

## NOTA A SENTENZA

### CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, 16 SETTEMBRE 2004 N. 5995

Il Consiglio di Stato ritorna, con la presente sentenza, ad occuparsi di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, affrontando lo spinoso e controverso problema dei termini di prescrizione per l'esercizio dell'azione di danni innanzi al giudice amministrativo. Si tratta di una pronuncia destinata a costituire autorevole precedente in una materia - quella della responsabilità civile della P.A. - ancora oggi priva di un quadro di riferimento completo e stabile tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Palazzo Spada è stato in grado, ancora una volta, di svolgere egregiamente la propria funzione nomofilattica, riuscendo ad enunciare alcuni essenziali principi di diritto nonostante i limiti di cognizione che il meccanismo devolutivo ha comportato sulla sentenza di prime cure appellata.

### FATTO

**0.1.** La Autolinee Eredi di Fernandes Pasqualino s.a.s. (d'ora in poi: Ditta Fernandes) era concessionaria da vecchia data del servizio di cinque autolinee d'interesse della Regione Campania. In data 20/11/1971 la Ditta Fernandes decadeva dalla concessione per effetto di un provvedimento del Ministero dei Trasporti e il relativo servizio di autotrasporto veniva assegnato alla T.P.N.. La Ditta Fernandes, con ricorso al Consiglio di Stato, otteneva l'annullamento del provvedimento di decadenza con decisione della sez. VI, 6 aprile 1973 n.140. In ottemperanza alla pronuncia, la Regione Campania - subentrata in materia nelle funzioni del Ministero dei Trasporti - con delibera della Giunta n. 5233/1974, reintegrava solo formalmente la Ditta Fernandes nella titolarità del servizio di autotrasporto, lasciando l'esercizio effettivo in capo alla T.P.N., nel frattempo sostituita dal C.T.P..

**0.2.** In data 8 aprile 1986, la Ditta Fernandes diffidava la Regione Campania a reintegrarla nel servizio di autotrasporto e, decorso il termine assegnato di trenta

giorni, spiegava ricorso al T.A.R. Campania-Napoli avverso il silenzio-rifiuto ritualmente formatosi. Con sentenza 8 novembre 1991 n.362, il T.A.R. campano dichiarava l'obbligo a provvedere sulla domanda di reintegrazione della Ditta Fernandes. Confermata tale pronuncia dal Consiglio di Stato, con decisione della sez. VI, 29 dicembre 1993 n.1061, la Regione Campania ottemperava al giudicato con delibera della giunta regionale 26 luglio 1994 n. 5233. Per l'effetto, la Ditta Fernandes veniva reintegrata nel servizio di autotrasporto e, in data 2 gennaio 1995, comunicava la ripresa del servizio alla Regione Campania.

**0.3.** In data 13/01/1999, la Ditta Fernandes diffidava la Regione Campania a risarcire il danno procurato per la ritardata reintegrazione nel servizio e, in data 16/05/2000, veniva depositato un nuovo ricorso (il terzo) al T.A.R. Campania-Napoli, rubricato al R.G. n.4657/2000, con il quale la Ditta Fernandes chiedeva il risarcimento del danno subito dalla data della prima sentenza del Consiglio di Stato (anno 1973) fino alla ripresa del servizio (2 gennaio 1995). La Regione Campania, costituitasi in giudizio, eccepiva la prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento che, decorrendo dal 1973, si era irrimediabilmente consumata alla data della diffida della Ditta Fernandes, notificata soltanto il 1986. Il T.A.R. campano accoglieva integralmente l'eccezione di prescrizione e, per l'effetto, rigettava il ricorso della Ditta Fernandes. Avverso tale sentenza veniva spiegato appello al Consiglio di Stato, rubricato al R.G. n.5476/2002, con il quale la Ditta Fernandes precisava che la domanda risarcitoria si riferiva a due periodi diversi e si articolava su presupposti affatto differenti. Per un primo periodo - dal 1° aprile 1972 all'8 aprile 1986 - la responsabilità dell'Amministrazione si fondava non sull'annullamento del provvedimento ministeriale di decadenza dalla concessione, ma sulla delibera della giunta regionale del 1974 che ometteva la dovuta reintegra sostanziale della Ditta Fernandes; per il secondo periodo - dall'8 aprile 1986 al 2 gennaio 1995 - il risarcimento si fondava sull'obbligo, accertato dal giudicato del T.A.R. Campania-Napoli con sent. n.362/1991, di provvedere alla reintegra e rimasto

inadempito fino al gennaio 1995. L'appello spiegato dalla Ditta Fernandes volge a qualificare entrambe le fattispecie di responsabilità come illecito omissivo permanente, per cui il diritto al risarcimento, rinnovandosi continuamente, si dovrebbe considerare prescritto soltanto per i cinque antecedenti al primo atto interruttivo. Nel caso di specie, dunque, essendo stata notificata diffida alla reintegra nel 1986, il periodo di risarcibilità decorrerebbe dal 1981 fino al 2 gennaio 1995. Il Consiglio di Stato, in accoglimento dello spiegato appello, riforma parzialmente la sentenza del T.A.R. campano e fissa così nuovi e decisivi punti di riferimento in materia di qualificazione della responsabilità della P.A. e di prescrizione del diritto al risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo.

## **DIRITTO**

### **1. Lesione di interesse legittimo oppositivo - Qualificazione di illecito istantaneo (ad effetti permanenti)**

Il Consiglio di Stato ritiene necessario, preliminarmente ad ogni altra decisione, identificare e distinguere nettamente due diverse fattispecie di responsabilità nella controversia per cui è causa. Nel primo periodo - anteriore all'atto di diffida dell'8 aprile 1986 (rectius: alla scadenza del termine di diffida fissato all'8 maggio 1986) - si è verificata, secondo i giudici di Palazzo Spada, una responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interesse legittimo oppositivo, in quanto l'illecito è stato determinato, secondo il *dictum* della risalente sentenza del Consiglio di Stato n.140/1973 fornito dell'autorità di giudicato, dall'illegittimo provvedimento di decadenza dalla concessione per il servizio di autotrasporto, e, dall'altro lato, dall'illegittimo affidamento alla T.P.N. del relativo servizio<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> E' opinione pressoché unanime che i provvedimenti concessori costituiscano in capo al cittadino situazioni di pieno diritto soggettivo, sicché l'esercizio di potestà autoritative ed unilaterali di natura

