

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

Tutor: Prof. S. A. Romano

Co-tutor: Prof. G. De Martin

## INDICE GENERALE

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

#### Capitolo I

##### EVOLUZIONE STORICA.

1. L'irresponsabilità dello Stato assoluto e i principi liberali. 2. Tutela del cittadino e rilievo della distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*. 3. Il recepimento dei principi liberali nel neonato Stato Italiano ..... pag. 1

#### Capitolo II

##### IL SISTEMA ITALIANO.

1. La tradizionale irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Le ragioni di un dogma. Le diverse situazioni legittimanti nell'ordinamento interno. L'interesse legittimo: tesi processualistiche a confronto 2. Le dottrine sostanzialistiche. Riflessi di una mutata concezione dell'interesse legittimo sui modi di concepirne la tutela. Aperture verso una soluzione positiva del problema della risarcibilità. 3. La questione della giurisdizione. I criteri ordinari di riparto e la mancanza di un giudice del risarcimento degli interessi. Le soluzioni proposte ed il superamento dell'ostacolo processuale. 4. L'interpretazione secolare dell'art. 2043, c.c. e l'esclusione dell'interesse legittimo di diritto amministrativo. Aperture della giurisprudenza civile: la responsabilità extracontrattuale della P.A. per lesione di diritti soggettivi e il fenomeno della degradazione. Risarcibilità della lesione esterna del credito, tutela aquiliana del possesso e dell'interesse legittimo di diritto privato. Discriminazione dell'interesse legittimo pubblicistico. L'art. 28 Cost. e l'art. 23, T.U. 10 gennaio 1957, n. 3 come sbarramento normativo all'equiparazione della tutela. 5. La Direttiva "Ricorsi" e l'art. 13 della legge n. 142/92: riconoscimento normativo della risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti pubblici. Le opinioni contrarie e il loro superamento. Ragioni dell'opzione legislativa. Applicazioni giurisprudenziali delle nuove norme e critiche. 6. Il D. Lgs. n. 80/98 ed i suoi effetti sulla materia del risarcimento del danno da lesione dell'interesse

legittimo. L'orientamento restrittivo e quello ampliativo a confronto. 7. L'intervento delle Sezioni Unite (sentenza n. 500/99). Risarcibilità generalizzata dell'interesse legittimo e devoluzione delle relative questioni al g.o. 8. La Legge n. 205/00 e attribuzione delle controversie risarcitorie al g.a. quale giudice naturale dell'interesse legittimo ..... pag. 3

## PARTE SECONDA

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

#### Capitolo I

##### NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER LESIONE DELL'INTERESSE LEGITTIMO.

1. Natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo: una questione controversa. Ragioni dell'importanza di una presa di posizione sul punto. La responsabilità o le responsabilità della p.a.? 2. Aspetti differenziali tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. 3. Le ipotesi codificate di responsabilità di dubbio inquadramento e le nuove figure di responsabilità civile: la responsabilità precontrattuale e da contatto ..... pag. 79

#### Capitolo II

##### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE.

1. La sentenza n. 500/99 e l'inquadramento della responsabilità della p.a. nel paradigma aquiliano: motivi della scelta. 2. Peculiarità dell'illecito e rapporti con lo schema predisposto dall'art. 2043, c.c. 3. Elementi della fattispecie: la condotta e l'evento. 4. Il nesso di causa. 5. L'antigiuridicità 6. La colpevolezza. 7. Meritevolezza dell'interesse e determinazione del *quantum debeatur*. ..... pag. 96

### Capitolo III

#### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ “DA CONTATTO”.

1. Le perplessità generate dall'applicazione del modello aquiliano. 2. Le dottrine del “contatto sociale” ed il loro ingresso nel procedimento amministrativo: l'osservanza delle norme di azione come contenuto specifico di un'obbligazione della p.a. 3. Inadempimento dell'obbligo e conseguenze risarcitorie. .... pag. 108

### Capitolo IV

#### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE.

1. Trattative pre-negoziali e rapporto procedimentale. Punti di contatto tra i due fenomeni giuridici ed uniformità della disciplina. 2. Le norme di cui agli artt. 1337 e 1338 come modello di responsabilità per la p.a. L' “affidamento” del privato, da strumento di erosione della discrezionalità amministrativa a unità di misura del pregiudizio risarcibile. 3. Esame comparativo con la tesi extracontrattuale e della responsabilità da contatto. 4. Influssi del diritto UE sulla concreta configurazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. .... pag. 115

### Capitolo V

#### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

1. Difficoltà ad individuare un modello unitario di responsabilità della p.a. da illegittimo esercizio di poteri. Inadeguatezza del principio del *neminem laedere* nei casi di attività amministrativa autoritativa assimilata a quella doverosa (di adempimento ad un obbligo). Applicazione del regime contrattuale: i casi. 2. L'invalidità dell'atto amministrativo derivante dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra p.a. e privato. 3. La mancata conformazione della p.a. al giudicato. 4. Inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento entro un

certo termine. 5. L'obbligazione come metodo generale di gestione dell'azione amministrativa. 6. Confronto con le tesi avversate. .... pag. 122

## Capitolo VI

### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ SPECIALE E MISTA.

1. Incompatibilità tra responsabilità provvedimentoale e modelli di derivazione codicistica. Tentativi di superamento degli schemi di diritto civile: dal "sincretismo" giuridico alla responsabilità di diritto pubblico. Vantaggi dell'atteggiamento metodologico. 2. La responsabilità oggettiva come risultato della variegata combinazione tra le diverse tipologie di responsabilità. 3. La riacusazione dei modelli misti e la costruzione di un modello di responsabilità autonoma ricavata dagli artt. 7, 1. tar. e 35, d.lgs. 80/98. .... pag. 132

## Capitolo VII

### ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE.

1. La responsabilità dell'amministrazione da attività provvedimentoale: una fattispecie di difficile inquadramento. Inadeguatezza del modello aquiliano. 2. Valorizzazione del "contatto sociale" e relativa critica. 3. La scelta della responsabilità contrattuale e relativa critica. 4. Le responsabilità speciali: critica. La responsabilità precontrattuale come modello di illecito settoriale, insuscettibile di applicabilità generalizzata. .... pag. 137

## Capitolo VIII

### LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME IPOTESI DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE PER "INADEMPIMENTO" DEL POTERE AMMINISTRATIVO.

1. Esigenza di un modello unitario di responsabilità della pubblica amministrazione. Inversione dell'ottica tradizionale, il potere (e non l'interesse legittimo) come fulcro attorno al quale ricostruire un modello di responsabilità categoriale. 2. Nozione di potere amministrativo tra teoria generale e comparazione con il diritto privato. La discrezionalità come predicato caratterizzante del potere e tratto distintivo tra potere ed obbligo. 3. Il potere come termine di un rapporto giuridico bilaterale. Analogie e differenze tra rapporto pubblicistico e rapporto obbligatorio. La violazione del rapporto pubblicistico come inadempimento e applicazione del modello di tutela "contrattuale" nei limiti di compatibilità. 4. L'esercizio del potere come "prestazione". Classificazione della stessa e ricadute in tema di criteri di imputazione della responsabilità. 5. Elementi costitutivi dell'illecito dell'amministrazione secondo il modello dell'inadempimento colpevole. Nozione di inadempimento o inesatto adempimento adattata all'agire funzionalizzato. La legittimità come misura dell'esattezza della prestazione. Questioni probatorie e tutela processuale. 6. La colpa come elemento costitutivo della fattispecie in esame. Natura, fondamento e sua collocazione nel sistema di responsabilità proposto. Questioni probatorie. 7. Nesso di causa e principio di causalità. Configurabilità e funzione della causa nella fase patologica del rapporto pubblicistico. In particolare, l'art. 1223, c.c. 8. Il danno. Principio di necessaria corrispondenza tra danno subito e pregiudizio risarcibile, e compatibilità con il rapporto di diritto pubblico. La fattispecie considerata dall'art. 1221, c.c. 9. Il criterio della cd. prevedibilità del danno risarcibile, art. 1225, c.c. e compatibilità con i lineamenti del rapporto pubblicistico. 10. Termine di prescrizione del diritto ad essere risarciti: rilettura in chiave pubblicistica dell'art. 2947, c.c. L'art. 2-bis, l.n. 241/90. .... pag. 153

Bibliografia ..... pag. 203

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

**EVOLUZIONE STORICA.**

**1. L'irresponsabilità dello Stato assoluto e i principi liberali. 2. Tutela del cittadino e rilievo della distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*. 3. Il recepimento dei principi liberali nel neonato Stato Italiano.**

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, l'idea di fondo che dominava le monarchie europee portava a riconoscere la compagine statale come diretta emanazione del monarca regnante. Lo Stato era il Re e costui era a capo di esso.

Con queste premesse, era impensabile poter sospettare di illiceità qualsiasi atto o comportamento che facesse capo agli apparati statali, sia quando fossero adottati dalla persona stessa del monarca, sia ove posti in essere da funzionari da egli appositamente incaricati.

Se il Re era il “sovrano” e la struttura organizzativa, sua diretta propaggine, era altrettanto “sovrana”, l'irresponsabilità dello Stato nei confronti dei suoi sudditi non poteva che esserne una logica conseguenza: nello Stato Assoluto, la irrisarcibilità dei danni provocati alla collettività dalla sua organizzazione politico-amministrativa era un corollario del generale principio di sovranità<sup>1</sup>.

Sotto la spinta del pensiero rivoluzionario l'idea del *princeps legibus solutus*, fino a quel momento dominante, venne percepita, per più versi, come un ingiustificato privilegio, inconciliabile con gli ideali che avevano ispirato le vicende rivoluzionarie. Lo Stato restava sovrano ma legittimato dal popolo e sua diretta espressione, garante del vivere civile in una società di uomini liberi ed eguali<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per Sul problema di teoria generale che involge i rapporti tra autorità e responsabilità, con particolare riferimento all'ordinamento Italiano, SATTI, *I soggetti dell'ordinamento, per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1977, I, p. 28 e ss. Nonché in sintesi, TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di Cassese, II, Milano, 2000, p. 1649 e ss.

<sup>2</sup> Il problema dello Stato e dei rapporti tra comunità e apparato vanta una letteratura vastissima, limitandosi ad alcune citazioni essenziali si segnala KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1965; TOSATO, *Sugli aspetti fondamentali dello Stato*, in *Scritti in memoria di C. Esposito*, Padova, 1973, p. 1798, ove l'autore individua il criterio di collegamento tra governo e popolo proprio nel diritto, quell'ordinamento che lo Stato deve presupporre a sé, in quanto determina i reciproci rapporti tra governati e governanti

2. L'autorità dello Stato, dunque, diveniva per la prima volta strumentale alla massima tutela della libertà dei cittadini, impedendo che questa potesse subire indebite compressioni, tanto da parte degli altri consociati, quanto da parte dei suoi stessi apparati. Diventava sempre più arduo giustificare l'esenzione dalle comuni regole a tutela del cittadino e della sua sfera individuale. Quanto meno, nelle ipotesi in cui lo Stato agiva come un privato cittadino.

Iniziò ad assumere rilevanza la veste giuridica con cui lo Stato-apparato operava le sue scelte, se, cioè, queste erano espressione della sua "sovranità" oppure no. In tale ultimo caso, non si poteva disconoscere allo Stato stesso una posizione di paritarità rispetto ai governati. Il principio di irresponsabilità dello Stato cominciava a subire la sua prima erosione.

L'effetto immediato fu quello di introdurre una cesura ideale tra attività di diritto pubblico e di diritto privato, due modi di intervento statale nella vita economica e sociale della comunità, distinti in ragione della natura degli strumenti attuativi utilizzati e della disciplina riservata ad essi.

Gli atti compiuti *iure privatorum* dovevano rientrare nell'area del diritto dei privati, non altrettanto quelli compiuti mediante lo *ius imperium* (legislazione, amministrazione pubblica, magistratura). Quest'area doveva rimanere disciplinata da norme speciali (il diritto pubblico) e derogatorie del diritto comune, per ragioni che apparivano socialmente valide e necessitate. Affinché lo Stato potesse assolvere alla sua funzione di arbitro nei rapporti tra cittadini e baluardo del singolo, contro la prepotenza del più forte, era indispensabile che, in certi settori, esso mantenesse un elevato grado di supremazia (dove c'è un "potere" il cittadino è in posizione di soggezione)<sup>3</sup>. Nei restanti casi, dove mancava l'*imperium*, non c'era ragione di privare l'individuo della più ampia tutela alla sua libertà.

Si profilò, dunque, una bipartizione 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<sup>4</sup>.

---

(non elementi dello Stato ma soggetti dell'ordinamento) e dal loro legame consente di dedurre l'unità dello Stato medesimo. Il diritto, dunque, consentirebbe di distinguere l'autorità statale dalla mera forza, poiché il tratto caratterizzante del governo di uno Stato non starebbe nel fatto che comandi o che riesca in qualche modo ad imporsi, ma che abbia il diritto di comandare e di pretendere obbedienza.

<sup>3</sup> Per riprendere la celebre opinione di MANTELLINI, *Lo stato e il codice civile*, I, Firenze, 1880, p. 59, si riteneva che lo Stato non potesse diventare «mai l'uomo che civilmente rispondere debba di danno che gli si possa imputare».

<sup>4</sup> Per l'adesione della Cassazione italiana al criterio basato sulla distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, tra le tante, cfr. Cass., 31 luglio 1876, in *Giur. it.*, 1876, I, 1, p. 740, con nota di GABBA; Cass., 21 gennaio 1880, in *Giur. it.*, 1880, I, 1, p. 598, con nota di GABBA; Cass., Sez. un., 25 aprile 1887, in *Mass.*, 1887, p. 647. Per una panoramica in dottrina, GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, II, 6, Arch. ISAP, Milano, 1990, p. 45 e ss.



3. L'elaborazione teorica maturata oltr'alpe, fu integralmente recepita dal neonato Stato italiano, che, della rivoluzione francese, condivise ideali liberali ed istanze garantiste.

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 le norme garantivano al singolo amministrato a salvaguardia della sua posizione di subalternità.

### IL SISTEMA ITALIANO.

**1. La tradizionale irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Le ragioni di un dogma. Le diverse situazioni legittimanti nell'ordinamento interno. L'interesse legittimo: tesi processualistiche a confronto**

**2. Le dottrine sostanzialistiche. Riflessi di una mutata concezione dell'interesse legittimo sui modi di concepirne la tutela. Aperture verso una soluzione positiva del problema della risarcibilità.**

**3. La questione della giurisdizione. I criteri ordinari di riparto e la mancanza di un giudice del risarcimento degli interessi. Le soluzioni proposte ed il superamento dell'ostacolo processuale.**

**4. L'interpretazione secolare dell'art. 2043, c.c. e l'esclusione dell'interesse legittimo di diritto amministrativo. Aperture della giurisprudenza civile: la responsabilità extracontrattuale della P.A. per lesione di diritti soggettivi e il fenomeno della degradazione. Risarcibilità della lesione esterna del credito, tutela aquiliana del possesso e dell'interesse legittimo di diritto privato. Discriminazione dell'interesse legittimo pubblicistico. L'art. 28 Cost. e l'art. 23, T.U. 10 gennaio 1957, n. 3 come sbarramento normativo all'equiparazione della tutela.**

**5. La Direttiva "Ricorsi" e l'art. 13 della legge n. 142/92: riconoscimento normativo della risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti pubblici. Le opinioni contrarie e il loro superamento. Ragioni dell'opzione legislativa. Applicazioni giurisprudenziali delle nuove norme e critiche.**

**6. Il D. Lgs. n. 80/98 ed i suoi effetti sulla materia del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo. L'orientamento restrittivo e quello ampliativo a confronto.**

**7. L'intervento delle Sezioni Unite (sentenza n. 500/99). Risarcibilità generalizzata dell'interesse legittimo e devoluzione delle relative questioni al g.o.**

**8. La Legge n. 205/00 e**

## **attribuzione delle controversie risarcitorie al g.a. quale giudice naturale dell'interesse legittimo.**

1. L' impostazione appena descritta, che resistette fino alla seconda metà del XX secolo, poggiava essenzialmente su due premesse che, per quanto oggetto, fino ad allora, di persistenti e vivaci contestazioni, non furono mai completamente rinnegate. La natura processuale (o comunque formale<sup>5</sup>) dell'interesse legittimo e il diritto vivente consolidatosi in materia di responsabilità aquiliana.

Per dare conto del processo di maturazione che ha condotto la scienza giuridica alla rivisitazione ed erosione di un dogma secolare, un approccio razionale al tema non può che seguire un criterio metodologico collaudato. Per imprimere il senso della progressione alle vicende che si andranno a dipanare nel prosieguo della disamina, sembra opportuno a chi scrive la scelta di ereditare il registro analitico ormai acquisito alla scienza del diritto pubblico e scandire, perciò, i momenti significativi della tematica che ci occuperà in questa sede secondo un ordine che sia innanzitutto logico.

Come suggerito dalla dottrina più accorta, infatti, in assenza di un apparato regolamentare specifico che inequivocabilmente affermasse o escludesse una responsabilità da attività pubblica, il problema della risarcibilità degli interessi legittimi doveva necessariamente considerarsi sotto tre aspetti, logicamente graduati, ancorché mutuamente connessi.

Il primo aspetto -condizione indispensabile per procedere allo studio degli stadi successivi-, atteneva alla intrinseca configurabilità dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva, suscettibile di tutela risarcitoria, laddove il secondo, riguardava, piuttosto, l'esistenza e l'eventuale positiva individuazione di un giudice in grado di poter risarcire l'interesse legittimo violato. L'ultimo, di conseguenza, presupponeva che fosse risolta in senso affermativo la questione della giuridica compatibilità tra la disciplina

---

<sup>5</sup> E' opportuno precisare che alle tesi cd. formaliste (ovvero quelle tesi che adottano un criterio meramente formale di individuazione dell'interesse legittimo) possono ricondursi tanto le teorie processualistiche in senso stretto, quanto la dottrina dell'interesse occasionalmente protetto. Se è controversa la consistenza ontologica che in seno a questa teorica acquista l'interesse legittimo (di indole sostanziale secondo GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 2000, p. 78, più vicino alla dimensione processuale secondo l'interpretazione di SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, p. 5), anche qui, come per le tesi che ne relegano l'operatività alla fase contenziosa, successiva all'emanazione del provvedimento, la situazione di interesse legittimo è individuata e nasce solo nel momento in cui l'interesse materiale, ancora di mero fatto, viene leso dall'atto amministrativo illegittimo. Ciò vale ad escludere che, prima di allora, il portatore dell'interesse in questione possa avanzare alcuna pretesa in quanto la sua posizione individuale acquisterà rilevanza giuridica solo con l'emanazione del provvedimento. Sul punto, NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 139, che, nei casi su esposti, propone come criterio di individuazione dell'interesse legittimo quello dato da "lo specifico svantaggio che un individuo riceve dall'atto rispetto agli altri membri della collettività; ed è un evento di fatto, non ha cioè in radice una volontà qualificatrice dell'ordinamento".

positiva del risarcimento danni e la fisionomia *sui generis* dell'interesse antagonista del potere amministrativo<sup>6</sup>.

Lungo questo itinerario, dunque, verranno passate in rassegna le tematiche poc'anzi indicate, come affrontate in dottrina e giurisprudenza, al fine di indicare, volta per volta, i punti di debolezza le criticità emersi in seno alle diverse convinzioni su cui era stata edificata l'intangibilità del rapporto autoritativo da parte del giudice del risarcimento dei danni.

La questione che, per esigenze di intuitiva priorità logica e cronologica, andrà anzitutto affrontata, riguarda i profili di carattere teorico attinenti alla nozione stessa di interesse legittimo.

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.

Già la legge di unificazione amministrativa dello Stato italiano (più nota come legge n. 2248 del 1865), nell'allegato contenente disposizioni sull'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo, aveva individuato, accanto ai diritti soggettivi, altre situazioni individuali degne di considerazione, che prendevano corpo nei rapporti con la pubblica amministrazione ma che, diversamente da quelli, erano sprovveduti di garanzia giurisdizionale<sup>7</sup>. Invero, l'art. 3, legge n. 2248/1865, all. E, nel sancire che “gli affari non compresi

---

<sup>6</sup> Sul punto, SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 48 - 49; nonché ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 37.

<sup>7</sup> Secondo CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911 - 12, p. 427, nonostante l'involuzione nella tutela degli interessi non riconosciuti come diritti soggettivi, la legge abolitrice fu concepita in modo tale da riflettere appieno i concetti, comunemente prevalenti nelle dottrine liberali dell'epoca, di divisione dei poteri e separazione assoluta della potestà di giudicare da quella di amministrare. Dal punto di vista teorico (osserva acutamente SCOCA, *La “gestazione” dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007, p. 288) l'ostacolo a considerare esistente, oltre al diritto soggettivo, una seconda situazione soggettiva giuridicamente protetta, deve essere individuato nella identificazione di ogni riconoscimento giuridico di interessi e di ogni tutela, nella sola tutela giurisdizionale: la mancanza di tutela giurisdizionale equivaleva, sul piano sostanziale, all'inesistenza di situazioni protette. Non concorda però con il fatto che in tal modo gli interessi dell'individuo vennero sacrificati in nome di principi sovraordinati, refluendo nell'irrilevanza giuridica (per un'indicazione sommaria dei sostenitori di questa opposta idea si fa rinvio alla successiva nota 4), SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977, p. 234, a parere del quale le situazioni protette nel giudizio davanti agli organi del contenzioso amministrativo, quando non erano diritti erano di certo qualcos'altro, ossia situazioni soggettive che abbisognavano di una descrizione e di una teorizzazione; e se anche descrizione e teorizzazione sono mancate, ciò non implica che una figura soggettiva diversa dal diritto soggettivo non venisse protetta e, pertanto, non avesse esistenza giuridica, anche prima della legge del 1889.

nell'articolo precedente<sup>8</sup> saranno attribuiti alle autorità amministrative”, devolveva la cura dei relativi interessi alla p.a. stessa, attraverso un sistema di rimedi giustiziali<sup>9</sup>.

Occorrerà attendere l'avvento della legge Crispi per assistere al completamento del processo di emersione e giuridicizzazione di quella posizione giuridica innominata che aveva visto la luce trent'anni prima. L'obiettivo fu realizzato attraverso la creazione di un organo giurisdizionale dedicato (la IV sezione del Consiglio di Stato), verso cui indirizzare il contenzioso maturato attorno a quegli interessi (che la dottrina non tarderà a definire “legittimi”), privi del carattere dei diritti e non garantiti, fino ad allora, da un'azione esperibile innanzi ai tribunali dello Stato<sup>10</sup>.

Introducendo nel tessuto ordinamentale dell'epoca il sistema del doppio binario di giurisdizione (punto sul quale, a seguito della legge istitutiva della V sezione del Consiglio di Stato, che ne aveva espressamente affermato la natura giurisdizionale, non era più lecito avanzare dubbi<sup>11</sup>), si impose all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza lo studio

---

<sup>8</sup> L'art. 2, legge n. 2248 del 1865, tuttora in vigore, dispone che “sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'Autorità amministrativa.”

<sup>9</sup> Il sistema delle tutele giuridiche prefigurato dalla legge del 1865 era semplice e lineare, per gli interessi giuridicamente rilevanti (denominati diritto soggettivi), la tutela era affidata al giudice, per gli interessi privi di rilevanza giuridica, denominati interessi economici (o, più in generale, fattuali e pregiuridici) o semplicemente interessi, la tutela era affidata alla stessa amministrazione attraverso l'apparato dei ricorsi amministrativi, ordinari e straordinari. Per un approfondimento sul punto, SCOCA, *La “gestazione” dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007, p. 285; Osserva SORDI, *Giustizia amministrativa nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1983, p. 33 e ss., che contrapporre il diritto all'interesse non voleva dire distinguere due diverse situazioni giuridiche soggettive, ma separare il rilevante dall'irrilevante giuridico, discriminare ciò che doveva essere attribuito al giudice ordinario, poiché espressione della libertà del cittadino e ciò che invece doveva essere attribuito all'amministrazione, in quanto espressione della sua libertà; Nello stesso senso, CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milano, 1964, p. 46. È emblematica, in tal senso, persino la scelta terminologica con cui il legislatore fa riferimento agli interessi diversi dai diritti soggettivi, denominati “affari”, locuzione con cui si voleva alludere alle questioni non contenziose che lasciavano incondizionata l'attività amministrativa. Per una disamina storica della nozione, con richiami ai lavori parlamentari dell'epoca, SCOCA, *Op. ult. cit.*, p. 289, nt. 10.

<sup>10</sup> Per una disamina circostanziata della gestazione parlamentare che ha portato all'approvazione della legge Crispi del 1889, PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991; per una fedele ricostruzione del dibattito giuridico e parlamentare fermentato in quegli anni, SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, p. 329 e ss.

<sup>11</sup> Fino alla legge del 1907 continuarono ad affermare il carattere amministrativo del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, p. 349, che, con riferimento ai ricorsi amministrativi, osserva che, la consapevolezza generale dell'insufficienza di quei rimedi a garantire effettiva giustizia agli interessi privati e la necessità che quegli stessi interessi fossero dotati, per quanto possibile, di un sistema di tutela efficace, ha fatto sì che si cercasse di provvedere ad un vero ordinamento della giustizia amministrativa, la quale, pur mantenendo la tutela di detti interessi nell'orbita del potere esecutivo, riuscisse efficacemente a difenderli; nonché Santi ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Capo III, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1907, p. 1258 - 1259, secondo il quale le attribuzioni dei nuovi organi di giustizia amministrativa (Giunte provinciali e IV Sezione) avevano attribuzioni in cui i caratteri dell'amministrazione contenziosa prevalevano su quelli della giurisdizione, di talché le loro decisioni, quando si era nel campo della pura giustizia amministrativa, non costituivano delle vere e proprie sentenze secondo il significato che al termine si attribuisce nel diritto giudiziario. Esse, cioè, non avevano l'efficacia che è inerente ad ogni giudicato; Sulla stessa linea di pensiero, CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, p. 241 e ss. A favore della natura giurisdizionale del ricorso, MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923,

della natura e del contenuto dell'interesse legittimo, una figura ambigua, fino ad allora non reputata alla pari delle altre situazioni giuridiche soggettive, eppure dotata, per una precisa scelta di legge, di tutela contenziosa, trasformatasi ben presto in protezione propriamente giurisdizionale<sup>12</sup>.

In un sistema pervaso dal convincimento che soltanto i diritti soggettivi potessero reperire tutela in sede giurisdizionale, attraverso il conferimento di apposita azione giudiziaria, i commentatori più accorti della legge del 1889, pur con un approccio critico alle scelte operate dal legislatore, tacciato di incoerenza ed irragionevolezza, tesero a risolvere la rilevata antinomia individuando una sorta di zona grigia tra le situazioni giuridiche soggettive (alle quali non appartenevano) e i semplici interessi<sup>13</sup>.

D'altronde, quando l'interesse di fatto all'acquisizione di un beneficio o di un vantaggio o, per converso, alla conservazione dello *status quo*, venivano minacciati o messi in pericolo dall'attivazione di un potere pubblicistico, lasciare l'individuo sfornito di tutela giudiziaria, seppur limitatamente a quel particolare rapporto con l'amministrazione che si era venuto a instaurare, avrebbe tradito la nervatura liberale del nuovo Stato.

Si affermò così quella tesi che, dall'opera di digressamento normativo 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<sup>14</sup>.

---

p. 54 e ss. Per un riepilogo delle vicende susseguite intorno alla natura del ricorso alla IV Sezione, cfr. SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1931, I, p. 407 e ss.

<sup>12</sup> Sulla ricostruzione storia delle vicende che hanno fatto emergere la figura dell'interesse legittimo, CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., p. 376 e ss.; SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 11 e ss.; MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968, p. 11 e ss.; BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 589; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 67 e ss.; GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 e ss.; SCOCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1976, p. 373 e ss.; CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; STIPO, *Le origini del riparto della giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, 1979, p. 67 e ss.; REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981.

<sup>13</sup> L'alternativa tra diritti soggettivi (protetti con tutela di tipo giurisdizionale) e interessi semplici (sprovvisti di quel requisito), conservò intatta la sua forza, anche successivamente all'avvento della legge istitutiva della Sezione per la giustizia nell'amministrazione, in SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in ID. *La giustizia amministrativa*, a cura di Ricci, Napoli, 1993, p. 86, nonché in ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 290 e ss.

<sup>14</sup> Tra i sostenitori dell'interesse legittimo come situazione sostanziale strettamente connessa con l'interesse pubblico e protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo, MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1891, IV, p. 1 e ss.; MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898, p. 112 e ss.; RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, p. 1 e ss.; RANELLETTI, *Diritti subbietivi e interessi legittimi*, in *Foro It.*, 1893, I, p. 481; RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti*

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. Ne è riprova la stessa dicitura utilizzata dai sostenitori della posizione in rassegna per classificare lo strumento d'accesso alla giustizia amministrativa, definita significativamente "azione popolare moderata" proprio a sottolineare la dimensione superindividuale degli interessi fatti valere con il ricorso al Consiglio di Stato<sup>15</sup>.

A queste condizioni, e salvo qualche opinione isolata<sup>16</sup>, 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<sup>17</sup>.

---

*della competenza giudiziaria e amministrativa, in Foro It., 1893, I, p. 470 e ss.; Sul tema anche ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, I, 1954, Milano, p. 189 e ss. A tale proposito si adduceva l'esempio del rilascio di una concessione amministrativa illegittima, a confronto della quale, l'aspirante concessionario che, pur avendo presentato l'istanza, non aveva ottenuto il provvedimento favorevole, poteva chiederne l'annullamento al g.a., ripristinando lo status quo ante. In questo caso il ricorrente, pur mosso da un proprio interesse individuale, poteva vedere soddisfatta la propria aspirazione soltanto perché l'interesse pubblico contingente imponeva la rimozione del medesimo atto, in quanto affetto da un vizio di legittimità. Ne conseguiva che se, invece, il provvedimento concessorio rilasciato dalla p.a. stessa fosse stato legittimo, il privato, che si era visto rigettare l'istanza, non solo non aveva alcun mezzo per soddisfare il proprio interesse al rilascio della concessione, ma il medesimo interesse, divergente nell'occasione da quello pubblico al mantenimento dell'atto, sarebbe rimasto allo stadio quiescente di interesse meramente di fatto. Per la teoria della tutela indiretta e riflessa, recentemente, QUARANTA, Lineamenti di diritto amministrativo, Novara, 1987, p. 302; LANDI - POTENZA, Manuale di diritto amministrativo, Milano, 1987, p. 166; CERCHIA, Brevi note sulla tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, in Amm. It., 1994, p. 600.*

<sup>15</sup> Sul punto, SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1988, p. 5; Alla nozione di azione popolare fanno riferimento MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo, cit.*, p. 16 e 30; ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo, cit.*, p. 351; CERSETO, *I ricorsi per titolo di illegittimità nel diritto amministrativo italiano*, Torino, 1892, p. 21; FILOMUSI GUELFI, *Silvio Spaventa, discorso letto il 20 maggio 1894*, Lanciano, 1894, p. 45.

<sup>16</sup> Si allude a CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, III, p. 1404 e ss. che affermò, sia pure a livello teorico, la risarcibilità degli interessi definiti come occasionalmente protetti. La disamina condotta dall'autore si muove dalla constatazione di ordine generale secondo cui quando il confine tra liceità ed illiceità di un'attività umana risulti da norme giuridiche che, pur non essendo preordinate a conferire un diritto ai sensi della legge sul contenzioso amministrativo, abbiano per scopo di tutelare occasionalmente o parzialmente un interesse (elevandolo, per tale via, a dignità di interesse legittimo), la violazione di quelle stesse norme, accertata dal giudice competente (non il giudice ordinario), non può non dare luogo alla responsabilità del soggetto (pubblico) che tali regole abbia violato. A rafforzare l'assunto, si adduce l'esperienza maturata nel diritto privato: come in quel contesto, in cui vi è responsabilità per la realizzazione di condotte vietate da specifiche norme, che ledono diritti soggettivi pieni (la libertà, la vita, la proprietà, ecc.) e di cui non si ha diritto di pretendere l'osservanza in via di coazione specifica, così deve ammettersi, *a fortiori*, la responsabilità dell'amministrazione per violazione di norme giuridiche che, pur non creando diritti a relative prestazioni, sia accertata dal giudice adito.

<sup>17</sup> Sulla questione, SCOCA, *op. cit.*, p. 16; nonché ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, cit.*, p. 275 e ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato, in Studi in memoria di F. Ferrara*, II, 1943, p. 715, che, affrontando l'argomento sul

Benché dominante negli anni che vanno approssimativamente dal 1910 al 1940 e sostanzialmente seguita dalla giurisprudenza civile ed amministrativa di quel periodo, la formula dell'interesse occasionalmente protetto (che continuò a comparire anche negli anni a venire, specie nelle trattazioni generali sulla giustizia amministrativa<sup>18</sup>) fu destinata a soccombere sotto il peso delle critiche mosse dalla dottrina successiva.

Le critiche si mossero lungo due direttrici principali, volte, in primo luogo a contestare l'equivocità ed incoerenza della dogmatica in questione, minandone in radice l'ammissibilità, per altro verso, ad evidenziare l'inadeguatezza dei risultati pratici cui avrebbe condotto l'applicazione incauta della tesi tradizionale.

Sotto il primo profilo, invero, non poté sfuggire ai detrattori la circostanza che, attribuendo rilevanza all'interesse legittimo sulla base di una norma esclusivamente rivolta alla disciplina del potere amministrativo ed alla cura degli interessi pubblici, si finiva per affermare che gli interessi legittimi stessi sarebbero sorti in relazione a norme che, per definizione, non si occupavano di loro<sup>19</sup>. In altre parole, l'inconciliabile paradosso logico che prendeva vita, riposava sul dato che una norma, plasmata con esclusivo riguardo all'interesse pubblico (e corrispondente indifferenza per l'interesse privato), finiva poi col proteggerlo, sia pure di riflesso<sup>20</sup>.

A ciò si aggiunse che il privato, allorché fa valere in giudizio le proprie ragioni, non si affianca alla pubblica amministrazione ma si contrappone ad essa, del cui operato si duole, il che non sarebbe razionalmente conciliabile con la premessa coincidenza tra tutela dell'interesse individuale e tutela dell'interesse pubblico che l'ordinamento avrebbe riservato loro<sup>21</sup>.

---

piano della teoria generale, reputa che giammai potrà ritenersi ingiusto (ai sensi dell'art. 2043, c.c.) il danno arrecato, con un qualsiasi atto contrario ad un comando giuridico, ad una norma di diritto obiettivo, anche se non diretta a tutelare quell'interesse.

<sup>18</sup> A titolo di esempio, SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1962, p. 632 e ss., secondo cui il processo amministrativo, costruito esclusivamente per accertare la conformità del provvedimento all'utilità comune, conferma l'idea che l'interesse del privato diventi "legittimo" in quanto connesso con l'interesse pubblico della cui tutela indirettamente si giova. Nello stesso senso, SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, p. 319; STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988, p. 75, ove l'autore afferma che l'interesse legittimo è strumentale all'interesse pubblico, nel senso che si pone come strumento di identificazione alternativa dell'interesse pubblico nel procedimento e nel processo.

<sup>19</sup> GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, p. 51 e ss. in cui si legge che le regole della dogmatica giuridica pongono l'interprete di fronte ad un'alternativa secca, o un interesse è riconosciuto e tutelato da norme di relazione, ed allora viene elevato a diritto soggettivo del suo titolare, oppure manca di quel riconoscimento e rimane un mero interesse semplice.

<sup>20</sup> NIGRO, *op. cit.*, p. 117.

<sup>21</sup> NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, p. 317; VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1998, p. 170.

Ma soprattutto, era seriamente lecito dubitare che, attraverso la rimozione dell'atto amministrativo illegittimo, si ottenesse sempre l'effetto di massimizzare l'interesse pubblico, ben potendo essere l'atto concretamente impugnato illegittimo ma opportuno<sup>22</sup>.

Proprio l'intrinseca debolezza delle formule adoperate dai sostenitori dell'interesse solo eventualmente ed occasionalmente protetto, ha consentito di superare questa prima teorizzazione organica dell'interesse legittimo, riproponendo il problema dell'antinomia tra i mezzi di protezione accordati dalla legge al privato e la mancanza di mezzi adeguati a garantire la realizzazione degli interessi di cui lo stesso è portatore<sup>23</sup>.

Tutto ciò ha influito sulla riflessione attorno all'oggetto degli interessi legittimi, considerato che, mentre la legislazione civile comprendeva tutta una serie di diritti soggettivi che le norme sostanziali definivano nei loro elementi costitutivi, la legislazione amministrativa, per converso, non conteneva alcuna descrizione o nozione di interesse legittimo, limitandosi a stabilire, con una disposizione dalla vocazione dichiaratamente processuale, la cd. clausola generale di azionabilità di tali interessi innanzi al giudice amministrativo (contenuta nell'art. 3 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, poi riprodotta nell'art. 26, T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato)<sup>24</sup>.

È comprensibile, dunque, che le indagini volte a superare tale antinomia si siano mantenute aderenti ad una interpretazione processuale della norma, arrivando ad ottenere una nozione di interesse legittimo circoscritta alla dimensione puramente giudiziaria.

Nell'ambito di tale direzione, è possibile raggruppare le tesi che si sono immediatamente 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<sup>25</sup>, ed un altro, ad esso contrapposto, che intese

<sup>22</sup> GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, 1988, Milano, p. 519.

<sup>23</sup> Confronta SCOCA, *op. cit.*, p. 6

<sup>24</sup> Sul punto, GALATERIA - STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Torino, 1989, p. 81.

<sup>25</sup> Per la tesi che configura l'interesse legittimo come interesse a ricorrere, GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, loc. cit.; GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943, p. 34; SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 150 e ss.; ROMEO, *Interesse legittimo ed interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 400, secondo i quali il dualismo tra interesse legittimo ed interesse a ricorrere avrebbe valenza esclusivamente nominale; nel sistema prefigurato dal legislatore non vi sarebbe spazio per un interesse sostanziale diverso dall'interesse processuale, poiché, ogni qualvolta la sfera del cittadino è lesa dall'attività amministrativa, viene concessa l'azione giurisdizionale come strumento per rimuovere il provvedimento lesivo. *Contra*, per una critica vivace delle argomentazioni addotte, VIRGA, *Op. cit.*, p. 171; VIRGA, *La rivincita dell'interesse legittimo*, in *Giur. Amm. Sic.*, 1990, p. 83; PESCATORE, *Attualità dell'"interesse legittimo" tra ripensamenti della dottrina e indicazioni della giurisprudenza*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, II, 551, a giudizio dei quali, proprio la concessione di un'azione giurisdizionale starebbe a testimoniare la valenza sostanziale della situazione fatta valere dal ricorrente. Essa costituirebbe nient'altro che la proiezione processuale della facoltà di pretesa del titolare dell'interesse legittimo, analogamente a quanto accade nel diritto civile, in cui l'azione giudiziaria rappresenta la propaggine processuale della facoltà di pretesa attribuita al titolare di un diritto soggettivo. Come quest'ultimo non si risolve nell'azione civile, allo stesso modo l'interesse legittimo non si identificerebbe nella sua tutela processuale. Sulla



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.

Sul primo versante, va segnalata quella dottrina (che ha avuto largo seguito in passato e che trova ancora oggi qualche autorevole sostenitore) che concepì l'interesse legittimo come interesse meramente processuale in cui il ricorrente non troverebbe il titolo da far valere con il ricorso, ma semplicemente la legittimazione per proporlo<sup>26</sup>.

La tesi in parola si fonda sulla premessa di carattere generale secondo cui le norme che disciplinano l'attività della p.a. non avrebbero tutte uguali caratteristiche, bensì si distinguerebbero, in ragione dell'oggetto della loro tutela, in due categorie disgiunte. Le prime, denominate norme d'azione, regolerebbero puramente e semplicemente l'azione dell'amministrazione con riferimento diretto ed esclusivo all'interesse pubblico. Le altre, che vanno sotto il nome di norme di relazione, si occuperebbero di disciplinare, invece, i rapporti tra governanti e governati, ossia tra la p.a. stessa ed i cittadini.

L'utilità della distinzione risiederebbe nel fatto che, le norme che disciplinano l'azione amministrativa in sé e per sé, non avendo alcun riguardo per gli interessi dei privati che venissero in contatto con l'amministrazione agente, non potrebbero che dare luogo a situazioni soggettive prive di consistenza sostanziale, gli interessi legittimi, appunto. Diversamente le norme di relazione che, disciplinando i rapporti intersoggettivi tra l'amministrazione e i terzi e prendendo perciò in diretta considerazione gli interessi di quest'ultimi, avrebbero per effetto di elevarli allo stadio di diritti soggettivi.

Nella fase di attuazione del rapporto, allora, se l'amministrazione fosse incorsa nella violazione di una norma di azione, il compimento di detto atto in difformità dalla norma, avrebbe dato vita ad un provvedimento invalido, lesivo di un interesse che non poteva mai partecipare della natura propria del diritto soggettivo e che doveva necessariamente configurarsi come un presupposto di rito abilitante il privato a proporre il ricorso giurisdizionale.

---

distinzione, in dottrina, tra interesse a ricorrere ed interesse legittimo, CINGOLO, *Inammissibilità del ricorso per assoluta carenza di una posizione giuridica tutelabile dinanzi al g.a. e carenza di interesse processuale ad agire in giudizio, difetto di legittimazione attiva*, in *Rass. Adv. Stato*, 1992, I, p. 103 e ss.

<sup>26</sup> L'elaborazione teorica richiamata si deve a GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, cit., p. 57 e ss. il quale, nel corpo della nota, afferma in maniera dirompente che l'interesse legittimo, così come introdotto nel sistema dal legislatore, sia in realtà "un espediente escogitato per forzare ad una soluzione prestabilita un problema peculiare e specifico del nostro diritto positivo". A quest'ultima tesi sembra che possa essere affiancata, almeno per alcuni aspetti, quella di ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 163, il quale, partito dall'affermazione del carattere sostanziale dell'interesse legittimo, riconosciuto e garantito dall'ordinamento generale, conclude nel senso che tale situazione soggettiva svolge nel processo amministrativo essenzialmente il ruolo di fattore legittimante la proposizione del ricorso.

Appare evidente come nemmeno muovendosi nel solco tracciato da questa dottrina avrebbe potuto trovare spazio una pronuncia di condanna per l'amministrazione al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo. Non solo a ciò ostava la bipartizione della normativa preposta a scandire l'attività dei pubblici uffici in guisa che, giusto nel caso di violazione di una norma di relazione, la p.a. avrebbe compiuto un atto lesivo di un diritto soggettivo, dando vita ad un fatto illecito, ma altresì la circostanza che, in tal modo, l'interesse legittimo del privato veniva identificato, più o meno consapevolmente, con l'interesse a ricorrere, in quanto, prima del provvedimento ed al di fuori del processo, l'interesse materiale sotteso non avrebbe avuto alcuna rilevanza<sup>27</sup>.

Né a diversa conclusione avrebbero tantomeno condotto le tesi cd. processualistiche, che si affiancarono a quella appena enunciata, e che considerarono l'interesse legittimo come potere di reazione contro il provvedimento illegittimo.

Secondo la suddetta teoria, che ha trovato i suoi maggiori sostenitori nei processualcivili, l'interesse legittimo acquisterebbe rilievo giuridico solo in conseguenza della lesione operata dalla p.a., venendo inteso, prima del provvedimento, come mero interesse di fatto, espressione anticipata della successiva tutela processuale. Tutela concepita, secondo alcuni, come puro potere di agire in giudizio (teoria dell'azione pura)<sup>28</sup>, secondo altri, come potere di provocare l'annullamento dell'atto viziato innanzi all'autorità giudiziaria amministrativa<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi?*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 217, che corrobora le proprie convinzioni con l'ulteriore considerazione per la quale, se l'interesse legittimo, che già consente di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo, portasse con sé anche una pretesa giuridicamente riconosciuta al risarcimento dei danni, esso sarebbe iper-protetto rispetto al diritto soggettivo (p. 218); GUICCIARDI, *Risarcibilità di interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, p. 1106; ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 275, ove si afferma che le norme organizzative, ispirate a regolare l'azione della pubblica amministrazione, proteggono solo occasionalmente l'interesse dei terzi e, di conseguenza, la lesione di questo interesse non può mai dar luogo ad un problema di riparazione patrimoniale. Sulla questione vedi altresì, SATTA, *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. Dir. comm.*, 1963, I, p. 325 e ss.

<sup>28</sup> CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 45 e ss., 357 e ss., che nell'ambito della teorica sull'azione, intesa come diritto potestativo distinto dal diritto soggettivo sostanziale (l'azione corrisponderebbe ad un bene e ad un diritto a sé stanti), cita espressamente il diritto di chiedere l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi come esempio di azione che tende ad un bene senza che vi sia alcun altro diritto soggettivo in capo a colui che ha l'azione. Nel caso specifico, però, l'Autore precisa che il giudizio di legittimità sull'atto non mira al riconoscimento di un bene del ricorrente, giacché la legittimità degli atti amministrativi, in sé, non è un bene garantito al singolo, ma alla collettività. Se dunque sono tutti i cittadini, siano o meno personalmente interessati all'atto, i titolari di questo diritto alla legittimità, il singolo come tale non ha che la *pura azione*, ovvero il potere giuridico, accordato dalla legge al singolo, di chiedere l'attuazione della legge nell'interesse generale della legalità amministrativa. Ma questo non è che un elemento soggettivo che si riscontra nella giurisdizione di legittimità del Consiglio di Stato, che è e rimane giurisdizione di mero diritto oggettivo, cioè attuazione della legge indipendentemente dal diritto individuale di qualcuno. Su questi temi, ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785 e ss.; PROTO PISANI, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note all' 'Azione nel sistema dei diritti' del 1903*, in *Foro It.*, 2003, V, p. 61 e ss.; COLESANTI, *La prolusione bolognese di Chiovenda del 1903*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2003, p. 1109 e ss.; TARUFFO, *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, ivi, p. 1139 e ss.

<sup>29</sup> ATTARDI, *Interesse ad agire*, voce del Digesto IV, civile, IX, 1993, p. 520 e ss.; GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, 67 ss.; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 110; VERBARI, *Principi di diritto processuale*

L'interesse legittimo, dunque, 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<sup>30</sup>.

2. 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<sup>31</sup>.

---

*amministrativo*, Milano, 1995, p. 94, secondo i quali l'interesse legittimo consisterebbe nel diritto potestativo di provocare una modificazione della sfera giuridica della pubblica amministrazione, mediante l'intervento del giudice amministrativo che annulla l'atto illegittimo. Per ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, V, Torino, 1969, pag. 108, ai titolari dell'interesse legittimo è concesso un diritto soggettivo secondario, che si qualifica come diritto d'iniziativa, un diritto di reazione contro l'atto amministrativo che leda la norma strumentale, da cui l'interesse legittimo deriva protezione indiretta; un diritto, insomma, d'impugnazione dell'atto medesimo dinanzi agli organi di giurisdizione speciale che può qualificarsi, in pari tempo, come diritto all'annullamento di quell'atto. La posizione di interesse legittimo sarebbe dunque un riflesso della giurisdizione di annullamento e oggetto del processo amministrativo non sarebbe l'interesse legittimo, ma il diritto (potestativo) all'annullamento dell'atto impugnato.

<sup>30</sup> GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 62 e ss. e p. 247 e ss.; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986, p. 247 e ss.; CASSETTA, *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 286 e ss.; CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesioni di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1154, che sottolinea come questo sistema di tutela fosse in un certo senso obbligato in quanto la cognizione delle controversie relative ad interessi legittimi fossero state affidate ad un giudice privo del potere di emettere sentenze di condanna al risarcimento. Osserva POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, p. 16, che si sia finito per dedurre la regola sostanziale della non risarcibilità delle lesioni a semplici interessi legittimi da una regola processuale.

<sup>31</sup> Con l'avvento della Costituzione repubblicana, l'interesse legittimo assume per la prima volta, a livello di legislazione a carattere generale, la sua denominazione definitiva e viene collocato accanto al diritto soggettivo, con pari dignità. Osserva SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 5, che nelle varie leggi sul Consiglio di Stato, da quella del 1889 a quella del 1907 a quella del 1924, non si era mai parlato di interesse legittimo, nomenclatura che non appare espressamente neppure nella legge istitutiva dei TAR. Sul rilievo della Costituzione sulla nozione di interesse legittimo, COMOGLIO, *Commento all'art. 24 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna - Roma, 1981, p. 16 e ss.; CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1984, p. 177 e ss. Per l'avallo costituzionale dell'interesse legittimo come definitiva sanzione del suo carattere di situazione giuridica sostanziale, BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1996, p. 16 e ss., che fa leva principalmente sul fatto che la Carta dei diritti fondamentali collochi l'interesse legittimo a fianco del diritto soggettivo (situazione sostanziale per eccellenza), istituendo un rapporto di equiparazione tra le due situazioni soggettive, trattando in modo parallelo delle forme di tutela che riguardano entrambe. Sulla stessa linea, GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 87, che attribuisce alle norme sulla Costituzione un valore ermeneutico preclusivo tale da escludere ogni possibilità di interpretazione degli interessi legittimi quali meri fatti di legittimazione processuale o come situazioni strumentali alla realizzazione dell'interesse pubblico. *Contra* SCOCA, *Op. ult. cit.*, p. 5, il quale critica che un dato del genere possa apparire decisivo dato che la disciplina positiva di una figura giuridica, specie quando è così sintetica (e, aggiungerei, programmatica) come quella costituzionale, molto difficilmente può influire sulla ricostruzione teorica della figura medesima. Riprova ne sarebbe la sopravvivenza alla Costituzione delle teorie che negano all'interesse legittimo una consistenza giuridica di tipo sostanziale.

L'inversione di tendenza, che ha portato ad approfondire lo studio dell'interesse legittimo valorizzandone gli aspetti sostanziali, ed a parificarlo ad ogni altra situazione giuridica soggettiva protetta, trae origine dall'insoddisfazione per i risultati raggiunti dall'elaborazione dottrinale fin lì sviluppata.

I motivi di perplessità, che condussero ben presto ad abbandonare la direzione formalistica in cui si era mossa la ricerca, furono plurimi e variamente articolati. Nei confronti di queste tesi fu agevole osservare come l'interesse legittimo avesse una sua rilevanza anche prima ed indipendentemente dalla sua lesione, per tutta la fase anticipatoria dell'esito finale, nell'arco del procedimento amministrativo sostanziale<sup>32</sup>. Svilire il ruolo del privato a semplice oppositore del provvedimento illegittimo, non riusciva a spiegare né i poteri, le facoltà e i comportamenti che il singolo può esercitare o porre in essere in occasione dell'esercizio del potere ed in seno al procedimento, né le facoltà collaborative e di iniziativa, che abilitano l'interessato ad influire sul modo di esercizio del potere, in funzione preventiva e preclusiva del contenzioso (e, dunque, in un ottica opposta a quella difesa dalle tesi processualistiche), attraverso una determinazione condivisa ed in concreto dell'interesse pubblico da perseguire<sup>33</sup>.

Si impose, dunque, la ricerca di una direttrice di marcia che viaggiasse in senso contrario rispetto alle tesi negatrici o riduttive dell'interesse legittimo e che fosse in grado di riassumere e sintetizzare la struttura composita della tutela offerta a questa controversa situazione soggettiva.

Sulla scorta delle considerazioni critiche svolte fino a quel momento e complice l'approvazione nelle aule parlamentari della Costituzione repubblicana, iniziarono a proliferare le tesi cd. sostanziali che, da un lato, si spesero nel tentativo di individuare l'oggetto tipico dell'interesse protetto dall'ordinamento con la formula dell'interesse legittimo, dall'altro rivolsero i propri sforzi ad esplorare i modi e le forme di protezione adottabili a tutela di questo interesse<sup>34</sup>.

In un contesto così caratterizzato, si sviluppò un ampio fermento intellettuale, animato dalla presenza di un complesso variegato di posizioni dottrinali affini, schierate

---

<sup>32</sup> GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, 85.

<sup>33</sup> SCOCA, *Op. cit.*, p. 6, nonché SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 24 e ss.; VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 171, a giudizio del quale l'inadeguatezza della teoria del diritto potestativo all'annullamento sarebbe comprovata dal fatto che il titolare dell'interesse legittimo, non solo può esercitare una facoltà di pretesa, ma può anche esercitare una facoltà di disposizione degli interessi medesimi, potendo rinunciare, transigere e prestare acquiescenza alla propria posizione di interesse legittimo. Sull'impatto della l. n. 241 del 1990 sulle tesi processualistiche, nel senso di escluderle *iure condito*, ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., p. 39.

<sup>34</sup> SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 7

ordinatamente lungo una linea ideale, tra una tesi più prudente che, pur riconoscendo un carattere sostanziale all'interesse legittimo, ne confinavano la rilevanza alla fase di reazione contro il provvedimento già emanato<sup>35</sup>, ed un indirizzo più radicale, che ne predicava la necessaria elezione a diritto soggettivo<sup>36</sup>.

Tra questi due poli estremi si ponevano, poi, delle teorie intermedie. Per i fautori degli indirizzi mediani, 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.

La prima tra le ricostruzioni menzionate, che mutua ed affina l'idea risalente del diritto alla legittimità come oggetto proprio della protezione accordata dall'ordinamento giuridico al ricorrente, identifica l'interesse legittimo con l'interesse (strumentale) alla legittimità degli atti amministrativi<sup>37</sup>. Se l'amministrazione deve astenersi dall'emanare

<sup>35</sup> Per i seguaci di questo indirizzo, l'interesse legittimo, come situazione soggettiva di natura sostanziale contrapposibile all'interesse pubblico sotteso al provvedimento, nasce con il provvedimento stesso. L'origine dell'interesse è dentro l'atto, e, più precisamente, nella formazione dell'atto, di talché prima che l'azione amministrativa abbia raggiunto un determinato stadio di sviluppo, l'interesse del privato costituirebbe soltanto misura e limite obiettivo dell'azione amministrativa (cfr. BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. Giur.*, 1965, p. 80 e ss., 120 e ss.). Oppure, secondo analogia impostazione, l'interesse legittimo nasce dopo l'emanazione del provvedimento e consiste nel potere di reagire contro la lesione di un'altra situazione giuridica soggettiva, preesistente al provvedimento medesimo, denominata "interesse protetto" e, diversamente dall'interesse legittimo (che è situazione strumentale ed attiva), a struttura essenzialmente inattiva (PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Milano, 1962). La differenza con le tesi processualistiche è che, riconoscendosi all'interesse legittimo forme di reazione anche non processuale (ad esempio, il potere di proporre i cd. rimedi giustiziali), queste vengono ricondotte all'interesse legittimo, come espressione del suo contenuto sostanziale (SCOCA, *Op. ult. cit.*, p. 6).

<sup>36</sup> La promozione dei semplici interessi a diritti soggettivi, come conseguenza necessitata della natura giurisdizionale del ricorso al giudice amministrativo, è già accolta prima della Costituzione, da MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923, p. 54. Il quale afferma che la legge del 1889 ha conferito anche a questi interessi la dignità e la forza di diritti soggettivi, precisando che il nuovo diritto conferito ai soggetti giuridici ivi indicati, sarebbe il diritto in genere alla legittimità degli atti amministrativi. Anche CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 307 (con note di aggiornamento a cura di Miele), osserva che gli interessi tutelati dalla legge sul Consiglio di Stato, seppur non positivamente denominati diritti (tant'è che la dottrina ha dovuto coniare il nome di interessi legittimi), vanno considerati come diritti (sebbene assistiti da caratteristiche speciali), e ciò grazie ad un'interpretazione delle norme processuali alla luce dei principi di teoria generale.

<sup>37</sup> TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937; nonché TOSATO, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937, p. 13 e ss., ove si espone la tesi secondo cui l'interesse legittimo è un interesse soggetto ad una potestà e tuttavia protetto, ma non da norme primarie e materiali, ma da norme secondarie e strumentali. In tal modo un interesse soggetto ad un potere si pone come vincolo al rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere medesimo e tante più saranno le norme, tanto più larga sarà la sfera di protezione che esso ricava da parte della legge; CANNADA - BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 334 e ss.; CANNADA - BARTOLI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 157 e ss.; CANNADA - BARTOLI, *Inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 75 e ss.; CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 611 e ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 302 e ss.; ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 307 e ss.; CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino,

provvedimenti illegittimi ed il cittadino può ottenere dal giudice la rimozione dei provvedimenti emessi in violazione di tale divieto, tale possibilità non sarebbe che l'espressione processuale di una pretesa giuridicamente tutelata a che l'amministrazione stessa, ogni qual volta decida di provvedere, emetta atti legittimi.

Secondo questa impostazione non sarebbero le norme che disciplinano l'esercizio del potere la fonte degli interessi legittimi, questi ultimi scaturirebbero direttamente da un principio generale dell'ordinamento (il principio di legalità, costituzionalmente codificato all'art. 97) che fa divieto all'amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri, di emanare provvedimenti invalidi.

In questa prospettiva, dunque, oggetto specifico dell'interesse legittimo sarebbe stato non tanto l'interesse effettivo del privato (ovvero l'utilità finale che tende a conseguire), ma la legittimità del comportamento dell'amministrazione, un dato che per sua natura si presentava formale e generalizzato e che necessitava, affinché fosse razionalmente attribuibile ad un soggetto distinto rispetto all'intera collettività, dell'ausilio di una tecnica integrativa di collegamento, che consentisse una saldatura tra questo interesse (tendenzialmente adespota) di i soggetti che positivamente potevano considerarsene titolari<sup>38</sup>.

A questa carenza si ovviò, alternativamente, ritenendo che all'interesse alla legittimità fosse collegato un interesse materiale radicato in capo al soggetto<sup>39</sup>, ovvero reputando che l'interesse legittimo, avente natura esclusivamente formale, avesse come presupposto di qualificazione una situazione a monte di diritto soggettivo<sup>40</sup>.

---

1979, p. 89 e ss.; CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, p. 124; BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. Amm.*, 1986, p. 195 e ss.; CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, 1979, p. 79; VIRGA, *Diritto amministrativo, cit.*, p. 169 e ss.

<sup>38</sup> Una situazione giuridica soggettiva (com'era l'interesse alla legalità secondo le intenzioni dei suoi ideatori), per essere riconosciuta tale, postulava, quale presupposto ineludibile, l'appartenenza del relativo interesse ad un soggetto determinato. Ne conseguiva che, un interesse per sua natura generale, per essere idoneo riferimento di una situazione soggettiva, doveva essere in qualche modo reso appropriabile dall'individuo.

<sup>39</sup> La soluzione proposta è di CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 618. Il quale definisce l'interesse legittimo come interesse-mezzo, una situazione soggettiva di vantaggio, strumentale alla protezione giuridica di interessi materiali, attuata non direttamente ed automaticamente, ma attraverso la protezione indissolubile ed immediata di un altro interesse del soggetto (l'interesse, meramente strumentale, alla legittimità dell'atto amministrativo), con l'attribuzione al titolare stesso della potestà di ricorso alle giurisdizioni amministrative e nei limiti della realizzazione di quest'ultimo interesse.

<sup>40</sup> CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 348; LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 766 e ss.; Ricollega l'interesse legittimo al diritto soggettivo e ad altre situazioni presupposte legittimanti, VIRGA, *Diritto amministrativo, cit.*, p. 172 e ss., e, già VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, 1982, Milano, p. 25 e ss., il quale ritiene che la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa abbia come situazione legittimante, oltre al diritto soggettivo, anche altre posizioni o situazioni (il dovere della p.a. di provvedere ad un'istanza del privato, la destinatarietà di un precedente provvedimento, un rapporto di subordinazione speciale nei confronti della p.a., la partecipazione ad una gara o ad un concorso pubblico). Critica

Dunque, l'interesse legittimo diventava, in quest'ottica, situazione soggettiva non garantita in quanto tale, ma entità intermedia, frutto di una superfetazione normativa, che la legge, a protezione dell'interesse finale vantato dal privato, frapponeva tra quest'ultimo ed il potere amministrativo che poteva attentare alla sua integrità<sup>41</sup>.

Siffatta ricostruzione consentiva di superare l'ostacolo rappresentato dalla necessità di conciliare l'assolutezza della protezione giuridica propria delle situazioni soggettive di tipo sostanziale, con la mera eventualità della soddisfazione dell'interesse finale effettivamente avvertito dal privato. L'interesse protetto, infatti, era solo l'interesse strumentale (che è alla base dell'interesse legittimo) e la sua soddisfazione, piena ed assoluta, era già adeguatamente garantita dal sistema di giustizia amministrativa. Ma ciò non comportava necessariamente la soddisfazione dell'interesse materiale sottostante<sup>42</sup>.

Nonostante il rigore logico con cui venne formulata, la tesi in esame mostrò da subito dei profili di criticità. Già nel suo impianto generale non riusciva a cogliere il carattere eminentemente individuale dell'interesse legittimo, postulando altresì l'esistenza di un dovere generico della p.a. di osservare le leggi nell'esercizio del potere funzionale.

Al di là della dubbia configurabilità concettuale di un vincolo al rispetto di una norma cogente che preesista e stazioni al di fuori dalla norma stessa, si è obiettato che, ad un tale dovere, sarebbe dovuta corrispondere una situazione di vantaggio diffusa, esercitabile da tutti i soggetti dell'ordinamento e non da alcuni soltanto.

Né fu valutato del tutto convincente l'artificio ermeneutico escogitato per superare la contestazione. Consentire ad un interesse costituzionalmente evanescente, come quello alla legalità, di fissarsi soltanto in capo ai soggetti risultati già titolari di una situazione soggettiva

---

ambidue le posizioni GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 85 - 86, il quale obietta, nell'un caso, che possono ben sussistere interessi legittimi senza che precedentemente vi siano stati diritti soggettivi (si fa il caso dei provvedimenti concessori e di quelli ampliativi della sfera giuridica dei destinatari), nell'altro, che il collegamento dell'interesse legittimo con uno *status* legittimante non può dare di per sé un contenuto definito all'interesse legittimo stesso, ma serve soltanto ad individuare a chi spetti la situazione soggettiva in parola e non a dire che cosa esso sia.

<sup>41</sup> Ad identiche conclusioni pervengono coloro che parlano di interesse al corretto esercizio del potere amministrativo o di interesse a che l'amministrazione non eserciti i suoi poteri in modo difforme alle leggi. Nel primo senso, si segnalano SANDULLI, *Intervento*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1671 e ss. (in cui l'autore definisce l'interesse legittimo come posizione di legittimazione nel procedimento o nel processo amministrativo, che accede ad una posizione sostanziale qualificata che costituisce il sostrato dell'anzidetta posizione di legittimazione); SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, Napoli, p. 107; GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, a cura di Guarino, I, Milano, 1983, p. 112 (ove, modificando la sua precedente impostazione, afferma che l'interesse legittimo è l'interesse all'osservanza di una norma posta nell'interesse generale di una categoria che rispetto alla stessa si trovi in una posizione specifica); GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 124 e ss.; nel secondo, BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p. 231.

<sup>42</sup> SCOCA, *Op. ult. cit.*, p. 7. Adde ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1972, p. 72 e ss., il quale sostiene che l'interesse legittimo, in quanto solo occasionalmente oggetto di protezione giuridica, non garantisce al titolare la soddisfazione dell'interesse materiale sottostante.

diversa ed aggiuntiva rispetto all'interesse considerato, vorrebbe dire confondere il problema del concetto di interesse legittimo con la questione dei limiti entro cui l'ordinamento ne concede la protezione, fornendo un'utile indicazione solo per spiegare a chi spetti la pretesa sostanziale giuridicamente rilevante, non quale ne sia l'oggetto<sup>43</sup>.

L'erronea sovrapposizione tra esigenza di una definizione dell'interesse legittimo e limiti della sua rilevanza giuridica (in quanto fa della legittimità, che è il limite della protezione ad esso accordato, l'oggetto dell'interesse protetto), inoltre, non terrebbe conto di un ulteriore dato del sistema: la legittimità dell'azione amministrativa costituirebbe un limite assoluto soltanto in sede processuale. In fase procedimentale (o nell'ambito dei ricorsi amministrativi, dove è possibile ricorrere contro un provvedimento legittimo, censurando vizi di merito), tale limite non rileverebbe con la stessa intensità, dato che le facoltà collaborative espressione dell'interesse legittimo non sarebbero tanto (o soltanto) volte all'individuazione condivisa di un provvedimento legittimo, quanto ad indirizzare l'amministrazione verso una scelta conveniente ed opportuna<sup>44</sup>.

Ma l'obiezione più penetrante che fu mossa ai seguaci della teorica in commento, nasce dalla convinzione, assai radicata nella dottrina moderna, che la legittimità, quale paradigma di qualificazione di un atto giuridico, resti estranea al modo di essere delle posizioni giuridiche soggettive e non possa giammai costituirne l'oggetto<sup>45</sup>. Riportando quanto affermato da autorevole dottrina, l'idea dell'interesse alla legittimità non sarebbe che un «rebus, poiché se le situazioni soggettive si definiscono in ordine ai beni della vita, non s'intende come la legittimità di un atto (cioè la qualificazione astratta di un atto) possa essere vista come un bene della vita»<sup>46</sup>.

La controprova di ciò è data dal fatto che nel procedimento amministrativo confluiscono interessi privati diversi e il più delle volte contrapposti tra loro. Il che porrebbe in stridente contrasto il dato empirico menzionato con l'asserita uniformità di

---

<sup>43</sup> MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, p. 52; SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, p. 142; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, p. 118, secondo cui la tesi aversata non coglie nel segno, lasciando oscuro il nodo essenziale, e cioè in che cosa propriamente consiste questo particolare modo di protezione dell'interesse materiale che è l'interesse legittimo.

<sup>44</sup> SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 11

<sup>45</sup> Secondo NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.*, 1987, V, p. 476, la legittimità avrebbe potuto costituire oggetto dell'interesse legittimo quando questo veniva fatto coincidere con il potere di reazione contro l'atto illegittimo e lesivo. Ma tale tesi deve reputarsi ormai superata. Per VIRGA, *Diritto amministrativo*, cit., 1998, p. 170, l'interesse legittimo non può identificarsi nella astratta pretesa alla legalità, ove non sussista una posizione di interesse sostanziale lesa dal provvedimento amministrativo. Nello stesso senso, SCOCA - GIANI, *Interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1997, p. 331.

<sup>46</sup> GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, 1970, Milano, p. 50.



oggetto che caratterizzerebbe l'interesse legittimo: la legittimità del comportamento dell'amministrazione<sup>47</sup>.

Anche nel processo, dove il rilievo della legittimità sembra predominante, è possibile constatare che i privati ricorrenti possono essere portatori di interessi sostanziali non solo diversi da quelli dei privati controinteressati, ma anche di quelli di altri privati ricorrenti<sup>48</sup>.

Per di più, ed al di là delle segnalate incongruenze sul piano sistematico, non poteva passare inosservato il grado di incidenza che, l'adesione ad una metodica di questo tipo, andava necessariamente a comportare sui livelli di protezione giuridica astrattamente concepibile per una situazione soggettiva siffatta.

Anche in questa rinnovata dimensione sostanzialistica, 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<sup>49</sup>.

Affinché potesse affermarsi la risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi, occorre 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 etero ed astratto, consistente in una qualificazione giuridica, non riuscivano a risolvere il

---

<sup>47</sup> SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 9.

<sup>48</sup> SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, loc. ult. cit., ove si porta l'esempio del ricorso relativo ad una graduatoria di concorso, dove alcuni ricorrenti possono essere interessati all'annullamento della graduatoria finale, ma non all'annullamento del bando di concorso; ovvero, possono essere interessati all'annullamento dell'atto per alcuni motivi ma non per altri. E ciò in quanto l'annullamento dell'uno o dell'altro atto, l'annullamento dell'uno o dell'altro tipo, soddisfano o viceversa lasciano insoddisfatti veri e propri interessi sostanziali, ossia riconoscono o disconoscono veri e propri interessi legittimi, lasciando immutata l'indagine sulla legittimità.

<sup>49</sup> Cfr. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, cit., p. 354, il quale perviene alla conclusione che l'interesse legittimo non possa non trovare completa realizzazione nell'accoglimento del ricorso, senza che residui alcun dato patrimoniale da risarcire, in quanto il risarcimento presuppone un danno privato valutabile patrimonialmente ma riferibile alla lesione di situazioni giuridiche proprie del danneggiato e non ad un interesse che, per definizione, è caratterizzato da una particolare compenetrazione con l'interesse pubblico.

problema con gli strumenti del diritto positivo ed erano obbligati, coerentemente, ad escluderne l'ammissibilità<sup>50</sup>.

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<sup>51</sup>.

Anche per il motivo che precede, parallelamente a questa, si sviluppò, attorno alla figura dell'interesse legittimo, una differente linea d'indagine, tutta protesa a ricercare il vero significato sostanziale positivamente assegnato a questa realtà del diritto pubblico. Al pari del diritto soggettivo, anche in un ambito segnato dalla presenza di poteri amministrativi<sup>52</sup>,

---

<sup>50</sup> In questo senso, CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1963, p. 26 e ss., secondo cui se l'attività illegittima lede l'interesse materiale del soggetto, non immediatamente protetto da alcuna norma sostanziale, questo interesse assume giuridica rilevanza esclusivamente in vista della connessione in cui si trova con l'interesse alla legittimità dell'altrui comportamento, che l'ordinamento realmente mira a tutelare. Al di fuori di questa circostanza, per la mancata corrispondenza con l'interesse alla legittimità e per l'avvenuta soddisfazione di questo, nessuna autonoma o residua rilevanza giuridica potrebbe attribuirsi all'interesse materiale del soggetto leso dal «fatto» altrui; ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1951, p. 162 e, successivamente, ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, loc. ult. cit., che collega l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo al fatto che questo non si attegga mai come situazione a cd. risultato garantito. Maggiori possibilità di pervenire ad una giustificazione della responsabilità, anche per lesione degli interessi legittimi, hanno trovato gli artefici di quel tentativo di razionalizzare la tesi dell'interesse alla legalità amministrativa, ipotizzando varie forme di collegamento tra interesse legittimo e diritto soggettivo. In questo senso, SANDULLI, *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, cit. e FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, Firenze, 1960, secondo cui, proprio nel caso più controverso, ovvero di lesione ad un interesse cd. pretensivo, l'annullamento dell'atto, che aveva risposto con un diniego alle opposte attese del privato, avrebbe dato vita ad un fenomeno di espansione degli interessi legittimi in diritti soggettivi; fenomeno, al ricorrere del quale, sarebbe scattato l'obbligo dell'amministrazione (quando altra riparazione non fosse stata possibile) di risarcire il danno. Dunque, proprio attraverso questi diversi passaggi da uno status soggettivo all'altro, si risarcisce in definitiva l'offesa originaria, ovvero quella perpetrata a danno dell'interesse legittimo. Critico nei confronti di questa soluzione MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, in *Foro It.*, 1963, IV, p. 29, ad opinione del quale, in questo modo, non si fa che spostare il problema (della risarcibilità dell'interesse legittimo) senza pur tuttavia risolverlo, in quanto si finisce per riproporre la concezione tradizionale dell'illecito come lesione di un diritto soggettivo; LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950, p. 362, il quale ritiene che, nel caso, si abbia anche la violazione di un diritto soggettivo inteso come pretesa che l'attività amministrativa soddisfi quello specifico interesse pubblico, alla cui tutela deve mirare l'esercizio del proprio ufficio.

<sup>51</sup> MIELE, *Op. ult. cit.*, p. 33 - 34; nonché in SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I, p. 64, che supera l'obiezione osservando che la restaurazione dell'ordine formale violato opera tanto a vantaggio del ricorrente, quanto del resto della generalità dei cittadini. Ma questo non può bastare di fronte alla situazione particolare del singolo che abbia subito di conseguenza qualche pregiudizio, la cui risarcibilità dovrebbe rinvenire nella stessa tutela normativa attribuita all'interesse legittimo, un adeguato fondamento.

<sup>52</sup> È generale convincimento in dottrina che l'esistenza di un potere amministrativo viva in rapporto di reciproca esclusione con il diritto soggettivo, e questo, sia che la conclusione venga intesa nel senso originario di affievolimento ad interesse del diritto che si scontra col potere (in tal senso, per tutti, ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, p. 330 e ss.; ORLANDO, *Teoria giuridica delle gaurentigie di libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunaldi, V, Torino, 1890, p. 1033; RANELLETTI, *Le gaurentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 165 e ss.; FERRARIS, *Diritto amministrativo*, I, Padova, 1922, p. 81; DONATI, *Principi generali del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, 1932, p. 140; CANNADA BARTOLI, *Affievolimento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1970, p. 679.), sia che venga intesa secondo la moderna concezione del diritto soggettivo sottoposto al potere amministrativo, dall'esercizio del quale può risultare modificato,

l'interesse individuale del privato che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre (e direttamente) l'interesse ad un bene della vita<sup>53</sup>. Se ne discosterebbe esclusivamente per un dato estrinseco alla situazione stessa, consistente nel diverso modo e nella diversa misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione e tutela<sup>54</sup>.

E questa corrispondenza ontologica tra diritto ed interesse sarebbe confermata proprio dalla Carta Costituzionale che, attraverso il combinato disposto degli artt. 24, 103 e 113, ha inteso individuare apertamente due situazioni giuridiche soggettive (entrambe oggetto di tutela giurisdizionale diretta) di entità qualitativamente omogenea<sup>55</sup>.

Scomponendo idealmente l'agglomerato di elementi di cui è composta una situazione soggettiva rilevante per il diritto, ci si accorge che, in tutti i casi segnalati, si assiste ad una medesimo processo di formazione dell'entità normativa. Tanto nell'uno che nell'altro caso, si ha un interesse sostanziale, che si configura come situazione-presupposto iniziale, ed un "rivestimento" normativo dello stesso, ovvero un'investitura giuridica accordata

---

conformato o estinto (ad es., di recente, TUCCI, *È ancora funzionale rispetto al nostro ordinamento il fenomeno dell'affievolimento del diritto soggettivo?*, in *Notiz. Giur. reg.*, 1993, p. 17).

<sup>53</sup> Sull'interesse legittimo come protezione diretta dell'interesse all'acquisizione o alla conservazione di un bene della vita, GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 253 e ss.; GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 259, che definisce l'interesse legittimo come situazione di vantaggio avente ad oggetto un bene della vita, che ha come contenuto precipuo il potere del titolare di esperire i vari mezzi, sia processuali, sia sostanziali, che la norma mette a protezione del proprio interesse sostanziale; CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 251 e ss.; GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 87, che accoglie la definizione di interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva e di vantaggio, correlata ad una potestà della p.a. e relativa ad un interesse sostanziale che l'ordinamento giuridico considera rilevante, attribuendo al portatore dell'interesse legittimo stesso vari strumenti idonei a consentirne la realizzazione attraverso un esercizio del potere; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 1983, p. 127 - 128, che parla di posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene; FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, p. 37 e ss., il quale osserva che il privato, titolare dell'interesse legittimo, mira pur sempre a dare soddisfazione all'interesse materiale; MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966, p. 52; MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, cit., p. 52, il quale afferma l'esistenza di un interesse sostanziale che la legge intende tutelare attraverso l'esercizio del diritto di ricorso avanti alle autorità o giurisdizioni amministrative. Sempre MIELE, *Introduzione al tema*, in *Convegno sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, p. 19 e ss., ha avuto modo di ribadire la sua posizione riaffermando che l'interesse legittimo costituisce, al pari del diritto soggettivo, una categoria di diritto sostanziale, consistente anch'essa in una posizione di vantaggio data dalla necessità che il potere sia esercitato legittimamente o che un dovere imposto nel pubblico interesse sia regolarmente adempiuto. Sulla stessa lunghezza d'onda, VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, p. 455 e ss.

<sup>54</sup> MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, cit., p. 53; sempre MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 56, nel descrivere il modo e la misura della protezione accordata all'interesse che non raggiunge il rango di diritto soggettivo, fa riferimento alla fonte della sua protezione, definendo l'interesse legittimo come posizione di vantaggio che è la risultante delle norme che impongono al titolare di un potere l'osservanza di date modalità e condizioni nell'esercizio di esso.

<sup>55</sup> Tale considerazione si ritrova in GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 87.

dall'ordinamento, attraverso l'attribuzione, al titolare dell'interesse materiale, di poteri e facoltà funzionali al suo soddisfacimento finale<sup>56</sup>.

In una visione più matura e compiuta della tematica affrontata, dunque, sono proprio le forme di tutela accordate all'interesse materiale -che precede la norma- il crinale che separa le situazioni attive di natura sostanziale, dalle altre posizioni soggettive prive della stessa indole<sup>57</sup>.

Ciò che invece caratterizza proprio l'interesse legittimo e lo allontana dal diritto soggettivo è dato dalla circostanza che, difformemente da quanto si verifica nel campo dei diritti pieni, il soddisfacimento dell'interesse base non dipende dal comportamento dell'individuo cui si riferisce, ma da quello di un diverso soggetto (la pubblica amministrazione), nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici<sup>58</sup>.

Ed infatti, a dispetto del diritto soggettivo, l'interesse legittimo avrebbe come suo antagonista naturale, non una situazione passiva, ma una attiva -la potestà, appunto- rispetto alla quale l'interesse del privato si attergerebbe come situazione-limite, funzionale a contenere l'esercizio della stessa entro i limiti della norma<sup>59</sup>. Il che spiega perché i titolari degli interessi privati coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo non possano giammai realizzarne la soddisfazione piena in via autonoma e debbano attendere che l'assetto definitivo degli interessi venga determinato dal comportamento dell'amministrazione.

Questo rapporto di necessità-dipendenza, che si instaura tra soggetti in posizione diseguale, si ripercuote inevitabilmente sulle forme di protezione extra giudiziale che

---

<sup>56</sup> GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 272 e ss., che puntualizza la sua posizione affermando che l'interesse protetto è una situazione soggettiva e di vantaggio, il cui contenuto, così come per la potestà ed il diritto, afferisce ad un interesse materiale del suo titolare e che, come il diritto, attinge direttamente ad un bene determinato ma, diversamente da quello, è una situazione strumentale e relazionale.

<sup>57</sup> Sul riferimento alle forme di tutela attribuite al titolare dell'interesse materiale come criterio discretivo della natura sostanziale di una posizione soggettiva, GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, loc. cit.; MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli, 1979, p. 89, in cui si sostiene che il baricentro della situazione giuridica di interesse legittimo è costituito (al pari di quanto avverrebbe per il diritto soggettivo) dal complesso degli strumenti di tutela.

<sup>58</sup> Vedi VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, loc. cit., per cui l'interesse legittimo è una situazione giuridica sostanziale, consistente in una posizione di vantaggio, non autonoma come il diritto soggettivo, ma dipendente da un potere o dovere giuridico altrui; MIELE, *Introduzione al tema*, in *Convegno sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, loc. cit., che sottolinea il rapporto di stretta interdipendenza tra realizzazione dell'interesse presupposto ed esercizio di un potere giuridico altrui; NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 1983, p. 127 e ss., che pone in rilievo anche il carattere mediato ed eventuale della tutela, consistente in un complesso di poteri di influenza sull'esercizio del potere amministrativo; FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, p. 69, che inserisce l'interesse legittimo in un quadro di interessi la cui concreta disciplina è nel potere di altro soggetto: la pubblica amministrazione; nonché SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 9, che fa discendere dall'essenziale unilateralità che caratterizza il potere la conseguenza immediata e necessaria che i titolari degli interessi coinvolti non possono realizzare la soddisfazione di tali interessi se non attraverso il comportamento dell'amministrazione.

<sup>59</sup> Vedi, SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 10; sulla questione anche, GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 86.

L'ordinamento somministra ai titolari. Se la potestà amministrativa è strumento che consente di far dialogare l'interesse pubblico (per la cui cura è stato attribuito) con gli interessi satellite di altri soggetti, con l'intento di addivenire ad una soluzione che meglio contemperi gli interessi in gioco, la protezione più efficace dell'interesse legittimo consisterà nella possibilità di influire sull'esercizio del potere, cooperando alla corretta esplicazione del medesimo ed intervenendo a correzione di eventuali deviazioni<sup>60</sup>.

Sintetizzando le caratteristiche sopra evidenziate, un autorevole studioso poté definire l'interesse legittimo come «da posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto del potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene»<sup>61</sup>.

Secondo questa impostazione, allora, l'interesse legittimo si identifica essenzialmente con la possibilità riconosciuta al portatore di interessi rilevanti di partecipare all'esercizio della funzione amministrativa e sorge ancor prima e al di fuori del processo, nel momento in cui il potere, rimasto latente, viene esercitato<sup>62</sup>. Tratti distintivi di una figura, quelli testé descritti, che non consentivano oltre di revocare in dubbio il ruolo ormai decisivo che l'interesse sostanziale al bene della vita (alla sua acquisizione o alla sua conservazione) svolgeva all'interno dell'interesse legittimo, né le ripercussioni che questo fattore avrebbe avuto in ordine degli strumenti di tutela esercitabili a difesa dell'interesse individuale protetto. L'interesse legittimo, infatti, viene considerato come posizione giuridica di natura sostanziale, correlata ad un bene della vita che, come tale, può ovviamente subire un pregiudizio economico, il quale, se derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, non può che essere qualificato come *ingiusto*.

---

<sup>60</sup> Conseguentemente, come osserva GALLI, *Corso di diritto amministrativo, cit.*, p. 84, la salvaguardia dell'interesse legittimo potrà avvalersi di un complesso di tutele ad un tempo più ampie e più ristrette rispetto a quelle proprie del diritto soggettivo. Più ristrette, poiché le forme di protezione dell'interesse privato si presentano come strumentali ed accessorie rispetto all'esercizio dell'attività amministrativa (in quanto la loro concreta esperibilità non può prescindere dalla presenza di un agire amministrativo funzionalizzato); più ampie, poiché al titolare dell'interesse affidato all'amministrazione, oltre al potere di reazione processuale (che, attraverso lo strumento dell'eccesso di potere consente un sindacato più profondo sull'operato della P.A.), è riconosciuta anche la possibilità di esperire ricorsi amministrativi, di partecipare al procedimento nel quale confluisce il proprio interesse, e di sollecitarne persino l'apertura.

<sup>61</sup> NIGRO, *Giustizia amministrativa, cit.*, 1983, p. 127.

<sup>62</sup> GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione, cit.*, p. 253, secondo i due autori, l'interesse legittimo, inteso come interesse di fondo protetto, nasce con il verificarsi del fatto della norma regolatrice del potere o, se si preferisce, con l'atto o col fatto con cui ha inizio il procedimento amministrativo. Esso si realizza soprattutto fuori dal processo, nel procedimento amministrativo.

Pur condividendo l'approccio teorico alla base della tesi Nigriana sull'interesse legittimo, a colpire la compiutezza dell'elaborazione esposta furono i dubbi avanzati da alcuni studiosi.

Le perplessità avanzate al riguardo erano del seguente tenore: occorre verificare se, nella relazione intercorrente tra l'interesse materiale e la situazione giuridica soggettiva destinata a dargli voce, il ruolo rivestito dal bene della vita fosse realmente quello di oggetto (diretto) dell'interesse legittimo, o se, al contrario, non fosse più congruente con il contesto di diritto positivo, considerarlo elemento esterno alla situazione soggettiva, al quale l'interesse legittimo si collega in via strumentale<sup>63</sup>.

In ordine a questo quesito, autorevole voce in dottrina si convinse del fatto che due dati, emersi in seno alla tesi dell'interesse finale, inteso come oggetto proprio dell'interesse legittimo, fossero incompatibili con la configurazione della materia da quel canto proposta.

La circostanza che il bene della vita può essere soddisfatto o insoddisfatto soltanto attraverso il provvedimento amministrativo (e l'assetto di interessi -appunto, sostanziali- che esso realizza) e l'accento posto, tra gli strumenti di protezione dell'interesse privato, sulle facoltà di diritto sostanziale come mezzo cooperativo di influire sull'esito della scelta autoritativa, inducevano a ritenere che l'oggetto immediato dell'interesse dovesse essere individuato proprio nel provvedimento conclusivo della fase procedimentale. Come non si è trascurato di evidenziare, solo il comportamento dell'amministrazione, in quanto strumento indispensabile per la realizzazione per l'interesse effettivo, può essere idoneo oggetto di un interesse che avrà, a questo punto, una dimensione strumentale.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Tra gli esponenti dell'orientamento dottrinale da ultimo segnalato, che fa perno sul carattere strumentale dell'interesse legittimo, individuando nel comportamento dell'amministrazione il mezzo (e dunque l'oggetto della situazione soggettiva stessa) di soddisfazione dell'interesse effettivo, SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 113 e ss. che, partendo dall'idea che l'interesse legittimo sia una situazione soggettiva sostanziale-strumentale correlata ad un potere dell'amministrazione a contenuto precettivo, lo definisce come interesse alla disciplina favorevole dell'interesse finale, che si attua attraverso il comportamento del titolare del potere il quale, comportando la formazione o il mantenimento della disciplina favorevole all'attuazione dell'interesse finale, costituisce l'oggetto proprio dell'interesse legittimo; GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984, p. 192, il quale aderisce all'idea secondo cui l'interesse legittimo, al pari del potere, trova nel suo atto il costante punto di riferimento o, se si vuole, il suo preciso oggetto. Su posizioni simili, GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, p. 109 e ss., sulla base delle cui osservazioni si conclude che, quando un determinato assetto di rapporti (o di interessi) dipende dall'altrui attività giuridica, muta il punto di riferimento della disciplina normativa, che non avrà ad oggetto, in questi casi, il bene della vita in sé considerato, ma l'attività giuridica che quel bene consente di raggiungere; STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3 e ss., ove si pone in risalto che non è protetto un astratto e ipotetico interesse alla legittimità degli atti amministrativi, ma solo il concreto interesse sostanziale a che un certo assetto di interessi non sia turbato o, viceversa, riceva una nuova disciplina.

<sup>64</sup> GRECO, *Op. cit.*, p. 140, afferma che, poiché il mantenimento della posizione di vantaggio per gli interessi legittimi statici e l'acquisizione di detta posizione per gli interessi legittimi dinamici dipendono da una particolare manifestazione dell'attività provvedimentale della P.A., appare ovvio che il punto di riferimento della disciplina normativa, così come dell'interesse legittimo quale posizione sostanziale, non possa che essere l'attività provvedimentale della stessa amministrazione; SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 10.

L'utilità specifica verso la quale la situazione soggettiva in rassegna si indirizza è propriamente il comportamento dell'amministrazione ed è pertanto tale utilità (strumentale) l'oggetto proprio dell'interesse legittimo.

A conferma di quanto sostenuto militerebbe anche l'esito di un ulteriore raffronto con la categoria dei diritti soggettivi. Non pare si possa dubitare che l'indicazione come oggetto dell'interesse protetto del bene della vita alla cui conservazione o alla cui acquisizione il titolare dell'interesse stesso tende, equivarrebbe ad indicare come oggetto del diritto di credito il bene derivante dalla prestazione del debitore anziché la prestazione stessa<sup>65</sup>.

Il dato caratterizzante dell'interesse legittimo, allora, non sarebbe tanto il modo o le forme di tutela che esso riceve dalle norme positive, quanto soprattutto il suo oggetto, rispetto al quale la tipologia della sua protezione (capacità di influire sugli spazi di discrezionalità del provvedimento), non sarebbe che una logica conseguenza<sup>66</sup>.

Ma al di là delle contrapposizioni segnalate, tra le due opinioni da ultimo descritte, è probabilmente più agevole rinvenire dei punti su quali esse convergono, piuttosto che arrestarsi a valutare i punti nei quali il pensiero dei vari studiosi diverge.

A dispetto delle scelte terminologiche, comune ad entrambe è il meccanismo di realizzazione (indiretta, per mezzo della potestà pubblicistica) dell'interesse finale, la natura (sostanziale) di detto interesse e delle rispettive facoltà che da esso si irradiano, nonché le conclusioni teoriche cui entrambe le scuole sono addivenute in relazione ai mezzi di tutela di siffatta situazione giuridica soggettiva, tanto sul piano astratto, quanto su quello positivo.

Portando il discorso nella prospettiva che qui ci interessa, la svolta metodologica che le dottrine cd. sostanzialiste hanno impresso allo studio dell'interesse legittimo, è stata quella di rimuovere l'ostacolo ideologico che precludeva in radice ogni tentazione di allargare anche a questa situazione soggettiva (e all'interesse materiale che ne costituisce la base) la protezione risarcitoria.

