

Gianmarco Poli

**LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA  
AMMINISTRAZIONE PER ILLEGITTIMO  
ESERCIZIO DEL POTERE.**

Tesi di Dottorato di Ricerca in Diritto Pubblico

XXII ciclo

Luiss Guido Carli

(Sintesi)

Tutor: Prof. S. A. Romano

Co-tutor: Prof. G. De Martin

## INDICE

### PARTE PRIMA LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER ILLEGITTIMO ESERCIZIO DEL POTERE: PROFILI STORICI

1. Evoluzione storica. 2. Il sistema italiano: natura giuridica dell'interesse legittimo e sua irrisarcibilità. 3. L'art. 2043, c.c. e la sua inapplicabilità all'interesse legittimo di diritto pubblico. 4. Le novità introdotte dalla l.n. 142/1992. 5. E quelle introdotte dal d. lgs. n. 80/1998. 6. La sentenza delle SS.UU. n. 500/1999 e la l.n. 205/2000.  
..... pag. 1

### PARTE SECONDA LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER ILLEGITTIMO ESERCIZIO DEL POTERE: LE DIVERSE TEORIZZAZIONI E UNA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA.

1. Natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo: una questione controversa. 2. Tesi della responsabilità extracontrattuale. 3. Tesi della responsabilità "da contatto". 4. Tesi della responsabilità precontrattuale. 5. Tesi della responsabilità contrattuale. 6. Tesi della responsabilità speciale e mista. 7. Alcune considerazioni critiche. 8. La responsabilità della p.a. come ipotesi di responsabilità contrattuale per "inadempimento" del potere amministrativo.  
..... pag. 9

**PARTE PRIMA**  
**LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**  
**PER ILLEGITTIMO ESERCIZIO DEL POTERE : PROFILI STORICI**

1. È opinione assai diffusa come il lento percorso che ha condotto lo Stato assoluto ad assumere la forma, più moderna, dello Stato liberale, passi anche attraverso la storia della sua responsabilità.

Fino alla rivoluzione francese, nello Stato Assoluto, la irrisarcibilità dei danni provocati alla collettività dalla sua organizzazione politico-amministrativa era un corollario del generale principio di sovranità.

Sotto la spinta del pensiero rivoluzionario l'idea del *princeps legibus solutus*, fino a quel momento dominante, iniziò a vacillare e si profilò una bipartizione interna all'attività statale tra atti *iure imperii*, inidonei a cagionare danni risarcibili e atti *iure gestionis* (o *privatorum*), per i quali era configurabile, a carico dello Stato, una responsabilità per danno ingiusto.

2. L'elaborazione teorica così maturata fu integralmente recepita dal neonato Stato italiano. Ciò portò a negare che, a fronte della potestà statale, potessero venire ad esistenza situazioni di libertà individuale incompressibili, garantite dallo strumento risarcitorio e si riconobbe invece, in capo all'amministrato, un interesse, differenziato dal resto della collettività e più intenso rispetto ad un coinvolgimento di mero fatto, a che lo Stato, e per esso gli apparati burocratici, esercitasse nel modo più corretto l'*imperium* di cui era dotato. Un "legittimo" interesse alla correttezza dell'agire Statale che, se leso dalla stessa autorità, non avrebbe mai potuto costituire la base per una pronuncia di condanna al risarcimento del danno.

L'impostazione appena descritta, resistette fino alla seconda metà del XX secolo, e poggiava essenzialmente su due premesse: la natura processuale (o comunque formale) dell'interesse legittimo e il diritto vivente consolidatosi in materia di responsabilità aquiliana.

Secondo gli autori italiani di fine Ottocento, gli interessi individuali protetti con dignità di situazione giuridica attiva di tipo sostanziale erano solo i diritti soggettivi. Ai margini dei diritti soggettivi, poi, potevano rintracciarsi o interessi di mero fatto, come tali non protetti dall'ordinamento o altri interessi, subordinati per loro stessa indole all'interesse pubblico, che avevano nell'amministrazione stessa il loro arbitro regolatore, passibili com'erano di essere favoriti o offesi unicamente dagli atti espressivi di una pubblica potestà.

Si affermò così quella tesi che, dall'opera di digressione normativa del blocco indistinto degli interessi solo amministrativamente protetti, ricostruiva gli interessi legittimi come interessi "occasionalmente" protetti, una particolare categoria di interessi di pertinenza individuale, protetti dalla legge non in quanto tali e direttamente, ma solo in via mediata e riflessa, quando, cioè, un potere pubblicistico entrava in contatto con la sfera privata, violandola.

Per questo motivo, quando l'amministrazione, titolare di un potere conferitole dalla legge, decideva di esercitarlo, rendendo attuale il pericolo di un pregiudizio per il destinatario, le stesse norme che disciplinavano il potere avevano l'effetto di conferire veste di giuridicità all'interesse minacciato, generando un vero e proprio diritto (potestativo) di agire in giudizio, finalizzato a stabilire, attraverso la mediazione di un soggetto terzo, se quel potere fosse stato o meno legittimamente esercitato.

A fronte di questa violazione, però, si giustificava esclusivamente uno strumento reattivo, volto a preservare, in via diretta, l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa e solo di riflesso le singole aspirazioni private.

A queste condizioni, e salvo qualche opinione isolata (Cammeo), era addirittura impensabile porsi un problema di risarcibilità del danno per lesione dell'interesse legittimo, ridotto ad una dimensione processuale, per di più a tutela prevalente dell'interesse pubblico.

È comprensibile, dunque, che anche le indagini successive sul tema si siano mantenute aderenti ad una visione processuale dell'interesse legittimo, arrivando ad ottenerne una nozione circoscritta alla dimensione puramente giudiziaria.

Nell'ambito di tale direzione, è possibile raggruppare le tesi che si sono succedute, in due correnti di pensiero, un filone che tese a ridurre l'interesse legittimo a mero presupposto (processuale) di fatto e ad identificarlo, più o meno esplicitamente, con l'interesse a ricorrere, ed un altro, ad esso contrapposto, che intese riproporre, sotto rinnovate spoglie, una configurazione dell'interesse legittimo come potere (questa volta a tutela di un interesse individuale e non altrui) di reagire in giudizio contro il provvedimento illegittimo.

In ambedue i casi l'interesse legittimo si identificava sostanzialmente con l'azione e non poteva essere risarcito, sia perché sprovvisto di un sostrato sostanziale autonomo (requisito indispensabile affinché possa parlarsi di danno risarcibile), sia perché, con il vittorioso esperimento dell'azione, si otteneva un ristoro -in forma specifica- pienamente soddisfacente per il privato, che non lasciava residuare ulteriori voci di danno.

Il risultato non muta allorché alle tesi processualistiche si sostituiscono progressivamente quelle sostanzialistiche, volte, cioè, ad identificare con la nozione di interesse legittimo una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, diversa dal diritto soggettivo, ma della stessa natura e dunque meritevole, al pari di questo, di identica protezione da parte dell'ordinamento. Nemmeno quando, all'indomani dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, l'idea di un necessario avvicinamento nella tutela ebbe a trovare una consacrazione normativa negli artt. 24 e 113, che sembravano porre sullo stesso piano la tutela dei diritti e degli interessi legittimi.

Per i fautori dell'indirizzo sostanzialista, l'utilità posta alla base dell'interesse legittimo fu intesa, ora come interesse a che l'amministrazione operasse legittimamente (interesse alla legalità formale dell'azione amministrativa), ora come interesse (strumentale) all'ottenimento di un provvedimento amministrativo (regolativo dell'assetto di interessi concreto e, dunque, fonte dell'interesse finale), ora come aspettativa alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita, ottenibile solo attraverso la mediazione di un atto adottato da un soggetto (la pubblica amministrazione), nell'esercizio di un potere funzionale.

