

**Tomaso Galletto\***

**Lesione di interessi meritevoli di tutela ed esercizio della funzione pubblica: verso un nuovo modello di responsabilità? \*\***

**Sommario : 1. Premessa.- 2. Lo scenario ampliato dell'illecito della P.A. e gli influssi comunitari.- 3. La rottura dello schema e la ricomposizione del mosaico. – 4. I lineamenti della nuova configurazione della responsabilità della P.A.: un inquadramento difficile.- 5. Il ruolo della giurisprudenza: il confronto a distanza tra giudice ordinario e giudice amministrativo.- 6. Morte e resurrezione della pregiudiziale amministrativa: il risarcimento del danno da attività provvedimento ritorna ad essere una corsa ad ostacoli? – 7. Un prudente segnale della Corte di Giustizia.- 8. I problemi aperti e le prospettive di soluzione.**

\* \* \*

**1. Premessa.**

Affrontare oggi il tema della responsabilità della P.A. per la lesione di interessi meritevoli di tutela nell'esercizio della funzione pubblica nella prospettiva conseguente da un lato al superamento del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi e, dall'altro, al nuovo assetto del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle materie considerate impone l'adozione di un approccio innovativo.

Le categorie da sempre utilizzate per inquadrare i profili di responsabilità conseguenti all'esercizio del potere pubblico non sono infatti più utilizzabili, ma debbono essere rivisitate alla luce della evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza e delle indicazioni provenienti dal legislatore.

I privilegi e le aree di impunità per lungo tempo riconosciuti alla P.A. sono in larga misura superati ed il rapporto tra cittadino e amministrazione si evolve nella direzione di un ampliamento della tutela delle situazioni soggettive lese dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, indipendentemente dalla ascrivibilità di tali situazioni all'area del diritto soggettivo ovvero dell'interesse legittimo.

---

\* Avvocato in Genova

\*\* Relazione svolta al Corso di Perfezionamento in Diritto della Responsabilità Civile, iv Seminario La responsabilità della Pubblica Amministrazione tenuto presso il Polo Didattico di Imperia della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova.

Come era ampiamente prevedibile l'abbandono del discrimine, ai fini della risarcibilità del danno, tra lesione di diritti soggettivi e di interessi legittimi e l'individuazione nella ingiustizia del danno del presupposto per il sorgere della responsabilità provvedimentale della P.A. ha da un lato ampliato l'area di tutela delle situazioni soggettive lese ma dall'altro ha imposto la individuazione di nuovi parametri ai quali fare riferimento.

Nel prendere atto di questa nuova situazione, in cui assume un ruolo determinante l'opera della giurisprudenza, è agevole constatare la sopravvenuta inadeguatezza dei modelli ai quali abitualmente si faceva ricorso in passato per disegnare i confini dell'illecito della P.A.

Le considerazioni che seguono – pur nella consapevolezza della loro frammentarietà e della necessità di ulteriore approfondimento – sono finalizzate alla individuazione dei profili problematici di maggior rilievo che si pongono nella materia considerata.

## **2. Lo scenario ampliato dell'illecito della P.A. e gli influssi comunitari.**

Nell'ultimo decennio si è assistito ad un graduale, ma significativo, ampliamento della tutela del privato nei confronti dell'attività provvedimentale illegittima della P.A. indipendentemente dalla situazione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento attraverso l'utilizzazione della dicotomia interesse legittimo / diritto soggettivo.

L'evoluzione del diritto comunitario nella direzione della tutela delle situazioni soggettive indipendentemente dalle previsioni normative di ciascun stato membro e la supremazia di tale ordinamento sovranazionale riconosciuta non soltanto dalla Corte di Giustizia ma anche, per quanto ci riguarda, dalla Corte Costituzionale, hanno reso indispensabile un nuovo approccio all'intera problematica.

La sostanziale estraneità della distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo al diritto comunitario ha reso ineludibile la tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dalle fonti normative di origini comunitarie indipendentemente dalla qualificazione di esse nell'ambito dell'ordinamento statale.

Il legislatore nazionale ha dovuto prendere atto delle indicazioni comunitarie ed è, come è noto, intervenuto nella specifica materia dell'affidamento di lavori pubblici consentendo la risarcibilità del danno conseguente all'illegittimo esercizio della funzione pubblica in tale materia.