Infatti, 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.

---

<sup>65</sup> SCOCA, *Op. ult. loc. cit.*

<sup>66</sup> SCOCA, *Op. ult. loc. cit.*

Da quanto fin qui detto, appare evidente come, in entrambe 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<sup>67</sup>.

Esemplare, in questo senso, fu lo sforzo di far penetrare il dibattito sulla risarcibilità dei danni derivanti da lesioni di posizioni giuridiche di vantaggio diverse dai diritti soggettivi, all'interno delle aule Parlamentari. In seno alla celebre Commissione Forti, deputata a redigere uno schema di legge generale sulla Pubblica Amministrazione, dopo

---

<sup>67</sup> Muovendosi in una prospettiva spiccatamente sostanzialistica, trattano il tema del risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi, GASPARRI, *Sulla risarcibilità dei danni subiti con la lesione di interessi legittimi*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 175 e ss. che, aderendo alla tesi dell'interesse legittimo inteso come situazione di vantaggio tutelata dall'ordinamento attraverso la sanzione dell'annullamento, ottenibile attraverso il ricorso gerarchico o il ricorso agli organi della giurisdizione amministrativa, conclude che tale tutela comporti anche un diritto di reazione inteso ad ottenere il risarcimento per equivalente; NICOLÒ - RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi ed i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 259 e ss., secondo i quali affinché si sia in presenza del presupposto necessario al giudizio di responsabilità, è sufficiente che la violazione abbia avuto come oggetto una qualsiasi situazione soggettiva rilevante; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 311 e ss., secondo il quale la rilevanza normativa attribuita agli interessi legittimi costituisce un sufficiente criterio di qualificazione del danno come ingiusto; ancora, SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, cit., p. 63, che puntualizza il suo pensiero precisando che il potere di ricorrere alla giustizia amministrativa non esaurisce la tutela (e, dunque, la funzione) dell'interesse legittimo, bensì rappresenta soltanto la proiezione sul piano processuale di situazioni già di per sé rilevanti, secondo la connessione che tipicamente s'instaura tra la tutela di ordine sostanziale degli interessi e quella processuale degli stessi; GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 511, secondo cui il problema della risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi sorgeva come irrefrenabile esigenza di giustizia e seguire ad eludere la questione faceva dell'interesse privato rilevante nel diritto amministrativo "uno zoppo", poiché monco della tutela risarcitoria. Contrario ad ammetterne la risarcibilità, pur partendo da una concezione dell'interesse legittimo di natura sostanziale, che mira alla realizzazione di interessi propri del titolare, CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, Milano, 1963, p. 64 e ss. il quale reputa che, nell'ipotesi in questione, l'interesse sostanziale dell'individuo sarebbe tutelato, per una precisa scelta dell'ordinamento, solo mediante rimedi formali, sicché la protezione si ha per attuata attribuendo al ricorrente vittorioso non una garanzia di risultato in concreto, bensì una garanzia di risultato solo presuntivamente vantaggioso.



ampie discussioni, fu deciso di includere, in quello stesso progetto, una norma assolutamente dirompente rispetto alla tradizionale concezione dell'illecito, svincolata dallo storico rapporto di disuguaglianza naturale tra privati e Stato investito dell'esercizio di un potere e destinata a razionalizzare la regola della *legibus soluta potestas*<sup>68</sup>.

L'art. 68 dello schema di legge, con formulazione aspecifica e volutamente ampia, recitava che "La pubblica amministrazione è responsabile dei danni causati ad altri soggetti con la propria attività, quando questa risulti contraria alle leggi ed alle altre norme giuridiche in genere." Appariva chiaro l'intento garantista di non restringere l'area del pregiudizio risarcibile agli atti illegittimi della p.a. che avessero per effetto quello di compromettere gli interessi privati costituiti in diritti soggettivi.<sup>69</sup>

Ma il progetto di positivizzare in modo compiuto il regime di tutela dell'interesse legittimo, in linea i risultati raggiunti dalla ricerca scientifica condotta sul tema, fu destinato all'insuccesso<sup>70</sup>. Così come il desiderio di avviare un processo di modernizzazione delle idee che, senza modificazioni del sistema normativo vigente, portasse alla definitiva caduta del diaframma che impediva la totale apertura verso la nuova strada del perfezionamento di tutela.

Né maggior spinta, verso un modello di amministrazione responsabile, avrebbe dato la successiva approvazione della legge n. 241 del 1990, nata dalle ceneri di quell'ambizioso e sfortunato progetto riformatore, che pur aveva profondamente trasformato in senso democratico - partecipativo, il rapporto tra amministrazione e amministrati, generalizzando, in capo ai portatori di interessi protetti, la previsione di facoltà partecipative e collaborative in aggiunta a quelle di reazione (diritto di agire in giudizio per far dichiarare illegittimo l'atto lesivo) già prevista dalla legge Tar e, ancor prima, dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Sulla radicata convinzione che l'amministrazione debba rimanere in una situazione di privilegio, NIGRO, *Introduzione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1672, che, in senso critico, parla di concezione metafisica dell'autorità.

<sup>69</sup> Il testo della norma e brevi considerazioni della stessa sono reperibili in MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, cit., che riporta anche il commento del relatore dello schema (Zanobini), il quale sottolinea la scelta operata, dai redattori della norma, di non far menzione, nel corpo del testo, del concetto di "violazione di diritti subiettivi", essendo sembrato più equo di non dover restringere a quelli la sfera di applicabilità della disposizione medesima. Cfr. anche, ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 234 e ss.; MONTESANO, *Osservazioni*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 256 e ss.

<sup>70</sup> Le preoccupazioni per gli effetti deleteri che una norma così formulata avrebbe potuto avere sulla salvaguardia e cura degli interessi collettivi e le prevalenti esigenze di integrità del bilancio statale, portano alla soppressione della norma che non fu riprodotta nei disegni successivi.

<sup>71</sup> CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesioni di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, cit., p. 1158. Sulla profonda trasformazione della pubblica amministrazione e i cambiamenti dei suoi rapporti coi cittadini che hanno

Quell'ingenua esigenza di giustizia seguitava a trovare ostacoli tra le stesse fila di studiosi del diritto pubblico, mossi da prospettive e concezioni che si rifacevano ad un'antica tradizione, e nella giurisprudenza largamente maggioritaria, che imbavagliava le correnti riformiste con l'autorità di chi ha il controllo sull'interpretazione delle fonti.

Eppure il quadro complessivo che si veniva delineando era stato inteso, da più parti, come la consacrazione, da parte del legislatore, di una configurazione dell'interesse legittimo in chiave sostanzialistica, dal che sarebbe dovuto conseguire, secondo i canoni della logica giuridica, il superamento di quel diaframma che non aveva consentito fino a quel momento l'accesso del privato alla tutela risarcitoria.

Quest'ultima tesi, fatta propria anche dalla giurisprudenza amministrativa, avrebbe dovuto condurre, come suo corollario, ad ammetterne la risarcibilità, in caso di lesione<sup>72</sup>. 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.<sup>73</sup>

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.

Ripercorrendo il dibattito sollevato dalla ribalta delle tesi cd. sostanzialiste, il dato che sorprende è come la conquista della dottrina moderna, riuscita ad accreditare l'interesse legittimo tra le situazioni soggettive di rango sostanziale (e, pertanto, astrattamente idoneo a dar luogo ad un pregiudizio economico che non poteva che essere qualificato come ingiusto) sia stato, nell'economia della vicenda, più che un traguardo, l'ineludibile premessa concettuale per aprire un confronto sul punto.

---

determinato l'affermarsi, nel nostro ordinamento, della responsabilità dei soggetti pubblici come principio di civiltà giuridica, NIGRO, *Introduzione*, cit., p. 1671 e ss.; BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

<sup>72</sup> Sul riconoscimento della consistenza sostanziale dell'interesse legittimo da parte della giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, Cons. St., 5 settembre 1990, n. 630, in *Cons. St.*, 1990, I, p. 1062; Cons. St., Sez., 27 settembre 1991, n. 732, *ivi*, 1991, I, p. 1311; Cons. St., 18 gennaio 1993, n. 110, *ivi*, 1993, I, p. 57; Cons. St., 19 gennaio 1995, n. 40, *ivi*, 1995, I, p. 77.

<sup>73</sup> Sui dubbi di costituzionalità sollevati con riguardo all'art. 2043, c.c., nella parte in cui questo esclude la risarcibilità degli interessi legittimi, in relazione agli artt. 3, 24 e 113 Cost., si veda MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, in *Danno e Resp.*, 1997, p. 554; SALVI, *Aspettative edificatorie e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 822.

La difficoltà incontrata *funditus* nell'ammettere la responsabilità civile dell'amministrazione-autorità ebbe inizialmente le sembianze di un problema di giurisdizione. Complice la graduale erosione delle attribuzioni del giudice ordinario a seguito dell'istituzione di un giudice amministrativo, non sorprende che le prime pronunce ad affrontare l'argomento fossero sentenze processuali e non di merito<sup>74</sup>.

L'ordine problematico immediatamente avvertito dai teorici dell'epoca fu quello di non riuscire agilmente ad individuare un giudice competente a sindacare su un eventuale contenzioso nella nuova materia. La lesione degli interessi, infatti, in forza del criterio della *causa petendi*, avrebbe dovuto provocare l'intervento del giudice amministrativo, ma a questi mancavano i necessari poteri di condanna per attuare e dare concretezza alle istanze risarcitorie avanzate. D'altro canto, la richiesta di risarcimento del danno procurato da una scorretta gestione della potestà pubblica, avrebbe costituito il tipico *petitum* per un processo ordinario, se non fosse che il giudice civile, vigenti gli artt. 2 e 4, L.A.C., non avrebbe mai potuto sindacare sulle questioni inerenti l'interesse legittimo.

Invero, fu soprattutto la giurisprudenza (non senza il favore di qualche autore di dottrina) a sollevare l'obiezione che, accogliendo la tesi della risarcibilità, sarebbe stato scardinato il sistema della dualità di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Questa preoccupazione era particolarmente avvertita nell'ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto amministrativo non fosse stata previamente dichiarata dal giudice naturale degli interessi. Al riguardo fu osservato che la norma fondamentale attributiva della competenza del giudice ordinario, contemplava al suo interno solo i casi in cui l'atto amministrativo finiva col compromettere un diritto soggettivo, di talché, se il giudice civile avesse esteso il suo ambito di cognizione anche ai danni provocati da un atto lesivo di interesse legittimo, avrebbe ecceduto il perimetro della sua giurisdizione<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. SATTÀ, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, p. 1370, secondo cui, nella giurisprudenza di allora, la questione di merito era superata ed assorbita dalla questione di giurisdizione, che rendeva dunque a priori irrisarcibili le molte situazioni di danno recate dalla P.A. con i suoi atti. Inoltre, BARUCCHI, *La creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989, p. 1859; nonché in generale REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981, p. 27. Rileva CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesioni di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, *cit.*, che, al di là delle motivazioni di volta in volta adottate, la *ratio* di fondo del tradizionale orientamento pretorio era identificabile nel timore che l'apertura di un effettivo varco alla tutelabilità aquiliana degli interessi legittimi refluisse nello sgretolamento del sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, imperniato sulla natura della posizione soggettiva dedotta. Si temeva che la devoluzione al g.o. del compito di sussumere nelle coordinate di cui all'art. 2043 c.c. la lesione dell'interesse legittimo lamentata dal privato avrebbe condotto ad un'*interpretatio abrogans* dell'assetto normativo vigente che identifica nel g.a. il giudice unico dell'interesse legittimo.

<sup>75</sup> In questo senso, App. Firenze, 16 maggio 1960, in *Foro. It.*, Rep. 1960, voce *Competenza civ.*, nn. 55, 56; GALLO, *L'eventuale concorso della responsabilità della pubblica Amministrazione con quella dei propri dipendenti autori del fatto dannoso*, in *Riv. Amm.*, 1956, p. 85 - 86. Per l'impostazione pretoria tradizionale secondo la quale, a fronte di una richiesta risarcitoria originata da una lesione dell'interesse legittimo, il giudice ordinario, in quanto istituzionalmente deputato alla cognizione di sole posizioni di diritto soggettivo, doveva dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, *ex plurimis*, Cass., sez. unite, 26 aprile 1994, n. 3963, in *Foro*

E a falsificare questo assunto non sarebbe valso far leva sulla natura della situazione soggettiva prodotta come conseguenza della lesione dell'interesse protetto. Si era infatti tentato di replicare che, se si fosse ammesso l'obbligo del risarcimento dei danni causati dall'attività provvedimentale dell'amministrazione, la lesione del non diritto, avrebbe fatto nascere una situazione giuridica nuova, un vero e proprio diritto soggettivo del danneggiato al risarcimento, in grado di radicare la competenza del giudice civile chiamato ad accertarlo, senza violare il principio che regola la divisione del contenzioso con la P.A.<sup>76</sup>

Ma si addusse in contrario che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, quando oggetto del giudizio fosse propriamente l'obbligo di risarcire il danno da quello prodotto, non aveva giammai carattere incidentale, bensì principale, facendo parte anche quell'elemento dello stesso oggetto del giudizio. Quest'ultimo, infatti, non già si esaurirebbe nel solo diritto al risarcimento del danno, ma comprenderebbe, vieppiù, l'insieme dei fatti costitutivi di quel diritto, in assenza dei quali, non sarebbe possibile determinare né il suo fondamento, né la sua estensione.

Dalla stretta correlazione tra i due elementi del giudizio discenderebbe, dunque, che il giudice dei diritti intanto può conoscere delle pretese risarcitorie innanzi a lui avanzate, se e nella misura in cui i fatti costitutivi del diritto fatto valere appartengono in blocco alla sua competenza. Ciò spiega perché, ove elemento dell'illecito fosse stato l'illegittimità dell'atto amministrativo, ogni soluzione discorde avrebbe aperto un *vulnus* nella riserva di competenze del giudice amministrativo<sup>77</sup>.

In questo senso spingevano non solo considerazioni di ordine generale, ma anche il dato positivo. Un esempio di ciò è, in pari tempo, una conferma del principio menzionato,

---

*it.*, 1994, I, 2712, a cui dire «la non riparabilità del pregiudizio patrimoniale per il titolare di interesse legittimo, conseguente all'uso illegittimo del potere da parte della p.a., comporta la non reiezione nel merito della domanda risarcitoria, ma la sua improponibilità per difetto di giurisdizione». Per la netta presa di posizione secondo cui nel nostro ordinamento positivo-costituzionale il giudice ordinario non possa mai conoscere di interessi legittimi (di diritto pubblico), Cons. St., Ad. Gen., 31 agosto 1992, n. 146, parere sul decreto legislativo n. 29 del 1993, riportato in CLARICH - IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994, p. 444 e ss. Sull'argomento, TRAVAGLINO, *Riparto di giurisdizione tra a.g.o. e g.a. e criteri di individuazione del giudice competente* in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1047 e ss.

<sup>76</sup> Aderiscono a questa prospettiva, SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, loc. ult. cit.; NICOLÒ - RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi ed i principi della responsabilità civile*, loc. ult. cit.; SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., p. 58 e 59. Questa tesi sposa le dottrine civilistiche secondo cui l'interesse legittimo, nella domanda risarcitoria, non verrebbe in discussione come tale, ma opererebbe soltanto ai fini della qualificazione della fattispecie dell'illecito civile, ossia come strumento di affermazione dell'ingiustizia del danno, mentre la situazione fatta valere davanti al giudice ordinario è e rimarrebbe di diritto soggettivo, direttamente contemplata come tale dall'art. 2043, c.c. Il vantaggio non secondario della soluzione segnalata, peraltro, risiedeva nel fatto che avrebbe consentito al danneggiato di rivolgersi, alternativamente o cumulativamente, ad entrambe le giurisdizioni, senza instaurare tra le due un rapporto di pregiudizialità.

<sup>77</sup> MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, cit., p. 34.

era offerta dall'art. 30 del T.U. sul Consiglio di Stato che, occupandosi del risarcimento del danno consequenziale alla pronuncia di legittimità del provvedimento impugnato, ne devolveva la cognizione al giudice dei diritti. Alla disposizione in parola, cioè, veniva attribuito un significato più esteso ed esorbitante i limiti testuali previsti, facendone, per tale via, un baluardo di protezione che impedisse non solo al giudice amministrativo di conoscere di eventuali pretese risarcitorie connesse all'annullamento, ma anche al giudice ordinario, richiesto di pronunciarsi sul risarcimento, di decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo produttivo di danno<sup>78</sup>.

Per questi motivi, si comprese come l'unico accomodamento in grado di superare questa difficoltà, senza essere eversivo del sistema di leggi in materia, fosse quello di dar luogo necessariamente ad una scissione del giudizio. Incardinando primariamente la controversia innanzi al giudice amministrativo, affinché giudicasse della legittimità dell'atto, diveniva lecito, a seguito della sua pronuncia, consentire al ricorrente vittorioso di adire il giudice ordinario ed ottenere in quella sede, se del caso, una declaratoria di responsabilità per danni cagionati dalla P.A.<sup>79</sup>

Se il merito indiscusso di questa soluzione fu quello di affrontare e risolvere -almeno idealmente- l'ostacolo di diritto processuale, vivamente avvertito anche in dottrina, che si frapponeva tra l'interesse legittimo e la tutela risarcitoria, i limiti dell'impostazione narrata apparvero oltremodo manifesti.

Innanzitutto, l'opzione prospettata ometteva di tenere conto di tutte le ipotesi in cui, nella controversia insorta, si faceva questione di un diritto in attesa di espansione. In qual caso l'interesse legittimo sottostante sarebbe rimasto tale, anche a seguito dell'accertata illegittimità del provvedimento causativo della lesione, da parte del giudice amministrativo<sup>80</sup>; in più, obbligare il ricorrente ad attendere la rimozione del

---

<sup>78</sup> MIELE, *ult. op. loc. cit.*

<sup>79</sup> Aderiscono alla tesi del doppio binario come modulo in grado di superare l'ostacolo rappresentato dal sistema normativo di riparto della giurisdizione, MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, cit., p. 33; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, cit., p. 68; SANDULLI, *Lesione di interessi legittimi e obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim.*, 1963, p. 1288. Contesta l'ammissibilità della doppia tutela, in quanto urterebbe contro il criterio costituzionale di ripartizione delle competenze che, con gli artt. 24, 103 e 113, Cost. avrebbe inteso sanzionare il principio di separatezza della tutela, FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, in *Foro It.*, IV, 1963, p. 105 e 106.

<sup>80</sup> Il che rendeva difficilmente compatibile, con i criteri di riparto della giurisdizione, sostenere la competenza del giudice civile su quello che era rimasto, a seguito dell'annullamento, un semplice interesse legittimo. Specialmente alla luce forti resistenze che, nell'opinione largamente dominante, si incontravano ad ammettere la configurabilità del danno ingiusto, con riguardo alla lesione di situazioni diverse dai diritti cd. affievoliti. A superamento dell'obiezione eccepita si affermò, in alcuni contributi scientifici, che l'interesse legittimo, anche quello pretensivo, a seguito del giudicato del giudice amministrativo, fosse comunque inglobato in un diritto soggettivo. Più precisamente, in capo al cittadino, in qualsivoglia modo si classifichi la situazione di interesse fatta valere innanzi agli organi della giustizia amministrativa, andrebbe riconosciuto un diritto soggettivo all'ottemperanza del giudicato

provvedimento invalido senza poter adire celermente il giudice ordinario, si sarebbe risolto in un eccessivo aggravio di tempi, tanto da poter persino dubitare dell'effettiva utilità pratica di una giurisdizione aggiuntiva.

Per questo motivo si affiancò, a quella della doppia tutela, una seconda prospettiva ricostruttiva, assai innovativa per l'epoca, alla stregua della quale, *de iure condito*, veniva assegnato il compito di risarcire l'interesse legittimo al suo giudice "naturale", ovvero il giudice amministrativo.

Secondo i suoi ideatori, in particolare, l'interesse legittimo doveva essere risarcito dal giudice dell'ottemperanza, poiché, assodato il sistema dualistico di giurisdizione, tale risarcimento poteva essere concesso solo *sub specie* di ulteriore tutela rispetto alla rimozione dell'atto.

Ove l'annullamento giurisdizionale avesse lasciato in vita effetti materialmente e giuridicamente impossibili da rimuovere, sarebbe stato impossibile all'organo giudicante, in sede di legittimità, restaurare completamente la situazione di chi fosse stato vittima di un provvedimento illegittimo. Il giudice dell'ottemperanza, per converso, dotato di tutti i poteri indispensabili a dare giustizia al ricorrente vittorioso, sarebbe stato in condizione di concedere, ove non fosse stata possibile una completa riduzione in pristino, il risarcimento del danno<sup>81</sup>.

A dispetto degli sforzi profusi, pur nelle diverse e spesso opposte direzioni, alla ricerca di un giudice -quello del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo- che nella concezione originaria del sistema giustizia non era neppure stato concepito<sup>82</sup>, le diverse operazioni ermeneutiche condotte, si trovavano necessariamente a convergere su un punto. Quale che fosse il plesso giurisdizionale indicato come competente, al fine di

---

amministrativo che, se rimasto inattuato a cagione di un comportamento inadempiente dell'amministrazione interessata, avrebbe legittimato il ricorso alla tutela risarcitoria davanti al g.o. A questa impostazione si richiamano, GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio d'ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, II, p. 2618 e ss.; che riprende le affermazioni di SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 299.

<sup>81</sup> Cfr. FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 185 e ss.; SANTORO, *L'esecuzione del giudicato e il problema del risarcimento del danno*, in *Dir. proc. Amm.*, 1993, p. 451 e ss. Simile negli effetti ma differente nei presupposti la tesi di CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, p. 464 e ss., che proponeva di riconoscere la giurisdizione in materia al giudice amministrativo, quale generale tutore degli interessi legittimi, in virtù della norma comunitaria (art. 5 del Trattato) che impone al giudice nazionale, fornito di giurisdizione, di accordare il risarcimento al soggetto danneggiato in situazioni giuridiche protette da norme sovra-nazionali. Soluzione questa, che si estenderebbe poi all'intera gamma degli interessi legittimi, anche non tutelati dalle norme comunitaria, in virtù dell'art. 3 Cost.

<sup>82</sup> Sul punto, CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996, p. 59, ove si afferma che il nostro ordinamento non contemplava un giudice munito di poteri di cognizione e decisione appropriati per riconoscere l'illecito da attività provvedimentale e condannare l'amministrazione.

consentire un accesso diretto degli amministrati alla tutela risarcitoria, non si poteva prescindere dal ricostruire la vicenda in termini di diritto soggettivo<sup>83</sup>.

4. Ciò in quanto, le discussioni in tema di giurisdizione dovevano fare i conti con una giurisprudenza «pietrificata»<sup>84</sup>, fino alla metà del secolo scorso, nell'ammettere al beneficio del rimedio aquiliano esclusivamente i diritti soggettivi.

La supposizione di un nesso ineludibile tra violazione di diritti e responsabilità civile costituiva (ed ha costituito fino a tempi recenti) un caposaldo della maggior parte delle sentenze<sup>85</sup>.

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.

La scelta del termine, volutamente ampio e detassativizzato, rispondeva proprio all'esigenza, da un lato, di inserire un filtro che limitasse l'area del danno risarcibile, dall'altro, di lasciare un ampio margine di discrezionalità alla giurisprudenza nello stabilire la lesione di quali interessi della vita di relazione, venuti in rilievo via via nel tempo e con l'evoluzione della società, dovesse condurre alla sanzione civile della riparazione del danno.

Un simile risultato è frutto di un'acquisizione graduale della sensibilità giuridica moderna che eredita da una lunghissima tradizione una dimensione preconcreta dell'istituto dell'illecito, e lo filtra attraverso la progressiva revisione della tematica

---

<sup>83</sup> Cfr. le riflessioni di CARIOTA FERRARA, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 442 e di IACCARINO, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 386, ove si sottolinea che si tratta di posizioni tese a risolvere la problematica superando l'ostacolo rappresentato dall'interesse legittimo: il risarcimento dei danni viene riferito a fattispecie complesse in cui rileva il comportamento della P.A. ovvero la lesione di un diritto soggettivo, frutto della situazione processuale (inottemperanza al giudicato) o elevazione dell'originario interesse legittimo.

<sup>84</sup> La celebre affermazione è di NIGRO, *Introduzione*, cit., p. 1671.

<sup>85</sup> Le ragioni di tanta chiusura nei confronti del tema sono l'impossibilità di collegare alla lesione di interessi legittimi quel pregiudizio patrimoniale che tipicamente consegue alla violazione del diritto soggettivo. Il rilievo è contenuto in CATURANI, *Inapplicabilità agli interessi legittimi dei principi di risarcimento del danno*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 68; GARRI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975, p. 36; FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, cit., 82 e ss., che, tra le altre obiezioni, fonda la sua tesi negatrice sulla circostanza che l'interesse legittimo non può mai dar luogo ad un danno risarcibile, in quanto il solo danno ammesso ad essere risarcito è quello che si trovi in rapporto di consequenzialità immediata e diretta con l'atto lesivo mentre, il preteso danno subito dal privato non può che essere indiretto, essendo l'interesse del privato un riflesso dell'interesse generale alla cui cura è deputata la norma giuridica violata. Critico al riguardo, SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, cit., p. 67, che accusa la tesi avversata di confondere il profilo della rilevanza giuridica dell'interesse leso e quello del rapporto di causalità tra l'azione (o situazione) dalla legge tipizzata ai fini della responsabilità e l'evento dannoso.

dell'ingiustizia del danno. Sotto l'impero del codice abrogato, infatti, la formula era intesa in senso precipuamente limitativo, come strumentale a comprendere, nella disciplina aquiliana, solo le ipotesi più gravi di lesione dell'altrui sfera giuridica, quelle, cioè, in cui venivano compromessi gli interessi su cui si fondavano i valori economici dell'epoca<sup>86</sup>.

Sebbene la norma abrogata non abbinasse alla nozione di "danno" l'aggettivo "ingiusto", i commentatori del secolo scorso, nell'analizzare gli elementi costitutivi della fattispecie normativamente fissata, ritenevano unanimi che l'elemento caratterizzante del fatto illecito fosse la lesione di un diritto soggettivo assoluto<sup>87</sup>. Nel rinnovato quadro politico in cui vide la luce il codice civile attualmente in vigore, sulla scorta di un simile retroterra culturale, non sorprende che le prime posizioni della giurisprudenza sull'argomento "danno ingiusto" fossero tutt'altro che flessibili.

Al fine di dimostrare una linea di continuità con il passato e dare fattiva attuazione allo spirito della novella, 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<sup>88</sup>. Ma non di ogni diritto, poiché da tale novero rimanevano esclusi quelle situazioni di vantaggio che non fossero in grado, per forza propria, di realizzare direttamente l'interesse materiale (risolvendosi in un credito alla prestazione di un soggetto) e che, come tali, potessero risentire di una violazione del bene-interesse solo ad opera dell'obbligato<sup>89</sup>. Anzi, il collegamento con l'art. 1218, c.c., non era che una conferma positiva di tale assunto, in quanto portava a polarizzare la responsabilità civile in due distinti centri di afferenza, la responsabilità extracontrattuale, a tutela dei diritti assoluti, e quella contrattuale, specifica per le lesioni dei diritti relativi<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 94. Su come il retaggio delle convinzioni giusnaturalistiche, l'affermazione dei principi dello Stato liberale e l'influenza delle dottrine economiche del "lasciar fare" abbiano contribuito ad intendere la clausola di responsabilità contenuta nell'art. 1151 del Codice del Regno d'Italia quale strumento sussidiario rispetto alle norme poste a protezione della proprietà e dei diritti reali, ALPA - BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1983, p. 72.

<sup>87</sup> L'art. 1151, codice civile del 1865, nell'utilizzare la nozione di "danno" *sic et simpliciter*, decretava, almeno in linea teorica, la risarcibilità di qualsiasi interesse, anche di mero fatto, la cui lesione fosse produttiva, per il titolare, di un pregiudizio di natura economica. In questo senso, DE FRANCISCO, *Il giudice amministrativo ... dispone ... il risarcimento del danno ingiusto*, in *Urb. e app.*, 1998, p. 608. Per un approfondimento sull'argomento, ROTONDI, *Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. Dir. comm.*, 1917, I, p. 236 e ss. Per l'applicabilità circoscritta ai diritti assoluti, *ex multis*, FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano e italiano*, Napoli, 1882; MAZZONI - PACIFICI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Libro III, parte III, Firenze, 1873, p. 160; CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1908, p. 3 e ss.; CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, p. 14 e ss.

<sup>88</sup> VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987, p. 177 e ss.

<sup>89</sup> Per tutti, VISINTINI, *Op. ult. cit.*, p. 180.

<sup>90</sup> DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro IV, *Delle Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1971; DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, p. 66 e ss.



La volontà di rimanere fedele alla concezione storica dell'ingiustizia del danno necessitava di un'applicazione delle norme sull'illecito civile in grado di porre un argine al rischio di proliferazione incontrollata degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria, tanto da spingere la giurisprudenza tradizionale ad arroccarsi, fino agli inizi degli anni '70, su posizioni oltranziste volte ad escludere ogni possibilità di radicare, in base all'art. 2043, c.c., ipotesi di pregiudizio risarcibile che non trovasse un suo referente ultimo nella lesione di diritti assoluti.

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 scontrata con una pubblica potestà allo stadio di interesse legittimo), comportò, nel campo dell'attività disciplinata dalle norme di azione, ad una sostanziale irresponsabilità per il suo operato<sup>91</sup>. Una stato di immunità dal diritto comune che si allontanava progressivamente e col tempo dal senso di equità percepito dalla comunità degli amministrati.

È stato efficacemente rilevato che, di fronte alla sostanziale iniquità delle conseguenze cui conduceva questa posizione di assoluta chiusura, la giurisprudenza, pur senza operare strappi evidenti alla tradizionale concezione soggettiva dell'illecito aquiliano (salvaguardando cioè il principio secondo cui l'unico danno ingiusto, risarcibile in quanto tale, è quello derivante dalla lesione del diritto soggettivo), intese adeguare i propri orientamenti alle istanze di giustizia provenienti con sempre maggior insistenza dalla collettività.

Per tale via, al fine di risolvere positivamente il problema della risarcibilità dei danni provocati dall'azione amministrativa, si attivò un processo di rimeditazione di alcune ipotesi esemplificative di rapporto amministrativo, in cui si erano qualificate le situazioni soggettive

---

<sup>91</sup> In proposito, all'interno del *genus* degli interessi legittimi, si soleva distinguere tra due ipotesi principali. I diritti affievoliti, così denominati poiché degradati al rango di interesse legittimo dalla forza autoritativa del provvedimento e i diritti in attesa di espansione che, di contro, avevano nel provvedimento amministrativo la loro fonte. Nel primo caso, una volta rimossa dall'ordinamento giuridico, con efficacia *ex tunc*, la causa di compressione del diritto, veniva meno l'ostacolo alla risarcibilità del danno per il periodo di protrazione dell'interferenza illecita. Grazie all'efficacia retroattiva, il diritto indebolito si riespandeva e la limitazione operata dall'amministrazione degradava al ruolo di comportamento *non iure* e *contra ius*. Il risarcimento, pertanto, derivava non già dalla lesione di un interesse, bensì del diritto soggettivo oggetto dell'atto. Nel caso inverso, invece, era opinione comune che, una volta rimosso l'atto illegittimo, l'unica pretesa che il privato poteva avanzare era la riedizione del potere, emendato dal vizio che lo inficiava. Pertanto, una volta rinnovato il procedimento, delle due l'una, o si riconosceva la spettanza del diritto, e solo da quel momento in poi l'interesse del privato diveniva meritevole di tutela risarcitoria (non prima), o il procedimento si concludeva nuovamente con esito negativo. In tal caso, l'interesse vantato dal privato veniva accertato, questa volta in modo legittimo, come interesse di mero fatto, il che precludeva in radice la possibilità di configurare un danno risarcibile, per quanto la pubblica amministrazione avesse operato in spregio delle norme regolative della sua azione.

sorte in capo al privato come interessi legittimi, interpretando le stesse come veri e propri diritti soggettivi<sup>92</sup>.

Figli di questa “conversione” furono i successivi orientamenti giurisprudenziali inclini ad ammettere la tutela risarcitoria per i diritti soggettivi cd. originari, ovvero quei diritti nati perfetti e tuttavia suscettibili di riduzione o estinzione da parte di provvedimenti amministrativi ablatori, risultati illegittimi ed annullati dal giudice amministrativo.

La copertura teorica per questa tipologia di decisioni risiedeva nella innata duttilità del diritto soggettivo, capace di comprimersi e riespandersi a seconda delle vicende che lo interessavano, combinata con l'efficacia *ex tunc* delle pronunce giurisdizionali di annullamento. La rimozione dall'ordinamento dell'atto amministrativo che opprime illegittimamente un diritto pieno, eliminando retroattivamente la causa di compressione del diritto oggetto dell'atto intrusivo, ne consentirebbe la riespansione, permettendo al giudice civile di riqualificare la vicenda complessiva come comportamento dell'amministrazione, *non iure* e lesivo dell'originario diritto e, in presenza dei residui elementi dell'illecito, di condannare la stessa P.A. a risarcire il danno patito dal privato per il periodo in cui si era prodotta l'indebita limitazione della sua situazione soggettiva<sup>93</sup>.

All'idea originaria della risarcibilità dei danni derivati dall'illegittima adozione di provvedimenti ablatori e limitativi dell'altrui sfera giuridica, la giurisprudenza ne affiancò una seconda, questa volta relativa ai danni procurati da provvedimenti amministrativi di secondo grado, aventi ad oggetto la rimozione di precedenti provvedimenti ampliativi, allorché dai provvedimenti illegittimamente ritirati fossero sorti per il destinatario diritti soggettivi<sup>94</sup>.

Anche a proposito di questa seconda area, caratterizzata dalla compromissione di situazioni soggettive non originariamente sorte con la fisionomia del diritto soggettivo, ma divenute tali per effetto di provvedimenti favorevoli, ampliativi della sfera giuridica privata (cd. diritti derivati), la risarcibilità fu pur sempre posta in diretto e necessitato contatto con

<sup>92</sup> BILE, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda*, cit., p. 1684 - 1685.

<sup>93</sup> CASSETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, 1997, p. 218.

<sup>94</sup> Per tutte, Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5145, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1810; Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1979, n. 5146, *ibidem*, p. 1810, nonché in *Foro it.*, 1979, I, p. 2580, che riguardano ipotesi di ritiro illegittimo di provvedimenti ampliativi a discrezionalità negativa o semplice, in materia di annullamento illegittimo della revoca di un'autorizzazione all'esercizio del commercio di vendita al pubblico; Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1982, n. 5027, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2433, relativa all'illegittimo ritiro di una licenza di esercizio; Cass., Sez. Un., 6 aprile 1983, n. 2443, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2498, concernente l'ipotesi di illegittima sospensione di attività economica già autorizzata; Cass., Sez. Un. 3 febbraio 1986, n. 652, in *Foro it.*, 1986, I, p. 1909, che ha riconosciuto il diritto al risarcimento nel caso di illegittima dichiarazione di decadenza della titolarità di una farmacia.

la lesione di un diritto soggettivo, ancorché derivato dall'adozione di un precedente atto del potere<sup>95</sup>.

Come nel caso di diritti originari, la tutela risarcitoria era ammessa, secondo l'indirizzo in esame, perché, dopo la caducazione dell'atto amministrativo affievolente (espressione dell'esercizio della potestà di autotutela, in grado di riportare il diritto soggettivo allo stadio di interesse legittimo), si assisteva al ripristino retroattivo del preesistente diritto indebitamente sacrificato, consentendo così di ritenere che l'ingiusto danno realizzato avesse ad oggetto non l'interesse al mantenimento in vita del provvedimento accrescitivo, bensì il diritto stesso, come se non fosse mai venuto meno<sup>96</sup>.

Sulla base di tale ordine di argomentazioni, ad esempio, la Cassazione intervenne a modificare il proprio precedente indirizzo nel campo dell'edilizia, con riferimento ad una fattispecie del tutto peculiare. A seguito della svolta interpretativa intervenuta in altri settori, i giudici di legittimità riconobbero la tutela risarcitoria del danno arrecato al titolare di un terreno edificabile, nel caso in cui il giudice amministrativo avesse riconosciuto illegittimo (e conseguentemente annullato) il provvedimento di revoca o annullamento della concessione edilizia già rilasciata, e ciò a prescindere dalla circostanza che fosse stato dato inizio o meno alla costruzione autorizzata<sup>97</sup>.

Ma fuori dall'ipotesi citata, con riguardo alle altre manifestazioni dell'attività amministrativa, specialmente nella stessa materia edilizia, l'atteggiamento della giurisprudenza rimaneva di sostanziale chiusura. Persino quando -come nell'ipotesi opposta a quella sopra illustrata (affievolimento del diritto)-, pur sussistendo una stretta connessione tra l'interesse e un diritto soggettivo (c.d. in attesa di espansione), quest'ultimo non fosse esercitabile, in mancanza dell'atto ampliativo della pubblica amministrazione.

<sup>95</sup> FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 19.

<sup>96</sup> SANDULLI, *In tema di provvedimenti comunali in materia edilizia e risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 103; GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 1997, p. 254; CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001, p. 7 - 8; SCODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1994, I, p. 1856. Per VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, cit., p. 113, in questi casi vi è danno risarcibile allorché gli atti di ritiro incidano su provvedimenti della pubblica amministrazione costitutivi di diritti dei privati (concessioni).

<sup>97</sup> Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1982, n. 5028, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1663, con nota di ROSELLI, *Recenti mutamenti legislativi e giurisprudenziali in materia di «ius aedificandi»*, nonché in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2930 e ss., con nota di NICOLINI, *Annullamento di licenza edilizia e risarcimento del danno*, e in *Foro it.*, 1982, I, p. 2433 e ss. con nota di BARONE; Cass., Sez. Un., n. 3541 del 12 giugno 1982, in *Cons. St.*, 1982, II, p. 1217; Cass., 11 marzo 1992, n. 2957, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 534; Cass., 25 settembre 1998, n. 9588, in *Danno e Resp.*, 1999, p. 542 con nota di PARISIO, *Concessione edilizia illegittima: responsabilità del sindaco e risarcimento dei danni*; Cass., 14 maggio 1998, n. 4854, in *Foro it.*, 1998, I, p. 2850, con nota di DI IASI, *Dalla disapplicazione alla inesigibilità della sentenza fondata su presupposti illegittimi (appunti in ordine ad un'ipotesi costituzionale di «disapplicazione residuale»)*. La regola era già presente in Cass., 30 marzo 1963, n. 800, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, p. 1103, con nota di GUICCIARDI, *Risarcibilità di interessi legittimi*.

L'ipotesi emblematica, a quest'ultimo riguardo, è senza dubbio costituita dalla c.d. aspettativa edificatoria, con riferimento alla quale la giurisprudenza ha ripetutamente sostenuto che il diniego della licenza o concessione edilizia, ancorché sia intervenuta una pronuncia del giudice amministrativo di accertamento della illegittimità del relativo comportamento, non consentiva al privato di proporre davanti al giudice ordinario azione di risarcimento del danno contro la P.A., non potendosi qualificare diritto soggettivo il mero interesse all'ottenimento del provvedimento abilitante<sup>98</sup>.

Immancabilmente, l'orientamento giurisprudenziale in questione, fu sottoposto ad un severo vaglio critico, potendosi legittimamente dubitare dell'effettiva consistenza teorica del ragionamento posto a fondamento della ricostruzione.

Ricorrere ad una sequenza complessa, che predichi l'esistenza di un interesse legittimo che, grazie al provvedimento autorizzatorio si trasforma in diritto soggettivo, salvo ritornare allo stadio primario a causa dell'atto di autotutela e, in ultimo, diventare definitivamente diritto affinché si schiuda per esso il rimedio risarcitorio, è parsa una superfetazione barocca<sup>99</sup>. Non solo; l'indirizzo in parola avrebbe artificiosamente fatto ricorso ad una riclassificazione, come diritti soggettivi, di posizioni in passato qualificate come di interesse legittimo dalla stessa giurisprudenza<sup>100</sup>.

Parimenti, si è dubitato della consonanza con il principio di uguaglianza di un apparato di regole che, attraverso l'utilizzo di una *fiction iuris*, conduceva a negare il risarcimento di un diritto in attesa di espansione e ad ammetterlo in caso di diritto affievolito<sup>101</sup>. In entrambi i casi, infatti, era dato ravvisare un identico collegamento del provvedimento amministrativo con la sfera privata, tale da rendere predicabile la

---

<sup>98</sup> Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1982, n. 5027, *cit.*; Cass., Sez. Un., 20 aprile 1994, n. 3732, in *Corr. giur.*, 1994, p. 577 e ss. Nello stesso senso, Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667, in *Foro it.*, 1993, I, p. 3062 e ss., con nota di BONECHI; Cass., 26 febbraio 1992, n. 2382, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 560.

<sup>99</sup> CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, *cit.*, p. 9 - 10.

<sup>100</sup> SATTA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 1379 e ss.; DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione «sistematica»*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 518.

<sup>101</sup> SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni*, *cit.*, p. 1696, ove si contesta quella giurisprudenza che afferma la risarcibilità dei diritti affievoliti e non di quelli in attesa di espansione pur trattandosi di un fenomeno specularmente inverso. L'autore, nella successiva produzione, ha altresì cura di puntualizzare che, anche nel caso del diritto in attesa di espansione, il privato è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, ancorché non ancora esercitabile in assenza del provvedimento amministrativo destinato a rimuovere il limite legale frapposto al suo esercizio, con la conseguenza che anche in caso di diniego illegittimo del provvedimento autorizzatorio, e sempre che, per affermazione del giudice amministrativo ovvero per ammissione della stessa autorità amministrativa, risulti la mancanza di ulteriori fattori ostativi all'espansione del diritto, può sostenersi l'ingiustizia del danno e la sua risarcibilità (SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 1177 - 1178).

risarcibilità dei danni provocati dai provvedimenti illegittimi anche all'ulteriore ipotesi rimasta esclusa o, comunque, da non giustificare un ineguale trattamento<sup>102</sup>.

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 assoluto.

Invero, quando il mutare dei tempi e le trasformazioni indotte dal modello di civiltà industriale, modificando profondamente i rapporti tra individui e istituzioni, portarono ad una moltiplicazione delle occasioni di danno e delle tipologie di comportamenti dannosi, una concezione dell'illecito così rigida e angusta, mostrò tutta la sua inadeguatezza.

La prima breccia ad un sistema così sclerotizzato è rappresentata dalla ben nota pronuncia delle Sezioni Unite, la n. 174 del 1971, per merito della quale la protezione aquiliana, che poteva contare su una norma dall'ampio tenore letterale, venne estesa anche al novero dei diritti relativi, segnatamente quelli di credito<sup>103</sup>.

Di lì a poco, con non pochi contrasti giurisprudenziali, vennero man mano ricondotte nell'alveo del "danno ingiusto" diverse altre situazioni soggettive, pur tutelate dall'ordinamento, ma non integranti gli estremi del diritto soggettivo<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> SALVI, *Aspettative edificatorie e risarcimento del danno*, cit., p. 221, che contesta l'orientamento esaminato sul piano formale, poiché la situazione del privato sarebbe simile alla figura generale dell'aspettativa e, dunque, godrebbe di tutela ordinamentale idonea ad essere ritenuta ingiustamente lesa dal provvedimento negativo, e sul versante sostanziale, poiché sarebbe difficile giustificare, sul piano equitativo, la disparità di trattamento tra il proprietario cui è stata illegittimamente negata la concessione edilizia ed il proprietario al quale la concessione è stata rilasciata e, subito dopo, revocata; FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, p. 265 e ss.; CASETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 218. Nello stesso senso, Trib. Isernia, 28 giugno 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 371, che, con ordinanza, ha rimesso alla Corte Costituzionale la «questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043, c.c., nella parte in cui non prevede la risarcibilità dei danni derivati a terzi dalla emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, oltre che di interessi legittimi, di diritti soggettivi con essi coesistenti, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113, Cost.»; il riferimento, come si legge nella motivazione, è al diritto di iniziativa economica e a quello all'integrità patrimoniale, diritti soggettivi che si affiancano all'interesse legittimo quando viene inoltrata una domanda di concessione edilizia. Parte della dottrina sostiene la risarcibilità del danno causato dall'illegittimo diniego o rifiuto di concessione edilizia muovendo dalla tesi secondo cui, attribuito ad una determinata area il carattere edificatorio, mediante lo strumento di pianificazione urbanistica (l'unica espressione di un'attività amministrativa discrezionale), il rilascio della concessione sarebbe condizionato alla mera verifica di conformità tra progetto dell'opera da edificare e le determinazioni di piano, assumendo carattere di atto dovuto e vincolato cui corrisponderebbe una posizione di vero e proprio diritto soggettivo in capo all'istante: cfr. LASCIALFARI, *La Cassazione riafferma la irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 149 e ss.; BARBIERI, *Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 745.

<sup>103</sup> Si fa riferimento alla famosa sentenza Meroni, Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 680 e ss., con nota di VISINTINI, *In margine al «caso Meroni»* e in *Foro it.*, 1971, I, p. 1286 e ss., con nota di BUSNELLI, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione Superga» al «caso Meroni»*. Ma le iniziali aperture in tema di tutela aquiliana si devono a PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958, p. 98 e ss.

<sup>104</sup> In dottrina, per un ampliamento del concetto di "ingiustizia" che consentisse di farvi rientrare le situazioni giuridiche più diverse, purché protette in qualche misura dall'ordinamento, TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in LIPARI, *Diritto privato*.

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.<sup>105</sup>

Proprio queste ultime aperture della Cassazione fecero insorgere quella larga parte della dottrina favorevole ad ammettere l'interesse legittimo al beneficio della tutela aquiliana.

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*<sup>106</sup>, 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

---

*Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, p. 474 e ss. e 506 e ss.; ALPA - BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I, Milano, 1977, p. 414 e ss.

<sup>105</sup> Per l'opinione tradizionale, SACCO, *Il possesso*, Milano, 1988, p. 303, secondo cui se il legislatore avesse voluto sancire l'ingiustizia del danno in esame, avrebbe presentato la tutela possessoria sotto il profilo del diritto soggettivo e non sotto quello della mera azione; MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1983, p. 462. Per la posizione che ravvisa nella lesione del possesso un danno ingiusto, Per tutte, Cass., 14 maggio 1979, n. 2780, in *Foro It.*, 1980, I, p. 2868; Cass., 4 aprile 1987, n. 3272, in *Foro It.*, 1988, I, p. 205. In dottrina, DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979, p. 85; CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, in *Digesto disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 68.

<sup>106</sup> Quanto alla risarcibilità della perdita di *chances*, ossia di effettive possibilità di conseguire un determinato bene della vita, il caso più emblematico è quello della illegittima esclusione da un concorso (privato), in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità era ormai consolidata nell'individuare il danno risarcibile, non già nella perdita dello stipendio, dal momento che manca a monte un diritto soggettivo all'assunzione, ma nella illegittima perdita di una congrua e ragionevole possibilità di conseguire il posto oggetto della procedura selettiva. *Ex plurimis* Cass., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 e ss., con nota di CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*; Cass., 19 dicembre 1985, n. 6505, in *Foro it.*, 1986, I, p. 383, con nota di PRINCIGALLI; Cass., 10 agosto 1987, n. 6864, in *Foro it.*, 1987, I, p. 2987 e ss., con nota di MAZZOTTA, *La Cassazione e i consorzi privati: cosa c'è dietro l'angolo*; App. Roma, 17 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, p. 640 e ss., con nota di NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*; Cass., 7 marzo 1991, n. 2368, in *Foro it.*, 1987, I, p. 2987 e ss. Sul tema della responsabilità per perdita di *chances*, in dottrina, GHISGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chances*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 141 e ss.; PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315 e ss.; DE CUPIS, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 1983, II, p. 104 e ss.; BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 55 e ss.; BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 47 e ss. Contrario a configurare una lesione aquiliana della *chance*, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 545. La *chance* sarebbe un'aspettativa di fatto che, come tale, non può ricevere tutela in sede aquiliana come la qualificazione di ingiustizia richiesta dall'art. 2043 esige.

ipotesi di c.d. perdita di *chances*, oggetto del risarcimento non era più un diritto soggettivo, bensì una mera aspettativa giuridica<sup>107</sup>.

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<sup>108</sup>.

Le moderne elaborazioni intorno all'illecito extracontrattuale, dunque, si muovevano ormai in un contesto svincolato dalla prospettiva repressivo-sanzionatoria che aveva caratterizzato la concezione "classica" del torto aquiliano. Una generale ricostruzione dell'istituto come mezzo di tutela secondaria e complementare, destinato a rafforzare la strumentazione protettiva ordinamentale della proprietà e degli altri diritti assoluti, era fortemente legata alle contingenze di una precisa fase storica e politica del Paese ma non aveva ragione di esistere in un tessuto economico e sociale profondamente mutato<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 1183; PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, cit., p. 322; GHISGLIERI, *Risarcimento del danno*, cit., p. 141. Sull'inquadramento dell'aspettativa tra le posizioni giuridiche soggettive e sulla legittimità della nozione stessa di aspettativa cfr. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226; PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 465 ss.; NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1988, 1 e ss. Sulla distinzione tra aspettativa, quale situazione di vantaggio essenzialmente inattiva e l'interesse legittimo che, all'opposto, è caratterizzata dalla presenza di facoltà attive di iniziativa, di intervento e di collaborazione, BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., p. 232; STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, cit., p. 21; BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, I, Torino, 1999, p. 325; ma soprattutto, SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 126, nt. 129.

<sup>108</sup> Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2864 e ss.; Cass. 25 luglio 1986, n. 4755, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Concorrenza*, n. 39; Cass., 15 giugno 1991, n. 6794, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2717. Su tale nozione cfr. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1749 e ss.; DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1984, p. 315 e ss.; CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, *ivi*, 1989, p. 549 e ss..

<sup>109</sup> In proposito la letteratura è assai vasta; tra i contributi più significativi, si vedano TRIMARCHI, *Illecito*, cit., p. 93 e ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 16; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 366 e ss.; SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 338; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I, p. 1421 e ss.; ALPA - BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, cit., p. 430 e ss.; ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 115 e ss.; FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992, *passim*; GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 1 e ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, regola e metafora*, Milano, 1991, p. 3 e ss.; TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in NICOLÒ - LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974, p. 474 e ss.; de MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983, p. 69 e ss.; DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., *passim*; DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati* p. 1749; ALPA - BESSONE, *I fatti illeciti*, cit., p. 74 e ss.; NICOLÒ - RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi ed i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 263.

In senso contrario, una parte della meno recente dottrina: LOMONACO, *Delle Obbligazioni*, I, Napoli, 1890, p. 266; VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1919, *passim*; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 423 e ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1958, p. 551 e ss.; CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 20; BRANCA, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 449; CIGOLINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 488; GLEJESSES, *Preclusione giurisdizionale alla risarcibilità dei danni da lesione di interesse legittimo*, in *Convegno sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 211; CARIOTA FERRARA, *Intervento*, *ivi*, p. 440.

Una teoria così riduttiva delle potenzialità presenti *in nuce* nella norma codicistica su indicata, oltre a sembrare storicamente superata, mancava ancora di contemplare un fatto significativo. Per quanto fosse persuasivo identificare il danno con la lesione dell'interesse individuale posto alla base del diritto soggettivo, era abbastanza agevole segnalare che, tra i fenomeni del danno risarcibile e dell'interesse elevato a diritto non poteva certo ricorrere una relazione di piena coincidenza<sup>110</sup>.

A riprova di ciò, si rendeva possibile addurre la ricorrenza di ipotesi in cui il danno realmente patito per la perdita del bene, risultava di entità economicamente maggiore rispetto all'oggetto del diritto leso, il che non sarebbe potuto accadere qualora le due cose fossero coincise<sup>111</sup>.

Il complesso dei diritti soggettivi, quindi, non esauriva la vasta gamma di interessi tutelati dall'ordinamento giuridico, né, dalla qualificazione normativa in termini di diritto, era lecito trarre indicazioni sulla gerarchia di valori tra gli interessi rilevanti. Di conseguenza, la portata precettiva dell'espressione "danno ingiusto", adoperata dall'art. 2043, c.c., non poteva esaurirsi nella reintegrazione della perdita economica collegata al venir meno di un diritto soggettivo, ma doveva allargarsi a comprendere qualunque diminuzione patrimoniale che, a seguito di un giudizio di meritevolezza condotto alla stregua delle norme che disciplinavano l'area ove si era verificato il danno, non era tollerabile che fosse lasciata a carico del soggetto che l'aveva subita<sup>112</sup>.

Applicando integralmente questa teoria anche alla specifica questione dei danni derivanti da atti illegittimi della P.A., lesivi di interessi legittimi, si apriva 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'

---

<sup>110</sup> Per tutti, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ., cit.*, p. 59.

<sup>111</sup> Cass., 16 dicembre 1988, n. 6856, in *Mass. Giur. it.*, 1998; Cass., 8 marzo 1974, n. 619, in *Resp. civ. Prev.*, 1975, p. 557; Cass., 17 febbraio 1979, n. 1066, *ivi*, 1979, p. 483, secondo la quale «il valore venale di un bene non può costituire il limite massimo, incondizionatamente insuperabile, per il risarcimento di qualsiasi danno inferto al bene stesso; nella determinazione del danno, infatti, deve essere preferito un criterio soggettivo, il quale tenga conto dei rapporti tra il bene stesso e la sua utilizzazione economica da parte del proprietario: la *res* danneggiata può essere apprezzata in modo da produrre un reddito non direttamente proporzionato al suo valore di scambio». Per l'utilizzo del cd. criterio soggettivo di determinazione del danno, in quanto maggiormente rispondente al principio di integrale riparazione dei danni, in dottrina, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982, p. 89 e ss.; COSENTINO, *Relazione, La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda, cit.*, p. 1677.

<sup>112</sup> SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, p. 164 e ss., nonché in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996, *passim*; ALPA - BESSONE, *Atipicità dell'illecito, cit.*, p. 427 e ss.; SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1187 e ss., che fa leva sulla funzione di ripartire i rischi derivanti da attività socialmente utile.



incidenza finale, in termini di conseguenze economicamente svantaggiose, che la lesione avrebbe avuto sul patrimonio del danneggiato.

In questa prospettiva, cioè, in cui la funzione della responsabilità non consisteva nella tutela della violazione di situazioni soggettive (si tratti o meno di diritti soggettivi) bensì nella tutela del soggetto che ha subito un pregiudizio monetizzabile, diventava irrilevante la stessa qualifica della situazione soggettiva oggetto di compressione, assumendo, il diritto (o interesse) leso, rilevanza nella fattispecie risarcitoria, non in quanto tale ma solo come elemento di qualificazione del danno ai fini del giudizio sulla sua rilevanza giuridica<sup>113</sup>.

Ben si comprende, allora, come fosse arduo conciliare, con tale rottura della tradizione, l'orientamento giurisprudenziale che seguitava ad escludere la risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, se non ritenendo che allo stesso fossero sottese motivazioni di carattere paragiuridico, quali, in particolare, la considerazione dell'aggravio per la finanza pubblica che un'apertura sul tema avrebbe comportato o la ritenuta opportunità di conservare alla pubblica amministrazione una posizione differenziata rispetto al privato<sup>114</sup>.

La difficoltà di ancorare l'orientamento di chiusura della giurisprudenza sul tema della tutela aquiliana degli interessi legittimi ad argomentazioni giuridicamente valide e sostenibili apparve ancor più netta se si considera che la stessa Corte di Cassazione, in una importante pronuncia del 1979, ammise la configurabilità di posizioni di interesse legittimo anche nei rapporti tra privati, quando questi fossero caratterizzati dall'esistenza di una posizione di supremazia di una parte sulla sfera giuridica dell'altra, e qualora dalla disciplina normativa del potere riconosciuto all'uno, fosse dato ricavarne una serie di garanzie e limiti

---

<sup>113</sup> Cfr. ROMANO, *Il cosiddetto «risarcimento degli interessi legittimi»*, Roma, 1984, p. 128 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 318; COSENTINO, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda*, cit., p. 1675; PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 1273; FORCHIELLI, *La responsabilità civile*, Padova, 1983, p. 18 e ss.

<sup>114</sup> MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, p. 858, il quale ritenne che le considerazioni circa la insopportabilità per la finanza pubblica di uno scenario diverso da quello allora contemporaneo, costituivano il motivo ispiratore della tesi della non risarcibilità; SANTORO, *L'esecuzione del giudicato ed il problema del risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 464; SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 17; FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 23; BARBIERI, *Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 744. Sull'argomento anche MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, cit., p. 35, secondo cui le condivisibili preoccupazioni per la finanza pubblica, quali l'aggravamento non prevedibile nella sua misura della responsabilità dell'amministrazione, sarebbero superabili onerando il ricorrente della rigida prova dell'esistenza e dell'ammontare del danno. All'opposto, per una teoria della responsabilità civile come strumento di dissuasione allo spreco ed incentivo alla legalità, CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 249 e ss. e, prima di lui, SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ., cit.*, p. 66, ad opinione del quale l'azione risarcitoria avrebbe potuto contribuire alla miglior realizzazione degli interessi della generalità.

d'esercizio posti a tutela dell'altro (è il caso del rapporto tra datore di lavoro e dipendente in merito alla progressione in carriera).

In quella sede i giudici di legittimità non ebbero tentennamenti nell'affermare che, come del resto già da tempo autorevolmente sostenuto dalla dottrina, il danno arrecato al titolare dell'interesse dall'illegittimo esercizio del potere privato andasse riconosciuto come ingiusto e, per tale via, risarcito secondo le norme dell'illecito civile<sup>115</sup>.

Ancor di più, dunque, un'interpretazione di tal guisa, penalizzante per i titolari della situazione giuridica soggettiva speculare e corrispondente del diritto pubblico, avrebbe reso le disposizioni sull'illecito aquiliano difficilmente compatibili con la Costituzione, poiché violativa di uno dei principi cardine dell'ordinamento, quello di uguaglianza formale, codificato all'art. 3, Cost., e vincolante non solo per il legislatore, ma anche per gli interpreti istituzionalmente deputati a dare applicazione alla legge<sup>116</sup>.

Ma le ragioni dell'atteggiamento di sostanziale chiusura non si esaurivano con l'interpretazione della nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. E la stessa disparità di trattamento poc'anzi evidenziata, veniva giustificata dalla peculiarità della pubblica amministrazione che, come soggetto di diritto, poteva godere di un regime operativo speciale. Specialità che, in tema di responsabilità civile, avrebbe trovato conferma in taluni principi e norme puntuali sull'organizzazione amministrativa che, tra gli altri, avrebbero avuto come effetto quello di ritagliare, in deroga al diritto comune, una fascia di irresponsabilità per l'azione dei pubblici poteri.

Si è sostenuto, infatti, che alla norma codicistica si sarebbero affiancate ben altre due disposizioni-limite asservite allo scopo di convalidare il principio secondo cui il diritto

---

<sup>115</sup> La pronuncia cui si fa richiamo è, Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur., it.*, 1980, I, p. 440 e ss. La stessa è commentata da DI MAJO, *Le forme di tutela contro i c.d. «poteri privati»*, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2548 e ss.. Sul tema cfr. ZOLI, *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 424 e ss., nonché BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967; RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Bologna, 1988, p. 886, il quale rileva che anche nel diritto privato vengono alla luce relazioni contrassegnate dall'autorità e dal potere da un lato, dalla soggezione dall'altro, ed allora la nozione di interesse legittimo serve proprio a ricercare la misura del potere, ed a fissare la tutela delle situazioni di soggezione contrapposte al potere.

<sup>116</sup> Le censure di costituzionalità potevano rilevare secondo una doppia prospettiva. Dalla disposizione ora citata, che impone di non operare discriminazioni fra soggetti dell'ordinamento che versano in situazioni uguali, sarebbe dovuto discendere per il legislatore (e non per esso soltanto) un duplice divieto: di trattare una situazione soggettiva di maggior ampiezza (e riconosciuta dalla stessa Costituzione), in modo peggiore rispetto ad un'altra di minor estensione (per tutte, il possesso e l'aspettativa), e di discriminare, ai fini del riconoscimento di una certa tipologia di tutela, due posizioni individuali di identica natura, sulla base di un dato fattuale estrinseco alla situazione stessa, quale l'essere sorta in forza di una fonte di diritto pubblico piuttosto che di diritto privato. Ma nel senso che il parallelismo tra la nostra ipotesi di studio e la violazione degli interessi legittimi privati non possa venir speso come argomento a sostegno della tesi favorevole al risarcimento, CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 82, a giudizio del quale, nonostante le due vicende siano accomunate dal fatto che il danno sia stato prodotto dal cattivo esercizio di un potere, procedimentalizzato e discrezionale, diversi appaiono gli interessi coinvolti, i soggetti ed il rapporto in gioco.

italiano ammetterebbe la responsabilità della pubblica amministrazione soltanto nei limiti in cui venga lesa un diritto soggettivo.

Tale funzione sarebbe stata assolta, a parere di molti, dall'art. 28 della Costituzione, che parla di responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di "diritti" e dall'art. 23, del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) che sempre e solo alla lesione di diritti riferisce la responsabilità degli impiegati stessi<sup>117</sup>.

Il fondamento Costituzionale dell'esclusione, per di più, non avrebbe avuto soltanto la modesta valenza interpretativa di sconfessare le tesi favorevoli ad ammettere un'ipotesi di responsabilità civile da lesione dei "meri interessi" a legislazione invariata, ma, piuttosto, avrebbe svolto un ruolo preclusivo ben più esteso. Ne sarebbe condizionato lo stesso operato del legislatore che, seppure determinato ad introdurre nel nostro ordinamento una disposizione in grado di rispondere alle sollecitazioni sul problema della risarcibilità dell'interesse legittimo, non avrebbe potuto farlo con semplice legge ordinaria, dovendo necessariamente servirsi di una legge di rango costituzionale<sup>118</sup>.

La confutazione di questi ulteriori argomenti avanzati per escludere la risarcibilità per lesione degli interessi legittimi fu avviata inesorabilmente dalla dottrina. Anzitutto si è reputato non decisivo l'argomento testuale desumibile dall'art. 28 della Costituzione e dall'art. 23 del testo unico degli impiegati civili dello Stato. L'espressione "diritti", utilizzata in entrambe le disposizioni, non è detto che debba essere necessariamente intesa in senso letterale, ben potendo, in una più lata accezione, riferirsi ad ogni situazione giuridica soggettiva in qualche misura rilevante o comunque difesa dall'ordinamento<sup>119</sup>.

Inoltre, la norma Costituzionale non avrebbe inteso stabilire un privilegio a favore della P.A., volto a limitarne la responsabilità alla sola lesione di diritti soggettivi; all'opposto, l'art. 28, celerebbe un intento garantista per i cittadini, in quanto volto a rafforzare, nei

---

<sup>117</sup> CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, p. 26 e ss.; FLORE, *Il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi: sua applicabilità secondo la Costituzione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 101; FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 82 e 83; CIGOLINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 490; BRANCA, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 452; AZZARITI, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda*, cit., p. 1698.

<sup>118</sup> FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, in *Rass. Avv. Stato*, 1963, I, p. 159; FLORE, *Il risarcimento dei danni*, cit., p. 107.

<sup>119</sup> MIELE, *Introduzione al tema*, cit., p. 21; ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema*, cit., p. 41; GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 400. Critico al riguardo, AZZARITI, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, cit., p. 1698, secondo il quale tali affermazioni non terrebbero in debito conto il fatto che la stessa Costituzione, dove ha voluto, ha fatto espressamente riferimento al diritto soggettivo e all'interesse legittimo, quali situazioni soggettive distinte ed autonome (si cita l'esempio degli artt. 24, 103 e 113, Cost.). Di conseguenza, quando non lo ha fatto ed ha parlato unicamente di diritti soggettivi, ha inteso riferirsi unicamente ai diritti e non anche agli interessi.

rapporti con la pubblica autorità, la garanzia del risarcimento dei danni da lesioni di diritti soggettivi, mettendo al riparo una simile conquista di civiltà giuridica da eventuali ripensamenti del legislatore ordinario<sup>120</sup>.

L'efficacia della norma, cioè, sarebbe quella di rendere incostituzionale una legge che escludesse il risarcimento dei danni per lesione di diritti soggettivi, non anche di tacciare di anticostituzionalità un provvedimento normativo che prevedesse, espressamente, la responsabilità della P.A. per violazione dell'interesse legittimo<sup>121</sup>.

Ma soprattutto, sul piano della stretta interpretazione, l'art. 28 avrebbe introdotto la possibilità di esperire un'azione diretta contro il funzionario che ha posto in essere il fatto illecito, circoscrivendo la sua riferibilità ai soli pubblici dipendenti<sup>122</sup>. Si sarebbe, cioè, voluta ribadire l'enunciazione del principio di responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, senza voler contestualmente escludere quella degli apparati amministrativi presso cui quei soggetti erano incardinati<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 327; AZZARITI, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda*, loc. cit., che, pur sostenendo la vigenza di norme positive affermative della responsabilità dell'amministrazione solo per violazione di diritti soggettivi, ammette che l'art. 28, Cost., sia una norma di garanzia e che non conferisca una protezione di rango Costituzionale a questo "privilegio" della P.A.; FERRARI, *Dall'illecito dell'Ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982, p. 195 e ss., in cui l'autore evidenzia che l'art. 28, al pari di altri istituti previsti nella Carta, dispone una garanzia ma non detta una disciplina positiva della responsabilità della P.A.

<sup>121</sup> SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 282; SELVAGGI, *Considerazioni sul tema del convegno*, *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 332. A sostegno della tesi che non ravvisa nell'art. 28 una preclusione di rango costituzionale alla risarcibilità della lesione di un interesse legittimo, intervenne anche Corte Cost., 25 marzo 1980, n. 35, in *Cons. St.*, 1980, II, p. 376, che, pur dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità concernente l'art. 31, primo comma, della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica), per la parte in cui non prevedeva il risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo, aveva espressamente affermato che il problema della tutela aquiliana delle posizioni di interesse legittimo si imponeva ormai all'attenzione del legislatore, evidenziando, con tale esplicito invito, a dare una disciplina legislativa alla questione. La sentenza è reperibile anche in *Giur. Cost.*, 1980, I, p. 262 con nota di SANDULLI, *Osservazione a Corte Costituzionale 25 marzo 1980 n. 35*, nonché in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 993, con nota di MORELLI, *Responsabilità civile di pubbliche amministrazioni per risarcimento del danno patrimoniale da lesione di interessi legittimi dei privati: rilancio di una problematica*.

<sup>122</sup> Secondo ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., l'azione diretta introdotta dall'art. 28, si affiancherebbe all'ordinaria azione di responsabilità contro l'ente in cui opera il funzionario danneggiante, esperibile ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 113, Cost. e 2043, c.c. Nello stesso senso, Cass., 30 maggio 1966, n. 1441, in *Foro amm.*, 1966, I, 1, p. 515; Cass., Sez. Un., 9 aprile 1973, n. 997, *ivi*, 1974, I, 1, p. 49. Ma vedi *contra* CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 262, che nega si tratti di una responsabilità della persona giuridica parallela a quella della persona fisica, bensì di una responsabilità che nella prima trova il proprio fondamento e la propria ragion d'essere. Nessuna diversità ed indipendenza di requisiti sussisterebbe tra l'una e l'altra, onde tutti i requisiti richiesti per la responsabilità del funzionario costituiscono anche requisiti, benché non esclusivi, della responsabilità dell'ente.

<sup>123</sup> MIELE, *Introduzione al tema*, cit., p. 21; SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, cit., p. 281; UCCELLATORE, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 493; SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 327; VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., p. 392. Sull'argomento, anche DUNI, *Lo Stato e la*

Ancor più calzante sarebbe stato quest'ultimo rilievo se riferito all'art. 23, T.U. sugli impiegati civili dello Stato. Tale disposizione, infatti, non mirava a dettare una disciplina sulla responsabilità degli apparati dello Stato, bensì esclusivamente ad adeguare al dettato Costituzionale la responsabilità dei dipendenti pubblici. In questo senso deponevano non solo l'ambito di applicazione del testo unico, circoscritto alla regolazione dei rapporti di pubblico impiego<sup>124</sup>, ma soprattutto la circostanza che gli artt. 22 e 23 del T.U., sulla scia di quanto stabilito nell'art. 28, Cost., si occupavano *per tabulas* della responsabilità dei soli dipendenti, senza che tale contenuto venisse riferito alla responsabilità dell'ente<sup>125</sup>.

Una volta spogliate le anzidette disposizioni del preteso valore ostativo, anche il loro coordinamento con l'art. 2043, c.c., si rivelò inidoneo a fornire riprove circa la non risarcibilità del danno procurato con la lesione di interessi legittimi.

Si può concludere, pertanto, che dall'esame delle principali ragioni giuridico-normative addotte a sostegno della non risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo, non si poteva non constatare l'assenza di una chiara preclusione legislativa e la mancanza di sicuri puntelli normativi da cui desumere l'inammissibilità di una responsabilità della pubblica amministrazione per i danni arrecati al privato con la sua attività provvedimentale.

La problematica del concetto di "danno ingiusto" rimaneva aperta, posto che l'art. 2043, c.c., mancava di qualsiasi forma di specificazione. Specificazione che il Supremo Collegio seguiva ostinatamente a rinvenire nella tradizione lettura della norma del codice.

5. Ma anche l'ostilità dei giudici della nomofilachia, che non poteva spingersi fino a sovvertire la volontà della legge, dovette arretrare in materia di appalti pubblici che, da un

*responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, *passim*, il quale pur condividendo la tesi secondo cui il Costituente, con l'art. 28, abbia voluto sostituire la responsabilità del funzionario a quella dell'ente pubblico, se ne discosta svalutando il peso specifico della norma citata in raffronto agli artt. 24, 42 e 113, Cost. dai quali si desume una garanzia Costituzionale assoluta del cittadino di fronte all'illecito della P.A. che risponderà a titolo proprio dell'illecito, indipendentemente da qualunque aggancio con la previsione della responsabilità del dipendente.

<sup>124</sup> La normativa dello Statuto per gli impiegati civili dello Stato fu emanata in virtù della legge delega 20 dicembre 1954, n. 1181, concernente la sola responsabilità degli impiegati e non quella dell'amministrazione. È ovvio che il decreto delegato non avrebbe potuto introdurre norme o principi estranei alla materia oggetto di delega. Sul punto, UCCELLATORE, *ult. op. loc. cit.*; FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 28.

<sup>125</sup> FOLLIERI, *ult. op. loc. cit.*; SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, cit., p. 282; MIELE, *Introduzione al tema*, cit., p. 21. Anche la giurisprudenza, nonostante la tendenza contraria ad ammettere operazioni ampliative della responsabilità dell'amministrazione, ha stabilito che l'obbligo risarcitorio dell'ente pubblico può sussistere indipendentemente dalla responsabilità del funzionario: l'art. 23 del T.U., prevedendo che l'impiegato risponda verso i terzi danneggiati solo se abbia agito con dolo o colpa grave, non esclude che, fuori da tale ipotesi, il danneggiato possa rivolgersi per il risarcimento contro la P.A.: tra le altre, vedi Cass., Sez. un., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, p. 1369.

certo momento in poi, poté annoverare, tra gli strumenti a difesa del cittadino, la tutela risarcitoria da lesione dell'interesse legittimo.

Siffatto ampliamento avvenne ad opera della legge n. 142/1992, attuativa di una Direttiva dell'Unione Europea, adottata anche allo scopo di introdurre nei Paesi Membri una tutela risarcitoria in favore delle imprese pregiudicate da violazioni del diritto comunitario, limitatamente agli appalti oltre una certa soglia, cd. di rilevanza comunitaria<sup>126</sup>.

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<sup>127</sup>.

Benché limitatamente ad un particolare settore dell'azione amministrativa, veniva introdotta, per la prima volta nel nostro Paese, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, n. 665, in *Riv. Dir. pub. Comunit.*, 1991, p. 825, con commento di MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*; Per una disamina della Direttiva anche, ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 321; PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici in Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991, p. 619 e ss.; LAURIA, *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991, p. 227 e ss.; GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti e lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 19 e ss.; PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. Dir. europ.*, 1990, p. 868 e ss.; MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del Mercato unico europeo*, in *Riv. Dir. europ.*, 1991, p. 883 e ss.; CASTRIOTA SCANDERBERG, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 1990, p. 151 e ss.; IANNIELLO, *La tutela aquiliana degli interessi legittimi nella direttiva Cee del 21 dicembre 1989, n. 665*, in *Riv. trim. app.*, 1989, p. 143 e ss.; GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 259, che rileva come, nel perseguire l'obiettivo di permettere l'instaurarsi di reali condizioni di concorrenza tra le imprese comunitarie, nello Stato cui appartiene la stazione appaltante, la normativa comunitaria, da un lato, ha ampliato l'ambito di operatività soprattutto soggettiva delle prime direttive intervenute a disciplinare la materia, dall'altro, ha imposto agli Stati membri la previsione di idonei strumenti di protezione delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte nelle procedure di gara.

<sup>127</sup> A commento della norma, DA RE, *Brevi note in tema di risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario in materia di appalti e forniture*, in *Contr. P.a.*, 1997, p. 1 e ss.; PALMA, *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in tema di appalti pubblici*, in *Riv. Amm.*, 1997, p. 1225 e ss.; REGGIO D'ACI, *Cose vecchie e nuove in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1993, p. 443 e ss.; MELE, *Il risarcimento danni in materia di appalti pubblici - Commentario all'art. 13 della legge comunitaria 1991*, in *Riv. Trim. app.*, 1991, p. 1128. Con successiva direttiva comunitaria la n. 92/13 del 25 febbraio 1992 è stato, inoltre, prescritto che, anche per gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché di quelli che operano nel settore delle telecomunicazioni, sia prevista la possibilità di accordare un meccanismo risarcitorio in favore dei soggetti lesi dalla violazione della disciplina concorsuale: tale direttiva, tuttavia, aggiunge, rispetto alla prima direttiva ricorsi (n. 665/1989), che, qualora sia proposta domanda di risarcimento «in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa». Al suo recepimento si è provveduto con l. 19 dicembre 1992, n. 489. Per un commento, MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. Dir. publ. Comunit.*, 1993, p. 743.

<sup>128</sup> Per tutti, CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 18; MELE, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici*, loc. cit.; PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, p. 397 e ss.; MINGARELLI, *Il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo*, in *Riv. amm.*, 1995, p. 493; FINOCCHIARO, *Si ritorna a discutere sul risarcimento dei danni causati dalla lesione di*

Tale affermazione, che trovò immediato favore nella dottrina più attenta, non fu da tutti condivisa. Si stagliarono all'orizzonte due orientamenti dissidenti che, in contrasto con l'indirizzo prevalentemente accolto, tesero a configurare la fattispecie contemplata dall'art. 13, l. n. 142/1992, ora come ipotesi di responsabilità precontrattuale (per lesione del legittimo affidamento) ora, come illecito da lesione di situazioni giuridiche a soddisfazione piena, frutto di una trasformazione in diritti soggettivi degli interessi privati coinvolti nelle procedure amministrative di scelta del contraente, a seguito della regolamentazione della materia secondo le direttive comunitarie.

Il primo indirizzo, restio a riconoscere vigore innovativo alla legge sugli appalti, ravvisò nel contenuto dispositivo della norma di origine comunitaria, non già un'ipotesi di responsabilità per lesione di interessi legittimi, quanto, piuttosto, un avallo positivo alla configurabilità della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione. Responsabilità, quest'ultima, già da tempo ammessa in via pretoria per l'attività negoziale posta in essere dall'amministrazione (nei settori esclusi dall'obbligo di far ricorso all'evidenza pubblica o in caso di scelta del contraente con trattativa privata), in considerazione della identità di funzione e di indole esistente tra le contrattazioni pre-negoziali tra privati e le procedure ad evidenza pubblica<sup>129</sup>.

Nell'uno come nell'altro caso, la violazione di quel legittimo affidamento sorto a seguito di trattative contraddistinte da serietà e conclusione, come tali idonee ad ingenerarlo, sarebbe giuridicamente tutelato dall'imposizione, ad entrambi i soggetti

---

*interessi legittimi*, in *Riv. amm.*, 1995, p. 361; ADORNO, *Il risarcimento del danno cagionato dalla P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 87; PIRAINO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Nuova rass.*, 1994, p. 2212; FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 274; FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla l. 9 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria 1991) in materia di risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, in *Cons. St.*, 1992, II, p. 757. *Contra*, CUGURRA, *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 366; PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1992, I, 1, p. 1234 ss.; BARBIERI, *Il giudice amministrativo comunitario e la risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti*, in *Riv. trim. app.*, 1993, p. 42; FRANCO, *Enti pubblici trasformati in s.p.a. e giurisdizione sulle controversie in tema di appalti, alla luce del diritto comunitario*, in *I Contr. St. Enti pubbl.*, 1994, p. 254; GARZIA, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti alle gare*, in *Rass. giur. energ. elettr.*, 1996, p. 153. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667, in *Foro it.*, 1993, I, p. 3062 e ss.; Cass., Sez. Un., 20 aprile 1994, n. 3732, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3050 e ss.; Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, in *Corr. giur.*, 1994, p. 620 e ss., che, commentando l'art. 13, della legge n. 142 del 1992, ha esplicitamente affermato che con essa è stata «riconosciuta per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano la risarcibilità -sia pure nei limiti precisati dalla norma- del danno derivante da atti della P. A. lesivi di interessi legittimi, quali sono -di regola- le posizioni soggettive di cui sono titolari i partecipanti ad una gara di appalto pubblico nel corso della relativa procedura, fino all'aggiudicazione dei lavori».

<sup>129</sup> Vedi già Cass., 29 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, p. 96, con nota di BIGLIAZZI GERI, ove si afferma la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per condotta scorretta nella fase delle trattative, laddove la P.A. agisca *iure privatorum*. La precisazione circa l'ambito oggettivo entro il quale circoscrivere una simile apertura, consentiva di non far entrare in conflitto quell'affermazione con il principio di irrisarcibilità degli interessi legittimi, individuando l'obbligo del ristoro non nell'inosservanza delle norme pubblicistiche sulle procedure concorsuali, bensì nella lesione di legittimi affidamenti protetti dalla clausola generale di correttezza e buona fede. Per una sintetica e generale ricostruzione del problema, BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 178 e ss.

partecipi, del dovere di correttezza e buona fede, dalla cui inosservanza sorgerebbe una particolare obbligazione risarcitoria<sup>130</sup>.

Si trattava di un orientamento che non fu condiviso per una duplice ragione, poiché sminuiva la portata innovativa dell'intervento riformatore (senza tener conto delle intenzioni del legislatore sovranazionale) e, soprattutto, trascurava di considerare la profonda differenza di presupposti che animavano le due fattispecie di responsabilità messe a paragone<sup>131</sup>.

Secondo la giurisprudenza costante, infatti, l'illecito precontrattuale, anche nel settore di pubblici appalti, presuppone, da un lato, la c.d. *culpa in contrahendo*, dall'altro, il sacrificio del ragionevole affidamento riposto nella conclusione del contratto, laddove, nell'ipotesi di cui al citato art. 13 l. n. 142/1992, la responsabilità descritta prescinderebbe da tale seconda condizione. Se solo si considera che nel corso di un procedimento amministrativo, pur finalizzato alla selezione del contraente, fino alla conclusione dello stesso, non si instaura un rapporto personalizzato tra le parti, è facile concludere che, prima di quel momento, non può mai discendere per il partecipante alla gara un affidamento alla stipula del contratto rilevante ai sensi dell'art. 1337 c.c.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti e lavori pubblici*, cit., p. 20. Ma, per un mutamento di opinione dello stesso Autore vd., tuttavia, da ultimo, GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 802 - 803, dove espressamente si rileva che, alla stregua di un'interpretazione *a contrariis* dell'art. 2, n. 7 della direttiva 92/13/CEE, di cui andrebbe riconosciuto il rilievo anche in sede di esegesi della precedente direttiva (la n. 665/1989), la tutela risarcitoria può ricomprendere tra le voci di pregiudizio risarcibile, anche il mancato guadagno, sempre che il ricorrente, anziché limitarsi a provare l'illegittimità della mancata aggiudicazione e l'esistenza di *chances* di vittoria, dimostri la sussistenza di tutte le condizioni per risultare esso vincitore. Conseguentemente, l'Autore conclude nel senso che, una volta riconosciuta tutela risarcitoria piena alla pretesa del concorrente di risultare aggiudicatario, trattandosi di una posizione qualificata nel nostro ordinamento come di interesse legittimo, si ammette implicitamente la tutela aquiliana proprio di questa situazione soggettiva.

<sup>131</sup> Ma vedi anche, CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, p. 479 e ss., che, nel confutare la tesi che riconduce la fattispecie prevista dalle citate direttive comunitarie alla comune ipotesi di responsabilità precontrattuale, rileva che, mentre nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale codicistica il danno risarcibile è sempre commisurato alla lesione del c.d. interesse negativo, nella prima, invece, ben può estendersi al c.d. lucro cessante. In particolare, dall'art. 2, n. 7 della direttiva 92/13, interpretato alla luce dei principi della direttiva medesima, può desumersi la risarcibilità, non solo dei costi di preparazione dell'offerta e di partecipazione alla gara (interesse negativo), ma anche dei mancati vantaggi conseguenti al contegno improprio dell'amministrazione, sempreché l'istante fornisca la prova che, in assenza del vizio procedurale, sarebbe risultato aggiudicatario. *Contra*, GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 261, ad opinione del quale, la diversità tra le due ipotesi di responsabilità citate (quella prevista dall'art. 13, l. n. 142/1992 e quella precontrattuale) non risiederebbe nel criterio di commisurazione del danno risarcibile, dal momento che è opinione comune, in dottrina e giurisprudenza, che lo stesso interesse negativo, entro i cui limiti può essere oggetto di riparazione il danno da responsabilità per *culpa in contrahendo*, ben può comprendere anche il lucro cessante.

<sup>132</sup> Per la tradizionale e risalente impostazione, secondo cui nelle procedure negoziali contrassegnate dall'evidenza pubblica mancherebbe una vera e propria trattativa, con la conseguenza che l'offerente non potrebbe vantare alcun affidamento giuridicamente tutelabile in ordine all'aggiudicazione del contratto, se non in relazione alla limitata fase che va dall'aggiudicazione alla stipulazione, quando il contraente è già stato individuato, *ex pluribus*, Cass., Sez. Un., 5 agosto 1975, n. 2980, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 172; Cass., Sez. Un., 30 luglio 1990, in *Giust. civ. Mass.*, 1990; Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1446, a giudizio della quale «una responsabilità precontrattuale della P.A. non è configurabile con riguardo allo svolgimento del procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, nell'ambito del quale l'aspirante alla stipulazione del contratto è titolare esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, onde



Ugualmente contrastata fu la tesi elaborata sul presupposto secondo cui le posizioni giuridiche soggettive che l'art. 13, l. n. 142/1992 muniva di apposita tutela risarcitoria sarebbero state da qualificare come veri e propri diritti soggettivi<sup>133</sup>.

Secondo una prima e più intuitiva linea interpretativa, la normazione comunitaria (che, è bene ricordare, non conosce la distinzione tra diritti ed interessi) in materia di appalti, nell'intento di omogeneizzare le diverse discipline nazionali tra loro, e di adeguare le stesse al complesso di regole elaborate in ambito sovranazionale<sup>134</sup>, aveva innescato un processo di modernizzazione ed evoluzione dei rapporti tra autorità aggiudicatrici pubbliche ed operatori economici, trasformando in diritti soggettivi le posizioni degli aspiranti o partecipanti ad una procedura di gara.

Una mutazione così radicale, veniva dedotta dall'espressa introduzione, in questo specifico settore, di un meccanismo di tipo risarcitorio modellato sulla falsariga dell'illecito aquiliano, circostanza, questa, ritenuta decisiva, specialmente alla luce della secolare convinzione che tendeva ad identificare nel danno ingiusto l'offesa arrecata ad un diritto soggettivo<sup>135</sup>.

Ma lo sforzo di soverchiare la tradizionale bipartizione tra diritti ed interessi non poteva affondare le proprie radici in un impianto argomentativi intrinsecamente debole; infatti non si è ommesso di osservare come fosse metodologicamente scorretto il tentativo di

---

difettano le condizioni strutturali per la configurabilità delle "trattative" tra due soggetti e quindi di un diritto soggettivo dell'uno verso l'altro all'osservanza delle regole di buona fede, come stabilito dalla citata norma»; Cass., 29 luglio 1987, n. 6545, in *Foro It.*, 1988, I, p. 460 e in *Riv. trim. app.*, 1991, p. 231, secondo cui «la relazione che intercorre tra l'amministrazione che ha indetto una licitazione privata e i partecipanti alla medesima non dà luogo ad un rapporto personalizzato tra le parti da cui possa farsi discendere un affidamento dei concorrenti alla conclusione del contratto; pertanto l'amministrazione che, indetta una gara, non la concluda e proceda alla conclusione del contratto a trattativa privata non viola il principio di comportamento in buona fede durante le trattative e, conseguentemente, non è esperibile nei suoi confronti l'azione di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.». Ma per le argomentazioni critiche indirizzate a valorizzare l'idea che gli atti di evidenza pubblica conservino il significato di momenti di formazione di una volontà pur sempre contrattuale, GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, p. 115 e ss.

<sup>133</sup> CUGURRA, *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, loc. cit.; PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, loc. cit.; BARBIERI, *Il giudice amministrativo comunitario e la risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti*, loc. cit.; FRANCO, *Enti pubblici trasformati in s.p.a. e giurisdizione sulle controversie in tema di appalti, alla luce del diritto comunitario*, loc. cit.; GARZIA, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti alle gare*, loc. cit.; BILANCIA, *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1992, p. 82 e ss.; SAPORITO, *Sulla risarcibilità di interessi legittimi in tema di appalti pubblici*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 624 e ss.

<sup>134</sup> La direttiva, come precisa il suo stesso prologo, scaturiva dalla presa di coscienza dell'eccessivo margine di disomogeneità tra gli strumenti di tutela apprestati dai vari ordinamenti, nonché dall'inconsistenza di alcuni di essi. Suddetto prologo, accompagnato da talune considerazioni critiche, è riportato in CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 17, nota n. 29

<sup>135</sup> Contrario a questa impostazione, REGGIO D'ACI, *Cose vecchie e nuove in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., p. 438 e ss., secondo cui una siffatta interpretazione della norma in esame finirebbe per attribuire un comportamento pressoché demenziale al legislatore, il quale si sarebbe deciso ad emanare una norma solo allo scopo di confermare una regola già esistente e risaputa.

ricavare da un *posterius* della fattispecie considerata -quale non può non essere considerato il tipo di conseguenze ricondotte dall'ordinamento al ricorrere di dati elementi-, il rispettivo *prius*, ossia la concreta qualificazione della posizione soggettiva sottesa alla vicenda stessa<sup>136</sup>.

Dall'altra parte, per quanto frutto di una logica più elaborata, fu confutata anche la posizione di chi intese argomentare l'asserita introduzione di diritti soggettivi tra le situazioni individuali protette nelle procedure di scelta del contraente di rilevanza comunitaria, dalla *ratio* sottostante all'intero apparato normativo di fonte ultrastatale in tema di appalti, ed in particolare alle cd. direttive ricorsi.

Lo scopo ultimo di assicurare il realizzarsi di condizioni di effettiva concorrenzialità tra le imprese degli Stati membri e, quindi, di creare un mercato comune realmente aperto e competitivo, avrebbe consentito di enucleare i diritti in questione proprio dalle norme fissative degli adempimenti procedurali di settore; in particolare, si rivendicò la qualifica di diritti soggettivi per le situazioni soggettive nascenti dalle leggi comunitarie, in considerazione del fatto che, in base alle disposizioni stesse, attuative dei principi del Trattato, si trattava di pretese inerenti la libertà di iniziativa economica ed i principi di libera concorrenza e *par condicio* tra imprese degli Stati membri<sup>137</sup>.

In realtà, se non può certo negarsi che la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, nel disciplinare le procedure di gara, ha avuto per obiettivo primario quello di garantire il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali, piuttosto che quello di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la stipulazione del contratto più vantaggioso, è pur vero che quello stesso interesse alla tutela del mercato, per quanto si possa tradurre in un vantaggio competitivo per le imprese virtuose, presenta un indubbio rilievo pubblicistico, a riprova del quale starebbe la minuziosa regolamentazione della fase procedimentale e la presenza massiccia di norme limitative e di coartazione dell'autonomia negoziale dei soggetti concorrenti.