Anche in questa rinnovata dimensione, l'unica tutela accessibile al privato, attinto nel proprio interesse alla legittima esplicazione dei pubblici poteri, non poteva che essere lo strumento caducatorio. La chiusura verso un sistema bipartito di tutela dell'interesse legittimo che, attraverso la valorizzazione degli strumenti già normativamente previsti, ammettesse la proposizione di un'azione risarcitoria, congiuntamente alla domanda d'annullamento, non discendeva tanto -in questa prospettiva- dalla carenza di un'impronta sostanziale nel nucleo dell'interesse legittimo, quanto nella difficoltà di ricondurre la relativa fattispecie nel quadrante normativo in materia di illecito.

Affinché potesse affermarsi la risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, occorreva che, alla base della situazione soggettiva fatta valere, vi fosse un interesse in grado di soffrire un pregiudizio patrimoniale concreto. Il che poneva gli stessi artefici della costruzione dell'interesse legittimo come interesse alla legittimità, dinanzi a difficoltà teoriche insormontabili, dal momento che, assegnando alla situazione lesa un oggetto etereo ed astratto, consistente in una qualificazione giuridica, non riuscivano a risolvere il problema con gli strumenti del diritto positivo ed erano obbligati, coerentemente, ad escluderne l'ammissibilità.

Non solo, ma una volta attribuita a questa entità una rilevanza giuridica in connessione con il rispetto delle norme di diritto obiettivo, la tutela dell'interesse sotteso

non poteva andare oltre la restaurazione del diritto obiettivo violato; ossia, anche in questo contesto dogmatico, l'annullamento dell'atto lesivo risultava di per sé sufficiente a preservare appieno quell'aspettativa di legalità di cui si fa portatore il privato, riallineando l'operato dell'amministrazione con le regole ordinamentali.

Diversamente, ove si parta dall'idea che l'interesse legittimo consiste nella tutela immediata di un interesse sostanziale ed effettivo, ovvero anche dall'idea che esso consiste in un interesse strumentale, ma con oggetto concreto e non astratto, non sussistono barriere concettuali all'astratta possibilità di pervenire ad una giustificazione della responsabilità anche per lesione degli interessi legittimi.

Appare infatti evidente come, in entrambi i casi considerati, il soggetto attivo risulti titolare di una aspettativa giuridicamente tutelata al conseguimento di un vantaggio giuridicamente rilevante (il bene della vita stesso, nell'un caso, il provvedimento attraverso il quale realizza l'assetto di interessi sperato), una *chance* di soddisfacimento dell'interesse materiale avuto di mira dal consumatore dell'azione amministrativa che, già al momento della sua nascita (ed a prescindere dall'esito favorevole o meno dell'*iter* procedimentale) costituisce, al pari del diritto soggettivo e di ogni altro interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento civile, posta attiva ed attuale del patrimonio del soggetto destinatario del provvedimento.

Ne deriva che, come per le altre ipotesi menzionate, la lesione dell'interesse materiale sottostante, non poteva non risolversi in un danno ingiusto.

Non è un caso, quindi, che la maggior parte della dottrina successiva all'opera di riqualificazione in chiave sostanziale dell'interesse legittimo abbia impostato il problema della risarcibilità dei danni consequenziali alla lesione dell'interesse protetto, orientandosi a risolverlo in senso favorevole.

Quest'ultima tesi, fatta propria anche dalla giurisprudenza amministrativa, avrebbe dovuto condurre, come suo corollario, ad ammetterne la risarcibilità, in caso di lesione. Stabilito che si trattava di una situazione soggettiva, ontologicamente affine al diritto soggettivo, benché di diverso contenuto, limitare la tutela risarcitoria soltanto ad una delle due situazioni anzidette e non estenderla anche all'altra, avrebbe comportato una ingiustificata compressione del diritto di difesa per quei soggetti intercettati dall'illegittimo esercizio del potere, nonché una irragionevole, vistosa violazione del principio di eguaglianza, in contrasto con gli artt. 2, 3 e 24, Cost.

**3.** A dispetto di ciò, fino al finire degli anni novanta, quello che da larga parte della dottrina veniva additato come ingiustificato privilegio per pubblica amministrazione,

residuo storico dell'impostazione autoritaria degli Stati settecenteschi, rimase un pilastro della materia risarcitoria, tenuto in piedi da una giurisprudenza «pietrificata» nell'ammettere al beneficio del rimedio aquiliano esclusivamente i diritti soggettivi.

Il grimaldello normativo adoperato dai giudici di legittimità per mantenere fermo tanto a lungo lo *status quo* fu rappresentato proprio dalla formulazione dell'art. 2043, c.c., che, nell'affiancare la locuzione “ingiusto” alla parola “danno”, aveva equipaggiato i tribunali della Repubblica di un potente setaccio attraverso cui separare, secondo il proprio apprezzamento, gli interessi meritevoli da quelli non meritevoli di tutela risarcitoria.

In linea di continuità con la codificazione precedente, la correlazione terminologica introdotta nella lettera dell'art. 2043, c.c., fu per lungo tempo intesa come mera riproduzione formale di un presupposto della tutela aquiliana già pacificamente acquisito: l'ingiustizia si traduceva nella violazione di un diritto soggettivo.

Questa regola, assolutamente monolitica specie nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, con la complicità della teoria dell'affievolimento (che relegava ogni posizione soggettiva del privato scontratasi con una pubblica potestà allo stadio di interesse legittimo), comportò, nel campo dell'attività disciplinata dalle norme di azione, ad una sostanziale irresponsabilità della p.a. per il suo operato. Una stato di immunità dal diritto comune che si allontanava progressivamente e col tempo dal senso di equità percepito dalla comunità degli amministrati.

Ciò che colpiva nell'atteggiamento della giurisprudenza fu che la stessa rigidità mostrata nei confronti dei pregiudizi dovuti alle condotte dell'amministrazione, non si rinveniva a proposito dei pregiudizi provocati tra privati, a proposito dei quali il concetto di “ingiustizia” del danno subiva un processo di continua emancipazione dal diritto soggettivo.

Infatti, vennero presto ricondotte nell'alveo del “danno ingiusto” diverse altre situazioni soggettive che, pur tutelate dall'ordinamento, non integravano gli estremi del diritto soggettivo.

Fu considerata degna di tutela ai sensi dell'art. 2043, c.c., l'aspettativa giuridicamente tutelata, la *chance* originata da concorsi privati, gli interessi diffusi e gli interessi legittimi regolati da rapporti privatistici, ed anche le situazioni possessorie, nonostante opinione quasi unanime in dottrina e giurisprudenza fosse quella di configurare il possesso come situazione di mero fatto, protetta dall'ordinamento non *ex se*, ma soltanto per taluni aspetti ed in determinate circostanze, attraverso strumenti giuridici tipici dettati agli art. 1140 e ss., c.c.

L'interesse legittimo, specie se considerato in chiave sostanzialistica, rappresentava un *quid pluris* rispetto all'interesse scaturente da una situazione di mero fatto (quale il possesso), benché protetta.

Il che valeva a maggior ragione per il riconoscimento della tutela risarcitoria nelle ipotesi in cui il comportamento *non iure* del soggetto danneggiante incideva, sacrificandola, su una *chance*, situazione soggettiva che, caratterizzandosi per la sua strumentalità rispetto ad un bene finale, costituiva senza dubbio espressione della suindicata tendenza giurisprudenziale ad abbandonare, nell'ambito del diritto comune della responsabilità, la concezione sanzionatoria dell'illecito civile. Ed invero, non v'era chi non vedesse che, nelle ipotesi di c.d. perdita di *chances*, oggetto del risarcimento non era più un diritto soggettivo, bensì una mera aspettativa giuridica.