La legge comunitaria del 1992 (legge 19.2.1992 n. 142) ha per la prima volta riconosciuto la risarcibilità del danno conseguente alla lesione di interessi legittimi in tema di affidamento di lavori pubblici, ma di tale innovazione legislativa si è offerta una lettura assai riduttiva affermandosene la natura eccezionale, conseguente al necessario adattamento dell'ordinamento agli indirizzi comunitari e se ne è anzi tratto spunto per confermare la regola generale della irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

L'evidente squilibrio nelle forme di tutela ammissibili nei confronti dell'attività illecita della P.A., nell'ambito delle quali soltanto alla lesione di situazioni soggettive ascrivibili a diritti soggettivi era consentita la tutela risarcitoria in favore del privato,

confinandosi invece alla rimozione dell'atto illegittimo la tutela delle situazioni correlate ad interessi legittimi, ne imponeva il superamento anche sulla scorta di indicazioni in tal senso rinvenibili nella stessa giurisprudenza costituzionale.

La necessità di una rivisitazione delle regole attributive di responsabilità alla P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica risultava ineludibile anche nel quadro evolutivo della regolazione amministrativa dell'attività economica dei privati nel quale era indispensabile non contribuire alla creazione di zone franche in cui la responsabilità della P.A. venisse esclusa da un lato attraverso il richiamo alla discrezionalità amministrativa, come tale insindacabile nel merito, e dall'altro alla situazione di interesse legittimo asseritamente lesa, con conseguente impossibilità di tutela risarcitoria.

### **3. La rottura dello schema e la ricomposizione del mosaico.**

Nel quadro evolutivo dei rapporti tra privato e P.A. in precedenza sinteticamente delineato e connotato dalla constatazione della inadeguatezza delle soluzioni assegnate al tema della risarcibilità del danno conseguente all'illecito provvedimento, si colloca il nuovo orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999.

Con tale decisione, come è noto, si è riconosciuto alla ingiustizia del danno inferto a situazioni soggettive del privato meritevoli di tutela il dato fondante la responsabilità della P.A. ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Si è in sostanza escluso il rilievo sino ad allora ritenuto essenziale della lesione di un diritto soggettivo ai fini del riconoscimento della responsabilità aquiliana della P.A.

Nella consapevolezza che una indiscriminata affermazione della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo avrebbe potuto originare il proliferare delle azioni risarcitorie nei confronti della P.A. con la medesima sentenza le Sezioni Unite hanno cercato di ricomporre il sistema affermando da un lato la necessità della lesione di una situazione soggettiva meritevole di tutela (indipendentemente dalla ascrivibilità di tale situazione alla nozione di interesse legittimo ovvero di diritto soggettivo) e dall'altro che la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per il riconoscimento di una responsabilità risarcitoria della P.A., essendo a tal fine indispensabile indagare in ordine alla sussistenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo.

Nell'ottica della ricomposizione del mosaico ormai scompaginato dalla affermazione del superamento della dicotomia diritto soggettivo / interesse legittimo ai fini del risarcimento del danno da illecito provvedimento della P.A. assume particolare rilievo il richiamo al profilo della imputabilità soggettiva della responsabilità attraverso l'affermazione, anch'essa rinvenibile nella menzionata decisione, del superamento e conseguente inutilizzabilità del consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui alla illegittimità dell'atto consegue il riconoscimento della colpa in capo alla P.A. (c.d. teoria della colpa in re ipsa).

Per quanto concerne l'accogliabilità nel merito della pretesa risarcitoria la Corte ha avuto cura di precisare una sorta di decalogo per il giudice di merito, imponendo a quest'ultimo di svolgere, in ordine successivo, le seguenti indagini:

- a) accertare la sussistenza di un evento dannoso;
- b) stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto in relazione alla sua incidenza sull'interesse rilevante per l'ordinamento;
- c) accertare sotto il profilo causale se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta positiva od omissiva della P.A.;
- d) accertare se l'evento dannoso sia imputabile a titolo di dolo o colpa alla P.A., essendo escluso che il mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa supplisca all'individuazione del dolo o della colpa.

Come si vede, non è possibile affermare quale diretta conseguenza della richiamata pronuncia la indiscriminata risarcibilità dell'interesse legittimo; ciò che è rimosso è il rilievo assorbente della situazione soggettiva fatta valere.

Secondo la Corte, ad escludere la tutela risarcitoria non basta, come nel passato è sempre avvenuto, la qualificazione della posizione soggettiva fatta valere alla stregua di interesse legittimo: se la P.A. cagiona ad un privato un danno ingiusto agendo con colpa o dolo il privato va risarcito a nulla rilevando che sia titolare rispetto al bene della vita inciso dall'attività illecita di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo.