---

<sup>136</sup> CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, cit., p. 482 - 483. Nonché, GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 262, a giudizio del quale la diversa impostazione proposta altro non sarebbe se non il tentativo, di fronte ad un chiaro intervento normativo contrario, di riaffermare il principio di irrisarcibilità del danno da vulnerazione degli interessi legittimi, riclassificando la situazione giuridica dei soggetti coinvolti nelle procedure di gara, sì da disinnescare il potenziale impatto che un'espressa, sia pure specifica, affermazione normativa in quel senso avrebbe potuto avere sul sistema.

<sup>137</sup> FRANCO, *Enti pubblici trasformati in s.p.a. e giurisdizione sulle controversie in tema di appalti, alla luce del diritto comunitario*, cit., p. 254; FERRI, *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. Ital. Dir. pubbl. comunit.*, 1992, p. 1261 e ss.; PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, cit., p. 1234. Ulteriori indicazioni bibliografiche sugli autori favorevoli a qualificare la posizione soggettiva dei partecipanti alle procedure come diritti soggettivi sono contenute in MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, cit., p. 808 e ss., in partic. nota n. 119.

Del resto non va sottovalutato che l'interesse sostanziale coltivato dal partecipante alla gara può trovare soddisfazione solo attraverso un provvedimento dell'amministrazione e che, anche a seguito della sua positiva valutazione, la posizione di vantaggio che ne deriva rimane connaturalmente soggetta alle potestà successive dell'amministrazione appaltante<sup>138</sup>.

A privare di credito la pretesa di ricavare dalla disciplina procedurale di matrice comunitaria la prova di una rettifica delle posizioni soggettive vantate dai candidati alle gare di pubblico appalto, avrebbe contribuito, altresì, l'argomento *ab absurdo*, in quanto, ove le posizioni in quel contesto tutelate avessero rivestito la natura di diritti, quelle individuate dalle norme nazionali funzionalmente omogenee, eppur prive di corrispondenza nel diritto europeo, avrebbero seguito a conservare la natura di interessi, con una diversificazione di regime processuale difficilmente giustificabile al cospetto della stessa Costituzione<sup>139</sup>.

Dunque, tutto lasciava intravedere, anche nella disciplina comunitaria degli appalti pubblici, non una nuova fonte per nuovi diritti soggettivi da vantare nei confronti dell'amministrazione, ma quel complesso di strumenti volti a bilanciare la tipica correlazione tra interessi dei singoli ed interesse della collettività che caratterizza le situazioni di interesse legittimo<sup>140</sup>.

D'altra parte, che non si trattasse di lesione di diritti era evidenziato tanto dal contenuto della Direttiva, alla cui stregua le norme attuative interne dovevano essere interpretate, quanto dallo stesso tenore letterale dell'articolo 13, l. n. 142/1992, che, pur senza qualificare la natura della lesione, ne specificava un aspetto decisivo, ovvero che doveva verificarsi "...a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario...o delle relative norme interne di recepimento".

Come poc'anzi osservato, è pacifico che in materia di gare, per la scelta del contraente, non sussistano diritti delle imprese all'aggiudicazione dell'appalto, bensì interessi -legittimi- a venir scelti quali partner contrattuali dell'amministrazione appaltante<sup>141</sup>. Asserzione, questa, che usciva rafforzata alla stregua della disciplina processuale contenuta nel medesimo art. 13, in virtù del quale la proposizione della domanda di risarcimento del danno doveva essere preceduta dall'annullamento dell'atto

---

<sup>138</sup> CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 34 e ss.; GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 262.

<sup>139</sup> MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, cit., p. 810.

<sup>140</sup> MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, cit., p. 809; CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 36.

<sup>141</sup> Su questa tematica, GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., *passim*.

lesivo, ad opera del giudice amministrativo, senza che lo stesso fosse munito, nella materia, di giurisdizione esclusiva<sup>142</sup>.

La norma, dunque, non poteva che prefigurare quello schema tipico della responsabilità civile da lesione dell'interesse legittimo la quale, come si vedrà in seguito, richiede, quali indefettibili elementi costitutivi, una posizione individuale di interesse, un atto amministrativo illegittimo ed un nesso eziologico che lega l'atto medesimo al pregiudizio subito.

Basti riflettere sul fatto che l'intento perseguito dal legislatore nazionale fu duplice. La legge non fu mossa solo dall'intento di adempiere agli obblighi derivanti dall'appartenenza della Repubblica alle Comunità europee, adeguando la materia degli appalti pubblici ai principi di matrice comunitaria (che, in tema di risarcibilità dei danni subiti dalle imprese concorrenti, non operavano discriminazioni tra diritti soggettivi e altri interessi non elevati al rango dei diritti ma, al pari di questi, protetti dagli ordinamenti interni<sup>143</sup>), ma anche, in ossequio al principio di effettività della tutela, di cui all'art. 24, Cost., dall'esigenza di garantire un ristoro a quei privati coinvolti in una procedura invalida che non avrebbero ottenuto alcun beneficio tangibile dall'annullamento della procedura selettiva<sup>144</sup>.

Nel sistema previgente, difatti, ottenuto l'annullamento degli atti di gara, la ripetizione, ora per allora, della procedura ad evidenza pubblica (con eventuale

---

<sup>142</sup> Per la valenza decisiva dei dati processuali, ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, cit., p. 321, il quale esclude che potesse trattarsi di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva occulta, anche attraverso la disamina dei lavori preparatori della legge comunitaria per il 1991, evidenziando che il passaggio dall'originario art. 13 del progetto di legge approvato alla Camera dei deputati, che deferiva la materia «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo», al testo definitivo, che ha attribuito al giudice ordinario la cognizione della domanda risarcitoria, previo annullamento dell'atto lesivo ad opera del giudice amministrativo, fosse sintomo di una consapevole esclusione da parte del legislatore di una tale eventualità. Sostiene, all'inverso, che si tratterebbe di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, ricavabile dal confronto con la giurisprudenza comunitaria e con il progetto di riforma del processo amministrativo che demanderebbe alla competenza degli organi di giustizia amministrativa la materia della risarcibilità degli interessi legittimi, GARZIA, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti alle gare*, cit., p. 154.

<sup>143</sup> Questo perché, come è rinvenibile nel testo stesso della Direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665, l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rendeva necessario un aumento delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione, mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario o delle relative norme nazionali di recepimento, nonché procedure adeguate che permettessero l'annullamento delle decisioni illegittime e l'indennizzo delle persone lese dalla violazione.

<sup>144</sup> A tal proposito, vale la pena di richiamare che, con Atto parl. Camera 788-1726 A, dell'ottobre 1989, la Camera dei Deputati approvò un disegno di legge delega per l'emanazione delle norme sul processo amministrativo, che anticipava, in termini più generali, l'apertura al riconoscimento di una responsabilità per danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, laddove la sanzione risarcitoria fosse stata prevista da disposizioni comunitarie. Il disegno, infatti, stabilendo all'art. 1, comma 2, lett. a), «che tutti possano agire in giudizio per la tutela dei propri interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche dei propri diritti soggettivi, in attuazione dell'art. 24 Cost., prevedendo altresì la specifica disciplina del risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, quando sia ammesso in base ai principi dell'ordinamento ovvero dalla normativa comunitaria», creava le premesse di un ancoraggio diretto tra le norme comunitarie che avessero aperto la strada alla tutela risarcitoria in materia di appalti pubblici e la tutela Costituzionale dell'interesse legittimo. Il testo approvato dalla Camera dei Deputati è reperibile in *Foro amm.*, 1990, p. 271, allegato al parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, 8 febbraio 1990, n. 16.

aggiudicazione al concorrente ingiustamente estromesso) avrebbe potuto avere luogo sempreché, nelle more del giudizio, l'opera pubblica non fosse già stata realizzata dall'impresa risultata aggiudicataria. In tal caso, caducata retroattivamente l'intera procedura, l'amministrazione si trovava nella materiale impossibilità di ripetere le operazioni di selezione; conseguentemente, le imprese che avevano ottenuto l'annullamento non riuscivano a conseguire né la corretta riedizione della gara, né il risarcimento del danno per l'accertata lesione, ad opera del g.a., del loro interesse legittimo.

Sebbene l'ampliamento del ventaglio di pregiudizi risarcibili in materia abbia raggiunto lo scopo non secondario di colmare il vuoto di tutela che in circostanze siffatte si sarebbe venuta inevitabilmente a creare, il limite intrinseco del sistema processuale concepito per assicurare piena tutela era però quello di costringere i concorrenti ad una gara d'appalto, di lavori o forniture, ad ottenere prima l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, permettendo, solo in seguito, di adire al giudice ordinario per conseguire il risarcimento del danno ad esso consequenziale (cd. pregiudiziale esterna).

Non a caso la soluzione del doppio binario mostrò ben presto le sue lacune, sottoponendo il soggetto leso ad un defatigante *iter* giudiziario che sarebbe potuto passare anche per molteplici gradi di giudizio<sup>145</sup>.

Quella che doveva essere una norma attuativa del principio di effettività della tutela, rischiava di tradire i suoi scopi, minando in radice la possibilità di una protezione dell'interesse effettiva, celere ed efficace. Il che appariva difficilmente conciliabile non solo con l'art. 24 della Costituzione, bensì con il principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, Cost., e sancito a livello internazionale dal Protocollo CEDU del 1950<sup>146</sup>.

I motivi di perplessità suscitati dalla disposizione innovatrice non si arrestavano ai profili del metodo, ma investivano le stesse scelte di politica legislativa che ne erano alla base, ferme nel voler restringere l'ambito oggettivo di applicazione della tutela rafforzata alla materia dei contratti pubblici<sup>147</sup>.

<sup>145</sup> FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla l. 9 febbraio 1992, n. 142, cit.*, p. 764.

<sup>146</sup> Considerate le lungaggini della giustizia civile ed amministrativa nel nostro Paese, la soluzione adottata dal secondo comma dell'art. 13, l. n. 142/92 è considerata quantomeno inopportuna da CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della P. A. per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 1991, p. 1036.

<sup>147</sup> A tal proposito va rilevato che l'art. 13 limitava testualmente il risarcimento dei danni alle sole lesioni cagionate da atti compiuti in materia di appalti pubblici di lavori e forniture al di sopra della soglia di rilevanza comunitaria fissata dalla Direttiva n. 665/1989. L'estensione anche agli appalti sotto-soglia è il risultato dell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di derivazione comunitaria che fa leva sull'art. 3, Cost. e sul divieto di differenze di trattamento irragionevoli ivi contenuto. Sulla tematica specificata, CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della P. A. per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, cit., p. 1040; MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, cit., p. 851.

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<sup>148</sup>, 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.

La stessa Suprema Corte, a Sezioni Unite, ebbe modo di precisare che, alla luce dell'evidente dato normativo, se il legislatore aveva avvertito il bisogno di riconoscere attraverso una norma *ad hoc* la risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, se ne doveva dedurre, *a contrariis*, l'opposto principio della non risarcibilità degli interessi medesimi<sup>149</sup>.

La soluzione non andò esente da critiche. Le contestazioni dei fautori dell'opposta conclusione si svilupparono lungo due direzioni. Per un verso, si evidenziò come la mancata estensione della norma citata ai casi non espressamente previsti trascurasse di considerare la forza espansiva dei principi comunitari nelle materie attratte alla propria competenza e la capacità di questi ultimi di imporsi come regole di indirizzo per le istituzioni degli Stati membri<sup>150</sup>.

Era noto, al riguardo, che il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, per consolidato indirizzo giurisprudenziale (concernente le direttive c.d. *self executing* o comunque quelle disposizioni delle direttive che, sotto il profilo sostanziale, fossero incondizionate e sufficientemente precise), implicasse un diritto dei singoli, non solo di chiedere l'applicazione della normativa comunitaria innanzi alle autorità nazionali, ma anche di azionare e far valere in giudizio (sia pure nei soli confronti delle autorità

---

<sup>148</sup> Nel senso che la previsione normativa abbia una valenza espansiva, fino ad essere intesa come «applicazione di specie» di un principio già esistente nell'ordinamento, GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, cit., p. 805 - 806.

<sup>149</sup> Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, cit.; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 1994, n. 10800, in *Corr. giur.*, 1995, p. 483; Cass., Sez. Un., 20 aprile 1994, n. 3732, cit.; Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667, cit., nella quale si afferma che «se il legislatore ha sentito la necessità di prevedere limitatamente alla materia degli appalti e forniture il risarcimento per lesione di posizioni soggettive non espressamente definite, ma in teoria riconducibili agli interessi legittimi, ciò significa che, per questi ultimi, allo stato, non esiste in linea di principio tale tutela».

<sup>150</sup> FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla l. 9 febbraio 1992, n. 142*, cit., p. 757 e ss.; MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, cit., p. 557; TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 13 e ss.

pubbliche, stante il mancato riconoscimento dell'efficacia «orizzontale» delle direttive) le situazioni giuridiche soggettive fondate su norme comunitarie appartenenti a quella particolare categoria.

Alle applicazioni del cd. principio dell'effetto utile, era particolarmente sensibile la Corte di giustizia, preoccupata di garantire alle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria una tutela effettiva e reale, anche a costo di manipolare, attraverso le sue pronunce e i suoi indirizzi, la conformazione stessa dei mezzi di protezione predisposti dagli ordinamenti interni. Emblematico, in tal senso, era l'indirizzo adottato in tema di responsabilità degli Stati per omessa, incompleta o non corretta esecuzione del diritto comunitario o, più in generale, per violazione del diritto stesso<sup>151</sup>.

In quella materia particolare, la Corte di giustizia, pur continuando a rimettere agli ordinamenti nazionali la concreta individuazione delle modalità e forme di tutela, ha costantemente precisato che gli stessi ordinamenti dovevano garantire condizioni, non solo non inferiori rispetto a quelle previste per le posizioni fondate sul diritto nazionale e comunque tali da non renderne impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio, ma anche e soprattutto tali da rendere completa ed adeguata la protezione delle situazioni soggettive di origine comunitaria<sup>152</sup> e ciò indifferentemente -ai fini della azionabilità del

---

<sup>151</sup> Fondamentale, al riguardo, la pronuncia resa nell'ormai noto caso *Francovich*, con la quale, escluso il carattere *self executing* della direttiva 80/987/CEE del 20 ottobre 1980, è stata riconosciuta la responsabilità dello Stato per i danni derivanti dalla mancata tempestiva trasposizione delle disposizioni della stessa nell'ordinamento interno. Più in generale, nella citata sentenza (Corte Giust. CE, 19 novembre 1991 C 6/90 e C 9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 145, con commento di BARONE - PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, e di PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1169, con nota di CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*; in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 147, con nota di CAFAGNO, *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*; in *Giur. Cost.*, 1992, p. 505, con nota di CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*.) si afferma che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno stato membro». In argomento anche, TASSONE, *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 847 e ss.; ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1585 e ss. In netto contrasto con quanto sostenuto nella sentenza *Francovich* in merito alla natura risarcitoria dell'obbligazione derivante a seguito della mancata tempestiva trasposizione di direttive comunitarie non *self executing*, Cass., 18 ottobre 1995, n. 10617, in *Foro it.*, 1996, I, p. 517, con nota di SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso «Francovich» in Cassazione*; anche in *Danno e Resp.*, 1996, p. 79 e ss., con nota di ROSCIONI, *Mancata attuazione di direttive comunitarie: la Cassazione nega l'illecito dello Stato* ed osservazioni di PARDOLESI, *Postilla a Cassazione civile 11 ottobre 1995, n. 10617*; ancora in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 309, con nota di CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*, nella cui pronuncia si legge che «l'indennità attribuita a coloro che hanno subito un danno dalla mancata attuazione della direttiva CEE non ha la natura giuridica del risarcimento conseguente a una fattispecie di responsabilità civile».

<sup>152</sup> Sul punto, CARTEI, *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 743, in cui l'Autore richiama l'attenzione sulla consapevolezza, da parte della Corte, dell'importanza che rivestiva il principio di responsabilità dello Stato per le lesioni provocate alle posizioni soggettive di diritto comunitario dalle violazioni del diritto europeo ad esso imputabili, al duplice fine di garantire la piena osservanza della *primauté* dell'ordinamento comunitario su quello nazionale e di salvaguardare l'effetto utile dello stesso, ossia la piena efficacia, affermazione e valorizzazione dei principi da esso desumibili.

meccanismo protettivo- dal tipo di organo cui, all'interno dello Stato membro, fosse concretamente imputabile la violazione<sup>153</sup>.

Con l'affermazione del principio di responsabilità dello Stato per le lesioni arrecate alle posizioni di fonte comunitaria attraverso condotte omissive o commissive e quale che sia l'organo che abbia posto in essere la suddetta trasgressione, la Corte di giustizia intese generalizzare la protezione risarcitoria delle situazioni soggettive fondate sul diritto europeo, attribuendo ai titolari delle posizioni in parola un meccanismo di tutela, qual è quello risarcitorio, azionabile ogni qual volta si verificasse una lesione cagionata da trasgressioni della normativa comunitaria<sup>154</sup>.

Inoltre, è parimenti assodato che la stessa Corte, nel garantire una tutela risarcitoria generalizzata alle posizioni soggettive create in ambito comunitario, non conoscendo quell'ordinamento la distinzione, tipica del nostro sistema giuridico, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, non poteva che far riferimento a tutte le situazioni giuridiche soggettive che abbiano la loro fonte nella normativa di livello sovrastatale, quale che sia la qualificazione che ad esse venga in concreto riconosciuta, al momento della trasposizione nell'ordinamento di destinazione<sup>155</sup>; la Corte, cioè, non si preoccuperebbe di definire le situazioni soggettive comunitarie -compito demandato integralmente ai criteri di classificazione interni degli ordinamenti interni-, quanto di garantire che, nel sostanziale rispetto dei meccanismi di riparto della giurisdizione predeterminati dagli Stati, a quelle stesse posizioni sia assicurata una protezione adeguata e piena<sup>156</sup>.

In tal senso, è stato sostenuto che l'art. 13, l. n. 142/1992, nel recepire le previsioni di cui alla direttiva 665/89 e nell'introdurre espressamente un'ipotesi di risarcibilità del danno arrecato a tipiche posizioni di interesse legittimo, rappresentava la traduzione in termini

---

<sup>153</sup> Con una delle pronunce successive a quella resa nel caso *Francovich*, infatti, è stata espressamente affermata la responsabilità dello Stato e il sorgere in capo allo stesso di un'obbligazione di tipo risarcitorio in conseguenza di condotte dell'autorità amministrativa lesive di situazioni soggettive protette dal diritto comunitario. Per tutte, Corte Giust. CE, 23 maggio 1996, C 5/94, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 1003, con nota di CARANTA.

<sup>154</sup> Sulla idea che, a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Francovich* e della giurisprudenza comunitaria successiva, la regola della responsabilità abbia, nell'ordinamento comunitario, una portata generale, CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 15, nonché gli Autore ivi richiamati, in particolare alla nota n. 29.

<sup>155</sup> D'altra parte è stato sottolineato che se la giurisprudenza comunitaria ammetteva la responsabilità delle istituzioni comunitarie per lesioni di situazioni soggettive non qualificabili come vero e proprio diritto soggettivo, *a fortiori* l'azione risarcitoria doveva essere considerata ammissibile nei confronti delle amministrazioni degli Stati membri. Di questo avviso FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla l. 9 febbraio 1992, n. 142*, cit., p. 761.

<sup>156</sup> Cfr. Corte giustizia CE, 9 luglio 1985, C 179/94, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Comunità europee*, n. 252 -253; Corte giustizia CE, 19 dicembre 1968, C13/68, in *Foro it.*, 1969, IV, p. 156. Brevi considerazioni sulle pronunce stesse sono contenute in, GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 265 e ss. In tema anche, BARUFFI, *Sulla tutela dei «diritti soggettivi comunitari»*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 233.



normativi di principi già ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria, alla luce dei quali si doveva ritenere che l'impatto del diritto comunitario, normativo e giurisprudenziale, non poteva non determinare un progressivo abbandono dell'indirizzo che escludeva l'ammissibilità di una tutela aquiliana dell'interesse legittimo, soprattutto tenuto conto delle implicazioni sistematiche delle innovazioni introdotte<sup>157</sup>.

Per altro verso, si censurò la violazione del principio di uguaglianza, di cui agli artt. 2 e 3, Cost., invocandosi un'esegesi costituzionalmente conforme dell'art. 13, in grado di scongiurare le ripercussioni che siffatta incoerenza legislativa avrebbe scaricato sulla valutazione di conformità costituzionale della disposizione irragionevolmente restrittiva.

A tale conclusione si è pervenuti rilevando, da più parti, che la situazione sostanziale azionata, sia in materia di appalti o forniture, sia in qualsiasi altro ambito dell'agire amministrativo in cui la posizione giuridica del privato non possa qualificarsi come diritto soggettivo, bensì come interesse legittimo, sarebbe al di là di ogni dubbio la stessa. Conseguentemente, restringere al solo settore degli appalti la possibilità di ottenere tutela piena dell'interesse legittimo sarebbe risultato irragionevole e contraddittorio, poiché ingiustificatamente discriminatorio di situazioni di interesse qualificate dall'ordinamento in identico modo<sup>158</sup>.

Come correttamente osservato, dal momento che il principio costituzionale di uguaglianza non poteva tollerare che, a seguito di innovazioni normative (benché frutto di etero regolamentazione di matrice comunitaria) comportanti un innalzamento del livello di tutela delle posizioni soggettive radicate nella fonte sovranazionale, fosse lasciato inalterato lo standard qualitativo e l'intensità della protezione giuridica predisposta per le corrispondenti posizioni soggettive di origine nazionale, il principio della primazia del diritto comunitario doveva necessariamente essere coordinato con quello costituzionale di uguaglianza, allo scopo di ottenere, in via di interpretazione adeguatrice delle norme interne, un livellamento verso l'alto delle forme di tutela apprestate per una prefissata tipologia di situazione soggettiva<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 31; GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 266.

<sup>158</sup> ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, cit., p. 336; BARBIERI, *Il giudice amministrativo comunitario e la risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti*, cit., p. 47; MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, cit., p. 852.

<sup>159</sup> GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 266, il quale sottolinea come l'esigenza di istituire un collegamento sistematico tra innovazioni introdotte in materia risarcitoria dal diritto comunitario ed il citato principio costituzionale, resa sempre più ineludibile dalla progressiva diffusione delle posizioni giuridiche di origine comunitaria che il cittadino vanta nei confronti della P. A., avrebbe comportato il superamento dell'indirizzo ostile alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

6. In questo clima di persistente contrasto<sup>160</sup>, si inserisce 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"<sup>161</sup>, 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"<sup>162</sup>.

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

---

<sup>160</sup> È utile segnalare che, dopo la rivoluzione operata dalle Direttive ricorsi e l'impatto sul sistema delle relative norme interne di recepimento (in particolare, l'art. 13, l. n. 142/92), l'attenzione del legislatore aveva interessato anche il settore edilizio, nel quale, come emerge dal quadro sommariamente tracciato nei paragrafi che precedono, era più avvertito il senso di iniquità per la regola dell'irrisarcibilità dei diritti in attesa di espansione. L'art. 4, comma 8, della l. 4 dicembre 1993, n. 493, nel disciplinare le procedure per il rilascio delle concessioni edilizie, aveva testualmente previsto che «decorso altresì inutilmente il termine intimato di cui al comma 7, il responsabile del procedimento e il soggetto competente alla adozione del provvedimento rispondono per i danni arrecati dal loro comportamento inadempiente». La norma fu reputata, dalla dottrina coeva, di notevole importanza sistematica, in quanto prevedeva un caso di responsabilità per mancato o ritardato rilascio del titolo abilitativo edilizio richiesto, un tipico esempio di lesione di interessi legittimi, fonte di responsabilità diretta per il responsabile del procedimento, responsabilità che, ex art. 28, Cost., si comunicava necessariamente all'amministrazione. La disposizione, però, fu immediatamente travolta da una serie di decreti legge, in ultimo confluiti nell'art. 2, l. 23 dicembre 1996, n. 62, di razionalizzazione della finanza pubblica, il quale ha sostituito l'art. 4, comma 8, l. n. 493/93, omettendo di richiamare la previsione indicata. Le indicazioni citate si trovano in CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 16. In argomento anche FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 257 e ss.; BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi in rapporto all'attività urbanistica ed edilizia*, in *Cons. St.*, 1997, II, p. 1550; SCODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, cit., p. 1862 e ss.

<sup>161</sup> La formulazione recepisce il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, 12 marzo 1998, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 258, a giudizio del quale, per scongiurare il rischio che il testo predisposto dal Governo (che parlava, alternativamente, di indennità o risarcimento del danno) potesse far ritenere acquisita una posizione legislativa sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi pretensivi, era preferibile una norma più elastica che, attraverso la clausola generale del danno ingiusto, demandasse all'interpretazione della giurisprudenza del giudice amministrativo in sede esclusiva, consapevole delle esigenze di giustizia, esperta del controllo sull'esercizio del potere pubblico, attenta all'emergenza economica che attraversa l'ordinamento, la messa a punto della materia. Per un commento, ROMANO, *nota al parere reso dal Consiglio di Stato*, *Ad. Gen.*, 12 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, III, p. 352 e ss.

<sup>162</sup> Tra i primi commenti alla legge, CARINGELLA - CRISAFULLI - DE MARZO - ROMANO, *Il nuovo volto della pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione*, Napoli, 1977, p. 245 e ss.; ANDREANI, *Principi costituzionali ed «europeizzazione» dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 537; APICELLA, *Il d.lgs. n. 80 del 1998 (c.d. Bassanini-ter)*, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 245; LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urb. e app.*, 1998, p. 592; DE FRANCISCO, *Il giudice amministrativo ... dispone ... il risarcimento del danno ingiusto*, *ibid.*, p. 605. Oltre al citato art. 11, comma 4, la cosiddetta legge Bassanini I, prevedeva, all'art. 17, comma 1, lett. f) una specifica delega per Governo ad emanare, con successivi decreti, norme di rango primario recanti la «previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento». Entrambe le disposizioni (benché solo alla prima sia stata data concreta attuazione), i cui contenuti normativi risultavano complementari, prevedevano l'introduzione di meccanismi di compensazione (risarcimento del danno ed indennizzo automatico) in situazioni nelle quali la posizione del cittadino è tradizionalmente qualificata come interesse legittimo. Sull'art. 17, in particolare, FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., p. 291 e ss.

compresa la materia risarcitoria<sup>163</sup>, 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<sup>164</sup>.

Dalla lettura combinata e coordinata dell'intervento innovatore nel suo complesso, emergeva una discutibile costruzione semantica delle norme, una sequenza di formule imprecise e lacunose la cui retta interpretazione, improntata ai canoni della ragionevolezza, avrebbe condotto a concludere che il reticolato normativo introdotto non aveva apportato alcuna significativa innovazione in ordine agli aspetti sostanziali di tutela degli interessi pretensivi<sup>165</sup>.

Si sostenne, infatti, che il legislatore aveva inteso imprimere un senso esclusivamente processuale alla modifica, e consentire, nelle sole materie espressamente indicate dalla delega, che fosse lo stesso giudice amministrativo, pronunciato l'annullamento di provvedimenti degradatori di diritti soggettivi ad interessi e, determinata una riespansione dei diritti illegittimamente affievoliti in forza della regola della retroazione della caducazione di tali atti, ad essere in condizione di pronunciare, contestualmente alla caducazione, anche una sentenza di condanna risarcitoria della situazione soggettiva lesa<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> PATRONI GRIFFI, *Non cambia il diritto sostanziale*, in *Italia Oggi*, 18 aprile 1998, che sottolinea come la riforma non riconosce né può riconoscere la risarcibilità dell'interesse legittimo. Sul punto anche FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999, p. 407, il quale rammenta che, a rigor di termini, la devoluzione della giurisdizione sulle controversie interenti il risarcimento riguarda, testualmente, i diritti (patrimoniali consequenziali) e non gli interessi legittimi.

<sup>164</sup> Per la tesi secondo cui con il comma 1 dell'art. 35, d.lgs. n. 80/98 sarebbe stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico il principio della risarcibilità degli interessi legittimi, MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 803; FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi con riferimento al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 1999, p. 184 e ss.; BENVENUTI, *Interessi legittimi pari ai diritti soggettivi*, in *Italia Oggi*, 25 aprile 1998, nonché, BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 523 e ss.; CICCIA, *Sono risarcibili gli interessi legittimi*, in *Italia Oggi*, 17 aprile 1998; DE FRANCISCO, *Il giudice amministrativo*, cit., p. 605 e ss.

<sup>165</sup> LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, cit., p. 594, che sottolinea come la formulazione dell'art. 11 tradirebbe la fretta del legislatore delegante, il quale avrebbe utilizzato una locuzione davvero singolare, che andava necessariamente riscritta dall'interprete. Quest'ultimo, avrebbe dovuto correttamente intendere la formula legislativa, pur imprecisa, nel senso che, nelle tre materie individuate dalla norma, il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva estesa anche ai diritti patrimoniali consequenziali ed alle pretese risarcitorie, quest'ultime considerate, testualmente, come specificazione delle controversie in materia di diritti patrimoniali consequenziali.

<sup>166</sup> Cfr. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 1 e ss. Il compito di disporre il risarcimento del danno ingiusto sarebbe stato assegnato al giudice amministrativo non già in tutte le ipotesi in cui è allo stesso riconosciuta una giurisdizione di tipo esclusivo ma solo in quelle indicate agli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/98, secondo CARINGELLA - GAROFOLI, *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il D.lgs. 80/1998*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 302, in partic. nota n. 7. Gli Autori, inoltre, condividono la tesi secondo cui nessuna portata innovativa sul versante sostanziale sarebbe da attribuire al decreto considerato, il quale ha inteso operare solo una mutazione soggettiva dell'organo giurisdizionale chiamato a verificare se per danno ingiusto si intenda ancora la sola lesione di diritti soggettivi o se la clausola sia suscettibile di accogliere anche le posizioni di interesse legittimo al di fuori della materia degli appalti. A sostegno di ciò viene addotto, al di là del dato letterale (meramente riproduttivo della locuzione contenuta nell'art. 2043, c.c.), un ulteriore elemento di tipo teleologico (la scelta del legislatore di accogliere i rilievi sollevati dall'Adunanza Generale del 12 marzo 1998, per

Quest'impronta si sarebbe comunicata anche all'art. 35 del decreto di attuazione, il quale conterrebbe disposizioni di carattere essenzialmente processuale e, solo in minima parte, di rilievo sostanziale<sup>167</sup>. Dal che si evinceva che il legislatore delegato si fosse limitato a ratificare un orientamento giurisprudenziale già consolidato in tema di risarcimento del danno da illegittima intrusione nel diritto soggettivo altrui, consentendo tuttavia agli amministrati danneggiati -e questo sarebbe l'unico aspetto di novità- la possibilità di richiedere ed ottenere innanzi allo stesso giudice competente a conoscere della legittimità dell'atto ed all'interno del medesimo processo, la tutela risarcitoria successiva all'annullamento<sup>168</sup>.

Che a proposito della controversa risarcibilità degli interessi pretensivi nessuna indicazione a favore potesse ricavarsi dalla norma in esame, si deduceva principalmente da due precisi rilievi, di ordine sistematico e logico.

La valenza sistematica dell'art. 35 faceva sì che lo stesso articolo non potesse essere letto isolatamente, decontestualizzato dal resto delle norme che disciplinavano il risarcimento del danno, ma che, all'opposto, si rendeva doveroso un raffronto tra la dizione in esso recapita e la formula utilizzata dall'art. 2043, c.c. Come in quest'ultima, la prima disposizione collega gli effetti risarcitori alla ricorrenza di un "danno ingiusto", identità di linguaggio che non farebbe che confermare l'idea secondo cui la tutela riparatoria deve sempre attuarsi nel contesto sistematico degli artt. 2043 e ss., del codice civile, e che in quel contesto devono rintracciarsi le coordinate interpretative strumentali a ritagliarne in modo appropriato l'ambito oggettivo di applicazione.

---

il cui contenuto si rinvia alla nota n. 157), nonché l'illogicità di una presa di posizione legislativa a carattere costitutivo e relativa ad una tematica di respiro generale, in un contesto settorialmente circoscritto (p. 303). Sulla stessa linea, AVANZINI, *Commento all'art. 35*, in *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, a cura di TRAVI, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1998, p. 222 e ss.

<sup>167</sup> LIPARI, *op. cit.*, p. 600, secondo cui, il legislatore delegato era implicitamente abilitato ad emanare le norme indispensabili e strumentali alla devoluzione della giurisdizione. Esercitando questa facoltà, si sarebbe limitato ad una pura operazione di attribuzione della competenza, senza ritenere implicitamente risarcibili anche gli interessi legittimi. Sulla circostanza che una eventuale interpretazione discordante avrebbe finito per porsi in contrasto con i limiti della delega conferita, PANZIRONI, *Nessuna rivoluzione copernicana sulla risarcibilità*, in *Italia Oggi*, 18 aprile 1998.

<sup>168</sup> Sul punto, a chiare lettere, PATRONI GRIFFI, *op. cit.* L'Autore ha avuto modo di affermare che le norme contenute negli artt. 33-35 del d.lgs. n. 80/1998 hanno portata esclusivamente processuale, nel senso che individuano il giudice competente a conoscere della lesione, stabilendo, innovativamente, che il giudice amministrativo conosce anche della domanda volta a conseguire il risarcimento del danno subito, ma non hanno alcuna portata riformatrice sul piano sostanziale. In altri termini, il decreto delegato non si occuperebbe, né poteva occuparsi, della diversa questione relativa a quali siano le situazioni soggettive risarcibili. In forza dell'art. 35, dunque, non vi è riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo, ma la mera attribuzione al giudice amministrativo della competenza a conoscere delle questioni attinenti al risarcimento del danno in relazione al cattivo esercizio di pubbliche funzioni. Cui *adde* PANZIRONI, *op. cit.*: nell'ambito delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex artt. 33 e 34 del decreto n. 80, bisognerebbe sempre distinguere la posizione giuridica soggettiva concretamente azionata: se quest'ultima ha natura e consistenza di diritto soggettivo, il giudice amministrativo avrebbe il potere di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto"; cosa che non potrebbe fare nel caso in cui la natura della pretesa azionata sia di "mero" interesse legittimo.

Se avesse realmente voluto estendere la tutela risarcitoria consequenziale anche alle lesioni di interessi pretensivi, così prendendo le distanze (e svincolando l'art. 35) dall'ambiente codicistico menzionato, il legislatore del '98 (certamente consapevole dell'impatto sistematico che una norma del genere, per l'aspetto di assoluta novità introdotta, avrebbe recato con sé) lo avrebbe dovuto evidenziare *apertis verbis* e non rimanere silente sul punto, occupandosi esclusivamente degli aspetti processuali del giudizio, sancendo i principi del *simultaneus processus* e della *vis attractiva* di tutte le questioni di legittimità dell'atto sul risarcimento dei danni arrecati nei settori di materia indicati<sup>169</sup>.

A sostegno di questa soluzione, si adduceva ancora un argomento di carattere logico, fondato sul fatto che, l'espedito del *simultaneus processus*, con riferimento alle controversie che interessavano le questioni risarcitorie consequenziali alla caducazione di provvedimenti lesivi di interessi pretensivi, non era razionalmente praticabile.

Difatti, il rifiuto illegittimo di un provvedimento ampliativo della sfera degli amministrati, se caducato in sede giurisdizionale amministrativa, non avrebbe consentito di configurare *ex se* un danno ingiusto, richiedendo, in ogni caso, che l'amministrazione, chiamata a conformarsi al giudicato, rivedesse il suo operato ora per allora, pronunciandosi per il rilascio. In questo modo, solo successivamente alla riapertura del procedimento ed al relativo esito positivo, confermandosi a posteriori che il privato aveva fin dall'origine una pretesa a conseguire il vantaggio negatogli in prima istanza, avrebbe potuto configurarsi un danno ingiusto da ritardo. Il che precludeva in radice la possibilità che, in ipotesi del genere, potesse trovare attuazione quel giudizio simultaneo, introdotto dall'art. 35, d.lgs. n. 80/98, meccanismo che solo giustificava la sottrazione del relativo contenzioso in materia di responsabilità civile al suo giudice naturale<sup>170</sup>.

Nessuna delle argomentazioni offerte superò il vaglio critico di quella parte di dottrina schierata a confutazione della tesi limitativa. In primo luogo, fu osservato che l'asserita identità di formulazione tra la norma istitutiva dell'illecito aquiliano e l'art. 35 del decreto delegato e la mancata inclusione di un'espressione specifica in seno alla stessa che

---

<sup>169</sup> LIPARI, *op. loc. ult. cit.* Ma vedi pure PATRONI GRIFFI, *op. cit.*, per il quale la conferma dell'assunto secondo cui la riforma avrebbe preso in considerazione solo i diritti soggettivi, deriverebbe, sotto un profilo letterale, anche dalla circostanza che il quarto comma dell'art. 35, debba essere letto in stretta correlazione con il successivo comma primo. Quest'ultimo, modificando l'art. 7, terzo comma, della legge n. 1034 del 1971, stabilisce che "il tribunale amministrativo regionale, nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche di tutte le questioni relative a diritti". Critico, VIRGA, *Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80, cit.*, per il quale è facile osservare che alla previsione richiamata non si può attribuire altro significato se non quello fatto palese dalle sue parole, ovvero di confermare che nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rientrano anche situazioni di diritto soggettivo. Dalla disposizione richiamata, dunque, non si può evincere che il legislatore delegato abbia voluto restringere la portata del comma 1, dell'art. 35.

<sup>170</sup> GALLI, *op. cit.*, p. 108 e ss.

supportasse una lettura ampliativa del lemma “danno ingiusto”, lungi dall’evidenziare una *voluntas legis* conservatrice del precedente orientamento ostativo alla risarcibilità del danno da offesa dell’interesse legittimo, era contraddetta dalla portata stessa della disposizione, nonché dal necessario raffronto tra l’intervento riformatore concretamente realizzato e la norma fissativa dei limiti della delega sul punto.

Proprio la genericità dell’espressione utilizzata nell’art. 35 doveva essere, all’opposto, inequivoca attestazione della portata integrale ed onnicomprensiva della regola della risarcibilità<sup>171</sup>, convinzione, questa, che usciva corroborata anche dal collegamento della proposizione attuativa con la formula utilizzata dalla norma di delega. Il laconico testo dell’art. 11, l. n. 59/97, si riferiva al risarcimento del danno nelle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, senza apporre ulteriori aggettivazioni, sicché risultava ben chiaro l’intento ulteriore della legge di delega, di realizzare la riforma avviata mediante la previsione di strumenti processuali diretti a consentire la risarcibilità degli interessi legittimi<sup>172</sup>.

Ne deriva che, la successiva traduzione del concetto con il termine “danno ingiusto”, realizzata dal citato art. 35, non poteva non aver recepito le sollecitazioni fornite dal legislatore della delega; una lettura sistematica della norma decretata, dunque, che consentiva di ritenere quest’ultima adattabile ad ogni pregiudizio economico scaturente

---

<sup>171</sup> Obietta VIRGA, *Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, p. 286 e ss., che l’orientamento esegetico contrario, sia pur autorevole, non sembra trovare conforto nel testo del decreto legislativo, il quale va interpretato alla stregua del fondamentale canone secondo cui *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

<sup>172</sup> Dato, questo, che appariva inconfutabile, specie confrontando quanto contenuto nella relazione governativa al provvedimento, dove si legge che “la delega legislativa ha inteso anche innovare la disciplina sostanziale della responsabilità civile della pubblica amministrazione: il riferimento alle controversie «relative al risarcimento del danno» evidenzia che in tali materie si è prevista la devoluzione al giudice amministrativo di una giurisdizione volta a dare un’effettiva e piena tutela (nel caso di adozione di provvedimenti illegittimi della pubblica amministrazione, oltre che nel caso in cui vi sia una condotta illecita), sicché all’annullamento dell’atto illegittimo può seguire la condanna al risarcimento dei danni subiti dal suo destinatario, anche quando non sia ravvisabile una posizione di diritto soggettivo”. La relazione integrale si trova in *Guida al diritto*, 1998, 16, p. 78. In linea con dette asserzione, BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, cit., p. 529-530: la formula adottata dal legislatore delegato all’art. 35, seppur apparentemente restrittiva, non può non essere interpretata alla luce dell’intera disposizione devolutrice e comprendere, quindi, anche il caso della violazione di interessi legittimi. Critico, LIPARI, *op. loc. ult. cit.*, a giudizio del quale, il dato posto alla base di questa opinione, costituito dall’espressione aspecifica utilizzata dalla norma di delega, si risolverebbe in una evidente forzatura del dato normativo. Sotto il profilo esegetico, raffrontando la dizione della legge di delega con la disposizione fondamentale racchiusa nell’art. 2043, c.c., è agevole rilevare che la controversia relativa al risarcimento del danno (privo di ulteriori specificazioni) va distinta dal presupposto sostanziale della domanda, costituito dall’ingiustizia del danno. Ne deriverebbe che la formula utilizzata dall’art. 11 è perfettamente coerente con quella dell’art. 2043, c.c. e non ne rappresenta affatto una correzione o una deroga. In senso contrario, VIRGA, *Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80*, cit., per il quale dall’inciso della legge delega non può evincersi chiaramente che sia fatto divieto, nell’ambito della riforma del sistema della giustizia amministrativa, di riconoscere come risarcibile la lesione derivante da interessi legittimi. Una eventuale interpretazione diversa si porrebbe, d’altra parte, in contrasto con il dettato costituzionale (art. 24).

dall'annullamento di un atto che avesse illegittimamente degradato un diritto ad interesse o negato espansione ad un interesse pretensivo<sup>173</sup>.

In tal senso deponavano, inoltre, 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<sup>174</sup>. 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.

Anzi, proprio la tecnica dell'annessione di una disposizione di carattere singolare -e, a detta dei giudici di legittimità, non espressiva di un principio diffuso- nell'ambito di una previsione di portata generale, sembrava aver avviato quel processo di conversione di un'eccezione in regola, resa indifferibile dalla prospettiva di assicurare una tutela globale ed autentica all'interesse legittimo<sup>175</sup>.

In questo senso sembrava aver preso (sia pur prudentemente) posizione la stessa Corte Costituzionale che, con un *obiter dictum*, pur ribadendo la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043, c.c., sollevata con riferimento agli

---

<sup>173</sup> Rileva CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 20, che, anche se le norma delegata si esprime in termini di "danno ingiusto", essa, intesa secondo le indicazioni ricavabili dalla relazione governativa, necessariamente richiama, anzi è destinata a superare, la giurisprudenza della Cassazione che vedeva, nell'analogia formula inserita nell'art. 2043, c.c., un ostacolo alla risarcibilità delle lesioni ad interessi legittimi. Ampiamente anche POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., p. 219 e ss.

<sup>174</sup> Sui rapporti tra l'art. 13 della legge n. 142/92 e l'art. 35, commi 1 e 5 del d.lgs. n. 80/98, nel senso indicato dal testo, cfr. CARINGELLA - GAROFOLI, *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il D.lgs. 80/1998*, cit., p. 302, in cui si rileva che, nonostante la formulazione apparentemente perentoria dell'art. 35, comma 5, del decreto citato (a norma del quale «sono abrogati l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1»), il riferimento alle materie di cui al comma 1 dello stesso art. 35, quelle cioè rimesse alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, implica, in definitiva, che la portata abrogante dell'art. 35, comma 5, debba essere circoscritta a quella parte delle disposizioni ivi indicate con la quale è rimessa al giudice ordinario la cognizione delle domande intese ad ottenere il risarcimento di una lesione eziologicamente derivante dagli atti di gara, già previamente annullati. In giurisprudenza, la portata solo parzialmente abrogante dell'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 80/98, è sostenuta, sia pure implicitamente, da Cons. St., 11 dicembre 1998, n. 1627, in *Urb. e app.*, 1999, p. 548.

<sup>175</sup> In questo senso BENVENUTI, *Interessi legittimi pari ai diritti soggettivi*, cit.: l'interpretazione restrittiva si porrebbe in contrasto con l'intervenuta abrogazione delle disposizioni "devolventi al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma primo. Si richiama all'osservazione precedente, VIRGA, *Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80*, cit., che reputa in contrasto con l'art. 24, Cost., un'interpretazione delle norme sulla giurisdizione esclusiva che costringano il giudice amministrativo, al momento di stabilire le conseguenze che derivano dalla lesione di posizioni giuridiche soggettive, ad effettuare un distinguo tra diritti soggettivi (per i quali la tutela sarebbe assicurata in maniera piena attraverso il risarcimento del danno) ed interessi legittimi (nei cui confronti la tutela sarebbe dimezzata).

artt. 3, 24 e 113 Cost., in relazione ad una questione di danno consequenziale all'annullamento del diniego illegittimo di una concessione edilizia, aveva intravisto proprio nel d.lgs. n. 80/98 un'apertura verso la soluzione positiva del problema della risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi, sia pure in quei settori riservati, dalla normativa stessa, alla giurisdizione esclusiva dei TAR<sup>176</sup>.

Allo stesso modo, anche il secondo motivo addotto a sostegno della tesi negatrice non avrebbe colto nel segno. La devoluzione alla giurisdizione esclusiva dei TAR di ogni controversia (demolitoria di atti illegittimi e risarcitoria dei danni consequenziali) insorta nelle materie individuate dal d.lgs. n. 80/98, per espressa ammissione del testo, doveva essere letta nel prisma dei principi Costituzionali di effettività e tutela, in ossequio ai quali l'ordinamento giuridico non avrebbe potuto tollerare la mancanza di facoltà per i ricorrenti di attivare meccanismi processuali in grado di offrire una tutela efficiente delle posizioni soggettive fatte valere.

Costruire il rinnovamento del sistema processuale in materia attorno alle esigenze di garanzia del soggetto leso, impediva di considerare come imprescindibile ciò che (il giudizio simultaneo), invece, doveva essere inteso come una semplice evenienza.

Dal momento che la globalizzazione della competenza in quei settori intendeva solo scongiurare il ricorso al doppio binario di giurisdizione, sostituendo a quell'*iter* accidentato e svantaggioso l'opposto criterio dell'unicità dell'organo giurisdizionale competente a sindacare ogni tipo di questione collegata ad una certa materia, sarebbe stato arbitrario attribuire alla legge anche la ultronea volontà di imporre la trattazione di tutte le pretese consequenziali nell'ambito di un unico processo<sup>177</sup>.

---

<sup>176</sup> La pronuncia cui si allude è Corte Cost., 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro it.* 1998, I, p. 3485, con nota di CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale perde ancora tempo*; in *Giur. it.*, 1998, p. 1928, con nota di ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione*; in *Resp. Civ. prev.*, 1998, p. 966, con nota di PROTTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*. A commento anche MONATERI, *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospective overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 827. Osserva AVANZINI, *Commento all'art. 35, cit.*, p. 223, che il rilievo di tale pronuncia è duplice: riconosce implicitamente la possibilità che l'art. 35 possa portare a forme di risarcimento di interessi legittimi, ma al contempo contrassegna tale disposizione come settoriale, circoscrivendone l'efficacia innovativa.

<sup>177</sup> Diversamente opinando, la scelta del legislatore delegato ben si sarebbe potuta censurare sotto il profilo della ragionevolezza, considerato il risultato complessivamente sfavorevole per il ricorrente che un assetto del genere avrebbe finito per realizzare. Si intuisce, infatti, come i vantaggi connessi all'eliminazione del doppio livello di giurisdizione sarebbero stati assorbiti e vanificati dalla penalizzante stretta normativa che poneva il ricorrente dinanzi ad un'alternativa secca, o innestare entrambe i *petita* in un medesimo giudizio, oppure rinunciare di fatto a far valere in giudizio le pretese patrimoniali consequenziali al giudizio eliminatorio. Uno scenario che, se confermato, sarebbe stato inaccettabile anche in relazione alla legge di delega (che, come ricordato, anche se intesa nel suo contenuto precettivo minimo, vincolava il decreto delegato al raggiungimento dello scopo rappresentato dall'individuazione di strumenti processuali idonei a dare effettiva e piena tutela ai privati nelle materie descritte), della cui conformità con l'art. 35 sarebbe stato lecito dubitare.



La tesi provava troppo; ma anche a volerne ammettere il pregio, confermando l'imperatività della regola che prevede la trattazione congiunta della questione principale con quelle patrimoniali consequenziali, l'obiezione avanzata in quella sede (impossibilità per il giudice di valutare la risarcibilità della pretesa in assenza di una successiva pronuncia della P.A.) rimaneva comunque inficiata dalla moderna ed accreditata qualificazione degli interessi pretensivi come aspettative giuridicamente tutelate al conseguimento di vantaggi ed utilità distribuite dai pubblici poteri.

Identificato come probabilità favorevole di accedere ai benefici richiesti, infatti, l'interesse legittimo poteva già di per sé costituire oggetto di risarcimento consequenziale alla caducazione dell'atto di rifiuto, *sub specie* di pregiudizio economico connesso al venir meno di una posta attiva già presente nel patrimonio, senza che fosse a ciò necessario attendere l'esito del nuovo procedimento amministrativo di riesame dell'istanza originariamente respinta.

A favore della tesi estensiva, si è potuto ulteriormente osservare che se la normativa in esame non avesse inteso assegnare un esito risarcitorio alla compromissione degli interessi pretensivi in tutte le materie designate, si sarebbe potuto dubitare della sua stessa conformità ai canoni di logicità e ragionevolezza. L'art. 35, nell'estendere al comma 1, la giurisdizione ad ogni tipo di appalto di lavori, servizi e forniture, e contestualmente abrogando, al comma 5 la previsione della legge n. 142/92, aveva inteso mantenere la regola della risarcibilità dell'interesse pretensivo violato in quel settore, trasferendo la relativa cognizione dal giudice ordinario a quello amministrativo. Operazione di riordino, questa, che non poteva non condizionare l'esegesi delle norme che prevedevano un parallelo spostamento della giurisdizione anche nelle residue materie.

A parità di situazione soggettiva fatta valere (pur sempre di interesse legittimo pretensivo), sarebbe risultata difficilmente sostenibile l'interpretazione di una stessa previsione normativa, in senso inclusivo o escludente della tutela risarcitoria di quella particolare situazione soggettiva, a seconda dell'ambito di materia in cui maturava il rifiuto della P.A. di concedere il beneficio amministrato (nessun dubita che l'illegittimo diniego di aggiudicare un appalto non sia dissimile all'invalido rifiuto di un titolo abilitativo edilizio)<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Ragionando in questo senso si è ritenuto che, escludere la risarcibilità degli interessi legittimi nell'ambito di altre materie (quelle non ricomprese negli artt. 33-35, d.lgs. n. 80/98) devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, comporterebbe una irragionevole disparità di tutela di situazioni soggettive omogenee. Ma forzando il dato testuale e riconoscendo alla norma di cui all'art. 35 una portata più generale capace di estendere il potere del risarcimento a tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva, si ponevano seri dubbi circa il rispetto dei limiti imposti dalla legge di delega. Sul punto, AVANZINI, *Commento all'art. 35, cit.*, p. 222.

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<sup>179</sup>. 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<sup>180</sup>.

Al di là del dato formalistico, nella pronuncia della Corte, è possibile rinvenire, in punto di giurisdizione, un'idea ben definita che, pur rimanendo sullo sfondo, anticipa

---

<sup>179</sup> La questione fu portata all'attenzione del giudice delle leggi da un'ordinanza della Corte di Cassazione: Cass., Sez. un., 25 maggio 2000, n. 43, in *Giur. it.*, 2000, p. 1494; in *Foro it.*, 2000, I, p. 2143, con nota di DE MARZO, *Le procedure espropriative e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia urbanistica ed edilizia*; in *Urb. e app.*, 2000, p. 711, con nota di CONTI, *La devoluzione al giudice amministrativo delle cause nelle procedure espropriative*. In senso opposto, per la negazione della fondatezza della questione, Cons. St., Ad. Plen., 30 marzo 2000, n. 1, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1292, con commento di SASSANI, *Le alte Corti all'impatto delle questioni di giurisdizione dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998: prime impressioni di lettura*, *ibid.*, p. 2163.

<sup>180</sup> Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 292, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2491, secondo cui «l'art. 33, comma 1, del decreto legislativo n. 80 del 1998, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, eccedendo i limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi, e non si è limitato ad estendere la giurisdizione amministrativa - nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva - alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno». Per una disamina della pronuncia, BARONE, *Sul nuovo riparto della giurisdizione in materia di servizi pubblici: il legislatore para prontamente il colpo del giudice delle leggi*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2392 e ss.; TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, *ibidem*, p. 2400 e ss.; PAGANO, *Il d.lgs. 80/98, la Consulta e il legislatore*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 950 e ss. Ma nel senso che il giudizio di costituzionalità in parola avrebbe contribuito a negare la possibilità che dalla norma inclusa nell'art. 35 si potesse derivare la risarcibilità degli interessi legittimi, limitandosi la disposizione stessa a spostare innanzi al giudice amministrativo controversie che appartenevano al giudice ordinario, TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 1674. Si può obiettare in contrario che, con successiva pronuncia -la n. 204/04-, resa sullo stesso argomento, la Consulta stessa ha offerto un'interpretazione "autentica" della posizione assunta con la statuizione precedente, schierandosi per l'inammissibilità di qualsiasi intervento legislativo che trasformi il giudice amministrativo in un giudice ordinario della pubblica amministrazione e dichiarando costituzionalmente necessaria la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, poiché rinviene il suo fondamento direttamente nell'art. 24 della Costituzione. Vedi, infatti, CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 443 e ss., ove si afferma che l'interpretazione restrittiva della legge delega data dalla Corte chiarisce ancor di più che il risarcimento del danno che il giudice amministrativo è autorizzato a liquidare è proprio quello che consegue alla lesione di interessi legittimi: ossia delle sole situazioni soggettive che, in base all'art. 11, comma, I. n. 59/97, il giudice amministrativo è abilitato a conoscere, quanto meno in prima battuta.

quello che sarà poi l'approdo definitivo della successiva sentenza, n. 204/04<sup>181</sup>. A pilotare le statuizioni del giudice delle leggi, vi è la salda convinzione che estendere le maglie applicative della norma coniata dal legislatore delegato anche alle situazioni di diritto soggettivo, che sorgono quando la p.a. operi in assenza di poteri amministrativi o adottando atti paritetici, significherebbe sottrarre surrettiziamente le posizioni di diritto al suo giudice naturale (il g.o.), in stridente contrasto con gli art. 25 e 113, Cost<sup>182</sup>.

La pronuncia, a ben guardare, precede anche l'assetto normativo che, in materia di illecito civile della p.a., la legge n. 205/2000, porterà a compimento poco più tardi. Ma prima di allora, l'opinione largamente dominante rimase quella di considerare l'art. 35, d.lgs. n. 80/98, come norma di settore, operativa solo nelle materie specificate dal decreto stesso, che attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le questioni risarcitorie che, alla stregua del diritto vivente, erano esclusivamente quelle occasionate dalla lesione di un diritto soggettivo (seppur con le eccezioni di cui si è detto) giammai, comunque, prodotte dalla lesione di un interesse legittimo.

7. La rivoluzione copernicana della prospettiva tradizionale -che indubbiamente influenzò in parte anche la posizione della Consulta in materia di giurisdizione esclusiva- avvenne solo qualche tempo dopo, con una storica pronuncia delle Sezioni Unite<sup>183</sup>.

Con sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, la Suprema Corte di Cassazione ammette definitivamente la risarcibilità generalizzata dell'interesse legittimo, ponendo così fine ad un dibattito durato più di mezzo secolo<sup>184</sup>. E lo fa ripercorrendo le tappe salienti di un

---

<sup>181</sup> Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4.

<sup>182</sup> A dispetto delle considerazioni mosse, peraltro, la giurisprudenza coeva alla pronuncia in epigrafe ha costantemente affermato che, essendo connaturata all'idea stessa di giurisdizione esclusiva l'esistenza di un intreccio insolubile tra diritti ed interessi, non solo affidarne la cognizione in blocco al giudice amministrativo non infrangeva il precetto costituzionale del giudice naturale precostituito, ma era senz'altro consentito dall'art. 103, Cost. Alla luce di ciò, il risarcimento del danno di cui all'art. 35, d. lgs. 80/98, era e poteva essere solo quello da indebita ingerenza nell'altrui diritto soggettivo, con esclusione degli interessi legittimi. Fugare i dubbi esegetici posti dall'art. 35, come originariamente formulato, e ricondurre ad unità gli insanabili contrasti sul punto, fu merito di della su citata pronuncia delle Sezioni Unite -la n. 500 del 1999-, che operò uno storico ripensamento sul punto e su cui ci si soffermerà diffusamente qui di seguito.

<sup>183</sup> L'occasione della svolta fu offerta, anche in questo caso, da una controversia sorta in materia edilizia, con la quale, un privato titolare di aspettativa edificatoria, aveva citato il comune di Fiesole per vederlo condannare al risarcimento dei danni connessi all'illegittimo mancato inserimento dell'area di proprietà dell'istante, oggetto di convenzione di lottizzazione stipulata con l'ente territoriale, nel piano regolatore generale adottato dal Comune medesimo, con delibera successiva all'intervenuto accordo con l'amministrazione, annullata in sede giurisdizionale amministrativa per difetto di motivazione circa le ragioni che avevano indotto il Comune a discostarsi dalla convenzione preesistente (cfr. Cons. St., 22 gennaio 1990, n. 24, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Edilizia e urbanistica*, nn. 141 e 162).

<sup>184</sup> Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, p. 2461 e ss. Sulla decisione in commento la letteratura giuridica è sterminata, cfr., *ex multis*, SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 13 e ss.; ID, *Per una amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4045 e ss.; BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 e ss.; POSSANO, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Riv. Trim. app.*, 1999, p. 336 e ss.; DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1376 e ss.; BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 3 e ss.; PARDOLESI -

percorso accidentato, segnato dall'incalzante susseguirsi di vicende alterne, tra flebili aperture e risolte chiusure.

Le ragioni del formarsi e progressivo consolidarsi di un principio così saldo e inattaccabile, resistente nel tempo, vengono rintracciate e soppesate dalle stesse Sezioni unite, proprio all'atto di dissolvere la regola che fino ad allora gli stessi giudici di legittimità avevano difeso con indefessa convinzione. Quasi che il prendere le distanze da una regola pretoria maneggiata tanto a lungo, implicasse per gli estensori della pronuncia un viatico penitenziale obbligato, una "strategia d'uscita" ben soppesata, che prendesse forma con una aperta rassegna del proprio passato, cogliendone errori di prospettiva e false applicazioni, per poi esaurirsi in un contegno di eloquente distacco ed aperta rottura con il proprio "vissuto"<sup>185</sup>.

---

PALMIERI, *Commento a Cass. S.U. n. 500/99*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 2461; ID., *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 981 e ss.; CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e Dir. priv.*, 1999, p. 1262 e ss.; ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 3222 e ss.; BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 689 e ss.; FALZEA *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 679 e ss.; PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e App.*, 1999, p. 1067 e ss.; PATTI, *Lesione degli interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II, p. 382 e ss.; ALPA, *Il «revirement» della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II, p. 373 e ss.; ALPA - SANINO - STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, p. 427 e ss.; CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 3201 e ss.; FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità. La svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, *ibid.*, p. 3212; SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *ibid.*, p. 3226; OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II, p. 391 e ss.; GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, I, p. 355 e ss.; MARICONDA, *Si fa questione di un diritto civile...*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1381 e ss.; MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. It.*, 2000, p. 21 e ss.; MONATERI, *Il tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 978 e ss.; MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 2274 e ss.; SCHLESINGER, *Scopo della norma violata e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 505 e ss.; VARRONE, *La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi: alcuni equivoci da chiarire*, in *Giur. It.*, 2000, II, p. 1099 e ss.; ORSI BATTAGLINI - MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 e ss.; TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, p. 843 e ss.; VISINTINI, *Obiter dicta e nuove direttive delle sezioni unite in tema di danno ingiusto connesso alla lesione di interessi legittimi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II, p. 386 e ss.; AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. e Dir. priv.*, 1999, p. 1241 e ss.; SALEMME - CARPINELLI, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro Amm.*, 2000, p. 2064 e ss.; SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica Amministrazione e suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. Arbitrato*, 2000, p. 65; DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, in *Foro amm.*, 1999, p. 2007; CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 1061 e ss.; SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 3235 e ss.; LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza 500/SU/99 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 55 e ss.; GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1126 e ss.; BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 1999, p. 897 e ss.

<sup>185</sup> Per un'analoga considerazione, LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 56.

Dalla disamina a ritroso contenuta nella sentenza, la Corte riconosce che il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi non fu altro che il risultato del concorrere di due elementi ostativi, l'uno di carattere sostanziale, l'altro squisitamente processuale. Era, cioè, il precipitato necessario di una storica configurazione dell'interesse legittimo, filtrato nel prisma dell'art. 2043, c.c., nonché di una certa modalità di divisione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Precisamente, a baluardo della soluzione contraria stavano “il peculiare assetto del 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 e 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)<sup>186</sup>”, nonché “la tradizionale interpretazione dell'art. 2043, c.c., nel senso che costituisce “danno ingiusto” soltanto la lesione di un diritto soggettivo, sul rilievo che l'ingiustizia del danno, che l'art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*; *non iure*, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; *contra ius*, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto” proposizione, quest'ultima, che non era mai stata scalfita, fino ad allora, nonostante fosse ben chiaro allo stesso Collegio che l'interesse legittimo “non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel

---

<sup>186</sup> Commenta ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999*, Milano, 2000, p. 29 e ss., che i criteri di riparto non dovevano essere sufficienti a limitare o escludere la tutela di interessi giuridicamente rilevanti che, come tali, andavano difesi con l'impiego dei mezzi offerti dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, sostenendo che si sarebbe dovuta porre una questione di costituzionalità (per violazione degli artt. 24 e 113) delle norme delimitative della giurisdizione amministrativa e dei relativi poteri, se intese nel senso di non attribuire il potere di accordare il risarcimento del danno anche al di là delle materie comprese nella giurisdizione esclusiva.

senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno”<sup>187</sup>.

Considerazioni, queste, che venivano poi accompagnate da un’analisi approfondita e puntuale della propria precedente giurisprudenza in tema di non risarcibilità degli interessi legittimi, richiamando le critiche mosse all’indirizzo in questione, dalla prevalente dottrina e dalla stessa Corte Costituzionale, e sottolineando come l’orientamento stesso fosse stato ridotto, nella sua sfera di operatività, da numerose eccezioni di carattere giurisprudenziale, nonché da una crescente tendenza legislativa di segno contrario<sup>188</sup>.

Su tale base, le Sezioni Unite costruiscono la *pars destruens* del proprio intervento, osservando, con coerenza argomentativa, che “non emerge dal tenore letterale dell’art. 2043, c.c., 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)”. Si rileva “per altro verso, che la scissione della formula "danno ingiusto", per riferire l’aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l’ingiustizia è requisito del danno”<sup>189</sup>.

Al riguardo, allora, non poteva negarsi che “nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia "ingiusto", mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene

<sup>187</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, punti 3 e 5 della motivazione.

<sup>188</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.* Si vedano in particolare i punti 5.1 e ss. della motivazione, dove, tra le tappe salienti del percorso di avvicinamento ad un modello responsabilità generalizzata per illegittimo esercizio dei pubblici poteri, si citano gli orientamenti giurisprudenziali favorevoli ad ammettere la risarcibilità: 1- nei casi di violazione dei cd. limiti esterni della discrezionalità, ravvisata nell’ipotesi in cui la P.A., omettendo di svolgere attività di vigilanza o di informazione, o compiendo erroneamente attività di certificazione, aveva determinato danni a terzi; 2- nell’ipotesi in cui si riconosca la sussistenza dei cd. diritti affievoliti, cioè dell’originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che sia stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo (ed analoga considerazione può valere in relazione all’ipotesi della cd. riespansione della quale beneficia il diritto soggettivo -non originario- nascente da un provvedimento amministrativo, qualora sia stato annullato il successivo provvedimento caducatorio dell’atto-fonte della posizione di vantaggio); 3- quando si faccia questione una posizione di interesse legittimo (pretensivo) anche nei rapporti tra privati, quando la lesione di tale posizione avvenga per effetto dell’illegittimo esercizio di “poteri privati”. Per la legislazione all’epoca “significativa” di un principio opposto a quello dell’irrisarcibilità nella motivazione si ricordano principalmente 1- le norme comunitarie dirette e le norme interne derivate dall’ordinamento sovranazionale (in particolare l’art. 13, legge n. 142 del 1990, e la successiva disciplina in materia di appalti); 2- il rimodellamento del riparto di giurisdizione a costituzione inalterata, introdotto dal d.lgs. n. 80 del 1998 e la contestuale apertura al risarcimento dell’interesse legittimo dedotta dall’art. 35. Un’indiretta sollecitazione nel senso indicato viene colta -ed inclusa nel contenuto della motivazione- anche nei ripetuti moniti della Corte Costituzionale, organo che non ha mancato di rilevare come la tesi che vuole non risarcibili i danni patrimoniali cagionati dall’esercizio illegittimo della funzione pubblica a posizioni di interesse legittimo, in base ad una delle possibili interpretazioni dell’art. 2043 c.c., determina l’insorgere di un problema di indubbia gravità, che richiede “prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali” (sent. n. 35/80), “e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie, ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della P.A.” (ord. n. 165/98).

<sup>189</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, punto 8 della motivazione.

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)<sup>190</sup>.

Seguitando ad utilizzare le parole della Corte, dalle premesse sviluppate si doveva far discendere che “la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui. In definitiva, 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”<sup>191</sup>.

Una volta manifestata l'adesione piena ad una lettura più evoluta dell'art. 2043, c.c., e “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. La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra

---

<sup>190</sup> Vedi nota precedente.

<sup>191</sup> Vedi nota n. 182.

infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto<sup>192</sup>.

Alla frantumazione del blocco ermeneutico che impediva la risarcibilità degli interessi legittimi, i giudici della nomofilachia fecero seguire un'elaborata *pars costruens*, dedicata ad individuare i tratti essenziali della nuova figura di illecito introdotta nell'ordinamento<sup>193</sup>. Nel fare ciò le Sezioni unite danno l'impressione di trascendere -volutamente- i termini del caso concreto, tracciando, forse al di là di quanto strettamente richiesto per definire il giudizio, le linee guida del nuovo diritto della responsabilità pubblica<sup>194</sup>.

Merita di essere ricordato anche l'ulteriore contenuto della motivazione, nel quale si affrontano gli aspetti processuali del nuovo sistema di responsabilità. La Cassazione, riconosciuta, in via generale, la risarcibilità degli interessi legittimi, ne devolve la cognizione, al pari di quanto disponeva l'abrogato art. 13, legge 142/92, al giudice ordinario<sup>195</sup>, discostandosi, però, dallo schema prefigurato dalla legge sugli appalti, nella parte in cui questa prevedeva la necessità del previo annullamento (innanzi agli organi di giustizia

---

<sup>192</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, punto 9 della motivazione. Significativamente, PARISIO, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, Civile n. 500 del 1999*, in *Riv. Giur. ed.*, 1999, I, p. 1240, che in modo puntuale osserva come la Cassazione riconosca inevitabilmente tutte le conseguenze giuridicamente connesse alla natura sostanziale dell'interesse legittimo.

<sup>193</sup> Per un'analisi specifica e puntuale del modulo ricostruttivo adottato dalla Corte per dare forma ed un'impronta definita alla neonata fattispecie di illecito, si rinvia *infra* alla parte seconda, capitolo II.

<sup>194</sup> CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, *cit.*, p. 28, il quale osserva che -come dimostrano l'esempio francese e quello comunitario- nel momento in cui il giudice introduce un principio di responsabilità, non può limitarsi ad affermazioni generiche, ma deve scendere sul piano concreto, edificando un sistema di regole tali da rendere operativo il principio. Si vedano anche PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*, in *Urb. e app.*, 1999, p. 1385; MONATERI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 978.

<sup>195</sup> La decisione delle Sezioni Unite di radicare la giurisdizione in capo al giudice dei diritti, viene fatta discendere dalla "nuova" interpretazione dell'art. 2043, clausola generale sull'illecito civile (completa di precetto e sanzione) che tutela in ogni caso un diritto soggettivo, qualunque sia la natura giuridica della posizione lesa. Si afferma testualmente (Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, punto 10 della motivazione) che "alla stregua della nuova lettura dell'art. 2043 c.c., va senz'altro confermato, con le necessarie precisazioni, l'indirizzo secondo il quale non dà luogo a questione di giurisdizione, ma attiene al merito, la contestazione circa la risarcibilità degli interessi legittimi. Deve infatti ribadirsi, ai fini del giudizio sulla giurisdizione [...]: a) che l'azione di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il previgente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni correlate alle diverse forme della protezione, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento); b) che stabilire se la fattispecie di responsabilità della P.A. per atti o provvedimenti illegittimi dedotta in giudizio sia riconducibile nel paradigma dell'art. 2043 c.c., secondo la nuova lettura, costituisce questione di merito, atteso che l'eventuale incidenza della lesione su una posizione di interesse legittimo non deve essere valutata ai fini della giurisdizione, bensì ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante; c) che una questione di giurisdizione è configurabile soltanto se sussiste, in relazione alla materia nella quale è sorta la fattispecie, una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa alla cognizione dei diritti patrimoniali consequenziali, e quindi delle questioni relative al risarcimento dei danni". Le affermazioni sono conformi ad una tesi già esposta in dottrina: SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, *cit.*, p. 57 e ss.



amministrativa) dell'atto illegittimo, quale condizione indispensabile per poter fruttuosamente esperire l'azione risarcitoria.

La Suprema Corte, all'evidenza, si fa carico dei motivi di perplessità che con cui era stata accolta in dottrina la regola giurisprudenziale della pregiudizialità tra giudizio amministrativo di annullamento e giudizio civile risarcitorio (regola, come già visto, positivizzata dal legislatore in materia di appalti pubblici di rilievo comunitario) e la ripudia, riconoscendo la piena giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie risarcitorie relative alle lesioni di interessi legittimi nelle materie non devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Rilevano i giudici del Palazzaccio che, nel passato, la pregiudizialità cd. esterna era stata “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 mutazione 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.”<sup>196</sup>.

Dopo l'intervento delle Sezioni Unite, dunque, il quadro che si venne a delineare fu del seguente tenore: ammessa la tutela risarcitoria degli interessi legittimi in tutte le materie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, nelle ipotesi normativamente indicate di giurisdizione esclusiva, l'azione risarcitoria doveva essere incardinata innanzi allo stesso g.a., col vantaggio di poter accorpare entrambe le pretese in un *simultaneus processus*.

Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, per converso, se il ricorrente intendeva chiedere la caducazione dell'atto viziato, doveva rivolgersi al giudice amministrativo, se, invece, era interessato in via esclusiva a far valere la pretesa risarcitoria

---

<sup>196</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, punto 11 della motivazione.

(poiché l'annullamento dell'atto era precluso per decorrenza dei termini o dal suo accoglimento non sarebbe potuta discendere una qualche utilità o, ancora, per sopravvenuto disinteresse all'ottenimento di un provvedimento tardivo, benché favorevole, ecc.), poteva adire al giudice ordinario, anche prescindendo dal previo annullamento dell'atto illegittimo.

Il corso così inaugurato evitava di perpetuare il meccanismo defatigatorio che poneva in sequenza un giudizio amministrativo di annullamento ed un giudizio civile di risarcimento che potevano estendersi su cinque gradi di giudizio (o anche di più), meccanismo sicuramente avvertito dai giudici della Corte come in contrasto con il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale.

La soluzione accolta, benché abbia avuto il merito di realizzare un notevole risparmio di tempo (ponendo i due giudizi in parallelo anziché in successione) e consentendo all'individuo ricorrente, al limite, di evitare l'apertura di un fronte contenzioso in sede giurisdizionale amministrativa, lasciava persistere qualche ombra.

Dal punto di vista teorico, si trattava di una recidiva della teoria del *petitum* (annullamento dell'atto al g.a., risarcimento del danno al g.o.) quale criterio di distribuzione tra i due principali plessi giurisdizionali del contenzioso in materia di illecito pubblico, tesi già battuta in passato che recava con sé il riespandersi del rischio di decisioni confliggenti o contraddittorie sulla legittimità di un dato provvedimento amministrativo dal parte del giudice amministrativo e di quello ordinario, investiti, rispettivamente, della questione caducatoria e della domanda di risarcimento del danno ingiusto<sup>197</sup>.

Inoltre, era lecito dubitare se, chiedere a tale giudice il risarcimento per lesione di interessi legittimi (e, quindi, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto di esercizio del potere funzionale) senza la necessità di adire previamente ai tribunali amministrativi, competenti in via esclusiva a conoscere dell'illegittimità dell'azione amministrativa con efficacia di giudicato, non fosse in conflitto con l'art. 103, comma 1, Cost., il quale riserva agli organi della giustizia amministrativa la tutela degli interessi legittimi<sup>198</sup>.

---

<sup>197</sup> Si vedano CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 30; CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1999, p. 2037 e ss.; SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, cit., p. 3235; CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 6 e ss.; CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Caringella e Protto, Milano, 2001, p. 657. In senso analogo, SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., p. 4056, secondo il quale la scelta della Corte è coerente con la valutazione in termini di diritto soggettivo della pretesa avanzata dal cittadino nel chiedere il risarcimento del danno. Critico tuttavia, CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 404 e ss.: non convince pienamente l'Autore la possibilità di scindere la posizione giuridica lesa da uno dei rimedi apprestati per la sua violazione, introducendo nella sequenza un'ulteriore posizione giuridica sostanziale.

<sup>198</sup> In questo senso, LUPO, *I problemi conseguenti alle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 e n. 501 del 1999*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*

Tuttavia, in assenza di una norma specifica sul punto, la Corte, preso atto del progressivo abbandono, da parte del legislatore, del criterio di riparto ancorato alla distinzione tra situazione soggettive, aveva inteso rivisitare, a garanzia delle ragioni del privato, gli ordinari criteri di distribuzione del contenzioso, realizzando, in via interpretativa, una sorta di concentrazione dinanzi al giudice ordinario della tutela giurisdizionale nei confronti dell'amministrazione<sup>199</sup>.

Unica eccezione al criterio di riparto indicato era rappresentata dalle ipotesi di illecito della pubblica amministrazione perpetrato nelle materie affidate alla giurisdizione esclusiva dei TAR, per le quali doveva prevalere la *vis attractiva* delle norme sulla giurisdizione ed era ben possibile attuare l'invocata concentrazione dei giudizi.

8. Per dare una risposta adeguata alle esigenze sopra prospettate, il legislatore, con la l. n. 205/00, art. 7, ha, infine, confermato la risarcibilità diffusa degli interessi legittimi ed ha espressamente devoluto la giurisdizione in tema di risarcimento del danno derivante dalla loro lesione al giudice amministrativo, convogliando la completa cognizione delle controversie originate dalla situazione soggettiva di diritto pubblico verso il suo giudice naturale indicato dalla Costituzione<sup>200</sup>.

La legge, contenente disposizioni in materia di giustizia amministrativa, non si è limitata a ripristinare gli artt. 33-35 del decreto n. 80 (disposizioni mutilate dall'intervento del giudice delle leggi che aveva ritenuto fondata la questione sollevata per eccesso di delega), precisando le nuove materie di giurisdizione esclusiva, ma ha introdotto (principalmente intervenendo sulla l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali

---

n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999, cit., p. 97. A giudizio dell'Autore, la critica indirizzata alla statuizione della Corte condurrebbe, coerentemente, non ad affermare la pregiudizialità esclusa dai giudici, ma a negare la possibilità di ottenere dal giudice ordinario il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, poiché il previo annullamento dell'atto lesivo non muta la natura della situazione soggettiva (che resta di interesse legittimo, tutelato dalla giurisdizione amministrativa secondo l'art. 103), a differenza dell'annullamento dell'atto che abbia degradato un diritto soggettivo, il quale si riepande a seguito dell'annullamento in parola.

<sup>199</sup> PAJNO, *Mutamento dei modelli amministrativi e cambiamento dei modelli di tutela giurisdizionale: «La giurisdizione concentrata»*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999, cit.*, p. 120 - 121, il quale aggiunge che, il completamento del processo di concentrazione delle tutele giurisdizionali presso un unico giudice (la Cassazione), avvenne anche attraverso la costruzione dello schema teorico della fattispecie dell'illecito da illegittimo esercizio della funzione pubblica, all'interno della quale, la questione dell'illegittimità del provvedimento lesivo, diviene un elemento della più complessa fattispecie dell'illecito, il che rendeva superfluo il previsto annullamento dell'atto da parte del giudice degli interessi legittimi.

<sup>200</sup> Con l'art. 7, l. n. 2005/00, si è inteso sostituire l'art. 35, d. lgs. 80/98, che aveva modificato il comma 2, dell'art. 7, l. TAR. La disposizione, che non ha subito ulteriori manipolazioni, nella formulazione attuale, recita: "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." Il testo integrale della legge è reperibile in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1131, con commento di CARBONE, *Le "nuove frontiere" della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*.

amministrativi regionali) nuove regole sull'instaurazione del giudizio amministrativo, sul ricorso in materia di silenzio, sui rimedi cautelari, sull'istruttoria, trasformando intimamente sia il rito previsto per i giudizi di legittimità, sia quello applicabile in sede di giurisdizione esclusiva.

In tal modo, si è data attuazione a quei principi di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale, indispensabili a garantire un sistema di giustizia amministrativa più efficiente, in grado di dare risposte più celeri e realmente soddisfattive delle pretese individuali, estendendo al g.a., nelle controversie di natura risarcitoria, i poteri e gli strumenti istruttori tipici del giudice civile, compresa la facoltà di condannare l'amministrazione al risarcimento in forma specifica<sup>201</sup>.

Più nel dettaglio, per quanto concerne la specifica problematica della responsabilità dell'amministrazione, la novella aveva ricompreso nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le pretese risarcitorie relative alle materie di competenza esclusiva, eliminando la riserva al giudice ordinario delle controversie attinenti ai diritti patrimoniali consequenziali. Ma, soprattutto, aveva ricondotto alla giurisdizione amministrativa tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, abrogando tutte le disposizioni che riservavano le questioni stesse al giudice ordinario<sup>202</sup>.

Era, dunque, evidente l'intento del legislatore di riconoscere, o quantomeno prendere atto, del carattere generale della responsabilità per lesione dell'interesse legittimo e, parallelamente, di attrarre alla giurisdizione del giudice amministrativo (esclusiva o di legittimità) tutte le controversie in materia, ribaltando l'indirizzo a favore del giudice ordinario inaugurato dalla sentenza n. 500 e ripristinando d'autorità la tradizionale regola di distribuzione del contenzioso incentrata non sul *petitum* (secondo l'inversione di rotta operata dalla Cassazione) ma sulla *causa petendi*.

---

<sup>201</sup> Sul punto, CLARICH, *La riforma del processo amministrativo. Introduzione*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2000, p. 1071, il quale scrive che la riforma del processo amministrativo, emanata a conclusione di un decennio di riforme (iniziate con la ben nota legge 7 agosto 1999, n. 241) amministrative caratterizzate dal tentativo di riequilibrare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione sulla base dei principi di garanzia, trasparenza, partecipazione, efficienza e semplificazione, tende a realizzare in modo più compiuto l'ideale dello Stato di diritto. La legge n. 205, dunque, costituiva un tassello necessario di un disegno riformatore più complesso: ad una più ampia possibilità di tutela degli interessi dei privati all'interno del procedimento amministrativo, doveva infatti corrispondere un'articolazione più complessa degli strumenti processuali a disposizione del ricorrente, che consentisse un migliore equilibrio, sotto il profilo della parità delle armi, tra ricorrente ed amministrazione resistente, ed una più accentuata terzietà del giudice amministrativo.

<sup>202</sup> Cfr. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 33; CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 446, secondo il quale, poiché nella giurisdizione esclusiva si fanno valere anche diritti, la formula introdotta dall'art. 7, l. n. 205/00, poteva essere interpretata nel senso che i diritti devoluti alla cognizione del giudice amministrativo vengono tutelati anche con il risarcimento del danno, venendo così a cadere la originaria riserva a favore del giudice ordinario per quanto riguarda i cd. diritti patrimoniali consequenziali.

**PARTE SECONDA**

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

**NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER LESIONE DELL'INTERESSE  
LEGITTIMO.**

**1. Natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo: una questione controversa. Ragioni dell'importanza di una presa di posizione sul punto. La responsabilità o le responsabilità della p.a.? 2. Aspetti differenziali tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. 3. Le ipotesi codificate di responsabilità di dubbio inquadramento e le nuove figure di responsabilità civile: la responsabilità precontrattuale e da contatto.**

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.

Come rilevato dai primi commentatori del testo, con la legge n. 205 del 2000 ed, in particolare, con la riformulazione ad opera della stessa del testo dell'art. 7, comma 3, della legge Tar, si presentava l'occasione per fare chiarezza sulla natura della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo. Invece il legislatore, adottando un enunciato normativo oltremodo vago, pur nell'utilizzo di concetti propri del vocabolario codicistico rinvenibile in materia di responsabilità extracontrattuale (quali "risarcimento", "reintegrazione in forma specifica", "danno" ancorché non qualificato come "ingiusto"), ha mancato qualsiasi riferimento o rinvio alle norme ed ai principi che in sede civilistica hanno regolato tale tipo di responsabilità<sup>203</sup>. Il che ha finito per alimentare molti dubbi in relazione alla corretta riconduzione della responsabilità risarcitoria menzionata nell'alveo del sistema aquiliano. D'altronde, a parere di molti, lo stesso sforzo ricostruttivo operato dalla sentenza n. 500, in tal senso senz'altro utile, non poteva fornire una soluzione valida per ogni ipotesi di responsabilità della P.A. e costituiva, su questo versante, solo un punto di partenza<sup>204</sup>.

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

---

<sup>203</sup> Cfr. ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, p. 352; nonché CERULLI IRELLI, *Tre problematiche aperte sull'azione risarcitoria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24-25-26 aprile 2003, atti del convegno*, Roma, 2004, p. che segnala come l'enunciato normativo contenuto nell'art. 7, l. tar., sia vago e lacunoso.

<sup>204</sup> Si esprime in questi termini CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 2003, p. 684, a giudizio del quale la sentenza ha indicato i presupposti per la tutela risarcitoria, ma lo ha fatto in astratto, con tutti i limiti di una soluzione diretta alla risoluzione di una questione di giurisdizione.

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<sup>205</sup>. L'esempio di certo più chiaro di quanto si va affermando è quello della responsabilità precontrattuale, una figura di responsabilità nominata, di cui è dibattuto a tutt'oggi il se attrarla nell'orbita dell'illecito civile o contrattuale, o se asservire ad essa uno spazio autonomo nel sistema delle illecite civili, elevando la disciplina che le è propria (per quegli aspetti regolati espressamente dal codice civile) a modello di responsabilità alternativo ai due poli tradizionalmente conosciuti<sup>206</sup>.

---

<sup>205</sup> VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1988, p. 1. Avverte l'Autrice che se è vero che la delimitazione delle aree rispettive dei due tipi di responsabilità può essere tracciata con sufficiente precisione tenendo conto della sistematica del codice (laddove vi è inadempimento ad un'obbligazione preesistente la responsabilità è contrattuale, laddove viene causato un danno ingiusto da un soggetto ad un altro, essendo questi estranei l'uno all'altro e non legati da un rapporto obbligatorio preesistente, vi è responsabilità extracontrattuale), la molteplicità delle fonti dell'obbligazione estende l'area della responsabilità contrattuale ben oltre quella degli inadempimenti a obbligazioni derivanti da contratti, creando zone di confine tra i due generi di responsabilità.

In particolare, tra le fattispecie più controverse, vengono indicate in dottrina, tra le altre: gli obblighi di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio (sul tema, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 158 e autori ivi richiamati. Nonché SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, p. 675 e DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, cit., p. 38 e ss., a giudizio dei quali un comportamento che viola tali obblighi integrativi di buona fede, anche se può presentare affinità con i fatti illeciti, è senz'altro fonte di responsabilità contrattuale in quanto il senso della clausola generale di buona fede non può consistere in altro che in un ruolo integrativo dell'autonomia negoziale, tramite un ampliamento delle obbligazioni *ex lege*), la responsabilità dell'alienante verso il primo acquirente in caso di doppia alienazione dello stesso immobile (BRANCA, *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*, in *Foro it.*, 1965, I, p. 1743 e ss., che, in virtù del principio di buona fede, attribuisce natura contrattuale alla responsabilità del venditore, benché da un punto di vista strettamente formale non viene in gioco un vero e proprio inadempimento ad impegni contrattuali), la responsabilità dell'appaltatore per difetti dell'immobile *ex art. 1669, c.c.* (Per la tesi della natura contrattuale, un tempo prevalente tra i giuristi, RUBINO - MOSCATI, *L'appalto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, VII, Torino, 1980, p. 580; GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXIV, Milano, 1977, p. 226 e ss. Per la tesi della natura extracontrattuale, CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, II, Padova, 1991, p. 655).

<sup>206</sup> Sulla qualificazione giuridica della responsabilità in questione la dottrina è divisa. Secondo BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 115 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale: disposizioni preliminari, dei requisiti del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1321 - 1352), Bologna - Roma, 1970, p. 215; MESSINEO, *Il contratto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 892, si tratterebbe di responsabilità contrattuale; l'hanno qualificata, invece, come ipotesi di responsabilità aquiliana, CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Nuovo Dir.*, 1954, p. 485; SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, Torino, 1995, p. 360; BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 157 e ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, 2001, p. 184 e ss.; PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario* diretto da Schlesinger, (artt. 1337-1342), Milano, 1993, p. 45 e ss. Hanno ritenuto di poter ravvisare in essa un *tertium genus* di responsabilità che si aggiungerebbe alla responsabilità contrattuale ed a quella aquiliana, VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario* diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, (artt. 1218-1222), Milano, 2006, p. 75 e ss.; CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1270.

L'esistenza di situazioni che per legislativa ammissione non trovano un completo beneficio dall'applicazione integrale di un genere prestabilito di responsabilità, ha inoltre favorito l'insorgere di studi che, sfruttando la debolezza di un bipolarismo tendenziale del sistema, eroso dal suo stesso interno da tipizzazioni di condotte risarcibili che sempre meno si riconoscevano in un dualismo categoriale, hanno rinvenuto in questa logica la chiave per sostituire (e superare) il legislatore, coniando ipotesi di illiceità speciale confezionate su misura per talune violazioni della sfera individuale<sup>207</sup>. È il caso dei cd. doveri di sicurezza, determinate situazioni di frontiera che si presentano connesse in qualche misura a rapporti di tipo contrattuale (in quanto o si tratta di illeciti commessi in vista della conclusione di un contratto o di comportamenti scorretti che incidono nella fase di esecuzione di quei rapporti obbligatori che, per loro natura, coinvolgono la sfera personale o patrimoniale di uno degli obbligati), accomunate dalla qualificazione del comportamento dannoso in termini di violazione del principio di buona fede<sup>208</sup>.

Si intende come, in un contesto così articolato, divenga indifferibile provvedere all'esatta qualificazione della responsabilità dell'apparato amministrativo. Per questo motivo, le tesi prospettate in dottrina e giurisprudenza sono state numerose e variamente argomentate.

La *summa divisio*, in proposito può delinarsi tra coloro che optano per la necessità di un modello universale o comunque tendenziale della responsabilità dell'amministrazione-autorità e chi propende, piuttosto, per un sistema frazionato della stessa, conseguenza dell'evidente disomogeneità tra le fattispecie di responsabilità della P.A.<sup>209</sup>

È bene però avvisare che, per quanto la diversità delle fattispecie di illecito configurabili rispetto ai pubblici poteri possa sembrare un ostacolo severo alla ricerca di un

<sup>207</sup> Le attenzioni per prime dedicate alla questione descritta, si mossero in una prospettiva parziale. Sul danno meramente patrimoniale come ipotesi di confine tra contratto ed illecito, CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, cit., p. 549 e ss.; BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno» tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 539 e ss., che ha affrontato la problematica indagando la responsabilità da informazioni inesatte. Più recentemente, in chiave generale, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit.

<sup>208</sup> Sulla natura della responsabilità per violazione delle obbligazioni di protezione o sicurezza in genere, per limitarsi ad alcuni richiami essenziali, si suggerisce la trattazione di VISINTINI, *Op. ult. cit.*, p. 2 e SCOGNAMIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 670 e ss.