A questo punto la sentenza esprime il primo e fondamentale principio di diritto, affermando che la lesione di interesse legittimo oppositivo è qualificabile come illecito istantaneo. Il Consiglio di Stato, con una sapiente ricostruzione della dogmatica dell'istituto della responsabilità - mutuando altresì concetti e schemi del diritto comune e soprattutto della scienza giuspenalistica - stabilisce che l'istantaneità dell'illecito in questione si ricava non già con riferimento al danno, bensì al rapporto eziologico tra questo e il comportamento *contra ius* doloso o colposo. Il concetto espresso, sostanzialmente nuovo per la giurisprudenza amministrativa<sup>2</sup>, è oramai consolidato nella dottrina penalistica, secondo cui è necessario porre attenzione alla fase di consumazione dell'illecito per qualificare lo stesso come istantaneo o permanente. Segnatamente, l'illecito si "consuma", o semplicemente si perfeziona, al momento della coesistenza di tutti gli elementi della fattispecie di responsabilità, e tale consumazione può essere istantanea o permanente a seconda che il momento consumativo si esaurisca immediatamente o, altrimenti, si protragga nel tempo<sup>3</sup>. Il Consiglio di Stato, allora, afferma e chiarisce che la lesione di interessi legittimi oppositivi è sempre un illecito istantaneo, in quanto la "consumazione", e dunque la coesistenza di tutti gli elementi dell'illecito (fatto, elemento soggettivo, antigiuridicità, nesso eziologico e danno), si manifesta e si esaurisce contemporaneamente, nello stesso istante, in quanto il fatto lesivo, consistente nell'adozione del provvedimento sacrificativo illegittimo, si manifesta *uno actu* e, dunque, non perdura nel tempo.

La qualificazione di illecito istantaneo della responsabilità per lesione di interessi legittimi oppositivi finisce per avere significative ricadute sulla prescrizione della

---

sacrificativa da parte dell'Amministrazione - tra le quali si annovera certamente il provvedimento di decadenza - ingenera nel privato situazioni soggettive di interesse legittimo oppositivo (per tutti, cfr. A. ROMANO, in MAZZAROLLI E ALTRI, *Diritto Amministrativo*, 3ª ediz., Bologna, 2001, I, 345 ss.).

<sup>2</sup> Si tratta, in effetti, di novità assoluta nella giurisprudenza relativa alla giurisdizione di legittimità del G.A.; i soli precedenti registrabili sulla qualificazione dell'illecito come istantaneo si rinvergono nelle pronunce in giurisdizione esclusiva relativi a diritti, principalmente nella materia dell'occupazione acquisitiva (cfr.: TAR Veneto-VE, sez. I, 20/11/2003, n. 5799; Cons. Stato, sez. IV, 10/11/2003, n.7135; TAR Campania-NA, sez. V, 04/07/2002, n.3927).

<sup>3</sup> Cfr., ad esempio, C. FIORE, *Diritto Penale, Parte generale*, 1999, UTET, Vol. I, 191-193.

pretesa risarcitoria, impedendo quella rinnovazione dell'illecito di momento in momento che, altrimenti, assicurerebbe la risarcibilità dei danni maturati nel quinquennio anteriore al primo atto interruttivo<sup>4</sup>. All'uopo è bene precisare che l'eventuale qualificazione dell'illecito come istantaneo con effetti permanenti - come d'altronde avviene nella presente sentenza - non muta le conclusioni suesposte, in quanto la permanenza degli effetti riguarda esclusivamente il perdurare dell'elemento del danno che, non accompagnato dagli altri elementi costitutivi dell'illecito, non può impedire il decorrere della prescrizione della pretesa risarcitoria dal momento istantaneo della consumazione. In tal senso, l'unica conseguenza pratica sulla dinamica risarcitoria potrebbe riguardare il *quantum debeatur*, e dunque la misura del risarcimento che risentirebbe della permanenza della situazione di danno, ma non il *dies a quo* della prescrizione.

## **2. Dies a quo e pregiudiziale amministrativa**

La qualificazione di illecito istantaneo (anche con eventuali effetti permanenti) della responsabilità per lesione di interessi oppositivi non basta, però, ad individuare il *dies a quo* della prescrizione nel momento dell'efficacia del provvedimento sacrificativo illegittimo. Il Consiglio di Stato fissa, a questo punto, il secondo essenziale principio di diritto della presente decisione. Se il *dies a quo* potenziale si individua nel momento di efficacia del provvedimento lesivo, la prescrizione deve tener conto altresì della azionabilità della pretesa risarcitoria, e cioè del momento in cui la pretesa può essere fatta valere, secondo il noto brocardo: *actioni nondum natæ non præscribitur*, positivizzato dall'art. 2935 del codice civile. In tal senso, la dinamica della responsabilità per lesione di interessi legittimi contempla l'istituto peculiare della cd. pregiudiziale amministrativa, secondo cui la pretesa risarcitoria è azionabile soltanto dopo

---

<sup>4</sup> La prescrizione quinquennale deriva dalla qualificazione della responsabilità per lesione di interessi legittimi come aquiliana, che la presente sentenza ritiene pacifica, almeno per gli interessi legittimi oppositivi.; cfr: *infra*, note 16 e 17.

l'avvenuta caducazione del provvedimento lesivo per mezzo di sentenza demolitoria del giudice amministrativo<sup>5</sup>; sentenza che, secondo Palazzo Spada, deve essere passata in giudicato affinché possa consentire l'esercizio dell'azione di danni<sup>6</sup>. Ne consegue che, nella controversia decisa, essendo passata in giudicato la sentenza demolitoria del Consiglio di Stato n. 140/1973 nello stesso momento della sua emanazione<sup>7</sup>, la prescrizione è decorsa nel quinquennio 1973-1978 sicché l'azione di danni si è irrimediabilmente prescritta.

Il Consiglio di Stato offre interessanti e raffinati spunti ricostruttivi sulla pregiudiziale amministrativa, a cominciare dalla netta distinzione prospettata sulla vigenza e sui contenuti dell'istituto prima e dopo la sentenza Cass. SS.UU. 500/1999. In tal senso viene rammentato che, prima della svolta interpretativa operata dalla celebre sentenza della Cassazione a favore della risarcibilità diretta del danno all'interesse legittimo, la pregiudiziale amministrativa rappresentava l'unico strumento di tutela risarcitoria, pur se indiretto, dell'interesse legittimo oppositivo. Si riteneva, infatti, che attraverso la caducazione dell'illegittimo provvedimento sacrificativo, l'interesse legittimo oppositivo si riespandeva retroattivamente in diritto soggettivo. Ne conseguiva così l'esperibilità dell'azione di danni innanzi al giudice ordinario per il (riespanso) diritto soggettivo, secondo le regole della tutela aquiliana<sup>8</sup>.

Completamente differente è la logica che sostiene la “nuova” pregiudiziale amministrativa, generata in via pretoria dal giudice amministrativo immediatamente dopo la menzionata sentenza della Cassazione e, soprattutto,

---

<sup>5</sup> Il principio è chiaramente espresso nella nota sentenza Cons. Stato, Ad. Plen. n.4/2003, secondo cui: *“L'azione di risarcimento del danno [...] è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento”*.