Quanto si è fin qui enunciato non sminuisce affatto la portata innovativa della svolta giurisprudenziale operata dalle sezioni unite, ma contribuisce ed evitare gli effetti perniciosi di una interpretazione affrettata che rischia di alimentare un contenzioso improduttivo di effetti concreti.

Il consapevole abbandono della teoria della colpa in re ipsa derivante dalla mera illegittimità del provvedimento amministrativo impone al privato un onere probatorio particolarmente gravoso con riferimento alla individuazione dell'elemento soggettivo dell'illecito.

L'indagine sulla colpa dell'amministrazione, infatti, non si sviluppa più con riferimento al comportamento specifico dell'agente (e cioè sul comportamento del funzionario al quale è imputabile il provvedimento lesivo) bensì con riferimento all'amministrazione nel suo complesso (e cioè all'amministrazione – apparato) ed è individuata non tanto secondo i parametri della negligenza o dell'imperizia quanto piuttosto sulla violazione delle regole di imparzialità, buona amministrazione e correttezza che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità amministrativa.

Non è peraltro intuitivamente agevole enucleare, nell'ambito del provvedimento illegittimo, i comportamenti dell'amministrazione apparato che possono concretare la violazione dei parametri alla stregua dei quali si deve giudicare del superamento dei limiti esterni alla discrezionalità, con conseguente affermazione della colpa della P.A. nella nuova accezione risultante dalla ricostruzione operata dalla più volte menzionata decisione del 1999.

In tutti i casi in cui l'attività della P.A. non risulti vincolata e debba conseguentemente ragionarsi sul possibile soddisfacimento della pretesa del privato indipendentemente dalla illegittimità dell'atto amministrativo, che potrebbe essere soltanto di natura formale e non sostanziale, la prova in ordine alla sussistenza della violazione dei parametri di imparzialità, correttezza e buona amministrazione della quale il privato risulta onerato secondo il modello della responsabilità aquiliana è estremamente complessa ed il mancato assolvimento dell'onere probatorio ridonda a danno del privato che può vedere respinta la propria pretesa risarcitoria proprio per difetto della prova dell'elemento soggettivo dell'illecito.

#### **4. I lineamenti della nuova configurazione della responsabilità della P.A.: un inquadramento difficile.**

Le difficoltà applicative della nuova configurazione della colpa della P.A. per attività provvedimentali illegittime hanno da subito posto agli interpreti il delicato quesito se la responsabilità risarcitoria della P.A. per lesione di situazioni soggettive correlate ad interessi legittimi debba necessariamente essere ricostruita secondo gli schemi tipici della responsabilità aquiliana ovvero secondo modelli alternativi.

Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza si è dubitato che nella nuova prospettiva dei rapporti tra privato e P.A. connessi all'esercizio della funzione pubblica si debba necessariamente fare riferimento, quanto meno ai fini dell'indagine sull'elemento soggettivo della responsabilità, ai parametri della responsabilità extra contrattuale.

La sostanziale diversità delle situazioni prese in esame, in cui mentre nell'ordinaria responsabilità aquiliana manca una preesistente relazione specifica tra danneggiante e danneggiato nella responsabilità da attività provvedimentale illegittima tale relazione è rinvenibile, ha indotto a ritenere che la responsabilità da illegittimo esercizio della funzione pubblica possa essere ricostruita, dal punto di vista sistematico, attraverso il richiamo alla responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, ovvero alla responsabilità precontrattuale.

Per quanto riguarda la responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione si è ipotizzato che essa possa conseguire alla sussistenza di un procedimento che pone in essere i presupposti di un contatto amministrativo qualificato, nel cui ambito si debbono riconoscere al privato aspettative meritevoli di tutela quanto alla correttezza dell'agire della P.A.; la responsabilità precontrattuale, per parte sua, sarebbe rinvenibile nell'aspettativa tutelata alla correttezza e buona fede dell'azione della P.A., con particolare riferimento ai rapporti finalizzati alla instaurazione di rapporti contrattuali con la P.A.

Le ricostruzioni alternative al modello tradizionale della responsabilità aquiliana alle quali si è fatto cenno pur cogliendo, sotto diversi profili, taluni aspetti particolarmente interessanti della nuova configurazione della responsabilità provvedimentale della P.A. non sono esenti da rilevanti criticità.