<sup>209</sup> Nel primo senso si esprime GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 33, nonché CASETTA - FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, p. 19, secondo i quali il rispetto del principio dell'unità del diritto preclude di assoggettare a regimi diversificati fattispecie che l'ordinamento non differenzia. In questo secondo senso, CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 689 e ss., che, a fine esemplificativo, segnala come in taluni casi il danno derivi direttamente dal provvedimento illegittimo (responsabilità da provvedimento), mentre in altri discende dal comportamento tenuto dall'amministrazione, anche attraverso l'adozione di atti, che però non costituiscono diretta causa del danno (responsabilità da comportamento o da scorrettezza). All'interno di tali categorie, poi, rientrano una serie di fattispecie sensibilmente diverse tra loro motivo per il quale diviene imprescindibile risalire dalle singole fattispecie alle singole categorie di responsabilità.



modello univoco di responsabilità della P.A., ciò non ha esonerato l'interprete dal ricercare quanto meno un modello tendenziale o prevalente di responsabilità provvedimentoale, in grado cogliere i tratti essenziali comuni dell'azione dannosa dell'autorità amministrativa. Un modello espressivo di una linea di tendenza, di adesione ad un orientamento di fondo, rispetto al quale, nelle singole proposte, possono trovare spazio deviazioni e accomodamenti giustificati dalla necessità di operare le correzioni obbligate dalla peculiarità del fenomeno osservato.

Si assiste così ad una scacchiera di posizioni dottrinali che cercano di dare risposta alle esigenze di inquadramento dogmatico della materia con teorizzazioni puriste, adottando come schema qualificatorio quello della responsabilità extracontrattuale, contrattuale o precontrattuale, senza contaminazioni di sorta. Così come, sul fronte opposto, non è raro trovare decise prese di posizione a favore dell'inquadramento della responsabilità da lesione di interessi nell'alveo del torto aquiliano, accompagnate dalla proposta di fare applicazione, in relazione a taluni elementi della fattispecie, della disciplina dettata in materia di responsabilità contrattuale, o di operare una fusione dei diversi modelli presenti nel codice civile o tra questi e materiale giuridico proveniente da norme speciali del diritto amministrativo<sup>210</sup>.

Tanto precisato, nei capitoli che seguiranno si darà conto in sintesi degli orientamenti in questione, con l'obiettivo di mettere a fuoco, in ogni tematica affrontata, il fondamento normativo, le ragioni giustificative e le conseguenze applicative che conseguono all'adesione dell'una o dell'altra metodica argomentativa, con attenzione particolare al livello qualitativo complessivo della tutela risarcitoria garantita da ciascuna tesi al privato. Nell'analisi dei singoli orientamenti non saranno svolte considerazioni critiche su ciascuno di essi, reputandosi preferibile raggruppare le relative osservazioni in un apposito paragrafo.

2. Prima di procedere ad esaminare le varie possibilità singolarmente, è opportuno fare cenno ai principali aspetti differenziali tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, al fine di meglio comprendere le ragioni che hanno portato taluni ad abbracciare una tesi piuttosto che l'altra o, addirittura, ad elaborare ed applicare alla materia trattata, figure di responsabilità di nuovo conio.

---

<sup>210</sup> Osserva ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, p. 103, che questo tipo di operazioni non trovano la loro ragion d'essere nella volontà di definire un autonomo inquadramento della responsabilità della p.a., quanto piuttosto nell'intento di offrire al privato maggiori possibilità di tutela. Per una rassegna delle diverse posizioni dottrinali, GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., p. 41 e ss., nonché VILLATA, *Tre anni dopo*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di Sassani - Villata, Torino, 2004, p. 11 e ss, e, di recente, LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009, p. 323 e ss.

Stando all'opinione corrente, le principali differenze di disciplina tra i due generi di responsabilità toccano le seguenti materie: a) onere della prova; b) risarcimento del danno; c) costituzione in mora; d) prescrizione.

In ordine al primo punto, la questione attinente alla modalità di ripartizione dell'onere probatorio, deve essere articolata in due momenti, l'uno che consiste nella prova del fatto oggettivamente dannoso, l'altro che coinvolge specialmente l'assetto regolativo dell'elemento psicologico dell'illecito: la colpa.

In caso di responsabilità aquiliana, normalmente, i principi generali in tema di distribuzione dell'*onus probandi* (art. 2697, c.c.) comportano a carico del danneggiato l'onere di dimostrare la ricorrenza del fatto illecito in tutte le sue componenti, inclusa la prova del dolo o della colpa del danneggiante (art. 2043, c.c.); per converso, nell'ipotesi di responsabilità contrattuale, la regola probatoria contenuta in materia di inadempimento (art. 1218, c.c.) deroga ai principi generali e comporta, a carico del creditore, soltanto la dimostrazione dell'obbligazione preesistente e dell'inadempimento e, a carico del debitore, la prova dell'assenza di colpa. Infatti, in forza di una norma specifica, la colpa del debitore si presume ed incomberà su quest'ultimo l'onere di provare la non imputabilità dell'inadempimento<sup>211</sup>.

Questa regola eccezionale, però, finisce per svilirsi e perdere di significato ricostruendo la nozione di colpa contrattuale sulla scorta della dottrina più recente, intesa a valorizzare la genesi storica delle norme in materia. Partendo dall'assunto secondo cui la colpa contrattuale equivarrebbe non alla negligenza, quanto all'inadempimento<sup>212</sup>, ne discenderebbe *de plano* che, in ossequio alle regole su citate, debba essere sempre il creditore-danneggiato a dover dare la prova della colpa, intesa, in questa diversa prospettiva, nell'accezione oggettivizzata di omissione della condotta dovuta o di attività realizzata con modalità non conforme a quella spettante in astratto.

In altri termini, da questa differente angolazione, la colpa del debitore, al pari di quella del danneggiante, dovrà costituire materia di prova, non potendosi giovare tanto il

---

<sup>211</sup> Cfr., per tutti, DE CUPIS, *Il danno*, I, cit., p. 33 e ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 673.

<sup>212</sup> Più esattamente, la colpa contrattuale, riportata in una dimensione oggettiva, non potrà mai ridursi o identificarsi con la negligenza che, nel campo delle obbligazioni, integra soltanto una delle possibili manifestazioni dell'inadempimento. Per gli opportuni approfondimenti sul punto cfr. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 3, nonché gli Autori richiamati nella nota seguente.

creditore, quanto la vittima del torto extra negoziale, di alcuna speciale agevolazione di tipo presuntivo<sup>213</sup>.

Anche per quanto riguarda l'ulteriore articolazione del *thema probandum*, che si riferisce alla prova del fatto oggettivo dell'inadempimento o della condotta causativa di danno ingiusto, occorre registrare una recente evoluzione della giurisprudenza che si è pronunciata sul punto.

Come chiarito in principio, era sostanzialmente pacifico, fino pochi anni fa, che il creditore che agisse per far valere la responsabilità del debitore dovesse dimostrare la prova dell'inadempimento (come fatto costitutivo della pretesa azionata). Cosicché, in relazione a tale profilo, non era ricavabile alcuna distinzione tra chi agiva per il risarcimento del danno maturato in ambito contrattuale e chi, viceversa, aveva subito un torto extracontrattuale, spettando in ambedue i casi all'attore fornire la prova del "fatto illecito" rilevante.

Senonché, di recente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno reputato di dover abbandonare un indirizzo esegetico lineare, ritenendo che, anche quando il creditore agisse (non per l'esecuzione del contratto, bensì) per far valere la responsabilità per l'inadempimento, non spettava a lui provare l'inesecuzione dell'obbligazione, bensì al debitore dimostrare di aver adempiuto<sup>214</sup>.

Orbene, è chiaro che la portata applicativa della massima e il suo impatto sul sistema generale della responsabilità, sono temi di notevole rilievo che meriterebbero un

---

<sup>213</sup> Si pongono in questa prospettiva, tra gli altri, CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1981, p. 993 e ss.; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 75 e ss. A giudizio degli Autori ciò che cambia, spostandosi dalla prospettiva contrattuale a quella extracontrattuale, non sarebbe tanto la regola probatoria, quanto il concetto stesso di colpa. Nel campo extracontrattuale, infatti, tale nozione conserva un connotato psicologico e comporta un giudizio, in ordine alla sua ricorrenza, individualizzato, che tenga maggiormente conto delle capacità personali del danneggiante (*rectius*, delle capacità personali normalmente rintracciabili in un modello di soggetto danneggiante). Nel campo contrattuale, invece, acclarata l'equazione colpa = negligenza, riservando, quindi l'uso del termine per configurare l'inadempimento o l'inesatto adempimento, l'elemento della colpa si specifica in relazione ad un modello astratto, e quindi ad un parametro oggettivo. Questa differenza strutturale tra le due forme di responsabilità comporterebbe una identità di disciplina sul punto: in entrambe i casi il fatto costitutivo del diritto al risarcimento del danno, cioè la base della responsabilità (fatto illecito o inadempimento) deve essere provato da colui che vuol far valere il diritto al risarcimento, e precisamente dal creditore e dal danneggiato. Considerazioni analoghe sono svolte da BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. Civ. prev.*, 1977, p. 748 e ss. e da SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, *ibid.*, p. 723. I quali sottolineano che la formula dell'art. 1218, c.c., che addossa al debitore l'onere di provare la causa non imputabile dell'impossibilità di adempiere, finisce per avere la stessa portata applicativa delle presunzioni di imputabilità previste in tema di responsabilità extracontrattuale agli artt. 2050 e 2054, c.c. (nei quali la diligenza assume il valore oggettivo di delimitare la liceità della condotta).

<sup>214</sup> La pronuncia cui si allude è Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1565. Per i commenti alla sentenza delle Sezioni Unite, si rinvia a MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, *ibid.*, p. 1569 e ss.; LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro It.*, 2002, I, p. 769 e ss.; CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002, p. 118 e ss.; MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, p. 355 e ss., nonché VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, II, p. 707 e ss.

approfondimento dettagliato esuberante gli spazi dell'odierna riflessione. Pertanto, il tema qui solamente toccato, verrà ripreso e sviluppato nei paragrafi successivi, ma solo nella misura indispensabile a studiarne la penetrazione ed il possibile utilizzo in materia di responsabilità provvedimentale.

Proseguendo oltre nel confronto, Non meno rilievo rivestono le distoniche previsioni in tema di valutazione del danno risarcibile. A questo proposito, peraltro, è possibile affermare che le differenze di disciplina attengono ad un aspetto in particolare, posto che le norme principali in materia, gli artt. 1223, 1226 e 1227, c.c., dettate a proposito dell'inadempimento, sono state richiamate espressamente dall'art. 2056 anche nel campo dell'illecito aquiliano.

L'unica differenza che sembra testualmente recepita dal codice è rappresentata dal mancato richiamo (nell'art. 2056, c.c.) dell'art. 1225, c.c., sicché solo nell'un caso l'entità del pregiudizio sarà ridotta (salvo il caso del dolo del debitore) alla misura dei danni prevedibili al momento della nascita dell'obbligazione (art. 1225, c.c.). Sarà, invece, comprensiva anche dei danni non prevedibili, con il solo limite derivante dalle regole della causalità *ex* art. 1223 e 1227 (art. 2056, c.c.), nella responsabilità da fatto illecito non contrattuale<sup>215</sup>.

Più semplice il discorso che verte sulla terza differenza di disciplina sopra menzionata: la costituzione in mora del debitore.

L'art. 1219, c.c., prevede espressamente la necessità di una richiesta formale di adempimento, al fine di ricollegare gli effetti della mora al ritardo, quando il mancato adempimento riguardi una obbligazione preesistente. Tale previsione viene subito derogata dal secondo comma della medesima norma che, al n. 1), dispensa l'interessato dall'avanzare una richiesta formale di adempimento quando l'obbligazione inattuata sia sorta da fatto illecito.

Secondo una diffusa opinione, dunque, quest'ultima previsione codicistica andrebbe interpretata nel senso letterale e, conseguentemente, riguardare solo l'illecito extracontrattuale, mentre le vicende dell'obbligazione risarcitoria da inadempimento, così come il ritardo nell'adempimento dell'obbligazione originaria, dovevano restare regolate dal

---

<sup>215</sup> Sul tema della prevedibilità del danno come elemento distinguente la materia risarcitoria di fonte contrattuale da quella extracontrattuale, DE CUPIS, *Il danno*, cit., p. 252; LUPOLI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, p. 587 e ss. In senso critico, VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967, p. 109 e ss., che argomenta la tesi secondo cui si tratterebbe di un principio generale della responsabilità, come tale applicabile anche alla fattispecie dell'illecito aquiliano. In argomento, si veda, ad ogni modo, anche TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987, p. 93 e ss.

primo comma della disposizione citata<sup>216</sup>. Di diverso avviso altra parte della dottrina che, nel reputare più conforme alla ragione della norma la contraria soluzione, predica l'estensione della previsione sulla mora automatica anche all'illecito contrattuale che non consista nel ritardo<sup>217</sup>. Con l'effetto di avvicinare sensibilmente, in merito al profilo da ultimo segnalato, la disciplina dei due tipi di responsabilità in commento.

Ulteriore distinguo, poi, viene operato dalla legge per ciò che riguarda la regolamentazione del termine di prescrizione, questione per cui più sovente si è sentito il bisogno di determinare con precisione l'area della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

L'art. 2947, c.c. introduce, infatti, una prescrizione breve di cinque anni per il diritto al risarcimento del danno derivante da responsabilità aquiliana. Viceversa in campo contrattuale, per il quale, stante l'esplicito riferimento della norma speciale al fatto illecito, si applica la regola generale dell'art. 2946, c.c., che prevede il termine ordinario decennale di decorrenza della prescrizione, salve le previsioni di termini più brevi per taluni contratti (art. 2948, c.c. e ss.)<sup>218</sup>.

3. Ma come su accennato il dualismo contrattuale-aquiliano non sembra esaurire la cerchia di relazioni prese in esame dal codice civile, sicché il confronto tra discipline fin qui

<sup>216</sup> In tal senso, BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 165; ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1277 - 1284), Bologna - Roma, 1968, p. 534; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 442, per i quali il riferimento esplicito al fatto illecito (confermato dai lavori preparatori) contenuto nella disposizione in esame, impedisce la estensibilità della regola al danno contrattuale.

<sup>217</sup> Di questo avviso, BIANCA, *Dell'inadempimento*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218 - 1219), Bologna - Roma, 1979, p. 208 e ss.; MACCARONE, *Inadempimento*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da De Martino, libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1276), Roma, 1978, p. 64. Al riguardo viene distinto tra il ritardo, che si qualifica come illecito proprio in quanto il debitore sia stato costituito in mora, e le altre violazioni del diritto del creditore (che prescindono dal ritardo), per le quali valgono le medesime ragioni di sfavore sociale che rendono inammissibile presumere una tolleranza da parte del danneggiato a che sia ritardata la riparazione, e rispetto a cui il debitore deve ritenersi in mora dal momento in cui il danno è stato arrecato.

<sup>218</sup> In questo senso, *ex multis*, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, p. 211; AZZARITI - SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro sesto, *Tutela dei diritti* (artt. 2910-2969), Bologna - Roma, 1972, p. 291; ROSELLI - VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XX, Torino, 1985, p. 451, nonché VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 5. Tuttavia, secondo CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2002, p. 3040, nella prospettiva della teorica relativa alla *cd. perpetuatio obligationis*, non sarebbe assurdo pensare che il diritto al risarcimento, in cui si è trasformato il diritto alla prestazione originaria, si debba ritenere prescrivibile nello stesso termine di quest'ultima, il che assume rilievo soprattutto nei casi di termini prescrizionali di durata diversa da quello ordinario. Ma vedi, altresì, Cass., 12 marzo 1990, n. 2008, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1477 e ss., con nota critica di CREMONINI - FRANCHI, *Aporie della Cassazione in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da inadempimento*, ove i giudici di legittimità, chiamati a pronunciarsi su una questione di mancato adempimento all'obbligo di corresponsione dell'esatto indennizzo da esproprio, affermano che il debito indennitario «non si sottrae alle comuni regole sulla responsabilità per inadempimento, ivi incluse quelle poste dall'art. 1224, c.c., [e] consente di risolvere il quesito dell'individuazione del termine di prescrizione della sua decorrenza, con riguardo al credito risarcitorio in esame. Il termine è di cinque anni, ai sensi dell'art. 2947, 1° comma, c.c., vertendosi in tema di diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito. L'inizio del decorso di detto termine, in applicazione della citata norma, è segnato dal verificarsi dell'illecito a partire dal quale il diritto stesso può essere esercitato. L'illecito di cui all'art. 1224, c.c., si perfeziona con l'insorgere della *mora debendi*».

proposto non può dirsi del tutto esaustivo se non debitamente integrato da un accenno ad due altri tipi di responsabilità categoriale suggeriti dalla dottrina meno risalente.

Le vicende più annose hanno senz'altro a che vedere con l'istituto codicistico della responsabilità precontrattuale, quella peculiare tipologia di illecito commesso in vista della conclusione di un contratto, di cui sembra tutt'altro che pacifico l'inquadramento dogmatico.

L'introduzione di una normativa specifica per i rapporti precontrattuali dal contenuto disciplinare breviloquente, manchevole di una chiara opzione legislativa, è stata diversamente valutata dagli interpreti.

La maggior parte degli studiosi ha imboccato la strada dell'assimilazione, attirando nel paradigma ora contrattuale, ora extracontrattuale, il dettato codicistico inteso a sanzionare i comportamenti riprovevoli degli aspiranti contraenti. Benché non sia mancata qualche voce autorevole propensa a configurare quella sui rapporti prenegoziali come un *tertium genus* di responsabilità, soggetta ad un regime legislativo specifico cui applicare analogicamente i principi generali sulla responsabilità, solo nella misura in cui si riscontri qualche carenza disciplinare specifica<sup>219</sup>.

Pur nella diversità di premesse da cui le singole tesi muovono, è stato rilevato un tratto di singolarità nel dibattito aperto sull'argomento (pressoché esclusivamente dottrinale), accusato di non incidere in misura decisiva nella soluzione dei problemi di trattamento di tale fattispecie di responsabilità<sup>220</sup>.

Esulando dall'oggetto della presente trattazione un approfondimento specifico del tema, ci limiteremo a segnalare che, a ben vedere, se su alcuni profili pur importanti (più precisamente, quelli relativi alla configurazione e prova del fatto oggettivo dell'illecito<sup>221</sup> e della misura e prova del danno risarcibile) si registra una sostanziale convergenza delle soluzioni prospettate, indipendentemente dalla qualificazione prescelta della *culpa in contrahendo*, è pur vero che un corretto inquadramento teorico della questione in qualche caso influenza la decisione in senso favorevole per il richiedente i danni.

In particolare, è affermazione tradizionale che, nel caso di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile consisterebbe essenzialmente nel cd. interesse negativo,

---

<sup>219</sup> Per gli essenziali riferimenti sul punto, si fa rinvio agli autori menzionati nella nota n. 209.

<sup>220</sup> Così D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006, p. 1115.

<sup>221</sup> Cfr. D'AMICO, *Op. ult. cit.*, p. 1115 e ss.

formula delimitativa dell'ammontare risarcitorio ed identificativa della peculiare situazione giuridica tutelata dalla buona fede nelle trattative<sup>222</sup>.

E il riferimento a questa tipologia settoriale di pregiudizio è presente tanto in quegli autori che si richiamano al canone deontologico della correttezza come alla fonte obblighi giuridici dall'anatomia peculiare<sup>223</sup>, quanto in coloro che spiegano il fenomeno indicato come indebita lesione (esterna) all'autonomia negoziale<sup>224</sup>. Non vi si discostano neppure i fautori della tesi autonomistica che, in questo senso, elevano il limite dell'interesse negativo a requisito caratterizzante il nuovo genere di responsabilità<sup>225</sup>.

L'unico aspetto della vicenda riguardo al quale la soluzione qualificatoria riacquista una valenza tutt'altro che indifferente, appartiene alla tematica della colpa<sup>226</sup>.

Riducendo la disciplina normativa ricavabile dagli artt. 1337 e 1338, c.c., ad una derivazione dell'illecito aquiliano, la nozione di colpa rilevante e le regole sulla prova del

<sup>222</sup> Il "tipo" di pregiudizio in cui si identifica l'interesse negativo, che dipende dal tipo di interesse leso cui è correlato, diverso per contenuto e per natura dal cd. interesse positivo, viene generalmente suddiviso in due voci di danno, le spese effettuate per intraprendere una trattativa inutile (danno emergente) e le occasioni di guadagno mancate a causa del coinvolgimento nella vicenda infruttuosa (lucro cessante). Sul punto, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Torino, 1999; SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, VI, Torino, 1975, p. 676; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1121 e ss. Per l'affermazione secondo la quale spetta pur sempre a colui che agisce per ottenere il risarcimento, sia che si tratti del creditore, sia che si tratti del danneggiato, dimostrare l'esistenza e la consistenza del pregiudizio, TURCO, *Op. ult. cit.*, p. 388.

<sup>223</sup> All'interno di quest'ambito ricostruttivo, si assiste ad una conversione "in positivo" della definizione di interesse (negativo) protetto dalla responsabilità precontrattuale che, pur senza apportare modificazioni sostanziali alla misura e all'entità del pregiudizio che il soggetto può risentire per la lesione di siffatto interesse, viene identificato come interesse all'adempimento. Con la variante che gli obblighi al cui adempimento esso si riferirebbe sono obblighi particolari, che, per determinate caratteristiche, si distinguono da tutti quegli altri obblighi la cui violazione dà luogo al risarcimento del cd. interesse positivo. In questo senso, già nella vigenza del codice abrogato, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 288. Di avviso contrario VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1987, p. 264. Sostiene l'Autore che, in un mercato moderno, il problema di tutela dell'affidamento finisce per involgere la generalità dei soggetti che operano nel mercato stesso, sicché appare più rispondente a questa funzione considerare la correttezza nell'attività precontrattuale come un dovere che grava su qualsiasi soggetto, cui fa riscontro l'interesse della generalità degli altri soggetti a non subire, a causa della violazione di tale dovere, un ingiusto danno, piuttosto che come contenuto di un'obbligazione (*ex lege*) che sorge nei confronti di uno o più determinati soggetti già qualificabili come controparti di un rapporto contrattuale *in itinere*.

<sup>224</sup> L'interesse tutelato attraverso la responsabilità precontrattuale andrebbe inteso come interesse a non intraprendere e/o proseguire trattative inutili che un contegno corretto della controparte avrebbe consentito di evitare. In questo senso D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1122. Critico nei confronti di una ricostruzione della situazione lesa in termini di interesse alla libertà negoziale, CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 222, a giudizio del quale la responsabilità precontrattuale nasce dalla violazione di un obbligo derivante dalla buona fede, non direttamente dalla lesione di una situazione soggettiva assoluta. La previsione degli artt. 1337 e 1338, c.c., denota che l'interesse alla libertà negoziale (se mai di esso veramente si tratta) non assume in quest'ambito a situazione soggettiva direttamente protetta, la tutela di esso risultando mediata dalla violazione di un obbligo.

<sup>225</sup> Cfr. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 320 e ss.

<sup>226</sup> Per quanto concerne il discorso della prescrizione, le conseguenze riconnesse alla riconduzione della fattispecie nell'una o nell'altra tipologia di responsabilità non divergono da quanto detto a proposito della distinzione tra inadempimento e torto e, dunque, non si può che rinviare a quanto esposto in quella sede. Relativamente alla tesi della "terza" responsabilità, i sostenitori di detto orientamento giungono a risultati analoghi a quelli ottenuti riconducendo la fattispecie all'ambito della responsabilità contrattuale. Anche in tal caso, cioè, si applicherebbe il termine ordinario di prescrizione, posto che le norme fissative di termini prescrizionali più brevi non sono suscettibili di interpretazione analogica o estensiva. Cfr. sul punto, D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1119.

fatto soggettivo non potranno che seguire quelle utilizzate per accertare i presupposti dell'art. 2043, c.c., accollando al danneggiato l'onere di provare i fatti alla base dell'azione<sup>227</sup>. Così come si assisterà ad un'inversione nella ricerca della prova interpretando le norme in epigrafe come fonti costitutive di situazioni di svantaggio, assimilabili agli obblighi di protezione nell'esecuzione del rapporto contrattuale (art. 1175, c.c.) e rispetto ai quali, dunque, si impone una parificazione di trattamento nelle applicazioni della sanzione per l'inadempimento agli obblighi stessi<sup>228</sup>.

Una visione del tutto autonoma, sganciata da affiliazioni concettuali con i due macrosistemi di responsabilità vigenti, per contro, incentra proprio sulla singolare morfologia della colpa uno degli elementi su cui basare la divaricazione della responsabilità in questione rispetto a quella da inadempimento o da torto, una diversità tale da collocare questo illecito tipico delle parti in una posizione di “terzietà” rispetto alle due ipotesi precedenti.

Nell'ottica ricostruttiva del *terium genus* di responsabilità, infatti, si arriva a ritenere la responsabilità precontrattuale come un'ipotesi di responsabilità oggettiva, sussistente in presenza di un contegno oggettivamente contrario a buona fede, anche se tenuto incolpevolmente<sup>229</sup>. Una simile ricostruzione teorica sarebbe legittimata dallo sforzo interpretativo diretto a ricercare i presupposti costitutivi della responsabilità *in contrabendo* nel territorio demarcato dagli artt. 1337 - 1338, al cui interno non è dato rinvenire alcun riferimento alla colpa del danneggiante, ed il giudizio di riprovazione è affidato alla verifica obiettiva del comportamento (scorretto) di parte<sup>230</sup>.

È evidente come la questione affrontata sia influenzata, a monte, da una problematica giuridica di più ampio respiro, riguardante la corretta catalogazione di quel

---

<sup>227</sup> Cfr. di recente, Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 669 e ss.

<sup>228</sup> Cfr. sull'argomento VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 76. Spiega efficacemente TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 156 e 157, che in quest'ultimo caso gli oneri probatori risulteranno distribuiti nel modo seguente: spetterà all'attore provare la relazione prenegoziale ed il comportamento contrario a buona fede della controparte, mentre sarà posta a carico di quest'ultima la prova della non imputabilità della causa di tale condotta e dell'impossibilità di tenere un contegno conforme a correttezza.

<sup>229</sup> A conclusioni non dissimili giunge D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1118, a parere del quale non sarebbe azzardato affermare che, una volta provato il dato obiettivo consistente nella scorrettezza comportamentale dell'altra parte, da ciò si dovrebbe presumere la colpa del contraente cui è riferibile la scorrettezza acclarata, onde spetterà a quest'ultimo il dare la prova del contrario. E vedi anche TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., p. 386, che richiama espressamente le fattispecie di responsabilità aquiliana in cui la colpa è presunta (con relativa inversione dell'onere della prova).

<sup>230</sup> Si veda VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., p. 79 e 80.



complesso di doveri che caratterizzano le relazioni tra soggetti operanti in determinati contesti regolati dal diritto e che vanno sotto il nome di obblighi di protezione<sup>231</sup>.

Specialmente nell'ultimo decennio è nota l'attenzione riservata alle frontiere mobili dell'obbligazione anche da una giurisprudenza che, in misura sempre crescente, si è "accorta" di un fermento dottrinale dedito, già dai tempi meno recenti, ad allargare il concetto di obbligazione in senso tecnico, fino a ricomprendere, nella sua struttura, segmenti della vita di relazione tradizionalmente regolati dai principi del *neminem laedere*<sup>232</sup>.

Il tema delle trattative contrattuali, infatti, è solo uno dei casi sintomatici del fenomeno indicato, benché sia quello che meglio esemplifichi la tipologia di situazioni caratterizzate, per un verso, dalla mancanza di un preesistente vincolo giuridicamente rilevante tra i soggetti interessati, per l'altro, dalla presenza di un circuito normativo di settore, prescrittivo di specifici e più intensi doveri di salvaguardia delle rispettive sfere giuridiche individuali.

Come osservato in quella sede, le speculazioni teoretiche fiorite attorno ai doveri di protezione, contrastanti in punto di natura giuridica da attribuire ad essi nel nostro ordinamento privatistico, si sono progressivamente indirizzate verso soluzioni che ne privilegiassero la vocazione obbligatoria, in forza dell'ancoraggio codicistico offerto dagli artt. 1175, 1366 e 1375, c.c., e tali da consentire di ascrivere i danni derivati dai doveri disattesi, all'area dell'illecito contrattuale<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> Nella nostra dottrina, il primo impulso agli obblighi di protezione fu dato da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 99 e ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 e ss., 280 e ss., 366 e ss. Trattazioni specifiche sono quelle di BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1964, p. 463 e ss.; CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 709 e ss.; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 e ss. Per un'attenta riconsiderazione della problematica, DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 116 e ss. Tra gli oppositori della categoria degli obblighi di protezione, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 14 e ss.; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, I, P. 210 e ss.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 170 e ss., nonché BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, *passim*.

<sup>232</sup> Il caso giurisprudenziale più significativo è rappresentato, senz'altro, da Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 334 e ss. con nota adesiva di THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, e in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441 e ss. con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*. Di recente, Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26 e Cass., 21 giugno 2004, n. 11488, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 33 e ss., in tema di responsabilità medica e della struttura sanitaria; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2414, sulla condotta auto lesiva dell'alunno; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno e resp.*, 2008, p. 160, in materia di negoziazione di assegni bancari.

<sup>233</sup> Il dibattito che ha interessato la natura dogmatica dei doveri di protezione è ben sintetizzato in BENATTI, voce «Doveri di protezione», in *Digesto Disc. Priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 221 e ss.; cfr. altresì, BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1960, p. 1342.

Per un riferimento ai precitati articoli del codice (che introducono nell'ordinamento il dovere di comportarsi secondo correttezza nell'esercizio dell'autonomia privata) come referenti "istituzionali" degli obblighi di protezione, si vedano BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 99 e ss.; MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1984, p. 507 e ss.

L'elaborazione teorico-scientifica cui si devono i risultati ricostruttivi fin qui raggiunti, viene comunemente indicata come "teoria del contatto sociale" (in ossequio alla nomenclatura di origine tedesca, *sozial-kontakt*, con cui, nella dottrina civilistica germanica cui si fa risalire l'elaborazione originaria, veniva identificata la fattispecie<sup>234</sup>). Grazie ad essa si è potuta prospettare una rivisitazione in senso accrescitivo del sistema delle fonti delle obbligazioni, che ha finito per obliterare la tradizionale bipartizione delle stesse in obbligazioni nascenti dal contratto e dai delitti<sup>235</sup>.

All'origine della riflessione risiederebbero delle considerazioni di teoria generale delle obbligazioni, alla stregua delle quali, tra gli interessi astrattamente rilevanti nella struttura dell'obbligo in senso tecnico, non avrebbe un valore precludente l'interesse all'ottenimento della prestazione principale, ben potendo essere validamente costituita un'obbligazione volta a soddisfare interessi individuali a valle, che assumono la valenza tipologica dell'interesse cd. di protezione<sup>236</sup>.

Questa particolare utilità, che si realizza col conservare indenne la propria sfera personale e patrimoniale, e che usualmente caratterizza il generico dovere del *neminem laedere*, in determinate condizioni di particolare interferenza tra interessi, si converte in specifici obblighi autonomi di "garanzia", figurativamente denominati "senza obbligo primario di prestazione"<sup>237</sup>.

Al di là della dicitura convenzionale, la peculiarità di detto rapporto obbligatorio risiederebbe in ciò, che nelle obbligazioni ivi incardinate non vi sarebbe una mancanza in senso proprio della prestazione principale che, pur presente (diversamente, ai sensi dell'art. 1174, che ne determina i requisiti, non sarebbe neppure configurabile un'obbligazione), non risulterebbe però determinabile, a priori, nel suo contenuto integrale. La caratteristica della

---

<sup>234</sup> Per una panoramica sul pensiero giuridico di matrice germanica, cfr. i richiami presenti in DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro IV, *Delle Obbligazioni*, artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 196 e, soprattutto, in CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 9. Per ulteriori riferimenti, ANGELICI, *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 23 e ss.

<sup>235</sup> Sulla teoria del "contatto sociale" nella letteratura nazionale, cfr. DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 204; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 177 e ss. E, per ulteriori approfondimenti monografici sul punto, CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2006; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.

<sup>236</sup> Sui cd. interessi di protezione, per tutti, DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 121 e ss.

<sup>237</sup> L'espressione, mutuata dalla dottrina tedesca (Larenz), è utilizzata da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 168

prestazione, cioè, sarebbe quella di assumere una forma compiuta solo successivamente all'attivazione dell'obbligo e non al momento della sua origine<sup>238</sup>.

In questo senso, dunque, essi possono considerarsi funzionalmente autonomi, al pari delle obbligazioni "ordinarie", e dar luogo, tanto ad autonomi rapporti obbligatori, privi di un rapporto primario dal contenuto impegnativo prestabilito, quanto innestarsi in un rapporto a topografia complessa, nel quale ad un obbligo principale avente ad oggetto una prestazione compiuta, si sommino una sequela di obblighi accessori e collaterali, attuativi dell'esigenza di salvaguardia del patrimonio altrui<sup>239</sup>.

Sviluppando ulteriormente questi contributi, la dottrina civilistica ha condotto il discorso ad un ulteriore stadio di maturazione. Accanto alle consuete modalità di costituzione dei rapporti obbligatori, per le obbligazioni senza prestazione si è prevista in via interpretativa - e questo rappresenta, probabilmente, l'aspetto di maggior novità - una ulteriore fonte produttiva, concepita con specifico riguardo alle vicende in cui, per le particolarità connesse al caso concreto, gli interessi giuridici emersi in un certo ambito della vita di relazione necessitassero di una più intensa protezione e conservazione da parte dell'ordinamento<sup>240</sup>.

La fattispecie avuta in mente dai sostenitori della teorica in trattazione, definita poi "contatto sociale qualificato", era la risultante di un fenomeno giuridico composito che constava della combinazione di due elementi impreteribili, un principio giuridico immanente in un dato settore delle relazioni sociali ed una selezione di comportamenti umani tipizzati.

---

<sup>238</sup> Sembra opportuno precisare che con il termine "obbligazione senza prestazione", inteso nella sua accezione originaria, la dottrina intendeva evidenziare una caratteristica genetica degli obblighi di protezione, l'essere cioè tanto autonomi da poter esistere anche a prescindere dal rapporto obbligatorio primario e centrale (nel quale esiste un obbligo di prestazione principale) cui normalmente essi accedono. Ciò non pregiudica che, alla formula in uso, si possa attribuire l'ulteriore significato indicato dal testo: la conformazione stessa dell'obbligo protettivo assegna all'interesse "sociale" che ne sta a fondamento (cd. di protezione) un ruolo determinativo della prestazione ben più intenso che nelle obbligazioni con precetto già predefinito nei suoi contenuti. L'esigenza di fare quanto indispensabile per salvaguardare la persona o il patrimonio dell'interessato, può tradursi in condotte (prestazioni) specifiche per l'obbligato non tanto al momento della nascita del vincolo, quanto nel momento logicamente successivo dell'insorgere di una causa di pericolo per i beni dell'altra parte. Solo in quel momento è possibile delineare le attività in grado di realizzare concretamente l'interesse del creditore. Vedi, analogamente, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 127, che su questo aspetto imposta il problema dell'esigibilità dei doveri di protezione. Come afferma opportunamente l'Autore, "trattandosi di doveri suscettibili «di concretizzazione» in ordine allo svolgimento del rapporto, sarà necessario che questa «concretizzazione» si ottenga acciocché i relativi comportamenti possano essere oggetto di domanda giudiziale".

<sup>239</sup> Il concetto è sviluppato in modo compiuto ed articolato da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 150 e ss. che riprende e porta a compimento le tesi elaborate da MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 185 e ss.; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, cit., p. 507 e ss.

<sup>240</sup> Così CASTRONOVO, *Op. ult. cit.*, p. 150, il quale afferma che si tratta di ipotesi nelle quali la forma giuridica del torto extracontrattuale appare insufficiente, in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante o del chiunque, caratterizzata dal mettere in relazione soggetti fino a quel momento estranei, attraverso il danno cagionato da un soggetto a un altro, laddove uno specifico obbligo di attenzione sembra esistere già. In tono critico rispetto a questa impostazione, BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno» tra contratto e fatto illecito*, cit., p. 571 e ss.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, doveva identificarsi in un "contatto" tra condotte, una relazione materiale tra individui slegati da preesistenti *vincula iuris*, non qualificabile in termini negoziali (in tale ultimo caso, non avrebbe avuto senso parlare di contatto, avendo l'esecuzione delle condotte il valore sociale dell'accordo contrattuale), ma allo stesso tempo produttivo di una relazione di tipo obbligatorio, giuridicamente vincolante per entrambi<sup>241</sup>.

Per spiegare i dubbi connessi al fatto che, pur in mancanza di un comportamento dal significato obiettivamente percepito come vincolante o di una norma che fosse espressamente attributiva di effetti negoziali ad un mero atto umano, il semplice comportamento, considerato alla stregua di un fatto asignificativo, fosse idoneo a creare una relazione giuridicamente vincolante, le dottrine del "contatto sociale" hanno individuato la fonte di questi obblighi di "garanzia", nei principi generali a vocazione protettiva o in specifiche norme positive di natura elastica<sup>242</sup> (come, ad esempio, l'affidamento e la buona fede nei rapporti precontrattuali o, come si illustrerà meglio in seguito, l'affidamento ed il buon andamento nelle dinamiche procedimentali) che caratterizzano distintamente taluni settori dell'ordinamento ad avanzato stato di giuridicità.

Il contatto, in definitiva, finisce col creare un rapporto obbligatorio di fonte legale ma indiretta; non, cioè, costituito per statuizione testuale di una disposizione specifica<sup>243</sup>, ma ricavato per il tramite di un principio generale, più o meno intensamente ancorato ad una precisa norma<sup>244</sup>. E l'ammissibilità dogmatica di un simile procedimento ricostruttivo sarebbe consentita dal sistema delle fonti delle obbligazioni delineato dall'art. 1173, c.c.,

---

<sup>241</sup> Sulla natura non negoziale del "contatto" tra le parti, produttivo degli obblighi di protezione, CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 4, che rivisita in senso correttivo l'affermazione, ricorrente nella dottrina italiana (ed in contrasto con la dottrina germanica), secondo la quale nelle obbligazioni nate da un contratto, fonte degli obblighi di protezione sarebbe il contratto stesso, di cui essi si porrebbero come effetti integrativi. A giudizio dell'autore, lo scopo protettivo che appartiene alle norme espressive del principio di correttezza conferisce alle stesse un ruolo limitativo dell'autonomia privata tale da conferire agli obblighi di protezione, persino in un contesto di contrattualità, natura legale in ogni caso. I doveri di protezione, cioè, si riallacciano alla relazione sorta tra le parti con la sola entrata in contatto.

<sup>242</sup> Si rifà all'affidamento quale fonte diretta degli obblighi a contenuto protettivo, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 370, cui *adde* CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 163 e 164.

<sup>243</sup> Valga, per tutti, l'insegnamento di MENGONI, *Op. ult. loc. cit.* Secondo il quale a far sorgere direttamente l'obbligazione *ex lege* non basterebbe l'esistenza delle norme, ma serve anche il fatto giuridico che ne costituisce titolo specifico.

<sup>244</sup> Così, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., nella cui motivazione si legge che tale ultima possibilità sarebbe ammessa da una moderna lettura della norma dell'art. 1173 Codice civile -dedicato, per l'appunto, alle fonti dell'obbligazione- che "consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale [...], che trascendono singole posizioni legislative". Ma vedi, in senso contrario, Cass., 26 luglio 2002, n. 6588, dove si dice che l'art. 1173, c.c., non consente la creazione di fonti d'obbligazione diverse da quelle previste dalla legge. A metà strada tra i due orientamenti si pone la tesi di MENGONI, *Le obbligazioni, in I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, I, Milano, 1993, p. 248, secondo il quale dai principi della Costituzione l'interprete può desumere obblighi nei rapporti intersoggettivi privati solo per il tramite di una clausola generale contenuta in una fonte di rango inferiore, in particolare una clausola del codice civile, onde si tratta pur sempre di obblighi *ex lege*.

che, nell'enunciare tra le cause di produzione di queste "ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico"<sup>245</sup>, rende l'alchimia giuridica su indicata nient'altro che una specificazione applicativa della locuzione utilizzata dal disposto del codice<sup>246</sup>. Assumendo una tale ipotesi ricostruttiva, si consentiva di ottenere un duplice risultato: allargare, da un lato, l'area dei danni risarcibili e permettere, dall'altro, l'applicazione alla fattispecie dei principi e dei criteri propri della responsabilità contrattuale<sup>247</sup>.

A queste condizioni, un'ulteriore occasione per esplorare le potenzialità espansive della nozione di contatto sociale, fu offerta dalla riflessione maturata sul campo della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, un settore in cui il tema risarcitorio muoveva i suoi primi passi e l'elaborazioni teorica sviluppata, dalla fisionomia ancora assai fluida ed incerta, non fu risparmiata dalla contaminazione culturale con una teorica declinata secondo esigenze delineatesi originariamente nell'ambito dei rapporti interprivatistici.

Di questo aspetto in particolare, relativo alla traslazione di quel modello, ad opera di esponenti della dottrina amministrativistica, nei rapporti tra privato e p.a., si tratterà diffusamente nei paragrafi successivi, quando, confluendo il discorso verso il vivo dell'indagine, si affronterà la questione, tra le più sentite ed attuali nell'universo della responsabilità pubblica, della qualificazione giuridica dell'illecito provvedimento.

Per ragioni di coerenza sistematica (dando così la percezione esatta dell'evoluzione intellettuale sul punto), però, l'alternativa qualificatoria su citata, sarà posposta nell'ordine della trattazione. I diversi insegnamenti verranno passati in rassegna, in successione,

---

<sup>245</sup> La stessa scelta terminologica opzionata dai compilatori del codice quando si parla di "conformità all'ordinamento giuridico", lascia intravedere una zona di rilevanza normativa più vasta rispetto a quella delle obbligazioni *ex lege* in senso stretto. Se la norma di cui all'articolo in commento avesse voluto restringere l'ambito oggettivo di rilevanza agli obblighi legali lo avrebbe fatto, come altrove nel codice, servendosi di una proposizione più determinata, quale ad esempio la locuzione "nei casi previsti dalla legge" oppure "negli altri casi indicati dalla legge". Il riferimento all'ordinamento giuridico nel suo complesso (e, dunque, alle clausole elastiche, ai principi desumibili da una norma singola o da un complesso, ai principi generali dell'ordinamento o di un segmento di esso) e la relazione tra fatto ed effetto istituita dalla norma in termini di conformità (il che implica necessariamente un giudizio valutativo-comparativo più ampio e complesso del semplice accertamento fatto accaduto-fatto descritto in astratto che caratterizza l'operatività delle norme direttamente produttive di obblighi), sembrano dare ragione ad un'accezione allargata del disposto di cui all'art. 1173, c.c. Sul punto, CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Trattato della resp. Contr.* diretto da Visintini, I, 2009, p. 48 e ss.

<sup>246</sup> Nel senso che la formula finale dell'art. 1173, c.c., ha aperto la strada verso l'atipicità delle fonti dell'obbligazione e che in pari tempo essa vada riferita anche agli obblighi di protezione, MENGONI, *Le obbligazioni*, cit., p. 248 e ss.

<sup>247</sup> Così DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 203. Osserva CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, cit., p. 81 e 82 che la genesi della responsabilità da contatto sociale qualificato rappresenta il vero scopo dell'obbligo senza prestazione in quanto, caratterizzazione distintiva di questa categoria di obbligazioni è che di esse non si potrebbe pretendere l'esecuzione, ma solo lamentare l'inadempimento. Diversamente, DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 126 e ss. che, a certe condizioni, ne ammette l'azionabilità al fine di ottenere l'adempimento in forma specifica.

principiando dalla prospettiva con cui per prima è stata accolta dal diritto vivente la tutela risarcitoria garantita al privato: la tesi della responsabilità aquiliana.

## (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE.

**1. La sentenza n. 500/99 e l'inquadramento della responsabilità della p.a. nel paradigma aquiliano: motivi della scelta. 2. Peculiarità dell'illecito e rapporti con lo schema predisposto dall'art. 2043, c.c. 3. Elementi della fattispecie: la condotta e l'evento. 4. Il nesso di causa. 5. L'antigiuridicità 6. La colpevolezza. 7. Meritevolezza dell'interesse e determinazione del *quantum debeatur*.**

1. 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<sup>248</sup>.

<sup>248</sup> Nel senso della responsabilità extracontrattuale cfr., senza pretese di completezza, BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500, cit.*, p. 335 e ss.; DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, cit., p. 1376 e ss.; ID., *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 388 e ss. (benché l'Autore sembri aver mutato avviso nell'opera successiva, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 201); CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit.; ALPA, *Il «revirement» della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, cit., p. 373 e ss.; MONATERI, *Il torto da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, cit., p. 978 e ss.; DUNI, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in *Riv. amm.*, 1999, p. 767 e ss.; BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, cit., p. 3 e ss.; ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 982 e ss. (vedi, però, del medesimo Autore, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 225, dove si distingue tra comportamento "non-attuoso" e comportamento "attuoso" dell'autorità amministrativa: nel primo caso si condivide la tesi di una responsabilità di tipo contrattuale e non aquiliano, mentre nel secondo si afferma l'esistenza di una responsabilità aquiliana potenzialmente derivante dalla lesione dell'aspettativa non alla correttezza dell'azione amministrativa, ma alla adozione di un provvedimento favorevole); TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 1654 e ss.; VILLATA, *Tre anni dopo*, cit., p. 30 e ss.; RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 716 e ss.; VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui «diritti del giudice amministrativo»*, Napoli, 2001, p. 188 e ss.; MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 2148 e ss.; SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, p. 354; LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002; FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania 24-25-26 aprile 2003. Atti del Convegno*, a cura di CARIOLA - RAPISARDA - RISTUCCIA - SCOCA, Roma, 2004, p. 25; ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, 2002, p. 120 e ss.; SATTA, voce «*Giurisdizione esclusiva*», in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001, p. 582 e ss.; VISINTINI, *I fatti illeciti*, I, *Ingiustizia del danno*, Padova 2004, p. 487 e ss.; ROMEO, *Gli "umori" della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 2003, p. 144 e ss.; MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, p. 13 e ss. Nell'ambito della manualistica si vedano CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 668, che sembra aderire alla posizione espressa dalle sezioni unite della Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999 (ma, per un mutamento di opinione dello stesso autore, cfr. *Tre problematiche aperte*, cit., p. 122 e ss.); TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005, p. 79 ss., che però osserva come, rispetto alla lettura data dalla Cassazione nel 1999, la giurisprudenza del giudice amministrativo successiva alla legge n. 205 del 2000 abbia espresso

Questa soluzione fu adottata per la prima volta dalle Sezioni Unite, nella nota pronuncia, n. 500 del 1999, ed ancora oggi risulta essere quantitativamente la più seguita dalla prevalente giurisprudenza civile, prima e amministrativa, poi<sup>249</sup>.

Il primo passo in questa direzione fu quello di riconoscere dignità di interesse giuridicamente rilevante all'interesse legittimo, e di danno ingiusto alla lesione occasionata allo stesso, al pari di quanto pacificamente riconosciuto per i diritti soggettivi o per gli altri interessi di non mero fatto. Valorizzando il profilo dell'ingiustizia del danno, in mancanza di un apparato dispositivo *ad hoc* o di dati del diritto positivo che legittimassero altre conclusioni, è stato quasi doveroso attrarre la questione della risarcibilità dell'interesse legittimo al paradigma dell'illecito extracontrattuale<sup>250</sup>.

---

indirizzi diversi sul modello di responsabilità da applicare (con riflessi sulla rilevanza e sulla prova dell'elemento soggettivo); CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 607 e ss.; CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 443 e ss., che affronta l'argomento in relazione al problema dell'onere della prova, che graverebbe sulla P.A. se fosse accolta la tesi, proposta da una parte della giurisprudenza, della responsabilità "da contatto"; CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 363 e ss.

<sup>249</sup> In senso conforme alla svolta, nel periodo immediatamente successivo si vedano, tra fra le tante, Cass., 18 aprile 2001, n. 5684, in *Cons. Stato*, 2001, II, p. 1266 e ss.; Cass., 4 settembre 2001, n. 11396, in *Con. giur.*, 2002, p. 343 e ss.; Cass., 21 settembre 2001, n. 11955, in *Cons. Stato*, 2001, II, p. 2067; Cass., 19 luglio 2002, n. 10549, in *Danno e resp.*, 2003, p. 100 e ss. Più di recente, cfr. Cass., 11 giugno 2003, n. 9366, in *Foro It.*, 2003, I, p. 3359 e ss., con nota di FRACCHIA - OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, *ivi*, p. 3360 e ss.; Cass., Sez. un., 24 settembre 2004, n. 19200, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 1335. Per un quadro di sintesi, TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999*, n. 500/SU, in *Foro it.*, 2004, I, p. 798 e VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, p. 263. Nella giurisprudenza amministrativa, invece, si segnalano TAR Lazio, 3 luglio 2002, n. 6115, in *Danno e resp.*, 2003, p. 320 e ss.; TAR Puglia, 18 luglio 2002, n. 3399, *ivi*, p. 322 e ss., con commento di GRECO, *Lesione di interessi legittimi e responsabilità da contatto amministrativo qualificato*. Più di recente, Cons. St., 12 marzo 2004, n. 1261, in *Urb. e app.*, 2004, p. 799 e ss.; aderisce espressamente alla tesi "aquiliana" anche Cons. St., 6 luglio 2004, n. 5012, in *Foro It.*, 2005, III, p. 247; Cons. St., 10 agosto 2004, n. 5500, in *Corr. giur.*, 2005, p. 29 e ss.; Cons. St., 23 giugno 2006, n. 3981, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 11 ottobre 2006, n. 6059, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 2761; Cons. St., 3 aprile 2007, n. 1514, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 1225.

<sup>250</sup> Nel periodo anteriore al pronunciamento del 1999, i tentativi di dimostrare, in seno al dibattito dottrinale, la possibilità di risarcire i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo si sono mossi, fatte salve talune eccezioni, sul presupposto della naturale riconducibilità della fattispecie nell'ambito della disciplina di cui all'art. 2043, c.c. Ciò ha sicuramente indotto la diffusa convinzione che il richiamo al sistema dell'illecito aquiliano fosse una costante giuridicamente fissata della materia risarcitoria da illegittimo esercizio delle funzioni pubbliche. Esempio, sul punto, è Cons. St., 7 febbraio 2002, n. 686, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 453 e ss., dove si legge che «è *ius positum* che la risarcibilità dell'interesse legittimo è da riportare alla clausola generale di cui all'art. 2043, c.c.», nonché, per la dottrina TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, p. 199, il quale afferma che sembra ormai costituire *ius receptum* anche nel diritto interno che la responsabilità per lesione dell'interesse legittimo vada ricondotta al paradigma extracontrattuale; similmente, LO PRESTI, *L'elemento soggettivo nel nascente modello di responsabilità provvedimentoale della pubblica amministrazione*, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, II, p. 98 a giudizio del quale l'esigenza di una ricostruzione del sistema della responsabilità civile della p.a. in maniera conforme alla struttura dell'illecito aquiliano anche per le ipotesi di danni riconducibili all'esercizio di un potere pubblico, scaturisce, oltre che dalle indicazioni della sentenza n. 500 del 1999 e dal parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato sul testo del decreto n. 80 del 1998 (che chiarisce, senza incertezze, che la responsabilità dell'amministrazione si inserisce nel sistema ordinario dell'illecito civile), dai principi generali dell'ordinamento. Critico nei riguardi del percorso argomentativo seguito, GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, *cit.*, p. 7 e 8, ad opinione del quale, l'impressione che se ne ricava è che il modello della responsabilità extracontrattuale, si imponga più per una sorta di forza propria che gli deriva dal peso della tradizione e dall'insuccesso dei tentativi di impennare su cardini pubblicistici la teorica del torto amministrativo che per ragioni di carattere giuridico. Costata anche COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, p. 43, che allo schema dell'illecito aquiliano si continuano a tributare tralaticie attestazioni di validità generale.

Partendo dall'assunto secondo cui presupposto indefettibile della responsabilità contrattuale è la preesistenza, rispetto alla lesione, di un rapporto obbligatorio tra due soggetti coinvolti, non v'era chi non vedesse che tra privato e pubblica amministrazione mancava una siffatta tipologia di legame giuridico<sup>251</sup>.

Tra questi due soggetti, in verità, era dato rinvenire solo una particolare relazione di matrice pubblicistica che non interessava diritti (relativi) e obbligazioni, bensì poteri e interessi legittimi<sup>252</sup>.

La diversa natura delle due relazioni non ne consentiva l'assimilazione e, di conseguenza, l'applicabilità della disciplina a tutela del creditore alla fattispecie *de qua*, doveva ritenersi esclusa. L'unica strada percorribile dunque, rimaneva quella di configurare la lesione degli interessi legittimi in termini di responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043, c.c.<sup>253</sup>

---

<sup>251</sup> Per la presenza nell'illecito contrattuale e l'assenza in quello aquiliano di un preesistente e particolare rapporto giuridico che lega le parti per mezzo di un composito quadro di vincoli obbligatori come criterio distintivo tra le due ipotesi di responsabilità, *ex multis*, BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 52 - 53; SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., p. 672. Relativamente all'attività amministrativa, rileva COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 54, che gli illeciti compiuti dall'amministrazione nell'esercizio di attività giuridiche, le quali solo con l'appendice terminale del provvedimento toccano le situazioni giuridiche degli amministrati, si iscrivono a pieno titolo nello schema della responsabilità del «passante» o del «chiunque» di cui all'art. 2043, c.c.; negli stessi termini CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 704, per il quale, nell'ambito del procedimento, amministrazione e cittadino vengono spesso in contatto tra loro ma, da questo contatto (eventuale), non sembra nascere un vero e proprio rapporto obbligatorio il cui inadempimento costituisca fonte di responsabilità contrattuale. In molti casi, constata SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., p. 4060, la relazione tra privato e p.a. si manifesta solo *ex post*, dopo l'adozione del provvedimento, il cui carattere discrezionale ed unilaterale mal si concilia con un'obbligazione contrattuale e determina, e non segue, il definitivo assetto di interessi.

<sup>252</sup> Relazione che, nella concezione tradizionale, non poteva essere neppure letta o qualificata in termini di rapporto giuridico che, tutt'al più segue e non precede il provvedimento. Così, ad esempio, MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, cit., p. 36, il quale ebbe a notare che l'annullamento di un rifiuto non ripristina alcun rapporto preesistente, proprio perché un rapporto si avrebbe solo per effetto del provvedimento positivo. Questa stessa concezione è stata confermata in termini generali da ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, cit., p. 178 con la seguente massima: «la potestà non può mai essere contenuta in un rapporto, ma precede sempre quest'ultimo». Affronta il tema della dinamica procedimentale in termini relazionali, benché tenendo distinto il rapporto amministrativo da quello obbligatorio, la dottrina successiva (specialmente all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241/90): per tutti, SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, cit., p. 11; NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., p. 479; LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 e ss., che assume il procedimento come modulo dell'agire pubblico in cui l'amministrazione ed i soggetti interessati danno vita ad un «rapporto impegnato e razionale». Ma vedi già BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 799 che parla del procedimento come regola del rapporto tra le parti nella dinamica dell'attuazione del potere.

<sup>253</sup> In relazione a quanto detto, non si deve trascurare la circostanza che taluni studi in ambito civilistico fossero dedicati a dimostrare come l'esistenza di una relazione tra soggetto danneggiato e soggetto danneggiante diversa dal rapporto obbligatorio, sorta anteriormente all'evento dannoso, non sia ostativa alla qualificazione della responsabilità pubblica in termini di illecito civile. Nel senso ora precisato, BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, cit., p. 335 e ss.; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2003, p. 108, il quale è incline ad affermare come ciò che rileva affinché sia applicabile lo statuto dell'illecito aquiliano non è tanto la presenza o l'assenza di un «rapporto» tra gli individui interessati dalla vicenda di danno, quanto la circostanza che non risulti accertabile *a priori* quale sia, nel contrasto tra l'interesse del primo e l'interesse del secondo, quello destinato a prevalere atteso che di tale prevalenza si potrà decidere solo *a posteriori* a seguito del confronto tra i due interessi effettuato dal giudice onde verificare il ricorrere del requisito dell'ingiustizia del danno.



A conforto del percorso argomentativo seguito, era stato ulteriormente 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”<sup>254</sup>. 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<sup>255</sup>.

2. Una volta individuata la *sedes materiae* più appropriata, non restava che verificare, alla luce delle peculiarità proprie del rapporto pubblicistico violato, se i presupposti richiamati dalla norma cardine dell'illecito non contrattuale dovessero rimanere i medesimi o se, invece, dovessero subire un'inevitabile alterazione.

<sup>254</sup> Scrive sul punto FRANCO, *Gli strumenti di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dall'annullamento dell'atto lesivo al risarcimento*, Padova, 2003, p. 533 e ss. che il legislatore, dovendo prendere posizione in relazione ai modi e agli strumenti tecnico-giuridici da utilizzare al fine di definire le controversie sul risarcimento del danno provocato dal provvedimento o comportamento illegittimo della p.a., ha individuato detto strumento nel ricorso alla nozione giuridica di “danno ingiusto”. In tal modo il legislatore medesimo avrebbe mostrato di volersi muovere nell'ottica dell'illecito extracontrattuale, ascrivendo a questo *genus* la (relativamente) nuova forma di responsabilità della p.a. Anche per MAZZAROLI, *Quasi una relazione, a mo' di conclusione*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento. Trento, 9-10 novembre 2000*, Trento, 2001, p. 341, l'“ingiusto” che qualifica il danno di cui all'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998 riconduce all'art. 2043 c.c. Ma già prima della modifica al testo originario del citato art. 35, comma 1, ad opera della legge 205/00, osservavano CARINGELLA - DALLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, Milano, 1999, p. 125, che la disposizione, nel riprodurre la locuzione di cui all'art. 2043 c.c., appariva di per sé volta a rimettere al g.a., come in passato era stata rimessa al g.o., la soluzione del problema relativo alla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi. In definitiva, la mutazione soggettiva dell'organo giurisdizionale chiamato a risolvere il problema non innovava il fatto che questo dovesse essere comunque risolto con l'arma dell'art. 2043 c.c., ossia verificando se per danno ingiusto si intendeva ancora la sola lesione di diritti soggettivi o se la clausola fosse suscettibile di traslazione a posizioni di interesse legittimo; in questo senso, peraltro, era tutta la dottrina che per prima aveva commentato la disposizione, come puntualizza DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 765, nota 200.

A rafforzare questo convincimento potrebbe ulteriormente contribuire la fattispecie di illecito della p.a. recentemente introdotta nell'impianto normativo della l. n. 241/90. L'art. 2-bis, della legge generale sul procedimento amministrativo, nel sanzionare testualmente con il risarcimento del danno l'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento, sembra quasi ricalcare la formulazione dell'art. 2043, c.c.: oltre a riproporre l'utilizzo del sintagma “danno ingiusto” per delimitare l'area del pregiudizio risarcibile, precisa i contorni della condotta omissiva in termini di inosservanza “dolosa o colposa”. Non potendo, in questa sede, dedicare all'argomento richiamato l'indagine cognitiva che meriterebbe, basterà osservare, per rimanere in un'angusta prospettiva ancorata ai soli indici testuali, che i concetti di dolo o colpa vengono richiamati nell'ordinamento anche in materia di responsabilità contrattuale (si veda, ad es., l'art. 1225, c.c.).

<sup>255</sup> Dubbi in merito sono stati però avanzati da ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi*, cit., p. 352, nota n. 2, a giudizio del quale il legislatore della novella, all'art. 7, ha ommesso qualsiasi riferimento all'ingiustizia del danno, circostanza questa che non può passare inosservata atteso che, solo due anni prima, l'aggettivo “ingiusto” compariva nell'art. 35 del d.lgs. n. 80/98. Peraltro anche nel testo vigente del predetto articolo, modificato ad opera della stessa legge n. 205 del 2000, permane l'espressione “danno ingiusto”. Sul fronte opposto, a conforto dell'idoneità della responsabilità extracontrattuale a costituire il modello prevalente della responsabilità della p.a., fa leva sul diritto comunitario CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 326 e, più di recente, CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 685, secondo cui, tale esigenza risulta ancora più accentuata in considerazione della regola del parallelismo tra responsabilità delle istituzioni europee e responsabilità degli organi nazionali per violazione delle norme comunitarie. Ricorda l'Autore che l'art. 288, comma 2, del Trattato UE indica espressamente nella “responsabilità extracontrattuale” il titolo conformemente al quale devono rispondere le istituzioni comunitarie per danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

Indubitabilmente, la fattispecie illecita di nuova genesi mostrava delle peculiarità che difficilmente potevano appiattirsi sulla morfologia di una norma edificata dai compilatori del codice avendo in mente tutt'altro genere di collisione tra sfere soggettive. Il che non poteva essere trascurato.

La condotta lesiva era posta in essere da un ente immateriale di natura pubblicistica il che, per la teoria della rappresentanza organica, comportava una scissione tra il soggetto autore dell'atto concretamente lesivo e il soggetto destinatario degli effetti dell'illecito. Per altro verso, trattandosi di lesione di interessi legittimi, assumeva un ruolo centrale, nella struttura dell'illecito, l'atto amministrativo adottato e la verifica della sua illegittimità.

Per queste ragioni, tanto l'elemento oggettivo, quanto quello soggettivo dovevano essere decodificati in modo compatibile con le note dominanti di questa particolare tipologia di illecito, pur senza snaturarne o sovvertirne la traccia originale descritta dall'art. 2043, c.c.<sup>256</sup>

**3.** 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.: 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 antigiridicità 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).

Il primo dei fattori che compongono la base oggettiva dell'illecito è costituito dalla condotta. Al riguardo, quando vengono in gioco poteri funzionali, questa si sostanzia nell'adozione, da parte della p.a., di un atto amministrativo illegittimo che abbia indebitamente compresso o mancato di ampliare la sfera giuridica del destinatario. Ciò che lede (ed è idoneo a ledere) concretamente la posizione giuridica tutelata dalla norma, cioè, è e può essere soltanto un provvedimento autoritativo emesso da un organo pubblico, difformemente dal suo paradigma normativo<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Parla di manipolazione delle componenti richieste dall'art. 2043, c.c. operata con eccessiva disinvoltura dalla dottrina e dalla giurisprudenza, pur nel dichiarato intento di conformarle alle peculiari esigenze connesse alla veste ed al ruolo dell'amministrazione di cui si sentono interpreti, GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., p. 12.

<sup>257</sup> Sull'elemento oggettivo della condotta e sulle sue specificazioni in ordine alle varie forme dell'illecito della p.a., cfr. MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in

Pertanto, nel definire gli estremi della condotta, assume un ruolo centrale la verifica, *in primis*, dell'esistenza di un atto amministrativo di natura provvedimentoale, poi, della sua illegittimità<sup>258</sup>.

L'evento dannoso, di conseguenza, sarà il pregiudizio economico derivante al privato dall'indebita ablazione o dalla mancata espansione del diritto, dovuto al cattivo esercizio del potere. Conseguente, cioè, alla lesione dell'interesse rilevante per l'ordinamento nelle forme dell'interesse legittimo, quando questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita (poiché è la lesione dell'interesse -sostanziale- all'acquisizione o alla conservazione del bene della vita richiesto che importa ai fini in esame)<sup>259</sup>.

---

[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Al di là dei casi di illecito commissivo, punto di riferimento stabile per lo studio dell'argomento, vi sono tuttavia ipotesi in cui il danno non deriva da un provvedimento ma da un comportamento dell'amministrazione, non accompagnato dall'adozione di atti formali ovvero abbinato ad atti amministrativi legittimamente adottati. In tale ultimo caso, trattandosi di comportamenti scorretti posti in essere pur in presenza di atti legittimi, è dubbio che si sia in presenza di una lesione aquiliana di interessi legittimi (ammette questa possibilità FRANZONI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed il risarcimento del danno*, in *Quaderni del Consiglio di Stato: Nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, Torino, 2000, p. 279 e ss., argomentando dal dolo incidente e dai casi giurisprudenziali di responsabilità precontrattuale dichiarata a prescindere dall'annullamento del contratto. Per ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 743 e ss., appare invece plausibile una responsabilità da atto legittimo nelle ipotesi di affidamento incolpevole determinato dalla condotta provvedimentoale dell'amministrazione). Nell'ipotesi di condotte materiali, invece, verrà in considerazione un'ipotesi di risarcimento da lesione di interessi legittimi solo allorché il contegno manifestato dall'amministrazione sia esecutivo di un precedente atto illegittimo o sia comunque collegato, anche solo mediatamente, all'esercizio di un potere. In caso contrario, verrà in rilievo un comportamento mero, lesivo al più di un diritto soggettivo, mai di un interesse (DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, p. 582)

<sup>258</sup> Propone una diversa prospettiva SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., p. 4050 - 4051 e in partic. nota n. 8, il quale riconosce che l'illegittimità è elemento che attiene generalmente ma non necessariamente al provvedimento. La violazione di disposizioni vincolanti, cioè, sebbene non deducibile in certi casi come vizio dell'atto, emerge sempre e comunque come illegittimità dell'azione, da considerarsi essa stessa come condotta dell'illecito a prescindere dal se sfoci in attività formalmente provvedimentoale.

<sup>259</sup> Nell'impostazione originariamente impressa dalle Sezioni Unite, allo scopo di contenere una proliferazione eccessiva di interessi protetti, la lesione dell'interesse legittimo è stata concepita come condizione necessaria ma non sufficiente ad integrare uno degli elementi indispensabili per l'accesso (l'evento dannoso) alla tutela risarcitoria ex art. 2043, c.c. A tal fine, occorrerà, altresì, che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima, l'interesse al bene della vita al quale esso si correla, salvo poi a verificarne (in aggiunta), secondo il prudente apprezzamento del giudice, la "meritevolezza" alla luce dell'ordinamento positivo, ovvero la sua intrinseca probabilità di trasformarsi nell'utilità conclusiva. Affine a questa linea di pensiero è la dottrina favorevole all'elaborazione di criteri tesi ad eleggere come risarcibili solo talune categorie di interesse legittimo. Per tutti, BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "mero sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 272 (che ritiene di scindere gli interessi legittimi in aspettative tutelate e mere aspettative); VIRGA, *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), p. 5 - 6 (che utilizza la distinzione da lui stesso proposta tra interessi legittimi formali e sostanziali) e, con posizioni assai prossime alla sentenza della Corte, MAZZAROLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998, p. 1694; CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p. 285; FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità*, cit., p. 3220. Critico nei confronti della ricostruzione svolta sul punto, SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, cit., p. 16 e ss., a parere del quale, in questo quadro, la lesione dell'interesse legittimo logicamente non sarebbe neppure condizione necessaria, dato che l'ingiustizia può direttamente parametrarsi sulla lesione dell'interesse (tutelato) al bene della vita, senza necessità di passare attraverso la mediazione dell'interesse legittimo. Rispetto a tale orientamento, replica l'Autore che l'interesse legittimo è, nel suo nucleo, sempre uguale a se stesso, dunque, o se ne ammette sempre la risarcibilità o non la si ammette mai. Sul tema della "meritevolezza" di tutela, mentre l'orientamento consolidato in materia di interessi oppositivi -ripreso dalle stesse Sezioni Unite- è di ritenere la lesione degli interessi medesimi di per sé stessa risarcibile, la valutazione della consistenza dell'aspettativa al bene della vita emerge inevitabilmente sul versante degli interessi pretensivi. Per una sintesi dei criteri che si sono variamente alternati in giurisprudenza si fa rimando al prosieguo del paragrafo, quando si tratterà dei criteri di determinazione del danno risarcibile. Per una disamina completa della questione si rinvia comunque a CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 94 e ss.

4. Per poter rilevare *sub specie* di illecito, la Corte di cassazione ha ulteriormente precisato che i due termini materiali della fattispecie devono essere inseriti in un particolare legame, il cd. nesso di causa, che, secondo l'esegesi ortodossa della nozione, ricorre quando l'evento risulti essere la conseguenza immediata e diretta della condotta, quando, cioè, rinvenga in essa il suo imprescindibile antecedente logico-fattuale<sup>260</sup>.

Nondimeno, anche in ordine a questo elemento, i giudici di legittimità hanno avvertito il bisogno di adattare le regole civilistiche, che postulavano una verifica del rapporto di consequenzialità fondata sul criterio della adeguatezza sociale, alla struttura *sui generis* dell'illecito dell'amministrazione, caratterizzato dall'essere soggetto attivo della fattispecie un ente immateriale. Il che richiedeva un indispensabile coordinamento con il principio di immedesimazione organica che ne governa l'imputazione degli atti.

La soluzione fatta propria dalla Corte, negli arresti successivi, fu quella di scomporre la fase di accertamento del rapporto causale in due momenti distinti, tesi ad individuare, preliminarmente, un rapporto di causalità, inteso in senso classico, tra atto invalido e pregiudizio al patrimonio, in una seconda fase, ad indagare la ricorrenza di un ulteriore legame che collegasse, questa volta, l'azione o omissione concretamente realizzata dal funzionario che agiva per l'amministrazione e l'apparato pubblico di riferimento<sup>261</sup>.

Alla stregua di questo riscontro aggiuntivo, non ogni attività svolta dal soggetto incaricato avrebbe comportato l'automatica imputazione del risultato finale all'amministrazione, occorrendo al tal fine che ricorresse il cd. nesso di necessaria occasionalità, ovvero che l'espletamento dei compiti demandati al funzionario (che abbia compiuto l'abuso) fosse stato l'occasione imprescindibile per porre in essere la condotta vietata.

---

<sup>260</sup> Secondo quanto statuito dalla stessa Cassazione, Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*, il giudice adito «dovrà inoltre 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.». Prosegue su questa linea Cons. St., 18 novembre 2002, n. 6393, in *Dir. e form.*, 2003, p. 226; Cons. St., 20 dicembre 2005, n. 7215, in *Foro amm. C.d.S.*, p. 3594: a giudizio del Supremo consesso di giustizia amministrativa, per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi non è sufficiente la declaratoria giurisdizionale della illegittimità di un atto amministrativo, ma è altresì indispensabile una puntuale e ragionevole dimostrazione del rapporto di causa ed effetto che si instaura tra atto illegittimo e danno. Sulla necessità del nesso causale affinché sia affermata la responsabilità civile della p.a., vedi già GALATERIA - STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 401.

<sup>261</sup> Cfr. Cass., 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3288: «presupposto della responsabilità diretta della P.A. per fatto del proprio dipendente è la cd. "occasionalità necessaria", che sussiste tutte le volte in cui la condotta del dipendente sia strumentalmente connessa con l'attività dell'ufficio». Per la soluzione secondo la quale, ove l'azione sia strumentalmente connessa all'attività dell'ufficio potrà dirsi configurato lo stesso nesso causale, Trib. Roma, 21 maggio 2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 572 e, in dottrina, GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 1340, per il quale non si richiede il rapporto di causalità, ma solo quello di necessaria occasionalità.

5. La ricorrenza di questi elementi non è stata considerata comunque sufficiente, dalla giurisprudenza civile, a completare l'*iter* oggettivo della fattispecie. Essenziale a ciò sarebbe stata l'imprescindibile valutazione, in concreto, dell'ingiustizia del danno.

L'impostazione maggioritaria, in proposito, tende a decodificare il concetto di "ingiustizia" del danno come l'offesa prodotta non solo da un'azione *contra ius*, ma, ancor prima, *non iure*, ovvero posta in essere in assenza di una causa di giustificazione<sup>262</sup>.

Tale requisito, che va sotto il nome di antiggiuridicità, ha alimentato non poche discussioni in ordine alla ammissibilità di una richiesta risarcitoria del tutto sganciata dal pervio annullamento dell'atto illegittimo. Il dibattito, che a tutt'oggi non può dirsi sopito, prende le mosse proprio dall'esigenza di conciliare l'elemento dell'antigiuridicità con il principio di esecutività dell'atto amministrativo, alla stregua del quale quest'ultimo, ancorché illegittimo, deve reputarsi efficace ed esecutivo fino alla pronuncia costitutiva del giudice amministrativo<sup>263</sup>.

In forza di questa peculiare caratteristica del provvedimento, l'eventuale esecuzione di questo, benché invalido, sarebbe legittimamente supportata dall'esercizio del potere funzionale attribuito dalla legge e la condotta, di conseguenza, scriminata dal principio generale deducibile dall'art. 51, c.p.<sup>264</sup>

<sup>262</sup> La formula accolta dalla giurisprudenza, del danno *non iure* e *contra ius*, riassume la doppia valenza che l'ingiustizia può assumere quale caratteristica del danno, in conseguenza di una condotta diretta a realizzare una situazione non meritevole di tutela e quale evento lesivo di una situazione meritevole di tutela: per tutti, Cass., Sez. un., 30 marzo 1972, n. 2135, in *Foro it.*, 1972, I, p. 880: «l'ingiustizia, che l'art. 2043 assume quale componente essenziale della fattispecie di responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*». Sul ruolo dell' "ingiustizia" nella fattispecie illecita da illegittimo esercizio di pubblici poteri, SALERNI, *Il risarcimento dei danni per lesione di interessi giuridicamente rilevanti*, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* a cura di FOLLIERI, Milano, 2004, p. 190 e ss., che mette in risalto le contrapposizioni di dottrina e giurisprudenza nella ricostruzione dell'elemento menzionato; nonché ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, cit., p. 139 e ss.

<sup>263</sup> Salvo che l'amministrazione non rimuova il provvedimento in via di autotutela o ne sospenda gli effetti con apposito provvedimento di secondo grado. In tal caso, si raggiungerebbero i medesimi effetti di una pronuncia caducatoria al fine di poter reputare sussistente il requisito dell'antigiuridicità della condotta. Sull'esecutività del provvedimento amministrativo, MANCUSO, *Esecutorietà, efficacia ed esecutività del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa: commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005* a cura di Tomei, Padova, 2005; DANIELE, *Riflessioni su esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 15 del 2005*, in *Giust. amm.*, 2007, p. 170 e ss.; LOPILATO, *"Efficacia" ed "esecuzione" dell'atto amministrativo dopo la riforma del 2005*, in *Stud. iuris*, 2007, p. 145 e ss.; PAOLNTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. n. 241/90*, in *Giust. amm.*, 2005, p. 92 e ss.

<sup>264</sup> Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 26 marzo 2003 n. 4, in *Foro amm. C.d.S.*, p. 885 e ss.; Cons. St., 18 giugno 2002, n. 3338, in *Foro It.*, 2003, III, p. 311: in entrambe le pronunce si afferma che, «in presenza di un atto amministrativo, mai impugnato e ritenuto solo incidentalmente illegittimo dal giudice amministrativo ... sussisterebbe un'evidente contraddittorietà tra l'accertato obbligo di risarcimento e la permanente efficacia di un atto fonte di pretese risarcitorie anche ulteriori». Il medesimo indirizzo è stato riaffermato da Cass., 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2073 (ove si dice che «l'antigiuridicità del provvedimento non può essere accertata in via incidentale e il giudice non può qualificare come fatto illecito una situazione che, non essendo stata rimossa mediante gli specifici rimedi, l'ordinamento riconosce e garantisce come produttiva di effetti») e da Cons. St., Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Dir. proc. Amm.*, 2008, p. 570 e ss., nel cui pronunciamento si ha cura di chiarire che «l'azione risarcitoria [è] impedita, piuttosto che dalla decadenza, dalla non configurabilità, in presenza di un provvedimento inoppugnabile così come in presenza di un provvedimento inutilmente impugnato, di una sua condizione, che la contraddizione legittimità-illiceità rende

Al fine di superare questo ostacolo, dunque, si sono contrapposte due diverse soluzioni, una, a tutt'oggi difesa dai giudici di Palazzo Spada, secondo cui sarebbe indispensabile chiedere ed ottenere il previo annullamento dell'atto illegittimo e solo successivamente, nel medesimo o in separato giudizio, domandare il ristoro del danno (cd. pregiudiziale interna)<sup>265</sup>.

L'altra, fatta propria dalle Sezioni Unite, a giudizio dei quali non sarebbe necessario richiedere il previo annullamento dell'atto, ben potendo il giudice ordinario (e, dopo l'avvento della legge n. 205/00, anche il giudice amministrativo, seppur in via analogica) ricorrere allo strumento disapplicativo (disapplicazione diretta) di cui all'art. 4, LAC, per privare di efficacia scriminante l'atto illegittimo, oppure, in via interpretativa, riquilibrare l'atto illegittimo *sub specie* di fatto illecito, applicando la teoria della cd. pluriquilibratura dell'atto amministrativo<sup>266</sup>.

6. Per quanto concerne, infine, l'elemento della colpevolezza, occorre individuare una soluzione 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<sup>267</sup>.

Anche in questo caso il collegio degli ermellini si pone in aperta rottura con l'orientamento tradizionale, di derivazione penalistica, della *culpa in re ipsa*, secondo cui

---

essenziale, la formale inesistenza, cioè, della ingiustizia del danno che è nucleo essenziale, anche se non sufficiente, della illiceità». Afferma GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., che solo con la rimozione dell'atto invalido la condotta vulnerativa della p.a. poteva ritenersi non più coperta dall'esercizio di un potere a valenza pubblicistica; sullo stesso piano, ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 983 e ss.; ALPA, *Trattato di diritto civile*, IV, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 542 e ss.

<sup>265</sup> Oltre alle decisioni richiamate nella nota precedente, per un'adesione all'orientamento tradizionale in tema di pregiudizialità amministrativa, cfr. Cons. St., 4 maggio 2005, n. 2168, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 1461; Cons. St., Ad. Plen., 9 febbraio 2006, n. 2, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 367; Cons. St., 8 maggio 2007, n. 2136, in *Urb. e App.*, 2007, p. 970; Cons. St., 8 giugno 2007, n. 3034, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 1828; Cons. St., 17 luglio 2008, n. 3592, in *Stud. iuris*, 2009, p. 357; Cons. St., 21 aprile 2009, n. 2436, in *Dir. proc. Amm.*, 2009, p. 511.

<sup>266</sup> Escludono in necessario previo annullamento dell'atto, tra le altre, Cass., Sez. un., 23 gennaio 2006, n. 1207, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 366; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13659 e ID., 13 giugno 2006, n. 13660, in *Giust. amm.*, 2006, p. 569; Cass., 17 ottobre 2007, n. 21850, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 231; Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2007, n. 386, in *Urb. e App.*, 2007, p. 970; Cass., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Giur. it.*, 2009, p. 1578.

<sup>267</sup> Sul tema della colpa, tra gli altri, CARRA, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006, p. 47 e ss.; ALÌ, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale*. Catania, 24-25-26 aprile 2003, cit., p. 109 e ss.; CILIBERTI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, a cura di Follieri, Milano, 2004, p. 253 e ss.; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., p. 347 e ss.; VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da lesione di interessi pretensivi e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2004, p. 267 e ss.; RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in GAROFOLI - RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, p. 138 e ss.; ZITO, *Il danno da illegittimo*, cit., p. 153 e ss.; ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, cit., p. 185 e ss.; TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimentale*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 67 e ss.

L'elemento della colpa sarebbe ravvisabile nella violazione stessa delle norme che regolano l'azione amministrativa (colpa specifica, ex art. 43, com. 3, c.p.) e, dunque, coinciderebbe con l'illegittimità stessa dell'atto<sup>268</sup>. L'illegittimità dell'atto, per ciò solo, dimostrerebbe la negligenza del funzionario agente e, per lui, della p.a. nell'esercizio delle sue funzioni.

La svolta delle Sezioni Unite, invece, consiste nel prendere in considerazione non solo la condotta del singolo agente, ma della p.a. nel suo complesso, ovvero come apparato organizzato e soggetto in capo al quale va rintracciato l'elemento soggettivo.

Inoltre, a giudizio della Corte stessa, trattandosi di apparato pubblico, è la stessa nozione di colpa a dover essere integrata. Essa si arricchisce di quelle regole di imparzialità e buon andamento che l'art. 97 Cost. pone come limite esterno alla discrezionalità amministrativa e la cui violazione integra un'ipotesi di colpa al pari dei precetti elencati dal citato art. 43, c.p.<sup>269</sup>

Alla luce di ciò, la p.a. deve ritenersi in colpa quando dall'accertamento in concreto del suo assetto organizzativo e gestorio emerga un'organizzazione inefficiente, al di sotto degli standard minimi di buona amministrazione e che tali disfunzioni abbiano reso possibile l'agire concreto del funzionario<sup>270</sup>.

7. Una volta precisati gli elementi alla luce dei quali accertare la sussistenza dell'*an debeat*, compito della Corte fu quello di chiarire quale fosse la tecnica liquidativa del danno

<sup>268</sup> La regola, espressa dalla vecchia giurisprudenza della Corte di Cassazione, è presente, ad esempio, in Cass., Sez. un., 22 ottobre 1984, n. 5361, in *Cons. St.*, 1985, II, p. 57; Cass., 9 giugno 1995, n. 6542, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 191. Ma cfr. ROMEO, *Gli "umori" della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 175 e nota 17, il quale segnala alcune recenti pronunce del giudice amministrativo di primo grado nelle quali la colpa è stata ritenuta *in re ipsa* sulla base della riscontrata illegittimità dell'atto amministrativo, la cui esecuzione è pur sempre dovuta al comportamento volontario del funzionario agente.

<sup>269</sup> Questa definizione della colpa, già sperimentata nella sentenza n. 500 del 1999 e, ancor prima, da Cass., 24 maggio 1991, n. 5883, in *Foro it.*, 1992, I, p. 453, è ripresa da una serie di decisioni successive, anche del giudice amministrativo. Da ultimo, cfr. Cons. St., 13 luglio 2006, n. 4440, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 7507; Cons. St., 5 ottobre 2005, n. 5367, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, p. 2887; Cons. St., 30 settembre 2005, n. 5204, in *Urb. e App.*, 2006, p. 324; Cons. St., 12 gennaio 2005, n. 45, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 6 marzo 2007, n. 1049, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 3. In dottrina, vedi ZITO, *Il danno da illegittimo*, cit., p. 155; BUSSANI, *Colpa e responsabilità della p.a. nella lesione di interessi legittimi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, p. 439 e ss. e, in senso critico, ROMEO, *Gli "umori" della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 174.

<sup>270</sup> Ulteriori indirizzi sul tema della colpa sono stati proposti in dottrina da MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, cit., p. 833 e ss., il quale ne integra la disciplina attraverso il richiamo dell'art. 2236 c.c., che ricollega la limitazione della responsabilità di chi affronti problemi tecnici di speciale difficoltà ad un profilo di colpa grave; e da LO PRESTI, *L'elemento soggettivo nel nascente modello di responsabilità provvedimento della pubblica amministrazione*, in *Trib. amm. reg.*, 2002, II, p. 100 e ss. che ne suggerisce una configurazione in negativo, quale assenza di errore scusabile, che dovrebbe pur sempre essere provata dal privato (opina però diversamente BUSSANI, *Colpa e responsabilità*, cit., che suggerisce di considerare l'illegittima privazione o l'illegittimo diniego del godimento di un bene della vita, che spetterebbe al cittadino in base alla normativa vigente, come presuntivi dell'esistenza di colpevoli carenze organizzative e di funzionamento della pubblica amministrazione, rimanendo però pur sempre salva la possibilità per l'autorità di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile. Lo schema logico descritto è applicato ora da Cons. St., 3 aprile 2007, n. 1514, n. *Riv. trim. app.*, 2007, p. 803 e Cons. St., 9 marzo 2007, n. 1114, in *Resp. Civ. e prev.*, 2008, p. 204).

utilizzabile in materia di interessi legittimi, di fissare, cioè, i parametri per determinare il danno risarcibile (*quantum debeatur*)<sup>271</sup>.

In particolare, relativamente alla lesione degli interessi cd. pretensivi, i giudici di legittimità ritennero opportunamente di dover diversificare la soluzione in ragione della natura vincolata o discrezionale dell'atto ampliativo illegittimamente rifiutato<sup>272</sup>.

Nel primo caso, infatti, trattandosi di atti dovuti, era sufficiente la verifica, da parte del giudice, dei presupposti cui la legge subordina il rilascio del provvedimento, non potendosene la p.a. discostare in sede di esecuzione. Ciò consentiva al giudice medesimo di considerare già di spettanza del ricorrente, dal momento dell'originaria istanza da questi avanzata all'amministrazione, il bene della vita sotteso al provvedimento richiesto. Il che autorizzava a qualificare il pregiudizio derivante dall'aspettativa illecitamente sacrificata, come danno da ritardata attribuzione di un vantaggio finale che questi aveva già il diritto di ottenere (cd. danno da ritardo)<sup>273</sup>.

Diverso discorso era a farsi nell'ipotesi di atti discrezionali, rispetto ai quali la p.a. veniva chiamata ad operare una rivalutazione, ora per allora, degli interessi in gioco, il che rendeva soltanto possibile l'eventualità che il nuovo procedimento avesse un esito favorevole<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Una delle principali implicazioni che conseguono dall'adesione alla tesi della responsabilità extracontrattuale è la ritenuta necessità che sia accertata - ancor prima della liquidazione del danno - la concreta spettanza dell'utilità conclusiva in capo al destinatario dell'illecito. Da ciò deriva una parziale sovrapposizione, in materia di interessi pretensivi, dei criteri di selezione del pregiudizio meritevole di tutela aquiliana (cd. giudizio sulla spettanza) con i mezzi di verifica dell'entità della diminuzione patrimoniale risarcibile. Sulla stretta connessione tra il profilo dell'*an debeatur* e la quantificazione del pregiudizio economico, GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001, II, p. 1346. Sul tema del danno risarcibile, tra gli altri, FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, p. 317 e ss.

<sup>272</sup> Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.* Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, la stessa Suprema Corte non fa che confermare il risultato cui si era pervenuti sotto il regime della precedente giurisprudenza, incline a tutelare detto interesse nelle forme del diritto soggettivo. Come in quel contesto, il danno risarcibile potrà ravvisarsi nella perdita economica connessa all'ingiusto sacrificio subito dal privato. Critica nei confronti di tale orientamento la giurisprudenza amministrativa che, ad esempio, nega il risarcimento del danno nel caso in cui il provvedimento compressivo è viziato per ragioni di forma o per violazioni di norme sul procedimento e, in generale, per la non attitudine dei vizi ad incidere sull'esito finale del procedimento (Cons. St., 24 febbraio 2004, n. 1261, in *Urb. e App.*, 2004, p. 803 che, pur avendo teorizzato la nuova categoria del danno "da disturbo", ha però di fatto escluso il risarcimento in un caso di provvedimento di ritiro della concessione edilizia formalmente illegittimo ma considerato sostanzialmente giusto).

<sup>273</sup> Cfr. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, *cit.*, p. 111 ove si legge che, in caso di attività vincolata, il giudizio di prognosi postuma implica semplicemente l'applicazione alla fattispecie della normativa rilevante al fine di accertare se la soddisfazione del bene della vita cui aspira il cittadino era o meno garantita dalla legge.

<sup>274</sup> Una giurisprudenza consistente dei Tar sembra escludere in radice una tutela risarcitoria in caso di lesione di interessi pretensivi causati dall'esercizio di poteri discrezionali, si veda ad es. TAR Lombardia, 23 novembre 2005, n. 1217, in *Urb. e app.*, 2006, p. 237; TAR Lazio, 10 marzo 2004, n. 2293, in *Trib. Amm. Reg.*, 2004, p. 15; TAR Puglia, 17 gennaio 2000, n. 169, in *Danno e resp.*, p. 561; TAR Puglia, 18 luglio 2002, n. 3401, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 3753; TAR Veneto, 20 novembre 2001, n. 3980, in *Riv. amm. Veneto*, 2002, p. 98 e ss.



In proposito, le vie astrattamente percorribili erano essenzialmente due, o attendere la conclusione del nuovo procedimento e, se favorevole all'interessato, adire nuovamente al giudice per ottenere il risarcimento del danno derivante dal ritardo con cui era stato adottato il provvedimento<sup>275</sup>, o considerare l'aspettativa originariamente fatta valere come posta attiva già presente nel patrimonio del ricorrente e consentire al giudice, prima ed a prescindere dalla riedizione del potere, una verifica probabilistica (*ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*) sulla spettanza del bene della vita e, all'esito di questa, condannare o meno la p.a. a risarcire l'aspettativa lesa, *sub specie* di perdita di *chances* favorevoli di conseguimento dell'utilità sperata<sup>276</sup>.