Tale progressivo abbandono del principio che ammetteva la risarcibilità solo in caso di lesione di diritti soggettivi, si accompagnava ad un nuovo modo di concepire l'art. 2043 c.c., inteso sempre più come clausola generale di responsabilità, incline a garantire tutela aquiliana all'individuo sul solo presupposto della illegittima diminuzione dell'integrità patrimoniale, indipendentemente dalla qualificazione tecnico-giuridica della situazione soggettiva lesa.

Applicando integralmente questa teoria anche alla specifica questione dei danni derivanti da atti illegittimi della P.A., lesivi di interessi legittimi, si sarebbe dovuta spalancare la strada ad una soluzione positiva del problema, in quanto il concetto di danno ingiusto, quale strumento tecnico-giuridico attraverso cui il diritto seleziona i danni rilevanti per l'ordinamento, non doveva essere riferito alla situazione giuridica soggettiva oggetto di lesione, quanto all'incidenza finale, in termini di conseguenze economicamente svantaggiose, che la lesione avrebbe avuto sul patrimonio del danneggiato.

4. Nel vigore del dibattito dottrinale, la tutela risarcitoria da lesione dell'interesse legittimo ebbe un primo riconoscimento normativo. Ad opera della legge n. 142/1992, attuativa di una Direttiva dell'Unione Europea, fu introdotta una tutela risarcitoria in favore delle imprese pregiudicate da violazioni del diritto comunitario, limitatamente agli appalti oltre una certa soglia, cd. di rilevanza comunitaria.

L'art. 13, l. n. 142/92, disponeva che i soggetti lesi da un atto amministrativo adottato, in materia di pubblici appalti di lavori o forniture, in violazione del diritto comunitario o delle relative norme interne di recepimento, ottenuto l'annullamento dell'atto con sentenza del g.a., potevano proporre, innanzi al giudice ordinario, domanda risarcitoria contro l'amministrazione aggiudicatrice.

Benché limitatamente ad un particolare settore dell'azione amministrativa, veniva introdotta, per la prima volta nel nostro Paese, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

A dispetto di ciò, l'interrogativo con cui dovette misurarsi l'interprete fu quello di stabilire, al di là della rigidità testuale, se la norma in questione fosse dotata di una forza espansiva tale da superare gli argini del testo ed applicarsi anche al di fuori della materia degli appalti.

Contrariamente a quanto si era auspicato in dottrina, la disposizione che accordava tutela risarcitoria dell'interesse legittimo venne considerata come norma eccezionale, antitetica rispetto al generale principio dell'irrisarcibilità e, pertanto, di stretta interpretazione, insuscettibile di sconfinare oltre i limiti di materia puntualizzati dalla legge n. 142/92.

5. In questo clima di persistente contrasto, si inserì il d.lgs. n. 80/1998. L'art. 35 del decreto citato, nell'attribuire la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in determinate materie, conferendo espressamente allo stesso il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, "il risarcimento del danno ingiusto", aveva dato attuazione all'art. 11, com. 4, legge n. 59/1997, alla stregua della quale, compito del legislatore delegato era operare, nelle materie oggetto dell'intervento, un'estensione della giurisdizione amministrativa alle controversie concernenti "diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno".

Si delinearono sul punto due orientamenti, uno volto a rinvenire nella legge di delega e nel relativo decreto di attuazione la *volutas legis* di operare un'attribuzione indiscriminata al giudice amministrativo, in sede esclusiva, di tutte le questioni relative a diritti soggettivi, ivi compresa la materia risarcitoria, l'altro favorevole ad una lettura estensiva degli stessi testi, incline ad individuare con la locuzione "diritti patrimoniali consequenziali" non tanto l'area delle responsabilità civili da lesione di un diritto, bensì una fattispecie di illecito più puntuale e specifica, quella, cioè, da lesione dell'interesse legittimo.

In tal senso deponevano non solo l'espressa abrogazione, ad opera della legge stessa, dell'art. 13, l. n. 142/92 (espressiva della volontà di inglobarne il contenuto nella più ampia previsione di cui all'art. 35, ed escludendo, contestualmente, la previsione del doppio binario), che apprestava tutela risarcitoria alla lesione degli interessi legittimi pretensivi nel settore degli affidamenti di appalti pubblici di rilevanza comunitaria, ma anche la scelta di devolvere il relativo contenzioso al giudice amministrativo in sede esclusiva. Manifestazioni, queste ultime, della volontà certa di includere nella categoria giuridica del danno ingiusto

risarcibile, anche quello consequenziale alla caducazione di provvedimenti illegittimi, lesivi di interessi pretensivi.

Oltre tutto, una retta decodificazione delle previsioni costituzionali sulla giurisdizione (artt. 102, 103 e 113, Cost.) non avrebbe tanto dovuto porre la questione di stabilire se, accanto ai diritti soggettivi, fosse lecito ammettere al beneficio del risarcimento anche l'interesse legittimo ma, all'inverso, imponeva di restringere l'ambito di operatività dell'art. 35, primo comma, alla tutela risarcitoria per la sola lesione di interessi legittimi, dei quali lo strumento tipicamente civilistico costituiva momento ulteriore di tutela indefettibile, nonché necessario completamento.

Questa opzione ermeneutica fu quella abbracciata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 292/2000 che dichiarò incostituzionale il summenzionato art. 35 per eccesso di delega. A giudizio della Corte, l'unico risarcimento del danno che il giudice amministrativo è legittimato a conoscere è quello che consegue alla lesione di interessi legittimi, di cui è giudice naturale per espresso dettato della Costituzione. Alla luce di ciò, l'art. 11 della legge di delega doveva essere interpretato dal Governo in senso limitato e non comprendere, nell'attribuire le materie ivi elencate al giudice amministrativo in sede esclusiva, l'intera materia risarcitoria. Nel fare ciò aveva ecceduto dai limiti imposti dalla legge di delega.

6. La rivoluzione copernicana della prospettiva tradizionale -che indubbiamente influenzò in parte anche la posizione della Consulta poc'anzi citata- avvenne solo qualche tempo dopo la pubblicazione del decreto n. 80, con una storica pronuncia delle Sezioni Unite.

Con sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, la Suprema Corte di Cassazione ammise definitivamente la risarcibilità generalizzata dell'interesse legittimo, ponendo così fine ad un dibattito durato più di mezzo secolo. Mostrando di accogliere una lettura più evoluta dell'art. 2043, c.c., sancì definitivamente che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto), fosse giuridicamente rilevante ai fini risarcitori e che l'inedita fattispecie illecita dovesse essere collocata nell'alveo della responsabilità aquiliana.

In punto di giurisdizione, valorizzando la natura di diritto soggettivo della situazione giuridica prodotta dal fatto lesivo, ne ha devoluto la cognizione al sistema della giustizia ordinaria.

Poco tempo dopo, il legislatore, con la l. n. 205/00, art. 7, ha confermato la risarcibilità diffusa degli interessi legittimi, devolvendo però la giurisdizione in tema di

risarcimento del danno derivante dalla loro lesione al giudice amministrativo, il giudice naturale dell'interesse legittimo indicato dalla Costituzione.

Tutto ciò senza nulla disporre quanto a qualificazione giuridica della responsabilità normativamente introdotta.

## **PARTE SECONDA**

### **LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER ILLEGITTIMO ESERCIZIO DEL POTERE: LE DIVERSE TEORIZZAZIONI E UNA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA.**

1. A seguito del tormentato *iter* illustrato, alcuni fondamentali tasselli di un mosaico in via di composizione, qual'era la neonata figura della responsabilità pubblica, erano stati posati.

Il fatto che l'interesse legittimo fosse ammesso a godere di una generalizzata protezione risarcitoria e che questo nuovo compito fosse stato attribuito al suo giudice naturale, attrezzato dei poteri all'uopo necessari, erano divenuti dati giuridici non più frutto dell'interpretazione giurisprudenziale, come tale suscettibile di mutamenti e oscillazioni, ma il risultato di un atto di volontà popolare che non poteva più essere oggetto di contese.