Di tali aspetti si è resa conto la stessa giurisprudenza amministrativa alla quale è sostanzialmente riconducibile il tentativo di tracciare i lineamenti essenziali del nuovo modello di responsabilità di cui si discute: il richiamo alla teoria della responsabilità da contatto amministrativo qualificato, infatti, sembra tendenzialmente indirizzato al superamento delle delicate questioni che si sono poste in tema di identificazione dell'elemento soggettivo dell'illecito.

Con specifico riferimento a tale profilo, infatti, si è ritenuto potersi fare riferimento alla responsabilità contrattuale e conseguentemente alla disciplina di cui all'art. 1218 cod. civ., con inversione dell'onere probatorio relativamente alla colpa della P.A. che sarebbe oggetto di presunzione a seguito della accertata illegittimità dell'atto amministrativo, salva la prova contraria.

Si tratterebbe, in sostanza, di innestare taluni profili della responsabilità contrattuale nella vicenda originata dal provvedimento illegittimo e ciò al dichiarato scopo di alleviare l'onere probatorio sulla imputazione soggettiva della responsabilità che, anziché essere provato dal danneggiato, potrebbe essere presunto spettando alla P.A. la prova della insussistenza nel caso concreto della colpa.

L'utilizzo del diverso modello decisionale che fa leva sull'ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A. coglie invece l'aspetto della lesione dell'affidamento in ordine alla correttezza e buona fede dell'operato della P.A., ma incontra il grave limite della sostanziale riconducibilità della tutela offerta al mero profilo indennitario, assai più limitato di quello risarcitorio.

Il sintetico accenno ai tentativi operati dalla giurisprudenza e dalla dottrina di ricostruire secondo parametri almeno parzialmente diversi da quelli imposti dal paradigma della responsabilità aquiliana taluni profili dell'illecito provvedimento della P.A. dimostra la sostanziale inadeguatezza di quel modello alla regolazione del rapporto tra privato e P.A.

Di tale inadeguatezza si è recentemente fatta interprete anche la giurisprudenza di legittimità attraverso il richiamo ai principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa ed insieme di partecipazione del privato al procedimento amministrativo introdotti nell'ordinamento con la legge 7 agosto 1990 n. 241.

Si è infatti osservato che il modello della responsabilità aquiliana appare più congeniale nell'ambito di un ordinamento in cui venga privilegiato l'aspetto autoritativo nell'agire della P.A., mentre appare inadeguato nell'ambito di un sistema in cui, a seguito della introduzione delle regole sul procedimento amministrativo, il privato non risulta più essere destinatario passivo dell'azione amministrativa ma beneficiario di obblighi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione il cui inadempimento può essere soggetto al sindacato giurisdizionale.

In questa nuova prospettiva, e proprio nell'ambito dell'ulteriore corso del giudizio nel quale si è collocata la sentenza n. 500 del 1999, la sentenza n. 157 del 10 gennaio 2003 della Corte di Cassazione ha enunciato il principio secondo cui l'inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa che costituisce l'essenza della lesione

dell'interesse legittimo integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale di quanto non lo sia il modello della responsabilità aquiliana.

La menzionata decisione ha cura di precisare che l'inquadramento degli obblighi procedurali nello schema contrattuale è proponibile soltanto con riferimento a situazioni che si siano verificati successivamente all'entrata in vigore della legge n. 241/90, che assume il rilievo di dato normativo fondante la nuova ricostruzione della responsabilità della P.A. per attività provvedimentoale illegittima.

Se questo nuovo indirizzo interpretativo troverà conferma se ne dovrà ragionevolmente desumere la creazione di un nuovo modello di responsabilità della P.A. i cui lineamenti e le cui conseguenze non sono ad oggi esattamente percepibili.

## **5. Il ruolo della giurisprudenza: il confronto a distanza tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo.**

Si è già detto del ruolo essenziale svolto dalla giurisprudenza nella individuazione delle fattispecie di danno risarcibile conseguente ad attività provvedimentoale illegittima, in applicazione del nuovo indirizzo interpretativo inaugurato dalla più volte citata decisione delle Sezioni Unite n. 550 del 1999.

Si deve qui ricordare la rilevanza nella materia considerata del nuovo riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo introdotto dapprima con il decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 e successivamente dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, che da un lato ha adeguato il richiamato decreto ai rilievi formulati dalla Corte Costituzionale e dall'altro ha ulteriormente innovato la materia del riparto delle giurisdizioni, ampliando il novero delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva amministrativa .

La menzionata legge 205 2000 ha altresì attribuito al Giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, modificando in tal senso l'art. 7 della legge n. 1034 /1971 istitutiva dei tribunali amministrativi regionali ed abrogando ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al Giudice ordinario della controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi .

L'innovazione legislativa ha conseguentemente ampliato l'ambito della cognizione da parte del Giudice amministrativo dei profili risarcitori derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, estendendola anche alla valutazione dei comportamenti della P.A. e non più soltanto alla legittimità degli atti da essa posti in essere.

In questa prospettiva la tematica connessa alla risarcibilità della lesione di situazioni soggettive correlate ad interessi legittimi, nel nuovo assetto risultante dalla svolta giurisprudenziale del 1999, è stata affrontata sia dal Giudice ordinario, sia dal Giudice amministrativo tanto nella ampliata giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, quanto in conseguenza dell'annullamento di atti illegittimi.

In questo nuovo contesto si è aperto un confronto a distanza tra il Giudice ordinario ed il Giudice amministrativo, che ha dato luogo a modelli decisionali parzialmente divergenti in sede di applicazione dei principi posti dalla sentenza n. 500 /1999.

E' subito emersa, infatti, una significativa differenziazione tra le due giurisdizioni con particolare riferimento all'elemento soggettivo dell'illecito della P.A.: l'abbandono della teoria della colpa in re ipsa quale conseguenza della adozione di atti illegittimi da parte della P.A., propugnato dalla Suprema Corte nell'ambito della pronuncia che ha riconosciuto la risarcibilità delle lesioni di interessi legittimi correlati a situazioni meritevoli di tutela, ha indotto il Giudice amministrativo ad interrogarsi sulla effettività di una tutela risarcitoria ancorata alla dimostrazione da parte del danneggiato dalla colpa della P.A. e a ricercare diverse soluzioni capaci di alleviare l'onere probatorio che in determinate situazioni non potrebbe essere adeguatamente adempiuto da parte del privato danneggiato.

E' in questo quadro che si collocano le diverse teorie delle quali si è in precedenza fatto riferimento e che consumano il tentativo di inquadrare l'illecito provvedimento della P.A. ora nell'ambito della responsabilità contrattuale (sia pure con specifico riferimento all'elemento soggettivo dell'illecito) ora della responsabilità precontrattuale.

E' interessante notare, a questo proposito, che il Giudice ordinario, almeno in una prima fase, sembra aver particolarmente accentuato l'indagine sulla sussistenza dell'elemento soggettivo nell'ambito dell'illecito provvedimento della P.A. richiedendo, ai fini risarcitori, che accanto alla illegittima azione amministrativa risulti provata anche la violazione delle regole di imparzialità, correttezza, buona fede nell'agire della pubblica amministrazione.

Emblematica, in questa prospettiva, è una decisione della Suprema Corte (Cass. 4 settembre 2001 n. 11396) con la quale - pur in presenza di atti dichiarati illegittimi dal Giudice amministrativo - si è ritenuto esente da responsabilità, sotto il profilo dell'assenza di colpa, il comportamento di un comune i cui atti illegittimi sarebbero stati giustificati dalla protezione di interessi pubblici ritenuti prevalenti rispetto agli interessi, pur meritevoli di tutela, perseguiti dal privato danneggiato.

Nello stesso periodo, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, maturava il diverso approccio secondo il quale - come in precedenza si è riferito - dalla illegittimità dell'atto amministrativo è possibile ricostruire quanto meno una presunzione di colpa in capo alla P.A. con evidenti diversi effetti in ordine alla prova dell'elemento soggettivo, spettando in questa diversa prospettiva alla P.A. l'onere di provare l'assenza di colpa (emblematica è in questo senso la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239).

Altri rilevanti aspetti di questo confronto a distanza tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo riguardano il rilievo da attribuirsi, ai fini risarcitori, alla impugnativa dell'atto amministrativo illegittimo, fonte del pregiudizio per il privato.

Come si ricorderà, sia pure incidentalmente, nella decisione 500 del 1999 delle Sezioni Unite il profilo attinente alla cosiddetta pregiudiziale amministrativa era stato risolto

negandosi efficacia dirimente, ai fini delle risarcibilità del danno ingiusto, alla previa rimozione dell'atto illegittimo.

Questo aspetto del problema, che è connesso a quello più generale della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, ha ingenerato delicate questioni davanti al Giudice amministrativo sia nell'ambito della sua nuova giurisdizione esclusiva, sia soprattutto nell'ambito della ordinaria giurisdizione di legittimità.

