effettivamente la colpa della p.a.** intesa come apparato, diversa quindi dalla colpa del singolo funzionario che ha adottato il provvedimento e come sia ripartito l'onere della prova.

Al riguardo, la giurisprudenza, dopo iniziali oscillazioni, si è consolidata nel senso secondo cui il privato che agisca in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivante da un provvedimento amministrativo **può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa**, restando **a carico dell'Amministrazione** l'onere di dimostrare che si è trattato di un **errore scusabile** il quale è configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, d'influenza determinante di comportamenti di altri soggetti o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione d'incostituzionalità della norma applicata.

Formalmente, a rigore, la **prova della rimane in capo al privato** (in linea con le regole che valgono per la responsabilità aquiliana), ma si ammette che il ricorrente possa assolvere il relativo onere anche avvalendosi di **presunzioni semplici e l'illegittimità provvedimento** viene di per sé già considerato un **indizio in grado di fondare una presunzione semplice di colpa**, salva la prova contraria da parte dell'Amministrazione circa la scusabilità dell'errore.

6.2.1. La questione della colpa in caso di azione per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione

Con una importante sentenza, la **Corte di giustizia (Sez. III, 30 settembre 2010, Graz Stadt)** ha affermato che la direttiva 21 dicembre 1989, n. 89/665/CEE (c.d. direttiva ricorsi) deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice **al carattere colpevole** di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una **presunzione di colpevolezza in capo all'Amministrazione suddetta**, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

All'indomani di questa decisione, pertanto, **almeno in materia di appalti**, deve ritenersi superato l'orientamento giurisprudenziale più volte espresso anche dal nostro Consiglio di Stato che, pur affermando che l'illegittimità dell'atto faceva presumere la colpa della p.a., consentiva, tuttavia, alla stazione appaltante di vincere quella presunzione di colpa (ed andare, di conseguenza, esente da responsabilità) dimostrando la scusabilità dell'errore.

In altri termini, nel nostro ordinamento, fino alla sentenza del giudice europeo, la colpa della p.a. assumeva rilevanza, perché la dimostrazione del carattere incolpevole della violazione, impediva al privato di avere il risarcimento.

Da ora in poi, la sentenza della Corte di giustizia sembra determinare un superamento netto di questa posizione, configurando la responsabilità della p.a. come **responsabilità oggettiva**.

Per capire la *ratio* della decisione appare fondamentale il passaggio motivazionale contenuto nel punto 39 della sentenza: "*In tale*

contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva [v. in tal senso, in particolare, sentenza Uniplex (UK), cit., punto 40], soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice”.

In altri termini, secondo la Corte, il **risarcimento del danno**, può essere un **rimedio effettivamente alternativo al rimedio in forma specifica** (il conseguimento dell'aggiudicazione) **solo a condizione** che **non venga subordinato alla prova della colpa**, così come a tale prova non è subordinata la tutela in forma specifica.

Si può aggiungere che l'esigenza di una effettiva equivalenza tra i due rimedi (in forma specifica e per equivalente) è ancora più avvertita in un contesto normativo (quale quello introdotto dalla direttiva 66/2007 e attuato nel nostro ordinamento attraverso le norme oggi contenute negli artt. 121 e ss. del codice del processo amministrativo) che consente al giudice dell'aggiudicazione di escludere il rimedio specifico alla stregua di una valutazione (come si è visto più o meno “libera” a seconda della gravità della violazione) che, seppure il legislatore non parli di giurisdizione di merito, ha spiccati connotati di opinabilità.

In un sistema di questo tipo, in cui il rimedio specifico, anche ove possibile da attuare, può essere escluso alla stregua di una valutazione opinabile (quasi di opportunità) rimessa al giudice, è importante che il rimedio alternativo (quello per equivalente) sia effettivo ed adeguato. E tale può essere, ci dice oggi la Corte di giustizia, solo se non è sottoposto a condizioni più gravose.

In definitiva, allora, così come la colpa non rileva per conseguire l'aggiudicazione, ugualmente la colpa deve ritenersi irrilevante quando si attiva il rimedio per equivalente.

I due rimedi, insomma, devono avere le stesse caratteristiche ed essere subordinati ad analoghi presupposti.