Tra questi due confini della materia, positivamente fissati, stavano una serie di questioni che la pronuncia delle Sezioni Unite aveva soltanto lambito o comunque risolto in modo non da tutti condiviso. Forse condizionato dalla natura intimamente processuale dell'intervento, o più verosimilmente deciso a lasciare all'opera integratrice della giurisprudenza l'onere di riempire un dato normativo scarno, la legge perse l'occasione di regolare la nuova materia così individuata, in modo organico e definito. Per questo motivo, gli scenari aperti dalle Sezioni unite, non erano stati chiusi dalla legge 205 che, in questo senso, aveva perpetrato i punti oscuri dell'illecito attizio.

Tra questi, lo snodo argomentativo più controverso e contestato degli ultimi anni, su cui si è maggiormente discusso tanto nell'Accademia, quanto nelle aule giudiziarie, riguardava proprio l'inquadramento giuridico della tematica trattata, la scelta del tipo di responsabilità cui ricondurre questo illecito proprio della pubblica amministrazione. Il che, peraltro, è più che comprensibile atteso che le disposizioni normative introdotte nell'arco temporale che va dal 1998 al 2000, rendevano possibili varie ricostruzioni.

E l'attenzione riservata alla tematica in esame non è neppure frutto di un mero e capriccioso esercizio intellettuale ma l'effetto dell'esigenza, particolarmente avvertita, di fare luce su una questione assai delicata da cui discendono rilevanti conseguenze pratiche: nell'ordinamento italiano, il diverso regime giuridico con cui sono disciplinati i due tipi di responsabilità conosciuti (contrattuale ed extracontrattuale), nonché le distinzioni a livello di orientamenti giurisprudenziali che si addizionano alle differenze conclamate legislativamente, non consente un utilizzo indifferenziato e promiscuo delle due categorie di illecito, né scioglie chi si accosta alla materia risarcitoria dall'incombenza di eseguire una precisa, preliminare scelta di campo.

A ciò si aggiunga la percezione di un'architettura codicistica che non esaurisce la raffigurazione della responsabilità in due comparti rigidi e netti ma che, servendosi di una tecnica di rinvii e richiami e giocando sulle relazioni internormative di regole ed eccezioni, finisce per far proliferare dalle due unità "capostipite" della materia risarcitoria, una varietà di singole fattispecie di illecito dai contorni sfumati e imprecisi, delle quali non sembra immediato stabilire l'appartenenza ad uno dei due comparti.

2. Secondo un primo e tradizionale orientamento, la responsabilità dell'amministrazione per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo è una responsabilità riconducibile nell'alveo dell'art. 2043, c.c. Essa nasce, dunque, dalla violazione del precetto generale che fa divieto ai soggetti dell'ordinamento di recare danno ad altri, specificandosi propriamente come ipotesi di responsabilità extracontrattuale da cattivo uso del potere.

A conforto di questa conclusione, era stato messo in risalto l'elemento formale della coincidenza terminologica tra le norme generative della responsabilità pubblica (art. 35, d.lgs. n. 80/98 e art. 7, l. n. 1034/71) e la clausola generale del *neminem laedere* che, al pari delle precedenti due, nella sua traduzione in dettato positivo (art. 2043, c.c.) parlava inequivocabilmente di "danno ingiusto".

Attraverso il ricorso allo strumento tecnico-normativo dell'identità di nozione, il legislatore medesimo avrebbe mostrato di voler invocare, in via sintetica, quale unico quadro di riferimento per dare risposta a questo *genus* di responsabilità della p.a., l'illecito extracontrattuale.

Seguendo la partizione tradizionale, una volta richiamati i contorni del torto aquiliano, anche gli elementi dell'illecito dell'amministrazione dovevano risultare ordinati secondo il seguente schema, mutuato proprio dall'art. 2043, c.c. e decodificato in modo coerente con le note dominanti di questa particolare tipologia di illecito: risultava

indispensabile a) un provvedimento o un comportamento illegittimo dell'amministrazione (condotta); b) che da esso fosse scaturito un evento di danno, a sua volta connesso alla lesione di una posizione di interesse legittimo (o, più precisamente, dell'interesse finale ad esso sotteso); d) che tale danno fosse ingiusto, ovvero realizzato in condizioni di antigiuridicità della condotta; c) che fosse rintracciabile un nesso di causa che lega condotta ed evento; e) che il fatto dannoso risultasse soggettivamente imputabile, a titolo di dolo o di colpa, all'autore del medesimo (elemento psicologico).

La particolarità più evidente del modello aquiliano, come prospettato dalla dottrina e accolto dalla giurisprudenza quantitativamente prevalente, concerne, senz'altro, l'elemento della colpevolezza.

La necessità di individuare un compromesso che conciliasse l'esigenza di effettuare un giudizio di rimproverabilità dell'agente con la dimensione superindividuale dell'amministrazione-apparato cui giuridicamente viene ascritto l'illecito, ispirò la soluzione (inaugurata dalle Sezioni Unite) consistente nel prendere in considerazione non solo la condotta del singolo agente, ma della p.a. nel suo complesso, *sub specie* di apparato organizzato.

Trattandosi di apparato pubblico, inoltre, era la stessa nozione di colpa a dover essere integrata. Essa si arricchiva di quelle regole di imparzialità e buon andamento che l'art. 97 Cost. pone come limite esterno alla discrezionalità amministrativa e la cui violazione doveva concorrere a definire la colpa al pari dei precetti elencati dall'art. 43, c.p.

Alla luce di ciò, allora, la p.a. deve ritenersi in colpa quando, dall'accertamento in concreto del suo assetto organizzativo e gestorio, emerge un'organizzazione inefficiente, al di sotto degli standard minimi di buona amministrazione e che tali disfunzioni abbiano reso possibile l'agire concreto del funzionario.

**2.** Proprio l'esigenza di alleggerire la difficile prova della colpa della p.a. ha aperto nuovi scenari nella riflessione giuridica in materia. Facendo applicazione delle tesi evocate dalla moderna teoria del "contatto sociale", dottrina e giurisprudenza hanno seguito una diversa ricostruzione dogmatica, tesa a regolare la responsabilità dell'amministrazione in modo più vicino a quello della responsabilità contrattuale che a quella aquiliana.

Il cambio di prospettiva poggia sulla considerazione che, a fronte dell'attività autoritativa dell'amministrazione, il privato non vanterebbe tanto (*rectius*, non vanterebbe soltanto) un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita, quanto, più propriamente, una pretesa a che l'amministrazione agisca nel rispetto delle regole che devono informare la sua attività procedimentale.

La giunzione che si istituisce tra p.a. e privato, nell'ambito del procedimento, stanzierebbe al limite tra contratto e contatto extraneoziale, finendo per collocarsi in quella incerta categoria di rapporti che i civilisti definiscono "obbligazioni senza obbligo primario di prestazione".

Diversamente dal modello aquiliano, il legislatore avrebbe scandito dei veri e propri obblighi di salvaguardia della sfera giuridica della controparte, che si caratterizzano, rispetto all'obbligazione ordinaria, per l'assenza dell'elemento centrale del rapporto obbligatorio, la prestazione principale.

Tali obblighi, che normalmente si legano all'obbligo principale di prestazione al fine di massimizzare l'utilità creditoria, in un contesto come quello pubblicistico, segnato dall'assenza di un obbligo di prestazione avente ad oggetto il provvedimento favorevole in capo alla p.a., andrebbero comunque ad innestarsi (con sovrapposizione del rapporto obbligatorio a quello amministrativo) nella dinamica procedimentale con lo scopo di garantire il rispetto della sfera giuridica degli amministrati portatori di un interesse legittimo.

Sotto quest'altra luce, allora, la responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimentale non sarebbe altro che una evoluta forma di responsabilità contrattuale nascente dall'inadempimento di un'obbligazione di salvaguardia (o senza prestazione).