Nell'ambito della giurisdizione di legittimità, infatti, il Giudice amministrativo ha soltanto eccezionalmente il potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi (sostanzialmente i soli atti amministrativi a carattere normativo che siano in contrasto con una superiore disposizione di legge), mentre nella giurisdizione esclusiva, quando debba conoscere di diritti soggettivi, il Giudice amministrativo può disapplicare ogni atto anche di carattere provvedimento che risulti contrastante con una fonte superiore.

Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, per converso, il ruolo della rimozione dell'atto amministrativo illegittimo ai fini risarcitori ha subito un netto ridimensionamento, privilegiandosi l'indagine in ordine alla ingiustizia del danno ed alla sussistenza dell'elemento soggettivo di imputabilità dell'illecito alla P.A.. D'altra parte non può non rilevarsi il sempre maggiore rilievo che deve attribuirsi, nella materia considerata, agli orientamenti che emergono nell'ambito della giurisdizione amministrativa che sembra tendenzialmente deputata a regolare anche i profili risarcitori conseguenti all'esercizio illegittimo della funzione pubblica (emblematica è in questo senso l'abrogazione delle norme che attribuiscono al Giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi).

Il rilievo da assegnare ai nuovi orientamenti del Giudice amministrativo è tra l'altro accentuato dalla constatazione che rispetto alle pronunce del Consiglio di Stato, come è noto, l'intervento della Corte di Cassazione è limitato ai soli profili attinenti al riparto della giurisdizione, con esclusione quindi della sindacabilità delle regole attributive della responsabilità della P.A. a seguito di illegittimo esercizio della funzione pubblica.

#### **6. Morte e resurrezione della pregiudiziale amministrativa: il risarcimento del danno da attività provvedimento ritorna ad essere una corsa ad ostacoli?**

Come si è in precedenza rilevato una delle più delicate questioni che si pongono in ordine alla risarcibilità del danno derivante dall'uso illegittimo della funzione pubblica riguarda la compatibilità di tale tutela risarcitoria a fronte della persistenza efficacia nell'ordinamento dell'atto amministrativo lesivo della situazione soggettiva del danneggiato.

In altri termini si pone la questione se sia consentito qualificare come non conforme al diritto oggettivo una condotta coerente con la situazione giuridica determinata dalla persistente efficacia, prevista dalla legge di un atto amministrativo.

Nella nuova prospettiva delineata dalla decisione n 500/1999 la pretesa risarcitoria nei confronti della P.A. per illecito provvedimento risulterebbe ammessa indipendentemente dalla rimozione dell'atto lesivo ad opera del Giudice amministrativo ovvero della stessa amministrazione in sede di autotutela.

Tale opzione interpretativa, pur autorevolmente enunciata, ha suscitato notevoli perplessità, sembrando assai difficile conciliare da un lato il permanere degli effetti dell'atto amministrativo pretesamente lesivo della situazione soggettiva del privato e dall'altro la qualificazione in termini di ingiustizia del danno conseguente alla esecuzione dell'atto.

Il problema si è ulteriormente acuito a seguito dell'ampliamento della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo nei termini ai quali in precedenza si è fatto cenno, ritenendosi assai discutibile, in quanto non coerente con il sistema, consentire al danneggiato di agire per il solo risarcimento del danno ingiusto, senza onerarsi di impugnare l'atto amministrativo nei termini di decadenza previsti dalla legge.

Con una recente decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n.4 del 26 marzo 2003) la questione è stata affrontata e risolta nel senso della persistente necessità, ai fini dell'azione di risarcimento del danno per attività provvedimento illegittima della tempestiva impugnativa dell'atto amministrativo e della sua rimozione dall'ordinamento ad opera del Giudice amministrativo.

Si è in proposito rilevato che la circostanza che in una materia che sia di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo non significa che tutte le controversie che in tale materia ricadano vertano su diritti soggettivi. Ove la situazione giuridica soggettiva fatta valere assuma le caratteristiche dell'interesse legittimo si è ritenuta la necessità dell'esperimento, anche contestuale dell'azione di annullamento dell'atto illegittimo ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria.

Quasi coevamente al maturare di tale soluzione interpretativa che nel rivitalizzare la cosiddetta pregiudiziale amministrativa pone rilevanti limiti all'azione risarcitoria nei confronti della P.A. per atti amministrativi illegittimi, imponendo al danneggiato una tempestiva reazione nei ristretti termini di decadenza per l'impugnativa giurisdizionale di tali atti, anche nell'ambito della giurisdizione ordinaria è emerso un orientamento sostanzialmente coerente a quello fatto proprio dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Si è infatti ritenuto che nell'ambito del giudizio risarcitorio promosso davanti al Giudice ordinario nei confronti della P.A. per attività provvedimento illegittima l'interessato abbia l'onere di tempestiva impugnativa degli atti, essendo tra l'altro precluso l'accertamento in via incidentale della illegittimità dell'atto, poiché la disapplicazione può avvenire soltanto quando questo non assume rilievo come causa della lesione del diritto del privato (Cass. Sez. II 27 marzo 2003 n. 4538).