<sup>6</sup> Sulla necessità o meno della formazione del giudicato sulla pronuncia demolitoria del G.A. ai fini della pregiudiziale amministrativa e dell'azionabilità della pretesa risarcitoria, vedi *infra*.

<sup>7</sup> In quanto all'epoca, non essendo ancora funzionanti i Tribunali Amministrativi Regionali, le pronunce del Consiglio di Stato erano di primo e unico grado.

<sup>8</sup> Per una ricostruzione sulla pregiudiziale amministrativa prima della sentenza della Cass. SS.UU. n.500/1999, cfr. per tutti: ROMANO A., in MAZZAROLLI E ALTRI, *Diritto amministrativo*, cit., 331 ss. In giurisprudenza, solo per citare le pronunce cronologicamente più vicine al *révirement* della Cassazione, cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 08/07/1998, n.1033; Cass. Civ., sez. III, 09/06/1995, n.6542.

dopo l'entrata in vigore della Legge 21 luglio 2000, n. 205 che ha concentrato l'azione di danni per la lesione dell'interesse legittimo in capo al G.A.<sup>9</sup>. E' principio oramai consolidato in giurisprudenza che l'azione di risarcimento del danno è esperibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento<sup>10</sup>. Diverse sono le motivazioni addotte dalla giurisprudenza amministrativa a fondamento della nuova pregiudiziale amministrativa<sup>11</sup>, ma tutte si riconducono all'idea condivisa per cui il legislatore, avendo concentrato l'azione di danni innanzi al giudice dell'interesse legittimo, abbia voluto assoggettare la domanda risarcitoria alla logica del giudizio amministrativo, sostanzialmente imperniata sul modello demolitorio<sup>12</sup>.

Per quanto concerne la tematica della prescrizione della pretesa risarcitoria, risulta evidente che, *mutatis mutandis*, l'esercitabilità dell'azione di danni è subordinata all'annullamento del provvedimento lesivo, oggi come allora, sulla base di due diverse logiche di pregiudizialità che, però, conducono al medesimo risultato. Il *dies a quo*, infatti, si identificherà necessariamente con l'avvenuta caducazione del provvedimento sacrificativo illegittimo, condizione per l'emersione della pretesa risarcitoria: ciò avveniva in passato per effetto della riespansione del diritto soggettivo originariamente degradato; lo stesso avviene

---

<sup>9</sup> Si tratta, in particolare, dell'art. 7 della L. 205/2000 che, attraverso la modifica dell'art. 35 del D.Lgs. 80/1998, ha infine modificato l'art. 7 comma 3 della L. 1034/1971, in base al quale: "*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*".

<sup>10</sup> Così testualmente la più significativa pronuncia in materia, Cons. Stato, Ad. Plen, sent. 26/03/2003, n.4.

<sup>11</sup> Si è sostenuto, innanzitutto, che l'interpretazione letterale del novellato art. 7 della L. TAR conduca a ritenere la pretesa risarcitoria come consequenziale all'annullamento del provvedimento lesivo (Cons. Stato, sez. VI, n.3338/2002; TAR Campania-NA, n.1651/2002); si è ritenuto, inoltre, che la pregiudiziale sia perfettamente coerente con la struttura del processo amministrativo, imperniata sulla decadenza breve per l'impugnazione e sulla mancanza di potere disapplicativo del provvedimento consolidato in capo al giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, n.3338/2002; Cons. Stato, sez. IV, n. 952/2002; TAR Sicilia-PA, sez. I, n.3548/2000; TAR Friuli Venezia Giulia, n.314/2000); per ultimo, si è sottolineato come, aggirando il termine decadenziale breve, si incorrerebbe nella esclusione di responsabilità per concorso colposo ai sensi dell'art. 1217 c.c. (Cons. Stato, sez. IV, n.1684/2001).

<sup>12</sup> Così, per tutte, la fondamentale sentenza Cons. Stato, Ad. Plen, sent. 26/03/2003, n.4.

oggi per la prevalenza della logica demolitoria che assume valore pregiudiziale nell'impianto del giudizio amministrativo.

La ricostruzione offerta dal Consiglio di Stato offre un ulteriore spunto di riflessione. E' da chiedersi se, in base alla nuova pregiudiziale amministrativa, il *dies a quo* decorra dal passaggio in giudicato della sentenza che annulla il provvedimento lesivo o, altrimenti, dalla pubblicazione della sentenza caducatoria di prime cure. La sentenza in esame sembra orientarsi per la necessità del giudicato, anche se tale orientamento andrebbe confrontato con il nuovo testo dell'art. 33 L. T.A.R.<sup>13</sup>, in base al quale le sentenze di prime cure sono esecutive e, soprattutto, oggetto di ottemperanza se non sospese dal Consiglio di Stato. Si tratta, in sintesi, di stabilire se prevalga l'orientamento più risalente che ritiene realmente esecutive soltanto le sentenze passate in giudicato (per le quali solamente sarebbe applicabile il rito esecutivo dell'ottemperanza)<sup>14</sup> o, altrimenti, quello più recente che equipara, ai fini dell'esecutività e dell'esperibilità dell'ottemperanza, le sentenze dei TT.AA.RR. non sospese alle sentenze passate in giudicato<sup>15</sup>. Tenuto conto che la giurisprudenza più recente sembra apertamente orientarsi per la piena esecutività delle sentenze di prime cure e che, ai fini della pregiudiziale amministrativa nei suoi rapporti con la decorrenza della prescrizione dell'azione di danni, quel che più conta è l'efficacia esecutiva della sentenza e non l'accessibilità al rito di ottemperanza, sembrerebbe più adeguato identificare il *dies a quo* nel giorno di deposito della sentenza che caduca il provvedimento lesivo dell'interesse legittimo oppositivo, poiché in quella data vi sarebbe l'effettiva azionabilità della pretesa risarcitoria, così come richiesto dall'art. 2935 del codice civile.

---

<sup>13</sup> Così come modificato dall'art. 10 della L. 205/2000.

<sup>14</sup> Cfr. per tutte: Cons. Stato, Ad. Plen., 23/03/1979, n.12.

<sup>15</sup> Cfr.: Cons. Stato, sez. IV, 21/08/2003, n.4678; TAR Lazio-RM, sez. I, 13/08/2003, n.7081; Cons. Stato, sez. V, 18/10/2002, n.5789.

### **3. Riflessioni sulla responsabilità per lesione di interesse legittimo in relazione all'istituto della pregiudiziale amministrativa**

L'istituto della pregiudiziale amministrativa, oramai pienamente consolidato nella giurisprudenza amministrativa, offre lo spunto per una più ampia riflessione sulla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione per lesione di interesse legittimo. Come noto, in materia non vi è concordia tanto in dottrina quanto in giurisprudenza e sono registrabili almeno tre diversi orientamenti principali che offrono una ricostruzione della responsabilità secondo i modelli del diritto civile.