Fonte indiretta di questa articolazione protettiva, che accompagna il privato lungo tutto il percorso procedimentale, sarebbe l'art. 1173, c.c., che nel sancire il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, ricomprendendo tra queste la legge, nonché ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico, non consente di escludere a priori dall'elenco delle vicende produttive di obblighi giuridici le norme che regolano l'azione amministrativa ed i suoi comportamenti.

Ricondotta la lesione di un interesse legittimo ad opera dell'amministrazione nell'alveo della responsabilità per inadempimento di un obbligo, non sorprendono le conseguenze in termini di disciplina: il criterio di riparto dell'onere probatorio sotto il profilo della colpa, i termini di prescrizione e l'area del danno risarcibile, nonché il tema della mora e il computo degli interessi e la rivalutazione monetaria, seguiranno le regole precipue della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218, c.c., e ss.

**3.** Si affida al sistema di responsabilità contrattuale anche quella parte della dottrina, seguita da certa giurisprudenza amministrativa, secondo cui, in talune situazioni di particolare configurazione della funzione amministrativa, l'attività dei pubblici uffici

presenterebbe profili tali da farla discostare dall'illecito di indole aquiliana, e farla approdare ad uno statuto di responsabilità più adeguato a rispondere alle peculiarità morfologiche delle fattispecie considerate.

In casi circoscritti, infatti, la dialettica interna tra privato e pubblica amministrazione, nel succedersi delle fasi che compongono l'esercizio del potere, dà vita ad un rovesciamento dei ruoli procedurali precostituiti, modificando la posizione soggettiva vantata dalla parte pubblica che, inizialmente connotata dal carattere della autoritarità, trasfigura progressivamente in una situazione giuridica soggettiva di stampo obbligatorio, non appiattita sullo schema degli obblighi di protezione dell'affidamento altrui, in quanto caratterizzata dalla presenza, a carico dell'amministrazione, di una concreta obbligazione primaria di prestazione, consistente proprio nell'adozione di un provvedimento conforme all'interesse del richiedente.

Le caratteristiche rappresentative dell'inadempimento di obbligazioni sono state rinvenute, ad esempio, nell'invalidità dell'atto amministrativo derivante dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra parte pubblica e parte privata, assumendo la condotta dell'amministrazione, in tali casi, la consistenza di una trasgressione ad un impegno assunto consensualmente; oppure, nella omessa o ritardata esecuzione del giudicato, per la circostanza che, la pretesa del ricorrente vittorioso all'attuazione dello stesso avrebbe la natura di diritto (soggettivo) di credito ad una specifica prestazione.

A queste dovrebbe aggiungersi pure la responsabilità conseguente all'inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento entro un termine dato che, ricostruito in alcune prospettive dottrinali in termini di obbligo giuridico vero e proprio, nascente dalla legge sul procedimento, non può non essere sanzionato, ove venga in rilievo la sua mancata osservanza, mediante l'applicazione della disciplina sulla responsabilità contrattuale, alla stregua di qualsiasi altra violazione di un obbligo giuridico.

In linea con questo orientamento, ancorché con adesione più radicale alla suddetta ipotesi ricostruttiva, è, ancora, quell'impostazione i cui insegnamenti convergono nell'indicare la pubblica amministrazione come un soggetto che non agisce (o non agisce più, successivamente alla penetrazione delle riflessioni civilistiche nei gangli dell'amministrazione) maneggiando lo strumento autoritativo del potere, ma prestando esecuzione e veri e propri obblighi di prestazione, aventi ad oggetto l'emaneazione di un atto decisionale rispettoso dei vincoli di legge.

4. Una terza direzione qualificatoria, né contrattuale né extracontrattuale, è stata proposta da chi ha convogliato l'attenzione verso l'esempio della responsabilità

precontrattuale, da intendersi, anziché rimedio settoriale, esclusivamente riservato ad alcune ipotesi tipiche dell'agire funzionalizzato della p.a. (attività negoziale), quale modello generale di responsabilità dell'amministrazione per danni comunque prodotti dall'uso scorretto del potere.

Dallo studio comparativo condotto tra le trattative che preludono alla conclusione del contratto ed il rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione, emerse che era possibile rinvenire tra i due fenomeni giuridici più punti di contatto che profili di diversità.

Comune ad entrambe le fattispecie sarebbe stata la dimensione relazionale che assume il contatto qualificato tra i soggetti coinvolti nel procedimento di formazione di un atto giuridico (negoziale in un caso, imperativo nell'altro), nonché la natura giuridica delle posizioni soggettive che fanno capo ai titolari stessi del rapporto.

Secondo l'orientamento in questione, la figura civilistica del contatto pre-negoziale doveva essere riletta in un'ottica "procedimentalizzata" che fosse in grado di spiegare l'incontro tra le parti di un futuro accordo non in termini di diritto soggettivo dei contraenti (che ancora non possono dirsi sorti), né di diritto assoluto pertinente alla sfera della libera autodeterminazione degli individui, quanto piuttosto come interesse patrimonialmente rilevante all'ottenimento di un bene della vita.

A queste condizioni il raffronto tra lo *status* di contraente in divenire e di titolare dell'interesse legittimo di diritto pubblico non poteva che concludersi in termini di identità o, quantomeno, di stretta somiglianza.

Il che era sufficiente a far sì che anche la vicenda del rapporto in formazione, caratteristica distintiva della gestione accentrata degli interessi generali, dovesse adeguarsi al modello deontologico-comportamentale prefigurato dal legislatore a proposito delle trattative tra privati. Al pari di questo, cioè, anche nel rapporto tra privato e amministrazione procedente la condotta dei soggetti interessati doveva essere improntata ai canoni della correttezza e della buona fede consacrati negli artt. 1337 e 1338, c.c., la cui trasgressione avrebbe costituito -come nell'ambito di provenienza- fonte di responsabilità per i danni arrecati all'altra parte.

A favore di una simile opzione interpretativa militava un dato tecnico ulteriore, ovvero la tipologia di pregiudizio risarcibile che ne sarebbe derivata per il soggetto leso; tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'incertezza circa la spettanza del bene della vita giustificava, se non l'integrale riparazione del danno stesso, ossia la perdita dell'utilità sostanziale avuta originariamente di mira, un ristoro ridotto, ma in ogni caso commisurato

alle conseguenze dannose derivate con certezza al patrimonio del ricorrente: il cd. interesse negativo.

5. A fronte della refrattarietà manifestata dalla fattispecie risarcitoria da illegittima esplicazione della pubblica funzione a lasciarsi ricondurre, non senza forzature, in uno dei modelli di responsabilità predefiniti, il quadro ricostruttivo sinteticamente riportato si arricchisce di due ulteriori filoni interpretativi, accomunati da una medesima premessa: ricusare i modelli classici di derivazione codicistica.

Invocando, per un verso, un *tertium genus* di responsabilità, di natura “ibrida”, ottenuta dalla variegata combinazione di porzioni di discipline appartenenti ora allo schema aquiliano, ora a quello di matrice contrattuale, ora inoculando nei rispettivi corpi normativi regole estranee alla tradizione del diritto comune, tratte da norme di chiara vocazione pubblicistica ed inoperanti nei rapporti interprivati, si è cercato di supplire alla carenza di una regolamentazione positiva soddisfacente (tra le specie riconosciute e articolate dal nostro ordinamento), con l’effetto di ricavare dal materiale disciplinare disponibile una sorta di statuto speciale di responsabilità da illecito della p.a.