Optando per quest'ultima soluzione, però, si prospettava l'ulteriore alternativa tra la risarcibilità delle *chances* favorevoli solo a patto che la probabilità di un loro esito positivo superasse la soglia del 50% (reputando quelle che non raggiungessero tale *quorum* non meritevoli di tutela), e la risarcibilità della *chance* in sé, sganciata dalle valutazioni probabilistiche, rilevando, le percentuali favorevoli, sono ai fini della quantificazione del danno<sup>277</sup>.

---

<sup>275</sup> In questo caso, la liquidazione del danno va a coprire il pregiudizio economico, in termini di danno emergente e lucro cessante, derivante dalla ritardata acquisizione dei vantaggi attesi dal provvedimento (Cfr. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 1345 - 1346). È peraltro opportuno segnalare come, in taluni casi, la giurisprudenza del giudice amministrativo ha escluso il diritto al risarcimento quando, dopo la sentenza di annullamento, residuava un potere discrezionale dell'amministrazione: cfr., ad esempio, TAR Puglia, 19 aprile 2002, n. 1752, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Friuli Venezia Giulia, 26 gennaio 2002, n. 4 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Puglia, 10 gennaio 2001, n. 2979 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Friuli Venezia Giulia, 10 febbraio 2001, n. 44 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Puglia, 17 gennaio 2000, n. 169 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Secondo il Consiglio di Stato, il diritto al risarcimento sussiste solo dopo e a condizione che la p.a., riesercitato il potere come le compete per effetto del giudicato, abbia riconosciuto al richiedente il bene della vita, nel quale caso l'unico danno che concretamente è disposto a risarcire è quello relativo al pregiudizio per il ritardato conseguimento dello stesso. Per tutti, Cons. St., 11 dicembre 2006, n. 7215, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 15 aprile 2003, n. 1945, in *Urb. e app.*, 2003, p. 1077, nonché Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro It.*, 2006, III, p. 1, che ha rigettato la domanda risarcitoria riferita ad un provvedimento negativo adottato con ritardo, sul presupposto che una tutela risarcitoria è ammissibile solo nel caso della mancata emanazione o di ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato, suscettibile di attribuire una utilità sostanziale ovvero il bene della vita richiesto. Sembra avvicinarsi a questa idea anche Cass., 4 giugno 2007, n. 18511, in *Danno e resp.*, 2998, p. 771, che, però, distingue tra esito favorevole o meno nella riedizione del potere. Conforme è l'opinione di CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 79 e ss.

<sup>276</sup> La Cassazione, seguendo l'indirizzo della sentenza n. 500, una volta effettuata positivamente la valutazione prognostica sulla spettanza del bene vantato e cioè sull'esito favorevole del procedimento, ammette il risarcimento del danno alla stregua della perdita di *chance*. Cfr. Cass., 29 marzo 2006, n. 7228, in *Danno e resp.*, 2007, p. 157 e ss.; Cass., 25 novembre 2003, n. 17940, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 311. In questo stesso senso vedi pure, Cons. St., 14 settembre 2006, n. 5323, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1157.

<sup>277</sup> Se si ammette che la perdita di *chance* sia risarcibile in sé, come eliminazione di una posta attiva del patrimonio, le percentuali favorevoli rileveranno solo ai fini quantitativi, fermo restando che in questo, come nell'altro caso confrontato, esse possono rilevare come parametri di riferimento di un criterio di liquidazione che deve necessariamente essere quello equitativo previsto dall'art. 1226, c.c.: di questo avviso è GALLI, *Op. ult. loc. cit.* Sulla questione della "rilevanza" della *chance* risarcibile e sulla distinzione tra possibilità di riuscita, suscettibile di risarcimento e possibilità mera di conseguimento dell'utilità, non suscettibile di ristoro patrimoniale, si rinvia all'opera collettanea di LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, cit., p. 593 e ss.

Questa fu la versione della teorica in discorso su cui si orientò la prima giurisprudenza, per quanto la questione ha avuto, negli sviluppi successivi, rese discordanti ed ancora oggi sembra non aver trovato una direzione condivisa.

### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ “DA CONTATTO”.

**1. Le perplessità generate dall'applicazione del modello aquiliano. 2. Le dottrine del “contatto sociale” ed il loro ingresso nel procedimento amministrativo: l'osservanza delle norme di azione come contenuto specifico di un'obbligazione della p.a. 3. Inadempimento dell'obbligo e conseguenze risarcitorie.**

1. La scelta di rifarsi al modello aquiliano (pur debitamente adattato) per disciplinare il fenomeno della responsabilità della p.a. da attività provvedimento illegittima, fu ritenuto, da più parti, inidoneo a cogliere le peculiarità della fattispecie in esame.

I motivi di maggior perplessità al riguardo investivano, sia l'inadeguatezza dell'art. 2043, c.c. a rispondere alle specificità dell'illecito dell'amministrazione, sia l'inevitabile esistenza di una sempre più stretta relazione tra autorità e cittadino che veniva a delinearsi all'interno del procedimento, disciplinato in chiave cooperativa dalla l. n. 241/90, e, ancor più marcatamente, dalle leggi n. 15/05 e n. 80/05<sup>278</sup>.

Proprio la legge sul procedimento amministrativo riconosce e qualifica in termini partecipativi quel particolare rapporto che viene a crearsi tra privato e pubblica amministrazione con l'instaurazione del contraddittorio procedimentale.

Le numerose disposizioni contenute nella disciplina generale sull'azione amministrativa (art. 7, sul dovere di comunicazione dell'avvio del procedimento, art. 9 e ss., sul diritto di intervenire nel procedimento e di esercitare facoltà di partecipazione attiva, art.

---

<sup>278</sup> Ribadisce la sua interpretazione dell'art. 2043, c.c. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, cit., p. 1262 e ss. che sottolinea come la norma civilistica sul fatto illecito miri ad assicurare l'intangibilità di situazioni giuridiche già qualificate ed irrelate, che si incontrano solo in occasione del verificarsi del danno ingiusto, neutralizzando *ex post* le conseguenze patrimoniali della collisione (l'idea di fondo di un'insufficienza della responsabilità civile a spiegare la dimensione bilaterale del procedimento è già presente in *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 e ss. e le conclusioni qui prospettate sono riproposte in *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 126 e ss.). Sulla centralità del procedimento amministrativo come elemento ostativo alla riconduzione della responsabilità della p.a. per i danni derivanti (per talune categorie di atti) dalla lesione degli interessi legittimi sul terreno dell'illecito aquiliano, si rinvia alle argomentazioni svolte da COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 49 e ss. In particolare, nella parte in cui si afferma che l'entrata in vigore della legge n. 241/1990, ha riaccolto tutti i momenti di svolgimento della funzione pubblica alla logica del contraddittorio, trasformando in durevole ed isonómico un modello di relazioni intersoggettive precedentemente caratterizzato da elementi di episodicità ed asimmetria (p. 55).

10-bis, sul dovere di comunicazione dell'avvio di conclusione del procedimento, ecc.) accentuano in maniera sempre più decisa la dimensione collaborativa del procedimento, che si dipana secondo una logica dialettica tesa a favorire il dialogo tra potere e titolari di interessi privati<sup>279</sup>.

Così atteggiato l'*iter* procedimentale diviene il luogo ideale di emersione e composizione condivisa degli interessi coinvolti, modulo dinamico di esercizio dell'autorità di cui tanto l'amministrazione quanto il privato -dotato all'uopo di strumenti partecipativi idonei ad influenzarne l'esito- sono entrambi parti, pur nella diversità di ruoli e posizioni.

Il che è quanto basta per poter affermare che tra titolare e destinatario del potere, uniti nel procedimento, si instauri quel rapporto di intimità tra sfere individuali che innalza la situazione stessa allo *status* di vero e proprio rapporto giuridico<sup>280</sup>.

L'esistenza stessa di un rapporto tra la parte pubblica e quella privata, seppur non riconducibile al rapporto obbligatorio in senso civilistico, ne ostacolerebbe la riconducibilità al paradigma aquiliano<sup>281</sup>.

L'art. 2043, c.c., infatti, nasce come clausola di chiusura dell'ordinamento, volta a colpire, in via residuale, quelle interferenze nella vita di relazione non inquadrabili in un preesistente rapporto obbligatorio. Si tratta di una categoria di illecito propria di quei

<sup>279</sup> È stato rilevato che siffatte norme, per un verso, pongono a carico dell'autorità procedente un vero e proprio obbligo di prendere in considerazione gli interessi coinvolti, per l'altro configurano in capo ai rispettivi titolari una sorta di diritto all'incolumità personale e patrimoniale, che rappresenta la sintesi di una serie corposa ed articolata di più puntuali diritti procedurali in continua espansione. Sul punto, COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, p. 53; BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 7.

<sup>280</sup> Peraltro la scienza amministrativistica, teorica e pratica, aveva da tempo acquisito la definizione di "rapporto amministrativo", quale categoria giuridica volta a designare le relazioni tra soggetti nel procedimento come più ampio oggetto del processo amministrativo, oltre l'unilateralità e l'isolamento del provvedimento finale (cfr. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, loc. cit.; GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, loc. cit.; NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo?*, loc. cit.). Ciò nondimeno, osserva VALORZI, *Procedure amministrative e modelli di responsabilità*, in *Jus*, 2003, p. 61 e ss., il rapporto tra cittadino e p.a. non veniva considerato appartenente ai rapporti obbligatori da cui poter derivare responsabilità contrattuale, in quanto la nozione di responsabilità contrattuale evocava nei non civilisti il preconcetto della necessaria esistenza di un contratto, di un obbligo di prestazione e di un debitore allo stesso obbligo inadempiente: troppo per poter accostare a tali presupposti la situazione della p.a. che agisce in veste di autorità a fronte della quale il privato vanta una situazione di interesse legittimo.

<sup>281</sup> Che tale rapporto abbia o meno natura di rapporto obbligatorio è discusso. Vale la pena di precisare fin d'ora che propendere per l'una piuttosto che per l'altra soluzione non sembra un fattore neutro. Basti immaginare la diversa considerazione che il legislatore ha avuto per i vincoli di tipo obbligatorio (destinatari diretti di un'apposita disciplina a vocazione generale) rispetto alle altre "dimidiate" figure di rapporto intersoggettivo che, per quanto non espressamente previsto dalla disciplina speciale, devono fare ricorso integrativo alle disposizioni dettate in materia di obbligazioni e contratti, debitamente adattate alla tipicità del rapporto. Per PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1005, la ricostruzione dell'interesse legittimo come rapporto giuridico offre le basi per affermare che l'inadempimento di obblighi ha come fonte non solo la legge ma anche il "rapporto" che si instaura tra il privato e l'amministrazione. Di avviso contrario OCCHIENA, *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Econ.*, 2001, p. 601 e ss., che, prendendo spunto da un'autorevole opinione (NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo?*, loc. cit.), obietta che nelle materie regolate dal diritto pubblico, i termini "rapporto" ed "interesse legittimo" assumono un significato atecnico rispetto a quello che a questi attribuisce la teoria generale delle situazioni soggettive.

contatti occasionali tra sfere giuridiche tra di loro normalmente estranee che, in particolari, eccezionali circostanze possono entrare in collisione.

La contiguità tra l'esercizio del potere e l'interesse legittimo di cui il privato si fa portatore è, all'opposto, sintomo di una vicinanza strutturale tra i poli, poiché le due situazioni soggettive sorgono e si sviluppano necessariamente insieme, legate da una relazione di complementarità<sup>282</sup>.

A riprova di questo non solo si fa leva sulla necessaria procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, come metodo di cura dell'interesse pubblico e di quello privato, ma si sottolinea anche come le due situazioni giuridiche, contrapposte ma complementari, abbiano scaturigine da una medesima fonte: la norma attributiva del potere funzionale.

La preesistenza di un rapporto amministrativo all'interno del quale può verificarsi la lesione dell'interesse legittimo elide quel requisito di occasionalità, essenziale, secondo certa dottrina e giurisprudenza, a configurare un'ipotesi di illecito aquiliano<sup>283</sup>.

2. Esclusa l'applicabilità dell'art. 2043, c.c., occorre individuare un differente paradigma normativo che meglio si adattasse alla specificità del caso concreto. Facendo applicazione delle tesi evocate dalla moderna dottrina del "contatto sociale"<sup>284</sup>, la stessa

<sup>282</sup> Ad indagare per primo l'esistenza di questa specifica relazione di contiguità tra i soggetti coinvolti nel procedimento amministrativo fu CORASANTI, *Intervento*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi*, cit., p. 1701 e ss. Per questa posizione dottrinale, la partecipazione del privato alla formazione di un programma vincolante o l'interferenza nella deliberazione di un vantaggio identifica un contatto sociale incapace di costituire un rapporto giuridico obbligatorio ma comunque sufficiente ad applicare il sistema della responsabilità civile anche ad ipotesi in cui il danno si è prodotto in presenza di poteri dominanti o durante lo svolgimento dell'attività autoritativa della p.a. Grazie alla formula del contatto sociale, in un contesto caratterizzato dall'esercizio di un potere in relazione di prossimità e contiguità con altre sfere giuridiche soggettive, l'azione dannosa si sostanzia in un comportamento (che può connettersi anche all'esplicazione scorretta del potere), maturato nell'ambito del suddetto contatto, idoneo ad arrecare un pregiudizio al patrimonio di un altro soggetto. La costruzione proposta da questa dottrina, invitando ad una rilettura, *sub specie facti*, del comportamento dannoso, consentiva, in linea teorica, di giustificare una responsabilità da lesione dell'interesse legittimo. Sul tema del contatto tra cittadino ed amministrazione, vedi di recente ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007.

<sup>283</sup> Osserva COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 69, che il procedimento amministrativo mette capo a relazioni giuridiche particolari e differenziate tra i soggetti interessati all'esercizio della funzione, rispetto a quanto non accada nei casi di mere attività materiali.

<sup>284</sup> Per una responsabilità della p.a. declinata secondo la formula del "contatto" amministrativo qualificato, CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., p. 654 e ss.; ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi*, in AA.VV., *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1988, p. 48 e ss., che ritiene che l'obbligazione risarcitoria nei confronti della p.a. sia da inadempimento di obblighi. In tal senso anche AGRIFOGLIO, *Le Sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, cit., p. 1241 e ss.; PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, cit., p. 1005 e ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione per la lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, cit., p. 969 ss.; ID., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo qualificato*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 213 e ss.; VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., p. 278 e ss.; GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Cons. St.*, 2000, II, p. 2037 e ss.; MONTESANO, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 592 e ss.; RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, cit., p. 172 e ss.; CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003; PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2001, p. 1219 e ss.;

Cassazione, poco tempo dopo la pronuncia delle sezioni unite n. 500/99, ha 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<sup>285</sup>.

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 extranegoziale, finendo per collocarsi in quella incerta categoria di rapporti che i civilisti definiscono "obbligazioni senza obbligo primario di prestazione"<sup>286</sup>.

---

CATTANEO, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, *ibid.*, p. 1229 e ss.; FRANZONI, Relazione al convegno "Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità", Università Bocconi, 14 ottobre 2002, Milano, il quale ha osservato che il danno patrimoniale nell'attività giuridica della pubblica amministrazione consiste nella mancata utilità del provvedimento amministrativo, che qualifica il danno in ambito "contrattuale" e non da fatto illecito; FANTINI, *L'interesse pretensivo e le sue norme di tutela*, in *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, a cura di CAVALLO, Torino, 2002, p. 137 e ss., tenta di superare lo schema dell'interesse legittimo a favore del diritto di credito. Ma vedi anche chi, come TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, *cit.*, p. 197 e ss., ritiene che il regime della responsabilità contrattuale si possa invocare solo nel caso in cui la lesione ricada su un interesse legittimo pretensivo, atteso che, a fronte della incisione su un interesse legittimo oppositivo sopravviverebbe il modello di stampo aquiliano. Sul tema del contatto

<sup>285</sup> Vedi Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, p. 78 e ss. con nota di FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, qualifica la lesione dell'interesse legittimo come «inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa»; Cass., 11 giugno 2003, n. 9366, in *Urb. e app.*, 2004, p. 42 e ss. Anche nella giurisprudenza amministrativa non mancano orientamenti che guardano con più decisione al modello della responsabilità da contatto: lo richiamano, di recente, Cons. St., 18 marzo 2008, n. 1137, in *Gior. dir. amm.*, 2008, p. 560, che prospetta una responsabilità della p.a. non del tutto coincidente con quella aquiliana, sussistendo profili (rilevanti, in particolare, sul piano probatorio) assimilabili a quelli della responsabilità contrattuale, in considerazione dell'interesse protetto di chi instauri un rapporto procedurale con l'Amministrazione al cosiddetto "giusto procedimento": si parla, a tale riguardo, di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto"; Cons. St., 25 marzo 2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui il contatto tra cittadino e amministrazione dà luogo ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito il diritto al risarcimento appare caratterizzato da tratti propri della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni; TAR Calabria, 5 febbraio 2004, n. 222, in *TAR*, 2004, I, p. 4525, per il quale il contatto sociale è un rapporto giuridico che si instaura tra l'amministrazione e l'interessato nell'ambito del quale la p.a. assume, nel quadro del complessivo obbligo di imparzialità e correttezza dell'azione autoritativa (che trova fonte nell'art. 97, Cost.), anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, con la conseguenza che, in tali casi, è applicabile il regime probatorio desumibile dall'art. 1218, c.c. In senso conforme, TAR Lombardia, 22 maggio 2002, n. 2135, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 1916, con nota di MARI, *Responsabilità da contatto amministrativo qualificato e conseguenze sulla prova della colpa della p.a.*; TAR Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 39 e ss.; TAR Veneto, 20 novembre 2003, n. 5778, in *Danno e resp.*, 2004, p. 222 e ss.; Cons. Giust. amm. Sic., 8 maggio 2002, n. 267, in *Danno e resp.*, 2003, p. 325 e ss.; TAR Puglia, 3 aprile 2007, n. 1492, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 1451; TAR Lazio, 21 febbraio 2007, n. 1527, in *Urb. e app.*, 2007, p. 1035 e ss.; TAR Lazio, 5 novembre 2007, n. 10852, in *Contr. St. e enti pubbl.*, 2008, p. 73.

<sup>286</sup> In proposito cfr. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, *cit.*, p. 1268 e ss. e ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, *cit.*, p. 661. Per l'Autore, concepire la responsabilità dell'amministrazione come nascente dalla violazione di veri e propri obblighi significa soltanto portare fino in fondo l'idea (già Nigriana) di rapporto giuridico; la progressione concettuale trarrebbe conferma dalla legge n. 241 del 1990 che collega, all'instaurazione del procedimento, l'imposizione di una serie di precisi obblighi per l'amministrazione assimilabili, per natura e funzione, alle obbligazioni senza prestazione. La relazione tra cittadino e p.a., cioè, assumerebbe la veste di vero e proprio rapporto obbligatorio (*rectius*, di rapporto giuridico costituito da poteri e doveri che, quando corrono reciprocamente tra soggetti determinati, si

Diversamente dal modello aquiliano, il legislatore non si sarebbe limitato ad imporre all'amministrazione un generico dovere di non ledere, bensì ha 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, ovvero 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<sup>287</sup>.

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).

Come si è avuto modo di osservare, 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<sup>288</sup>.

---

assommano, nella loro massima estensione, a diritti ed obblighi) nonostante l'assenza di un dovere di prestazione dell'amministrazione e, di conseguenza, la responsabilità di quest'ultima dovrebbe nascere (non dalla lesione dell'interesse legittimo ma) dalla violazione degli obblighi di buona fede gravanti su ciascuna delle parti. La categoria delle obbligazioni senza prestazione, in definitiva, sarebbe idonea a ricondurre nello schema dell'obbligazione i doveri gravanti sulla pubblica amministrazione nei confronti dei soggetti con i quali entra in relazione in occasione dell'esercizio della funzione, consentendo di superare le antinomie esistenti tra la posizione di potere -specie se discrezionale- che l'amministrazione riveste e la posizione d'obbligo.

<sup>287</sup> Cfr. oltre agli autori citati nella nota precedente, CATTANEO, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 1232 e PAPETTI, *La colpa della pubblica amministrazione in relazione alla natura della responsabilità civile da attività provvedimentale illegittima*, in *Foro amm. TAR*, 2005, p. 1298 e ss., nei cui contributi si afferma che, esclusa la sussistenza di una obbligazione di prestazione, incompatibile con la posizione di supremazia della p.a., il procedimento configura comunque in capo alla stessa amministrazione, accanto al dovere di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità, l'obbligo accessorio di rispetto della sfera del soggetto privato e quello di protezione dalle conseguenze dannose che l'esecuzione del rapporto amministrativo può provocare.

<sup>288</sup> Osserva ZITO, *Il danno da illegittimo*, cit., p. 113, che l'assimilazione della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo alla responsabilità contrattuale non è in via generale inficiata dalla circostanza che fonte del rapporto giuridico su cui si innesta la vicenda risarcitoria non sia il contratto, specie ove si combini la circostanza che il procedimento amministrativo è un fatto giuridico previsto e disciplinato, quanto alle modalità del suo

Specie all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990, che ha positivizzato generalizzando le regole di svolgimento agire d'autorità, è stato avviato un processo di ripensamento della valenza complessiva da attribuire loro<sup>289</sup>. Talune di esse (in particolare quelle a contenuto partecipativo) altro non sarebbero se non prestazioni collaterali di protezione espressione del più generale principio di correttezza e buona fede, che deve caratterizzare anche i rapporti tra privato e p.a., e di cui rappresenterebbero ipotesi normativamente tipizzate<sup>290</sup>.

In particolare, oggetto dell'obbligazione sarebbe proprio l'osservanza di quelle regole sancite *ex lege* a garanzia del cittadino titolare dell'interesse legittimo che, sul rispetto delle stesse, aveva riposto un legittimo affidamento<sup>291</sup>.

Ne deriva che, in quest'ottica, l'obbligo risarcitorio trova la sua fonte non nella lesione *ab estrinseco* dell'utilità finale ma nell'inadempimento di un obbligo a sé, sorto per effetto dell'avvio del procedimento e strumentale alla corretta valutazione dell'interesse ultimo, che si impone come autonomo titolo dell'obbligazione risarcitoria.

---

svolgimento, dalla legge, con il dato normativo che nel sistema del diritto civile le fonti delle obbligazioni ricomprendono ogni fatto idoneo a crearle.

<sup>289</sup> Sul ruolo fondamentale della legge 241/90 nel cambiamento dei rapporti tra pubblico potere e cittadino nel senso indicato dal teso, FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., p. 71 e ss. secondo cui la legge generale sul procedimento amministrativo, ottemperando ai precetti di cui all'art. 97, Cost., impone all'amministrazione una serie di obblighi nei confronti del privato a cui corrispondono diritti e non più aspettative.

<sup>290</sup> Secondo FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., p. 72, quelli nascenti dal procedimento non possono essere considerati obblighi di prestazione; in presenza di un rapporto pubblicistico, quale quello intercorrente tra p.a. e privato, la difficoltà di individuare tra le parti quella incondizionata "signoria del volere" propria degli aspiranti contraenti rispetto al contratto, impedisce di equiparare tale relazione alla stregua di un comune rapporto di debito-credito. Anche per VALORZI, *Procedure amministrative e modelli di responsabilità*, cit., p. 57, nell'ambito dei rapporti amministrativi, anche qualora l'attività della p.a., in ragione della situazione di potere organizzatorio o comunque decisionale connotato da discrezionalità non sia riconducibile all'obbligazione di eseguire una prestazione determinata, ciò non esclude la pretesa del privato alla legittimità della condotta della p.a. durante tutto l'arco del procedimento all'insegna di un reciproco obbligo-rapporto di buona fede. Cfr. anche Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, cit., in cui non sembra parlarsi di semplice contatto, ma di una relazione complessa e articolata, un rapporto giuridico in senso proprio in cui «tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione dell'interesse materiale protetto *sub specie* di interesse legittimo».

<sup>291</sup> Per una parte della dottrina fonte di questi obblighi sarebbe propriamente l'affidamento obiettivo ingenerato nel privato del comportamento dell'amministrazione in seguito al contatto amministrativo qualificato. È lo stesso interesse legittimo, secondo quanto afferma PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, cit., p. 1092, che contiene l'affidamento del privato ad un comportamento legittimo dell'amministrazione, sufficiente a costituire fonte di obblighi generatori di responsabilità indipendentemente dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività. L'affidamento, più puntualmente, consiste nel ritenere che l'amministrazione si comporterà correttamente, soddisfacendo la pretesa all'atto favorevole, a meno che a ciò vi osti il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa che porti a far prevalere, nel caso concreto, un altro interesse (così, FAILLACE, *Op. cit.*, p. 74). Sul problema dell'affidamento nel diritto amministrativo, in generale, MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, p. 67 e ss.

3. Ricondata la lesione di un interesse legittimo ad opera dell'amministrazione nell'alveo della responsabilità per inadempimento di un obbligo, ai sensi dell'art. 1218, c.c., in quanto determinata attraverso un atto o un contegno omissivo intervenuto a valle di un contatto intraprocedimentale che ha collegato tra loro (dando vita ad un rapporto intessuto di obblighi), autorità pubblica e soggetto privato, 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<sup>292</sup>.

Ma la vera portata innovativa di questa tesi sta nel fatto che l'obbligazione risarcitoria non verrebbe qui ricollegata né alla lesione del rapporto procedimentale (che non raggiunge mai l'intensità propria di una relazione credito-debito), né all'utilità finale avuta di mira dal privato, ma sarà riferita alla mera violazione delle regole procedimentali, intesa ora come lesione dell'interesse sostanziale alla legalità dell'agire funzionalizzato, ora come lesione dell'affidamento del privato a protezione del quale risultano preordinati gli obblighi procedimentali in parola<sup>293</sup>.

La tutela risarcitoria, in questo segmento di materia, viene dunque svincolata dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o sulle concrete probabilità di conseguirlo, e si incentra su un dato impalpabile quale l'interesse alla legalità, che comporta la necessità di ricorrere a criteri equitativi di quantificazione del danno, con l'effetto di avvicinare la

---

<sup>292</sup> Cfr. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, cit., p. 242; GALLETTO, *Lesione di interessi meritevoli di tutela ed esercizio della funzione pubblica: verso un nuovo modello di responsabilità?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 164; CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 696; DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 2677 e ss. In giurisprudenza, delineano in questo modo la disciplina della responsabilità da "contatto amministrativo", in particolare, TAR Lombardia, 22 maggio 2002, n. 2135, cit. e Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, cit.

<sup>293</sup> Fa riferimento agli interessi procedimentali, intesi come interesse al rispetto delle regole anche solo formali stabilite per l'esercizio della funzione amministrativa, a prescindere dal loro rapporto con la situazione soggettiva legata al bene della vita, FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. Amm.*, 2006, p. 18 e ss.; ID., *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedimentali e il riparto di giurisdizione*, cit., p. 239 e ss.: a giudizio dell'Autore, la particolarità del giudice amministrativo, specializzato in una tecnica di tutela diversa rispetto a quella del giudice ordinario, spiega perché, proprio attraverso un sindacato che investe le norme che regolano l'esercizio del potere, gli interessi procedimentali possano emergere in sede di tutela risarcitoria come posizioni soggettive autonome, idonee ad offrire tutela nel caso di anomalie o violazioni che occorrono in occasione o nel corso del procedimento. Le considerazioni esposte sembrano riproporre il pensiero di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, p. 77 che teorizzò i cd. interessi procedimentali, situazioni soggettive aventi ad oggetto situazioni e vicende procedimentali che non si riferiscono a beni della vita ma a fatti procedimentali, che a loro volta investono beni della vita.



responsabilità da contatto amministrativo ad un meccanismo di tutela più vicino alla logica dell'indennizzo che a quella della riparazione di un pregiudizio<sup>294</sup>.

Il risultato è quello di ottenere una fattispecie di responsabilità inscritta all'interno della responsabilità contrattuale, ma che discende in via automatica dalla violazione delle regole procedimentali.

### (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE.

**1. Trattative pre-negoziali e rapporto procedimentale. Punti di contatto tra i due fenomeni giuridici ed uniformità della disciplina. 2. Le norme di cui agli artt. 1337 e 1338 come modello di responsabilità per la p.a. L' "affidamento" del privato, da strumento di erosione della discrezionalità amministrativa a unità di misura del pregiudizio risarcibile. 3. Esame comparativo con la tesi extracontrattuale e della**

<sup>294</sup> Sul punto, CHIEPPA, *Op. ult. cit.*, p. 702 e ss., a giudizio del quale attraverso il modello "contrattuale" si fa sorgere, quasi in via automatica, una pretesa risarcitoria in capo al privato per la mera violazione di regole procedimentali, prescindendo dalla sorte del provvedimento conclusivo del procedimento e, quindi, dalla spettanza dell'utilità che il privato tende a conservare o a conseguire. Un generalizzato riconoscimento della tutela risarcitoria, fondato sulla mera violazione delle regole procedimentali che rende difficilmente quantificabili i danni conseguenti alla violazione delle norme procedimentali, con il rischio che il ricorso a criteri equitativi possa condurre ad un tipo di tutela analoga a quella indennitaria (sulla falsariga di quella concepita dall'art. 17, D.lgs. n. 59/97 e rimasta lettera morta) che compenserebbe i benefici ottenuti riguardo l'an della pretesa risarcitoria con un livellamento verso il basso del *quantum* risarcibile. A favore del criterio equitativo per determinare l'entità del danno ristorabile, Cons. St., 15 aprile 2003, n. 1945, *cit.*, che impostando la responsabilità della p.a. come derivante dalla mera violazione di obblighi imposti a presidio dell'affidamento privato, consente di riparare in via equitativa il danno anche nelle ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale. Diversamente, VALORZI, *Procedure amministrative e modelli di responsabilità*, *cit.*, p. 61 e ss., il quale riconduce il danno da violazione degli obblighi procedimentali di protezione alla lesione di *chance*. A detta dell'Autore, *chance*, affidamento e relative violazioni, quando si verificano a seguito di un atto o comportamento illegittimo della p.a. nell'ambito della procedura, sono fenomeni che insieme si collocano in un contesto relazionale non episodico ed istantaneo, bensì in un rapporto duraturo, contrassegnato da obblighi reciproci. Ne consegue la riconduzione della violazione di tali rapporti ed obblighi al modello di responsabilità contrattuale (in senso lato) e della *chance* come utilità risarcibile. Tale impostazione sembra appartenere (salvo collegare la risarcibilità ad una lesione -sia pur sempre in termini di probabilità- anche del bene finale) anche a TRIMARCHI BANFI, *Ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, p. 640 e ss., secondo cui la *chance* sarebbe risarcibile in caso di violazione di una norma che abbia anche funzione protettiva del pieno dispiegarsi del potenziale di successo nel quale la *chance* consiste. In giurisprudenza, così App. Firenze, 20 maggio 2001, in *Foro it.*, 2002, I, p. 1219. Ma vedi, di recente, TAR Lazio, 5 novembre 2007, n. 10852, *cit.*, secondo cui la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, impone di limitare il pregiudizio risarcibile alla misura dell'interesse negativo (evidente è la contaminazione tra teoria del contatto sociale e responsabilità precontrattuale pubblica) e, prima, TAR Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, *cit.*, che pur ricostruendo l'attività provvedimentale in termini di responsabilità da contatto, le attribuisce natura precontrattuale: «Circa la misura del risarcimento, è opportuno evidenziare come detta responsabilità da contatto, nei termini sopra descritti, sia funzionalmente omogenea alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., finora ravvisata in giurisprudenza in ipotesi simili a quelle rientranti nella tipica casistica civilistica ... tale indicazione ... vale anche a circoscrivere il risarcimento, in caso di responsabilità da contatto, nei limiti del c.d. interesse negativo, identificandosi il danno emergente con le spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale, in difetto di prova, ed invero anche di semplice allegazione, in ordine alla perdita dell'occasione di partecipare ad altri procedimenti analoghi». In generale, su "contatto amministrativo" e tipo di danno risarcibile, PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo qualificato*, *cit.*, p. 213 e ss.

#### responsabilità da contatto. 4. Influssi del diritto UE sulla concreta configurazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.

1. L'attenzione verso la responsabilità precontrattuale, quale modello generale di responsabilità dell'amministrazione per danni comunque prodotti dall'uso scorretto del potere, anziché rimedio settoriale, esclusivamente riservato ad alcune ipotesi tipiche dell'agire funzionalizzato della p.a., è l'eredità -solo recentemente valorizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina successive- che l'intuizione di un insigne Studioso della scienza pubblicistica lascia alla cultura giuridica in materia<sup>295</sup>.

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

<sup>295</sup> Il tentativo di utilizzare lo schema della responsabilità precontrattuale per spiegare il «rapporto giuridico in cui uno dei soggetti è titolare di una situazione che non è di diritto soggettivo ma di interesse legittimo patrimonialmente rilevante» si deve a GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 518. Sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, in una prospettiva che non sostituisce ma sovente integra l'utilizzo della responsabilità contrattuale e per altro verso trova applicazione privilegiata in relazione al particolare caso rappresentato dai danni provocati nella fase precedente la conclusione di un contratto o l'aggiudicazione, RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, cit., p. 180 e ss., che qualifica la responsabilità precontrattuale della p.a. come inadempimento dei doveri di correttezza su di essa gravanti; ID., *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2002, p. 200 e ss. Sul tema pure BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 1251 e ss.; LOTITO, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, *Urb. e app.*, 2001, p. 353 e ss.; RALLO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?*, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 985 e ss.; MANDARANO, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante fra tradizione e spinte innovatrici*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 435 e ss.; CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 569 e ss. Si richiama alla responsabilità precontrattuale anche BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, cit., p. 350, che individua nella *culpa in contrahendo* «una piattaforma normativa aperta verso la terra di nessuno tra contratto e fatto illecito». Per uno studio monografico sul tema, DIANA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2000.

autodeterminazione degli individui, quanto piuttosto come interesse patrimonialmente rilevante all'ottenimento di un bene della vita<sup>296</sup>.

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<sup>297</sup>. 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<sup>298</sup>.

2. L'orientamento in questione, largamente osteggiato in dottrina per la sua vocazione globale e totalizzante e chiuso dall'atteggiamento oltranzista della giurisprudenza, integralmente proteso a negare la risarcibilità dei danni prodotti dalla lesione dell'interesse

<sup>296</sup> GIANNINI, *Op. ult. loc. cit.*, il quale con suggestivo argomentare, poneva la questione in questi termini: «Se noi riteniamo che qui vi è un rapporto giuridico in cui uno dei soggetti è titolare di una situazione che non è di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo patrimonialmente rilevante, non è questa la vicenda che troviamo proprio nel caso della responsabilità precontrattuale? Anche nella responsabilità precontrattuale, infatti, non esistono ancora diritti soggettivi dei contraenti, né si può dire, secondo quella meno recente dottrina privatistica, che il diritto leso esiste sempre, ed è un diritto assoluto, della personalità o altro ... Si potrebbe pensare che quando l'interesse legittimo si presenta come interesse ordinato all'ottenimento di un bene della vita sia identica la posizione del titolare dell'interesse legittimo e del titolare del potere, cioè l'Amministrazione, onde ambedue abbiano il dovere di comportarsi secondo buona fede».

<sup>297</sup> Come rileva CAIANIELLO, *manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 276 e ss., se alle origini della responsabilità precontrattuale di diritto privato vi è la convinzione che la fase delle trattative non possa essere libera del tutto e che possano sorgere dei vincoli per le parti ancor prima della conclusione del contratto (*ex art. 1338, c.c.*), nonostante il soggetto si sia avvalso della propria libertà nella negoziazione, parallelamente, anche prima dell'emanazione del provvedimento l'azione amministrativa non è del tutto libera ed esente da vincoli, dovendo piuttosto muoversi nel quadro del procedimento e rispettando tutte le norme che ne condizionano lo sviluppo. Sicché, se è prevista una responsabilità precontrattuale per la violazione delle tenui regole che ispirano le trattative contrattuali, a maggior ragione è configurabile una responsabilità della p.a. per violazione delle regole procedurali e dei principi cui deve uniformare la sua azione. Cfr. pure ZITO, *Il danno da illegittimo, cit.*, p. 120, secondo il quale quello schema fu utilizzato soprattutto per evidenziare come, alla stregua di quanto avviene nelle trattative che precedono la formazione di un contratto, nel rapporto tra pubblica amministrazione e privato, esista il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede, dovere la cui violazione è fonte di responsabilità per i danni che ne siano derivati.

<sup>298</sup> Per l'affermazione della dimensione relazionale della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi e per l'applicazione a quest'ultima fattispecie della disciplina dettata dagli artt. 1337 e 1338, c.c. si dichiara BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi, cit.*, p. 350, che, nel rinnovare il parallelismo istituito da Giannini tra responsabilità precontrattuale e lesione di interessi legittimi, osserva che la Cassazione (sent. n. 500), nel dettare un criterio per l'individuazione degli interessi risarcibili, ha chiamato in causa il principio di affidamento, che trova riconoscimento normativo nell'art. 1338, ove è posto a fondamento della responsabilità per la conclusione di un negozio invalido. Sembrano ipotizzare una corrispondenza tra comportamento contrario a buona fede *ex art. 1337, c.c.* e comportamento colposo del soggetto pubblico, secondo la definizione fornita dalla sentenza n. 500/99, FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale, cit.*, p.101; CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, p. 566; CARROZZA - FRACCHIA, *Art. 35 d.leg. 80/98 e risarcibilità degli interessi meritevoli di tutela: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2000, III, p. 203.

legittimo<sup>299</sup>, attecchì inizialmente nel settore dei contratti pubblici così come nell'ambito delle procedure concorsuali di selezione del contraente privato -rispetto alle quali un esonero dalle comuni regole dell'agire negoziale veniva percepito con sempre maggior intensità come ingiustificato-, per poi ottenere, come modello di riferimento non solo per l'attività amministrativa di diritto privato, un riscontro applicativo in molteplici pronunce giurisprudenziali che, a seguito della nota pronuncia delle Sezioni Unite, hanno sublimato l'illecito precontrattuale a modello di responsabilità dell'amministrazione per i danni da questa provocati non soltanto con atti paritetici, ma anche mediante il suo agire come autorità<sup>300</sup>.

La riprova risiederebbe nel richiamo effettuato dalla Cassazione, di lì in poi, al principio dell'affidamento, che trova la sua primigenia sede normativa proprio nell'art. 1338, c.c., attraverso cui viene sanzionata con il risarcimento del danno la conclusione di un negozio invalido<sup>301</sup>.

Il parallelismo tra procedimento e fase pre-negoziale, dunque, riprendeva nuovo vigore proprio alla luce dei primi orientamenti espressi dalla giurisprudenza di legittimità che, nell'ammettere la risarcibilità dell'interesse legittimo, aveva definitivamente introdotto nel contesto dei pubblici poteri il concetto di "affidamento", come strumento di erosione della discrezionalità amministrativa, istituzionalizzando una saldatura concettuale tra

---

<sup>299</sup> La questione della configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla pubblica amministrazione per i danni provocati nella fase precedente la conclusione di un contratto è stata assai dibattuta in dottrina, soprattutto perché la questione prospettata finiva per intersecarsi con la sostanziale chiusura giurisprudenziale rispetto alla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi. Per un quadro completo del dibattito si rimanda a RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, nonché ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di Franchini, Torino, 2007. Per una rivisitazione del modello precontrattuale come sanzione per i provvedimenti illegittimi assunti nella fase precedente la stipula del contratto e, quindi, nell'ambito di procedure a carattere concorsuale finalizzate alla selezione del contraente privato, cfr. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2001, p. 94 e ss. la quale osserva come la riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi abbia permesso di valutare la condotta delle parti secondo la sostanza del rapporto entro il quale si realizza il fatto produttivo di danno, in qualunque modo si manifesti la violazione del dovere di correttezza. Analogamente a quanto accade per la responsabilità ex art. 2043, c.c., in relazione allo svolgimento di procedure di gara per la scelta del contraente privato, l'esistenza di una posizione di interesse legittimo in capo all'aspirante contraente e la speciale tutela che l'ordinamento assicura a tale posizione, non preclude che lo stesso fatto che integra la lesione dell'interesse legittimo possa contemporaneamente integrare anche gli estremi della responsabilità secondo il codice civile, di talché l'illegittimità degli atti di gara possa essere valutata come elemento (costitutivo) dell'illecito precontrattuale.

<sup>300</sup> In giurisprudenza, vedi TAR Friuli Venezia Giulia, 26 luglio 1999, n. 903, in *Urb. e app.*, 1999, p. 1350 e ss.; TAR Lombardia, 9 marzo 2000, n. 1869, in *Foro it.*, 2002, III, p. 3 e ss.; TAR Lombardia, 31 luglio 2000, n. 5130, *ibid.*, p. 18 e ss.; TAR Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, *ibid.*, p. 18 e ss.; Cons. St., 12 settembre 2001, n. 4776, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, p. 400 e ss.; TAR Lombardia, 11 dicembre 2002, n. 5109, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 3886 e ss.; TAR Trentino Alto Adige, 12 dicembre 2002, n. 492, in *Foro amm. TAR*, 2003, p. 439 e ss. con nota di SIMONATI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimentoale dell'amministrazione: lo "stato dell'arte" alla luce di una recente sentenza del TRGA di Trento*. In senso contrario alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale della p.a., per tutti, Cons. St., 13 novembre 2002, n. 6291, in *Urb. e app.*, 2003, p. 435 e ss.; Cons. St., 18 novembre 2002, n. 6389, *ibid.*, 2003, p. 566 e ss.; TAR Lazio, 3 dicembre 2002, n. 11193, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 177 e ss.

<sup>301</sup> BUSNELLI, *Op. ult. loc. cit.*

emanazione di un provvedimento invalido e vanificazione del legittimo affidamento riposto dal privato circa la legittimità dell'azione amministrativa (in altri termini, l'interesse a non esser coinvolto in un procedimento invalido).

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<sup>302</sup>.

L'originaria ricostruzione dell'illecito pubblico con metodo pre-contrattuale, dunque, poggiava sullo scarno sistema precettivo prefigurato dalle norme di salvaguardia dell'autonomia negoziale che, decodificate secondo l'indirizzo prevalente, che ne predicava la necessaria interpolazione con la fattispecie cardine dell'illecito extracontrattuale, finiva per ridurre la distanza effettiva tra l'orientamento di cui si discute ed il modello aquiliano, dal quale differirebbe soltanto per l'applicazione di un regime specifico di computazione del danno risarcibile, limitato al cd. interesse negativo (conformemente ai canoni dell'illecito pre-negoziale)<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> L'esigenza di ridurre progressivamente le distanze tra attività contrattuale svolta dai privati e quella realizzata dall'amministrazione secondo le regole dell'evidenza pubblica ha portato la giurisprudenza amministrativa ad adottare -ed adattare- la tesi della responsabilità precontrattuale per spiegare, tanto eventuali condotte scorrette poste in essere dalla stazione appaltante nel dipanarsi della gara (responsabilità precontrattuale pura), quanto l'adozione di un provvedimento di aggiudicazione illegittimamente formato (responsabilità precontrattuale spuria). In questo modo, in ipotesi di mancanza di certezza in ordine alla spettanza del bene della vita, la giurisprudenza riteneva più congruo accordare il risarcimento del danno nei limiti dell'interesse negativo. Come osserva ZITO, *Il danno da illegittimo*, cit. p. 122, «In altri termini, non essendo provato che in assenza dell'illegittimità riscontrata la pubblica amministrazione avrebbe aggiudicato l'appalto al ricorrente, non poteva essere risarcito il danno corrispondente alla mancata aggiudicazione, ossia alla perdita dell'utilità sostanziale che il privato aveva di mira; tuttavia, residuava l'esigenza di risarcire le conseguenze dannose derivanti con certezza dalle illegittimità commesse, corrispondenti alle spese inutilmente sostenute e alle occasioni contrattuali perdute a causa dell'illegittima procedura di gara. A tal fine la giurisprudenza ha trovato un valido aiuto nel modello della responsabilità precontrattuale, volto tipicamente a coprire le suddette voci di danno (il cd. interesse negativo)». Anche in giurisprudenza, qualora venga chiamata in causa una responsabilità di natura precontrattuale, il risarcimento del danno, secondo l'impostazione assolutamente prevalente, viene limitato al solo interesse negativo: vedi, ad esempio, TAR Liguria, 6 luglio 2001, n. 825, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Campania, 8 maggio 2001, n. 1985, in *Juris data*; TAR Lombardia, 13 febbraio 2001, n. 891, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 2912. Di recente si è espresso in tal senso anche il Consiglio di Stato, cfr. Cons. St., 4 ottobre 2007, n. 5174, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1658 e ss.; Cons. St., 6 giugno 2008, n. 2680, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2330 e ss.

<sup>303</sup> Per un richiamo alla responsabilità precontrattuale, sottolineando la natura aquiliana della stessa, BUSNELLI, *la sentenza n. 500*, cit., p. 335 e ss.; ID., *Lesione di interessi legittimi*, cit., p. 272 e ss.; ID., *La responsabilità civile dello Stato*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 10 e ss., che specifica il ruolo della correttezza quale elemento costitutivo dell'illiceità. Dello stesso avviso ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, cit., p. 177, il quale condivide l'impostazione precontrattuale depurata dal richiamo all'affidamento e ricondotta all'alveo extracontrattuale; e, recentemente, AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, p. 322 e ss. In giurisprudenza, da ultimo, TAR Puglia, 8 luglio 2004, n. 4921, in *TAR*, 2004, II, p. 430 e Cons. St., 6 dicembre 2006, n. 7194, in *Urb. e app.*, 2007, p. 596 e ss. che parla di responsabilità precontrattuale di natura aquiliana speciale.

Le conseguenze dannose derivanti con certezza dalla illegittimità censurata, corrispondenti ai costi inutilmente sopportati per la partecipazione al procedimento, andrebbero ad aggiungersi, in questa prospettiva, alle occasioni alternative di guadagno perdute per aver preso parte ad una procedura illegittimamente conclusa<sup>304</sup>.

3. Proprio focalizzando l'attenzione su quest'ultima posta attiva di danno risarcibile è possibile cogliere in modo più marcato la distinzione rispetto alla tesi extracontrattuale, largamente accolta in giurisprudenza, che traduce la lesione dell'aspettativa all'ottenimento del vantaggio richiesto (e sperato) nella perdita attuale di una posta attiva del patrimonio, rappresentata dalle *chances* favorevoli di vedersi riconoscere dall'amministrazione i vantaggi attesi dal provvedimento.

Mentre in quest'ultima circostanza lo schema dell'occasione perduta viene a delinearsi con riferimento all'*iter* formativo della volontà provvedimentale effettivamente svolto e tacciato di illegittimità (*sub specie* di ipotetica probabilità che lo stesso provvedimento, ove non viziato, avrebbe avuto l'esito sperato: cd. giudizio sulla spettanza del bene della vita), la perdita presa in considerazione nell'illecito precontrattuale si rivolge a valori estranei a quelli sottesi al provvedimento e concerne le possibilità vantaggiose, eventuali e alternative a quella concretamente opzionata, che sono sfuggite al danneggiato a causa dell'inutile conclusione del procedimento stesso<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> La questione dell'interesse negativo e quindi dell'individuazione dell'ambito del risarcibile è approfondita da CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 193 e ss.; AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, cit., p. 329 e ss. Nutre dubbi sulla misura qualitativa e quantitativa del risarcimento ELEFANTE, *Op. ult. cit.*, p. 178, il quale rileva che, ove si volesse limitare l'utilità reintegrabile attraverso l'utilizzo del sistema di responsabilità precontrattuale al cd. interesse negativo e risarcire la lesione illegittima dell'interesse ad acquisire una utilità nella misura delle spese inutilmente sostenute (e dell'eventuale lucro cessante) si svuoterebbe di valore pratico il rimedio risarcitorio.

<sup>305</sup> Sulla distinzione tra *chance* di acquisizione del vantaggio sperato e *chance* come posta risarcibile a titolo di lucro cessante negativo ZITO, *Il danno da illegittimo*, cit. p. 125, nota 49 il quale, confermando che l'utilizzo del modello precontrattuale comporti la risarcibilità dei soli danni connessi all'inutile partecipazione alla gara (spese sostenute e occasioni alternative eventualmente perdute), contrappone tale ipotesi di responsabilità a quella contrattuale ed extracontrattuale, nella cui ottica il parametro per il risarcimento deve essere l'interesse positivo, cioè l'interesse a vincere la gara e a concludere il contratto, per cui i danni saranno calcolati -per intero o in percentuale a seconda che si risarcisca la mancata aggiudicazione o la mera perdita di *chance*- sulla base dei maggiori oneri sostenuti e dell'utile che si sarebbe realizzato stipulando il contratto. Vedi in giurisprudenza, Cons. St., 4 ottobre 2007, n. 5174, cit., che, richiamando la giurisprudenza costante, limita il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale della P.A. per non essere avvenuta alla stipula del contratto d'appalto, all'interesse negativo, rappresentato dalle spese sostenute per partecipare alla gara (danno emergente) e dalla perdita di chance, ossia di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso (lucro cessante, con esclusione tuttavia del mancato guadagno dell'utile d'impresa (o, più precisamente, di una percentuale dell'utile netto corrispondente alle concrete probabilità di addivenire ad una stipula del contratto), posto che detta voce corrisponde ad una componente del lucro cessante, nel danno per lesione del cd. interesse positivo. Ma cfr. di recente, TAR Lazio, 6 febbraio 2008, n. 1069, in *Contr. St. enti pubbl.*, 2008, p. 194 e ss. che suscita interesse nella parte riguardante la quantificazione del danno risarcibile: nonostante venga limitato all'interesse negativo, comprensivo delle spese inutilmente sopportate (danno emergente) e della perdita di ulteriori occasioni di stipulazione di contratti con altri (lucro cessante), nel pensiero dei giudici di merito una delle principali voci del lucro cessante è rappresentata proprio dalla perdita di *chance*, quale danno attuale non irrealizzato che si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, nei casi in cui siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato.

A tale riguardo, la natura consequenziale ed incerta della disutilità derivata dalla violazione delle regole del settore amministrativo, fa anche sì che sia il danneggiato a dover dimostrare che il coinvolgimento in una procedura pubblica gli ha impedito di impegnare le proprie risorse in altri affari particolarmente vantaggiosi o ne ha ritardato il compimento ad un momento successivo, meno favorevole rispetto a quello inizialmente programmato. Dovendosi tenere conto, nel momento della determinazione dell'*an* e del *quantum debeatur*, tanto delle probabilità positive, quanto di quelle negative che avrebbero comunque influito sul buon esito delle operazioni indicate.

L'orientamento di cui si discute ha per il vero subito, nella sua concreta applicazione, una sensibile rivisitazione ad opera del giudice amministrativo che, sulla scorta di quella dottrina portata a riconvertire la violazione dei doveri di buona fede in illecito contrattuale, nonché per l'influsso esercitato dal massiccio intervento della regolamentazione comunitaria in materia di contratti pubblici, ha evoluto la propria giurisprudenza verso una concezione non convenzionale ed eterodossa della responsabilità precontrattuale pubblica, che ha finito per essere contrassegnata dalla parziale applicazione, in tema di elemento soggettivo ed onere della prova, di un regime di responsabilità diverso da quello extracontrattuale.

Ciò ha rappresentato, nelle pronunce che hanno inteso richiamarsi alla responsabilità precontrattuale come ipotesi di sanzione legata alla responsabilità contrattuale da un rapporto di genere a specie, la logica conseguenza della ricostruzione medesima, grazie alla quale, applicando al danneggiato la più comoda disciplina della prova dettata in materia di inadempimento imputabile, si è potuto realizzare un sostanziale ribaltamento di ruoli tra le parti effettivamente gravate dal peso della prova<sup>306</sup>.

4. Ad identico risultato è pervenuta quella giurisprudenza nazionale che ha inteso reinterpretare la figura della responsabilità precontrattuale in linea con i recenti sviluppi maturati in seno al diritto comunitario dove, secondo una pronuncia della Corte di Giustizia, principio generale ineludibile in tema di appalti sopra-soglia sarebbe quello secondo cui il risarcimento dei danni procurati dall'amministrazione nell'espletamento delle

---

<sup>306</sup> Per la natura contrattuale della responsabilità dell'art. 1337, c.c., nella dottrina amministrativistica, CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 187 e ss. Attribuiscono al "contatto" contemplato dagli artt. 1337 - 1338 l'idoneità a costituire autonoma fonte di obbligazione, ai sensi dell'art. 1173, con relativa agevolazione dell'assolvimento dell'onere probatorio concernente l'elemento della colpa della p.a., RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., nonché ID., *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit.; BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99*, cit., p. 1249; VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Giur. it.*, II, 2, p. 570; CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli complementari*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 294. In giurisprudenza, vedi per tutte, Cons. St., 8 luglio 2002, n. 3796, in *Cons. St.*, 2002, I, 1534.

procedure di gara non deve essere subordinato all'accertamento del dolo o della colpa del soggetto pubblico danneggiante<sup>307</sup>.

L'idea di una responsabilità sostanzialmente oggettiva, che sembrava essere la soluzione più rispondente al pensiero della Corte europea, è stata disattesa dall'applicazione che di quei principi hanno dato i giudici interni, a giudizio dei quali la pronuncia comunitaria menzionata si sarebbe riferita alla dimensione probatoria dell'elemento soggettivo, non al suo rilievo sostanziale all'interno della fattispecie, che rimarrebbe invariata. Nell'ordinamento italiano, dunque, non verrebbe in rilievo tanto l'esigenza di accertare la responsabilità della p.a. prescindendo dal requisito della colpevolezza, quanto di porre sostanzialmente a carico della parte forte l'onere di dimostrare l'assenza di rimproverabilità della condotta accertata<sup>308</sup>.

## (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE

**1. Difficoltà ad individuare un modello unitario di responsabilità della p.a. da illegittimo esercizio di poteri. Inadeguatezza del principio del *neminem laedere* nei casi di attività amministrativa autoritativa assimilata a quella doverosa (di adempimento ad un obbligo). Applicazione del regime contrattuale: i casi. 2. L'invalidità dell'atto amministrativo derivante dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra p.a. e privato. 3. La mancata conformazione della p.a. al giudicato. 4. Inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento entro un certo termine. 5. L'obbligazione come metodo generale di gestione dell'azione amministrativa. 6. Confronto con le tesi avversate.**

<sup>307</sup> Si allude a Corte Giust. UE, 14 ottobre 2004 C-275/03, in *Urb. e App.*, 2005, p. 36, con nota di PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*. Vedi, sullo stesso tema, BARONE, *Appalti pubblici comunitari, responsabilità della pubblica amministrazione e prova dell'elemento soggettivo*, in *Dir. Un. Europ.*, 2005, p. 545 e ss.; RINALDI, *Semplificazione dell'onere probatorio nell'accertamento della colpa della p.a.*, in *Riv. giur. edil.*, 2007, p. 1078 e ss.

<sup>308</sup> La giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur ribadendo costantemente il principio in forza del quale l'onere di provare la colpa della pubblica amministrazione grava sullo stesso privato danneggiato, è ormai costante nell'ammettere prove indirette ed adeguate semplificazioni probatorie e, segnatamente prove indiziarie. Ai sensi degli artt. 2727 e 2729, c.c., sono state considerate tali la macroscopica illegittimità del provvedimento amministrativo, l'alto grado di chiarezza della disposizione di legge violata e l'univocità della sua interpretazione giurisprudenziale, il carattere vincolato dell'attività della pubblica amministrazione, l'apporto collaborativo del privato nello stesso procedimento. Benché ciò non venga a determinare un'inversione dell'onere della prova, dovendo sempre il giudice vagliare d'ufficio se le presunzioni fornite dal danneggiato sono idonee a provare la colpa, sicuramente il ricorso a prove indiziarie rende più agevole la prova dell'elemento soggettivo, senza però escluderne la rilevanza (cfr. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, cit., p. 328). Così, Cons. St., 23 giugno 2006, n. 3981, in *Giurisd. Amm.*, 2006, I, p. 963; Cons. St., 9 novembre 2006, n. 6607, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 15 febbraio 2005, n. 478, in *Cons. St.*, 2005, p. 219; Cons. St., 10 gennaio 2005, n. 32, in *Giur. it.*, 2005, p. 1294; Cons. St., 10 agosto 2004, n. 5500, in *Foro it.*, 2005, III, p. 295 e ss., con nota di FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e "auto protezione" da parte del privato-vittima*; Cons. St., 19 novembre 2003, n. 7473, *ibid.*, p. 298 e ss. In dottrina, MANDARANO, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*, in *Urb e App.*, 2005, p. 829 e ss.; PARTISANI, *Errore scusabile e colpa presunta della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ.*, 2005, p. 775 e ss.



1. Secondo parte della dottrina, seguita da certa giurisprudenza amministrativa, la responsabilità della p.a. per attività provvedimentale non si presta ad ridotta ad un sistema unitario capace di coprire tutti gli ambiti dell'agire d'imperio.

In talune situazioni di particolare configurazione della funzione amministrativa, la responsabilità dell'amministrazione, per la deviazione patologica dai propri fini, presenterebbe profili tali da farla discostare dalla via maestra (rappresentata dall'illecito di indole aquiliana), e farla approdare ad uno statuto di responsabilità di tipo contrattuale puro, asseritamente più adeguato a rispondere alle peculiarità morfologiche delle fattispecie considerate<sup>309</sup>.

Il prendere le distanze dal ben più accreditato itinerario ermeneutico che aveva condotto verso una tipologia di responsabilità di stampo extracontrattuale è stato giustificato dalla constatazione che, in casi circoscritti, 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 o in una assai prossima a questa tipica categoria del dovere.

Un rapporto senz'altro assimilabile a quello obbligatorio ma neppure appiattito sullo schema degli obblighi di protezione dell'affidamento altrui, in quanto caratterizzato 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<sup>310</sup>.

Questa impostazione, più precisamente, si spinge al di là delle tesi dottrinali del contatto sociale (che qualificano la responsabilità dell'Amministrazione per attività provvedimentale come responsabilità contrattuale per violazione di una obbligazione senza

---

<sup>309</sup> Così, DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, cit., p. 533 - 534.

<sup>310</sup> In questo senso, VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2000, p. 33 e ss., il quale condivide la natura contrattuale della responsabilità, ritenendo fondamento della responsabilità medesima un dovere primario di prestazione e non un mero obbligo di protezione. Cui si associa GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., p. 32 - 33, il quale aggiunge che lo schema dell'obbligazione senza prestazione, di per sé invocabile solo in presenza di un contatto tra privato e pubblica amministrazione, è inapplicabile in una serie di casi in cui la sfera giuridica del privato appare vulnerata da una condotta del soggetto pubblico non rispettosa di doveri, procedurali e non, sanciti -in via diretta o mediata- dalle norme che specificamente la riguardano. L'allusione è ai casi in cui gli obblighi imposti a livello legislativo prescindano o preesistano al contatto procedimentale.

prestazione), poiché ravvisa, nell'attività della p.a., una vera e propria "prestazione" dovuta a favore del privato e non solo un obbligo collaterale di evitare di provocare ad esso danni o ingiustificate frustrazioni di legittime aspettative, in conseguenza di comportamenti contrari a buona fede o a puntuali disposizioni di legge.

In ipotesi del genere, specificamente individuate, la responsabilità dell'amministrazione è stata qualificata senz'altro come di tipo contrattuale, con contestuale ed integrale applicazione delle regole previste dal codice sull'argomento.

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<sup>311</sup>; 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

---

<sup>311</sup> Sul tema della responsabilità dell'amministrazione per inadempimento degli accordi di diritto pubblico, cfr. MANGANARO, *Risarcimento del danno ed amministrazione per accordi*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., p. 185 e ss.; ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra comportamento e provvedimento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 209 e ss.; SCOCA, *L'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002. Sugli accordi procedurali in generale e sugli effetti riconducibili alla loro conclusione, LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965; FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984; FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Torino, 1985; MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988. Più in particolare, sugli accordi dopo la legge sul procedimento amministrativo: FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998; STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, p. 123 e ss.; TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino 2002; GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

esecuzione e veri e propri obblighi di prestazione, aventi ad oggetto l'emanazione di un atto decisorio rispettoso dei vincoli di legge<sup>312</sup>.

2. Addentrandosi nel dettaglio, nella prima delle vicende elencate, l'assimilazione del contatto intercorrente fra privato e p.a. al rapporto contrattuale (*rectius*, obbligatorio) sarebbe frutto della preesistenza di un rapporto giuridico rilevante tra le parti che, pur fondandosi su un atto di natura essenzialmente provvedimentoale e non su un contratto, se spezzato dall'adozione di un atto contrario, illegittimamente ed ingiustificatamente emesso dall'amministrazione stessa, genererebbe in capo al soggetto pubblico una responsabilità di natura contrattuale<sup>313</sup>.

Per i fautori della tesi in discussione, la posizione vantata dal privato avrebbe acquistato, per effetto della stipula di un accordo amministrativo, una ben precisa differenziazione rispetto a quella degli altri amministrati e radicato un più intenso affidamento circa la perdurante validità ed esecuzione dell'accordo<sup>314</sup>.

In tal caso, il provvedimento di secondo grado, illegittimo e successivamente annullato, se lesivo delle ragioni del privato, darebbe vita ad un'ipotesi di responsabilità che a ragione potrebbe reputarsi di natura contrattuale, considerato che la posizione attiva del privato, se non propriamente qualificabile in termini di diritto soggettivo<sup>315</sup>, in ragione del

---

<sup>312</sup> Tale impostazione si deve agli studi condotti da FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, p. 150 e ss. e in partic. p. 160 ove si afferma che sussisterebbe in capo all'amministrazione una reale prestazione consistente in un atto (non qualsiasi, ma) avente caratteristiche determinate: quelle corrispondenti ai vincoli normativi di carattere sostanziale. Sul tema anche CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., p. 654, il quale esclude che quando si sia in presenza dell'esercizio della funzione amministrativa la p.a. possa essere assimilata ad un debitore con obbligo di prestazione. A parere dell'Autore, la supremazia della p.a., che pur permane e seguita a caratterizzare il rapporto amministrativo, fa escludere che si possa parlare di obbligo di prestazione della p.a., ma senza neutralizzare la relazionalità instaurata dal procedimento, senza la quale parlare di "rapporto" rimarrebbe privo di senso.

<sup>313</sup> Come osserva SALERNI, *Il risarcimento dei danni per lesione di interessi giuridicamente rilevanti*, cit., sussiste la responsabilità della pubblica amministrazione tutte le volte in cui questa violi gli obblighi contrattualmente assunti di adottare un determinato provvedimento. L'impegno contrattualmente assunto dall'amministrazione, infatti, qualora abbia ad oggetto l'esercizio dei pubblici poteri non è vincolante in senso assoluto, purché si tratti di esercizio legittimo. Qualora il provvedimento sottostante l'inadempimento sia illegittimo, l'inadempimento stesso risulterà illecito e dunque produttivo di un danno risarcibile.

<sup>314</sup> Cfr. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto*, cit., p. 17: nei casi caratterizzati dalla sussistenza in capo al privato di una *chance* fondata su una preesistente pattuizione con l'amministrazione, proprio la configurazione di un'obbligazione nel senso classico -da contratto e non da "contatto"- , poi violata, fa sì che si possa optare per un inquadramento della fattispecie come fonte di responsabilità contrattuale, scartando il ricorso a modelli alternativi di responsabilità. Similmente, CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 714 e ss. che, solo in relazione al caso in cui l'illegittimità si pone in diretto contrasto con un accordo, benché di natura pubblicistica, intercorso tra p.a. e privato, ritiene si possa ipotizzare l'indole contrattuale della responsabilità dell'amministrazione.

<sup>315</sup> E salvo che non si intenda ricorrere alla categoria dei diritti soggettivi a regime amministrativo, intendendo, come tali, quei diritti nascenti da accordi pubblici tra privato e pubblica amministrazione o tra p.a. stesse, caratterizzati dall'essere diritti pieni, nei confronti dei terzi ma costituzionalmente soggetti a modifica o estinzione da parte dei pubblici poteri che li hanno generati. In tal caso, l'applicazione del modello di responsabilità contrattuale alla vicenda potrebbe rappresentare una conseguenza diretta di questa ricostruzione e non l'effetto di una assimilazione tra situazioni attive vicine ma comunque distinte.

consolidamento della propria aspettativa, non dovrebbe subire un trattamento deteriore rispetto ad un qualsiasi titolare di diritti pieni<sup>316</sup>.

Ma ciò che risulterebbe davvero decisivo ai fini della scelta sarebbe proprio la portata innovativa dell'art. 11, legge n. 241/90, che attribuisce all'amministrazione la facoltà di obbligarsi ad adottare specifici atti amministrativi, la cui mancata o illegittima emanazione rappresenterebbe, di per sé, inadempimento all'obbligo auto-assunto<sup>317</sup>. Ne consegue che l'adozione di un atto illegittimo, non liberando l'amministrazione dall'obbligo rimasto inadempito, potrebbe a buon diritto essere sanzionate secondo le comuni regole della responsabilità contrattuale<sup>318</sup>.

3. Della stessa natura giuridica è stata giudicata la responsabilità derivante dalla mancata o ritardata conformazione al giudicato amministrativo di annullamento.

L'orientamento prevalente, in dottrina ed in giurisprudenza, riposa sulla qualificazione in termini di diritto soggettivo della situazione soggettiva sussistente in capo al privato, rispetto all'ottemperanza alle statuizioni contenute nelle sentenze di annullamento passate in giudicato<sup>319</sup>. A tale diritto si contrapporrebbe, in posizione

<sup>316</sup> In materia di responsabilità per inadempimento contrattuale, cfr. TAR Umbria, 24 marzo 1999, n. 218, in *Danno e resp.*, 2001, p. 304 e ss.; Cons. St., 31 gennaio 2001, n. 353, *ibid.*, nella cui decisione si legge che «laddove il recesso dall'obbligo a suo tempo assunto dalla pubblica amministrazione si fondi su di un provvedimento legittimo, il privato ha diritto ad un indennizzo ex art. 11 della l. 241/90; laddove, viceversa il provvedimento sia illegittimo, all'annullamento dell'atto conseguirà il diritto al risarcimento del danno». Di recente, TAR Puglia, 3 aprile 2007, n. 1492, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ove si sostiene che in vicende nelle quali fra privato e p.a. esiste già un rapporto assimilabile ad una relazione contrattuale, come, ad esempio, negli accordi amministrativi, la rottura del rapporto causata dall'adozione di un atto illegittimo, rilevando come violazione di un'obbligazione avente titolo in un negozio giuridico o, quantomeno, in un rapporto assimilabile ad un negozio, genera in capo al soggetto pubblico una responsabilità di natura contrattuale. Sull'argomento, una posizione giurisprudenziale di difficile catalogazione è quella assunta da Cons. di St., 6 agosto 2001, n. 4239, *cit.*, che pronunciandosi in tema di invalidità dell'atto amministrativo derivante dal contrasto con precedenti atti convenzionali, applica al rapporto procedimentale, successivo all'accordo, il regime di responsabilità previsto dal codice per l'inadempimento contrattuale, pur precisando che la natura della responsabilità connessa al mancato rilascio del provvedimento "pattuito" assuma connotazioni concretamente avvicinabili all'inadempimento di una precedente obbligazione, per certi versi, alla responsabilità precontrattuale, per altri.

<sup>317</sup> Si rifanno all'inadempimento contrattuale anche AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 21 e ss., nonché MANGANARO, *Risarcimento del danno ed amministrazione per accordi*, *cit.*, p. 201 e 202, il quale afferma che, con l'accordo, l'amministrazione si trasforma in contraente, promettendo una prestazione che è obbligata ad eseguire, avendo già compiuto la valutazione dell'interesse pubblico. La mancanza di discrezionalità nell'esecuzione dell'accordo, dunque, giustifica l'opinione secondo cui l'inosservanza del contenuto dell'accordo, nella duplice forma di una successiva inerzia o dell'emanazione di un provvedimento non conforme all'accordo, costituisce un inadempimento contrattuale, lesivo di un diritto soggettivo.

<sup>318</sup> In tal senso, BARBENSI - GIOMI, *La responsabilità civile della p.a. per danni nascenti dall'illegittimità dell'azione amministrativa*, in *Comuni*, 2003, p. 51 e ss., che, una volta acclarato che la p.a. può obbligarsi ad adottare specifici atti amministrativi, evidenzia che l'adozione di atti illegittimi non libera la p.a. dai propri obblighi. Così come non è idoneo a liberare la p.a. un non-atto, ossia un atteggiamento di silenzio o di colpevole inerzia (improduttivo di effetti giuridici e di conseguenza) non soddisfacente delle legittime aspettative del privato. In questi casi, appare fondato ragionare delle due fattispecie analizzate in termini di responsabilità contrattuale della p.a.; Cfr. VOLPE, *Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno dal lesione di interessi legittimi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2003, n. 4.

<sup>319</sup> Per la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione vantata dal privato e la contestuale configurazione di un "obbligo" dell'amministrazione nascente dal giudicato a prescindere che residui in capo ad essa un ulteriore potere discrezionale della riedizione dell'atto, cfr. in dottrina BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 t.u. del Consiglio di Stato*, in *Atti del*

simmetrica, una situazione debitoria dell'amministrazione, dando vita ad un rapporto obbligatorio -il cd. rapporto conformativo-esecutivo-, risultato della novazione del rapporto originario di potestà-interesse operata dalla statuizione di annullamento<sup>320</sup>.

Il giudicato amministrativo, pur non attribuendo direttamente e per forza propria il bene della vita sperato (ottenibile solo attraverso il ri-esercizio del potere, continuando il privato a vantare, rispetto a quest'ultima, solo un interesse legittimo), in quanto atto di natura processuale produttivo di modificazioni sostanziali della realtà giuridica, farebbe sorgere un nuovo obbligo per la p.a. avente ad oggetto l'attuazione degli effetti della sentenza in sé considerati<sup>321</sup>.

E' evidente, allora, come l'inattuazione colpevole degli obblighi nascenti dalla sentenza definitiva rilevi, dal punto di vista della responsabilità per danni arrecati al privato, in termini di inadempimento imputabile, dando luogo a responsabilità contrattuale<sup>322</sup>.

---

*convegno sull'esecuzione del giudicato nei confronti della p.a.*, Milano, 1962, p. 243; VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1969; SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 133; ID., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997, p. 109 e ss.; IUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2001, p. 481 e ss.; TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, IV, *cit.*, p. 3512 e ss. In giurisprudenza, Cons. St., 6 ottobre 2003, n. 5820, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 3693 e ss.; Cons. St., 19 gennaio 1995, n. 41, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 807 e ss. con nota di CLARICH; Cons. St., 5 giugno 1995, n. 877, in *Foro amm. C.d.S.*, 1995, p. 1220; Cons. St., 7 marzo 1994, n. 219, *ivi*, 1994, p. 391; Cons. St., Ad. plen., 21 febbraio 1994, n. 4, in *Cons. St.*, 1994, I, p. 122; Cons. St., 30 marzo 1993, n. 435, *ivi*, 1993, I, p. 364; Cons. St., 28 maggio 1993, n. 387, *ivi*, I, p. 724; Cons. St., 3 febbraio 1992, n. 59, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 170 e ss., con nota di VILLATA, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, p. 191 e ss.; Cons. St., 27 maggio 1991, n. 874, in *Cons. St.*, 1991, I, p. 965; TAR Lazio, 14 novembre 1994, n. 1938; TAR Lazio, 26 giugno 1998, n. 922; TAR Lazio, 9 agosto 1996, n. 980 e, di recente, Cons. St., 20 maggio 2008, n. 2360, in *Urb. e app.*, 2008, p. 974 e ss.

<sup>320</sup> La tesi secondo cui il giudicato produrrebbe effetti novativi dell'interesse legittimo, enucleando un diritto soggettivo all'ottemperanza, è sostenuta da CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, p. 1152. *Contra* FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, *cit.*, p. 99 e ss.

<sup>321</sup> La sussistenza di un obbligo e di un diritto a contenuto determinato consentono di configurare un rapporto obbligatorio la cui esecuzione diviene adempimento in senso civilistico. Ne consegue la necessità che lo stesso sia esatto e, cioè, assicuri al ricorrente l'utilità concreta che la sentenza ha riconosciuto come dovuta. Si esprime in questi termini, ad esempio, Cons. St., 27 maggio 1991, n. 874, *cit.*, ove si afferma che «l'oggetto del giudizio per l'esecuzione del giudicato è costituito dalla verifica se la p.a. abbia o meno attribuito all'interessato quell'utilità concreta che la sentenza ha riconosciuto come dovuta a prescindere dal fatto che residuo o meno in capo alla pubblica amministrazione dei poteri discrezionali in ordine alle modalità da seguire al riguardo ... l'esecuzione deve essere esatta al pari di quanto avviene nell'obbligazione civile, il cui inesatto adempimento è sanzionato con la condanna al risarcimento del danno».

<sup>322</sup> Per un inquadramento dell'inottemperanza al giudicato nello schema dell'illecito contrattuale, cfr. MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 3700 e ss., la quale puntualizza che, peraltro, la natura contrattuale della responsabilità da inosservanza del giudicato amministrativo non discende dalla circostanza speciale che titolo mediato dell'obbligazione rimasta inadempita sia un indebito oggettivo *ex causa finita*, in quanto detta obbligazione, che pur segue alla caducazione retroattiva del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione, trova la sua fonte immediata nel riconoscimento giudiziale contenuto nella sentenza che ha concluso il giudizio di cognizione. L'obbligazione sostanziale restitutoria, dunque, si converte, in forza di una novazione giudiziale, in un'obbligazione processuale di ripristinazione che vive all'interno del cd. rapporto conformativo-esecutivo creato dalla sentenza di annullamento, posizione soggettiva quest'ultima che, per le sue caratteristiche strutturali, non può essere assimilata ad un'obbligazione restitutoria ex art. 2033, c.c., poiché altrimenti, in luogo del giudizio di ottemperanza, il privato avrebbe dovuto esperire un'ordinaria azione (personale) di ripetizione dell'indebito. In giurisprudenza, sembra in linea con le argomentazioni illustrate, Cons. St., 6 ottobre 2003, n. 5820, *cit.*

L'inquadramento della responsabilità nel paradigma contrattuale recherà con sé conseguenze obbligate sul piano dell'accertamento dell'illecito. Rispetto al danno extracontrattuale da attività provvedimento illegittima (da cui si discosta principalmente per la tipologia di pregiudizio risarcibile), della cui fattispecie generatrice il privato deve provare ogni elemento costitutivo, nel giudizio avente ad oggetto il danno da violazione del giudicato, invece, opererà il principio dell'inversione dell'onere probatorio desumibile dal codice, in materia di illecito extra aquiliano, ed in particolare dall'art. 1218, c.c.

Detta norma, infatti, pone a carico del debitore la prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa non imputabile. Ne consegue che l'interessato sarà chiamato a dimostrare esclusivamente il suo diritto e, dunque, la sussistenza di un giudicato di accoglimento, laddove spetterà all'amministrazione fornire la prova di avervi ottemperato<sup>323</sup>.

4. Dello stesso tenore gli esiti dell'indagine diretta a rivedere in termini di diritto soggettivo alcuni degli istituti disciplinati dalla legge sul procedimento, enucleando, dalle stesse norme di azione, un diritto del privato all'emanazione del provvedimento amministrativo entro un termine prestabilito.

Tale posizione sembra riecheggiare le opinioni di quella dottrina che assegna alle esplicite statuizioni di cui agli artt. 2, 4 e 6 della l. n. 241/90 un ruolo di garanzia dal peso specifico diverso e maggiore rispetto al residuo delle regole procedimentali.

Diversamente dalle altre garanzie cristallizzate dalla legge sul procedimento, che si immedesimano in situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse finale protetto sotto forma di interesse legittimo, le norme focalizzate poc'anzi risulterebbero attributive per il destinatario di una pretesa qualificata, all'adozione del provvedimento finale, a prescindere dal suo contenuto concreto, sia al rispetto del termine conclusivo, come del resto al puntuale svolgimento delle attività di impulso, istruzione e definizione del procedimento, gravanti sul responsabile del procedimento stesso<sup>324</sup>.

<sup>323</sup> Così MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, cit., p. 3723, la quale aggiunge che se tale distribuzione dell'onere della prova opera per l'accertamento del cd. danno-evento e, cioè, della lesione all'interesse giuridicamente apprezzabile sotteso alla pretesa creditoria, altrettanto non può dirsi per i cd. danni-conseguenza, e cioè per l'insieme delle conseguenze pregiudizievoli di carattere economico patrimoniale scaturenti, secondo un rapporto di derivazione causale, dal danno-evento. Questa componente del pregiudizio, nel suo duplice profilo di danno emergente, inteso come la diminuzione patrimoniale subita in conseguenza dell'inottemperanza al giudicato, e di lucro cessante, quale guadagno patrimoniale netto venuto meno a causa dell'inadempienza, dovrà essere provata dal danneggiato, in ossequio al principio generale di cui all'art. 2697, c.c.

<sup>324</sup> Cfr., in tal senso, FRANCO, *Trasparenza, motivazione e responsabilità: partecipazione e diritto di accesso nella legge 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1992, p. 1292; CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 1579, il quale, facendo leva sulle novità introdotte dall'emanazione della legge generale sul procedimento amministrativo, considera esplicitamente il privato e la p.a. alla stregua di creditore e debitore, inseriti (a certe condizioni procedimentali) nell'ambito di un vero e proprio rapporto obbligatorio. In passato, benché rimasta isolata, non è mancata una ricostruzione in

Per quanto specificamente concerne il rispetto dei tempi procedurali, la pretesa del privato, che presuppone la violazione di un diritto al rispetto del termine, trova fondamento nell'esplicita imposizione legislativa di un vincolo temporale alla conclusione del procedimento e dalla esclusione della sua configurazione in termini di mera norma d'azione, dettata a tutela del solo interesse pubblico<sup>325</sup>.

L'esser stata prevista a vantaggio prevalentemente dell'aspettativa privata ad ottenere una pronuncia espressa dell'amministrazione e ad averla tempestivamente, non permetteva di collocare la regola formale che scandisce cronologicamente l'esercizio del potere tra i meri doveri, bensì ne suggeriva una ricostruzione in termini di vero e proprio obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi (nei termini) sull'istanza.

A prescindere dallo specifico inquadramento di tale pretesa e dalle discussioni sorte attorno alla sua retta configurazione ed estensione<sup>326</sup>, era evidente che il danno da ritardata emanazione del provvedimento sollecitato presupponesse un parametro di riferimento

---

termini contrattuali della responsabilità da violazione della normativa in tema di diritto d'accesso: secondo COSTANTINO, *Il risarcimento del danno da diniego (illegittimo) all'accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 167, la legge, ponendo a carico dell'amministrazione l'obbligo di organizzarsi per accettare ed eseguire direttamente le richieste di accesso ai documenti amministrativi, costituisce un rapporto col richiedente che sia titolare del relativo diritto. L'integrazione della disciplina del rapporto, per quanto attiene al luogo, al tempo e alle modalità dell'esecuzione della prestazione dovuta, verrebbe soddisfatta dal ricorso alla disciplina delle obbligazioni in generale.

<sup>325</sup> In tal senso, fra i primi, CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 27 e ss., che ha ricostruito con ampiezza di argomentazioni l'esistenza di un diritto e, dunque, di un obbligo all'emanazione del provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 2 della legge sul provvedimento. Nonché, recentemente, LIPARI, *I temi del procedimento amministrativo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 19 - 21 settembre 2002, Milano, 2003, p. 144 e ss. e MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di Vettori, Padova 2002, p. 255 e ss., che ha pure sostenuto come il diritto ad una decisione entro un termine ragionevole contribuisca a riportare alla ribalta la circostanza che la pubblica funzione sia anche servizio e che, per alcuni aspetti, debba essere assoggettata alle regole che sono tipiche non delle potestà pubbliche, ma dell'adempimento di obblighi di prestazione.

<sup>326</sup> Secondo un primo orientamento, il diritto del privato discenderebbe dell'autonoma rilevanza della pretesa giuridica all'eliminazione dell'incertezza giuridica derivante dalla pendenza del procedimento (così, ad esempio, LIPARI, *I temi del procedimento amministrativo*, cit., p. 149 e ss.). Una differente linea interpretativa, per converso, tende ad inscrivere la pretesa menzionata nell'ambito di una più complessa ricostruzione del rapporto procedimentale, ora ponendo l'accento sugli obblighi protettivi da contatto (cfr. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 55 e ss.; PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, cit., p. 235 e ss.), ora sugli obblighi precontrattuali di correttezza (per questa tesi, RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, cit., p. 171 e ss.; ID., *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 944 e ss.), ora -con qualificazione che sembra più coerente con la ricostruzione della responsabilità ad esso connessa secondo il modello contrattuale- facendo leva sul diritto alla prestazione burocratica ed alla sua tempestiva erogazione. In questi termini, FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, in AA. VV., *Riformare la pubblica amministrazione. Italia, Gran Bretagna, Spagna, Stati Uniti*, Torino, 1995, p. 109; SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 124 e ID., *Dai rapporti di cittadini ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in *Annuario 2001*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2002, p. 137 e ss. Parla di "diritto ad una risposta" circa l'istanza rivolta all'autorità LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 78 e ss., che ipotizza, a fronte di questo diritto soggettivo, un obbligo di pronuncia che si aggiunge al dovere d'ufficio. Per una diversa ricostruzione che ricollega l'obbligo di pronuncia all'esistenza di un potere legale di iniziativa procedimentale del privato, ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Il silenzio della pubblica amministrazione -aspetti sostanziali e processuali*, Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 23-25 settembre 1982, Milano, 1985, p. 156 -157.

peculiare, quale la previa determinazione di un termine relativo ad un rapporto di durata. Di qui l'ineliminabile analogia con le problematiche sollevate dal termine per l'adempimento dell'obbligazione e l'iscrizione della relativa fattispecie di illecito nella sintassi della responsabilità contrattuale.<sup>327</sup>

Prestando specifica attenzione a questo aspetto si è affermato che la frustrazione della legittima pretesa, consequenziale all'inadempimento dell'obbligo formale incombente sulla p.a. di concludere tempestivamente l'*iter* avviato, produrrebbe un danno risarcibile diverso e contrapposto rispetto a quello collegato al mancato o ritardato godimento dell'utilità finale e consistente negli effetti dannosi che il perdurare dell'incertezza circa il rilascio o meno del provvedimento richiesto di per sé stesso produce nella sfera patrimoniale dell'istante.

5. Al di fuori dei casi illustrati nel presente paragrafo, in cui a fronte di un obbligo in senso stretto si colloca un autonomo diritto che affianca o sostituisce l'interesse legittimo, il baricentro della questione risarcitoria per illegittima azione provvedimentale, per più o meno esplicita ammissione degli stessi studiosi che hanno seguito questo itinerario ricostruttivo, tendeva a spostarsi, nuovamente, sul versante dell'illecito aquiliano. La responsabilità contrattuale da "inadempito" nell'esercizio del potere, cioè, sarebbe, secondo questa prospettazione, nulla di più che una deviazione eccezionale (e variamente giustificata) alla regola tralatizia che mette in rapporto di reciproca esclusione il potere funzionale con lo *status* di obbligato.

Si disallinea da questo dimorfismo ricostruttivo una parte minoritaria della dottrina a sostegno della via contrattuale che, a seguito di una rimediazione critica del rapporto che lega cittadino e pubblica amministrazione e delle situazione soggettive che maturano all'interno del procedimento, perviene all'idea che, anche nel diritto pubblico possano sussistere (non più poteri ma) solo obblighi<sup>328</sup>.

---

<sup>327</sup> Le argomentazioni richiamate sono sviluppate da NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della Pubblica Amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., p. 236 e ss., il quale offre anche interessanti chiarimenti per quanto concerne la prova della colpa e del danno subito. Per quel che riguarda l'elemento soggettivo dell'illecito, si ritiene che, anche in applicazione dei principi relativi alla responsabilità contrattuale, spetti all'amministrazione evidenziare a sua discolpa i fattori ostativi alla tempestiva conclusione del procedimento. Nel particolare, l'amministrazione riesce a sottrarsi alla responsabilità in esame soltanto laddove riesca a dimostrare il caso fortuito o eccezionale, ovvero il comportamento negligente dello stesso privato. In questo senso anche TAR Emilia Romagna, 25 novembre 2002, n. 852, in *Giust. amm.*, 2002, p. 1421 e TAR Puglia, 22 novembre 2004, n. 8164, *ivi*, 2004, p. 1331 con nota di DIDONNA, *Danno da ritardo nell'attività 'vincolata' della P.A. e profili di giurisdizione*. Secondi i giudici pugliesi va accolta la domanda di risarcimento del danno derivante dal ritardo con cui è stato portato a termine un procedimento amministrativo in considerazione del fatto che il ritardo è direttamente imputabile ad un deficit organizzativo e/o ad una vera e propria disfunzione, ovvero ad inadeguatezza, dell'apparato amministrativo complessivamente considerato.

<sup>328</sup> Cfr. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 105 e ss. il cui lavoro spicca per l'opera di decostruzione delle assi portanti del diritto amministrativo, finalizzato ad innovare lo statuto dell'azione amministrativa, specie in ordine alle situazioni soggettive enucleabili all'interno del rapporto giuridico tra il portatore dell'interesse particolare e la p.a.



L'agire amministrativo illegittimo, in un contesto assiologico filtrato attraverso la lente del civilista, si configurerebbe come inadempimento di un'obbligazione, dal contenuto variamente modulato in corrispondenza della tipologia di potere concretamente utilizzato.

Nell'ipotesi di esercizio di potere vincolato, si afferma che tale contenuto consisterebbe in una prestazione puntuale, costituita dall'adozione di un determinato provvedimento; diversamente, invece, in presenza di attività amministrativa espressione di discrezionalità, a fronte della quale il contenuto dell'obbligazione va ravvisato nel comportamento corretto (o secondo buona fede), rispettoso dell'altrui affidamento, protettivo della sfera giuridica del soggetto con il quale l'amministrazione ha aperto un dialogo ed osservante le regole dettate dalla legge per lo svolgimento del procedimento amministrativo o senz'altro conformato alle regole giuridiche che governano l'esercizio della funzione, quale che sia la fonte da cui traggono vigore<sup>329</sup>.

Va da sé che, dei danni conseguenti all'illegittimità dell'azione amministrativa, la p.a. risponderà sempre alla stregua di un comune debitore che è parte di un rapporto contrattuale.

6. In tutti i casi descritti viene in rilievo un pregiudizio che, potremmo dire, corrisponde all'interesse positivo del privato, quale interesse all'esecuzione dell'obbligo. Più precisamente, in questo ambito il danno è rappresentato dalla perdita che il soggetto avrebbe evitato e dal vantaggio economico che avrebbe conseguito se il rapporto fosse stato estinto in modo soddisfacente, ossia tempestivamente<sup>330</sup>.

---

Prendendo le mosse dalle prime incrinature alla logica pubblicistica che caratterizzava le norme sull'uso del potere discrezionale, tale in quanto segnato dall'assenza di obblighi e collegato in via esclusiva alla situazione di interesse legittimo (si pensi, ad esempio, alla riflessione che ha accompagnato l'introduzione della legge n. 241/90 ed alla diffusa ricostruzione in termini di diritto soggettivo degli interessi procedurali codificati nelle norme che ivi disciplinano -anche- l'esercizio del potere ed all'uso sempre più diffuso negli articoli di cui si compone del termine obbligo al posto di quello di dovere, il quale sembra testimoniare una espressa insoddisfazione per la tradizionale teorizzazione), critica la nozione di dovere come situazione giuridica passiva idonea ad esprimere la relazione tra p.a. e titolare dell'interesse legittimo, per giungere alla conclusione che, anche sul versante del diritto pubblico, l'unica categoria giuridica idonea a vivere in un rapporto (benché procedimentale) sarebbe solo l'obbligo. L'obbligo della p.a., come situazione giuridica in grado di correlarsi anche all'interesse legittimo, avrebbe ad oggetto non una prestazione consistente nella (necessaria) attribuzione di un bene della vita, ma consistente soltanto in un certo comportamento soddisfacente già di per sé di un interesse (strumentale anziché finale) del destinatario.