L'orientamento sicuramente maggioritario riconduce la suddetta responsabilità all'alveo dell'illecito aquiliano. Si tratta, d'altronde, dello stesso principio affermato dalla Cassazione nella sentenza n.500/1999, condiviso dalla maggioritaria dottrina<sup>16</sup> e dalla giurisprudenza amministrativa<sup>17</sup> (in tal senso si orienta anche la presente sentenza). Minoritarie, invece, sono le posizioni che propendono per una qualificazione contrattuale<sup>18</sup> o precontrattuale<sup>19</sup> della responsabilità per lesione di interesse legittimo<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> A titolo meramente esemplificativo, si ricordi che già prima della svolta del 1999, si erano così espressi: F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè Ed., 1990, 47 ss.; F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 28 ss.; dopo la sentenza n. 500/1999, hanno aderito a tale impostazione, fra i tanti: F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000; L. TORCHIA, *La responsabilità*, in S. CASSESE, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2000, 1451 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n.500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335; R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001.

<sup>17</sup> Cfr., e plurimis: Cons. Stato, sez. VI, 19/11/2003, n.7473; Cons. Stato, sez. V, 03/10/2002, n.3382; Cons. Stato, sez. VI, 18/06/2002, n.3382.

<sup>18</sup> Su tutti: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003.

<sup>19</sup> I più convinti assertori della riconduzione della responsabilità civile dell'amministrazione al modello precontrattuale sono: G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urb. e app.*, 2002, 200 ss.; F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della p.a. dopo la sentenza n. 500/99*, in *Urb. e app.*, 2000, 1251 ss..

<sup>20</sup> Sintomatica di una situazione di incertezza tuttora esistente sul problema della qualificazione della fattispecie della responsabilità è la sentenza Cons. Stato, sez. V, 08/07/2002 n.3796 che riconosce una natura mista alla suddetta responsabilità, ibridando le caratteristiche peculiari sia dell'illecito extracontrattuale che di quello contrattuale.

Tali posizioni, che tendenzialmente esauriscono il panorama scientifico in materia, si caratterizzano per l'aspirazione comune di ricostruire la delicata questione della responsabilità dell'amministrazione nell'alveo dei modelli consolidati di matrice civilistica. L'istituto della pregiudiziale amministrativa, però, offre rilevanti elementi per un ripensamento più profondo dell'approccio alla materia, in una direzione più autonoma e coerente con il delicato quadro giuridico che emerge soprattutto dalle pronunce del giudice amministrativo. Non è sfuggito ad una dottrina<sup>21</sup>, ad oggi minoritaria ma particolarmente accorta e sensibile alla problematica della responsabilità civile della P.A., che l'istituto della pregiudiziale comporta una profonda deviazione dai modelli civilistici di riferimento, sicché i tempi sembrano maturi per l'affermazione della sostanziale autonomia della fattispecie di responsabilità per lesione di interesse legittimo rispetto ai canoni civilistici. D'altronde, come la sentenza annotata chiaramente dimostra, la pregiudiziale amministrativa non solo condiziona processualmente l'esperibilità dell'azione di danni innanzi al giudice amministrativo, ma finisce per avere ricadute dirette anche su profili prettamente sostanziali della responsabilità, come l'alterazione degli elementi della fattispecie dell'illecito rispetto agli artt. 1218, 1337 e 2043 del codice civile<sup>22</sup> - di fatto prescrivendo la peculiare condizione della caducazione del provvedimento lesivo - e la determinazione del *dies a quo* della prescrizione, comportando una radicale deviazione dai noti modelli civilistici.

---

<sup>21</sup> Si tratta principalmente del contributo di F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2002, 66 ss., di A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Ed. Scientifica, Napoli, 2003 e di P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 10/2004, 1121 ss..

<sup>22</sup> Secondo la giurisprudenza maggioritaria, la pregiudiziale amministrativa impone una condizione processuale per l'esperimento dell'azione di danni innanzi al G.A. (nel senso di "condizione di ammissibilità" dell'azione di danni: Cons. Stato, Ad. Plen., 26/03/2003, n.4; Cons. Stato, sez. VI, 18/06/2002, n.3338; TAR Friuli Venezia Giulia-TS, 23/04/2001, n. 179; nel senso di "condizione di proponibilità": TAR Sicilia-PA, sez. I, 22/11/2002, n.3697). E' evidente, però, che il meccanismo di preclusione processuale finisce inevitabilmente per influenzare anche l'istituto della responsabilità sotto il profilo strettamente sostanziale, comportando una deviazione dai modelli civilistici (così, nel senso sostanziale della "condizione di accoglibilità": TAR Campania-NA, sez. I, 27/03/2002, n.1651).

Quest'orientamento, ad oggi minoritario, ha trovato nella recente sentenza della Corte Costituzionale 06/07/2004, n.204 un'importante conferma. I giudici della Consulta, investiti della questione di legittimità dell'art. 35 del D.Lgs. 80/1998 in relazione ai limiti della giurisdizione esclusiva di cui all'art. 103 cost., hanno chiaramente affermato che non vi sono problemi di giurisdizione piena in quanto il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della P.A.<sup>23</sup>. Il senso mediato di tale pronuncia, al di là dei problemi di giurisdizione esclusiva affrontati soprattutto in relazione agli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 80/1998, è che la responsabilità dell'amministrazione nasce dalla lesione di interesse legittimo, ed è nella logica dell'interesse legittimo che va ricostruita la fattispecie dell'illecito. Si tratta, più semplicemente, di affermare e sostenere che non si può utilizzare pedissequamente i modelli di responsabilità sviluppati in riferimento al diritto soggettivo anche per l'interesse legittimo. Ne è prova, ancora una volta, la pregiudiziale amministrativa, che si spiega e trova ragion d'essere soltanto nella prevalenza, nel giudizio amministrativo, della pronuncia caducatoria<sup>24</sup>. Ed è infine la pregiudiziale amministrativa a imporre, proprio perché espressione della logica risarcitoria dell'interesse legittimo, un ripensamento sulla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione, nel senso di una sua totale autonomia, *in primis* dal modello aquiliano dell'art. 2043 c.c.. Tale autonomia passa necessariamente per il riconoscimento del valore sostanziale e non meramente processuale del novellato art. 7 comma 3 L. TAR, il quale, assegnando la tutela

---

<sup>23</sup> Così testualmente la sentenza Corte Cost. 06/07/2004, n.204.