Per altro verso, il medesimo obiettivo è stato perseguito con strumenti alternativi, rinunciando a sottoporre il nuovo sistema di responsabilità dell’amministrazione a qualsiasi contaminazione con logiche appartenenti all’ intelaiatura codicistica, attraverso la valorizzazione delle norme fissate all’art. 7, l.tar. e 35, d.lgs. 80/98, i cui nuclei normativi non si esaurirebbero in una portata precettiva di natura strettamente processuale, ma, generando ricadute sul piano sostanziale, abiliterebbero il giudice amministrativo a riscrivere i contorni della fattispecie, selezionando, con l’ausilio degli indici testuali ivi custoditi, gli elementi strutturali che vanno a comporre questa forma di responsabilità propria.

Il vantaggio dell’operazione così concepita sarebbe quello di svincolare le scelte ricostruttive in parola da ipoteche e rigorismi appartenenti ad un tessuto normativo estraneo al diritto amministrativo, avvicinando l’istituto al suo settore naturale di afferenza e consentendo all’interprete di disegnare la peculiare fisionomia della responsabilità dell’amministrazione dal suo interno, ottenendo un modulo di responsabilità essenzialmente oggettiva.

6. Passando ora al setaccio le diverse opinioni elencate, si ha l’impressione di come ciascuna delle teorizzazioni avanzate mostri aspetti tutt’altro che persuasivi.

La stessa rilettura dell’art. 2043, c.c., che ha assunto l’interesse legittimo a situazione soggettiva attiva, degna di tutela “esterna”, non è del tutto consonante con la natura

endogena dell'antagonismo potere-interesse che caratterizza l'attività funzionalizzata della amministrazione pubblica. L'art. 2043, c.c., descrivendo una categoria di illecito propria di quei contatti occasionali tra sfere giuridiche tra di loro normalmente estranee, non si adatta bene al rapporto amministrativo che si instaura tra le parti già prima del fatto produttivo di danno.

L'analogia tra relazione amministrativo-procedimentale e rapporti obbligatori, però, non giustifica neppure il ricorso ad una soluzione che ricalchi i risultati raggiunti dalla dottrina del contatto sociale che, calata nella logica del procedimento, finiva per avvicinare la disciplina dell'istituto più ai meccanismi indennitari che a quelli riparatori.

Inoltre, la volontà di assimilare il rapporto procedimentale a quello obbligatorio, senza obbligo primario di prestazione, mostra tutti i suoi limiti nell'istante in cui si elevano ad obbligazioni procedimentali di protezione ciò che in realtà sono e rimangono oneri per l'amministrazione o, più correttamente, modalità di esercizio del potere (e, dunque, limiti alla discrezionalità di cui partecipa), tipizzate dal legislatore a garanzia dei suoi destinatari e, più in generale, della collettività.

Senza contare che, trasformare in diritto soggettivo (con rispettivo obbligo per l'amministrazione) del partecipante ciò che tradizionalmente veniva identificato come facoltà attiva contenuta nell'interesse legittimo, significherebbe riportare questa situazione soggettiva ad una dimensione esclusivamente processuale, come mero potere di reazione al provvedimento illegittimo.

Con senso critico devono essere accolte anche le altre tesi inclini a ricondurre il danno subito dal privato, per l'ingiusto sacrificio delle sue aspettative, allo schema ricostruttivo della responsabilità per inadempimento di un'obbligazione.

Nel caso di provvedimento illegittimo per contrasto con precedente accordo intercorso con la stessa amministrazione, la dottrina finisce col rifugiarsi dietro lo schermo di un'eclittica forma di responsabilità da contatto (e per il quale valgono le medesime considerazioni fatte a margine della tesi di riferimento), mentre nell'ipotesi di danno da mancata pronuncia dell'amministrazione a ciò obbligata e nella vicenda, concettualmente affine, della violazione o elusione di un giudicato del giudice amministrativo che abbia frustrato la pretesa del ricorrente uscito vittorioso dal giudizio, occorre rilevare che il soggetto destinatario del provvedimento non vanterebbe tanto un diritto soggettivo relativo, che trova il suo contrappunto nella posizione speculare di debito gravante sull'amministrazione ma, a dispetto dell'orientamento attualmente prevalente in dottrina e giurisprudenza, rimarrà titolare di una situazione di interesse, configurandosi tanto il dovere

di provvedere, quanto le statuizioni del giudicato, come argini all'azione amministrativa, vincolata dalla norma e dalla sentenza, ora sul *"quando"* ora sul *"quomodo"*.

Considerazioni del genere, peraltro, a maggior ragione varranno a screditare l'opinione di quanti intendono scorgere nel processo evolutivo della funzione pubblica un globale spostamento, nella modalità di gestione degli interessi, dalla fenomenologia del potere a quella dell'obbligazione di mezzi.

Ancor meno percorribile sembra poi il ricorso ad una responsabilità speciale di diritto pubblico; il limite di quella teorizzazione non risiede soltanto nel rischio di avallare un intuizionismo giurisprudenziale che istighi i singoli uffici giudiziari ad una ricostruzione casistica della responsabilità, col pericolo di mettere a repentaglio la certezza del diritto, ma anche nel fatto di dar vita ad un percorso argomentativo dissidente, destinato a doversi arrendere all'utilizzo dei concetti e regole proprie della tradizione privatistica che, in premessa, ci si era prefissi di superare. Col risultato di dare vita ad un'innovazione che appaia più nominalistica che reale.

Relativamente alla proposta di accostare la responsabilità dell'amministrazione ad una forma impropria di responsabilità precontrattuale, infine, occorre rilevare che l'ostacolo concettuale più rilevante (e, a parere di chi scrive, difficilmente confutabile) è senz'altro l'ormai acquisita distinzione ontologica tra l'interesse che il legislatore intende tutelare nelle trattative che preludono alla formazione del contratto (l'interesse -negativo- a non essere coinvolti in trattative infruttuose) e l'interesse (positivo) al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita in cui si identifica il cuore della dialettica procedimentale.

Diversamente che nel contesto negoziale, in cui il bene che il legislatore intende garantire è il diritto all'autodeterminazione negoziale libera e consapevole (sotto il profilo dell'interesse a non essere coinvolto in trattative inutili o infruttuose), con l'apertura della tutela risarcitoria anche all'interesse legittimo di diritto pubblico, ciò che si è inteso tenere al riparo è stato, fin dal principio, qualcosa di differente rispetto alla libertà negoziale.

7. A ben guardare, una possibile soluzione al problema si può trovare azzardando un approccio euristico alternativo all'argomento, che valorizzi non tanto la natura della situazione soggettiva lesa, quanto piuttosto la corretta catalogazione del pubblico potere e della dialettica attraverso cui questo si sviluppa e si realizza, anche attraverso l'ausilio della comparazione con quelle categorie giuridiche del diritto comune che più sono debitorie alla dogmatica giuspubblicistica e che di questo appaiono i referenti cognitivi più prossimi: i cd. "poteri privati" che, ai fini che ci interessano, possano essere asserviti allo scopo di

decodificare al meglio le norme di cui all'art. 7, l. tar e 35, d.lgs. 80/98 che per una precisa scelta legislativa innestano un istituto di origine squisitamente privatistica, in un sistema giuridico a regime speciale, decontestualizzato dal suo ambito naturale di riferimento.

Per condurre una simile disamina non si può non sciogliere preliminarmente un nodo metodologico indispensabile al prosieguo della trattazione. La questione, che attiene ad un retroterra culturale comune ad entrambe le discipline, tanto di diritto pubblico, quanto di diritto privato, riguarda la corretta identificazione della posizione giuridica intorno alla quale si dipanerà il discorso che ci si accinge ad affrontare: il potere.

A dispetto dell'opinione tradizionale, secondo una parte della dottrina, ciò che si suole denominare convenzionalmente "potere", nel diritto amministrativo quanto nel diritto privato altro non sarebbe se non un "dovere", la cui frequente discrezionalità nel contenuto, nonché la particolare veste del soggetto demandato a dargli esecuzione (ad es. la pubblica amministrazione), sembra attribuire una particolare *facies* autoritativa.