<sup>329</sup> Così, FERRARA, *Op. ult. cit.*, in particolare p. 160, dove si afferma che oggetto di tali obblighi sia una vera e propria prestazione il cui contenuto «non risiede nella sola emanazione dell'atto, ma nell'emanazione di un atto rispettoso dei vincoli di legge. Sussiste, dunque, una reale prestazione, consistente in un atto (non qualsiasi ma) avente certe caratteristiche: quelle corrispondenti a vincoli normativi di carattere sostanziale».

<sup>330</sup> Con specifico riferimento al danno da omessa/ritardata definizione del procedimento, osserva NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della Pubblica Amministrazione, cit.*, p. 240, che per quanto riguarda la dimostrazione del danno e la sua quantificazione, si deve distinguere a seconda che si agisca per denunciare la mera situazione di vana attesa del provvedimento o invece il ritardo nell'inizio di un'attività che si aveva diritto di esercitare. Nel primo caso, il risarcimento sarà limitato al cd. interesse negativo (cioè alle spese sostenute per il buon esito del procedimento e alla perdita di *chances* alternative). Nel secondo, invece, vi deve essere anche il risarcimento dell'interesse positivo, comprensivo del profitto che il privato avrebbe presumibilmente ricavato esercitando l'attività tempestivamente assentita. Sul tema del danno da inadempimento al giudicato, addivene ad analoghe conclusioni, per

È del tutto ovvio che la concreta composizione del pregiudizio, costituito dalla sintesi delle singole voci di danno, dipenderà in larga misura dal come si intenda configurare (e, quindi, qualificare) la pretesa del privato nei confronti della p.a. Ma ciò non andrà in ogni caso ad intaccare la sostanza della questione, ovvero che, in tutti i casi vagliati, il parametro di riferimento del pregiudizio risarcibile rimane quello dell'interesse (positivo) ad ottenere i vantaggi normalmente discendenti dall'adempimento della prestazione dedotta in oggetto.

Principalmente in questo la tesi in parola si discosta, tanto dal modello extracontrattuale, nella cui prospettiva preferibile la risarcibilità del danno subito rimane legata all'incerta assegnazione al privato dell'utilità finale, quanto dalla teoria del contatto amministrativo qualificato, secondo la cui elaborazione un ristoro pecuniario al destinatario dell'obbligo protettivo andrebbe garantito (anche a prescindere dal giudizio di spettanza del bene della vita) nella misura fissata in via equitativa dal giudice<sup>331</sup>.

Per le medesime ragioni si discosta pure dalla tesi precontrattuale, che misura il pregiudizio risarcibile con il criterio dell'interesse negativo, laddove tratto connotativo dell'inadempimento imputabile consiste, all'inverso, nel dare luogo ad un risarcimento dei danni determinato senz'altro in ragione dell'utile netto (interesse positivo) che il creditore avrebbe conseguito dall'esatto adempimento<sup>332</sup>.

## (SEGUE) TESI DELLA RESPONSABILITÀ SPECIALE E MISTA.

### **1. Incompatibilità tra responsabilità provvedimentoale e modelli di derivazione codicistica. Tentativi di superamento degli schemi di diritto civile: dal “sincretismo” giuridico alla responsabilità di diritto pubblico. Vantaggi dell’atteggiamento metodologico. 2. La responsabilità oggettiva come risultato**

---

quanto concerne la valutazione dei danni secondo il criterio dell'interesse positivo, MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, cit., 3722 e ss.

<sup>331</sup> Cfr. sul punto Cons. St., 8 luglio 2002, n. 3796, cit., il quale nel confermare gli orientamenti giurisprudenziali più diffusi in tema di responsabilità da illegittimo esercizio di poteri amministrativi, affermando sia l'applicabilità dell'art. 2043, c.c., sia il possibile accostamento della fattispecie all'inadempimento contrattuale, ha proceduto alla valutazione del danno secondo il criterio dell'interesse positivo. Ciò non pregiudica (anzi conferma) che, in materia di illecito aquiliano, se ci si pone nell'ottica ricostruttiva proposta dalla sentenza n. 500, del danno da perdita di *chances* (accertato e liquidato contestualmente alla pronuncia demolitoria, senza necessità di attendere la ripetizione del procedimento), il ristoro dell'interesse positivo ad acquisire i benefici derivanti dal rilascio del provvedimento non avverrà in misura piena, bensì in proporzione alle probabilità di successo accertate dal giudice che ha deciso nel merito. Diversamente nell'ottica dell'inadempimento contrattuale, rispetto al quale il risarcimento dell'interesse (positivo) ad una prestazione già spettante al privato, includerà tutte le conseguenze dannose del fatto lesivo.

<sup>332</sup> Delle differenze tra modello contrattuale e precontrattuale, relativamente al parametro per il calcolo del risarcimento del danno, si è già detto trattando della tesi precontrattuale al par. 3 al quale si fa dunque rinvio.

**della variegata combinazione tra le diverse tipologie di responsabilità. 3. La riacquisizione dei modelli misti e la costruzione di un modello di responsabilità autonoma ricavata dagli artt. 7, l. tar. e 35, d.lgs. 80/98.**

1. 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 prospettato nelle pagine che precedono si arricchisce di due ulteriori filoni interpretativi, accomunati da una medesima premessa: riacquisire 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.<sup>333</sup>.

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<sup>334</sup>.

<sup>333</sup> Sembrano indirizzarsi verso questa tendenza “fusionista”, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 215 e ss.; CERULLI IRELLI, *Tre problematiche aperte sull’azione risarcitoria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., p. 122; CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 229 e ss.; ID., *Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *La tutela dell’interesse al provvedimento. Atti del convegno di Trento, 9-10 novembre 2000*, Trento, 2001, p. 317 e ss.; TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit.; COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit.

<sup>334</sup> La tesi in parola è sostenuta da GAROFALO, *La responsabilità dell’amministrazione: per l’autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., p. 41 e ss. (e vedi anche, dello stesso Autore, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell’amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2005, p. 1067 e ss. In giurisprudenza, analoghe considerazioni sono rinvenibili in Cons. St., 14 marzo 2005, n. 1047, *ibid.*, p. 1060 e ss. *Contra*, COMPORTI, *Torto*, cit., p. 86 che, in relazione al citato art. 35, afferma che la menzionata disposizione non costituisce una nuova ed autonoma fattispecie di illecito, ma si limita a fare rinvio ai modelli generali di responsabilità previsti dal codice civile. Essa disciplina i poteri di cognizione e decisione del giudice, senza toccare le fattispecie sostanziali deducibili in giudizio. Ancorché non esplicitamente, peraltro, tale ultima opinione è avallata da tutti quegli autori i quali, riflettendo intorno alle

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<sup>335</sup>.

2. Nel dettaglio, al primo novero possono ascrivere quegli indirizzi inclini ad adottare un criterio di selezione normativa essenzialmente "sincretistico" come risposta alla pilatesca scelta legislativa di non prendere dichiaratamente posizione in merito alla tematica affrontata e alla contestuale difficoltà di adattare uno dei due modelli civilistici di riferimento (eccessivamente protettivo l'una, eccessivamente gravoso per il danneggiato, l'altra) alle caratteristiche proprie della fattispecie di responsabilità da illegittimo esercizio dei poteri pubblici<sup>336</sup>.

---

previsioni normative indicate nel testo, sostengono che esse si limiterebbero a definire esclusivamente i poteri di cognizione e decisione del giudice. *Ex multis*, ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p. 989 e ss. per il quale, in particolare, il nuovo art. 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971, ha dichiaratamente valore processuale, regolando un problema di riparto di giurisdizione, e attribuendo in generale al giudice amministrativo la cognizione delle questioni risarcitorie comunque connesse con le controversie devolute alla sua giurisdizione. Ma pare optare, attualmente, per una lettura tutta «speciale» della responsabilità pubblica anche PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, p. 207 e ss.

<sup>335</sup> Come si legge nella decisione del Consiglio di Stato (14 marzo 2005, n. 1047, *cit.*), quanto alla natura della responsabilità della p.a. «ritiene la Sezione che nel diritto pubblico e per il caso di lesione arrecata all'interesse legittimo, si è in presenza di una peculiare figura d'illecito, qualificato dall'illegittimo esercizio del potere autoritativo (il che preclude che possa essere senz'altro trasposta la *summa divisio* tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, storicamente affermatasi nel diritto privato). Infatti, per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo: non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, caratterizzato da diritti, obblighi o altre posizioni tutelate dal diritto privato (la cui tutela è prevista dagli artt. 1218 e ss., c.c.) e non è assimilabile alla condotta di chi -con un comportamento materiale o di natura negoziale- cagioni un danno ingiusto a ... posizioni tutelate *erga omnes* dal diritto privato».

<sup>336</sup> Cfr. sul punto, DI MAJO, *Op. ult. cit.*, p. 215, secondo il quale è molto probabile che la nuova responsabilità derivante dalla lesione di interessi legittimi si sottragga ad una rigida qualificazione in termini di responsabilità contrattuale o aquiliana (alla quale si assimila quella precontrattuale). L'elemento di diversità è pur sempre costituito dal cattivo esercizio di una pubblica funzione (per violazione di legge od eccesso di potere), del quale occorrerà misurare le ripercussioni sull'interesse del privato e nella sua sfera. Ripercussioni che, se non possono essere quelle derivanti dall'inadempimento di un obbligo contrattuale, neanche possono essere quelle del danno proveniente casualmente dall'attività di un terzo (data ormai la situazione di rapporto o di contatto venutasi a creare tra P.A. e privato). Troppo forte la prima (forma di) responsabilità, troppo debole la seconda. Occorre dunque rinvenire una via di mezzo, che tenga conto, in primo luogo, della diversa natura dell'interesse legittimo leso (se ad es. oppositivo o pretensivo), e cioè delle diverse utilità ad esso sottese, nonché della colpa del soggetto pubblico e naturalmente del nesso di causalità tra il comportamento illegittimo della P.A. e il pregiudizio economico che il privato ne ha risentito. Dello stesso tenore il contributo di CERULLI IRELLI, *Op. ult. cit.*, p. 122, ove sia afferma che sia il modello della responsabilità contrattuale che quello della responsabilità precontrattuale (e ancora più si direbbe quello aquiliano) sembrano, per una ragione o per l'altra, male adattarsi alle caratteristiche proprie della responsabilità dell'Amministrazione nei rapporti amministrativi. A fronte di questa situazione di carenza normativa specifica (in quanto fin troppo evidente che l'azione risarcitoria nei confronti del soggetto pubblico per l'illegittimo esercizio del potere è del tutto priva di una peculiare disciplina positiva) e di difficile adattabilità dell'uno o dell'altro modello civilistico alle caratteristiche proprie della nostra fattispecie, l'interprete dovrebbe seguire un criterio fondamentalmente sincretistico: adattare cioè i principi civilistici formati con riferimento all'uno o all'altro tipo di responsabilità alle caratteristiche proprie di questa inedita forma di illecito e alle esigenze concrete di tutela cui l'azione risarcitoria, inserita nel perimetro del diritto pubblico, è chiamata a fronteggiare. Sostanzialmente non dissimile è l'opinione di PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p. 1225, che da vita ad una ipotesi di responsabilità speciale, in parte soggetta alla disciplina della responsabilità aquiliana e in parte a quella contrattuale, costituendo una sorta di *tertium genus* nella responsabilità di diritto civile. Contrari a all'operazione compiuta dagli autori appena citati, tra gli altri, COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, *cit.*, p. 46 e ss.; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza*

La varietà di modelli misti e l'indefinito numero di combinazioni astrattamente ottenibili non consente una ricognizione puntuale di tutti gli imprevedibili e mutevoli sbocchi normativi cui ha condotto o potrebbe condurre l'uso del metodo in questione. Gli stessi sostenitori di questa sistemazione ricostruttiva alternativa hanno sovente abdicato all'impegno di disegnare una rotta con cui orientare i lettori, lasciando aperta la questione e demandando alla giurisprudenza il compito di stilare un prospetto di regole in grado di adattarsi alle fattezze del caso concreto<sup>337</sup>.

Ciò che è interessante sottolineare è l'obiettivo che ha innescato un simile *modus operandi*. L'esito auspicato era quello di rinvenire una responsabilità "di mezzo" che tenesse conto delle diversità strutturali che interessano il fatto di danno, adattando i principi civilistici maturati in seno all'uno o all'altro ambito di responsabilità alle caratteristiche tipologiche differenziali della fattispecie d'illecito della p.a., nonché alle esigenze concrete di tutela che l'azione risarcitoria è chiamata a fronteggiare in quell'ambito.

Su uno stesso piano si colloca l'operazione volta ad ottenere un modulo di responsabilità dell'amministrazione attraverso la combinazione eterodossa tra regole civilistiche e norme tratte dal diritto pubblico.

In ambedue i casi, il recepimento della tecnica "sperimentale" dell'assemblaggio tra differenziate regolamentazioni (codicistiche e non), benché sorretto da percorsi argomentativi variamente modulati, sposta il torto dell'amministrazione verso un modello di responsabilità sostanzialmente oggettiva, ora derivato dalla necessità di coordinare le regole del diritto civile con i dettami sostanziali<sup>338</sup> e processuali<sup>339</sup> del contenzioso

---

*prestazione ai confini tra contratto e torto, cit.*, p. 166 e ss. e, con toni meno accesi, CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa, cit.*, p. 713.

<sup>337</sup> Così CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano, cit.*, p. 229 e ss. che, rifacendosi ad un modello di responsabilità complessa, frutto della commistione tra un modello di responsabilità civile, integrato dall'immissione di regole proprie del settore amministrativo che consentano al giudice di ricucire in vario modo le maglie delle eterogenee discipline, ammette che, nonostante la responsabilità dell'autorità pubblica per lesione degli interessi legittimi debba essere riportata nell'orbita dell'art. 2043, c.c., il giudice amministrativo, poiché si tratta di responsabilità in materia dotata di taluni particolari connotati, disponga di un certo margine di manovra, salvo peraltro non poter ripiegare su inaccettabili situazioni di immunità che potrebbero indurre nuovi ribaltamenti dell'assetto delle giurisdizioni.

<sup>338</sup> Giunge all'idea di una responsabilità oggettiva attraverso una ricostruzione costituzionalmente orientata dell'agire amministrativo e dell'interesse legittimo ZITO, *Il danno da illegittimo, cit.* p. 187 - 188 e 203, che sulla base delle considerazioni svolte, fa scaturire da due principi costituzionali (ex artt. 97 e 113, Cost.) che «la tutela del cittadino dev'essere intesa in via prioritaria come tutela specifica dei suoi interessi lesi; che detta tutela è suscettibile di riconoscimento indipendentemente dalla valutazione di qualsivoglia profilo soggettivo dell'azione amministrativa» di talché «nell'ambito della tutela contro il danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, la responsabilità dell'amministrazione debba essere intesa in senso rigorosamente oggettivo».

<sup>339</sup> Il sostanziale svuotamento del requisito della colpa avviene valorizzando il sistema probatorio tipico del processo amministrativo in MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo, cit.*, secondo cui la peculiare natura della responsabilità dell'amministrazione «comporta che (come avviene per verificare la legittimità del provvedimento e il rispetto delle regole

amministrativo, ora attraverso una rilettura in chiave giuspubblicistica della tutela risarcitoria accordata all'interesse legittimo, intesa come surrogato dell'effetto ripristinatorio che contraddistingue le decisioni di annullamento pronunciate dal g.a.<sup>340</sup>

3. Sul versante opposto (ma con risultati non dissimili) chi sconfessa l'operatività dei modelli misti, tanto più quanto essi coinvolgano il connubio tra regole proprie di ambiti eterogenei di materia, scioglie l'enigma del rapporto tra l'istituto della responsabilità (di indiscussa matrice codicistica) e le norme che ne danno ingresso e attuazione nelle materie riservate alla giurisdizione del g.a. (art. 7 l. tar e 35 d.lgs. 80/98) nel senso di accordare a queste ultime il ruolo di basamento su cui edificare un modello di responsabilità speciale ed autonoma dell'amministrazione, al cui interno ricercare i tratti connotativi di questo esempio di responsabilità domestica<sup>341</sup>.

In particolare, l'art. 7, comma 3, l. n. 1034/1971, nel fissare i requisiti strutturali di questo nuovo "microsistema di responsabilità dell'amministrazione", ricolleggerebbe il sorgere del diritto al risarcimento del danno al ricorrere di tre elementi indefettibili, la condotta dell'amministrazione che abbia adottato un provvedimento (o abbia omissso di adottarlo) difformemente da quanto comandato dalla disciplina legale di richiamo, il danno patrimoniale subito dal titolare dell'interesse legittimo come conseguenza del contegno serbato dalla stessa amministrazione ed il persistere del pregiudizio così arrecato anche oltre la caducazione del provvedimento impugnato o l'esecuzione all'ordine di provvedere<sup>342</sup>.

---

processuali sulla impugnazione, e cioè per i primi due elementi dell'illecito) il giudice amministrativo - per l'accertamento dell'ulteriore elemento della rimproverabilità dell'apparato amministrativo - applica i consueti principi riguardanti l'istruttoria nel processo, e non le regole del codice civile. In altri termini, il giudice amministrativo esamina la sussistenza della colpevolezza senza formalismi (e senza gravare alcuno dell'onere della relativa prova), tenendo conto delle deduzioni delle parti e di quanto può emergere dall'esercizio dei suoi poteri istruttori (in conformità ai principi enunciati dalla Corte di giustizia C.E.)».

<sup>340</sup> Secondo il pensiero di FOLLIERI, *Il modello di responsabilità, cit.*, «il dolo o la colpa divengono del tutto irrilevanti perché il risarcimento dei danni rappresenta un surrogato dell'annullamento che interviene in conseguenza della riscontrata illegittimità dell'atto amministrativo, senza necessità di ricercare l'elemento soggettivo che è tipico delle responsabilità disciplinate dal codice civile».

<sup>341</sup> Cfr. Cons. St., 14 marzo 2005, n. 1047, *cit.*, dove si evidenzia in motivazione che «i commi 1 e 4 del novellato art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998 non hanno richiamato alcuna disposizione del codice civile e neppure hanno richiamato le fondamentali nozioni (diligenza, dolo, colpa, ecc.) su cui si basano i sistemi di responsabilità civile (contrattuale o extracontrattuale). Essi hanno attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo, verificando anche se -nel caso al suo esame- un principio affermatosi nel diritto privato risulti compatibile con quello da applicare nel diritto pubblico (in ragione delle regole organizzative, sostanziali e procedurali che l'Amministrazione è tenuta a rispettare, nonché delle regole che caratterizzano il processo amministrativo)».

<sup>342</sup> Per quanto riguarda i requisiti costitutivi della pretesa risarcitoria, nel senso indicato dal testo cfr. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi, cit.*, p. 56 e ss., nonché ID., *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione, cit.*, p. 1069 e ss. E in giurisprudenza, seppur con alcune differenze, vedi Cons. St., 14 marzo 2005, n. 1047, *cit.*, in cui si legge che della nuova figura di illecito è requisito indefettibile, in assenza di una contraria determinazione del legislatore, la colpa, intesa come colpa dell'apparato amministrativo eccedente la mera illegittimità del provvedimento impugnato (che il giudice accerta senza formalismi e senza gravare alcuno dell'onere della relativa prova, tenendo conto delle deduzioni delle parti e di quanto può emergere dall'esercizio dei suoi poteri istruttori e valutando comunque le

Non servirebbe, dunque, il requisito della colpa che, in quanto non richiamata neppure per implicito dalle norme evidenziate, rimarrebbe assorbita dal dato strutturale dell'illegittimità della condotta, come acclarata dal giudice amministrativo in funzione di annullamento o di condanna *ex art. 21-bis, l. tar.*<sup>343</sup>

### ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE.

**1. La responsabilità dell'amministrazione da attività provvedimentale: una fattispecie di difficile inquadramento. Inadeguatezza del modello aquiliano. 2. Valorizzazione del "contatto sociale" e relativa critica. 3. La scelta della responsabilità contrattuale e relativa critica. 4. Le responsabilità speciali: critica. La responsabilità precontrattuale come modello di illecito settoriale, insuscettibile di applicabilità generalizzata.**

1. La disamina fin qui condotta, lungi dal voler contribuire al ponderoso compito di illustrare con esaustività e completezza l'intero stato di maturazione della letteratura giuridica sul punto, ha consentito di ripercorrere in breve le tappe che hanno segnato l'evoluzione del pensiero giuridico sui rapporti tra diritto amministrativo e risarcimento del danno.

L'obiettivo che ha contraddistinto l'approccio metodologico seguito è stato quello, senz'altro più ridotto, di illustrare quale aggregato di nozioni e strumenti concettuali, indispensabili alla corretta decodificazione e collocazione delle diverse fattispecie che compongono la multiforme tematica della responsabilità della p.a. per danni derivanti dall'attività provvedimentale, sia stato variamente utilizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza per affrontare un argomento tanto delicato quanto di incerto inquadramento.

---

condizioni caratterizzanti l'organizzazione e l'attività amministrativa, la chiarezza della normativa, lo stato della giurisprudenza, la complessità delle questioni coinvolte, la condotta degli interessati nel corso del procedimento, ecc.) e un rapporto di causalità tra il provvedimento illegittimo e il danno lamentato, non potendosi altrimenti disporre il relativo risarcimento.

<sup>343</sup> Per quanto riguarda la disciplina concretamente applicabile, invece, la dottrina cui si deve la tesi in parola propone l'applicazione delle regole del diritto privato non espressamente derogate, in particolare, per quanto concerne l'area del pregiudizio risarcibile, troverebbero cittadinanza nel nuovo contesto di matrice pubblicistica, l'art. 1223, c.c., l'art. 1225, c.c. ed, in tema di riparto dell'onere probatorio, l'art. 2697, c.c., GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, p. 41 e ss. Sullo stesso piano, seppur con talune differenze, specie con riferimento alle condizioni di applicabilità della liquidazione del danno in via equitativa, Cons. St., 14 marzo 2005, n. 1047, *cit.*

Gli spunti di riflessione che ne sono seguiti, a ben guardare, appaiono numerosi e significativi, specie se si appunta l'attenzione su quel fenomeno evolutivo che ha interessato il problema della qualificazione della responsabilità dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi.

Dalla storica pronuncia del 1999, si è assistito ad una progressiva deriva delle idee che, dapprima appiattite su un modello assoluto di responsabilità extracontrattuale, *ex art.* 2043, c.c., si sono progressivamente riversate su sentieri sempre più prossimi al paradigma contrattuale, in taluni casi sperimentando pure soluzioni sganciate da logiche privatistiche (e, talvolta, tese a settorializzare la responsabilità da illegittimo esercizio di pubblici poteri, assegnando a ciascun segmento dell'agire funzionalizzato il tipo di responsabilità più appropriato) fino ad approdare ad un genere innovativo di responsabilità imperniata su cardini squisitamente pubblicistici.

Una simile disparità di vedute non deve stupire in quanto, a distanza di dieci anni dalla pronuncia che sgretolò il tabù dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, la questione della natura giuridica da assegnare a questa forma *sui generis* di responsabilità dell'apparato pubblico è tuttora apertissima ed attuale. Non solo, ma complice la complessità della materia e le inevitabili ripercussioni sugli interessi coinvolti, una presa di posizione decisa e definitiva da parte dell'Adunanza Plenaria al riguardo, ad oggi appare più un insperato miraggio che l'auspicato approdo di un itinerario travagliato<sup>344</sup>.

E lo sforzo di superare vecchie impostazioni e battere nuove strade, per quanto accidentate (e col rischio concreto che siano infeconde), riceve sempre maggiori spinte propulsive dalla ormai raggiunta convinzione che alcuno dei rigidi schemi di responsabilità offerti dal codice civile, ancorato ad un severo dualismo tra responsabilità da inadempimento e danno da fatto illecito, sia in grado di esaurire il fenomeno giuridico complesso che sottende alla lesione di un interesse legittimo da parte dei pubblici poteri<sup>345</sup>.

Provando a mettere in ordine gli elementi fin qui raccolti, è sufficiente richiamare le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti per rendersi conto di come taluna delle

<sup>344</sup> In quest'ottica si comprende la scelta dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione 14 febbraio 2003, n. 2, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 36), a cui la questione era stata rimessa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana (ordinanza 8 maggio 2002, n. 267, *cit.*), di non sciogliere il nodo relativo alla natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione, in quanto non ritenuta rilevante ai fini della soluzione della controversia.

<sup>345</sup> Non dissimili considerazioni paiono emergere dalle parole di ZITO, *Il danno da illegittimo*, *cit.*, p. 172 e ss., secondo cui uno dei nodi problematici che emergono dalla disamina della letteratura giuridica in argomento è la difficoltà di fornire un inquadramento sicuro della responsabilità risarcitoria della p.a. per danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo. Ciò vale in particolare per quegli orientamenti che riconducono la vicenda all'interno di uno dei modelli civilistici di responsabilità e che, nel fare ciò, sono costretti ad ammettere deviazioni più o meno forti rispetto al modello di riferimento. Pur riconducendo il fenomeno in un archetipo astrattamente definito, nella sostanza ci si muove in una logica marcatamente pubblicistica (e vedi pure, dello stesso Autore, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi*, *cit.*, p. 382).



teorizzazioni avanzate mostri aspetti tutt'altro che persuasivi, che non possono non alimentare nell'interprete confusioni e perplessità.

Si è detto di come la rilettura dell'art. 2043, c.c., ad opera delle prime pronunce della Cassazione, che ha assunto l'interesse legittimo a situazione soggettiva attiva, degna di tutela "esterna", non sia del tutto consonante con la natura endogena dell'antagonismo potere-interesse che caratterizza l'attività funzionalizzata della amministrazione pubblica<sup>346</sup>.

A ciò si può ora aggiungere, recuperando una replica lasciata in sospeso pagine addietro<sup>347</sup>, che il motivo teleologico-funzionale, già di ostacolo all'applicazione dello schema aquiliano da parte dei giudici cui sia richiesta la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno (per il motivo -è bene ricordarlo- che esso, verificandosi "tra passanti", mal si attaglia al danno ingiusto provocato dall'amministrazione che abbia adottato un provvedimento lesivo di un interesse legittimo, rappresentando generalmente tale atto l'esito di un'attività che aveva messo previamente in contatto l'amministrazione stessa ed il soggetto offeso), può essere corroborato da un diverso modo di intendere (e spiegare) la terminologia presente nelle leggi specifiche sulla responsabilità dell'amministrazione per danni consequenziali ad attività provvedimento illegittima<sup>348</sup>.

Risulta, infatti, inappagante quella prospettiva esegetica dedita ad assegnare un valore decisivo alla duplicazione del sintagma "danno ingiusto", riproposto testualmente nell'art. 35, d.lgs. 80/98 e, benché implicitamente, pure nell'art. 7, l. tar. Basti qui osservare, mantenendo l'angolazione incentrata sugli indicatori lessicali, che di un danno da risarcire in quanto implicitamente reputato ingiusto (specie se per ingiusto si intende *contra ius*) dall'ordinamento si trova traccia anche nell'art. 1218, c.c., indiscusso caposaldo della responsabilità contrattuale<sup>349</sup>.

---

<sup>346</sup> Cfr. gli autori menzionati nel capitolo sulla responsabilità "da contatto" della p.a.

<sup>347</sup> Cfr. Parte II, capitolo I, par. 3, nota n. 257.

<sup>348</sup> Evidenza ulteriori profili di inadeguatezza nella tutela aquiliana dell'interesse legittimo, ZITO, *Il danno da illegittimo*, cit., p. 108, secondo cui la logica della monetizzazione del danno, che è propria dell'istituto civilistico della responsabilità extracontrattuale, mal si concilia con la logica che presiede alla funzione amministrativa, lasciando prive di tutela risarcitoria le ipotesi nelle quali il carattere discrezionale del potere esercitato preclude il giudizio prognostico, nonché l'intera area degli interessi definiti "strumentali" e che si esprimono nel rapporto procedimentale.

<sup>349</sup> L'obiezione, così congegnata da GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., p. 10, troverebbe conferma negli scritti di BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 41, secondo la quale nell'art. 1218, c.c., manca il riferimento all'ingiustizia del danno in quanto questa è *in re ipsa*: precisamente nella non attuazione del rapporto obbligatorio da parte del debitore e dunque nella lesione a lui imputabile di un interesse giuridicamente rilevante. La tesi è riproposta da MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 170 e ss.

Peraltro, più che l'asserita similitudine linguistica, non può non colpire il mancato coordinamento tra la formula attuale dell'art. 7, comma 3, della legge TAR, come riscritto dalla legge n. 205 del 2000 (che parla di danno anche se non aggettivato come "ingiusto") ed il contenuto dell'art. 35 del d.lgs. 80/98 che, nonostante la revisione ad opera della medesima legge di razionalizzazione del processo amministrativo, ha mantenuto il riferimento all'iniziale espressione "danno ingiusto"<sup>350</sup>.

Lo sfalsamento appena rilevato non sembra però addebitabile ad una disattenzione del legislatore, né pare metodologicamente corretto il tentativo di parificare i due enunciati, svolgendo in senso accrescitivo la dizione normativa più scarna.

Non si può dimenticare che lo scopo originario della norma delegata fosse quella di attribuire lo strumento risarcitorio al giudice amministrativo in veste esclusiva, nei soli casi in cui, secondo l'angusta interpretazione imposta dai compilatori del decreto di attuazione, il giudice degli interessi fosse (eccezionalmente) investito dell'autorità di predisporre tutela risarcitoria per la lesione dei diritti soggettivi attribuiti dalla legge alla sua giurisdizione<sup>351</sup>.

In un contesto così caratterizzato, dunque, non è azzardato immaginare che l'utilizzo di omologie linguistiche, evocative di qualcosa di più che una mera assonanza fonetica con la principale tutela del campo privatistico, fosse concepito, al più, con l'intento di imprimere una fisionomia ben definita alla tutela risarcitoria dei soli diritti soggettivi, lasciando fuori ogni riferimento alla responsabilità per lesione degli interessi legittimi.

Certo è che quando il legislatore, con la legge 205/00, ha inteso affrontare apertamente la questione risarcitoria dell'interesse legittimo, ha mancato (pur potendo) di riproporre il binomio "danno ingiusto", intendendo probabilmente con ciò svincolare giudici e giuristi dalla "tirannide" del modello aquiliano, utilizzando una tecnica di redazione della norma che, a voler valorizzare gli snodi verbali della disposizione appartenente all'area pubblicistica, appare, in questo senso, assai più vicina a quella cardine della responsabilità contrattuale (art. 1218, c.c.).

2. Per questi motivi gli stessi giudici di legittimità (ma il ripensamento non ha risparmiato neppure talune decisioni dei magistrati amministrativi), valorizzando il rapporto procedimentale che avvince, dal momento in cui diviene attuale l'esercizio del potere, la sfera giuridica soggettiva dell'amministrazione con quella del privato (o dei privati)

---

<sup>350</sup> Sul punto, si rinvia al contributo indicato alla nota n. 258

<sup>351</sup> Sul punto si rinvia, oltre alle considerazioni svolte nella prima parte, a quanto sostenuto (cfr. nota n. 171) da PATRONI GRIFFI, *Non cambia il diritto sostanziale, cit.* L'orientamento, provenendo dal capo dell'ufficio legislativo del ministero della funzione pubblica all'epoca dell'approvazione del testo in commento, si atteggia come una sorta di interpretazione autentica del decreto legislativo, quanto meno della *ratio legislatoris* sottesa all'intervento innovatore.

destinatario o coinvolto dal provvedimento conclusivo, avevano assimilato la dinamica procedimentale ad una relazione molto prossima a quella che caratterizza i rapporti obbligatori, importando dalle categorie del diritto privato una formula propria della tradizione tedesca, che dall'inizio dell'ultimo decennio aveva ottenuto sempre più larghi consensi: il "contatto sociale qualificato"<sup>352</sup>.

Questa formula alchemica in grado di mutare in contrattuale larghe sacche di contenzioso che per tradizione gravitavano attorno all'orbita della responsabilità civile, ne aveva sensibilmente limitato il perimetro applicativo a quelle interferenze occasionali tra sfere giuridiche individuali, ovvero a quelle situazioni di diritto soggettivo o di altro interesse reputato meritevole di tutela riparatoria, che non fossero collegate tra loro in virtù di un precedente nesso congenito. Il che è quanto si verificherebbe, in particolare, nell'attività amministrativa moderna in cui il privato finisce col dismettere i panni del destinatario del provvedimento amministrativo per divenire controparte di un preesistente ed isonomico rapporto giuridico pubblicistico, regolato dalle norme sul procedimento, e intessuto di reciproci obblighi e facoltà<sup>353</sup>.

L'analogia rilevata tra azione amministrativa e rapporti obbligatori aveva militato a favore di una soluzione che ricalcasse i risultati raggiunti dalla dottrina cui si attribuisce la paternità di tale tesi, coniando una forma di responsabilità "a metà strada tra contratto e torto" che, calata nella logica del procedimento, finiva per avvicinare la disciplina più ai meccanismi indennitari che a quelli riparatori<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Cfr. *supra*

<sup>353</sup> L'idea che con il procedimento si realizzi una relazione qualificata tra l'amministrazione e il privato è alla base, in modo più o meno esplicito, delle opere monografiche dedicate al tema della svolta partecipativa che ha coinvolto l'agire amministrativo negli anni '90. In proposito, cfr. CARTABIA, *La tutela dei cittadini nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991; DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996; FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova, 1999; COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione*, cit.; OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002. Ai contributi monografici richiamati si deve necessariamente aggiungere, LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 169; MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in MAZZAROLLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., p. 1281 e ss.

<sup>354</sup> Cfr. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 701 - 702, il quale rileva che il riferimento al contatto tra cittadino ed amministrazione costituisce una novità solo sotto il profilo terminologico, in quanto non fa altro che definire in modo diverso gli obblighi derivanti dal giusto procedimento amministrativo, che la giurisprudenza aveva individuato ben prima della codificazione avvenuta con la legge n. 241 del 1990. Ciò che nella tesi è innovativo, ma discutibile, è il tentativo di far sorgere, quasi in via automatica, una pretesa risarcitoria in capo al privato per la mera violazione di regole procedimentali, prescindendo dalla sorte del provvedimento conclusivo del procedimento e quindi dalla spettanza dell'utilità, che il privato tende a conservare o conseguire. Così pure LAMORGESE, *Nuovi fermenti in Cassazione sulla responsabilità per attività procedimentale della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 599, secondo cui anche ammesso che la violazione di una regola procedimentale integri inadempimento rispetto ad una obbligazione, andrebbe spiegato come, prescindendo da una valutazione

Anche la soluzione in commento è, però, frutto di evidenti forzature. 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 procedurali 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<sup>355</sup>.

Ciò è ben più evidente se si sofferma l'attenzione sulla struttura dell'obbligazione che qui verrebbe asseritamente in rilievo. L'interesse alla legalità, attorno al quale il legislatore avrebbe costruito una sfera protettiva del privato fatta di prestazioni a carico dell'amministrazione e del diritto soggettivo di pretenderne l'adempimento, non può realmente costituire il fulcro di un simile procedimento di selezione e qualificazione normativa, se non a costo di scardinare un sistema di protezione degli interessi individuali a base sostanziale<sup>356</sup>.

L'utilità cui la legge garantisce protezione deve necessariamente avere ad oggetto un bene della vita e non potrebbe essere altrimenti. Ricercare la ragione giustificativa di una posizione di vantaggio (e del correlativo svantaggio) nel mero rispetto di una regola giuridica rischia di essere non solo assai riduttivo ma persino di sovvertire il meccanismo

---

sulla soddisfazione della pretesa, possa essere disposto il risarcimento del danno se quella norma non protegge un bene specifico economicamente qualificabile, salvo che non si voglia accedere ad una funzione indennitaria del risarcimento stesso.

<sup>355</sup> Cfr. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione*, cit., il quale afferma che la legge 241/90, organizzando l'esercizio del potere, pur in costanza di una situazione di "contatto", non pare idonea a qualificare la relazione tra amministrazione e privato alla stregua di un rapporto obbligatorio. L'identificazione del soggetto leso avverrebbe al di fuori dell'orbita procedimentale e dalla considerazione delle disposizioni sull'esercizio del potere. Sostiene GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., p. 35, che in ambito segnato dalla presenza di pubblici poteri, l'applicazione della figura pensata da Castronovo va respinta soprattutto perché snatura e trasfigura l'originaria fisionomia delle regole procedurali, in quanto altera il loro originario carattere di doveri tipici dei rapporti pubblicistici, imprimendovi quello di doveri propri dei rapporti privatistici. Un'eterogeneità che non si giustifica nemmeno appellandosi ad una linea di tendenza degli interventi legislativi tesa a rendere paritaria la relazione tra amministrazione e privato, posto che la stessa va perseguita rispettando il modulo pubblicistico dell'agire amministrativo voluto dal legislatore. Analogamente, Cass., 11 giugno 2003, n. 9366, cit. Ancor più esplicito DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, cit.: «quelli che oggi vengono definiti come "doveri di protezione" o "obbligazioni senza prestazione" oppure "obblighi da contatto sociale" non sono, in sostanza, che quei "doveri" che compongono proprio il lato passivo della potestà. Dunque, non obbligazioni accessorie, ma il contenuto stesso passivo della situazione giuridica di cui si tratta».

<sup>356</sup> In proposito, rileva acutamente Cons. St., 15 aprile 2003, n. 1945, cit., che nella maggior parte dei casi sottoposti all'attenzione degli organi giurisdizionali, è la spettanza del bene della vita (e, dunque, il pregiudizio connesso alla illegittima preclusione frapposta dalla p.a. alla realizzazione dell'interesse finale) l'oggetto della domanda risarcitoria e non il mero pregiudizio derivante dalla violazione dell'obbligo di comportamento imposto all'amministrazione, che prescinde quindi dalla soddisfazione dell'interesse finale. In simili ipotesi, inoltre, al giudice adito non è possibile eludere la domanda (pena un'inammissibile vanificazione del principio di responsabilità dell'amministrazione) né accoglierla prescindendo dalla formulazione di un giudizio, laddove possibile, sulla certa o statisticamente probabile spettanza del bene della vita.

ordinamentale che presiede alla selezione e riconoscimento delle pretese individuali degne di protezione<sup>357</sup>.

Scopo delle legislazioni di stampo liberale è quello di garantire il soddisfacimento, attraverso l'intermediazione delle situazioni soggettive attive, di utilità materiali o morali che fanno capo alla persona e che si trovano al di là e al di fuori delle norme giuridiche da cui traggono tutela. E avallare il fenomeno contrario (un legislatore che crea una norma per difendere l'interesse al rispetto di se stessa), oltre a contrastare con l'ispirazione antropocentrica della Costituzione sembra risolvere il ragionamento in una petizione di principio<sup>358</sup>.

Impregiudicato il fatto che, sganciare la determinazione del danno dalla sua imprescindibile base sostanziale, reca con sé il rischio di ultraprotezione delle pretese al rispetto di regole dell'agire amministrativo che risultino essere meramente formali e, di fatto, influenti sulle determinazioni conclusive dell'amministrazione procedente, senza che, al contempo tempo, venga assicurata una corrispondente protezione delle aspettative assistite da un più ampio margine di fondatezza<sup>359</sup>.

Ragionando in quest'ottica, infatti, appare verosimile che ad una maggior percentuale di successo non corrisponda un proporzionale incremento di tutela per il richiedente che,

---

<sup>357</sup> Cfr. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., p. 118, il quale, nello svolgere considerazioni critiche sulla tesi della responsabilità da contatto amministrativo qualificato, afferma che la logica da seguire per accordare un risarcimento deve essere quella della spettanza del bene, più che della legittimità dell'azione. Con le norme procedurali, infatti, non si attribuisce un bene finale della vita con riferimento ai singoli episodi, ma si organizza in via generale ed astratta l'esercizio di un potere.

<sup>358</sup> In GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1243, ulteriore rilievo critico mosso alla teoria della responsabilità da contatto attiene alla nozione di interesse legittimo che la stessa pare presupporre. Aderire a quella impostazione, postulerebbe il recupero della concezione dell'interesse legittimo quale pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, concezione ormai da tempo ripudiata. Peraltro è dubbio che la pretesa alla legittimità di un atto possa integrare, di per sé, autonomo bene della vita.

<sup>359</sup> Nel medesimo senso critico, CASSETTA - FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, cit., p. 18, i quali sollevano dubbi circa il proficuo impiego della tesi del contatto nell'ambito della lesione di interessi procedurali, interrogandosi sul come la violazione di norme procedurali possa automaticamente far sorgere una pretesa risarcitoria in capo al privato, lasciando così in ombra la sorte del provvedimento conclusivo del procedimento. Come ha altresì evidenziato OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., p. 415 e ss., si rischierebbe in tal modo di aprire la strada alla tutela risarcitoria prescindendo, non solo dall'elemento della colpa, ma dallo stesso danno, con un automatismo che finisce per tributare maggior rilievo alle pretese partecipative, piuttosto che agli interessi sostanziali. Molto simili le asserzioni di BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500*, cit., p. 340 e ss. che parla di «ipertutela del cittadino» in quanto protezione rafforzata non soltanto da una generalizzata inversione dell'onere della prova della colpa, ma estesa alla lesione di qualsiasi interesse legittimo, posto che il nucleo costante di tale situazione soggettiva è un interesse ad una condotta legittima e corretta della p.a. e che quest'ultima sarebbe tenuta ad uno specifico obbligo di correttezza, suscettibile di autonomo inadempimento. Di contrario avviso, seppur in una prospettiva differente, si dichiara TAR Lazio, 5 novembre 2007, n. 10852, cit., ove si afferma esplicitamente che «la configurazione della responsabilità da contatto qualificato, risarcibile soltanto nella misura dell'interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, d'altro canto scongiura il rischio di una iperprotezione di un danno ingiusto, nell'ipotesi in cui questo, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento».

se lesa, difficilmente potrà contare sull'integrale riparazione del danno, per un ammontare corrispondente all'effettivo sacrificio ingiustamente sofferto<sup>360</sup>.

Per contro, l'intuizione degna di pregio, che sottintende la teoria del contatto amministrativo qualificato, sta nell'aver colto la dinamica delle situazioni soggettive coinvolte dall'esercizio di un potere, che colloca funzione ed interesse legittimo in una relazione biunivoca, chiasmatica, di talché, ad ogni potere (pubblicistico) posto all'estremità di una corda idealmente tracciata, non può che corrispondere, all'altro capo, una posizione di interesse legittimo.

Parimenti che nel rapporto obbligatorio, dunque, la lesione della situazione soggettiva di vantaggio (benché cedua a fronte dell'interesse pubblico con cui va a combinarsi) ad opera della correlativa posizione passiva<sup>361</sup> di cui è titolare l'amministrazione, non può che intervenire *ab intrinseco* e, ancor più che nel rapporto obbligatorio, esclusivamente a cagione di questo<sup>362</sup>.

**3.** Questa raggiunta consapevolezza ha senz'altro segnato il punto di partenza della successiva evoluzione della materia che, non solo nell'accademia ma anche delle aule dei tribunali amministrativi, ha cominciato ad assumere le fattezze di un modello di responsabilità progressivamente sempre più simile a quella integralmente contrattuale, cioè depurata dalle peculiarità, in punto di disciplina, che avevano caratterizzato la tesi precedente, frutto del tentativo di edificare un sistema di responsabilità su misura per la pubblica amministrazione nel suo agire *iure imperii*.

Emblematica di tale linea evolutiva è l'esigenza crescente di segmentare la responsabilità dei pubblici uffici, analizzando partitamente, per tipologia di attività concretamente posta in essere, ogni singola ipotesi di lesione dell'interesse legittimo.

Esito di questo recente approccio metodico è stato quello di ritagliare comparti di attività dell'amministrazione in cui il danno subito dal privato, per l'ingiusto sacrificio delle sue aspettative, non fosse riconducibile ad un modello simil-contrattuale (come propugnato

<sup>360</sup> Se, infatti, l'ammontare del risarcimento dell'interesse pretensivo è legato a doppio filo ad una valutazione prognostica operata dal giudice, circa le probabilità di esito favorevole del provvedimento richiesto, è ben possibile che, ragionando in termini di lesione di interessi procedimentali (dei quali è impossibile effettuare una graduazione), aspettative con *chances* di successo più elevate vegano, in sede di liquidazione equitativa, risarcite in misura proporzionalmente inferiore rispetto a pretese meramente formali che difficilmente potrebbero sfociare nell'utilità finale.

<sup>361</sup> Come verrà ampiamente chiarito nel paragrafo che segue, permane la convinzione in capo a chi scrive che la categoria del "potere", specie di stampo pubblicistico, vada collocata tra le situazioni giuridiche passive e non, come più comunemente ritenuto, tra quelle di natura attiva.

<sup>362</sup> È dato acquisito che, fino alla storica pronuncia delle Sezioni Unite, n. 174 del 1971, non si ammetteva la possibilità di una lesione aquiliana del credito poiché, in una logica che reputava il rapporto debito-credito come un sistema concluso, l'interesse creditorio poteva essere fatto valere solo nei confronti del debitore e, correlativamente, solo da questi poteva essere frustrato. Sull'argomento, cfr. i contributi richiamati alla nota n. 105

dai fautori della teoria del contatto amministrativo), più o meno autonomo (rispetto alla matrice contrattuale) quanto a schema ricostruttivo, bensì integrasse una vera e propria ipotesi di responsabilità per inadempimento di un'obbligazione, sia pur particolarmente configurata.

Come si è già avuto modo di vedere<sup>363</sup>, la giurisprudenza ha individuato in tre fattispecie determinate i tratti caratterizzanti dell'inadempimento ad un preesistente obbligo di prestazione: nel caso di provvedimento illegittimo per contrasto con precedente accordo intercorso con la stessa amministrazione, nel cd. silenzio-inadempimento ed, infine, nell'inottemperanza dell'amministrazione ad un precedente giudicato.

Emarginato il primo dei casi enunciati poiché, a dispetto delle premesse -pur condivisibili- acquisite al ragionamento (il provvedimento emanato in difformità ad un precedente obbligo convenzionalmente assunto riletto come prestazione inesatta e, per ciò solo, inidonea a dare attuazione al rapporto medesimo), finisce col rifugiarsi dietro lo schermo di un'elettica forma di responsabilità da contatto<sup>364</sup> (e per il quale valgono le medesime considerazioni fatte a margine della tesi di riferimento), suscitano considerevole interesse l'ipotesi del danno da mancata pronuncia dell'amministrazione a ciò obbligata e la vicenda, concettualmente affine, della violazione o elusione di un giudicato del giudice amministrativo che abbia frustrato la pretesa del ricorrente uscito vittorioso dal giudizio.

La natura relazionale del vincolo gravante sull'amministrazione viene fatta discendere, nell'un caso dalle norme sul procedimento amministrativo (segnatamente, l'art. 2, l. 241/90), che intenzionalmente si esprimerebbero in termini di "obbligo" dell'amministrazione procedente, nell'altro, dalla configurazione peculiare che il giudicato amministrativo imprime ai rapporti tra amministrazione e privato in fase di correzione del proprio operato, a seguito delle statuizioni definitive dell'autorità giudiziaria. In quest'ambito, per effetto della pronuncia di annullamento, sorgerebbe a carico dell'amministrazione un obbligo processuale conformativo-esecutivo, avente ad oggetto l'attuazione degli effetti statuiti dalla sentenza medesima.

---

<sup>363</sup> Cfr., *supra* cap. V

<sup>364</sup> Cfr. Cons. di St., 6 agosto 2001, n. 4239, *cit.* (con nota critica di PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p. 1219 e ss.), che, a proposito di inadempimento ad un precedente accordo amministrativo stretto tra autorità pubblica e parte privata, precisa in motivazione di aderire alle recenti elaborazioni dottrinarie in materia di responsabilità da contatto amministrativo qualificato, pur condividendo in misura parziale le conseguenze applicative cui conduce la tesi in oggetto. Tale sentenza (si legge in BARBENSI - GIOMI, *La responsabilità civile della p.a. per danni nascenti dall'illegittimità dell'azione amministrativa*, *cit.*, p. 51) ha confermato con diversa motivazione una pronuncia del TAR di Napoli, per la quale la responsabilità della p.a. avrebbe carattere sostanzialmente indennitario e prescinderebbe dalla imputabilità soggettiva dell'illecito.

Ne discende che, in ambedue i casi richiamati, il soggetto destinatario del provvedimento vanterebbe un diritto soggettivo relativo, che trova il suo contrappunto nella posizione speculare di debito gravante sull'amministrazione ed il cui inadempimento imputabile, coerentemente, non potrebbe che configurarsi come un comune esempio di responsabilità (impropriamente detta) contrattuale, da colpevole inattuazione dell'obbligo *ex lege*.

Ma a dispetto dell'orientamento attualmente prevalente in dottrina e giurisprudenza, che l'obbligo di concludere il procedimento con una pronuncia espressa e motivata sia configurabile in termini di obbligazione in senso tecnico-giuridico è lecito dubitare<sup>365</sup>.

Se l'art. 2 della legge sul procedimento fosse stato realmente concepito come fonte di un rapporto obbligatorio, produttivo di diritti ed obblighi, seppur intimamente collegati con l'esercizio del potere, non si spiegherebbe la mancata scelta, fino alla recentissima riforma intervenuta sul punto, di devolvere la materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'aver mantenuto per lungo tempo la cognizione dell'inerzia non significativa nell'alveo della giurisdizione generale di legittimità, per di più dedicando alla materia apposito rito semplificato, inidoneo ad innestare in quella stessa sede pretese risarcitorie originate dal rifiuto di provvedere, induce a propendere per una diversa soluzione.

Per di più, la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, con atteggiamento apparentemente contraddittorio, se in talune pronunce sembra condividere, nel merito, l'assunto della natura obbligatoria del vincolo imposto all'art. 2, l. proc., in altre, al fine di radicare la giurisdizione sul danno da ritardo in capo al plesso giurisdizionale amministrativo, rimarca la natura eminentemente procedimentale del silenzio dell'amministrazione, che, a giudizio dei giudici, costituirebbe nient'altro che una forma di manifestazione in negativo del potere (il non provvedere inteso come un modo alternativo di esercitare il potere)<sup>366</sup>.

---

<sup>365</sup> Dice bene CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 705, secondo cui, sebbene la discrezionalità attenga al *quid* della decisione a non al dovere di adottarla, anche tale dovere mal si inserisce in un vero e proprio rapporto contrattuale. Per altra autorevole voce dottrinale, dalla legge sul procedimento non discendono veri e propri obblighi per l'amministrazione, ma doveri, ai quali si correlano interessi legittimi e non diritti soggettivi: così SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., p. 4060, nonché ID., *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, p. 76, ove si chiarisce, tra l'altro, che la distinzione tra doveri ed obblighi non dipende soltanto dagli attributi degli interessi che stanno loro a fronte, quanto dalla presenza o meno di una persona che si ponga come creditore, ossia dalla presenza di un interesse riconosciuto al comportamento dell'obbligato, laddove nel dovere in senso stretto non vi è né creditore, né diritto all'adempimento.

<sup>366</sup> In realtà, come ha chiarito la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., Ad. plen., 9 febbraio 2006, n. 2, cit.) il potere esiste indipendentemente dall'esistenza di un atto espresso. La precisazione era già presente in una pronuncia dello stesso organo del 2005 (Cons. St., Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, cit.) laddove si è avuto cura di spiegare che la presenza del potere



E la convinzione qui espressa non può essere neppure intaccata dalla previsione, in tema di giurisdizione, che la legge n. 69/2009 ha inserito nell'impianto originario della legge sul procedimento. L'art. 2-bis, che ora devolve le controversie relative al danno da ritardo (in tutte le sue sfumature) alla cognizione del g.a. in veste esclusiva, e che meriterebbe riflessioni ben più ampie di quelle consentite in questa sede, ad una prima e più immediata lettura lascia la sensazione che il legislatore della riforma sia incorso in qualche incongruenza<sup>367</sup>.

Tralasciando ulteriori aspetti di imbarazzo, la domanda che viene spontaneo porsi è del seguente tenore: anche ad ammettere che nell'azione risarcitoria per danno da ritardo non siano in gioco veri e propri interessi legittimi ma, per espresso avallo normativo, veri e propri diritti di credito, è da considerarsi costituzionalmente legittima la riserva di giurisdizione al TAR di situazioni soggettive risarcende diverse dall'interesse legittimo?

A noi pare che, anche ammessa la configurabilità in questo caso di diritti di credito, proprio perché il potere di fatto non viene esercitato (ma solo "stimolato" dal privato istante), l'attribuzione di una tale giurisdizione non può dirsi del tutto conforme alle linee guida tracciate dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006.<sup>368</sup>

---

amministrativo non è condizionata dall'adozione di un atto o di un provvedimento, ma è connotata dalla presenza di una deliberazione o di una mancata deliberazione rispetto ad interessi pubblici meritevoli di tutela. Ne consegue che il silenzio, la violazione del dovere di provvedere, il provvedere tardivamente, non ammontano a meri comportamenti ma si identificano in condotte che costituiscono implicito esercizio del potere, ovvero illegittima rinuncia ad esercitarlo, e come tali attratti, proprio ai sensi della sentenza della Corte Costituzionale, n. 204/04, alla giurisdizione del giudice amministrativo. Tale conclusione, troverebbe altresì conforto nella più recente pronuncia della Consulta (Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 1005. Si vedano le note di commento di LARICCIA, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi "mediatamente" riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1935 e ss. e di GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, *ibid.*, p. 1945 e ss.), che ribadisce il significato e la portata dei termini "comportamento" e "pubblico potere". In questi termini, POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Atti del Convegno di Urbino 18-19 maggio 2006, Padova, 2008, p. 26 e ss. il quale aggiunge che «Se così è, quindi, la giurisdizione cui spetta la doverosità dell'azione amministrativa è sempre quella del giudice amministrativo. Il mancato rispetto del dovere di provvedere costituisce, appunto, rinuncia illegittima all'esercizio del potere ... a fronte di ciò, si può semplicemente concludere che la doverosità dell'azione amministrativa, nel rispetto della legalità, è tutelata dal giudice amministrativo grazie a due rimedi processuali: la verifica sulla doverosità del provvedere entro un termine ... e l'azione di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione di un altro profilo della doverosità amministrativa, quello riconducibile al non aver concluso nel tempo corretto, giusto, determinato dalla legge o dal regolamento, l'attività amministrativa e l'esercizio del pubblico potere». Si veda, inoltre, Corte cost., 17 dicembre 1997, n. 404, per l'affermazione che non v'è differenza «sotto l'aspetto della responsabilità, tra atto espresso e silenzio derivante dalla scelta consapevole di non esercitare il potere di intervento (nel caso, repressivo o impeditivo)».

<sup>367</sup> Limitandosi ad una bibliografia essenziale sull'art. 2-bis, l.n. 241/90, cfr. SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 3/08/2009; VACCA, *Ontologia della situazione giuridica soggettiva sottesa all'azione di risarcimento del danno conseguente all'inadempimento da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo di esercitare il potere amministrativo (alla luce della legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), luglio-agosto 2009; QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 18/09/2009.

<sup>368</sup> Così pure VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), giugno 2009. In generale, sull'incompatibilità di una responsabilità contrattuale dell'amministrazione (in veste di autorità) per inadempimento di obbligazioni con il sistema della giurisdizione

Sembra, allora, più coerente rivisitare la terminologia utilizzata dal legislatore ed intendere l'obbligo di portare a conclusione l'iter procedimentale come un vincolo inteso a modellare e comprimere la discrezionalità dell'amministrazione nel trasformare il potere in atto. Non un obbligo di matrice civilistica, accessorio e volto a rafforzare la "debolezza" insita nell'interesse legittimo, ma un argine all'azione amministrativa, vincolata dalla norma sul "quando".

Similmente, in tema di effetti nascenti da una pronuncia demolitoria passata in giudicato. Nel caso di specie occorre fare chiarezza e separare concettualmente la portata conformativa della statuizione del g.a. da quella ripristinatoria. Mentre quest'ultimo effetto si risolve nell'imposizione all'amministrazione soccombente dell'obbligo giuridico (di natura non difforme rispetto agli obblighi *lato sensu* restitutori che residuano in capo alle parti a seguito di una pronuncia dichiarativa di nullità o costitutiva di annullamento di un negozio giuridico) di riportare lo stato di fatto e di diritto alla situazione preesistente alle modifiche intervenute in forza del provvedimento annullato, l'effetto conformativo, che consiste nell'enunciazione delle regole di diritto indispensabili per il corretto (ri)esercizio del potere nel caso concreto (e nei limiti del principio della domanda), assume più correttamente il valore di limite esterno alla discrezionalità dell'amministrazione, chiamata a rinnovare il procedimento viziato. Estendere la nozione di obbligo in senso proprio anche a questa seconda caratteristica dell'esito del giudizio di cognizione non può che risolversi in una plausibile forzatura.

Come correttamente osservato, il giudicato non può avere effetti novatori in quanto la statuizione del giudice amministrativo non può aggiungere nulla alla volontà della legge<sup>369</sup>. A seguito del giudicato, per effetto della stessa legge, si verifica soltanto un rafforzamento dell'interesse legittimo, che si manifesta con la possibilità di pretendere che

---

amministrativa, cfr. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit., p. 241 e ss., «In effetti la dottrina della responsabilità contrattuale mette necessariamente capo ad una responsabilità da inadempimento nel quadro di rapporti puramente obbligatori, il che - se pure «stonava» con il carattere dei rapporti legati all'esercizio del potere amministrativo - certamente almeno non stonava con i caratteri generali della giurisdizione del giudice ordinario. Mi pare invece che essa sia radicalmente incoerente con la ragione d'essere e con i caratteri della giurisdizione amministrativa. Nel nuovo sistema l'introduzione di una cognizione su rapporti semplicemente obbligatori rappresenterebbe non solo una incongrua complicazione, ma forse anche una ragione di illegittimità costituzionale a termini della già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Posto infatti che la responsabilità dell'amministrazione derivi dall'inadempimento di una obbligazione, per quale ragione la cognizione di tale inadempimento dovrebbe spettare al giudice amministrativo? Né si dica che vi sarebbe un indissolubile intreccio tra diritti ed interessi, dal momento che ... la responsabilità deriverebbe sempre e soltanto, per definizione, dalla violazione del «diritto» corrispondente all'obbligazione inadempita ... non sembra che quanto ora detto sulla tesi della responsabilità contrattuale possa essere superato dalla prospettazione di essa come responsabilità «da contatto».

<sup>369</sup> Cfr. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., p. 685, il quale esclude che il giudicato amministrativo possa avere effetti novatori, in quanto la statuizione del giudice adito non fa che accertare una regola di diritto cui l'amministrazione dovrà necessariamente attenersi nel ripetere il procedimento.

l'amministrazione eserciti nuovamente (e correttamente) i propri poteri o di attivare, in caso di mancata esecuzione spontanea, la procedura sostitutiva dell'ottemperanza<sup>370</sup>.

Come è evidente, allora, il potere discrezionale non si esaurisce per effetto del solo giudicato del giudice di legittimità, ma persiste in capo all'amministrazione stessa (seppur dequotato per la perdita di alcuni margini di discrezionalità), restando invariata, nei rapporti tra le parti, l'originaria relazione potere-interesse legittimo<sup>371</sup>.

Le problematiche fin ora avanzate, che si oppongono alla configurabilità di un rapporto obbligatorio impiantato nel (o in sostituzione del) rapporto procedimentale, trovano tutte un minimo comun denominatore nell'esistenza del potere, situazione di autorità che mal si concilia con l'obbligo. Quelli appena citati, cioè, non possono essere considerati obblighi di prestazione dato che ciò sarebbe precluso dalla posizione di supremazia della p.a. che, qualificando come di diritto pubblico il rapporto intercorrente tra le parti, impedisce di considerare il soggetto investito dell'autorità alla stregua di un comune debitore<sup>372</sup>.

---

<sup>370</sup> Vedi sul punto, FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, p. 100 e ss., secondo il quale il giudicato, non potendo trasformare in una situazione giuridica nuova la situazione giuridica originariamente fatta valere in ricorso, non potrà che limitarsi ad accertare la situazione passiva preesistente al ricorso. Pertanto, la natura giuridica del rapporto processuale (ed il tipo di posizione soggettiva prodotta dal giudicato) dipenderà essenzialmente dal modo in cui si intenda definire il rapporto amministrativo sostanziale. Nonché LUBRANO, *Il giudizio di esecuzione delle decisioni amministrative*, Roma, 1992, p. 85, dove si afferma che dalla formazione del giudicato consegue la possibilità del ricorrente vittorioso di pretendere che l'amministrazione proceda all'esecuzione della sentenza e di attivare, in caso contrario, la procedura sostitutiva dell'ottemperanza. Questo meccanismo di attuazione dell'assetto di interessi prefigurato in sentenza "a formazione progressiva", non significa che a seguito del giudicato non si verifichi alcuna innovazione nella realtà giuridica, ma solo che tale modifica coinciderà più coerentemente con un rafforzamento dell'interesse legittimo fatto valere.

<sup>371</sup> Come visto nei capitoli che precedono, il tentativo di inglobare l'interesse legittimo nel diritto soggettivo all'ottemperanza (quale *escamotage* congegnato dalla dottrina per consentire l'accesso degli interessi privati alla tutela risarcitoria), ha radici lontane. Cfr. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio d'ottemperanza*, cit., p. 2618 e ss.; SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, cit., p. 299 e ss.

<sup>372</sup> Significative e sempre attuali suonano le parole di NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, cit., p. 476 e ss., che ha da tempo evidenziato gli ostacoli che si incontrano nel ricostruire l'interesse legittimo secondo lo schema tradizionale dell'obbligazione, rilevando che la differenza fondamentale tra interesse legittimo e diritto di credito sta nelle situazioni soggettive che all'uno e all'altro si frappongono: nel primo caso vi è un potere o potestà, nel secondo un obbligo. Ciò non preclude che sia possibile parlare di rapporto amministrativo a proposito dell'interesse legittimo, ma a condizione che esso venga inteso come sintesi delle facoltà e doverosità che intercorrono tra amministrazione e cittadino. Il dato è corroborato da SCOCA, *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale*, cit., p. 92 il quale, trattando della responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo, esclude che possa applicarsi lo schema della responsabilità contrattuale in senso proprio, dato che il rapporto esistente tra amministrazione e privato non è né contrattuale, né prettamente obbligatorio. Per una recente critica, FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 e ss., il quale sull'idea di un esercizio del potere che genera un fascio di relazioni obbligatorie «pubblicistiche» afferma che tale costruzione, pur ingegnosa, risulta essere poco corrispondente all'indole delle relazioni che necessariamente si stabiliscono tra l'autorità che esercita il potere ed i soggetti variamente interessati a tale esercizio. Nello stesso senso, per il sussistere di un'incompatibilità di principio tra potere pubblico ed obbligazioni di adempimento, qualunque ne sia il contenuto, cfr. Cons. St., 6 agosto 2001, n. 4239, cit.: «il diniego illegittimo di un provvedimento ampliativo non può essere qualificato come inadempimento dell'obbligo (contrattuale) all'adozione di un atto conforme all'interesse del richiedente. Anche in assenza di momenti di discrezionalità, l'attività amministrativa risulta caratterizzata dal collegamento con l'interesse pubblico (modernamente inteso come ponderazione e sintesi dei vari interessi privati coinvolti) e non rappresenta mero adempimento di un obbligo puntuale verso il creditore privato».

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.

4. Le difficoltà di elevare anche lo schema tipologico della responsabilità da inadempimento, integralmente impiegato, a sistema unitario sotto l'egida del quale ricondurre l'illecito dell'amministrazione ha indotto la dottrina e certa giurisprudenza ad abbandonare i binari tracciati dal diritto dei privati e ad assecondare la tentazione di manipolare i moduli di responsabilità predisposti dal legislatore del 1942 per pervenire ad una possibile ricostruzione innovativa della responsabilità della p.a. che, nelle sue teorizzazioni più estreme, abiurasse del tutto la sua affiliazione con il diritto civile, erigendo un genere nuovo ed autonomo di illecito, derivato integralmente dalle norme processuali amministrative o ricavato dalla contaminazione tra queste ultime e le regole del codice<sup>373</sup>.

Il limite insito nel ricorso ad una responsabilità speciale di diritto pubblico non è tanto (o non è soltanto) il 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<sup>374</sup>, ma quello di dar vita ad un percorso argomentativo dissidente destinato a doversi arrendere all'utilizzo di concetti e regole

---

<sup>373</sup> Ben interpreta questo fenomeno ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi*, cit., p. 172 e ss. che da atto di una vicenda risarcitoria che vedendo coinvolta, dal lato passivo, l'amministrazione non possa ovviamente essere contestualizzata nell'ambito del codice civile. Egli propone, perciò, un inquadramento della responsabilità nascente dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa svincolato da ipoteche privatistiche e ricondotto in una «dimensione pubblicistica», con conseguente assoggettamento di tale responsabilità a un corpo di principi propri e peculiari del sistema di diritto amministrativo, desumibile dal modo di essere della funzione amministrativa e dal modo del suo rapportarsi con i cittadini quale risulta soprattutto dal dato costituzionale. Ma il risultato complessivo che scaturisce da questo filone interpretativo, per quanto altamente apprezzabile, non pare -per le ragioni che vedremo- del tutto convincente.

<sup>374</sup> In questi termini si esprime CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 712 - 713, che segnala un duplice rischio insito nell'adozione della "terza via" di responsabilità; da un lato, il pericolo che, nell'imboccare tale strada, il g.a. ricostruisca la specialità della responsabilità dell'amministrazione con regole influenzate da una delle due prospettive extra giuridiche emerse in questi anni: costruire una rete di contenimento della responsabilità della p.a. per non esporla a risarcimenti eccessivi o, all'opposto, recuperare il tempo perduto risarcendo anche ciò che, ad una rigorosa valutazione degli elementi costitutivi dell'illecito, non è risarcibile perché non dannosa o non riconducibile causalmente all'attività autoritativa. Dall'altro, che un criterio elastico nella ricostruzione della responsabilità accentui l'incertezza nella selezione delle regole applicabili (con tutte le evidenti ricadute negative sul principio di certezza del diritto), consentendo che il giudice amministrativo «possa scegliere tra le disposizioni del codice civile quelle ritenute più idonee alla peculiarità della situazione, attingendo, ad esempio, alla responsabilità extracontrattuale per il regime di prescrizione o a quella contrattuale per la disciplina della colpa o dell'onere della prova, *shakerando* poi il tutto per ottenere un terzo genere di responsabilità». Nonché COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 46, il quale biasima quell'atteggiamento eclettico che, abdicando al necessario impegno sistematico-ricostruttivo, conduce all'arbitraria combinazione di frammenti normativi differenti ed incompatibili tra loro. Fa leva sul principio della certezza del diritto per contrastare un atteggiamento favorevole a consentire decisioni giurisdizionali che applichino norme non preesistenti al giudizio ma create *ex novo* dal giudice stesso, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXVI, Milano, 1998, p. 247. Circa i rischi derivanti dalla creazione di un *tertium genus* di responsabilità, vedi anche PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, cit., p. 1219.

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.

L'obiettivo cui tendono tutte le tesi alternative o miste prese in esame è quello di inquadrare, attraverso itinerari ermeneutici complessi e raffinati, la responsabilità dell'amministrazione in un *genus* di responsabilità oggettiva, elaborata appositamente per disciplinare i danni da illegittima attività provvedimentoale. In assenza di una norma di legge specificamente dedicata (come accade, ad esempio, per quelle attività cui il codice civile dedica una tutela specifica e rafforzata al danneggiato), si è ritenuto di poter ovviare in via interpretativa al vuoto di regolamentazione lasciato dal legislatore<sup>375</sup>.

A tal proposito, vale la pena di ricordare che la regola ordinaria di imputazione dei danni è quella fissata dall'art. 2043, c.c., che indica nella "colpa" il criterio di individuazione dei soggetti che debbano sopportare il costo di riparazione di un danno verificatosi. Per contro, ogni altro meccanismo distributivo di tale rischio, dia esso vita ad una fattispecie di responsabilità oggettiva o per colpa presunta, risponde ad una specifica ed insurrogabile valutazione del legislatore, che trova conferma nella tassatività delle previsioni normative all'uopo introdotte e nella insuscettibilità di applicazione analogica delle stesse norme ad ipotesi non specificamente contemplate<sup>376</sup>.

L'obiezione dunque è più di metodo che di merito; se non è possibile far leva sulle norme (eccezionali) che sanzionano determinate ipotesi di illecito speciale per invocare una responsabilità civile dell'amministrazione sostanzialmente oggettiva, la medesima conclusione non può trarsi surrettiziamente sollecitando sinergie più o meno feconde tra norme diverse per natura ed ambito applicativo<sup>377</sup>.

---

<sup>375</sup> Il modello di riferimento, che pare con evidenza essere quello francese (sul quale cfr. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 7 e la bibliografia ivi richiamata, nonché CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, *cit.*, p. 232), non può essere "importato" nel nostro ordinamento. Si è posto in risalto che, mentre in Francia la qualificazione della responsabilità in termini di responsabilità oggettiva si inferisce, quale logico corollario, dalla natura speciale attribuita alla stessa dalla normativa in vigore, nell'ordinamento italiano tale implicazione non è condivisibile, non sussistendo le medesime premesse. Sul tema, GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2009, p. 1252.

<sup>376</sup> Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, V, *cit.*, p. 688, che critica il tentativo di larga parte della dottrina di generalizzare la regola della responsabilità oggettiva (in particolare, elevando la responsabilità per rischio -su cui si fondano le previsioni, codicistiche e non, di responsabilità in cui la colpa è del tutto irrilevante- a fondamentale alternativa alla responsabilità per colpa) e farne uno statuto speciale in cui collocare un'intera tipologia di attività, come ad esempio quelle d'impresa. Parla di rapporto tra regola ed eccezioni, riferendosi al sistema della responsabilità per fatto illecito prefigurato dal codice che colloca come principio generale del sistema la formula contenuta nell'art. 2043, c.c. a cui si affiancano ipotesi di responsabilità per "titoli" diversi dal dolo e dalla colpa, RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 606.

<sup>377</sup> Per questo motivo non possono neppure accettarsi i tentativi di collocare i danni da attività provvedimentoale della p.a. nell'area normativa tracciata dall'art. 2049, c.c. (per una ricostruzione in tal senso, cfr. GIACCHETTI, *Op. cit.*, 2000, p. 1604, secondo cui una possibile via di conciliare il rispetto della normativa civilistica con la giustizia distributiva potrebbe essere quella di riconoscere che alla p.a. non si applica la norma generale dell'art. 2043, c.c. ma la norma speciale dell'art. 2049, c.c., relativa alla responsabilità dei padroni e dei committenti) o dall'art. 2050, c.c., relativo alla responsabilità per esercizio di attività pericolosa (proponeva di applicare all'amministrazione la norma ultima citata sul presupposto che l'attività della p.a. è obiettivamente pericolosa, LEDDA,

Un discorso a parte merita l'idea di equiparare il rapporto che si instaura tra i soggetti coinvolti nella dinamica procedimentale a quello che interessa gli aspiranti contraenti in pendenza di una trattativa, con l'effetto di accostare la responsabilità dell'amministrazione ad una forma impropria di responsabilità precontrattuale<sup>378</sup>.

Benché autorevolmente sostenuto, l'utilizzo di un tipo di responsabilità intimamente legato ad un particolare settore dei rapporti tra privati come modello suscettibile di applicazione generalizzata all'intera area di intervento dei pubblici poteri, ha incontrato, non a torto, forti resistenze.

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<sup>379</sup>.

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<sup>380</sup>.

Salvo che per particolari settori dell'attività amministrativa, il ruolo procedimentale assunto dal privato non è mai caratterizzato dall'esercizio di autonomia negoziale (né,

---

*Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo, in Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999, cit., p. 264).*

<sup>378</sup> Vedi CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, cit., p. 168, il quale evidenzia che «l'azione amministrativa, che è l'esercizio della potestà e l'azione del privato, che è l'esercizio dell'interesse legittimo, vanno riguardati alla stregua dei comportamenti precontrattuali, che sono governati, oltre che dalle regole giuridiche interne all'azione pubblica (le regole della discrezionalità), anche dalle regole proprie della responsabilità precontrattuale, adattate, però, alla specificità dell'azione pubblica».

<sup>379</sup> Come dice CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, cit., p. 707, l'accostamento tra fase delle trattative e dinamica procedimentale non sembra poter consentire di trapiantare in via automatica nel processo amministrativo un istituto creato su misura per fattispecie diverse; non si tratta della tradizionale responsabilità precontrattuale ritenuta ammissibile quando l'amministrazione agisce a trattativa privata, ma della tutela dell'affidamento del privato su un comportamento specifico tenuto dalla p.a. nei suoi confronti nello svolgimento di qualsiasi tipo di azione amministrativa, anche non sfociante nella stipula di un contratto.

<sup>380</sup> Rileva MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto*, cit., p. 14, che tale modello mal si adatta alle posizioni cd. a risultato garantito o, comunque, a quelle fattispecie in cui il danno richiesto è quello subito per la mancata attribuzione del bene della vita. In tali casi, infatti, viene violato non solo l'affidamento riposto nella correttezza dell'amministrazione, ma la più consistente aspettativa di acquisire nella propria sfera giuridica il bene della vita.

all'inverso, è mai l'autonomia privata stessa il bersaglio del provvedimento), ma è espressione di una figura soggettiva a sé stante, che non deve essere confusa o sovrapposta alla libertà contrattuale, l'interesse legittimo.

Il discorso si capovolge nella misura in cui si riduce la portata dell'accostamento ad una dimensione settoriale, limitando cioè alla porzione dell'attività amministrativa più contigua alle vicende pre-negoziali (le procedure ad evidenza pubblica) il margine di operatività del modello precontrattuale, per le quale viene in rilievo l'esigenza di giustapporre, alla generale responsabilità da provvedimento illegittimo, una tutela rafforzata dell'affidamento riposto dai partecipanti ad una gara pubblica, al corretto svolgersi delle procedure di selezione delle offerte<sup>381</sup>.

Il che conferma l'assoluta inidoneità del modello precontrattuale ad essere generalizzato e trovare spazi al di fuori dell'attività negoziale (o comunque dell'attività non provvedimentale) della pubblica amministrazione.

**LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE  
COME IPOTESI DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE PER  
“INADEMPIMENTO” DEL POTERE  
AMMINISTRATIVO.**

**1. Esigenza di un modello unitario di responsabilità della pubblica amministrazione. Inversione dell'ottica tradizionale, il potere (e non l'interesse legittimo) come fulcro attorno al quale ricostruire un modello di responsabilità categoriale. 2. Nozione di potere amministrativo tra teoria generale e comparazione con il diritto privato. La discrezionalità come predicato caratterizzante del potere e tratto distintivo tra potere ed obbligo. 3. Il potere come termine di un rapporto giuridico bilaterale. Analogie e differenze tra rapporto pubblicistico e rapporto obbligatorio. La violazione del rapporto pubblicistico come inadempimento e applicazione del modello di tutela “contrattuale” nei limiti di compatibilità. 4. L'esercizio del potere come “prestazione”. Classificazione della stessa e ricadute in tema di criteri di imputazione della responsabilità. 5. Elementi costitutivi dell'illecito dell'amministrazione secondo il modello dell'inadempimento**

---

<sup>381</sup> Si pensi alle ipotesi nelle quali il danno non derivi direttamente dal provvedimento di cui si chiedi la caducazione, ma da un fatto giuridico più ampio e articolato, in cui ciò che rileva è la violazione dell'affidamento generato dalla p.a. con i propri comportamenti o con i propri atti. Sul punto, tra gli altri, CINTIOLI, *Della «sindrome dello sceriffo» e del risarcimento dell'interesse legittimo: luci ed ombre della recente giurisprudenza*, in *Dir. e form.*, 2003, p. 888 e ss.

colpevole. Nozione di inadempimento o inesatto adempimento adattata all'agire funzionalizzato. La legittimità come misura dell'esattezza della prestazione. Questioni probatorie e tutela processuale. 6. La colpa come elemento costitutivo della fattispecie in esame. Natura, fondamento e sua collocazione nel sistema di responsabilità proposto. Questioni probatorie. 7. Nesso di causa e principio di causalità. Configurabilità e funzione della causa nella fase patologica del rapporto pubblicistico. In particolare, l'art. 1223, c.c. 8. Il danno. Principio di necessaria corrispondenza tra danno subito e pregiudizio risarcibile, e compatibilità con il rapporto di diritto pubblico. La fattispecie considerata dall'art. 1221, c.c. 9. Il criterio della cd. prevedibilità del danno risarcibile, art. 1225, c.c. e compatibilità con i lineamenti del rapporto pubblicistico. 10. Termine di prescrizione del diritto ad essere risarciti: rilettura in chiave pubblicistica dell'art. 2947, c.c. L'art. 2-bis, l.n. 241/90.

1. L'illecito commesso nell'esercizio di attività funzionale è stato, come poc'anzi osservato, il fulcro attorno al quale hanno ruotato, alternandosi, idee e opinioni, variamente concepite, con il comune scopo di sviluppare un sistema concettuale stabile in forza del quale distribuire, in misura efficiente ed in coerenza con i principi che attendono all'attività dei pubblici uffici, i costi di riparazione dei danni derivanti da un esercizio dei poteri pubblici difforme dal paradigma della legalità.

Si è già detto delle difficoltà di individuare una categoria unitaria in cui far confluire il moltiplicarsi delle figure di responsabilità della p.a. nell'esercizio di poteri funzionali ma, a parere di chi scrive, la scelta di rinunciare al tentativo di ricercare una soluzione armonica astrattamente applicabile alle diverse sfumature dell'attività discrezionale della p.a., appare assai riduttiva e limitante<sup>382</sup>.

---

<sup>382</sup> Sottolinea la necessità di un inquadramento unitario della vicenda ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi*, cit., p. 383: «Certamente un inquadramento unitario, basato su asserzioni di tipo generale, nello svincolarci dalla "tirannia" del caso concreto è indubbiamente fattore di certezza e di prevedibilità delle conseguenze che sul piano del risarcimento si determinano in relazione all'agire illegittimo della pubblica amministrazione con conseguente garanzia sia della posizione del danneggiante sia di quella del danneggiato ... chi scrive ritiene preferibile non rinunciare a percorrere la strada della ricostruzione unitaria nella convinzione che, utilizzando una prospettiva pubblicistica, sia possibile pervenire a delineare un quadro coerente di tutela nei confronti dei danni (di tutti i danni) derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa». Nello stesso senso vedi pure CASTRONOVO, *Osservazioni a margine della giurisprudenza*, cit., p. 82 e ss., che ribadisce l'esigenza di rifarsi ad un modello unico di responsabilità, benché aggiunga -non del tutto condivisibilmente- che il modello di responsabilità prescelto «non può essere ridotto all'uno o all'altro dei suoi aspetti, ma va preso coerentemente tutt'intero». Auspica la ricostruzione di un regime unitario della responsabilità della pubblica amministrazione derivante dalla lesione di situazioni giuridiche soggettive, sia per sanare il contrasto con l'ordinamento comunitario, sia per rendere effettivi i principi di efficienza, efficacia ed economicità della p.a., PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, p. 410 e ss.



La via da percorrere è allora nel senso di contribuire alla stesura di un profilo di responsabilità categoriale in cui far confluire le diverse manifestazioni di attività amministrativa discrezionale, produttiva di danno ingiusto, 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<sup>383</sup>, 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<sup>384</sup>.

La validità scientifica della comparazione si percepisce sol che si pensi a come gli esiti della riflessione dottrina e giurisprudenziale maturata attorno alla figura dei cd. "poteri privati" (ed in merito agli strumenti predisposti dall'ordinamento per reagire a patologici strapuntamenti del potere dagli argini della liceità), 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<sup>385</sup>.

---

<sup>383</sup> Tra i contributi dedicati al tema del potere amministrativo, si segnalano VENTURA, *Potere pubblico*, Napoli, 1861; NEPPI MODONA, *I poteri centrali e locali in rapporto alla scienza ed al diritto amministrativo: studio storico, teorico e pratico*, Bologna, 1896; BOTTARO, *Concetto del "potere" degli organi amministrativi e del "potere amministrativo" in generale*, Roma, 1909; SALANDRA, *Lezioni di diritto amministrativo: organizzazione dei pubblici poteri*, Roma, 1920; Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932, p. 147; PUGLIESE, *Actio e diritto subbiiettivo*, Milano, 1939, p. 47 e ss.; GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; BENELLI, *Sul concetto di potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Cremona, 1940; SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 10 e ss.; CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 215 e 230; PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., I, p. 56 e ss., II, p. 53 e ss., p. 69 e ss., p. 283 e ss.; ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 202; GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di Guarino, I, Milano, 1983, p. 102 e ss.; MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; STIPO, *Osservazioni in tema di poteri ed interessi pubblici*, in *Arch. giur.*, 1985, p. 225 e ss.; CASTIGLIA, *Prolegomeni al potere amministrativo*, Sassari, 1987; AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; DI GASPARE, *Contributo allo studio del concetto di potere nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1989; SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Padova, 1992; CERRI, *Potere e potestà* (voce), in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 e ss.

<sup>384</sup> Per uno studio dei poteri privati condotto valorizzando la comparazione con i poteri autoritativi pubblici, si veda, ad es., BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1974; DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, p. 342; LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967; BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986; NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 579 e ss., e, più di recente, SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 475 e ss.

<sup>385</sup> Si pensi, ad es., alle teorizzazioni che identificano il contenuto dell'interesse legittimo con la *chance* di conseguire il provvedimento favorevole e che, di conseguenza, inclinano a configurare l'aggressione al bene garantito come danno da perdita di *chances* di successo. La *chance* nasce storicamente come concetto civilistico e la contiguità con il diritto amministrativo è dovuta al fatto che tale figura è stata utilizzata dalla giurisprudenza civile come chiave di ingresso della tutela risarcitoria nelle ipotesi di violazioni di legge commesse nell'esercizio dei c.d. poteri privati sul comune presupposto, più o meno espresso, che in entrambe i casi si fa questione del cattivo uso di un potere (emblematica, sul punto sul punto la sent. Cass., 19 dicembre 1985, n. 6506, cit.).

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.

Nel contesto che qui ci interessa esigenza prioritaria sarà allora quella di ricercare all'interno delle classificazioni di teoria generale la categoria giuridica più idonea ad inglobare al suo interno la figura giuridica detta "potere". Solo in un momento successivo, esaurita la fase in parola, sarà possibile far discendere da ciò conseguenze decisive in ordine alla tipologia di tutela risarcitoria più indicata a dare risposta alle istanze di giustizia collegate alla fattispecie oggetto del presente studio.

2. A dispetto delle discordanze terminologiche, con il nome "potere" o "potestà" si vuole indicare quella tecnica differenziale di determinazione degli effetti giuridici, alternativa al diritto soggettivo, con cui la legge attribuisce ad un soggetto in posizione sovraordinata rispetto all'intera collettività o ad una cerchia delimitata di essa, la funzione di curare interessi, individuali o diffusi, di loro naturale pertinenza<sup>386</sup>.

Lo studio della figura, originatosi nella dogmatica pubblicistica, ha vissuto alterne fortune anche nei rapporti interprivatistici rispetto ai quali la dottrina più avvertita ha ricavato un autonomo spazio di operatività. L'utilizzo di tale figura soggettiva (il potere), che nel settore pubblico ha rappresentato una necessità, dovuta all'esigenza di garantire l'emersione di interessi che per loro consistenza e natura erano insuscettibili di appropriazione individuale e per cui risultava indispensabile attribuirne la titolarità ad un'emanazione dell'amministrazione pubblica esponenziale e rappresentativa della

---

In materia di danno da perdita di *chance*, nel diritto civile e nel diritto amministrativo, di profondo interesse è la ricerca condotta da VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, cit., p. 201 e ss.

<sup>386</sup> Relativamente alle speculazioni sul potere giuridico, taluni evidenziano l'aspetto strutturale della categoria, sorta come «speciale tecnica di determinazione dell'effetto» (così IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 38) che consentisse di garantire gli scopi pratici di un soggetto attraverso la concessione della possibilità di volere, ossia di produrre, mediante il compimento di determinati atti, effetti giuridici corrispondenti al contenuto degli stessi (cfr. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche* (1919 - 1920), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1968, p. 39 e ss., ove si afferma che la potestà si distingue dal semplice lecito giuridico, perché potestà giuridica significa possibilità, conferita dall'ordinamento, di far nascere certi effetti giuridici, non semplice libertà di esplicitare una facoltà di agire; AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, p. 70 - 71; BARILE, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, p. 34; MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1958, p. 102 - 103. Sul pensiero di Perassi vedi FROSINI, *La struttura del potere giuridico privato*, in *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1971, p. 136 - 137), altri incentrano la definizione sulla strumentalità del potere rispetto agli interessi che esso è chiamato ad attuare e sulle modalità di detta attuazione: afferma GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 73 che «la potestà ha carattere strumentale, cioè è il mezzo destinato alla realizzazione di un dato fine ed è attribuita ad un soggetto per la realizzazione di un interesse altrui o di un interesse oggettivo, comunque di un interesse non pertinente al titolare della potestà medesima. Si comprende allora che la necessità giuridica di realizzare l'interesse *de quo* esclude che l'esercizio del potere sia un atto di libertà. Esso è, invece, un atto in vario modo condizionato alla necessità della realizzazione e del miglior modo di attuazione dell'interesse che il soggetto che ne è titolare ha in attribuzione (o in competenza)».

generalità dei consociati, ha attecchito anche in alcune branche del diritto privato in cui veniva in rilievo l'analoga esigenza di affidare la cura di certi interessi a soggetti differenti dai loro titolari<sup>387</sup>.

Questo rapporto di filiazione ideologica e concettuale tra le due corrispondenti situazioni soggettive e l'attenzione alle ricerche sul tema mostrata anche da larga parte degli studiosi afferenti all'area del diritto privato, spiega perché, nonostante l'interesse per lo studio della "funzione" come categoria del diritto e le prime teorizzazioni sul punto cominciarono a fiorire in ambito pubblicistico (a cui si deve una prima sistemazione della materia), la figura del potere abbia cessato di rilevare come categoria di settore, utilizzabile negli angusti confini tracciati dalle norme di diritto pubblico, per assurgere a figura soggettiva di teoria generale, valida tanto per spiegare le deroghe al principio di parità reciproca tipizzate dal codice civile (cd. poteri privati), quanto per identificare l'ordinario strumento di cura degli interessi pubblici adoperato da una autorità amministrativa<sup>388</sup>.

Con la peculiarità che, rispetto agli itinerari percorsi dai giuspubblicisti, maggiormente inclini ad indagare il "potere" dal lato dei suoi rapporti con il soggetto Statale<sup>389</sup> (con le relative implicazioni in ordine alle diverse teorizzazioni sull'ordinamento

---

<sup>387</sup> L'unico aspetto in cui si distinguono le potestà del diritto pubblico da quelle del diritto privato, come ben chiarito da GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, *cit.*, p. 508 - 509 è che, mentre nel diritto privato il titolare della potestà si sostituisce al titolare dell'interesse, nel diritto pubblico non vi sarebbe una vera e propria surrogazione: la collettività indifferenziata, infatti, è solo portatrice sostanziale dell'interesse alla cui cura è deputata l'attività funzionale della p.a. ma, proprio in quanto moltitudine indifferenziata, non può considerarsi come soggetto di diritti, e quindi come titolare giuridico dell'interesse ultraindividuale che esprime. È la stessa amministrazione il titolare formale dell'interesse pubblico medesimo, sicché le potestà amministrative non deriverebbero dalla necessità di sostituire incapaci, assenti, soggetti incerti o futuri, o soggetti privi di legittimazione, bensì dalla necessità di formalizzare dei centri di riferimento per interessi pubblici i quali, altrimenti, ristagnerebbero in un ambito puramente sociologico e pre-giuridico.