<sup>24</sup> Sulle riflessioni relative alle conseguenze mediate della sentenza Corte cost. 204/2004 sulla pregiudiziale amministrativa e sulla potenziale affermazione di un nuovo modello di responsabilità, essenziale è il contributo di P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa, cit.*

risarcitoria alla giurisdizione del giudice amministrativo, diviene altresì norma primaria costitutiva di una nuova fattispecie di responsabilità, sorretta da principi e presupposti completamente autonomi, tra i quali si evidenzia certamente l'istituto della pregiudiziale amministrativa<sup>25</sup>.

#### **4. Lesione di interesse legittimo pretensivo - Danno da ritardo - Qualificazione di illecito permanente**

Ritornando al *decisum* della presente sentenza, il Consiglio di Stato affronta il secondo profilo di responsabilità dell'amministrazione, cioè quello derivante dal mancato adempimento alla diffida della Ditta Fernandes notificata in data 8 aprile 1986. Su tale diffida, come descritto in fatto, si era pronunciato il TAR Campania-NA e poi il Consiglio di Stato con sentenza n. 1061/1993 che confermava la qualificazione di silenzio-inadempimento della P.A. all'obbligo di provvedere conformemente al contratto accessivo alla concessione. E' bene premettere che la sentenza annotata prende le distanze da tale configurazione, ritenendo più adeguata una qualificazione di diffida per inadempimento di obbligo contrattuale, ma si tratta di mera pronuncia esornativa, considerata oramai l'immutabilità del giudicato<sup>26</sup>. Nonostante la forzata definizione di silenzio-rifiuto, i giudici di Palazzo Spada, riescono comunque ad affermare il

---

<sup>25</sup> A favore di una lettura dell'art. 7 comma 3 della L. TAR - nella sua attuale formulazione - quale norma sostanziale costitutiva della (nuova) fattispecie di responsabilità per lesione di interesse legittimo, si è espressa, pur se implicitamente la giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, n.3338/2002; TAR Sicilia-PA, sez. n.3548/2000; TAR Campania-NA, n.1651/2002; più apertamente, invece, parte minoritaria della dottrina: cfr.: P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa, cit.*, secondo il quale: "Nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, azionata da un'impugnativa diretta all'annullamento di un provvedimento amministrativo che nega la soddisfazione di una pretesa del privato, la domanda di risarcimento del danno rinviene una sua base giuridica normativa, svincolata dallo schema dell'art. 2043 c.c., nell'art. 7, comma 3, della L. 1034 del 1971 e non è dunque riducibile ad un'azione di diritto soggettivo. [...] A diritto vigente e alla luce dell'arresto della Consulta, la domanda di risarcimento del danno [...] è e resta un'azione di interesse legittimo e non di diritto soggettivo. [...] Da questa premessa consegue un indiretto rafforzamento della tesi della pregiudiziale amministrativa". Cfr. altresì A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa, cit.*

<sup>26</sup> Ulteriore condizionamento ai poteri cognitori del giudice di appello sono derivati dagli atti di prime cure dell'ultimo ricorso, volto al risarcimento del danno, che ha configurato ancora la condotta della P.A. come silenzio-inadempimento; tale qualificazione non è stata impugnata e, dunque, per effetto devolutivo, si è consolidata con effetto vincolante per il Consiglio di Stato.

terzo ed essenziale principio di diritto. Si tratta della qualificazione della responsabilità da lesione di interesse pretensivo per mezzo di silenzio-inadempimento<sup>27</sup> come illecito permanente<sup>28</sup>. Nel periodo di silenzio-inadempimento, affermano i giudici, è perdurata la condotta illecita da ritardo, in quanto tutti gli elementi costitutivi dell'illecito - *in primis* il comportamento silente e il relativo danno - si sono perpetuati nel tempo determinando la permanenza della fase di consumazione<sup>29</sup>. La pretesa risarcitoria, dunque, è sorta con l'inizio del fatto illecito generatore del danno, e si è rinnovata di momento in momento.

Considerata la permanenza dell'illecito da ritardo, la prescrizione della pretesa risarcitoria non può che conformarsi alla natura continuativa della responsabilità; ed infatti - giungendo così al quarto e decisivo principio di diritto - la prescrizione degli illeciti permanenti ha inizio da ciascun giorno rispetto al danno già verificatosi, sicché la prescrizione ex art. 2947 c.c. si applica ai danni maturati prima del quinquennio<sup>30</sup> anteriore al primo atto interruttivo.

##### **5. *Dies a quo* e atti interruttivi della prescrizione**

Anche nella prescrizione operante per la pretesa risarcitoria contro il danno da ritardo, è necessario approfondire ulteriori profili caratterizzanti l'istituto in esame. Per quanto concerne il *dies a quo*, il Consiglio di Stato chiarisce esemplarmente che, in caso di silenzio-inadempimento, non opera il meccanismo condizionante della pregiudiziale amministrativa. E' infatti principio altrettanto

---

<sup>27</sup> Decorso dall'8 maggio 1986 - data di scadenza dei trenta giorni per adempiere previsti dalla diffida - fino al 26 luglio 1994 - data in cui la Ditta Fernandes è stata reintegrata nel servizio di autotrasporto.

<sup>28</sup> Anche in tal caso si tratta di principio assolutamente innovativo nella giurisprudenza del giudice amministrativo, destinato anch'esso a costituire autorevole precedente.

<sup>29</sup> Cfr. *Supra*, *Diritto*, § 1.

<sup>30</sup> La prescrizione quinquennale deriva dalla qualificazione dell'illecito (non condivisa dalla sentenza in esame) come silenzio-inadempimento all'obbligo di provvedere; nella alternativa ipotesi di qualificazione come inadempimento contrattuale, avrebbe trovato invece applicazione la prescrizione generale decennale ex art. 2946 c.c..

consolidato in giurisprudenza<sup>31</sup> che, nell'ipotesi di lesione di interessi legittimi a mezzo di comportamenti - tra cui rientra certamente il silenzio serbato dalla P.A. - non vi è alcuna esigenza di annullare preventivamente il provvedimento lesivo. La conseguenza più immediata è che la prescrizione della pretesa risarcitoria inizia a decorrere da quando si verifica il silenzio-inadempimento.