Sicché, quand'anche si volesse porre l'accento sulla discrezionalità del contenuto e parlare, in tal senso, di "potere", l'inciso non potrebbe esprimere null'altro se non la presenza di una situazione di necessità, priva di reale autonomia concettuale, indice soltanto di una apparente libertà su alcuni aspetti del contenuto della situazione giuridica stessa (es. sul *quomodo*).

Non, quindi, un contraddittorio potere-dovere, ma un dovere la cui discrezionalità quanto alle modalità di esercizio vale a farne una situazione parzialmente distinta rispetto alle altre situazioni soggettive conosciute e della quale si parla come di un "dovere discrezionale": una situazione soggettiva attiva, quanto al contenuto, benché funzionalmente coordinata al conseguimento di un risultato favorevole (al pari di quelle di vantaggio), che però non attiene alla sfera del titolare; il che persuade a ritenere più corretto il suo inserimento tra le situazioni essenzialmente di svantaggio, per quanto atipicamente concepita.

Se si assume l'obbligo ad archetipo delle situazioni giuridiche di svantaggio, ricondotto il "potere" tra queste, ne consegue che esso debba necessariamente essere inserito in rapporto giuridico. Diversamente che nel rapporto obbligatorio, però, di fronte alla potestà non è dato rinvenire un diritto di credito, quanto una situazione soggettiva particolare: l'interesse legittimo. Una situazione soggettiva-limite, di segno opposto rispetto al potere-funzione, espressione di un interesse protetto dall'ordinamento, che dal punto di vista dell'*officium* si risolve in un ulteriore limite (esterno) alla discrezionalità assegnata agli

organi competenti ad esercitare il potere, che, già di per sé, nasce limitato, al suo interno, dalle rispettive norme attributive.

La discrezionalità, dunque, implica l'inserimento dell'interesse legittimo in un preciso rapporto giuridico con il potere, in virtù della peculiare relazione di complementarità (e, differentemente che nella relazione debito-credito, non di corrispettività-funzionalità) che si instaura tra gli interessi sottesi alle posizioni giuridiche in parola. In virtù di tale relazione, il soddisfacimento dell'interesse che sta a fondamento dell'interesse legittimo, rappresenta l'indispensabile completamento della realizzazione del fine fondamentale prefisso dalla norma attributiva del potere.

Aderendo alla tesi secondo cui il concetto di rapporto in senso tecnico debba essere allargato fino a ricomprendere non solo le relazioni tra situazioni soggettive contrapposte che hanno a fondamento interessi tra di loro funzionalmente coordinati ma anche situazioni soggettive contrapposte tra loro coordinate in modo diverso, purché gli interessi che esse esprimono risultino reciprocamente complementari, si deve concludere che il binomio potestà-interesse legittimo, tanto nel diritto privato, quanto nel diritto pubblico, dia vita ad un rapporto in senso tecnico giuridico.

In termini di disciplina, da questa assimilazione tra le pur diverse tipologie di rapporto, consegue che, anche rispetto alla relazione tra potestà ed interesse legittimo troveranno applicazione le norme pensate per i rapporti obbligatori (quale modello di rapporto giuridico espressamente regolato dal codice), in quanto compatibili. Se ne deduce, per ciò che qui rileva, che anche la violazione del rapporto pubblicistico ad opera dell'esercizio scorretto o illegittimo del potere, debba essere letto come una sorta di "inadempimento" al potere (che in realtà sarebbe un dovere) e, dunque, sanzionato non attraverso l'utilizzo dell'art. 2043, c.c. ma in base alle norme sulla responsabilità (malamente detta) contrattuale, come modello di responsabilità concepito per far fronte a quella particolare categoria d'illecito proveniente dall'interno di un rapporto giuridico e commesso da una parte a danno dell'altra.

Se dunque la responsabilità contrattuale può definirsi una responsabilità "da rapporto" e la dinamica potestà-interesse può essere ricondotta di diritto all'interno di quella categoria, non è dubitabile che l'ingiustificata lesione degli interessi protetti, a causa di una cattiva gestione del potere, debba essere equiparata all'inadempimento ad un obbligo giuridico e la responsabilità che fa capo al soggetto agente a seguito della lesione, plasmarsi su quella di cui agli artt. 1218, c.c. e ss.

Sul punto, però, si impone una prima precisazione. Secondo la miglior dottrina e la giurisprudenza, il sistema della responsabilità contrattuale tende ad articolarsi in due statuti distinti, a seconda del tipo di obbligazione concretamente inadempita: per le obbligazioni cd. di mezzi, il criterio d'imputazione è quello per colpa, mentre le obbligazioni cd. di risultato, sono assoggettate alla regola della responsabilità oggettiva.

Per stabilire a quale dei due modelli debba essere ricondotto l'illecito dell'amministrazione è allora indispensabile istituire un parallelismo tra l'attività amministrativa attraverso cui si manifesta l'esercizio del potere e la tipologia di prestazione oggetto di rapporto obbligatorio che ad essa risulti essere più affine.

In questo senso si può dire che la funzione amministrativa, intesa come dovere discrezionale, sia paragonabile alle obbligazioni di mezzi aventi ad oggetto un *facere* infungibile, che si specifica nel compimento da parte dell'amministrazione di attività giuridica. Dal che si può trarre, come prima conclusione, che il modello di riferimento per misurare la responsabilità dell'amministrazione-debitore per "inadempimento" del potere-funzione sarà quello per colpa e non il più rigido criterio d'imputazione dettato dall'art. 1218, c.c.

Di conseguenza, gli elementi costitutivi di questa speciale fattispecie illecita saranno la condotta di inadempimento, la sua imputabilità *sub specie* di dolo o colpa, il pregiudizio risarcibile ed il nesso eziologico che stringe l'inadempimento al danno.

A questo punto, l'interrogativo che si pone all'interprete riguarda il se l'applicazione delle norme codicistiche dettate in tema di responsabilità contrattuale (in particolare quelle che ne delineano i presupposti o che introducono disposizioni speciali di questa tipologia di illecito) debba essere integralmente recepito nel settore pubblico o se non se ne debba piuttosto predicare un'acquisizione modulata o frazionata. La specificità del rapporto amministrativo, come su evidenziata, è tale che optare per un'applicazione indiscriminata dello statuto di responsabilità da inadempimento rischia di snaturarne la fisionomia, risultando la disciplina codicistica per alcuni versi sovradimensionata rispetto alla realtà su cui va ad insistere.

Nell'applicazione delle norme sulla responsabilità contrattuale, allora, bisognerà tener presente anzitutto la diversa natura ed il diverso rapporto tra gli interessi coinvolti nel rapporto pubblicistico rispetto a quelli (di natura patrimoniale e tra loro in relazione di corrispettività) normalmente presi in considerazione dal codice nelle norme sulle obbligazioni ed, in secondo luogo, la specificità dei principi e delle regole che caratterizzano il processo amministrativo.

Passando primariamente in rassegna gli elementi costitutivi dell'illecito, rivisitati alla luce dei principi su menzionati, si può sostenere che:

1) la condotta della p.a. è equiparabile ad un inadempimento, tanto nel caso di mancata o ritardata adozione di un provvedimento che si aveva il dovere di emettere, quanto nell'ipotesi di "produzione" di attività giuridico-amministrativa scorretta o contraria alle norme d'azione.

In tale ultimo caso, data la coincidenza tra fatto posto alla base della domanda caducatoria e fatto in cui si identifica l'"inadempimento", il regime probatorio ed istruttorio applicabile per il relativo accertamento sarà quello agevolato previsto nella giurisdizione generale di legittimità e non il comune criterio di riparto dell'onere della prova indicato dall'art. 2697, com. 1, c.c. (che pone interamente a carico del danneggiato la prova dei fatti costitutivi del diritto che intende far valere);

2) la presunzione di colpa indicata all'art. 1218, c.c., che addossa al debitore la prova della non imputabilità della violazione in virtù della massima d'esperienza secondo cui tra le parti in conflitto è il debitore quello posto nelle condizioni di conoscere le cause dell'impedimento, si deve applicare anche alla violazione del rapporto amministrativo ad opera dell'illegittimo esercizio del potere.