<sup>388</sup> E spiega altresì perché, all'inverso, in seno alla stessa dottrina amministrativistica, taluni esponenti siano stati influenzati, nell'elaborazione del concetto di "potere" in campo pubblicistico, dalla teoria che identifica il potere con il diritto potestativo, intendendosi con il termine quel particolare diritto il cui esercizio consente al titolare di ottenere, mediante un proprio comportamento unilaterale e prescindendo dalla cooperazione di altri soggetti, un risultato a sé favorevole a discapito della sfera giuridica del destinatario della condotta il quale, trovandosi in una situazione di soggezione, dovrà subire una modificazione sfavorevole del proprio patrimonio senza potersi validamente opporre ad essa. Spiega al riguardo GALATERIA - STIPO, *Op. cit.*, p. 72 che «il merito innegabile di tale teoria è quello di aver posto in risalto la rilevanza autonoma del potere nei confronti dei diritti in quanto ha puntualizzato l'esistenza di poteri con cui la volontà di un soggetto si afferma in modo diverso. Basti pensare alla differenza tra la situazione soggettiva del creditore e quella del titolare del potere di espropriazione. La teoria dei diritti potestativi ha pesantemente influito sul concetto di potere in quanto ha fatto ritenere correlata allo stesso sempre una situazione di soggezione, nel senso che di fronte al potere vi sono sempre e necessariamente soggetti passivi che subiscono delle incidenze sfavorevoli indipendentemente dalla loro volontà. Si può invece facilmente dimostrare che i poteri non comportano sempre incidenze sfavorevoli nei soggetti passivi. A volte, infatti, determinano, con l'intervento però della volontà del destinatario, delle situazioni di vantaggio; così, ad es., accanto al potere di espropriazione si rinviene il potere della P.A. di concedere l'uso di beni pubblici a privati, di erogare sovvenzioni, di autorizzare l'apertura di esercizi pubblici, etc.».

<sup>389</sup> Sul punto, tra i contributi meno recenti, JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, Milano, 1921; ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1917; RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912. Tra i più moderni, BENVENUTI, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, p. 1 e ss.; MARONGIU, *Funzione amministrativa*, *ibidem*, p. 1 e ss.

giuridico<sup>390</sup>), lo studio dei tratti caratteristici differenziali del potere, finalizzato a consentirne un corretto inquadramento nel catalogo delle situazioni soggettive ed a stabilire quali fossero i rapporti tra questo ed il diritto soggettivo (di identità, contiguità o contrapposizione) va attribuito principalmente alla dogmatica civilistica<sup>391</sup>.

Tali fondamentali precisazioni aiutano a comprendere, già da ora, il perché al pari di certa dottrina, le conclusioni raggiunte dai teorici del diritto privato a proposito del “potere” come categoria di teoria generale, verranno, in questa sede, accolte e ritenute applicabili anche alla posizione di supremazia che le norme di diritto pubblico riferiscono allo Stato e agli enti pubblici in genere.

In merito a ciò, l’insegnamento della dottrina tradizionale ha mantenuto salda una concezione del potere-funzione (pubblico o privato) come categoria autonoma a sé stante, caratterizzata dalla compresenza in un’unica situazione soggettiva del momento della libertà (che è proprio del diritto soggettivo) e di quello della necessità (che, per converso, appartiene all’universo degli obblighi)<sup>392</sup>.

La difficoltà rappresentata dall’inclusione, nell’ambito di un medesimo concetto di due termini essenzialmente antitetici, non poteva però non recare con sé altrettanta confusione e destare ragioni di perplessità. Per questo motivo, il tentativo di superare questo ostacolo logico e ricondurre il sistema a coerenza ha indotto la dottrina successiva a scindere la categoria, denominata appunto potere-funzione, in due momenti distinti, diversamente atteggiati a seconda della prospettiva da cui la si osserva. Questa posizione soggettiva bifronte, cioè, avrebbe un contenuto composito, di doverosità se guardato nella direzione dei soggetti ai quali si riferisce l’interesse su cui esso si fonda e di possibilità se posto invece in relazione sia ai soggetti nei cui confronti il potere deve essere esercitato, sia alla generalità dei consociati<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> Cfr. ad esempio, DI GASPARE, *Contributo allo studio del concetto di potere nel diritto pubblico italiano, cit.*, che nell’accostarsi alla teorica del potere pubblico, si propone di affrontare il quesito se il potere giuridico sia «creato» da ciascun singolo ordinamento (e da quello statale) o preesista come tale e da questo venga solo disciplinato (riconosciuto, negato o variamente regolato), con tutte le conseguenze teoretiche e pratiche che discendono dalla risposta a questa domanda.

<sup>391</sup> Sul punto, si rinvia alla ricostruzione storia operata da CERRI, *Potere e potestà, cit.*, p. 1 e ss. ed ai richiami bibliografici ivi contenuti.

<sup>392</sup> Come diceva Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932, p. 143 e ss., «è carattere proprio delle funzioni quello di essere, al tempo stesso, libere e vincolate: sono libere, in quanto essendo delle potestà implicano sempre ... una certa sfera nella quale la volontà del soggetto deve determinarsi da sé. Sono vincolate negativamente in quanto non possono esorbitare da certi limiti, e anche positivamente in quanto debbono esercitarsi se, quando e come lo richiedono gli interessi pubblici per cui sono costituite. ... Ad ogni modo ... la libertà massima consentita alle funzioni non è mai l’arbitrio, ma la cd. “potestà discrezionale”, che permette al suo titolare di valutare gli interessi per cui dovrà esercitarla, ma vieta che da tale valutazione si possa prescindere».

<sup>393</sup> Così, ad es., PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 23 e ss., che descrive il potere come situazione subiettiva (con una sua autonomia concettuale) dal carattere strumentale, mezzo destinato alla realizzazione di un dato fine e da

Il tentativo di sanare l'apparente antinomia attraverso l'idea di una situazione soggettiva con “*duo corda*”, implicante una duplicità di rapporti, di cui uno interno (dovere) e l'altro esterno (potere), nel quale, in sostanza, il potere costituirebbe lo strumento per attuare il dovere<sup>394</sup>, non è servito a fugare del tutto le riserve da più parti avanzate circa l'effettiva configurabilità di questo *tertium genus* di categoria giuridica, a metà tra diritto ed obbligo<sup>395</sup>.

E questo a maggior ragione per il fatto che della struttura ambivalente di questo contestato diritto-dovere, nel quale il fondamento dell'attribuzione dei poteri risiede nel dovere di esercitarli nell'interesse altrui, parteciperebbero tanto gli uffici di diritto pubblico, quanto quelli di diritto privato. Rispetto ai primi, questi ultimi hanno dovuto maggiormente confrontarsi con il ruolo ordinatorio e d'indirizzo che nel diritto privato le categorizzazioni di origine pandettistica hanno impresso allo studio della materia e che ha reso ben più accidentato che nell'alveo di origine, delineare una categoria di potere-funzione che condividesse con la speculare matrice pubblicistica l'essere una situazione al contempo libera e vincolata.

Si è così avvertito in seno alla dottrina l'esigenza di rimarcare come, per una figura giuridica di tal foggia, non sarebbe possibile nel nostro ordinamento riconoscere una autonoma rilevanza sul piano delle situazioni giuridiche soggettive. Un'operazione del genere -si è detto- sarebbe null'altro che il frutto di una frequente imprecisione

---

ricollegare, in ultima analisi con un determinato ufficio, pubblico o privato. In altri termini, il titolare di un ufficio adempie ad una funzione propria, alla quale lo vincola un dovere, e vi adempie mediante l'esercizio di un proprio potere che rappresenta «il mezzo necessario e sufficiente per il conseguimento del fine costituente lo scopo tipico dell'ufficio» (p. 31). Cfr. pure STIPO, *Osservazioni in tema di poteri ed interessi pubblici, cit.*, p. 230, nt. 10, che, nell'escludere l'esercizio del potere tra gli atti di libertà, precisa che «Esso è invece un atto condizionato (in vario modo) dalla necessità della realizzazione e del miglior modo di attuazione dell'interesse che il soggetto che ne è titolare ha in attribuzione (o in competenza). Spesso, proprio per mettere in evidenza tale carattere proprio delle potestà, si sono definite queste come *poteri-doveri*».

<sup>394</sup> Con una più rigorosa qualificazione, si deve dire che molto spesso la potestà non è una situazione semplice, ma «costituisce un elemento del contenuto di una fattispecie più complessa» della quale sono co-elementi veri e propri doveri che qualificano la posizione per la quale la potestà è stata attribuita (in questo senso, NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, p. 61. Ma già Hölder aveva precisato come la funzione (*Amt*) risulta costituita da due elementi: il potere-forza o potenza (*Macht*) ed il dovere (*Pflicht*): HOLDER, *Natürliche und juristische personen*, Leipzig, 1905, p. 10; cfr. pure VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, p. 259 e 267; LEVI, *Teoria generale del diritto, cit.*, p. 337 e ss.; ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 114 e 122). Per MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1931, p. 70 e ss., il titolare dell'ufficio è colui che, nell'interesse altrui, esplica in proprio nome una data attività, in obbedienza ad un dovere ed in forza di un potere proprio, commisurato al dovere medesimo; negli stessi termini, PUGLIATTI, *Esecuzione forzata, cit.*, p. 73 - 74.

<sup>395</sup> Con particolare riguardo alla nozione di “ufficio” ed alla tendenza ad assegnare al suo esercizio un aspetto misto, di diritto e di dovere, tale da far parlare, a proposito di queste specifiche situazioni soggettive, «come di figure o di situazioni giuridiche a sé stanti, di diritti-doveri», LEVI, *Teoria generale del diritto, cit.*, p. 332, parlava in termini di «illogico ibridismo». L'incongruenza di una simile conclusione è avvertita anche da NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955. Hanno però difeso la possibilità di coesistenza tra situazioni giuridiche diverse in capo ad uno stesso soggetto, proprio nel diritto pubblico Santi ROMANO, *Poteri, potestà* (voce), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1954, p. 196 e ss.; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 93 e ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1970, *cit.*, p. 505.

terminologica che tradizionalmente tende a contrapporre il potere al diritto soggettivo, dando vita ad un'apparente antinomia tra figure soggettive, destinata a risolversi in un sostanziale assorbimento del primo nel secondo.

Il termine “potere”, infatti, ricondotto nella sua dimensione cognitiva più propria, non racchiude un nucleo contenutistico indipendente ma si risolve in un mero sinonimo di “facoltà”, categoria con cui si identifica comunemente un elemento interno al diritto soggettivo, segnatamente la quota-parte del suo contenuto attivo<sup>396</sup>.

Lo stesso equivoco ingenererebbe, a maggior ragione, chi non esita a contrabbandare con il termine “potere” situazioni rilevanti per l'ordinamento in cui il contegno richiesto al titolare esprima la sostanza di un obbligo in senso tecnico<sup>397</sup>. Non solo, ma l'uso promiscuo e spesso vago del termine potere, riflettendo le ambiguità connaturate fin dall'origine a questa controversa categoria giuridica che nasce in grembo al diritto delle amministrazioni pubbliche, si traduce in altrettante incertezze valutative circa il modello di responsabilità più appropriato a fronteggiare eventuali patologie nell'esercizio abusivo della posizione soggettiva corrispondente.

Muovendosi in una opposta prospettiva, invece, si è rilevato come in verità i poteri dei quali si parla nel diritto siano tali solo in apparenza. Il logico antagonismo tra situazioni di libertà e situazioni di vincolo, irriducibili ad unità, renderebbe ostico concepire una situazione soggettiva che sia contemporaneamente libertà di agire (*agere licere*) e dovere di agire (*agere necesse*).

La soddisfazione di un interesse, che rappresenta lo scopo ultimo di ogni situazione soggettiva, per una precisa scelta dell'ordinamento, o è lasciata nella disponibilità del soggetto titolare, che ha una *facultas agendi* per la realizzazione di detto interesse, o si traduce in una costrizione alla libertà del soggetto, tenuto ad assumere o a subire un dato comportamento, per la realizzazione di un vantaggio altrui.

Se si condivide ciò, è chiaro come risulti più coerente con il sistema, relativamente alla figura del potere, operare una scelta classificatoria univoca e senza contaminazioni tra le due alternative possibili, inquadrando questa situazione tra le espressioni di libertà

---

<sup>396</sup> NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, p. 111 e ss.; BIGLIAZZI-GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, cit., p. 286 e nota n. 109.

<sup>397</sup> NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977, p. 42. A giudizio dell'autore, il fenomeno descritto ricorrerebbe in materia di rappresentanza volontaria (art. 1387 e ss., c.c.) nel quale il rappresentante agisce nell'interesse del rappresentato ed in suo nome non in virtù di un potere, bensì in adempimento di uno specifico obbligo. Il termine potere, cioè, sarebbe utilizzato dalla legge nel senso di conferire al rappresentante la legittimazione, attraverso l'adempimento dell'obbligo, a modificare la sfera giuridica del rappresentato.

(prendendo a modello il diritto soggettivo), o tra le manifestazioni riconducibili all'obbligo, quale prototipo delle situazioni necessitate attive.

L'intuizione, degna di pregio, impone di accostarsi all'argomento con uno sguardo di profondità, scevro dai condizionamenti della dogmatica tradizionale.

Facendo leva su queste considerazioni, ci sia accorge che 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 che rischia di ingenerare equivoci in fase di catalogazione della posizione giuridica considerata<sup>398</sup>.

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*)<sup>399</sup>.

La discrezionalità, che è riduzione del margine di scelta lasciato all'agente (tanto di una situazione di libertà quanto di una situazione necessitata), all'emergere di interessi altrui nel raggio d'azione del soggetto titolare della posizione giuridica limitata, e tale da imporre al suo titolare la scelta della via più conveniente e congrua per la realizzazione delle esigenze coinvolte dall'esercizio della potestà, non può alterare la natura della situazione di dovere fino al punto di mutarla in una di libertà<sup>400</sup>.

---

<sup>398</sup> Cfr. BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, I, *cit.*, p. 342; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1974, p. 69 - 70, nota n. 124, dove è spiegato che «In realtà, il "potere" od i "poteri", che vengono in considerazione nello stesso settore del diritto pubblico, risultano tali soltanto in apparenza. Ad una più attenta considerazione, non si può fare a meno di rilevare che si tratta di doveri, cui la frequente discrezionalità del contenuto, nonché la peculiare veste dell'organo "competente" sembra attribuire una particolare *facies* autoritativa, per la quale, a prima vista, meglio si adatta una qualificazione in termini di "potenza" (*Macht*). Lo stesso "potere" legislativo, quello esecutivo e quello giurisdizionale sono, in realtà, espressione di situazioni di necessità, meglio caratterizzabili come "funzioni"». Sulla "funzione" come modulo concettuale valevole in egual misura per tutti e tre i poteri dello Stato, BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 117 e ss.

<sup>399</sup> Cfr. BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Op. ult. loc. cit.*; BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata, ult. loc. cit.*: «Volendo porre l'accento sul momento dell'accennata discrezionalità del loro contenuto e parlare, in tal senso, di "potere", questo si presenta in una posizione, per così dire, strumentale (*id est*, di attuazione del dovere) e, perciò, come "fatto" non autonomo. La stessa definizione dell'autonomia come "potestà di darsi un ordinamento" ... se vale a mettere in risalto l'esistenza di un'entità capace di autoregolamentazione, ad una considerazione più analitica del fenomeno ne manifesta la rilevanza di mezzo posto al servizio di un interesse oggettivo e, quindi, il sostanziale carattere di necessità (dovere)».

<sup>400</sup> Secondo l'impostazione teorica che si è scelto di seguire "interesse legittimo" e "discrezionalità" sono concetti giuridici con cui deve confrontarsi tanto la funzione quanto il diritto soggettivo. In talune circostanze normativamente individuale, infatti, il titolare della posizione di diritto soggettivo non può soddisfare il proprio interesse sempre e comunque ma deve tenere da conto anche un ulteriore interesse, complementare con il primo ed appartenente ad un diverso soggetto, che dall'esercizio indiscriminato del diritto risulterebbe sacrificato. Il che sembra conferire al contenuto di libertà del diritto in questione il colorito della discrezionalità ed all'interesse secondario che ne limita l'esercizio, la configurazione tipica dell'interesse legittimo. Cfr. BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA,

Il potere-funzione, infatti, è una situazione necessitata sull'*an* anche se apparentemente libera sul *quomodo*, nel senso che il titolare non potrà esimersi dal compiere una valutazione delle diverse esigenze che le circostanze del caso concreto lasciano emergere e, quindi, dallo scegliere la soluzione più opportuna per il conseguimento degli scopi cui il dovere è preordinato<sup>401</sup>.

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, ma non altrettanto sicuramente definibile come di vantaggio o di svantaggio. Benché funzionalmente coordinata al conseguimento di un risultato favorevole (al pari di quelle di vantaggio), tale risultato 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<sup>402</sup>.

A questo punto, il profilo che occorre ulteriormente indagare riguarda un altro aspetto strutturale del potere-funzione; occorre chiedersi se quest'ultimo sia una situazione irrelata ed autosufficiente, capace di vivere indipendentemente da ogni collegamento con altra situazione o, all'opposto, una figura soggettiva ideata per coesistere e interloquire con un'altra situazione individuale, seppur secondo una trama ordinata diversamente che nel rapporto tradizionale.

In un'ottica relazionale del sistema giuridico, così come acquisito dalla teoria generale del diritto, non è pensabile evocare una situazione soggettiva di indole obbligatoria (per quanto particolarmente atteggiata) che non sia in comunicazione con un centro d'interessi situato all'altra estremità della posizione giuridica in parola. La soddisfazione e la cura di un interesse alieno sono coesenziali al concetto del “dovere”, sicché, l'eventuale mancanza di una pretesa (ancorché in senso atecnico) a che l'agente ponga in essere il comportamento dovuto ed idoneo a soddisfare l'interesse altrui (nonché di un soggetto legittimato a farla valere), costituirebbe di fondamento l'utilizzo stesso della categoria giuridica.

---

BUSNELLI, NATOLI, *Diritto Civile*, I, cit., p. 333, ss., con riferimento all'interesse del debitore ad adempiere tempestivamente la prestazione (art. 1206, c.c.); BIGLIAZZI-GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, cit., p. 220, relativamente all'interesse del lavoratore subordinato alla conservazione del posto di lavoro.

<sup>401</sup> Per una descrizione del potere-funzione o potestà in termini di situazione necessitata sull'*an*, ancorché variamente limitata sul *quomodo*, idonea a designare, oltre a quelle di diritto pubblico, certe situazioni di diritto privato che si ricollegano al presupposto di un interesse oggettivo e per le quali il riferimento ad una forma di autonomia appare inadeguato, BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, cit., p. 61, nota n. 115 e p. 69, nota n. 124.

<sup>402</sup> In questi termini, BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Op. ult. loc. cit.*



Ed infatti, le statuizioni realizzate nell'esercizio di una potestà pubblicistica o privatistica, specialmente se la si voglia intendere come sinonimo di obbligo dai contenuti non (o non del tutto) predeterminati in concreto, presuppongono l'esistenza a monte di un rapporto giuridico già instaurato tra le parti, ad un capo del quale è dato rinvenire, costantemente, una situazione soggettiva-limite, di segno opposto rispetto al potere-funzione, ma al pari di quello, espressione di un interesse protetto (sia pur di riflesso) dall'ordinamento.

L'interesse legittimo, appunto, 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, dalle rispettive norme attributive, originariamente limitato al suo interno e che subisce un ulteriore condizionamento nell'istante in cui prende abbrivio il procedimento che ne segna l'esercizio.

3. Il che è quanto basta a mettere in evidenza come la "discrezionalità" implichi l'inserimento dell'interesse legittimo, in virtù di una peculiare relazione di complementarità (e, differentemente che nella relazione debito-credito, non di corrispettività-funzionalità) tra interessi-presupposto e situazioni-conseguenza, in un preciso rapporto giuridico, al cui polo opposto si colloca il dovere (discrezionale, appunto) altrui. In virtù di tale relazione, il soddisfacimento dell'interesse che ne costituisce il fondamento rappresenta l'indispensabile completamento della realizzazione del fine fondamentale prefisso dalla norma<sup>403</sup>.

Può infatti accadere (ed accade) che due situazione sostanziali risultino tra loro coordinate in modo diverso rispetto al legame credito-obbligo, attesa la diversità degli

---

<sup>403</sup> BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, cit., p. 15 e ss. in partic. pag. 79 e ss. dove si afferma che «se è normalmente vero che rapporto giuridico è la relazione che lega due o più situazioni giuridiche soggettive aventi in comune una identica base di fatto; e se il sorgere di tali situazioni (conseguenze) trova il proprio presupposto in un interesse giuridicamente rilevante, talché da una medesima situazione (di interesse) presupposto possono avere origine due o più situazioni giuridiche (conseguenze) tra di loro funzionalmente coordinate; non si vede perché si dovrebbe escludere l'esistenza di un rapporto giuridico e, quindi, la configurabilità dell'interesse legittimo come elemento di esso, quando tali situazioni si trovino tra di loro coordinate in modo diverso, in considerazione della diversità degli interessi, che ne costituiscono i rispettivi presupposti. Perché, a ben guardare, questi interessi (e, quindi, le situazioni-conseguenze che ad essi si riconnettono) si possono trovare tra di loro collegati, se non in una relazione di *funzionalità* (identificabile, a mero titolo esemplificativo, nell'ipotesi di rapporto credito-debito), in una relazione di *complementarità*. Non è, infatti, soltanto l'unicità dell'interesse-presupposto e, quindi, la reciproca funzionalità delle situazioni-conseguenza a caratterizzare l'essenza tipica del rapporto giuridico, quanto anche la necessaria determinazione di correlazione nel senso della specifica complementarità di più interessi-presupposti e, perciò, delle situazioni soggettive (conseguenze) facenti capo a soggetti diversi ... proprio in virtù della particolare relazione in cui i due interessi si trovano, il soddisfacimento dell'interesse di quest'ultimo non potrà realizzarsi che attraverso il soddisfacimento *anche* dell'interesse che rappresenta il presupposto dell'interesse legittimo (ed anzi si potrebbe aggiungere che talora è proprio attraverso il soddisfacimento del secondo che si ottiene il soddisfacimento del primo) ... D'altra parte può invece accadere che, talora, proprio la valutazione dell'interesse di quel soggetto, con riguardo a quelle che sono le circostanze del caso concreto porti, anziché al soddisfacimento (*anche*) dell'interesse legittimo, all'estinzione (od al sacrificio temporaneo) di questo. Ciò non deve, però, ritenersi in contrasto con quanto sin qui detto ... la estinzione (non satisfattiva) o il sacrificio temporaneo dell'interesse *de quo* [avverrà] in considerazione dell'esistenza di esigenze oggettivamente ed effettivamente prevalenti (nella valutazione discrezionale delle quali non si può, comunque, prescindere dalla considerazione *anche* dell'interesse legittimo, in caso contrario dovendosi concludere per la illegittimità del relativo comportamento)».

interessi che ne stanno a fondamento, purché tali situazioni risultino reciprocamente complementari. È quanto si verifica tutte le volte in cui si abbia a che fare con una potestà che va ad incidere su un interesse legittimo, dove quest'ultimo interesse costituisce indispensabile completamento dell'interesse o dello scopo che sta alla base del potere autoritativo del soggetto agente, sicché la realizzazione dell'uno dipende da ed implica quella dell'altro.

Si pensi, ad esempio, ai poteri concessori: in tali casi, l'interesse (pubblico) a che un certo bene venga utilizzato non può essere soddisfatto se non attraverso il soddisfacimento (non meramente occasionale o indiretto) anche dell'interesse legittimo (del privato a conseguire in vantaggi derivanti dal godimento del bene pubblico), del quale emerge in tal modo il ruolo di indispensabile completamento.

Ma questo, a ben guardare, altro non è se non un rapporto in senso tecnico, uno dei possibili modi, rilevanti per l'ordinamento, in cui può declinarsi la relazione di interdipendenza tra soggetti di diritto (*rectius*, tra situazioni giuridiche), benché collocati tra di loro in posizione asimmetrica.

Come recentemente precisato, asimmetria non significa assenza di (o disparità nel) rapporto ma necessità di considerare che la correlatività e la *complementarità* tra le situazioni soggettive dell'amministrazione e del privato si sviluppano in modo diverso e più complesso rispetto al binomio diritto-obbligo<sup>404</sup>.

Secondo la concezione che si viene progressivamente a delineare, dunque, la parola chiave del sistema così elaborato è senz'altro "discrezionalità". A dispetto della struttura classica dell'obbligazione, qui, oltre a fare difetto un contenuto impegnativo prestabilito, idoneo a consentire l'identificazione *ab origine* della prestazione dovuta<sup>405</sup>, non è dato rinvenire, all'estremo opposto della situazione soggettiva passiva, alcun titolare di una facoltà di pretesa in senso tecnico giuridico.

Nessuno dei soggetti coinvolti dall'attivazione del potere, cioè, può vantare alcuna pretesa che si presenti con caratteri in qualche misura assimilabili a quelli del diritto di credito o utilizzare gli strumenti di tutela (specifica) riservati ai diritti relativi. Non la collettività (o la cerchia di soggetti) nel cui interesse viene attribuito il potere, spogliata della titolarità degli interessi generali (o individuali), né tantomeno i portatori di interessi meritevoli di attenta valutazione, poiché incidenti sull'area di operatività del potere stesso,

---

<sup>404</sup> PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 125 e ss.

<sup>405</sup> Che, a nostro avviso, caratterizza, invece, (e come si è tentato di spiegare alla nota n. 241) le obbligazioni cd. di protezione.

per i quali la legge accorda una tutela a contenuto tipico differente da quella che comunemente identifica i diritti di credito.

Ma ciò, come poc'anzi osservato, non preclude che la relazione intersubiettiva tra ciò che si suole definire potere (ma che è, intrinsecamente, un dovere) discrezionale e l'interesse legittimo possa, anzi debba, essere costruita in termini di rapporto giuridico in senso tecnico, ancorché diversamente articolato (ma parimenti idoneo a costituire la trama dell'ordinamento giuridico); il che, se da un lato può valere ad escludere l'estensione ai portatori di interessi meritevoli di tutela delle difese tipiche del creditore incompatibili con le peculiarità del caso specifico, dall'altro non può non incidere sulla tematica oggetto della presente disamina, indirizzando la riflessione sulla natura giuridica della responsabilità da scorretto esercizio del potere verso la scelta del modello risarcitorio specificamente elaborato per reagire all'inattuazione di un rapporto incentrato sull'obbligo: la responsabilità (pur impropriamente detta) contrattuale.

Benché appaia singolare, non è frutto del caso che una teorizzazione tanto articolata sia nata in seno alla dogmatica privatistica piuttosto che scaturire dalle riflessioni sviluppatesi tra gli esponenti classici del pensiero pubblicistico.

Mentre nell'ambito del diritto civile l'esigenza di un corretto inquadramento delle situazioni giuridiche esercitate deriva, in larga misura, dalle implicazioni giuridiche che questa operazione ricostruttiva determina, specie in tema di risarcimento del danno, nel diritto amministrativo, fino a tempi recenti, quello della tutela risarcitoria per i danni conseguenti ad illegittimo esercizio dell'autorità era avvertito come un problema periferico e non centrale nella dogmatica dei pubblici poteri.

Circostanza quest'ultima che non consentiva agli studiosi della responsabilità civile di attingere all'esperienza pubblicistica per risolvere in senso affermativo uno dei punti controversi in tema di abuso d'autorità privata, quello della risarcibilità dei danni arrecati alle vittime della condotta abusivamente tenuta.

Per questo motivo, l'opzione interpretativa di costruire attorno al potere funzionale amministrativo un sistema di relazioni tra parte pubblica e privata, riconducibili ad un concetto ampio di rapporto, qualificato dal richiamo alla "doverosità", significava riportare allo stesso modello descrittivo anche i poteri-funzioni emersi nel diritto privato. La logica conseguenza in termini di tutela risarcitoria, allora, doveva coerentemente essere quella di tradurre la violazione delle regole di un rapporto, fosse esso di diritto pubblico come di diritto privato, in un risarcimento del danno valutabile non ai sensi dell'art. 2043, c.c., ma

sulla falsariga delle norme dettate a tutela delle relazioni di credito, di cui al Capo III, Titolo I, del Libro delle obbligazioni<sup>406</sup>.

Ne viene che il comportamento del soggetto agente, illegittimo ogni qual volta egli non abbia tenuto adeguatamente conto dell'interesse altrui, oppure abbia agito sulla base della ritenuta prevalenza di esigenze concrete che imponevano il sacrificio di essi, pur non essendo realmente esistenti o effettivamente prevalenti<sup>407</sup>, sarà anche illecito ove la lesione arrecata alla situazione di vantaggio, protetta dall'ordinamento nella forma dell'interesse legittimo, consegua ad un comportamento del soggetto agente, che presenti le caratteristiche dell'illecito plasmato dall'art. 1218 e ss<sup>408</sup>.

Per precisare con ancor più evidenza le conclusioni poc'anzi esposte, cui ha inteso aderire il presente lavoro, non ci si può che affidare alle parole formulate da quella voce di dottrina che ha apportato il maggior contributo all'elaborazione della tesi in parola: "Mi pare infatti di poter dire ... che se la lesione abbia ad oggetto una situazione inserita in un rapporto, più logico e più corretto sia il riferimento alla responsabilità *ex art. 1218 e ss., c.c.*, anche quando, si badi bene, la situazione violata non sia la classica situazione di diritto di credito, né un diritto esclusivamente non patrimoniale e tuttavia avente a contenuto una pretesa e quindi, a propria volta, la struttura del credito. Ciò che conta e che induce a

---

<sup>406</sup> BIGLIAZZI GERI, *Op. ult. cit.*, p. 71 e ss. e, più di recente, ID., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ., IX*, Torino, 1993, p. 565, in cui si afferma che se l'interesse legittimo è situazione di vantaggio, risultato della qualificazione normativa di un interesse giuridicamente rilevante, la sua lesione conseguente ad un comportamento *non iure* del soggetto agente, dovrebbe concretare quel danno ingiusto che sta alla base non della sola responsabilità civile (ancorché in tale materia esplicitamente evocato dall'art. 2043, c.c.), ma anche della responsabilità contrattuale: la giuridica rilevanza del credito non può infatti non rendere ingiusta la sua lesione, ne sia poi autore il debitore o il terzo. Tale precisazione, che vale a mettere in evidenza l'unitarietà del sistema, acquista qui il significato particolare di correggere un'affermazione ormai cristallizzata seppur di opinabile validità: che, cioè, la lesione dell'interesse legittimo dia luogo, ci si muova sul piano privatistico o su quello pubblicistico, a responsabilità extracontrattuale. Tale affermazione sembra non tenere conto che esso vive in un rapporto e che, quindi, la responsabilità che fa capo al soggetto agente, non può che plasmarsi su quella di cui agli artt. 1218, 1223 e ss., c.c., giacché questo è il tipo di responsabilità che presuppone l'esistenza di una relazione tra situazioni soggettive. E ciò nonostante che il rapporto nel quale l'interesse legittimo si inserisce non sia un rapporto obbligatorio, dato che mai davanti ad un interesse legittimo potrebbe stare una situazione di obbligo in senso tecnico. Se ciò dovesse accadere, si avrebbe a che fare non con l'interesse legittimo, ma col diritto di credito (concetti riproposti, successivamente anche in ID., *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 29 e ss.). Sembra condividere le argomentazioni proposte, POLETTI, *La risarcibilità dell'interesse legittimo: senso e limiti di una regola*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo* a cura di Breccia - Brusuglia - Busnelli, Torino, 2001, p. 365 e ss. Utili sul punto sembrano anche le osservazioni di IRTI, *Introduzione, cit.*, p. 54, il quale utilizza la categoria dell'inadempimento ad un'obbligazione preesistente come termine di sintesi che raccoglie tutti i contegni contrari a quelli considerati come doverosi da altre norme del sistema, e di ITALIA - LANDI - POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 297, dove si precisa che con il termine responsabilità contrattuale in diritto amministrativo si comprende non soltanto l'ipotesi del mancato adempimento ad obbligazioni contrattuali vere e proprie ma anche qualunque violazione di doveri giuridici dell'amministrazione.

<sup>407</sup> Per contro, risulterà legittimo, e dunque non suscettibile di essere valutato alla stregua di un "inadempimento", se, a prescindere dal soddisfacimento (anche) di detto interesse o del suo temporaneo o definitivo sacrificio, sulla scorta di una valutazione obiettivamente corretta, il giudizio comparativo si concluderà per la prevalenza o il sacrificio dell'interesse, a fronte di esigenze ritenute prevalenti o cedevoli rispetto ad esso.

<sup>408</sup> BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato, cit.*, p. 82

muoversi nell'accennata direzione è infatti la preesistenza di una relazione qualificata (rapporto giuridico) tra due situazioni soggettive: preesistenza che, se nella versione credito-obbligo sta alla base della responsabilità (malamente detta) contrattuale, dovrebbe consentire il ricorso alla relativa disciplina tutte le volte in cui fosse appunto possibile identificare una simile preesistenza a prescindere, allora, dalla natura e dalla struttura delle situazioni coinvolte. Che è quanto dovrebbe consentire di superare la, a mio avviso, erronea tendenza ... a ricondurre sul piano della responsabilità aquiliana la lesione dell'interesse legittimo (non solo di diritto privato, ma anche di diritto pubblico) negli stessi casi di lesione, non «esterna», ma «interna» (perché proveniente dalla controparte, pubblica o privata) di tale situazione. Interesse legittimo ... che, comunque lo si definisca -come situazione sostanziale o come situazione processuale, come situazione insieme sostanziale e processuale, come situazione direttamente o indirettamente «protetta»-, non par dubbio che viva in un rapporto<sup>409</sup>.

L'efficacia persuasiva di tale conclusione, che fino all'auspicata estensione anche al settore dei poteri pubblici dello strumento risarcitorio non poteva che arrestarsi alla soglia dei poteri privati, ad oggi non dovrebbe più incontrare alcun ostacolo normativo o ideologico<sup>410</sup>. E dunque non si vede come i risultati di un'indagine condotta proprio attingendo dalla tematica dei poteri pubblici gli strumenti indispensabili al suo progredire possano essere trascurati nell'istante in cui il risarcimento del danno in discussione cessi di essere quello da sviamento di un potere privato, e il tema della ricerca si sposti sul versante dei danni da illegittimo esercizio di una potestà amministrativa<sup>411</sup>.

<sup>409</sup> BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, cit., p. 38 - 39. Di analogo tenore le osservazioni recentemente pubblicate da DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, cit., p. 2677 e ss. che, dopo aver dimostrato l'inapplicabilità della teoria del contatto sociale al caso degli interessi legittimi, propende per l'applicazione analogia della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218, come risposta alle lesioni derivanti ad esso dall'esercizio del potere. Trattandosi di un binomio (quello tra potere ed interesse legittimo) di situazioni soggettive tra loro interdipendenti, l'aggressione all'interesse "debole" proveniente dall'interno del rapporto può assumere lo stesso significato dell'inadempimento e ciò senza dover necessariamente passare attraverso una ricostruzione dei vincoli al potere in chiave obbligatoria: «In definitiva, dunque, penso possa tranquillamente affermarsi che la normativa in materia di tutela dell'interesse legittimo, come quella di tutela delle altre situazioni giuridiche relative, si ispira agli stessi modelli previsti dall'art. 1218, c.c. ... Per le relative, questo comportamento illecito può anche assumere il nome di "inadempimento", un nome dunque che non viene più ristretto alle obbligazioni vere e proprie, ma allargato a comprendere tutti gli altri casi di lesione di situazioni giuridiche».

<sup>410</sup> Va segnalato, peraltro, che lo studio condotto sul punto, e sinteticamente riportato nelle precedenti pagine, non ha avuto modo di confrontarsi con le innovazioni che hanno riguardato la pubblica amministrazione in ambito risarcitorio, poiché precedente rispetto alla più volte menzionata sentenza n. 500/99, nonché all'intervenuta regolazione della materia ad opera della legge n. 205 del 2000.

<sup>411</sup> Come condivisibilmente affermato da NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 326, «l'interesse legittimo pubblicistico, oltre a condizionare il dibattito relativo a quello dei rapporti tra privati, si sposta esso stesso sul versante delle categorie civilistiche e sul piano del ragionamento sostanziale, sicché una riflessione sul ruolo dell'interesse legittimo riferito ai poteri privati, nel campo della responsabilità, inevitabilmente si riflette sul destino dell'interesse legittimo relativo ai pubblici poteri».

Ancor più che nell'ordinamento civilistico, allora, l'illegittimo esercizio del potere è destinato sempre a tradursi in un comportamento violativo di una situazione di dovere dalla fisionomia assai prossima all'obbligo. Pur non identificandosi con esso, il dovere che caratterizza la posizione della p.a., per un verso vive all'interno di un rapporto assimilabile a quello obbligatorio, per l'altro il suo mancato rispetto è suscettibile di produrre danni risarcibili per il titolare dell'interesse meritevole di tutela a cui il potere è contrapposto.

Del rapporto obbligatorio, infatti, la sequenza potere funzionale-interesse legittimo condivide l'intima natura e l'organizzazione razionale, in quanto entrambe le vicende si sostanziano in una congenita connessione tra situazioni soggettive (di vantaggio e di svantaggio), dislocate, dalla fonte normativa, l'una di fronte all'altra. Con l'unica particolarità (ininfluente ai fini che qui ci occupano) di essere, le posizioni individuali suddette, tra di loro complementari, anziché avvinte da un nesso di reciproca funzionalità.

Né si può affermare che tale estensione risulterebbe invalidata da una pretesa diversità strutturale<sup>412</sup> tra potestà pubblica e potestà privata o dal diverso trattamento normativo che l'esercizio scorretto della potestà pubblica riceve rispetto a quella privata (nell'una ipotesi, l'interesse legittimo corrispettivo sarebbe "tipico", nell'altra, "atipico", cioè diversamente atteggiato a seconda del tipo di potere privato cui si va a legare e dunque mancante di un modello di tutela unitario e di una disciplina sostanziale omogenea)<sup>413</sup>, in

---

<sup>412</sup> È infatti opinione diffusa che la "relazionalità" marcata che connota il fenomeno delle cd. autorità private, tale da giustificare un inquadramento della sequenza potestà-interesse legittimo (di diritto privato) nella stessa categoria di rapporti giuridici che accoglie anche la dinamica obbligo-credito (e che presuppone un nesso di reciproca funzionalità tra una situazione di vantaggio-attiva ed una di svantaggio-passiva), sia estranea al comparto dei poteri pubblici. Questo per il motivo che i poteri privati (si accetti o meno la rilettura di essi in termini di situazioni necessitate) nascerebbero con lo scopo essenziale di curare interessi individuali, pertinenti alla sfera personale e/o patrimoniale di un soggetto diverso dal titolare del potere, contrariamente al settore pubblico nel quale la pubblica amministrazione è chiamata a curare interessi collettivi ed a valenza ultraindividuale, di cui, peraltro non sarebbe giuridicamente possibile individuare un "legittimo" titolare, se non l'ente pubblico stesso che ne incarna la titolarità (Cfr. *retro* nota n. 391). Può osservarsi in contrario che, come per gli *officia* pubblici, anche i poteri privati (non solo le potestà, come tali geneticamente pensate per rispondere alle esigenze di un soggetto diverso, ma anche le altre forme di supremazia attecchite nel diritto privato) per la gran parte risultano conferiti in vista della realizzazione di benefici che trascendono la sfera dell'interessato (sia esso il destinatario o il titolare del potere medesimo): così la potestà genitoriale o tutelare, che è fondata non solo sull'esigenza di tutelare la persona incapace, ma anche sulla necessità di gestire l'interesse del gruppo familiare (cfr. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, cit., p. 555. Sulla valenza pubblicistica dei poteri genitoriali, vedi CICU, *Il diritto di famiglia*, 1915, Pavia, p. 123 e ss. dove si avvicina il potere familiare al potere d'imperio proprio degli enti pubblici. Come il potere d'imperio statale, dove il potere coinvolge sia l'interesse del destinatario del provvedimento che quello della collettività, la potestà familiare è un potere discrezionale da esercitare secondo quanto richiesto dall'interesse familiare e del minore), nella sua dimensione di comunità intermedia (si spiega allora l'opzione legislativa di attribuire all'autorità familiare un «dovere» intimamente segnato da un certo margine di discrezionalità, margine destinato ad ulteriormente ridursi di fronte all'interesse del minore), come pure i poteri della grande impresa, dei quali si è voluta riconoscere la doverosità sociale, specie con l'attivazione di procedimenti selettivi analoghi a quelli degli enti pubblici, finalizzati all'assunzione o alla promozione dei lavoratori. Si è cioè inteso funzionalizzare ad interessi generali e collettivi (oltre che privati dell'aspirante) l'esercizio del potere di scelta del datore di lavoro valorizzando gli indici pubblicistici del rapporto di lavoro privato (vedi, ad es., le considerazioni di ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentoale*, cit., p. 338).

<sup>413</sup> Cfr. PUGLIATTI, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi* in *La responsabilità civile*, II, Milano, 1968, p. 17 e ss.; DOSSETTI, *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 475 e ss.; VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 455, i quali segnalano che entro la categoria dell'interesse legittimo refluiscano

quanto tutto ciò che è richiesto per accedere ad un tipo di tutela risarcitoria declinata secondo il lessico extra aquiliano è solo l'esistenza di una relazione di complementarità fra interessi costituiti in situazioni soggettive e la discrezionalità del comportamento del soggetto agente (o contrapposto) che si trova in posizione *lato sensu* dominante. Prerogative, queste, che appartengono tanto al rapporto pubblicistico autoritativo, quanto alle eterogenee manifestazione della formula potere privato-interesse legittimo<sup>414</sup>.

Ciò che ci si propone di fare è, allora, recuperare gli spunti offerti dalla teorica in commento al fine di verificarne la praticabilità attuale, allo stato della odierna regolazione giuridica dei poteri amministrativi, specialmente tenuto conto della produzione scientifica intervenuta in questi anni sull'argomento, per poi indagare, in un secondo tempo, i limiti di operatività delle conclusioni raggiunte, a fronte delle eterogenee manifestazioni dell'agire amministrativo funzionalizzato che nel contesto pubblicistico possono venire in rilievo.

Il primo quesito con cui occorre confrontarsi è se l'idea di un rapporto amministrativo tra potere ed interesse, nel senso fatto proprio dal testo, possa dirsi in linea con le più moderne riflessioni, sviluppate in dottrina, in tema di rapporto pubblico-amministrativo tra p.a. e privato.

A partire dalle speculazioni di Nigro il richiamo alla figura del rapporto amministrativo diviene centrale nel ragionamento giuridico della dottrina. La rinnovata attenzione alla figura del "rapporto" parte dall'esigenza di adeguare le nozioni del diritto amministrativo alle richieste della società moderna, protese a raggiungere un punto di equilibrio tra la necessità di garantire al singolo la titolarità ed il godimento di un nucleo irriducibile di «capacità e libertà», con l'esigenza, assolutamente contrastante con la prima, di una diffusione, crescente e capillare, dell'organizzazione amministrativa nella società<sup>415</sup>.

Per ottenere ciò era necessario operare un mutamento radicale nella ricostruzione del rapporto amministrativo, che si specificasse non solo come mera relazione bilaterale tra le situazioni giuridiche dell'amministrazione e del privato, ma altresì come luogo di incontro dei soggetti pubblici e privati e degli interessi di cui essi si fanno portatori, dal quale far

---

situazioni tra loro estremamente disparate e che presentano problemi estremamente diversi, il che parrebbe dover ostacolare l'elaborazione di soluzioni del problema dotate del carattere di una sufficiente unitarietà.

<sup>414</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato, cit.*, p. 538 e ss., 546 e ss. nonché 564 e ss., che collega la natura contrattuale della responsabilità alla lesione «interna» di una situazione di vantaggio ove inserita in un rapporto ancorché non tipicamente obbligatorio (così, ad esempio, anche il rapporto diritto potestativo-interesse legittimo o diritto di credito-interesse legittimo). Una responsabilità destinata a trasformarsi in extracontrattuale -nel pensiero dell'autrice- in caso di lesione «esterna» di una simile situazione, nella stessa misura in cui all'area aquiliana appartiene quella provocata dalla lesione del credito da parte di un terzo.

<sup>415</sup> NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione, cit.*, p. 476 e ss.

scaturire la “conciliazione” tra i fini che caratterizzano la figura del potere ed il modo d’essere degli interessi coinvolti.

Già in questa prospettiva ricostruttiva orientata al rapporto amministrativo, sembra emergere in modo forte l’esigenza di collegare il concetto di rapporto amministrativo, coesistente ad una visione dei pubblici poteri in chiave attuale, con la sintesi dei diversi interessi, pubblici e privati (benché talvolta confliggenti), destinati tra di loro a completarsi. Il che, a ben guardare, è lo stesso dato caratterizzante la concezione di rapporto tra interesse legittimo e potere (dovere) funzionale, affermata dagli studi di certa dottrina nel settore del diritto privato, che, rifiutando di identificare il rapporto con il nesso di corrispettività che intercorre tra due situazioni simmetriche, ne allargano la nozione fino a ricomprendervi situazioni asimmetriche ma poste delle norme in relazione di complementarità.

Un passo ulteriore verso l’evoluzione in senso dialettico dei rapporti tra potere e libertà e l’assimilazione tra idea privatistica e pubblicistica del rapporto è stato compiuto dagli studi successivi, concentratisi su una concezione del rapporto amministrativo plasmato sul modello dell’obbligazione civilistica.

Si è cioè immaginato che l’unico concetto di rapporto rilevante per il diritto fosse quello tecnico, non quindi l’intera correlazione tra le due posizioni composite di potestà ed interesse legittimo, ma soltanto la relazione tra la pretesa sostanziale del singolo consociato ed il correlativo obbligo della p.a., desumibile dalle norme sostanziali che disciplinano la componente doverosa della potestà. Attraverso tale rilievo si è giunti a dimostrare, secondo una prima prospettiva ermeneutica, l’assimilazione dell’interesse legittimo al diritto di credito. A fronte del potere discrezionale, il credito sarebbe sottoposto alla condizione potestativa altrui, posto che l’esercizio della discrezionalità amministrativa è pur sempre presidiata da regole a garanzia di una posizione giuridica di vantaggio in senso tecnico, benché senza nessuna garanzia di risultato<sup>416</sup>.

A chiudere il cerchio del ragionamento, annullando del tutto le distanze tra rapporto pubblicistico e rapporto in senso tecnico, ha pensato la dottrina più recente che, nel portare a compimento il processo di identificazione tra interesse legittimo e diritto di credito ha ricostruito il lato passivo del rapporto in capo all’amministrazione come obbligo. Se infatti l’interesse legittimo rappresenta una situazione giuridica attiva, parificata quanto a dignità

---

<sup>416</sup> Vedi GRECO, *L’accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 169.



Costituzionale al diritto soggettivo, ad essa non può essere contrapposta simmetricamente una situazione di potere, bensì una di obbligo<sup>417</sup>.

Ciò che, a conferma di quanto da noi sostenuto, è dato cogliere dalle precedenti teorizzazioni, è senz'altro l'idea che il rapporto giuridico con l'amministrazione debba assumere, oggi, un ruolo forte in ogni ragionamento giuridico che coinvolga la categoria del potere amministrativo, mettendo in guardia dai rischi che il riferimento ad un generico ed indeterminato concetto di rapporto amministrativo possa provocare nei rapporti tra Stato e società, restaurando un sistema in cui l'individuo torni ad essere in soggezione rispetto alla potestà ed i suoi interessi posti in una situazione subalternità e dipendenza rispetto ai fini pubblici<sup>418</sup>.

Un simile risultato si può raggiungere -e questo pare condivisibile- ponendo l'accento sull'aspetto di doverosità che caratterizza il potere discrezionale (senza da ciò dover trarre per forza conseguenze estreme; ma sul punto ci soffermeremo tra breve) amministrativo. Anche in questa branca del diritto, cioè, si percepisce l'esigenza di raffigurare il concetto di rapporto come *trait d'union*, imposto da una norma, che colleghi tra di loro due termini correlati, di cui una situazione giuridica sia attiva e l'altra necessariamente passiva.

Quello che, all'opposto, non convince delle scelte ricostruttive operate sul punto, è la selezione della tipologia di rapporto ritenuto più idoneo ad operare sul versante del diritto amministrativo. L'atteggiamento di retroguardia manifestato in proposito, volto a restringere anziché allargare (o comunque adattare) la nozione di "rapporto" utilizzabile nel settore dell'agire funzionalizzato, segna un brusco arresto nell'evoluzione del pensiero giuridico degli ultimi decenni, ponendosi in netta controtendenza rispetto alle tesi impegnate, tanto sul versante del diritto amministrativo, quanto dal lato del diritto comune, a dimostrare la rilevanza per l'ordinamento anche delle relazioni intersubiettive prive della caratteristica simmetria che identifica i rapporti di diritto-obbligo.

In questo senso non si coglie la ragione di un percorso volto alla parificazione di due tipologie di rapporti che, al di là di tutto, rimangono profondamente diversi. Specie se i risultati che si intendono raggiungere, quanto meno sul versante della tutela degli interessi

---

<sup>417</sup> Così FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 169 e ss. e, nella stessa prospettiva ma con un riferimento più diretto alle garanzie costituzionali, ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005, p. 164 e ss. ove la logica del rapporto giuridico è utilizzata per dimostrare che, di fronte alla legge, il rapporto tra amministrazione e privato è in ogni caso paritario e non può che tradursi nella stretta correlazione diritto-obbligo.

<sup>418</sup> Sul punto ORSI BATTAGLINI, «L'astratta ed infeconda idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007, p. 1346, dove afferma che «l'unica bipolarità possibile è quella che oppone il potere stesso, pubblico o privato, sociale o statutale, all'individuo e il "modello" da elaborare non può non assumere la centralità di quest'ultimo».

privati, possano essere raggiunti valorizzando le potenzialità e gli spunti di riflessione che offre un tipo di rapporto quale quello tra potestà ed interesse legittimo.

Per altro verso, infatti, non vanno esenti da critica le stesse argomentazioni giuridiche che hanno ispirato *funditus* l'operazione teorica avente di mira la sostituzione della tradizionale relazione binaria tra potere e soggezione (secondo cui di fronte al potere non può esserci diritto) con quella opposta tra diritto-obbligo (secondo cui di fronte al diritto può esistere solo una situazione di non potere).

La premessa comune a tutti gli autori che hanno concentrato i propri sforzi verso un ridimensionamento esasperato del concetto di potestà è rappresentata dalla difficoltà di concepire l'esistenza di un potere (acquisito nel suo significato puro di libertà di agire), che è situazione di vantaggio attiva, come entità giuridica necessariamente correlata ad una figura soggettiva individuale altrettanto attiva: l'interesse legittimo; così come è apparso contraddittorio affermare l'esistenza stessa di un "potere" quando la situazione soggettiva esercitata dalla p.a. fosse disciplinata dalla legge in modo tale che ne risultassero vincolati taluni aspetti. L'insieme dei vincoli normativi -è stato affermato- non sarebbe che la riprova dell'estinzione del potere della p.a. e dell'esistenza in capo ad essa di un'obbligazione, cui si accompagna il diritto di credito del cittadino<sup>419</sup>.

A noi pare che questa sorta di trasfigurazione di situazioni giuridiche, mossa dalla condivisibile esigenza logica di riconciliare il sistema con le regole di coerenza e non contraddittorietà del ragionamento giuridico, rischi di tradursi in una soluzione eccessiva rispetto al problema.

Entrambi i dubbi di illogicità sollevati, infatti, ci sembra che possano trovare adeguata risposta sfruttando un concetto di potere "civilistico", inteso, come più volte ripetuto, nel senso di dovere discrezionale, assimilabile all'obbligo quanto a struttura e finalità, ma, diversamente da questo, non integralmente predeterminato nel contenuto dalle norme regolative dell'azione amministrativa e dotato di una particolare veste autoritativa (attribuita per legge), che non consente di qualificare la posizione giuridica del cittadino in termini di diritto di credito.

Relativamente al primo aspetto, la diversa ricostruzione appena prospettata consente di spiegare il perché nel "rapporto" amministrativo possano coesistere una situazione di potere con una di interesse, senza per ciò compromettere la coerenza del sistema. La logica relazionale che si presume violata, viene immediatamente ripristinata se si intende la potestà

---

<sup>419</sup> Cfr. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., p. 163 e ss.; FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, cit., p. 190 e ss.; ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia non amministrativa*, cit., p. 164 e ss.

pubblica come una situazione essenzialmente doverosa, riconducibile alla categoria dell'obbligo ma non identificata pienamente con esso.

In questo modo, infatti, non soltanto appare plausibile collegare il potere (che è più propriamente un dovere) con una situazione di vantaggio attiva, atteggiata secondo il modello dell'interesse legittimo piuttosto che come diritto di credito, ma tale giunzione sembra addirittura imposta delle regole del rapporto secondo i principi di teoria generale.

L'essere ricondotta tra le situazioni di svantaggio non rende neppure stridente la situazione di potere con la previsione di vincoli aventi carattere normativo che ad esso si riferiscono. Questi, infatti, che hanno come effetto quello di precisare e puntualizzare il contenuto della "prestazione" imposta alla p.a., non sarebbero che la riprova dell'essenziale doverosità che connota l'azione amministrativa svolta mediante l'esercizio di poteri.

La presenza di un insieme di vincoli che concorrono alla concreta determinazione del potere non fa che restringere ulteriormente i margini di discrezionalità che ne costituiscono l'essenza. In questo modo l'attività richiesta alla p.a., già doverosa nell'*an*, si specifica al di là di questo aspetto e prende ulteriormente forma, stabilendo la stessa legge, a monte, quali debbano essere, ad esempio, i tempi ed i modi di esercizio del potere. Maggiore è il numero e la rigidità dei vincoli, minore sarà la distanza ideale tra il potere e l'obbligo, con il conseguente rafforzamento della "pretesa" individuale a vedersi riconoscere il beneficio sperato.

Questo modo di concepire la potestà, come situazione invocabile fintanto che sia consentito rinvenire un minimo di discrezionalità oltre il quale non è più possibile parlare di potere, ma si rientra in quella attività (cd. paritetica) in cui a venire in rilievo è un'obbligazione della p.a. ed un credito del cittadino, consente di individuare una linea di continuità ideale tra potestà ed obbligo. L'una finisce per cedere il posto all'altra quando i vincoli *a priori* fissati dalle norme o il concreto dipanarsi della dinamica procedimentale (e *post* procedimentale), riducono, fino ad esaurire, ogni residua discrezionalità di scelta della pubblica amministrazione procedente.

Ma fuori dai casi di attività paritetica, la natura latamente obbligatoria della potestà non consente mai l'identificazione tra questa categoria *sui generis* di situazione soggettiva con l'obbligo. La presenza di un nucleo più o meno esteso di discrezionalità di scelta tra varie soluzioni possibili, infatti, fa sì che all'altro capo del potere funzionale, in comunicazione con esso, non possa che configurarsi una situazione di interesse legittimo.

E ciò si mostra conforme anche all'assetto Costituzionale dei pubblici poteri che nel prefigurare come asimmetrico il rapporto tra libertà individuale del privato e potere

dell'amministrazione non consente di esprimere l'attività funzionalizzata della p.a. con il linguaggio dei diritti e degli obblighi.

Come da alcuni sostenuto, nonostante debba superarsi la logica di subordinazione, il modello fondato sul binomio diritto-obbligo non è in grado di esprimere il rapporto tra libertà e potere amministrativo disegnato dalla Costituzione. Occorre allora individuare altri modelli in grado di riflettere l'asimmetria del rapporto tra amministrazione e privato e il ruolo che su tale rapporto conserva in provvedimento amministrativo, valorizzando l'aspetto della complementarità e correlatività tra le situazioni soggettive dell'amministrazione e del privato che si sviluppano in modo diverso rispetto al rapporto diritto-obbligo<sup>420</sup>.

Se dunque, come crediamo, il rapporto amministrativo secondo la concezione civilistica (*rectius* la concezione civilistica di cui abbiamo inteso appropriarci nella trattazione) sia quello che meglio riesce a rispondere all'esigenza di modernizzare le relazioni tra privato e p.a. pur conservando la specificità della norme di diritto pubblico e il particolare carattere che queste imprimono al rapporto rispetto al binomio diritto-obbligo, anche alla luce delle previsioni Costituzionali, si può ora passare alla seconda verifica che ci si era proposti di affrontare.

Occorrerà cioè stabilire a quale tipologia di potere possa essere applicata questa particolare modalità di rapporto; se sia cioè adattabile solo alla sfera dei poteri cd. ampliativi o se le conclusioni teoriche cui si è cercato di pervenire nel corso della trattazione possano coinvolgere anche il settore dei poteri cd. ablatori.

Con riferimento ai primi, specie alla luce delle riforme in chiave collaborativa dei rapporti tra privato e autorità amministrativa, inaugurate negli anni '90 e proseguite di recente con gli interventi innovatori del 2005 e del 2009<sup>421</sup>, diviene sempre più arduo dubitare dell'esistenza di una relazione qualificata tra le parti del rapporto, che preesiste all'emanazione del provvedimento e che si atteggia quale momento ineludibile nella gestione del potere.

Richiamando sinteticamente quanto detto nel testo, già negli studi più risalenti la necessità di portare l'interesse legittimo pretensivo ad una dimensione relazionale e farlo

---

<sup>420</sup> Cfr. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., p. 125.

<sup>421</sup> Si allude alla legge n. 69/2009 che ha apportato alcune significative modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo.

vivere in un rapporto giuridico era particolarmente avvertita in dottrina, anche da coloro che riconoscevano alla situazione in parola una funzione essenzialmente strumentale<sup>422</sup>.

Ciò si spiega con il fatto che, al di là delle questioni che potevano nascere attorno natura giuridica delle situazioni soggettive coinvolte nel rapporto col privato, era intuitivo come la posizione di costui rispetto alla potestà accrescitiva dell'ente pubblico agente fosse dislocata ad un'angolazione diversa rispetto a quanto era dato osservare nei casi in cui sulla scena si poneva un potere ad es. di esproprio.

Nell'un caso si percepiva come coesistente ad una più giusta e funzionale espressione del potere la presenza della parte privata e del suo interesse al cospetto dell'amministrazione procedente: l'interesse del privato nasceva *ab origine* incompleto, ed era destinato a completare il processo di qualificazione normativa che lo avrebbe "promosso" dallo stadio quiescente di interesse protetto a situazione di diritto soggettivo pieno, solo condizionatamente ad una scelta provvedimento positiva della p.a. L'interesse pretensivo, per sua natura, appariva congenitamente legato al potere; esso sorgeva insieme al potere amministrativo e, prima di questo, non era apprezzabile se non sotto forma di interesse di mero fatto, come tale privo di ogni rilievo giuridico.

Diversamente nel caso di poteri estintivi che, destinati ad incidere su diritti già esistenti, avevano l'effetto di degradare l'interesse base del diritto colpito dal potere, allo stadio "ridotto" di interesse legittimo oppositivo. Un interesse-presupposto iniziale che, dunque, preesisteva prima ed indipendentemente dall'attribuzione ed attivazione del potere e che, anzi, dall'esercizio dell'attività amministrativa autoritativa ricavava un effetto degradatorio; l'esercizio del potere comportava un'alterazione in senso peggiorativo nella qualificazione giuridica dell'interesse di base.

Questo fattore di diversità, oltre a confermare già su un piano concettuale l'esigenza di intendere potere ed interesse pretensivo come un dualismo inscindibile, ha portato all'attenzione il problema inverso: è possibile inquadrare anche la dinamica che si viene a creare con l'esercizio dei poteri ablatori in un ampio concetto di rapporto come quello che si è inteso accogliere in questo contesto?

Una delle possibili risposte al quesito tende a negare che un simile rapporto possa identificarsi anche con riferimento alle ipotesi di cd. intervento ablatorio. Prima dell'emanazione del provvedimento, e nonostante che abbia già avuto inizio la fase procedimentale, tra gli interessi che formano il presupposto delle situazioni-conseguenza di cui sono investiti il privato, da un lato, e la p.a., dall'altro, non corre alcuna relazione

---

<sup>422</sup> In particolare, PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit., II, p. 233, nota 9-bis.

strutturata nel senso della funzionalità (nel senso che l'una trova la propria ragion d'essere nell'altra) e tanto meno della complementarità, venendo essi a trovarsi, piuttosto in una situazione *lato sensu* di conflitto.

Il provvedimento, nel quale si concreta l'attività amministrativa, se legittimo incide sul diritto come causa estintiva esterna, se illegittimo, non può che ledere il diritto, al pari di qualsiasi soggetto terzo che, con il proprio comportamento materiale, causi l'illegittima distruzione del bene, producendo l'estinzione (e dunque la violazione) del diritto stesso.

E persino le eventuali opposizioni che il privato è legittimato a proporre avverso l'atto intrusivo illegittimo altro non sarebbero se non manifestazione del diritto stesso, rientrando in quello che è il momento della tutela conservativa del diritto contro l'intervento esterno di terzi (nel caso di specie, la pubblica amministrazione).

In questi casi, un rapporto tra i soggetti interessati dalla vicenda *lato sensu* espropriativa non manca del tutto, ma sorge in un momento successivo, dopo, cioè, che il provvedimento sia stato emanato in modo legittimo. E consiste, più precisamente, in quel rapporto obbligatorio, originato *dal* provvedimento, in cui il privato si presenta come creditore nei confronti dell'amministrazione della relativa indennità compensativa (di esproprio, di requisizione, ecc.)<sup>423</sup>.

Si può rilevare in contrario che, come affermato da tempo, l'esistenza di un rapporto tra potestà restrittiva dello Stato ed interesse del cittadino alla conservazione del proprio bene sarebbe configurabile creando, accanto al diritto (che diviene l'oggetto dell'attività ablatoria dell'autorità amministrativa), una situazione di interesse legittimo (cd. oppositivo) che con quello coesisterebbe, una volta iniziato il procedimento, sino all'emanazione del relativo atto.

Come per l'ipotesi inversa di interesse all'acquisizione del vantaggio domandato, anche in questo caso non si può disconoscere che tra interesse pubblico e interesse privato alla conservazione del bene della vita corra quella relazione di complementarità necessaria ad inserire il binomio tra le situazioni soggettive corrispondenti in un rapporto.

---

<sup>423</sup> In questo senso, BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, cit., p. 83, nota 23 dove si aggiunge: «né è a dirsi che, quando oggetto dell'attività ablatoria dell'autorità amministrativa sia un diritto soggettivo, tra il titolare di questo e l'amministrazione, titolare del "potere", intercorra -prima dell'emanazione del provvedimento stesso- un rapporto strutturato, se non nei termini interesse legittimo-potestà, almeno in quelli potestà-soggezione. La soggezione (come situazione giuridica soggettiva di svantaggio inattiva) non può, infatti, corrispondere che ad un potere assolutamente libero di esplicarsi (ancorché condizionato, quanto all'esercizio in concreto, al verificarsi di determinati presupposti di legittimazione), non già ad un "potere" meramente discrezionale. Sicché si può tutt'al più dire che, qui, il privato si trova in una generica posizione di subordinazione di fronte all'autorità amministrativa, non già in una tipica situazione di soggezione (cioè a dire, in un *patti*) e, quindi, in un rapporto giuridico».

Anche con riferimento ai poteri ablatori, cioè, può sostenersi che “complementarità” non significhi che la soddisfazione dell’interesse pubblico debba passare necessariamente per il soddisfacimento anche dell’interesse privato (se così fosse, allora, avrebbe senso contrapporre ad un concetto di complementarità uno di conflitto nel senso sopra espresso). Ma significhi, più propriamente, la necessità che l’interesse *de quo* venga adeguatamente acquisito e considerato nella valutazione discrezionale compiuta dentro il procedimento, anche se all’esito della ponderazione comparativa, l’*iter* si definisca con un’estinzione non soddisfattiva o con il sacrificio temporaneo del bene privato, in considerazione dell’esistenza di esigenze di pubblico interesse oggettivamente ed effettivamente prevalenti.

Anche sul versante della tutela contro il provvedimento estintivo che si assuma colpito da vizi di invalidità, può apparire discutibile far figurare i poteri processuali di reazione come manifestazioni del diritto leso e non piuttosto come facoltà dell’interesse oppositivo. Nella geometria del rapporto che si instaura tra potere ed interesse, il ruolo che assume il diritto soggettivo non è più (e non potrebbe essere altrimenti in base all’affermazione -per noi esatta- che di fronte al potere discrezionale è impossibile che stia una situazione diversa dall’interesse legittimo) quello di interlocutore del potere, ma di oggetto di esso. Le facoltà di reazione al provvedimento che vi incida in modo sfavorevole, allora, non potranno che essere ricollegabili alla situazione “soggetto” del rapporto: l’interesse legittimo, appunto, attraverso il quale, nel procedimento, il privato titolare del bene cerca di far pesare il proprio interesse.

Che le facoltà di reazione debbano reputarsi, anche in questo settore, manifestazione dell’interesse e non del diritto sembra un dato altresì più coerente col sistema di giustiziabilità degli interessi individuali prefigurato in Costituzione, quando a comprometterli sia un’attività dell’amministrazione che agisca come autorità.

Se si propendesse per la diversa soluzione, risulterebbe difficile spiegare il perché la tutela conservativa avverso gli atti illegittimi della p.a., intesa come espressione di esercizio del diritto ad es. di proprietà, sia attribuita alla cognizione del giudice amministrativo anziché al giudice dei diritti. Concepire la tutela dell’utilità privata in questo modo, se poteva essere compatibile con un sistema di riparto di giurisdizione fermo alle previsioni del 1865, deve ritenersi ad oggi da rigettare, così come la tesi che, attraverso un simile percorso argomentativo, ci si era proposti di dimostrare.

Non rimane che concludere, allora, per l’esistenza di un rapporto (nel senso che qui ci interessa) anche nei casi di esercizio di poteri restrittivi della p.a., con tutte le conseguenze che ciò comporta sul piano della protezione risarcitoria.

Da questo breve *excursus* è allora possibile ricavare un dato importante; che la figura concettuale del rapporto amministrativo non è suscettibile di venire in rilievo nel solo ambito dei poteri ampliati, ma si profila idonea, in ragione della più immediata aderenza alla realtà delle relazioni e al piano temporale, a costituire una prospettiva più adatta alla ricostruzione dell'intero sistema della responsabilità civile per attività provvedimentale.

Sciolta la riserva circa il peso da attribuire all'inusuale geometria che assume il rapporto giuridico pubblicistico tra dovere funzionale e interesse legittimo<sup>424</sup>, ai fini della disamina che qui ci occupa, compito dell'interprete sarà quello di scegliere se reputare appagante, sotto il profilo ricostruttivo, la conclusione appena descritta o se giudicare i risultati ottenuti nient'altro che lo stimolo intellettuale per progredire ulteriormente nell'indagine. La posta in gioco è tutt'altro che trascurabile ed interessa l'aspetto di maggior rilievo per il giurista, l'individuazione delle regole concretamente applicabili alla fattispecie individuata, posto che la questione, oggetto di scarso approfondimento ad opera dei teorici, limitatisi ad operare un rinvio integrale alle norme sulla responsabilità da inadempimento, è rimasta pressoché aperta.

Se non si cede alla tentazione di identificare necessariamente un genere di responsabilità con la sua stessa regolamentazione, ma si prova a spingersi oltre, valorizzando le specificità di un rapporto giuridico (che potremmo dire para-obbligatorio) caratterizzato dall'assenza di una pretesa in senso proprio, si comprende come, importare in blocco nel tessuto amministrativo il sistema di tutela del creditore (incentrato sul diritto di pretesa), in ossequio a logiche moniste che ne vietino un'acquisizione parziale e frazionata (pur resa necessaria da esigenze di adattamento), finisca per acconsentire all'ingresso, anche nel settore dell'illecito provvedimentale, di spezzoni di disciplina della responsabilità contrattuale che rivelano la loro più intima ragion d'essere solo se riferiti esclusivamente a vincoli obbligatori di foggia classica, per di più di genesi negoziale.

---

<sup>424</sup> Di tale peculiarità ha indubbia percezione Scoca che, rivisitando la figura dell'interesse legittimo in chiave di "pretesa" all'ottenimento di un provvedimento favorevole, avverte la necessità di ridurre le distanze comunemente ribadite tra il rapporto amministrativo e quello obbligatorio. Cfr. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit. e, per le ricadute delle teorizzazioni maturate intorno all'interesse legittimo sullo specifico tema della natura giuridica della responsabilità (civile) dell'amministrazione per le sue condotte illecite ID., *Per un'amministrazione responsabile*, cit., p. 4060 e ss. dove si definisce «assai stimolante una prospettiva diversa, tendente a qualificare la responsabilità dell'amministrazione, allorché sorta con riferimento ad attività decisorie (e non ad eventi puramente materiali), come responsabilità contrattuale. Appare con evidenza che l'estraneità tra il soggetto danneggiante e il soggetto danneggiato, che costituisce elemento caratterizzante della responsabilità extracontrattuale ... non è possibile ravvisarla quando l'amministrazione danneggiante ed il privato danneggiato sono entrambe parti, in posizione e con ruoli diversi, di uno stesso procedimento amministrativo. ... Di talché non mi sembra che sia possibile negare che tra l'amministrazione e il privato, uniti nel (o dal) procedimento, si instauri un vero e proprio rapporto giuridico (abbia esso o meno natura di rapporto obbligatorio). Tanto basta per escludere l'estraneità tipica del rapporto contrattuale». Salvo poi specificare, in un lavoro successivo (ID., *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, cit., p. 92), pur nell'identità delle conclusioni, che «il rapporto esistente tra Amministrazione e privato non è né contrattuale né prettamente obbligatorio».



Sebbene si debba ritenere la responsabilità contrattuale come schema di elezione destinato a coprire tutti i casi in cui oggetto di lesione sia una situazione inserita in un vero rapporto giuridico, per arginare i rischi su esposti, risulta indispensabile considerare la disciplina codicistica come ipotesi speciale e normativamente delineata della responsabilità da inadempimento. Non, dunque, un sistema monolitico conchiuso, da applicare in blocco ad ogni tipo di inadempimento (compresa ogni forma di indebita inattuazione di un rapporto giuridico, ancorché diversamente strutturato rispetto al rapporto obbligatorio in senso proprio), quanto piuttosto un insieme di regole, ciascuna dettata per una specifica esigenza del rapporto obbligatorio.

Così opinando, il vincolo che astringe i vari aspetti della disciplina sull'inadempimento contrattuale e non ne permette una acquisizione frazionata, verrebbe a cadere laddove la base sostanziale di riferimento smetta di essere l'antagonismo debito-credito e ad essa si sostituisca la relazione tra funzione ed interesse legittimo<sup>425</sup>. Rispetto alla quale, se potranno conservare validità talune regole comuni al rapporto obbligatorio (espressione di un principio valido anche per il rapporto amministrativo), l'applicazione delle altre, immaginate con specifico riguardo alle relazioni di credito, non troverebbe adeguata giustificazione.

Una lettura delle norme codicistiche sull'inadempimento che conduca a simili risultati non sembra del tutto implausibile. Su questo specifico punto è verosimile pensare che il codice, sulla falsariga di quanto accaduto per il negozio giuridico, abbia utilizzato una tecnica normativa "casistica"; anziché cioè descrivere e disciplinare la categoria dogmatica di riferimento dell'attività negoziale (il negozio giuridico appunto), abbia accordato preferenza legislativa all'idea opposta, di prendere a modello dell'attività negoziale l'espressione più emblematica e rappresentativa dell'esercizio di autonomia privata, il contratto, con l'intendimento, tanto evidente da far apparire pleonastica una previsione specifica in tal senso, di ritenere applicabili ad ogni residua fattispecie negoziale non

---

<sup>425</sup> Su posizioni non dissimili sembra attestarsi DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, cit., p. 2677 e ss., che nel passare in rassegna la disciplina cui vengono sottoposte le situazioni giuridiche "relative" quando vi sia una lesione delle stesse proveniente dal soggetto titolare della situazione passiva correlata alla prima (tra le quali, oltre a menzionare il rapporto giuridico non patrimoniale, la dinamica diritto potestativo-soggezione o aspettativa-soggezione, espressamente include la coppia potestà-interesse legittimo), conclude nel senso che, tutti i casi passati in rassegna corrispondono al modello sanzionatorio dell'art. 1218, c.c. e che in quei campi di operatività, così allargati, l'applicazione analogica di quella normativa, soffrirebbe «il duplice limite delle disposizioni specifiche eventualmente esistenti e della compatibilità delle norme, assunte come generali, con le particolarità della situazione giuridica individuale».

contrattuale le norme espressive in un principio regolatore della materia, con il fisiologico limite della compatibilità<sup>426</sup>.

Alla luce di questa considerazione può apparire tutt'altro che azzardato ritenere che analoga operazione sia stata condotta con riferimento agli aspetti regolamentari che hanno ad oggetto la fase patologica del rapporto contrattuale, la sua mancata attuazione. Non è irragionevole pensare che la logica esemplificativa abbia indotto a disporre con gli artt. 1218 e ss., c.c., non tanto le conseguenze ricollegabili all'inattuazione di un rapporto giuridico latamente inteso, quanto gli effetti della mancata attuazione di un rapporto obbligatorio in senso stretto (se non, in taluni casi, avendo precipuamente di mira l'inadempimento delle obbligazioni di fonte contrattuale)<sup>427</sup>.

Una disciplina calibrata sul rapporto obbligatorio che, ove risulti sovradimensionata rispetto alla realtà su cui va ad insistere, consentirà di individuare, all'interno della composita regolazione dell'illecito contrattuale, un nucleo di regole espressive di un minimo comune denominatore della materia, riferibile, senza rischio di forzature, tanto ai rapporti obbligatori puri, quanto a quelle figure relazionali tra situazioni soggettive non pienamente riconducibili al prototipo normativo di riferimento.

E tale esigenza è tanto più sentita in ambito pubblicistico dove la rivoluzione in chiave risarcitoria della tutela accordata ai soggetti coinvolti nella sfera d'azione della p.a. ha posto il problema della diversità strutturale tra il rapporto amministrativo e quello obbligatorio la cui distanza non potrebbe essere valorizzata se non attraverso una rivisitazione domestica degli istituti di matrice civilistica.

Il che non significa necessariamente ricorrere ad un genere di responsabilità speciale per l'amministrazione, distorsiva della *voluntas legis*, quanto adattare, in via interpretativa, istituti pensati per rispondere alle esigenze appartenenti ad una diversa branca del diritto (il diritto dei contratti) alla fisionomia del rapporto procedimentale, costituzionalmente avulso da ogni logica di scambio<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> Cfr. l'analoga riflessione prospettata da NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., p. 327 - 328.

<sup>427</sup> In questo senso, MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (voce), in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1072, secondo il quale, confrontata con il termine contratto, l'espressione responsabilità contrattuale «è una sineddoche, indica il tutto con una parte: la parte, del resto, di gran lunga più importante, non solo dal punto di vista economico, ma anche dal punto di vista della dogmatica giuridica, le obbligazioni da contratto essendo il referente esclusivo di alcuni problemi centrali della teoria dell'inadempimento». Cfr., anche, GALGNO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova 1990, p. 71 e ss.

<sup>428</sup> Cfr. le opinioni espresse da TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 1651 per la quale occorre verificare se la responsabilità della pubblica amministrazione possa oggi essere risolta senza residui nel paradigma della responsabilità codicistica o se, al contrario, permangano differenze e peculiarità: e se queste vadano qualificate, ancora, come "deroghe" alla disciplina di diritto comune o comportino, invece, solo specifici modi di applicazione di principi generali comuni a

Le disposizioni contenute nel codice a garanzia dell'attuazione dei rapporti contrattuali di debito-credito risentono in larga misura della natura degli interessi coinvolti (di tipo patrimoniale) e del vincolo di corrispettività (o, comunque di valorizzazione delle utilità che seppur indirettamente possono derivare dall'assunzione, gratuita o unilaterale, di un vincolo) che li avvince e che giustifica un corpo normativo composito, ispirato, nella sua logica portante, da un principio di tendenziale protezione per il contraente *in bonis*, con taluni temperamenti giustificati dall'esigenza di redistribuire in maniera più equa i rischi connessi alla commissione dell'illecito contrattuale.

Compito dell'interprete è allora quello di isolare all'interno del complesso regolamentare illustrato quei meccanismi predisposti dalla legge che siano non tanto (o non solo) il risultato di settoriali scelte di valore tra interessi antagonisti, quanto piuttosto un precipitato logico-necessario della natura strutturalmente concorrente della violazione di un rapporto giuridico.

La saldatura tra situazioni soggettive contrapposte, preesistente all'illecito, che costituisce l'essenza del "rapporto", tanto a struttura morfologica forte (debito-credito), quanto a bilateralità più sfumata (diritto-interesse legittimo o dovere discrezionale-interesse legittimo, secondo la classificazione cui si è aderito), non è un dato neutro, bensì rappresenta un carattere "somatico" di questa realtà normativa che non può non influenzare l'interprete nel ricercare le linee guida dei meccanismi predisposti dalla legge per reagire all'inesecuzione ingiustificata di un rapporto.

Dai dati emersi in premessa si intuisce come la disciplina dell'illecito contrattuale partecipi della compresenza di diverse anime che, variamente combinate, hanno dato vita al sistema di responsabilità contrattuale conosciuto. Lo snodo decisivo consisterà allora nell'espungere dal complesso regolamentare così ricostruito quelle frange di disciplina che trovano nello spirito di salvaguardia della corrispettività e di distribuzione dei rischi contrattuali il loro quoziente giustificativo, lasciando residuare quell'architettura essenziale dell'apparato disciplinare che trova la sua giustificazione nelle particolarità dell'inadempimento, quale aggressione ad un interesse meritevole di tutela, proveniente dall'interno di un rapporto giuridico tra soggetti previamente instaurato.

4. Un'operazione così concepita sottintende che sia stato affrontato e risolto un interrogativo prodromico e funzionale alla successiva speculazione, ossia individuare le

---

determinate fattispecie. Ove si intenda optare per quest'ultima soluzione, «i principi generali troveranno comunque applicazione, sia pure con modi determinati e specifici».

caratteristiche distintive di questa peculiare categoria di obblighi discrezionali che consentano di poterla avvicinare ad una precisa tipologia di obbligazione civilistica.

Un lavoro di classificazione non certo volto ad appesantire il fardello di teoria generale del diritto ma indispensabile a fissare la disciplina concretamente applicabile all'inadempimento o inesatto adempimento della funzione amministrativa, ricomponendo in chiave sistematica il mosaico delle corrispondenti disposizioni codicistiche frammentate in più segmenti del libro IV e, per tale via, cucire un modello precettivo su misura per l'illecito dell'amministrazione.

Recuperando dal diritto delle obbligazioni i criteri di classificazione generali che la dottrina tradizionale ha elaborato<sup>429</sup>, la funzione amministrativa definita come dovere discrezionale può essere paragonata alle obbligazioni aventi ad oggetto un *facere* infungibile, che si specifica nel compimento da parte dell'amministrazione di attività giuridica<sup>430</sup>.

Relativamente al contenuto della "prestazione", invece, più estesi margini di opinabilità residuano in merito all'assimilazione della funzione alle obbligazione di mezzi o di risultati.

L'importanza di assumere una posizione sul punto non è dubitabile, specialmente se si riflette sul fatto che, secondo l'opinione dominante, il sistema della responsabilità contrattuale tende ad articolarsi in due statuti distinti, a seconda del tipo di obbligazione concretamente inadempita: le obbligazioni cd. di mezzi avranno come paradigma di responsabilità quello per colpa, le obbligazioni cd. di risultato, quella oggettiva.

Se è vero che il vincolo di scopo immanente ad ogni potere discrezionale assegnato all'amministrazione avvicina l'azione dei pubblici uffici alle obbligazioni di risultato, in cui il titolare della situazione di necessità è tenuto a realizzare una determinata finalità a prescindere dalla specifica attività strumentale concretamente spiegata, la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere, che impone si di realizzare un determinato interesse (benché generale e non di un particolare creditore) ma secondo le modalità imposte dalla legge e dai principi di imparzialità e buona amministrazione, e la discrezionalità che ne segna intimamente l'esercizio, caratterizzano la "prestazione" richiesta all'organo competente in guisa tale da renderla di valenza strutturale simile alle

---

<sup>429</sup> I punti di riferimento per la classificazione cd. oggettiva delle obbligazioni sono individuati, per lo più, nel contenuto e nell'oggetto della prestazione. Sul punto cfr. BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993, p. 107.

<sup>430</sup> Analogamente alla prestazione cui è tenuto il mandatario

obbligazioni di mezzi, le quali richiedono al debitore soltanto lo svolgimento di una attività a prescindere dal conseguimento di una determinata utilità<sup>431</sup>.

Quest'ultima considerazione sembra riuscire a caratterizzare la "prestazione" connessa all'esercizio della potestà in maniera più coerente con una concezione del rapporto amministrativo incentrato sul ruolo aggregante della complementarità (per cui non sarebbe indispensabile il raggiungimento dello "scopo" avuto di mira dal privato quanto la corretta e diligente ponderazione del suo interesse); oltre a descrivere meglio il concreto e normale atteggiarsi dell'attività amministrativa provvedimentale. Il che rende preferibile, ai fini che qui ci occupano, propendere per un accostamento dell'attività amministrativa provvedimentale alle obbligazioni di mezzi.

5. Un volta delineata, seppur in via di prima approssimazione, la sagoma della funzione in questa insolita veste obbligatoria, si può ora provare a trarre qualche iniziale conclusione.

Anzitutto, trattandosi di una attività discrezionale allineata sulla falsariga delle obbligazioni di mezzi (o, al più, miste), consistenti in un *facere*, il modello di riferimento per misurare la responsabilità del "debitore" sarà quello per colpa<sup>432</sup>, come desunto dall'art. 1176, comma I, c.c. e non il più rigido criterio d'imputazione dettato dall'art. 1218, c.c.<sup>433</sup>

In secondo luogo, gli elementi essenziali della fattispecie d'inadempimento rilevante, cioè sufficienti, al loro venire ad esistenza, a far scaturire legalmente l'obbligo di risarcire il danno, saranno quelli tipici del fatto illecito (nella cui categoria si iscrive l'inadempimento quale ipotesi tipicamente considerata), seppur particolarmente atteggiati dalla tipizzazione della condotta produttiva di pregiudizio e dalla operatività di una disciplina sostanziale e probatoria agevolata a beneficio del soggetto danneggiato.

---

<sup>431</sup> Gli uffici legittimati, cioè, dovranno adempiere la loro prestazione compiendo l'attività giuridica prevista dalle norme sul procedimento e ricavabili dai canoni di diligenza e buona amministrazione, e ciò a prescindere dall'effettivo soddisfacimento dell'interesse dei soggetti coinvolti nel procedimento. Al riguardo occorre però tener presente che, laddove si voglia identificare lo scopo della norma attributiva del potere con l'assunzione di un impegno in ordine al risultato, unitamente al vincolo di conseguire quel risultato con determinate modalità, si sarà allora in presenza di un'obbligazione mista di mezzi e di risultato.

<sup>432</sup> All'interno di questa categoria ulteriore distinzione, che esprime una certa potenzialità ai fini classificatori e pratici, riguarda il tipo di diligenza richiesta. A seconda della natura della prestazione erogata, infatti, si richiede una tipologia di diligenza propria, professionale o media, secondo quanto si evince dall'art. 1176, c.c. Rapportato il discorso alla funzione amministrativa, è dubbio se l'esercizio della stessa debba reputarsi o meno attività professionale nel senso poc'anzi descritto.

<sup>433</sup> Secondo la giurisprudenza della Cassazione, sotto il profilo della responsabilità da inadempimento, le obbligazioni di mezzi si differenzerebbero da quelle di risultati in quanto solo nel primo caso il criterio d'imputazione è quello della colpa, residuando, nel caso inverso, margini di operatività per la responsabilità oggettiva. Per tutti, in dottrina, MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, cit., p. 203

Verranno dunque in rilievo 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.

La nozione di inadempimento, enunciata come la mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta, se rapportata al genere di attività prestata dall'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale, alla luce di quanto fin qui esposto, può specificarsi in un duplice senso. Potrà cioè ricomprendere tanto il caso di mancata o ritardata adozione di un provvedimento, quanto l'ipotesi di "produzione" di attività giuridico-amministrativa scorretta o contraria alle norme che ne delineano l'agire.

Come accade nel rapporto di mandato, in cui una parte si assume il compito di portare a termine validamente ed efficacemente una determinata attività giuridica, l'aver concluso il procedimento con l'emanazione di un atto illegittimo e successivamente annullato o esser rimasta inerte a fronte di un obbligo di provvedere, può configurare un'ipotesi tipica di mancato o inesatto adempimento della prestazione che era lecito attendersi dalla p.a. nel caso di specie.

Nel caso di attività provvedimentale invalida, in particolare, verrebbe in rilievo un particolare profilo di inesattezza adempitiva, denominata da parte della dottrina, da mancanza di diligenza integrativa.

Uno dei criteri fondamentale di determinazione della prestazione è infatti la diligenza, che integra ed incrementa l'oggetto della prestazione dovuta. Ma l'esatta determinazione della prestazione secondo il canone della diligenza integrativa non avviene soltanto mediante l'utilizzo di criteri elastici a contenuto modulabile in relazione all'interesse di volta in volta da soddisfare, bensì può essere anche predeterminato attraverso un richiamo, sia pure implicito, alle norme giuridiche che regolano l'attività che l'obbligato è chiamato a realizzare.

Nel contratto di mandato, ad esempio, l'art. 1710, c.c., nel fissare il *quantum* di diligenza richiesto nel compiere attività giuridica, si limita, a prima vista, a replicare le formule utilizzate dalle norme sulla diligenza in generale. In verità, attraverso l'identificazione legale dell'oggetto stesso della prestazione, (il compimento di attività giuridica appunto), il richiamo alla normale diligenza adempitiva si arricchisce di contenuti ulteriori. Al fine di realizzare l'interesse creditorio è infatti imprescindibile che l'attività giuridica posta in essere risulti produttiva di effetti e che sia stata dunque validamente e regolarmente compiuta. È coesenziale alla prestazione fornita dal mandatario, cioè, che la diligenza usata nel compimento dell'attività giuridica svolta si connoti del requisito della

“legalità”, intesa come osservanza delle regole giuridiche indispensabili ai fini del buon esito dell’operazione ad egli demandata (in ciò consisterebbe l’esatto adempimento)<sup>434</sup>.

In identica misura il ragionamento mantiene la sua validità se spostato sul versante dell’esecuzione dei pubblici poteri. Una volta allineati questi ultimi sulla stessa latitudine concettuale degli obblighi di compiere attività giuridica nell’interesse altrui, l’atto amministrativo illegittimo assume una duplice conformazione, di provvedimento autoritativo ed imperativo, suscettibile di tutela demolitoria secondo le regole del diritto amministrativo e, al contempo, di condotta negligente per inosservanza di quei dettami normativi predisposti dalla legge a garanzia del soddisfacimento degli interessi affidati alla cura dell’amministrazione.

Dal punto di vista strutturale della responsabilità, dunque, le conclusioni che se ne possono trarre non divergono da quelle vevoli per le parallele obbligazioni di diritto privato aventi ad oggetto un fare *lato sensu* negoziale, in quanto l’emanazione di atti giuridici invalidi o la loro mancata formulazione sarà percepita come fatto socialmente trasgressivo di un preesistente vincolo interindividuale in ogni caso, tanto dal creditore nel cui interesse viene svolta l’attività giuridica di diritto civile, quanto dai titolari di interessi protetti incisi dall’attività amministrativa illegittimamente svolta.

Maggiori difficoltà sorgono, invece, dal punto di vista della tutela giudiziale. Cercare di sovrapporre e far coesistere la disciplina codicistica sul riparto dell’onere probatorio in tema di inadempimento o inesatto adempimento con le regole dell’istruttoria nel processo amministrativo è compito assai delicato.

Nel sistema prefigurato dal codice -contrariamente al requisito della colpa (come vedremo più in là)- la prova dell’inadempimento, elemento costitutivo della pretesa risarcitoria, è normalmente a carico del danneggiato, in applicazione della norma generale sull’onere della prova secondo cui chi intende far valere in giudizio un proprio diritto deve provare i fatti costitutivi che ne sono alla base e ne costituiscono il fondamento (art. 2697, com. 1, c.c.).

Ma nella giurisdizione generale di legittimità, specie quando oggetto del *petitum* è la rimozione dell’atto lesivo, il regime che regola la formazione della prova è quello inquisitorio a base dispositiva. Si può dire che, rispetto all’amministrazione agente, l’onere di provare l’illegittimità del provvedimento non viene sostenuto integralmente dal

---

<sup>434</sup> BIANCA, *op. cit.*, p. 97.

ricorrente interessato (il quale, più precisamente, ha solo l'incombenza di allegare i motivi di ricorso, nonché le fonti di prova da acquisire -cd. onere di inizio della prova-)<sup>435</sup>.

In questa prospettiva, perciò, si potrebbe avvertire qualche distonia tra il regime probatorio sancito dal codice per il mancato o inesatto adempimento e le regole dell'istruttoria nel processo amministrativo, atteso che, nella prospettiva da noi accolta, il provvedimento amministrativo invalido rileverà, allo stesso tempo, sia come episodio di "inadempimento", sia quale presupposto giustificativo del rimedio caducatorio.