Estremamente interessante, anche per le ricadute di carattere pratico destinato ad avere, è altresì il problema degli atti aventi efficacia interruttiva della prescrizione; come già innanzi detto, è dal quinquennio anteriore a tali atti che si considererà interrotta la prescrizione e, dunque risarcibile il danno. In tal senso il Consiglio di Stato stabilisce che l'atto, per avere efficacia interruttiva, deve contenere un'esplicita dichiarazione di volontà in tal senso. Infatti, la semplice diffida ad adempiere (come quella notificata dalla Ditta Fernandes l'8 aprile 1986 e scaduta dopo trenta giorni) limitandosi soltanto a richiedere un provvedimento - eventualmente al fine di ottenere un silenzio impugnabile innanzi al giudice amministrativo - non ha efficacia interruttiva; questo perché l'azione di risarcimento è del tutto autonoma dall'azione di adempimento dell'obbligo a provvedere. Lo stesso avviene per la domanda giudiziale finalizzata ad accertare l'obbligo a provvedere (e la relativa illegittimità del silenzio) la quale, se non accompagnata da una esplicita domanda risarcitoria, non esercita alcuna efficacia interruttiva sulla prescrizione<sup>32</sup>. Infatti la sentenza ritiene interruttiva soltanto la diffida ad adempiere notificata dalla ricorrente il 13 gennaio 1999, in quanto rappresenta il primo (e unico) atto in cui è espressamente richiesto il risarcimento

---

<sup>31</sup> Tra le molte sentenze che si sono occupate del problema, si segnalano: TAR Calabria-CZ, sez. II, 11/05/2004, n.1070; TAR Lazio-RM, sez. III, n.96/2004; TAR Emilia Romagna-PR, n.852/2002.

<sup>32</sup> Il discorso resta del tutto immutato anche in relazione al nuovo rito camerale per il silenzio dell'amministrazione, come previsto e disciplinato dall'art. 21-bis della L. TAR. Come si è autorevolmente sostenuto, la sommarietà e la tipicità del rito speciale suddetto renderebbero comunque inammissibili eventuali richieste risarcitorie in sede di accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato, sicché le "nuove" diffide, finalizzate al rito ex art. 21-bis, non potrebbero contenere implicitamente alcuna richiesta risarcitoria e, in sintesi, non potrebbero avere alcun effetto interruttivo sulla prescrizione se non per mezzo di una esplicita dichiarazione di volontà finalizzata alla predetta interruzione. Sui limiti di cognizione del G.A. in sede di rito avverso il silenzio ex art. 21-bis L. TAR, essenziale il contributo di F.G. SCOCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2002, 239 ss..

del danno per lesione di interesse legittimo. Va da sé che il principio affermato impone all'operatore pratico, che rivolgerà diffide ad adempiere alle amministrazioni, l'onere di specificare in esse anche un'eventuale volontà risarcitoria, onde evitare l'irreversibile decorso della prescrizione.

#### **6. Riflessioni sul danno risarcibile tra logica della spettanza e logica sostanziale**

La decisione del Consiglio di Stato sulla qualificazione del danno da ritardo e sul conseguente regime di prescrizione offre lo spunto per un'ultima ed importante riflessione sul danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Si tratta di approfondire la tematica dell'individuazione del danno risarcibile, a sua volta collegata imprescindibilmente alla più generale questione della definizione dell'interesse legittimo. Il danno da ritardo, in particolare, pone un fondamentale interrogativo sul danno risarcibile in ipotesi di lesione di interesse legittimo. In tal senso si può agevolmente sostenere che, allo stato odierno, il danno rilevante ai fini risarcitori è quello rispondente alla logica della spettanza, intendendo per essa la legittima spettanza del bene della vita oggetto dell'interesse legittimo. Questa qualificazione dipende consequenzialmente da una definizione dell'interesse legittimo dovuta a quella autorevole dottrina che ha affermato, a suo tempo, che esso consiste nella posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene della vita 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 l'interesse al bene<sup>33</sup>. Una esauriente risposta sul problema del danno risarcibile impone, dunque, una breve riflessione sull'evoluzione dell'interesse legittimo.

E' noto che, in una prima e oramai risalente fase della scienza giuridica amministrativistica, l'interesse legittimo fu definito nell'ottica della legittimità,

---

<sup>33</sup> Si tratta della celebre teoria normativa dell'interesse legittimo, dovuta al contributo di M. NIGRO, in *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983, 127 ss..

ora come interesse occasionalmente protetto<sup>34</sup>, ora come interesse processuale<sup>35</sup>, ora come interesse strumentale<sup>36</sup>. Tali teorie, pur diverse nella singola definizione, convergevano nella logica della mera legittimità, e cioè nella qualificazione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica strumentale – finalizzata principalmente all'annullamento dell'atto illegittimo - e senza alcun connotato sostanziale. Tali concezioni fondavano la tradizionale e risalente interpretazione, condivisa anche dalla giurisprudenza coeva, sfavorevole alla risarcibilità del danno all'interesse legittimo, in quanto situazione soggettiva priva di connotazione sostanziale<sup>37</sup>.

E' solamente con la nascita della teoria normativa di M. NIGRO sopra richiamata che si creano le premesse logiche per la svolta verso la responsabilità per lesione di interesse legittimo. L'ingresso, nella definizione di interesse legittimo, del "bene della vita" quale oggetto dell'interesse stesso, ha assicurato l'elemento sostanziale necessario per la risarcibilità dei danni conseguenti. La teoria normativa, in tal modo, ha imposto la logica della spettanza secondo cui vi è danno, e quindi responsabilità, soltanto nell'ipotesi in cui "spetti" il bene della vita divenuto oggetto dell'interesse legittimo. In altri termini, il risarcimento del danno è subordinato alla lesione dell'interesse materiale sottostante, che può assumere la duplice veste di diritto soggettivo (in ipotesi di interesse legittimo oppositivo) e di aspettativa (nell'ipotesi di interesse legittimo pretensivo).

La logica della spettanza è, attualmente, la logica dominante in dottrina quanto in giurisprudenza. Nel senso della spettanza è, innanzitutto orientata la nota sentenza della Cassazione SS.UU. n.500/1999, che proprio sul danno all'interesse materiale sottostante (spettanza del bene della vita) ha fondato il

---

<sup>34</sup> Così la teoria di O. RANELLETTI, in *Principi di diritto amministrativo, I, Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, 1912, 427 ss. e 439 ss..

<sup>35</sup> Cfr. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1937, 57).

<sup>36</sup> Cfr. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II rist. della II ed., Padova, 1966, 52-53.

<sup>37</sup> Per una completa ricostruzione della vicenda dell'interesse legittimo, il rinvio è a S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, in *Cons. Stato*, 1997, II.

celebre *révirement*<sup>38</sup>. Nello stesso senso si orienta parte autorevole della dottrina, soprattutto di matrice civilistica<sup>39</sup>, la quale sostiene che l'interesse legittimo rimane situazione strumentale, mentre è l'interesse sottostante a dover essere leso perché si verifichi un danno causativo di responsabilità<sup>40</sup>. Ma è soprattutto la giurisprudenza amministrativa, investita della giurisdizione risarcitoria dall'art. 7 della L. 205/2000, ad aver fatto propria la logica della spettanza, estendendola anche agli interessi legittimi oppositivi<sup>41</sup>. Sicché oggi, secondo un orientamento pretorio consolidato<sup>42</sup>, e avallato dalla maggioritaria dottrina, la responsabilità civile della P.A. si configura soltanto quando, alla luce della valutazione di spettanza, risulti effettivamente leso l'interesse al bene della vita, inteso come spettanza del provvedimento (favorevole o non sfavorevole)<sup>43</sup>.