Entrambe le citate pronunce sotto diversi profili ripropongono quindi la pregiudiziale amministrativa nel senso di ritenere necessaria, ai fini dell'azione di risarcimento del

danno, la tempestiva impugnazione nella competente sede degli atti illegittimi fonte della lesione della situazione giuridica soggettiva vantata dal danneggiato.

In questa nuova prospettiva, che sembrerebbe condivisa anche dal Giudice ordinario, il percorso per l'ottenimento del risarcimento del danno inferto ad una situazione giuridica qualificabile in termine di interesse legittimo si presenta nuovamente irto di ostacoli.

La tempestiva reazione del privato rispetto all'atto amministrativo illegittimo si ripropone quale circostanza imprescindibile per l'ottenimento della tutela risarcitoria, con un evidente regresso del grado di effettività della tutela nei confronti dell'uso illegittimo della funzione pubblica.

La tendenziale attribuzione alla giurisdizione esclusiva amministrativa della cognizione della controversie risarcitorie nei confronti della P.A. per attività provvedimento illegittima induce a ritenere che l'orientamento restrittivo fatto proprio dall'adunanza plenaria riverbererà notevole influsso sull'orientamento del Giudice amministrativo, riducendo gli spazi di effettività di tutela risarcitoria.

## **7. Un prudente segnale della Corte di Giustizia.**

Le delicate questioni delle quali si è in precedenza trattato e particolarmente quelle relative ai poteri di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi assumono un particolare rilievo nell'ambito della tutela dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

E' nozione di comune dominio, infatti, la non riconducibilità delle situazioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento comunitario alla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo, essendo quest'ultimo istituto peculiarità del nostro ordinamento.

In questa prospettiva si è posto il problema della compatibilità con il diritto comunitario della disciplina di diritto nazionale che imponga la impugnazione in termini brevi di atti della P.A. (e specificamente un bando di gara) al fine di rendere ricevibili i motivi di diritto, basati sull'incompatibilità di tale atto con il diritto comunitario, dedotti avverso un atto della P.A. applicativo del bando non impugnato. Si è posta, in altri termini la questione se si possa disapplicare un atto amministrativo non impugnato nei termini di decadenza previsti dall'ordinamento interno per effetto della sua riscontrata compatibilità con il diritto comunitario.

La Corte di Giustizia della Comunità Europea, con recente decisione, ha offerto una soluzione prudente di segno affermativo ma con specifico riferimento al caso concreto ad essa sottoposto (Corte C.E., Sez. IV, 27 febbraio 2003, C – 327/00).

Dopo aver ricordato che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, alla esigenza di effettività, in quanto costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto la Corte ha tuttavia osservato la necessità di un esame del caso concreto al fine di verificare se la norma

processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario.

Nella fattispecie concretamente sottoposta al suo esame dal Giudice amministrativo italiano (TAR Lombardia Sez. III Ord. 8 agosto 2000) la Corte ha rilevato che il comportamento mutevole dell'autorità giudicatrice in ordine alla interpretazione di una clausola di bando di gara all'esito del quale l'offerente leso aveva potuto conoscere l'effettiva interpretazione dell'autorità giudicatrice soltanto quando il termine per l'impugnazione del bando era già scaduto ha effettivamente reso eccessivamente difficile per l'offerente l'esercizio dei diritti conferitogli dall'ordinamento giuridico comunitario .

In questa prospettiva la Corte ha ritenuto che il Giudice nazionale possa ritenere ricevibili i motivi di ricorso basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario dedotti a sostegno dell'impugnazione della decisione di esclusione dalla gara ricorrendo, se dal caso, alla possibilità di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Si tratta, come si è già rilevato, di una decisione prudente e esplicitamente dettata dalle peculiarità di caso concreto, in cui proprio il comportamento dell'amministrazione giudicatrice aveva concorso a indurre il partecipante alla gara a non impugnare tempestivamente le clausole del bando lesive di situazioni tutelate dall'ordinamento comunitario.