Accettare l'idea precedentemente affermata secondo cui il giudizio di conformità dell'operato della pubblica amministrazione alle direttive dell'ordinamento costituisce strumento di verifica della conformità strutturale del fenomeno rispetto al modello di validità legalmente predeterminato e, al contempo, luogo di raffronto tra il risultato che si è prodotto all'esito del procedimento e la condotta dovuta secondo il parametro della diligenza-legalità, vieta di adottare, per uno stesso fatto, due meccanismi di acquisizione della prova divergenti nella logica e nella metodologia ed impone di operare una scelta tra il metodo processualcivilistico e quello fatto proprio dalla giustizia amministrativa.

Prendendo in esame l'ipotesi fisiologica di impugnazione dell'atto lesivo con contestuale proposizione dell'istanza risarcitoria, la connessione tra le domande, modellata secondo lo schema della pregiudizialità logica, che si instaura già con la proposizione di entrambe le azioni in un unico ricorso, imprime una rigida gerarchia nell'ordine con cui il giudice è chiamato ad esaminare l'una e l'altra richiesta di giustizia.

Se a questa constatazione si aggiunge che identico è il fatto posto a fondamento della pronuncia di invalidità e della successiva condanna al risarcimento, si è indotti ad accordare preferenza al meccanismo probatorio pensato per il processo amministrativo impugnatorio, in forza del quale l'accertamento dell'illegittimità ai fini della caducazione del provvedimento, costituirà, di per sé prova dell'inadempimento<sup>436</sup>.

In questo modo il compito di formare la prova dell'inadempimento graverà pur sempre sul ricorrente ma subirà una variazione orientata a rendere adattabile il contenuto dell'incombenza con i principi che reggono il sistema di tutela innanzi al giudice amministrativo.

---

<sup>435</sup> Sui principi che governano il regime della prova nel processo amministrativo di legittimità, BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1970, p. 37 e ss.

<sup>436</sup> Per l'idea di una responsabilità della p.a. di natura extracontrattuale ma piegata al regime probatorio proprio del processo amministrativo, MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, cit.



Non occorrerà dunque al ricorrente fornire, secondo la logica e i mezzi del processo civile, anche la prova di inesatto adempimento della funzione, resa ormai superflua dall'avvenuto accertamento del presupposto comune di operatività di entrambe le tipologie di tutela processuale: l'illegittimità provvedimentoale.

La soluzione appare ragionevole tanto più se la si mette in relazione al principio di effettività della tutela (che ha ispirato l'estensione anche all'interesse legittimo dello strumento risarcitorio) che, attraverso un sostanziale alleggerimento del più rigido criterio di riparto dell'onere probatorio e del regime istruttorio ad esso conseguente, rafforza ulteriormente la protezione riconosciuta al cittadino portatore di un interesse legittimo<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> Stesso discorso può valere per l'inerzia della p.a. se si ammette l'innesto della pretesa risarcitoria in sede di ricorso ex art. 21-bis, l. tar. Il problema del regime della prova si potrebbe porre, invece, svincolando l'accertamento della responsabilità da esercizio di poteri pubblici dall'istituto della pregiudiziale amministrativa (sia come pregiudiziale annullamento dell'atto illegittimo, sia come pregiudiziale impugnazione del silenzio secondo il rito dell'art. 21-bis). In tal caso il regime della prova del fatto in cui si inverte l'inadempimento del potere (nella tesi qui sostenuta, l'illegittimità provvedimentoale o la mancata o ritardata adozione del provvedimento) dovrebbe confrontarsi con l'orientamento pretorio cui certa giurisprudenza civile ha dato corso in tema di riparto dell'*onus probandi* nell'inadempimento delle obbligazioni. Si è sostenuto che l'inadempimento consistente nella mancata o inesatta esecuzione della prestazione non sarebbe oggetto di prova da parte del creditore o, più in generale, di chi vanta un interesse all'adempimento della prestazione in quanto, salvo il caso delle obbligazioni negative, nelle quali la pretesa ha ad oggetto un non fare, il principio sotteso al generale criterio distributivo degli oneri probatori andrebbe coordinato e temperato con il principio di vicinanza della prova, altrettanto diffuso nell'ordinamento ed espressivo di un criterio regolare di soluzione dei conflitti, e con il criterio di distribuzione dei rischi probatori desumibile dalla disciplina dell'inadempimento (ex art. 1218, c.c., è il debitore che sopporta il rischio della mancata prestazione e, conseguentemente, della prova cfr. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Commentario Scialoja e Branca (art. 2697-2698)*, Bologna-Roma, 1987, p. 117. In giurisprudenza, Cass., 5 aprile 1984, n. 2221, secondo cui l'onere della prova incombente sul creditore è limitato al fatto costitutivo del diritto fatto valere, ossia all'esistenza dell'obbligo che si assume inadempito, e più di recente, con riferimento all'inesatto adempimento Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, *cit.*, per un resoconto sommario della quale si rinvia alla Parte seconda, Cap. I, nota 214). In ossequio a tale principio, che predica un sostanziale addossamento dell'onere probatorio al titolare della posizione giuridica di debito, poiché meglio attrezzato a dimostrare il suo esatto adempimento, sarà sufficiente al creditore attestare l'esistenza della propria pretesa e della fonte da cui essa scaturisce. Valutare l'applicabilità di questa regola anche all'"inadempimento" di un potere amministrativo meriterebbe un'indagine ben più articolata di quella che sarà possibile realizzare in questa sede. Motivo per il quale, le stesse considerazioni che seguono, dovranno intendersi null'altro di più che semplici spunti di riflessione sul tema. Portandosi in questa prospettiva suggestiva, e traslato il principio di origine privatistica in un contesto amministrativo-procedimentale, ne verrebbe che il ricorrente che si assume danneggiato, alla stregua di un creditore rimasto frustrato nel suo diritto, potrà azionare la pretesa risarcitoria (davanti al giudice amministrativo, in via principale, senza contestualmente domandare l'annullamento dell'atto o l'accertamento del ritardo) e limitarsi a provare l'esistenza della sua posizione soggettiva di interesse legittimo - prova fornita la quale, atteso il legame di complementarità tra le posizioni, risulterà automaticamente dimostrata l'esistenza e la doverosità dell'esercizio del potere-, spettando per contro all'amministrazione, come ad ogni titolare di una situazione giuridica di obbligo (o ad essa assimilabile), dare la prova di aver esattamente adempiuto alla prestazione: nel caso che qui ci occupa, di aver esercitato e "legalmente" portato a buon esito l'*iter* procedimentale sotto accusa. All'istante, cioè, sarà sufficiente (provato l'interesse all'ottenimento di una regolare pronuncia da parte della p.a.) allegare l'inerzia dell'amministrazione o l'emissione di un provvedimento lesivo per attivare il congegno presuntivo che elide la necessità di fornire la prova positiva del fatto in cui si sostanzia l'inadempimento o l'inesatto adempimento della stessa, residuando in capo all'amministrazione resistente l'incombenza di produrre innanzi al plesso giurisdizionale adito tutti gli atti ed i documenti dai quali poter evincere la conformità dell'operato posto in essere con le norme d'azione puntualmente fissate dalla legge e dai regolamenti, in quanto fatti "estintivi" della pretesa risarcitoria avanzata con ricorso. La ragione di un'eventuale estensione anche a questo settore dell'architettura di presunzioni congegnata dalla dottrina e avallata da certa giurisprudenza in materia di prova della condotta violativa di un rapporto obbligatorio, potrebbe essere rintracciata nel fatto che, ad esempio, in siffatta ipotesi non verrebbe in contestazione il provvedimento amministrativo considerato nella sua veste di atto di autorità, quanto un'attività amministrativa assimilabile all'esecuzione di un obbligo di fare quanto richiesto dalla legge e dalla diligenza ordinaria per realizzare gli scopi cui esso è preordinato. In questo modo, un trattamento peggiore rispetto alle distinte situazioni di svantaggio, omogenee quanto a contenuto impegnativo, non troverebbe adeguata giustificazione se non a patto di rinvenire motivi che ostacolano l'estensione della regola nella specialità delle vicende che interessano la relazione potestà-interesse, nelle regole e nei principi del sistema processuale amministrativo o nella diversità della logica che fonda un criterio di riparto agevolato per la posizione processuale del

6. Tuttavia, al fine di addivenire ad una condanna dell'amministrazione negligente, non è sufficiente emanciparsi dal peso della prova dell'inadempimento in quanto, a tali fini, risulta indispensabile che la mancata attuazione del rapporto amministrativo sia colpevole. Occorre, cioè, che l'asettica non conformità tra quanto realizzato dall'amministrazione ed il parametro di raffronto costruito dalle norme di azione (e, al contempo, di condotta) sia adornata e qualificata dal dato ultroneo della "rimproverabilità"; occorre che la condotta censurata sia invero attribuibile all'autore della stessa a titolo di dolo o colpa.

L'esigenza che venga accertata la colpa della p.a., d'altro canto, impone anche di chiarire in che rapporto stiano la violazione delle norme d'azione, regolative dell'esercizio del potere, con l'elemento della colpevolezza, specie dopo aver trasformato -come si è cercato di fare in questa sede- le regole di legittimità del provvedimento amministrativo da momento rilevante per accertare l'elemento soggettivo dell'illecito, a parametro di riscontro della componente oggettiva.

Contrariamente al modello aquiliano che sul punto non si discosta dalla sequenza ordinaria che regola la prova dei fatti in giudizio e che addossa la prova della colpa al danneggiato, la norma fondamentale sull'inadempimento pone a carico del debitore-danneggiante dimostrare che l'impossibilità della prestazione o della sua corretta esecuzione sia derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218, c.c.).

L'impossibilità, intesa nel senso sopra chiarito non di impedimento assoluto e irresistibile ma di assenza di rimproverabilità dell'addebito, fa sì che la norma, di fatto, sancisca a carico del debitore inadempiente una presunzione di colpa, da intendersi in questo campo come esito negativo di un giudizio comparativo tra l'attività realizzata dall'amministrazione nell'esercizio del potere funzionale ed un parametro di diligenza (propria di quel tipo di attività), questa volta recepita nella funzione più propria di unità di misura dello sforzo adempitivo richiesto per soddisfare l'interesse verso cui il sacrificio del debitore è proteso<sup>438</sup>.

---

creditore (ad esempio, sostenendo che questa presunzione di persistenza del diritto ha ragione di essere solo quando il diritto -di credito- ha ad oggetto una prestazione determinata nel suo contenuto. A queste condizioni, sarebbe ragionevole concludere per l'inesistenza del congegno presuntivo su menzionato alle ipotesi in cui la "presta" fatta valere -come quella del titolare di interesse legittimo- sia invece indirizzata ad una attività di cui non sia precostituito né precostituibile a priori il contenuto o le modalità di attuazione).

<sup>438</sup> Per allontanare equivoci e sovrapposizioni è il caso di rimarcare la distinzione, di matrice civilistica, tra diligenza come fattore integrativo della prestazione dovuta e diligenza come elemento della colpevolezza che indica lo sforzo necessario imposto al debitore per prevenire o scongiurare le cause di inattuazione della prestazione (così come determinata dal titolo, dalla legge e dalla diligenza integrativa). Pertanto la negligenza, in quanto omissione della necessaria diligenza, rileverà, nell'un caso, come causa dell'inadempimento, e nell'altro come motivo della sua imputabilità soggettiva. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, p. 15, nt. 13; ID., *Diritto civile*, IV, cit., p. 47.

La colpa, cioè, si identifica con la negligenza che, in definitiva, altro non è se non la mancanza delle indispensabili cautele atte ad impedire il verificarsi di possibili cause che rendano inattuabile il rapporto giuridico e/o a superare uno o più evenienze che rendano inesequibile o infruttuosa la prestazione.

Ma una verifica in tal senso, trattandosi di illecito riferibile ad un ente spersonalizzato e complesso quale è la p.a., è possibile solo attraverso una valutazione dell'azione amministrativa globalmente considerata, volta a riscontrare eventuali carenze funzionali o sistemiche ad essa imputabili che abbiano reso possibile la mancata realizzazione dell'interesse da parte del modulo organizzativo competente nell'occasione.

Ne consegue, non dissimilmente da quanto inaugurato con la sentenza delle Sezioni Unite, la n. 500/99, che la colpa dell'amministrazione, nella sua dimensione sostanziale, debba rimanere ancorata ad una tipologia di valutazione che investa l'intera struttura organizzativa cui è riferibile non soltanto il provvedimento-atto giuridico, quanto l'attività-prestazione nel suo complesso.

La peculiare configurazione del requisito soggettivo dell'illecito non ha ragione di mutare a seconda del tipo di etichetta che si applichi al modello di responsabilità prescelto, ma appartiene alla connotazione strutturale dell'amministrazione come apparato organizzativo unitario e, al contempo, complesso, sviluppato in più livelli operativi, a cospetto del quale la verifica della colpevolezza non può non fare i conti con la dimensione spersonalizzata dell'esercizio del potere. La misura ultraindividuale della colpevolezza, piuttosto che una dispensa alle comuni specificazioni della colpa esclusivo appannaggio del modello aquiliano, è un effetto collaterale della fattispecie generale dell'illecito fatta reagire con il modello di gestione della persona giuridica, specie se multi comparto e frazionata, al suo interno, in organi e competenze autonome e coordinate, come avviene per le amministrazioni dello Stato<sup>439</sup>.

Volgere lo sguardo verso l'alternativa contrattuale, allora, non muta la configurazione della colpa che resta, anche in questa nuova prospettiva, mancata diligenza rapportata all'amministrazione nella sua veste di apparato organizzativo e gestorio, verifica del se l'apparato, complessivamente inteso, abbia predisposto adeguati meccanismi di prevenzione o repressione di plausibili rischi connessi all'illegittima o inadeguata gestione del potere.

---

<sup>439</sup> A riprova di una globale e progressiva rivisitazione, anche a livello normativo, della colpa dell'ente, cfr. Legge n. 231/01 sulla responsabilità amministrativo-penale degli enti morali e Legge n. 626/94 sugli infortuni sul lavoro, che specificano il concetto di colpa come predicato dell'organizzazione collettiva della persona giuridica.

Ancor più che nel modello di responsabilità da torto, l'elemento psichico non può essere ravvisato (se non al prezzo di riabilitare con percorsi argomentativi nuovi, la visione tradizionale della *culpa in re ipsa*) nella violazione delle norme puntuali che disciplinano l'azione amministrativa, la cui trasgressione integrerà, già di per sé, mancato o inesatto adempimento del potere, ma dovrà rinvenirsi nell'inosservanza dei principi generali di imparzialità, buona amministrazione e diligenza gestoria, cui deve essere informato l'agire amministrativo, e di cui gli adempimenti cautelativi, volti a scongiurare a livello di programmazione, gestione e controllo la *mala gestio* della funzione pubblica, costituiscono invero e concretizzazione dinamica.

Ma il parallelismo non va oltre e si esaurisce nella misura in cui il punto di osservazione del momento soggettivo ruota, spostandosi dal versante sostanziale a quello, successivo, dell'accertamento giudiziale. Come già visto, la discrepanza più vistosa rispetto alla diversa configurazione della responsabilità da attività illecita, tale da spostare il baricentro degli orientamenti di dottrina, prima e giurisprudenza, poi, verso orizzonti sempre più orientati a valorizzare i benefici del modello contrattuale, sta nella diversa interpretazione del ruolo processuale assunto dal danneggiato in fase di accertamento del fatto, il cui riscontro, se attratto alla disciplina dell'illecito civile, dovrà essere integralmente lasciato alla sua iniziativa, mentre godrà di un notevole alleggerimento, specie sul versante della colpa, se socialmente percepito come mancata osservanza di un vincolo obbligatorio.

In dottrina si è voluto spiegare la presunzione di colpa in base al generalizzato riconoscimento della miglior attitudine del debitore alla prova della non imputabilità della violazione, e ciò in virtù della seguente massima d'esperienza, che tra i soggetti in conflitto è il debitore quello posto nelle condizioni di conoscere le cause dell'impedimento<sup>440</sup>.

La presunzione *iuris tantum* rinvenibile nel codice, dunque, insiste sul medesimo principio di vicinanza della prova che ha ispirato numerose disposizioni di legge, accomunate dalla necessità di operare un sostanziale addossamento dell'onere probatorio a quella parte di un rapporto che si reputi meglio attrezzato a dimostrare la prova positiva di un dato fatto.

Principio, quello, che dispiega tutte le sue potenzialità solo se affrancato dalla dimensione strettamente privatistica nella quale è enunciato, per divenire modello di riferimento generalizzato per l'intera fenomenologia dei legami bilaterali tra situazioni giuridiche, specie se caratterizzati dall'esistenza di un potere ed un interesse legittimo. Ancor più che in altri casi, quando oggetto di prova debbano essere fatti espressivi di

<sup>440</sup> BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., p. 73; PATTI, *op. cit.*, p. 112; nella dottrina tedesca, RAAPE, *AcP CXLVII (1941)*, p. 220

carenze organizzative e gestionali imputabili alla p.a., al ricorrente che si assume leso nel proprio interesse è preclusa una forma efficace di accesso a dati, relativi ai pubblici uffici, dai quali si possano adeguatamente inferire carenze sistemiche rilevanti sotto l'aspetto della imputabilità dell'amministrazione<sup>441</sup>.

Applicare la presunzione di colpevolezza anche alle violazioni del rapporto pubblicistico provenienti dall'interno, allora, risponde pienamente allo scopo della previsione codicistica, realizzando quell'effetto riequilibrativo della disparità processuale tra le parti che già di norma caratterizza il processo amministrativo e che, diversamente opinando, risulterebbe oltremodo accentuata.

A questo punto, caricato conseguentemente sull'amministrazione il peso della prova liberatoria, va rilevato che, per quanto attiene al contenuto della stessa, in soluzione di continuità con la natura spersonalizzata della colpevolezza, alla p.a. convenuta non servirà indicare la causa specifica che ha impedito l'emanazione di un provvedimento o di un valido provvedimento, ma sarà sufficiente fornire una prova generica delle proprie potenzialità adempitive e dell'idoneità della propria organizzazione o dei mezzi e risorse predisposti e stanziati, a garantire un corretto esercizio del potere funzionale.

7. Per quanto attiene, poi, all'ulteriore elemento rappresentato dal nesso di causa, è opportuno far precedere le considerazioni analitiche che seguiranno da una precisazione di ordine generale. Il principio di causalità, che presiede all'intera disciplina dell'illecito, tanto di matrice contrattuale quanto extraneogoziale, si manifesta, nei due ambiti designati, con intensità ed modalità attuative differenti.

Nella sezione del codice che si occupa di illecito civile, la norma cardine che individua gli elementi costitutivi del fatto di danno (art. 2043, c.c.) viene messa in contatto

---

<sup>441</sup> Stride con il modello di colpa dell'amministrazione la diversa regola che la giurisprudenza ritiene operante nel settore delle obbligazioni di mezzi e di fare, rispetto alle quali sarebbe il creditore a dover dare la prova specifica della colpa del debitore. La sostanziale disapplicazione della norma che fissa una presunzione specifica sul punto rinviene la sua ragion d'essere nel duplice ruolo della diligenza, quale criterio di determinazione della prestazione dovuta ed al contempo criterio di responsabilità. La sovrapposizione determinerebbe, in questo tipo di obbligazioni, un'identificazione tra inadempimento e colpa poiché entrambi scaturenti dalla difformità della prestazione eseguita con il modello diligente, di talché, soverchiando le regole sulla prova dei fatti, la presunzione di colpevolezza (e, dunque, di negligenza) sarebbe in uno anche presunzione di difettoso adempimento. Come poc'anzi chiarito, la struttura organizzativa degli uffici pubblici consente di cogliere una netta cesura tra il profilo dell'illegittimità, che attiene al provvedimento ed all'attività ad esso collegata, e della colpa, che riguarda piuttosto livelli di organizzazione diversi e sovraordinati rispetto all'unità operativa che ha assemblato l'atto. Per questa ragione, l'azione amministrativa, riquilibrata in termini privatistici di prestazione, è divisibile idealmente in due momenti ben distinti, quello attuativo-procedimentale, rilevante ai fini del controllo di diligenza della prestazione, e quello programmatico e di vigilanza, che subentra in un momento immediatamente successivo, di verifica dell'imputabilità della negligenza. La distinzione non si arresta ad un livello meramente concettuale ma si ripercuote sull'oggetto della prova che, pur nell'unitarietà del soggetto cui si riferisce, investirà due realtà diverse, l'operato dell'ufficio o degli uffici che hanno seguito lo svolgimento dell'iter procedimentale e quello degli organi istituzionalmente investiti di compiti di programmazione, direzione e controllo. Ne consegue che, in considerazione della struttura stessa dell'amministrazione, la fattispecie risarcitoria di matrice pubblicistica, per quanto collegata all'inadempimento di un obbligo-discrezionale, di contenuto e fisionomia assimilabile ai doveri di fare, risulterà insensibile, in fatto di presunzione di colpa, alle distinzioni giurisprudenziali incentrate sul tipo di obbligazione rimasta inadempita.

dal legislatore stesso con la disciplina del danno fissata in materia di inadempimento (art. 1223, c.c.) attraverso il richiamo operato dall'art. 2056, c.c. All'interno delle due diverse disposizioni vi è un comune richiamo al concetto di causa che, lungi dal rappresentare una mera duplicazione terminologica, è sintomo di una duplice esigenza che interessa i due momenti dell'accertamento dell'illecito.

Qui infatti il processo causale è contrassegnato da un *iter* a formazione successiva che si sviluppa in due fasi separate ma coordinate fra loro da un successione logica e cronologica. Un primo momento, in cui la verifica del nesso eziologico si incentra nella ricerca di un collegamento materiale tra condotta ed evento secondo il modello della causalità materiale (art. 41, c.p.), cui la norma di cui all'art. 2043 indirettamente fa rinvio, ed un secondo, terminata la precedente fase con esito positivo, caratterizzata da un giudizio di causalità cd. giuridica, volta a fissare un collegamento giuridico tra il fatto illecito e le conseguenze dannose derivanti da esso, allo scopo di precostituire un filtro in grado di setacciare 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<sup>442</sup>.

La doppia valenza della causa, come relazione materiale tra due eventi che identifica l'uno come conseguenza dell'altro e come criterio primario di delimitazione del danno risarcibile non sembra appartenere nella stessa misura anche alla materia dell'inadempimento. Nella normativa ad esso dedicata, l'unico richiamo al giudizio di causalità è quello effettuato, appunto, dall'art. 1223, c.c. il quale nel disporre che l'entità del pregiudizio sofferto costituisce posta suscettibile di ristoro solo in quanto ne sia conseguenza immediata e diretta, non fa alcun cenno alla verifica eziologica che ne rappresenta (o dovrebbe rappresentarne) l'antecedente logico.

A parere di chi scrive ciò si verifica non tanto in virtù di un rinvio tacito alle norme sulla causalità materiale (in particolar modo, a quelle che ne regolano la distribuzione della prova), operante sulla falsariga dell'illecito civile (o penale), né tantomeno a causa di una dimenticanza del legislatore dell'epoca, quanto per la natura ontologicamente bilaterale e duale del tessuto giuridico su cui si va ad innestare la disciplina dell'inadempimento delineata dagli artt. 1218 e ss., c.c.

In un contesto tipicamente relazionale risulterebbe infatti superfluo appesantire la struttura fisionomica della fattispecie illecita menzionando elementi costitutivi che risultino già indefettibilmente presenti (e dunque provati *in re ipsa*) nella condotta di inadempimento.

<sup>442</sup> GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I, p. 411 e ss.

Tanto nei rapporti obbligatori propriamente intesi quanto nelle restanti ipotesi di rapporto rilevante per l'ordinamento, la lesione alla situazione di vantaggio, quando proviene dall'interno, ad opera del soggetto situato all'estremità opposta del vincolo, non può che essere, rispetto ad esso, "causale". Sarebbe cioè assai difficile concepire nella realtà un inadempimento (e successivo danno all'interesse del creditore) come imputabile esclusivamente a serie causali autonome che non passino attraverso la condotta di inadempimento.

L'intima connessione tra le situazioni soggettive coinvolte nel rapporto assorbe e surroga la prova del nesso di causalità che, normalmente è implicito nella stessa violazione del rapporto ad opera della parte tenuta a realizzare la prestazione.

In altri termini, la mancanza di un'espressa previsione o richiamo nelle norme sulla responsabilità contrattuale all'elemento della causalità in senso materiale, autorizza a ritenere che, quel fattore, nella logica del sistema, debba reputarsi un tutt'uno con il fatto che integra l'inadempimento. Nel senso che, raggiunta la prova della mancata o inesatta esecuzione dell'obbligo, si dovrà considerare automaticamente raggiunta la prova della causalità materiale tra inadempimento e danno, senza che dell'esistenza di un simile legame sia possibile fornire una prova contraria, fatta salva la prova liberatoria della presenza, all'interno della serie causale, di un fattore interruttivo della sequenza, concomitante o sopravvenuto rispetto al mancato adempimento.

In questo ambito, dunque, la linea di continuità tra condotta ed evento può essere spezzata solo dal fatto del terzo o dal fatto del danneggiato che acquisiscono forza interruttiva se e quando si pongono come causa del danno indipendentemente dalla causa originaria, quando cioè, non concorrono con la causa originaria (l'inadempimento) alla produzione del danno.

Sotto questo profilo, infatti, nella maggior parte dei casi vagliati dalla giurisprudenza, i fatti interruttivi del nesso causale realizzati ad opera del terzo, coincidevano con altrettante condotte illecite, sotto forma di lesione aquiliana del credito, circostanza questa peraltro insufficiente, di per sé, ad elidere il contributo causale fornito dal mancato adempimento, al punto da dare vita piuttosto che ad un'esclusione dell'inadempimento dalle cause dell'evento, ad un'ipotesi di concorso tra più illeciti originati da titoli diversi.

In ossequio ai dettami della logica formale, ancor prima che giuridica, quanto fin qui detto vale, a maggior ragione, nell'ambito dei rapporti pubblicistici, la cui conformazione è tale da rendere difficilmente immaginabile (un po' come accadeva per i diritti di obbligazione prima del *revirement* giurisprudenziale) una lesione esterna alla posizione di

interesse legittimo<sup>443</sup>, suscettibile di essere lesa, per sua stessa natura, esclusivamente dall'amministrazione che ha esercitato scorrettamente il potere<sup>444</sup>.

Se ciò è vero, ancor più che nei rapporti obbligatori di diritto privato addossare la prova della causalità materiale tra illegittimo esercizio del potere e lesione della situazione soggettiva ad esso complementare al danneggiato ricorrente significherebbe, oltreché introdurre un aggravio probatorio superfluo per l'accertamento giudiziale della fattispecie, applicare ad una violazione maturata nella realtà del procedimento una regola della causalità che, nella logica, sia più vicina ad un tipo di responsabilità senza rapporto.

Ne consegue che, sotto il profilo della causa, l'unico aspetto su cui dovranno concentrarsi gli sforzi probatori dell'istante, atterrà al secondo momento dell'illecito, quando cioè, asseverata la ricorrenza di tutti i dati strutturali della fattispecie, il giudice sarà chiamato a saggiare l'effettiva consistenza della sua carica lesiva, a misurare cioè l'entità del danno reale provocato dal contegno dell'amministrazione.

L'obbligo del risarcimento, vale a dire, deve essere commisurato, per una precisa scelta dell'ordinamento, al pregiudizio effettivamente subito dall'interessato, il quale non deve ottenere nulla di più di quanto necessario a rimuovere gli effetti economici negativi prodotti dall'illecito; ne viene che la compromissione dell'interesse all'ottenimento (o alla conservazione) del bene della vita -tanto se liquidato con criteri probabilistici, quando se preso in considerazione integralmente all'esito di un successivo giudizio di spettanza formulato dall'amministrazione precedente- evolverà in una posta risarcibile nella misura in cui, all'esito di un giudizio prognostico eseguito sulla scorta dell'art. 1223, c.c., l'entità della perdita patrimoniale subita ed il mancato guadagno che ne consegue, risultino essere conseguenza immediata e diretta dell'"inadempimento", secondo la formula dell'adeguatezza causale.

---

<sup>443</sup> In senso contrario cfr. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, cit., p. 566, nota 204, ove si afferma che, nonostante la lesione dell'interesse legittimo debba sanzionata secondo le regole della responsabilità contrattuale, ciò «ciò non toglie che anche l'interesse legittimo possa, come il credito, essere lesa da un terzo, il quale, come accade nelle ipotesi di lesione del credito da parte di terzi, ne impedisca il legittimo soddisfacimento, contribuisca a provocarne l'illegittimo sacrificio. Ed è allora (rispetto cioè alla posizione del terzo) che si dovrebbe invocare la responsabilità *ex art. 2043*».

<sup>444</sup> Per questi motivi non si può condividere la pronuncia del TAR Lombardia, 22 maggio 2002, n. 2135, in *Foro Amm. TAR*, 2002, p. 1916, secondo cui l'onere della prova che incombe sul ricorrente relativa al nesso causale tra illegittimità e danno, diversamente che nei rapporti contrattuali ove l'inadempimento assorbe la prova del nesso causale col danno, è maggiore in quanto la "prestazione" dell'amministrazione non investe il risultato ma il mero comportamento. Sicché occorre di volta in volta dimostrare se e quale danno sia derivato dall'attività illegittimità, dal momento che il danno attiene al risultato conseguente all'attività. E' chiaro che la decisione poggia sull'erronea sovrapposizione dei due significati del termine causa, intesa come nesso materiale tra inadempimento ed evento, per escluderne la rilevanza (o comunque la prova) all'interno del rapporto contrattuale, e come legame giuridico tra illegittimità e danno (risarcibile), per inferire la necessità di apposita prova sul punto.



Alla stregua di questo criterio il danno risarcibile sarà quella porzione di pregiudizio effettivamente patito (dal portatore dell'interesse protetto) che del fatto-inadempimento costituisca un effetto normale, che ne rappresenti, in altre parole, l'effetto statisticamente regolare<sup>445</sup>. Giudizio di regolarità la cui prova, trattandosi di requisito costitutivo della pretesa, spetterà al danneggiato titolare dell'interesse leso.

8. Ulteriore peculiarità del modello proposto va ricercata nella presenza nella disciplina dell'inadempimento di una serie di norme satellite, collaterali rispetto al principio di causalità, che condividono con esso la *ratio* ispiratrice di concorrere a delimitare l'ambito del danno risarcibile.

Si allude alle disposizioni contenute negli artt. 1221 e 1225, c.c. delle quali, in quanto espressive di principi derivanti o collegati al principio sovraordinato ed immanente all'intera disciplina risarcitoria di necessaria corrispondenza tra danno subito e pregiudizio risarcibile<sup>446</sup>, bisognerà verificare la compatibilità con i lineamenti del rapporto pubblicistico.

Seguendo l'ordine impresso dal codice, viene all'attenzione per primo l'art. 1221, c.c. norma grazie alla quale, a giudizio della migliore dottrina, farebbe ingresso nell'ordinamento (quantomeno nel settore della responsabilità da inadempimento) il principio della causa successiva ipotetica, in applicazione del quale l'entità del danno risarcibile andrebbe diminuita nella misura in cui altre cause non imputabili al debitore avrebbero ugualmente arrecato all'interessato il danno già prodotto dall'illecito<sup>447</sup>.

Lo spirito che ha mosso il legislatore non si discosta anche qui dall'esigenza di fondo che domina la materia del risarcimento del danno, ossia livellare quanto più possibile l'entità della pretesa risarcibile alla misura del pregiudizio effettivamente sofferto dal danneggiato, dando rilevanza a tutti quei fatti, reali o putativi, che dopo l'inadempimento e fino alla determinazione del danno, valgono ad aggravarne o diminuirne la portata.

Benché rispondente ad una direttrice guida dell'ordinamento in materia di illecito, occorre stabilire, ai fini dell'estensibilità della regola, se sia ammissibile ipotizzare nell'ambito del rapporto pubblicistico una categoria di fattori alternativi, reali o ipotetici, susseguenti alla condotta illegittima tenuta dall'amministrazione, capaci di interferire con il

---

<sup>445</sup> Determinabile a priori, mediante un giudizio di probabile verificaione, rapportato ad un modello astratto di diligenza, calibrato sulle circostanze del caso concreto. Per l'accoglimento da parte della nostra giurisprudenza della teoria dell'adeguatezza causale in materia di illecito, cfr., ad es., Cass., 19 luglio 1982, n. 4236, in *Giur. It.*, 1983, I, 1, p. 424.

<sup>446</sup> Sul principio del cd. danno effettivo, BIANCA, *op. ul. cit.*, p. 127.

<sup>447</sup> BIANCA, *op. ul. cit.*, p. 133.

normale spiegarsi della sequenza deterministica tra illecito e danno, alterando il prevedibile valore del costo di ripristino.

Sotto l'egida di questo principio potrebbero assumere rilevanza, sul piano risarcitorio, due eventualità che sovente si intersecano con il giudizio di legittimità sull'atto 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 impugnato.

Nell'uno come nell'altro caso, l'atto normativo o regolamentare ed il provvedimento giurisdizionale producono come effetto quello di rendere successivamente irrealizzabile l'interesse vantato dal privato che, ove non fosse già intervenuta l'illegittimità provvedimentale a frustrare indebitamente l'aspettativa generata dall'avvio del procedimento, sarebbe stata comunque destinata a restare insoddisfatta.

A fronte della modifica normativa intervenuta nelle more del giudizio, l'amministrazione procedente chiamata ad adeguarsi, ora per allora, al contenuto precettivo della decisione, ancorché soccombente nel giudizio impugnatorio, avrebbe comunque dovuto fare i conti col rinnovato quadro legislativo e regolamentare che le si prospettava. Se il nuovo assetto d'interessi prefigurato dal legislatore riduce la consistenza dell'interesse vantato dal privato e lo condanna con certezza all'estinzione, ammetterne la risarcibilità in giudizio di un danno derivante dalla violazione del medesimo interesse destinato a cedere all'esito della riedizione del procedimento dichiarato invalido, avrebbe l'effetto distorsivo di accordare tutela risarcitoria ad una diminuzione patrimoniale del soggetto leso che si sarebbe comunque realizzata con ragionevole probabilità, seppur attraverso un fattore eziologico determinante e sopraggiunto.

Parimenti confliggente con il principio indennitario sarebbe relegare il ruolo delle norme sull'illegittimità non sanzionabile al ruolo di strumenti accessori al solo giudizio di annullamento. Anche la sequenza delle fasi processuali che conducono alla caducazione dell'atto ed alla successiva condanna alla refusione del danno risulta cadenzata secondo un ordine che riproduce la medesima progressione di eventi che si rinviene nel nucleo precettivo ricavabile dall'art. 1221, c.c. determinando l'inclusione della determinazione pretoria tra gli accadimenti successivi dannosi, destinata ad acquisire, sulla scorta di questo, consistenza valutativa sul piano risarcitorio.

Seppur in un diverso contesto, il fatto -processuale- che si inserisce nello spazio di tempo che distanzia il perfezionamento dell'illecito dalla liquidazione del danno risarcibile, sterilizzando le conseguenze del vizio sulla stabilità dell'atto, arresta a quella fase del giudizio la tutela caducatoria dell'interesse legittimo che per la scelta del tribunale adito di consolidare gli effetti del provvedimento impugnato, si pone altresì come autonomo motivo di elisione del danno, intervenuto successivamente alla causa primaria della perdita patrimoniale ed astrattamente in grado, da solo, di alterare l'entità del pregiudizio prima dell'avvenuta determinazione convenzionale o giudiziale dello stesso.

Diversamente opinando si corre il rischio di avallare una prassi applicativa che largheggi nell'accordare tutela risarcitoria anche a quegli interessi formali che per quanto incisi da una fattispecie illecita completa in tutti i suoi elementi, siano condannati a rimanere insoddisfatti poiché dichiarati inidonei a prevalere sulle ragioni di pubblica utilità, in spregio alle direttive ordinamentali che postulano la necessaria corrispondenza tra danno risarcibile e danno concretamente patito.

9. Immediatamente successiva a quella ora trattata e relegata nell'ambito disciplinare della responsabilità da inadempimento è l'ulteriore regola della cd. prevedibilità del danno risarcibile, in esecuzione della quale quando l'inadempimento non è doloso il risarcimento è limitato alla misura del danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione.

Il criterio, che ha un addentellato normativo nell'art. 1225, c.c., per alcuni trova il suo fondamento tradizionale nella tacita volontà contrattuale del debitore di non assumere con la stipula del negozio il rischio di pregiudizi straordinari e non prevedibili al momento dell'accordo<sup>448</sup>, secondo altri, nell'esigenza di garantire al 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<sup>449</sup>.

Molto forte dunque appare il legame tra regola della prevedibilità, attività convenzionale di autonomia privata ed il rapporto obbligatorio tecnicamente inteso. Sia che si accetti l'idea classica della prevedibilità quale volontà contrattuale presunta per legge, o che si tributi maggior credito al richiamo al criterio di normale utilità della prestazione, residua l'impressione di trovarsi al cospetto di una regola speciale, ontologicamente legata all'attività contrattuale o comunque tesa a riequilibrare possibili effetti indesiderati derivanti

<sup>448</sup> Sul punto, SANTOLINI, *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I Contratti*, 2007, p. 1025.

<sup>449</sup> BIANCA, *op. ul. cit.*, p. 154; TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 93 ss.

da una piena ed indiscriminata applicazione del principio causale nel settore dei rapporti obbligatori puri, a causa di cui la parte debitrice rischierebbe di veder amplificata l'entità del sacrificio originariamente assunto, al punto da azzerare o far scemare grandemente la valutazione di convenienza effettuata al momento di contrarre il vincolo<sup>450</sup>.

La *ratio* della norma, dunque, 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<sup>451</sup>. Nei rapporti a regime amministrativo l'assimilazione tra funzione discrezionale e posizione debitoria non può spingersi fino al punto di mistificare un assetto tra le parti che nella realtà è e rimane sbilanciato a favore dell'amministrazione titolare dell'interesse preminente, a scapito dei portatori di interessi secondari.

Così come non può sottacersi che la disparità di intensità tra interesse-presupposto alla base di un diritto di credito e la consistenza probabilistica del sostrato che anima la situazione soggettiva di chi porta i propri interessi nel procedimento, da vita già *ab origine* ad una limitazione del danno risarcibile, che in caso di interessi pretensivi sarà liquidato sotto forma di quota percentuale del bene della vita al quale il danneggiato aspirava<sup>452</sup>.

La mancanza di necessaria compatibilità col rapporto pubblicistico e la scarsa utilità pratica che l'introduzione di questo particolare strumento riequilibrativo che si poggia sul principio di prevedibilità apporterebbe alla materia risarcitoria nel settore del pubblico potere, induce ad espungere la norma di cui all'art. 1225, c.c. dalla ricostruzione del modello di responsabilità dell'amministrazione da inadempimento.

**10.** Un'ultima notazione va fatta con riguardo ai termini di prescrizione applicabili all'illecito di specie. Anche l'argomento in esame, infatti, deve essere attentamente

---

<sup>450</sup> Per una problematica analoga, vedi le riflessioni di D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1131, a giudizio del quale la limitazione del risarcimento ai soli danni prevedibili è chiaramente legata -nella logica dell'art. 1225- al presupposto dell'esistenza di una obbligazione intesa come dovere di una prestazione: e non solo per il fatto di essere, quest'ultima, stata assunta volontariamente, quanto soprattutto per il fatto di essere un dovere già determinato nel suo contenuto; di talché il debitore, come può calcolare i vantaggi (per l'altra parte) connessi all'esecuzione della prestazione (dovuta), così è giusto che possa (corrispondentemente) confidare che anche i danni (collegati, all'opposto, all'inadempimento, e destinati a diventare oggetto della conseguente obbligazione risarcitoria) non vadano al di là di quanto era prevedibile al momento dell'assunzione del vincolo (salva l'ipotesi di dolo).

<sup>451</sup> Il rapporto pubblicistico non sorge dall'incontro di due atti di volontà negoziale, e dunque non può trovare cittadinanza una norma che tipizzi o comunque presuma una quota di quella volontà che nello specifico manca, o, quantomeno non assume lo stesso valore che ha nell'attività negoziale.

<sup>452</sup> Cfr. ad. esempio, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 152 - 153, il quale, analogamente ragionando (seppur con specifico riguardo all'ipotesi di responsabilità precontrattuale), sostiene che l'applicabilità a della norma di cui all'art. 1225, c.c., sia da escludere ogni volta che l'esigenza di limitare il risarcimento del danno passi attraverso altri meccanismi.

confrontato e vagliato alla luce dei principi che dominano il diritto amministrativo sostanziale e processuale.

In mancanza di una norma specificamente dedicata al danno da inadempimento contrattuale che disponga un termine prescrizione *ad hoc*, è dubbio se in tema di prescrizione debba trovare applicazione l'ordinario termine decennale di estinzione dei diritti o se sia invece ammissibile per via interpretativa un'espansione della norma contenuta nell'art. 2947, c.c., ampliata fino al punto di abbracciare anche l'illecito contrattuale.

Dal contenuto del primo comma, il cui tenore letterale si riferisce genericamente al diritto al risarcimento del danno, non si evince alcun dato testuale in grado di condizionare l'interprete verso una lettura parziale della disposizione che escluda dall'ambito precettivo l'illecito negoziale. Malgrado questo, l'orientamento della dottrina tradizionale si è attestato nel ritenere la norma dettata con esclusivo riferimento al fatto illecito propriamente inteso, con esclusione, dunque dell'inadempimento contrattuale rispetto al quale troverebbe applicazione (e salvo ipotesi espressamente indicate) l'ordinario termine decennale<sup>453</sup>.

La maggior ampiezza del lasso temporale concesso al creditore comune per far valere la pretesa risarcitoria succedanea a quella originaria ormai estinta, mal si coniuga con il perseguimento degli interessi pubblici sottesi all'azione amministrativa e col regime di tutela processuale prefigurata per essa dal legislatore che, a garanzia della stabilità e consolidamento dell'assetto di interessi composto attraverso il provvedimento censurato, subordina l'accesso alla tutela demolitoria per gli interessati al rispetto di rigidi termini decadenziali.

Pertanto, *de iure condito*, la soluzione maggiormente indicata per conciliare il principio di intangibilità della tutela dei diritti con la necessità di assicurare il miglior perseguimento dell'interesse pubblico (che potrebbe venire pregiudicato dall'eccessiva lunghezza dei termini entro cui l'interessato può attivare la tutela reintegratoria per il danno patito) sembra consistere nell'accorciare in via ricostruttiva il periodo di tempo necessario a considerare estinto il diritto al risarcimento del danno, coerentemente con la sua intima natura di credito nascente da un fatto illecito benché negoziale.

In tal modo si riesce a stemperare l'inevitabile aporia legislativa che si verrebbe a creare, in seno alla tutela dell'interesse legittimo, tra istanza caducatoria e quella risarcitoria, a seguito della collocazione di quest'ultima nel dominio della responsabilità da inadempimento.

---

<sup>453</sup> TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 211; VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit.

Alla realizzazione di siffatto disegno non è coesenziale fare appello a quella commistione di generi che ha caratterizzato talune tesi ricostruttive avversate, quanto interpretare in chiave evolutiva la stessa norma sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno. Muovendosi nella prospettiva opposta a quella della cd. *perpetuatio obligationis*<sup>454</sup>, la sostituzione del rapporto originario, estintosi a seguito dell'inadempimento, con un rapporto nuovo, di natura riparatoria, rende tutt'altro che implausibile pensare che il diritto alla reintegrazione del danno in cui si è trasformato il diritto alla prestazione originaria, si possa ritenere prescrivibile, in quanto credito di natura risarcitoria, nel termine quinquennale fissato dalla norma codicistica contenuta nell'art. 2947, c.c.

Il percorso segnalato è quello che ha cercato di intraprendere una parte minoritaria della giurisprudenza di legittimità che, in materia di obbligazioni pubbliche, ha ritenuto di non poter trascurare la natura pubblicistica del rapporto da cui si era originato il credito avente ad oggetto una pretesa indennitaria, ricostruendo una disciplina del termine di prescrizione che fosse più compatibile con le esigenze specifiche dell'amministrazione. Nella specie, la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla decorrenza del termine di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni conseguenti al mancata tempestiva soddisfazione di un credito all'indennità di esproprio, ha statuito che la *mora debendi*, presentando tutti i connotati dell'illecito, andrebbe disciplinata, per quanto non espressamente previsto dalla specifica disciplina sull'inadempimento, come ipotesi di responsabilità *ex delicto*, e la relativa prescrizione trovare un referente normativo nell'art. 2947, comma 1, c.c.<sup>455</sup>

Trattandosi di mora del debitore (consistente nel ritardo di quest'ultimo nel compimento della prestazione dovuta), infatti, si versa in un tipico caso di inadempimento, sicché sembrerebbe, a mente del Supremo Collegio, che, quando nelle relazioni obbligatorie sia coinvolta una p.a. (o meglio, un interesse pubblico preminente di cui essa si fa portatrice nel singolo caso), non sussista più differenza, ai fini del termine prescrizione, tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Il medesimo principio può valere, a maggior ragione, in un contesto dominato dai pubblici poteri, dove, ad essere inadempito non è un rapporto obbligatorio tecnicamente inteso, ma il binomio potestà-interesse. La regola della *perpetuatio*, dunque, non sembra

---

<sup>454</sup> in forza della quale, divenuta impossibile la prestazione per causa imputabile al debitore, l'originario diritto di credito continua ad esistere soltanto come oggetto di prestazione mutato (il rapporto obbligatorio, cioè, continuerebbe così ad esistere uguale a se stesso senza perdere la propria identità giuridica originaria). Sul punto, per tutti, CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. Comm.*, 1915, I, p. 621.

<sup>455</sup> Si fa riferimento a Cass., 12 marzo 1990, n. 2008, *cit.*

trovare spazio se ad essere violato non è un diritto di credito, che può mantenere la sua natura originaria anche se trasformato in credito al risarcimento del danno, ma un interesse legittimo.

In tale ultimo caso, infatti, il credito risarcitorio, che nasce dalla lesione dell'interesse protetto, non può, come accade al diritto di credito (attraverso il meccanismo della *perpetuatio*), "ereditare" il termine prescrizione di adempimento previsto dalla legge per il tipo di pretesa vantata in origine. A ciò osterebbe il dato logico che, prima dell'evento lesivo, il quale ha l'effetto di mutare la fisionomia stessa dell'interesse del privato (da interesse legittimo pretensivo o oppositivo si converte in diritto di credito ad una somma di danaro), mancherebbe un vero e proprio credito che si perpetui, quanto ad oggetto, nel successivo vincolo obbligatorio di natura riparatoria. Qui la lesione della posizione di vantaggio ha l'effetto di far sorgere *ex novo* un diritto credito che nascerà *ab origine* di indole riparatoria.

Sembra allora più logico sostenere, facendo applicazione dei principi enunciati dalla stessa Corte, che quando si sia in presenza di una violazione dell'interesse legittimo, si debba accogliere quella tesi che, per gli aspetti attinenti alla disciplina della prescrizione, è incline ad assimilare negli effetti i due generi di responsabilità individuati dal codice.

Questa considerazione sembrerebbe trovare oggi un'esplicita conferma positiva nell'art. 2-bis, l.n. 241/1990 che, per le ipotesi di danno da ritardo, fissa il limite temporale massimo per esigere il credito risarcitorio in cinque anni. Il termine, qualificato dal testo stesso come di prescrizione, contribuisce a definire la disciplina di un fatto (il mancato o ritardato "adempimento" nell'esercizio della potestà) che, secondo la ricostruzione da noi accolta, altro non è se una delle possibili manifestazione di "inadempimento" del potere pubblico<sup>456</sup>.

Muovendosi lungo questo tracciato, occorre allora chiedersi se, benché espressamente prevista solo per una particolare forma di violazione del rapporto procedimentale-amministrativo, si può dire che la regola dettata in tema di prescrizione valga esclusivamente per la fattispecie ivi descritta o se non si possa estendere anche al di là della figura di illeciti a cui è riferita.

---

<sup>456</sup> In senso analogo, VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione, cit.*, secondo cui vi sono elementi della norma che depongono direttamente a favore della tesi contrattuale della responsabilità da ritardo. Essi andrebbero ricercati nel termine di prescrizione che l'art. 2-bis fissa in cinque anni. Infatti, se la legge avesse inteso affermare la natura extracontrattuale dell'illecito, una tale previsione si sarebbe rivelata inutile perché è proprio in cinque anni che si prescrive l'illecito aquiliano. Poiché invece la norma sembra avere carattere derogatorio, rispetto al termine di prescrizione generale e decennale, da ciò sembra potersi ricavare un utile argomento per affermare che la responsabilità, nel caso di specie, non possa essere di natura extracontrattuale.

In contrasto con una interpretazione riduttiva del disposto normativo a noi sembra di poter utilizzare il seguente ragionamento. Se si accetta la conclusione secondo la quale 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.

In questo senso può sostenersi che, della norma recentemente introdotta nella legge generale sul procedimento, debba darsi un'interpretazione Costituzionalmente orientata, tale da scongiurare che fatti sostanzialmente identici, nella natura giuridica e negli effetti, si trovino ad essere disciplinati in modo differente, con effetti distorsivi sull'esigenza di certezza del diritto.

Non solo, ma in questa direzione sembra anche andare il legislatore della riforma che, nell'affidare all'esecutivo la delega ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai giudici amministrativi, comprende nell'elenco degli obiettivi da raggiungere, la modifica in senso riduttivo dei termini di prescrizione relativi alle situazioni soggettive azionabili in quella sede (art. 44, comma 2, lett. b), n. 3, l.n. 69/09). Ambito oggettivo di applicazione dal quale non vi è ragione di escludere le azioni volte ad ottenere la condanna della p.a. al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.



## BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999*, Milano, 2000.
- ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Atti del XXXXIII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione - Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1997, Milano, 1998.
- ABBAMONTE, *Silenzio rifiuto e processo amministrativo*, in *Il silenzio della pubblica amministrazione - aspetti sostanziali e processuali*, Atti del XXVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 23-25 settembre 1982, Milano, 1985.
- ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dalla direttiva Cee 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, IV.
- ADORNO, *Il risarcimento del danno cagionato dalla P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II.
- AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950.
- AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. e Dir. priv.*, 1999.
- AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997.
- ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1972.
- ALESSI, *La crisi attuale della nozione di diritto soggettivo ed i suoi possibili riflessi nel campo del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953.
- ALESSI, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1951.
- ALÌ, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24-25-26 aprile 2003, atti del convegno*, a cura di Cariola - Rapisarda - Ristuccia - Scoca, Roma, 2004.
- ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969.
- ALPA - BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1983.
- ALPA - BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, I, Milano, 1977.
- ALPA - SANINO - STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, II.
- ALPA, *Il «revirement» della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II.
- ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991.
- ANDREANI, *Principi costituzionali ed «europeizzazione» dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1997.
- ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione*, in *Giur. it.*, 1998.

- ANGELICI, *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I.
- ANTONELLI, *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007.
- ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Franconich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1.
- APICELLA, *Il d.lgs. n. 80 del 1998 (c.d. Bassanini-ter)*, in *Giust. civ.*, 1998, II.
- ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1277 - 1284), Bologna - Roma, 1968.
- ATTARDI, *Interesse ad agire*, voce del *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., IX, 1993.
- AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007.
- AVANZINI, *Commento all'art. 35*, in *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, a cura di Travi, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 1998.
- AZZARITI - SCARPELLO, *Della prescrizione e della decadenza*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro sesto, *Tutela dei diritti* (artt. 2910-2969), Bologna - Roma, 1972.
- AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989.
- AZZARITI, *Relazione, La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I.
- BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1996.
- BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948.
- BARBENSI - GIOMI, *La responsabilità civile della p.a. per danni nascenti dall'illegittimità dell'azione amministrativa*, in *Comuni*, 2003.
- BARBIERI, *Il giudice amministrativo comunitario e la risarcibilità degli interessi legittimi in materia di appalti*, in *Riv. trim. app.*, 1993.
- BARBIERI, *Riflessioni sul risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992.
- BARCELLONA, *Responsabilità civile e interessi legittimi: oltre le Sezioni Unite*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000.
- BARILE, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951.
- BARONE - PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, in *Foro it.*, 1992, IV.
- BARONE, *Appalti pubblici comunitari, responsabilità della pubblica amministrazione e prova dell'elemento soggettivo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005.
- BARONE, *Sul nuovo riparto della giurisdizione in materia di servizi pubblici: il legislatore para prontamente il colpo del giudice delle leggi*, in *Foro it.*, 2000, I.
- BARUCCHI, *La creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel quadro politico-istituzionale del tempo*, in *Cons. Stato*, 1989.
- BARUFFI, *Sulla tutela dei «diritti soggettivi comunitari»*, in *Foro it.*, 1995, IV.
- BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. Amm.*, 1986.
- BENATTI, voce «*Doveri di protezione*», in *Digesto Disc. Priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991.
- BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968.

- BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Studi in onore di B. Biondi*, IV, Milano, 1964.
- BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.
- BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1960.
- BENELLI, *Sul concetto di potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Cremona, 1940.
- BENVENUTI, *Interessi legittimi pari ai diritti soggettivi*, in *Italia Oggi*, 25 aprile 1998.
- BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. econ.*, 1998.
- BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.
- BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987.
- BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970.
- BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1970.
- BENVENUTI, *Valore delle pronunce ex art. 27 n. 4 t.u. del Consiglio di Stato*, in *Atti del convegno sull'esecuzione del giudicato nei confronti della p.a.*, Milano, 1962.
- BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000.
- BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975.
- BERTI, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Arch. Giur.*, 1965.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953.
- BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II.
- BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000.
- BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994.
- BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano, 1993.
- BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, I.
- BIANCA, *Dell'inadempimento*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218 - 1219), Bologna - Roma, 1979.
- BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.
- BIGLIAZZI GERI, *Interessi emergenti, tutela risarcitoria e nozione di danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996.
- BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993.
- BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988.
- BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1974.
- BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967.
- BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Diritto Civile*, I, Torino, 1999.
- BILANCIA, *Ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1992.
- BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. Civ. prev.*, 1999.

- BILE, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I.
- BOCCHIOLA, *Perdita di una chance e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976.
- BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996.
- BOTTARO, *Concetto del "potere" degli organi amministrativi e del "potere amministrativo" in generale*, Roma, 1909.
- BOTTO, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi in rapporto all'attività urbanistica ed edilizia*, in *Cons. St.*, 1997, II.
- BRANCA, *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*, in *Foro it.*, 1965, I.
- BRANCA, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996.
- BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986.
- BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99*, in *Urb. e app.*, 2000.
- BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I.
- BUSNELLI, *La responsabilità civile dello Stato*, in *Danno e resp.*, 1999.
- BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "mero sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997.
- BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno» tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991.
- BUSNELLI, *Verso un possibile riavvicinamento tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Resp. Civ. prev.*, 1977.
- BUSNELLI, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione Superga» al «caso Meroni»*, in *Foro it.*, 1971, I.
- BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV.
- BUSSANI, *Colpa e responsabilità della p.a. nella lesione di interessi legittimi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002.
- CABELLA PISU, *Azioni possessorie*, in *Digesto disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988.
- CACCIAVILLANI, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Giust. civ.*, 2000, I.
- CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996.
- CAFAGNO, *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi* in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1992.
- CAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Tratt. di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, II, Padova, 1991.
- CAIANIELLO, *manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003.
- CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*, in *Foro amm.*, 1999.

- CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988.
- CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979.
- CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914.
- CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, 1911 - 12.
- CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.
- CANNADA BARTOLI, *Affievolimento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1970.
- CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milano, 1964.
- CANNADA - BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953.
- CANNADA - BARTOLI, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951.
- CANNADA - BARTOLI, *Inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950.
- CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, in *Trattato della resp. Contr.* diretto da Visintini, I, 2009.
- CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi. (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1981.
- CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1983.
- CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento del danno*, Milano, 1963.
- CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.*, 1984, I.
- CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e app.*, 2003.
- CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001.
- CARANTA, *Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento. Atti del convegno di Trento, 9-10 novembre 2000*, Trento, 2001.
- CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro It.*, 1999, I.
- CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale perde ancora tempo*, in *Foro it.*, 1998, I.
- CARANTA, *In materia di conseguenze della mancata tempestiva trasposizione di una direttiva comunitaria nell'ordinamento italiano*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996.
- CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992.
- CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993.
- CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1.
- CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della P. A. per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 1991.
- CARBONE, *Le "nuove frontiere" della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, in *Corr. Giur.*, 2000.

- CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 1999.
- CARINGELLA - CRISAFULLI - DE MARZO - ROMANO, *Il nuovo volto della pubblica amministrazione tra federalismo e semplificazione*, Napoli, 1977.
- CARINGELLA - DALLA VALLE, *I processi amministrativi speciali*, Milano, 1999.
- CARINGELLA - GAROFOLI, *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il D.lgs. 80/1998*, in *Urb. e app.*, 1999.
- CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003.
- CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Caringella e Protto, Milano, 2001.
- CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. a cavallo tra schemi privatistici e moduli complementari*, in *Corr. Giur.*, 1996.
- CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesioni di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corr. Giur.*, 1996.
- CARIOTA FERRARA, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.
- CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. Comm.*, 1915, I.
- CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002.
- CARRA, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006.
- CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Nuovo Dir.*, 1954.
- CARROZZA - FRACCHIA, *Art. 35 d.leg. 80/98 e risarcibilità degli interessi meritevoli di tutela: prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2000, III.
- CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*, in *Giur. Cost.*, 1992.
- CARTABIA, *La tutela dei cittadini nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991.
- CARTEI, *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996.
- CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962.
- CASSETTA - FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III.
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2001.
- CASSETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, 1997.
- CASSETTA, *La figura e l'opera di Enrico Guicciardi*, in *Dir. amm.*, 1994.
- CASSETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993.
- CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1963.

- CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.
- CASSARINO, *Le situazioni giuridiche soggettive e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956.
- CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004.
- CASTIGLIA, *Prolegomeni al potere amministrativo*, Sassari, 1987.
- CASTRICOTA SCANDERBERG, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 1990.
- CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.
- CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003.
- CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Eur. e Dir. priv.*, 1999.
- CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, regola e metafora*, Milano, 1991.
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.
- CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1989.
- CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976.
- CATTANEO, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2001.
- CATURANI, *Inapplicabilità agli interessi legittimi dei principi di risarcimento del danno*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- CERCHIA, *Brevi note sulla tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Amm. It.*, 1994.
- CERESETO, *I ricorsi per titolo di illegittimità nel diritto amministrativo italiano*, Torino, 1892.
- CERRI, *Potere e potestà* (voce), in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.
- CERULLI IRELLI, *Tre problematiche aperte sull'azione risarcitoria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24-25-26 aprile 2003, atti del convegno*, a cura di Cariola - Rapisarda - Ristuccia - Scoca, Roma, 2004.
- CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001.
- CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979.
- CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 2003.
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923.
- CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1984.
- CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2002.
- CICCIA, *Sono risarcibili gli interessi legittimi*, in *Italia Oggi*, 17 aprile 1998.

- CICU, *Il diritto di famiglia*, Pavia, 1915.
- CIGOLINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- CILIBERTI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, a cura di Follieri, Milano, 2004.
- CIMBALI, *La responsabilità da contatto*, Milano, 2006.
- CINGOLO, *Inammissibilità del ricorso per assoluta carenza di una posizione giuridica tutelabile dinanzi al g.a. e carenza di interesse processuale ad agire in giudizio, difetto di legittimazione attiva*, in *Rass. Avv. Stato*, 1992, I.
- CINTIOLI, *Della «sindrome dello sceriffo» e del risarcimento dell'interesse legittimo: luci ed ombre della recente giurisprudenza*, in *Dir. e form.*, 2003.
- CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio: profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003.
- CLARICH - IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994.
- CLARICH, *La riforma del processo amministrativo. Introduzione*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2000.
- CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.
- CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV.
- COGNETTI, *Qualità e quantità della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.
- COLESANTI, *La prolusione bolognese di Chiovenda del 1903*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2003.
- COMOGLIO, *Commento all'art. 24 Cost.*, in *Comm. Cost. Branca*, Bologna - Roma, 1981.
- COMPORITI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003.
- CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Torino, 1908.
- CONTI, *La devoluzione al giudice amministrativo delle cause nelle procedure espropriative*, in *Urb. e app.*, 2000.
- CORASANTI, *Intervento*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I.
- CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, 1979.
- CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008.
- CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
- COSENTINO, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I.
- COSTANTINO, *Il risarcimento del danno da diniego (illegittimo) all'accesso ai documenti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 1998.
- CREMONINI - FRANCHI, *Aporie della Cassazione in tema di prescrizione del diritto al risarcimento del danno da inadempimento*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1.
- CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000.



- CUGURRA, *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989.
- D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, Milano, 2006.
- DA RE, *Brevi note in tema di risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario in materia di appalti e forniture*, in *Contr. P.a.*, 1997.
- DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983.
- DANIELE, *Riflessioni su esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 15 del 2005*, in *Giust. amm.*, 2007.
- DE CUPIS, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1.
- DE CUPIS, *Aspettativa legittima e risarcimento del danno*, in *Giust. civ.*, 1983, II.
- DE CUPIS, *Il danno*, I, Milano, 1979.
- DE CUPIS, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro IV, *Delle Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1971.
- DE FRANCISCO, *Il giudice amministrativo ... dispone ... il risarcimento del danno ingiusto*, *Urb. e app.*, 1998.
- DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2000.
- DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983.
- DE MARZO, *Le procedure espropriative e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia urbanistica ed edilizia*, in *Foro it.*, 2000, I.
- DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007.
- DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, in *Foro amm.*, 1999.
- DELFINO, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi: verso una soluzione «sistematica»*, in *Dir. proc. amm.*, 1996.
- DI GASPARE, *Contributo allo studio del concetto di potere nel diritto pubblico italiano*, Roma, 1989.
- DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003.
- DI IASI, *Dalla disapplicazione alla inesigibilità della sentenza fondata su presupposti illegittimi (appunti in ordine ad un'ipotesi costituzionale di «disapplicazione residuale»)*, in *Foro it.*, 1998, I.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003.
- DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 2000.
- DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi «non più solo legittimi»*, in *Corr. Giur.*, 1999.
- DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999.
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, libro IV, *Delle Obbligazioni*, artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988.
- DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985.

- DI MAJO, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 1984.
- DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I.
- DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1982.
- DI MAJO, *Le forme di tutela contro i c.d. «poteri privati»*, in *Foro it.*, 1979, I.
- DIANA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2000.
- DIDONNA, *Danno da ritardo nell'attività 'vincolata' della P.A. e profili di giurisdizione*, in *Giust. amm.*, 2004.
- DONATI, *Principi generali del diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, Padova, 1932.
- DOSSETTI, *Lo schema della promessa al pubblico e i concorsi privati*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II.
- DUNI, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in *Riv. amm.*, 1999.
- DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968.
- DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.
- ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Padova, 2002.
- FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.
- FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009.
- FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001.
- FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, in AA. VV., *Riformare la pubblica amministrazione. Italia, Gran Bretagna, Spagna, Stati Uniti*, Torino, 1995.
- FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.
- FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24-25-26 aprile 2003, atti del convegno*, a cura di Cariola - Rapisarda - Ristuccia - Scoca, Roma, 2004.
- FALZEA *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv.dir.civ.*, 2000, II.
- FANTINI, *L'interesse pretensivo e le sue norme di tutela*, in *Diritti e interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, a cura di Cavallo, Torino, 2002.
- FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986.
- FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003.
- FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Torino, 1985.
- FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992.
- FERRARI, *Dall'illecito dell'Ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano, 1982.
- FERRARIS, *Diritto amministrativo*, Padova, 1922.
- FERRI, *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Riv. Ital. Dir. pubbl. comunit.*, 1992.

- FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996.
- FILOMUSI GUELF, *Silvio Spaventa, discorso letto il 20 maggio 1894*, Lanciano, 1894.
- FINOCCHIARO, *Si ritorna a discutere sul risarcimento dei danni causati dalla lesione di interessi legittimi*, in *Riv. amm.*, 1995.
- FLORE, *Il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi: sua applicabilità secondo la Costituzione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, in *Foro It.*, IV, 1963.
- FOLIGNO, *La pretesa responsabilità della pubblica Amministrazione per lesione di interessi legittimi*, in *Rass. Adv. Stato*, 1963, I.
- FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. Amm.*, 2006.
- FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, a cura di Follieri, Milano, 2004.
- FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi con riferimento al d.lg. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 1999.
- FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998.
- FOLLIERI, *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.
- FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981.
- FORCHIELLI, *La responsabilità civile*, Padova, 1983.
- FOSCHINI, *Istituzioni di diritto civile romano e italiano*, Napoli, 1882.
- FRACCHIA - OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, in *Foro It.*, 2003, I.
- FRACCHIA, *Colpa dell'amministrazione e "auto protezione" da parte del privato-vittima*, in *Foro it.*, 2005, III.
- FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I.
- FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità. La svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro It.*, 1999, I.
- FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.
- FRAGOLA, *Le innovazioni introdotte dalla l. 9 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria 1991) in materia di risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi*, in *Cons. St.*, 1992, II.
- FRAGOLA, *Studio introduttivo sulla risarcibilità degli interessi legittimi*, Firenze, 1960.
- FRANCO, *Enti pubblici trasformati in s.p.a. e giurisdizione sulle controversie in tema di appalti, alla luce del diritto comunitario*, in *I Contr. St. Enti pubbl.*, 1994.

- FRANCO, *Gli strumenti di tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dall'annullamento dell'atto lesivo al risarcimento*, Padova, 2003.
- FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Padova, 1999.
- FRANCO, *Trasparenza, motivazione e responsabilità: partecipazione e diritto di accesso nella legge 241 del 1990*, in *Foro amm.*, 1992.
- FRANZONI, Relazione al convegno "*Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità*", Università Bocconi, 14 ottobre 2002, Milano, 2003.
- FRANZONI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ed il risarcimento del danno*, in *Quaderni del Consiglio di Stato: Nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, Torino, 2000.
- FRANZONI, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contr. e impr.*, 1993.
- FROSINI, *La struttura del potere giuridico privato*, in *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, 1971.
- GALATERIA - STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1989.
- GALGNO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova 1990.
- GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985.
- GALLETTO, *Lesione di interessi meritevoli di tutela ed esercizio della funzione pubblica: verso un nuovo modello di responsabilità?*, in *Contr. e impr.*, 2004.
- GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Padova, 2000.
- GALLO, *L'eventuale concorso della responsabilità della pubblica Amministrazione con quella dei propri dipendenti autori del fatto dannoso*, in *Riv. Amm.*, 1956.
- GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, I.
- GARBAGNATI, *La giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950.
- GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942.
- GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005.
- GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2005.
- GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2009.
- GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 1997.
- GARRI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975.
- GARZIA, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti alle gare*, in *Rass. giur. energ. elettr.*, 1996.
- GASPARRI, *Sulla risarcibilità dei danni subiti con la lesione di interessi legittimi*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- GHISIGLIERI, *Risarcimento del danno e perdita di chances*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II.
- GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi-interessi legittimi*, in *Cons. St.*, 2000, II.
- GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio d'ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, II.
- GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

- GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XXIV, Milano, 1977.
- GIANNINI - PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970.
- GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993.
- GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1988.
- GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970.
- GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.
- GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939.
- GLEIJESES, *Preclusione giurisdizionale alla risarcibilità dei danni da lesione di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984.
- GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, I.
- GOTTI, *La legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Le riforme crispine*, II, 6, *Arch. ISAP*, Milano, 1990.
- GRECO, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 2006.
- GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.
- GRECO, *Lesione di interessi legittimi e responsabilità da contatto amministrativo qualificato*, in *Danno e resp.*, 2003.
- GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999.
- GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1996.
- GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti e lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990.
- GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986.
- GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.
- GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di Guarino, I, Milano, 1983.
- GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, XXVI, Milano, 1998.

- GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi?*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- GUICCIARDI, *Risarcibilità di interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 1963, I, 1.
- GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1943.
- GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937.
- HOLDER, *Natürliche und juristische personen*, Leipzig, 1905.
- IACCARINO, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- IANNIELLO, *La tutela aquiliana degli interessi legittimi nella direttiva Cee del 21 dicembre 1989, n. 665*, in *Riv. trim. app.*, 1989.
- IGOLINI, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990.
- ITALIA - LANDI - POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- IUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2001.
- KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1965.
- LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969.
- LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro It.*, 2002, I.
- LAMORGESE, *Nuovi fermenti in Cassazione sulla responsabilità per attività provvedimento della pubblica amministrazione*, in *Corr. giur.*, 2003.
- LANDI - POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987.
- LARICCIA, *Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi "mediatamente" riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. cost.*, 2006.
- LASCIALFARI, *La Cassazione riafferma la irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 1994, I.
- LAURIA, *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991.
- LEDDA, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999*, Milano, 2000.
- LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993.
- LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965.
- LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.
- LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1950.

- LIBERATI, *La responsabilità della pubblica amministrazione ed il risarcimento del danno*, Padova, 2009.
- LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002.
- LIPARI, *I temi del procedimento amministrativo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 19 - 21 settembre 2002, Milano, 2003.
- LIPARI, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urb. e app.*, 1998.
- LO PRESTI, *L'elemento soggettivo nel nascente modello di responsabilità provvedimento della pubblica amministrazione*, in *Trib. Amm. Reg.*, 2002, II.
- LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967.
- LOMONACO, *Delle Obbligazioni*, I, Napoli, 1890.
- LOPILATO, "Efficacia" ed "esecuzione" dell'atto amministrativo dopo la riforma del 2005, in *Stud. iuris*, 2007.
- LOTTITO, *Alcune osservazioni in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*, *Urb. e app.*, 2001.
- LUBRANO, *Il giudizio di esecuzione delle decisioni amministrative*, Roma, 1992.
- LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza 500/SU/99 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000.
- LUPO, *I problemi conseguenti alle sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 e n. 501 del 1999*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999*, Milano, 2000.
- LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969.
- MACCARONE, *Inadempimento*, in *Commentario al cod. civ.*, diretto da De Martino, libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1218-1276), Roma, 1978.
- MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.
- MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del Mercato unico europeo*, in *Riv. Dir. europ.*, 1991.
- MANCINI, *La responsabilità della pubblica amministrazione per inottemperanza al giudicato amministrativo di annullamento*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003.
- MANCUSO, *Esecutorietà, efficacia ed esecutività del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa: commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005* a cura di Tomei, Padova, 2005.
- MANDARANO, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*, in *Urb e App.*, 2005.
- MANDARANO, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione appaltante fra tradizione e spinte innovatrici*, in *Urb. e app.*, 2003.
- MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.
- MANTELLINI, *Lo stato e il codice civile*, I, Firenze, 1880.
- MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. Giur.*, 2001.
- MARICONDA, *Si fa questione di un diritto civile...*, in *Corr. Giur.*, 1999.

- MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Napoli, 1979.
- MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di Vettori, Padova 2002.
- MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.
- MASI, *Il possesso e la denuncia di nuova opera e di danno temuto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1983.
- MAZZAROLLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, *Diritto amministrativo*, Bologna, 1998.
- MAZZAROLLI, *Quasi una relazione, a mo' di conclusione*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento. Trento, 9-10 novembre 2000*, Trento, 2001.
- MAZZONI - PACIFICI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Libro III, parte III, Firenze, 1873.
- MAZZOTTA, *La Cassazione e i consorzi privati: cosa c'è dietro l'angolo*, in *Foro it.*, 1987, I.
- MELE, *Il risarcimento danni in materia di appalti pubblici - Commentario all'art. 13 della legge comunitaria 1991*, in *Riv. Trim. app.*, 1991.
- MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del Convegno di Milano, 4-6 giugno 1992, I, Milano, 1993.
- MENGONI, *Responsabilità contrattuale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1984.
- MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I.
- MEOLI, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I.
- MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001.
- MESSINEO, *Il contratto*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1958.
- MESSINEO, *Contributo alla dottrina dell'esecuzione testamentaria*, Padova, 1931.
- MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, in *Giust. amm.*, 1891, IV.
- MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1898.
- MIELE, *La giustizia amministrativa*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1968.
- MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1966.
- MIELE, *Introduzione al tema*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, in *Foro It.*, 1963, IV.
- MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV.
- MINGARELLI, *Il risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo*, in *Riv. amm.*, 1995.



- MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III.
- MONATERI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999.
- MONATERI, *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospective overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 1998.
- MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, in *Danno e Resp.*, 1997.
- MONTESANO, *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2001.
- MONTESANO, *Osservazioni, Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- MORBIDELLI, *L'appalto comunitario nel settore dell'energia*, in *Riv. Dir. publ. Comunit.*, 1993.
- MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991.
- MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, I.
- MORELLI, *Responsabilità civile di pubbliche amministrazioni per risarcimento del danno patrimoniale da lesione di interessi legittimi dei privati: rilancio di una problematica*, in *Giust. civ.*, 1980, I.
- MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, 1958.
- MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923.
- MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2003.
- MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. It.*, 2000.
- MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998.
- MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988.
- NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della Pubblica Amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005.
- NARDULLI, *Perdita di chance: verso l'ampliamento dell'area del danno risarcibile*, in *Giur. it.*, 1991, I, 2.
- NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977.
- NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974.
- NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955.
- NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943.
- NAVARETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo* a cura di Breccia - Brusciuglia - Busnelli, Torino, 2001.
- NEPPI MODONA, *I poteri centrali e locali in rapporto alla scienza ed al diritto amministrativo: studio storico, teorico e pratico*, Bologna, 1896.
- NICOLINI, *Annullamento di licenza edilizia e risarcimento del danno*, *Giust. civ.*, 1982, I.

- NICOLÒ - RODOTÀ, *La lesione degli interessi legittimi ed i principi della responsabilità civile*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1988.
- NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962.
- NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994.
- NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988.
- NIGRO, *Ma che cos'è quest'interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.*, 1987, V.
- NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983.
- NIGRO, *Introduzione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I.
- NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975.
- OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- OCCHIENA, *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Econ.*, 2001.
- OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, II.
- ORESTANO, *Azione in generale*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.
- ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892.
- ORLANDO, *Teorica giuridica delle guarentigie di libertà*, in *Biblioteca di scienze politiche*, diretta da A. Brunaldi, V, Torino, 1890.
- ORSI BATTAGLINI - MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999.
- ORSI BATTAGLINI, «L'astratta ed infeconda idea». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in *Scritti giuridici*, Milano, 2007.
- ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.
- PAGANO, *Il d.lgs. 80/98, la Consulta e il legislatore*, in *Urb. e app.*, 2000.
- PAJNO, *Mutamento dei modelli amministrativi e cambiamento dei modelli di tutela giurisdizionale: «La giurisdizione concentrata»*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500/99, atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 18 novembre 1999*, Milano, 2000.
- PALMA, *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in tema di appalti pubblici*, in *Riv. Amm.*, 1997.
- PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. Dir. europ.*, 1990.
- PANZIRONI, *Nessuna rivoluzione copernicana sulla risarcibilità*, in *Italia Oggi*, 18 aprile 1998.
- PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. n. 241/90*, in *Giust. amm.*, 2005.

- PAOLANTONIO, *L'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato attraverso la lettura dei lavori parlamentari*, Milano, 1991.
- PAPETTI, *La colpa della pubblica amministrazione in relazione alla natura della responsabilità civile da attività provvedimento illegittima*, in *Foro amm. TAR*, 2005.
- PARDOLESI - PALMIERI, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999.
- PARISIO, *Concessione edilizia illegittima: responsabilità del sindaco e risarcimento dei danni*, in *Danno e Resp.*, 1999.
- PARISIO, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, Civile n. 500 del 1999*, in *Riv. Giur. edil.*, 1999, I.
- PARTISANI, *Errore scusabile e colpa presunta della pubblica amministrazione*, in *Resp. civ.*, 2005.
- PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2001.
- PATRONI GRIFFI, *Non cambia il diritto sostanziale*, in *Italia Oggi*, 18 aprile 1998.
- PATTI, *Lesione degli interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II.
- PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario* diretto da Schlesinger, (artt. 1337-1342), Milano, 1993.
- PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987.
- PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche (1919 - 1920)*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1968.
- PESCATORE, *Attualità dell'"interesse legittimo" tra ripensamenti della dottrina e indicazioni della giurisprudenza*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, II.
- PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004.
- PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1992, I, 1.
- PIRAINO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Nuova rass.*, 1994.
- PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I e II, Milano, 1962.
- PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*, in *Urb. e app.*, 1999.
- POLETTI, *La risarcibilità dell'interesse legittimo: senso e limiti di una regola*, in *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo* a cura di Breccia - Brusuglia - Busnelli, Torino, 2001.
- POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in *Le riforme della L. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Atti del Convegno di Urbino 18-19 maggio 2006, Padova, 2008.
- POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000.
- PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile* in *Foro it.*, 1992, IV.
- POSSANO, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Riv. Trim. app.*, 1999.
- PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici* in *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991.

- PRINCIGALLI, *Perdita di chances e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985.
- PROTO PISANI, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note all' 'Azione nel sistema dei diritti' del 1903*, in *Foro It.*, 2003, V.
- PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V.
- PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. e App.*, 1999.
- PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della p.a. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*, in *Urb. e App.*, 2005.
- PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo qualificato*, in *Resp. civ. prev.*, 2001.
- PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. e app.*, 2000.
- PROTTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. Civ. prev.*, 1998.
- PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997.
- PUGLIATTI, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi* in *La responsabilità civile*, II, Milano, 1968.
- PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1958.
- PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935.
- PUGLIESE, *Actio e diritto subbiettivo*, Milano, 1939.
- QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1987.
- QUINTO, *Il Codice del processo amministrativo ed il danno da ritardo: la certezza del tempo e l'incertezza del legislatore*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 18/09/2009.
- RACCA, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di Franchini, Torino, 2007.
- RACCA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno*, in GAROFOLI - RACCA - DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003.
- RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Urb. e app.*, 2003.
- RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2002.
- RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.
- RALLO, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?*, in *Foro amm. TAR*, 2002.
- RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934.

- RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza giudiziaria e amministrativa*, in *Foro It.*, 1893, I.
- RANELLETTI, *Diritti subbietivi e interessi legittimi*, in *Foro It.*, 1893, I.
- RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892.
- REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna, 1981.
- REGGIO D'ACI, *Cose vecchie e nuove in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1993.
- RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000.
- RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Bologna, 1988.
- RINALDI, *Semplificazione dell'onere probatorio nell'accertamento della colpa della p.a.*, in *Riv. giur. edil.*, 2007.
- RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.
- RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1964.
- ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra comportamento e provvedimento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004.
- ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002.
- ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997.
- ROMANO, A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, I.
- ROMANO, A., *nota al parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998*, in *Foro it.*, 1998, III.
- ROMANO, A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998.
- ROMANO, A., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.
- ROMANO, A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975.
- ROMANO, A., *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964.
- ROMANO, S. A., *Il cosiddetto «risarcimento degli interessi legittimi»*, Roma, 1984.
- ROMEO, *Gli «umori» della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 2003.
- ROMEO, *Interesse legittimo ed interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989.
- ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti*, 2001.
- ROSCIONI, *Mancata attuazione di direttive comunitarie: la Cassazione nega l'illecito dello Stato*, in *Danno e Resp.*, 1996.
- ROSELLI - VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XX, Torino, 1985.

- ROSELLI, *Recenti mutamenti legislativi e giurisprudenziali in materia di «ius aedificandi»*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1.
- ROTONDI, *Dalla «lex Aquilia» all'art. 1151 cod. civ.*, in *Riv. Dir. comm.*, 1917, I.
- RUBINO - MOSCATI, *L'appalto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da Vassalli, VII, Torino, 1980.
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUOPPOLO, *La tutela aquiliana dell'interesse*, in *Dir. proc. amm.*, 2001.
- SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, X, Torino, 1995.
- SACCO, *Il possesso*, Milano, 1988.
- SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di dir. civ. it.* diretto da Vassalli, VI, Torino, 1975.
- SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.*, in *Foro pad.*, 1960, I.
- SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Padova, 1992.
- SALANDRA, *Lezioni di diritto amministrativo: organizzazione dei pubblici poteri*, Roma, 1920.
- SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904.
- SALEMME - CARPINELLI, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro Amm.*, 2000.
- SALERNI, *Il risarcimento dei danni per lesione di interessi giuridicamente rilevanti*, in *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* a cura di Follieri, Milano, 2004.
- SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988.
- SALVI, *Aspettative edificatorie e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1983, V.
- SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 1977.
- SANDULLI, A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI, A. M., *Intervento*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda (Roma, aprile 1982)*, in *Foro amm.*, 1982, I.
- SANDULLI, A. M., *Osservazione a Corte Costituzionale 25 marzo 1980 n. 35*, in *Giur. Cost.*, 1980, I.
- SANDULLI, A. M., *In tema di provvedimenti comunali in materia edilizia e risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1.
- SANDULLI, A. M., *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- SANDULLI, A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963.
- SANDULLI, A. M., *Lesione di interessi legittimi e obbligazione risarcitoria della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim.*, 1963.
- SANDULLI, M. A., *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica Amministrazione e suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. Arbitrato*, 2000.
- Santi ROMANO, *Poteri, potestà* (voce), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1954.
- Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932.

- Santi ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Capo III, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Milano, 1907.
- SANTOLINI, *Inadempimento e risarcimento del danno prevedibile ex art. 1225 c.c.*, in *I Contratti*, 2007.
- SANTORO, *L'esecuzione del giudicato e il problema del risarcimento del danno*, in *Dir. proc. Amm.*, 1993.
- SAPORITO, *Sulla risarcibilità di interessi legittimi in tema di appalti pubblici*, in *Corr. Giur.*, 1994.
- SASSANI, *Le alte Corti all'impatto delle questioni di giurisdizione dell'art. 33 d.lgs. n. 80 del 1998: prime impressioni di lettura*, in *Giust. civ.*, 2000, I.
- SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997.
- SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989.
- SATTA, F., voce «*Giurisdizione esclusiva*», in *Enc. Dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001.
- SATTA, F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 1999.
- SATTA, F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997.
- SATTA, F., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989.
- SATTA, F., *I soggetti dell'ordinamento, per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1977, I.
- SATTA, F., *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. Dir. comm.*, 1963, I.
- SBISÀ, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposti e di scopi?*, *Resp. Civ. prev.*, 1977.
- SCHLESINGER, *Scopo della norma violata e responsabilità civile della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I.
- SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960.
- SCIALOJA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1931, I.
- SCOCA - GIANI, *Interesse legittimo e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 1997.
- SCOCA, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, 2007.
- SCOCA, *L'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002.
- SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000.
- SCOCA, *Per una amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999.
- SCOCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.
- SCOCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, XVII, in *Enc. giur.*, 1988.
- SCOCA, *Linee evolutive della giustizia amministrativa*, in *Ann. Perugia*, 1976.
- SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971.
- SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965.
- SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Foro It.*, 1999, I.
- SCODITTI, *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso «Francovich» in Cassazione*, in *Foro it.*, 1996, I.

- SCODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro It.*, 1994, I.
- SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, nonché in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996.
- SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale: disposizioni preliminari, dei requisiti del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro quarto, *Delle obbligazioni* (artt. 1321 - 1352), Bologna - Roma, 1970.
- SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968.
- SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1965, I.
- SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958.
- SELVAGGI, *Considerazioni sul tema del convegno, Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- SIGISMONDI, *La tutela nei confronti del potere pubblico e dei poteri privati: prospettive comuni e aspetti problematici*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- SIMONATI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento del danno da attività provvedimentoale dell'amministrazione: lo "stato dell'arte" alla luce di una recente sentenza del TRGA di Trento*, in *Foro amm. TAR*, 2003.
- SORACE, *Dai rapporti di cittadini ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in *Annuario 2001*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2002.
- SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000.
- SORDI, *Giustizia amministrativa nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1983.
- SORICELLI, *La codificazione della disciplina speciale della responsabilità della P.A. per danno da ritardo?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), pubblicato il 3/08/2009.
- SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988.
- SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1962.
- SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *La giustizia amministrativa*, a cura di Ricci, Napoli, 1993.
- SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944.
- STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981.
- STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992.
- STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988.



- STIPO, *Osservazioni in tema di poteri ed interessi pubblici*, in *Arch. giur.*, 1985.
- STIPO, *Le origini del riparto della giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, 1979.
- TARUFFO, *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2003.
- TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.
- TASSONE, *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ. prev.*, 1992.
- THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I.
- TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino 2002.
- TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV.
- TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di Cassese, II, Milano, 2000.
- TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999.
- TOSATO, *Sugli aspetti fondamentali dello Stato*, in *Scritti in memoria di C. Esposito*, Padova, 1973.
- TOSATO, *Interesse materiale e interesse processuale nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, Padova, 1937.
- TOSATO, *L'impugnativa dei decreti reali di annullamento*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1937.
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001.
- TRAVAGLINO, *Riparto di giurisdizione tra a.g.o. e g.a. e criteri di individuazione del giudice competente in Corr. Giur.*, 1996.
- TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2005.
- TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Foro it.*, 2004, I.
- TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001.
- TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2000.
- TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, IV, Milano, 2000.
- TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008.
- TRIMARCHI BANFI, *Ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001.
- TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2001.
- TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970.
- TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2003.
- TUCCI, *È ancora funzionale rispetto al nostro ordinamento il fenomeno dell'affievolimento del diritto soggettivo?*, in *Notiz. Giur. reg.*, 1993.

- TUCCI, *Responsabilità civile e danni ingiusti*, in NICOLÒ - LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974.
- TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Torino, 1999.
- TURCO, *Brevi considerazioni sul principio di prevedibilità del danno come profilo distintivo tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987.
- UCCELLATORE, *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi: Napoli, 27-28-29 ottobre 1963*, Milano, 1965.
- VACCA, *Ontologia della situazione giuridica soggettiva sottesa all'azione di risarcimento del danno conseguente all'inadempimento da parte della pubblica amministrazione dell'obbligo di esercitare il potere amministrativo (alla luce della legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), luglio-agosto 2009.
- VAIANO, *Quando arrivò non piacque: il danno da lesione di interessi pretensivi e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 2004.
- VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002.
- VALORZI, *Procedure amministrative e modelli di responsabilità*, in *Jus*, 2003.
- VALORZI, *Dalla procedura amministrativa al processo giurisdizionale*, Padova, 1999.
- VARRONE, *Stato sociale e giurisdizione sui «diritti del giudice amministrativo»*, Napoli, 2001.
- VARRONE, *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria*, in *Verso il nuovo processo amministrativo. Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, Torino, 2000.
- VARRONE, *La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi: alcuni equivoci da chiarire*, in *Giur.It.*, 2000, II.
- VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942.
- VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, I, Roma, 1919.
- VENTURA, *Potere pubblico*, Napoli, 1861.
- VERBARI, *Principi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1995.
- VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della p.a.*, in *Giur. it.*, II, 2.
- VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1987.
- VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. Dir. civ.*, 2002, II.
- VILLATA, *Tre anni dopo*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di Sassani - Villata, Torino, 2004.
- VILLATA, *Orientamenti recenti della giurisprudenza in tema di giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1993.
- VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971.
- VILLATA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1969.
- VIRGA, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1998.
- VIRGA, *Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva*, in *Giust. amm. sic.*, 1998.

- VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998.
- VIRGA, *La rivincita dell'interesse legittimo*, in, *Giur. Amm. Sic.*, 1990.
- VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, 1982, Milano.
- VIRGA, *Il giudice dormiente e la risarcibilità del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi*, in [www.giust.it](http://www.giust.it).
- VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Commentario* diretto da Schlesinger e continuato da Busnelli, (artt. 1218-1222), Milano, 2006.
- VISINTINI, *I fatti illeciti*, I, *Ingiustizia del danno*, Padova 2004.
- VISINTINI, *Obiter dicta e nuove direttive delle sezioni unite in tema di danno ingiusto connesso alla lesione di interessi legittimi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, II.
- VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996.
- VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987.
- VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1988.
- VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979.
- VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.
- VISINTINI, *In margine al «caso Meroni»*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1.
- VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova, 1967.
- VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), giugno 2009.
- VOLPE, *Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno dal lesione di interessi legittimi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2003, n. 4.
- ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 1954, Milano.
- ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, II, 1943.
- ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005.
- ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003.
- ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.
- ZOLI, *La tutela degli interessi legittimi nel diritto del lavoro*, in *Giust. civ.*, 1984, II.