La logica della spettanza comporta, intrinsecamente, una netta distinzione tra interessi legittimi risarcibili e interessi legittimi non risarcibili. E' stato osservato, infatti, che la lesione dell'interesse legittimo è sì condizione necessaria, ma non è anche condizione sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria, in quanto l'ingiustizia del danno è data dalla contemporanea lesione dell'interesse legittimo e di un diverso interesse ad un bene della vita, il quale deve essere a sua volta

---

<sup>38</sup> E' stata proprio la Cass. SS.UU. n.500/1999, anche se soltanto in relazione agli interessi pretensivi, a sostenere che: *"dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta"*.

<sup>39</sup> Il riferimento è a GAMBARO, *La sentenza n.500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 358; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2001, 220.

<sup>40</sup> Così, per tutti, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Amm.*, 01/2002, 297 ss..

<sup>41</sup> Mentre, è opportuno precisare, la sent. Cass. SS.UU. n.500/1999, affermava la necessità della valutazione di spettanza (cd. giudizio prognostico) per i soli interessi legittimi pretensivi.

<sup>42</sup> Nel quale va considerato anche un significativo numero di pronunce del giudice ordinario che, per effetto della *perpetuatio jurisdictionis*, ha cognizione sul risarcimento degli interessi legittimi nei giudizi ancora pendenti; cfr., tra le ultime, Cass. civ., sez. I, n. 9366/2003; Cass. civ., sez. I, n. 13804/2004; Cass. civ., sez. I, n. 13804/2004.

<sup>43</sup> A titolo meramente esemplificativo: Cons. Stato, sez. VI, n.1261/04; Cons. Stato, sez. VI, n.1945/2003; Cons. Stato, sez. VI, n.1716/2003; Cons. Stato, sez. VI, n.3338/2002.

“meritevole di tutela”; ossia deve essere a sua volta giuridicamente tutelato<sup>44</sup>. Questo porta ad escludere la responsabilità della P.A. non solo per vizi di legittimità formale, e dunque per vizi procedimentali, ma anche, nel caso di provvedimenti illegittimi di natura discrezionale laddove, emessa la pronuncia demolitoria per eccesso di potere, residuino margini di discrezionalità amministrativa tali da impedire una concreta valutazione di spettanza; infine, il danno da ritardo - cioè quanto più interessa alla sentenza in esame - sarà risarcibile solo laddove, all’esito del giudizio prognostico, venga accertata l’effettiva spettanza del provvedimento favorevole e non invece per la semplice condotta di silenzio-inadempimento<sup>45</sup>.

Se questo è lo stato dell’arte, non si può tacere del fatto che la logica della spettanza nella responsabilità civile della P.A. ha sollevato, soprattutto in dottrina, molte perplessità e aspre critiche<sup>46</sup>. Si è notato, infatti, che la non meritevolezza di tutela risarcitoria degli interessi procedimentali è difficilmente conciliabile con i principi (costituzionali) della funzione amministrativa, cui non può non riconoscersi un rilievo giuridico tale da superare quella soglia<sup>47</sup>. D’altronde, la dottrina italiana ha da tempo accolto la cd. teoria garantista del procedimento amministrativo, vedendo nella sequenza ordinata di atti ed

---

<sup>44</sup> Il riferimento è a F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 16.

<sup>45</sup> Proprio in relazione alla sentenza annotata, appare evidente che il problema della spettanza non viene neanche sollevato; ciò in considerazione del fatto che l’azione per danni da ritardo viene fondata sulla base del giudicato formatosi sulla sentenza del TAR Campania-NA n.362/1991 la quale dichiarava espressamente l’esistenza dell’obbligo a provvedere (favorevolmente) sulla domanda di reintegrazione della Ditta Fernandes. Va chiarito, però, che il TAR campano - chiamato a pronunciarsi sulla legittimità o meno del silenzio serbato dalla P.A. - si era pronunciato all’esito di cognizione piena, all’epoca unico (e poco adeguato) strumento per giudicare il silenzio-inadempimento, e si riteneva - e tuttora si ritiene - possibile, in quella sede, un giudizio prognostico di spettanza. Alla luce del nuovo rito camerale ex art. 21-bis L. TAR, ove non si ritiene ammissibile una valutazione di spettanza del provvedimento favorevole, in considerazione della sommarietà della cognizione ivi prevista (cfr., in tal senso, F.G. COCA, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, cit.), il problema della risarcibilità del danno a prescindere dalla valutazione di spettanza si ripropone con prepotente attualità.

<sup>46</sup> Il riferimento è ai contributi di: F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 24 ss; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Ed. Scientifica, Napoli, 2003; F. LIGUORI, in Convegno sul tema “*Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*”, Napoli 7-8/10/2004.

<sup>47</sup> F. LIGUORI, in Convegno sul tema “*Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*”, cit..

operazioni rivolta o funzionale alla produzione di un provvedimento, la sede per un confronto dialettico degli interessi pubblici e privati coinvolti dal provvedimento stesso, e dunque lo strumento per assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'attività amministrativa<sup>48</sup>. Sicché risulta difficile considerare non meritevoli di tutela gli interessi procedurali che assolvono alla funzione costituzionalmente protetta di democraticità dell'amministrazione.

Un significativo tentativo di superamento della "rete di contenimento" rappresentata dalla logica della spettanza - quantomeno in relazione agli interessi procedurali - è stato compiuto dalla giurisprudenza, essenzialmente minoritaria<sup>49</sup>, puntando sulla cd. responsabilità da contatto, che si verificherebbe ogni qualvolta l'amministrazione non rispetti le garanzie procedurali previste a favore del cittadino<sup>50</sup>. In tal senso, l'illegittimità dell'*agere* amministrativo, comportando violazione di regole procedurali di natura obbligatoria (pur se senza prestazione)<sup>51</sup>, finirebbe per comportare perdite economiche in capo al cittadino entrato in contatto con l'amministrazione, causative di responsabilità senza bisogno di alcuna valutazione sulla effettiva spettanza del provvedimento favorevole<sup>52</sup>. La predetta tesi, dovuta principalmente alla sentenza della Cassazione sez. I n. 157/2003, si è esposta ad una serie di facili e decisive obiezioni. E' stato argutamente rilevato che la decisione assume un aspetto bifronte in quanto, pur prospettando la qualificazione contrattuale della responsabilità civile della P.A. (per le controversie successive alla L. 241/1990), finisce per decidere la controversia avendo riguardo alla spettanza delle utilità

---

<sup>48</sup> La tesi del procedimento come garanzia è stata elaborata, per primo da BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126 ss.; importanti sviluppi sono stati dati da PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 539 ss.; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1961; ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.