La vicenda ripropone le questioni, già in precedenza accennate, relative all'ambito del potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi da parte del Giudice amministrativo nell'ambito del giudizio di legittimità, ovvero nell'ambito della giurisdizione esclusiva quando la situazione soggettiva lesa sia di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

Come si è in precedenza ricordato l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha recentemente escluso tale possibilità e non sembra possa affermarsi che a seguito della recente decisione della Corte Europea la soluzione possa essere diversa, anche se la situazione lesa riguardi un diritto riconosciuto dall'ordinamento comunitario.

La più volte segnalata peculiarità del caso concreto, in cui il comportamento ondivago dell'amministrazione aggiudicatrice ha concorso ad indurre il privato a non impugnare tempestivamente il bando di gara sembra suggerire un atteggiamento estremamente prudentiale rispetto al segnale proveniente dai Giudici europei.

## **8. I problemi aperti e le prospettive di soluzione.**

Nella attuale fase evolutiva degli orientamenti della giurisprudenza nella materia dell'illecito della P.A. nell'esercizio della funzione pubblica numerosi sono i problemi tutt'ora aperti.

Particolarmente rilevante è la delicata questione dell'inquadramento sistematico della responsabilità della P.A. conseguente alla illegittimità provvedimentoale : la tendenza a considerare inadeguato il ricorso al modello della responsabilità aquiliana, che risulta inappropriato nella nuova prospettiva che vede il privato titolare di posizioni soggettive alle quali corrispondono specifici obblighi di comportamento della P.A. e ritiene superato il modello autoritativo dell'agire della P.A., rende ineludibile la ricerca di un nuovo inquadramento sistematico, capace di orientare la soluzione dei casi concreti.

Il ricorso, sempre più diffuso in giurisprudenza, alla assimilazione della responsabilità della P.A. nella materia considerata ad un tipo di responsabilità assai vicino a quella contrattuale (c.d. responsabilità da contatto amministrativo) comporta notevoli vantaggi per il privato danneggiato, sia sotto il profilo probatorio dell'elemento soggettivo della imputabilità del danno (spettando alla P.A. la prova della assenza di colpa nella adozione del provvedimento illegittimo) sia sotto il profilo del più lungo termine prescrizioneale dell'azione di responsabilità contrattuale rispetto a quella aquiliana.

La più ampia sfera di tutelabilità delle situazioni soggettive correlate ad interessi legittimi cosiddetti oppositivi (caratterizzati dalla sussistenza di una posizione di vantaggio già acquisita) rispetto a quella accordata agli interessi legittimi cosiddetti pretensivi (caratterizzati dalla sussistenza di una aspettativa giuridicamente rilevante di un provvedimento favorevole) pone a sua volta delicate questioni in tema di risarcibilità del danno, affidando al giudice - con riferimento agli interessi pretensivi - il compito di effettuare un giudizio prognostico sul possibile esito favorevole delle istanze del privato.

In questa prospettiva la tendenziale attribuzione al giudice amministrativo di tutte le questioni connesse alla risarcibilità conseguente all'attività provvedimentoale illegittima può essere considerata una scelta condivisibile in quanto con essa si affida ad un giudice specializzato la valutazione dei comportamenti della P.A. anche alla luce del principio di buona amministrazione per la cui applicazione è certamente necessaria una approfondita conoscenza dei meccanismi che regolano l'attività amministrativa.

La recente riemersione della cosiddetta pregiudiziale amministrativa, con conseguente onere per il privato di promuovere tempestivamente il giudizio impugnatorio dell'atto illegittimo allo scopo di rendere risarcibile la lesione della situazione correlata ad interesse legittimo comporta inevitabilmente un aggravio per la posizione del privato, soltanto in parte alleviato dalla concentrazione presso un unico giudice (quello amministrativo) della cognizione tanto della eventuale illegittimità dell'atto, quanto dei danni da esso conseguenti.

La soluzione dei problemi ancora aperti è in oggi affidata, in larga misura, alla giurisdizione amministrativa, in assenza di un intervento del legislatore che detti le regole sostanziali dell'azione amministrativa : all'indomani della pubblicazione della

sentenza n. 500/1999 era stata approvata dalla Camera dei deputati un proposta di legge concernente “norme generali sull’attività amministrativa” nell’ambito della quale si affermava il principio, coerente con l’ordinamento comunitario, secondo cui le amministrazioni pubbliche agiscono normalmente secondo le norme del diritto privato salvo i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi e regolamenti.

E’ probabilmente soltanto con l’affermazione mediante norme di diritto positivo di tale principio che potrà definitivamente imporsi una svolta nei rapporti tra cittadino e P.A., con il superamento delle incertezze che al momento connotano la materia considerata.