Infatti, se si ricostruisce la colpa della p.a. come colpa da organizzazione, secondo il modello inaugurato con la sentenza n. 500/99 delle Sezioni Unite, la relativa prova dovrà verte su fatti espressivi di carenze organizzative e gestionali imputabili alla p.a. nel suo complesso, rispetto ai quali, al ricorrente che si assume leso nel proprio interesse, è preclusa qualsiasi forma efficace di accesso. Sembra dunque coerente con le peculiarità dell'illecito pubblico applicare lo strumento presuntivo dettato in tema di responsabilità da inadempimento;

3) premessa la doppia valenza della causa all'interno della struttura dell'illecito in generale (relazione materiale tra due eventi che identifica l'uno come conseguenza dell'altro e criterio primario di delimitazione del danno risarcibile, volto a fissare un collegamento giuridico tra il fatto illecito e le conseguenze dannose derivanti da esso, allo scopo di filtrare dalla serie tendenzialmente infinita di conseguenze negative per la sfera personale e patrimoniale del danneggiato, quelle di esse che sia ragionevole porre a carico dell'autore del fatto), data la fisionomia del rapporto potestà-interesse legittimo, si può sostenere che la prova della causalità cd. materiale possa essere assistita da presunzioni semplici: poiché l'interesse legittimo è suscettibile di essere leso solo per effetto di un'attività provvedimentale non conforme alla legge, è evidente che la prova dell'illegittimità tenderà

ad assorbire anche la prova della causalità materiale, fatta salva la prova (liberatoria) del fatto del terzo o del danneggiato.

Diverso il discorso relativo alla causalità cd. giuridica, di cui all'art. 1223, c.c. (dove si dice che il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta del fatto illecito) che, predicando un principio valido tanto per l'inadempimento di un rapporto obbligatorio quanto per la violazione di un rapporto pubblicistico, deve essere applicato in egual misura ad entrambe le fattispecie menzionate. Con l'implicazione che il peso della prova andrà sostenuto dal danneggiato ricorrente.

Ulteriore peculiarità del modello di responsabilità contrattuale risiede nella presenza, all'interno della disciplina codicistica, di una serie di disposizioni normative che, sulla falsariga del citato art. 1223, c.c., sono state inserite allo scopo di concorrere a delimitare l'area del danno risarcibile. Si allude alle disposizioni contenute negli artt. 1221 e 1225, c.c. delle quali bisognerà verificare la compatibilità con i lineamenti del rapporto pubblicistico.

L'art. 1221, c.c. norma grazie alla quale, a giudizio della migliore dottrina, farebbe ingresso nel settore della responsabilità da inadempimento il principio della causa successiva ipotetica, ha la funzione di diminuire l'entità del danno risarcibile nella misura in cui la presenza di altri fattori (ulteriori all'inadempimento) non imputabili al debitore avrebbe ugualmente arrecato all'interessato il danno prodotto dall'illecito. La norma, espressiva di un principio generale della materia, non sembra configgere con alcun principio processuale o sostanziale del diritto amministrativo.

Spazi di operatività per la norma in esame sembrano potersi ricavare in due eventualità che non di rado di intersecano con la questione risarcitoria da lesione di interessi e che sembrano riprodurre la sequenza indicata dalla disposizione codicistica: il *factum principis*, sotto forma di mutamento sopravvenuto dell'assetto normativo ostativo ad uno sbocco procedimentale favorevole al richiedente e l'esercizio del potere pretorio predisposto dall'art. 21-*octies*, che legittima il giudice amministrativo a privare, a posteriori, di efficacia invalidante il vizio di legittimità che affettava il provvedimento originario impugnato.

Un discorso a parte va condotto con riferimento all'art. 1225, c.c. La disposizione, che sancisce la regola della cd. prevedibilità del danno risarcibile, trova il suo fondamento tradizionale nella tacita volontà negoziale del debitore di non assumere con la stipula del contratto il rischio di pregiudizi straordinari e non prevedibili al momento dell'accordo e nell'esigenza di garantire, a chi contrae un vincolo di tipo obbligatorio, che l'assunzione del relativo sacrificio sia contenuto entro limiti di normalità, sia determinato cioè in relazione

alla utilità normale che il creditore è in grado di trarre dalla prestazione che si accinge a ricevere.

Molto forte dunque appare il legame tra regola della prevedibilità, attività convenzionale di autonomia privata ed il rapporto obbligatorio tecnicamente inteso. La norma sembra orientata verso una direzione incompatibile con la fisionomia e le fonti del rapporto pubblicistico rispetto al quale sono estranee le esigenze proprie della “contrattualità” e quelle regole che trovano la propria ragion d’essere in una dimensione prettamente mercantile degli interessi coinvolti. La mancanza di necessaria compatibilità col rapporto pubblicistico induce ad espungere la norma di cui all’art. 1225, c.c. dalla ricostruzione del modello di responsabilità dell’amministrazione da inadempimento.

Un’ultima notazione va fatta con riguardo ai termini di prescrizione applicabili all’illecito di specie. La necessità di garantire, a vantaggio dell’interesse pubblico, la stabilità ed il consolidamento dell’assetto di interessi composti attraverso il provvedimento tacciato di illegittimità, impone di interpretare le norme sulla prescrizione in modo tale da conciliare il principio di intangibilità della tutela dei diritti con la necessità di assicurare il miglior perseguimento dell’interesse pubblico. Adottando un’interpretazione in chiave “pubblicistica” delle norme sulla prescrizione, ed in particolare dell’art. 2947, c.c., è possibile applicare anche alla responsabilità contrattuale il termine di prescrizione quinquennale anziché quello ordinario fissato in dieci anni.

L’esigenza di ridurre l’incertezza per la p.a., connessa a più larghi termini di prescrizione che, secondo la dottrina tradizionale, si ricollegano all’illecito contrattuale, sembrerebbe aver ispirato il legislatore della riforma che, all’art. 2-bis, l.n. 241/1990, per le ipotesi di danno da ritardo, fissa il limite temporale massimo per esigere il credito risarcitorio in cinque anni.

La soluzione di un illecito pubblico plasmato sul modello contrattuale ma con prescrizione quinquennale, troverebbe dunque in quella norma una conferma espressa, specie se la si interpreta alla luce della ricostruzione teorica da noi accolta: il ritardo altro non sarebbe se non una forma di mancato “adempimento” nell’esercizio della potestà.

Non solo, ma così opinando, sarebbe possibile ottenere una riduzione dei termini prescrizionali per l’intera area dell’illecito da attività provvedimentoale (o, più precisamente, da illegittimo o scorretto esercizio del potere), attraverso un’interpretazione Costituzionalmente orientata della stessa norma specificamente introdotta per il danno da ritardo. Se si accetta la conclusione secondo la quale anche la scorretta, mancata o

illegittima gestione del potere debba equipararsi, ai fini risarcitori, all'inadempimento di un'obbligazione civilistica, sarebbe irragionevole, nonché ostacolato dalle regole ordinamentali sull'uguaglianza, affermare che il termine di prescrizione entro cui far valere le ragioni creditorie possa essere diversamente computato a secondo delle modalità con cui si manifesti una stessa tipologia di inadempimento.

Tale equiparazione risulta anche in linea con la recente legge di delega sulla riforma del processo amministrativo che, tra gli obiettivi fissati, ha espressamente ricompreso la modifica in senso riduttivo dei termini di prescrizione relativi alle situazioni soggettive azionabili innanzi al g.a., dando l'impressione di riferirsi proprio alle ipotesi di diritto al risarcimento del danno da illecito provvedimento della p.a.