<sup>49</sup> Ci si riferisce principalmente a Cass. civ., sez. I, n. 157/2003; cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, n.1945/2003.

<sup>50</sup> E' questa la prospettiva offerta dalla sentenza Cass. Civ., sez.I, n.157/2003 e seguita, per il momento, dalla sola sentenza Cons. Stato, sez. VI, n.204/2003.

<sup>51</sup> In quanto soprattutto la L. 241/1990 avrebbe costituito delle obbligazioni in capo alla P.A. nei confronti del cittadino.

<sup>52</sup> Cass. Civ., sez. I, n. 157/2003.

sostanziali (perché antecedente alla legge sul procedimento amministrativo)<sup>53</sup>. Nella sentenza, infatti, si sostiene che la responsabilità aquiliana è più congeniale al modello autoritario dell'amministrazione, e che dopo l'entrata in vigore della L. 241/1990 - considerata la data di nascita dell'amministrazione partecipata - il cittadino vanta una vera aspettativa alla correttezza dell'azione amministrativa tutelabile in via contrattuale al di là di ogni prognosi sulla spettanza dell'utilità finale. In tal modo, è stato obiettato, si finisce non solo per compiere una superficiale semplificazione dell'evoluzione storica del procedimento<sup>54</sup>, ma soprattutto per scindere nettamente la responsabilità civile della P.A. in due diverse fattispecie: contrattuale per gli interessi procedurali e aquiliana per gli interessi sostanziali al provvedimento favorevole<sup>55</sup>, con il rischio di realizzare una disparità di trattamento tra cittadini (si pensi ai problemi della prova della colpa e della prescrizione) le cui sfere giuridiche entrino in contatto e siano lese dall'azione amministrativa<sup>56</sup>. Per ultimo, e in maniera decisiva, va rilevato che il problema della spettanza sorge dalla definizione dell'interesse legittimo e non dalla qualificazione della responsabilità della P.A.; in altri termini, la stessa configurazione della responsabilità per lesione di interesse legittimo come contrattuale, non risolve il problema dell'esistenza del danno che - non superata la teoria normativa - finisce comunque per verificarsi solo in ipotesi di comprovata spettanza del bene.

Si è sostenuto, invece, da parte di autorevole dottrina, che la "rete di contenimento" imposta dalla logica della spettanza può essere superata, prescindendo del tutto dalla problematica della qualificazione della

<sup>53</sup> Il riferimento è a F. LIGUORI, in Convegno sul tema "*Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*", cit..

<sup>54</sup> F. LIGUORI, in Convegno sul tema "*Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*", cit. afferma che: "si avverte un po' di stanchezza rispetto a queste rappresentazioni del 1990 come fosse l'anno di nascita del Salvatore. Prima tutto è brutale autorità, dopo tutto è partecipazione, consenso e contratto, come se il procedimento fosse stato plasmato dal nulla con la legge 241 e come se la realtà coincidesse con i "buoni propositi" del legislatore".

<sup>55</sup> Come correttamente ricostruito da ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 225.

<sup>56</sup> A. ZITO, in *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, cit., 135 ss.

responsabilità, soltanto con una diversa concezione dell'interesse legittimo, da intendersi qual interesse al provvedimento favorevole<sup>57</sup>. L'interesse legittimo è, nel suo nucleo, sempre uguale a se stesso; è sempre strumentale alla difesa di un bene della vita; vive sempre nel procedimento; ed è comunque sempre un interesse giuridicamente tutelato. Pertanto, o se ne ammette sempre la risarcibilità, ovvero non la si ammette mai<sup>58</sup>. Si tratta, in estrema sintesi, di neutralizzare il collegamento tra interesse legittimo (strumentale) e interesse al bene della vita (finale) considerando che il danno risarcibile riguarda l'interesse tutelato (interesse legittimo) e non l'oggetto dell'interesse stesso (interesse al bene della vita sottostante); di guisa che se l'interesse legittimo è di per sé una situazione giuridica soggettiva, la sua lesione deve sempre soddisfare il requisito dell'ingiustizia del danno. In tal modo non viene più in considerazione l'oggetto dell'interesse legittimo, che potrà essere comunque il bene della vita; ciò che conta effettivamente è che la lesione e il conseguente danno risarcibile vengano perpetrati all'interesse legittimo e non all'interesse materiale sottostante<sup>59</sup>. D'altronde, i vizi formali determinano comunque la illegittimità della condotta dell'amministrazione e provocano comunque la lesione di interessi giuridicamente tutelati; per cui non si comprenderebbe perché tale lesione non debba ridondare in illiceità. Se le illegittimità formali sono idonee a dare ingresso alla tutela di annullamento, ossia a giustificare una misura molto pesante per l'amministrazione (e per l'interesse pubblico), non possono non ritenersi idonee a reggere la meno invasiva tutela risarcitoria<sup>60</sup>. Si è sostenuto, ancora, che se la pubblica amministrazione, in virtù delle potestà ad essa attribuite, si trova in una situazione di monopolio quanto alla produzione degli effetti giuridici e alla

---

<sup>57</sup> Si tratta della teoria prospettata da F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 2000, 13 ss..

<sup>58</sup> F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 2000, 24.

<sup>59</sup> In adesione alla raffinata teoria di F.G. COCA vi è anche A. ZITO, in *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, cit..

<sup>60</sup> F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 2000, 13 ss.

conseguente produzione degli effetti materiali, pare evidente come ogni illegittimità in cui incorre la sua azione sia *in re ipsa* produttiva di danno<sup>61</sup>.

Aderendo a questa diversa definizione dell'interesse legittimo quale interesse al provvedimento favorevole<sup>62</sup>, si potrebbe compiere il definitivo passaggio dall'originaria logica della legittimità - passando per quella intermedia della spettanza - alla logica finale di tipo sostanziale, secondo cui si qualifica ingiusto e sempre risarcibile ogni danno che derivi dalla lesione di interessi legittimi, a prescindere dalla meritevolezza dell'interesse al bene della vita e dal risultato del giudizio prognostico<sup>63</sup>. In tal modo troverebbero piena tutela risarcitoria anche gli interessi legittimi lesi da provvedimenti viziati da illegittimità formale, gli interessi legittimi lesi da provvedimenti a contenuto discrezionale e, per ultimo, sarebbe risarcibile incondizionatamente il danno da ritardo, a prescindere da ogni valutazione prognostica, con la rilevante conseguenza di responsabilizzare pienamente l'amministrazione, anche e soprattutto per i suoi ingiustificati e prolungati silenzi.

Napoli, 27 aprile 2005

Edgardo Riccardi

---

<sup>61</sup> A.ZITO, in *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, cit., 194-5.

<sup>62</sup> Sempre di F.G.SCOCA, esaurientemente espressa in *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit..

<sup>63</sup> Cfr. F.G.SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 21 ss.