

Il risarcimento del danno e l'incidenza della mancata proposizione dell'azione di annullamento nella sua valutazione.*

di

Gianpiero Paolo Cirillo

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 1 agosto 2011

1. Premessa. Le prime pronunce giurisprudenziali sulla valenza patrimoniale dell'interesse legittimo.

Il tema del risarcimento del danno e la sua valutazione costituisce l'argomento più spinoso anche per chi si ripropone di fornire le prime indicazioni sulle possibili modifiche da apportare al nostro Codice del processo amministrativo, la cui entrata in vigore è stata da taluni, enfaticamente, definita storica.

E' utile analizzare il problema della quantificazione del danno partendo dalle prime pronunce giurisprudenziali che si sono avute in materia. Le prime decisioni ci vengono dal Tar Lecce e dal Tar Bari. Dalla lettura di quelle primissime sentenze, avutesi subito dopo la oramai celeberrima sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione, emergeva il disagio dei giudici amministrativi, chiamati ad adoperare concetti civilistici per dare una valenza patrimoniale all'interesse legittimo leso; situazione soggettiva, questa, che era stata costruita in funzione della illegittimità e non della illiceità. Sicché, quei giudici, quando, dopo l'annullamento, dovevano poi passare a quantificare il danno che veniva lamentato nelle singole fattispecie, non sapevano come costruire il passaggio della lesione al bene della vita attuata attraverso il provvedimento, illegittimamente negato, in considerazione della situazione che si crea quando si apre un procedimento amministrativo.

Sono molto interessanti quelle prime pronunce, in quanto si è arrivati ad ipotizzare un interesse legittimo che non faceva parte del patrimonio della persona, anche se la sua lesione aveva delle conseguenze dannose nel patrimonio generale della persona; si disse che si trattava di danno ascrivibile alla categoria del danno meramente patrimoniale.

Era evidente la difficoltà di un giudice non attrezzato ad analizzare questo tipo di problemi; peraltro consapevole che non si poteva trasportare pari pari, nel giudizio amministrativo, il processo risarcitorio predisposto dal codice civile e dal codice di procedura civile, stante la peculiarità della situazione soggettiva lesa.

Naturalmente da quelle sentenze le cose sono cambiate e gli anni non sono passati invano.

2. Le incertezze sulla natura della responsabilità da attività illegittima della pubblica amministrazione.

Venendo ora al tema, che forse è quello sui cui profili i giudici e gli avvocati si dovranno ancora di più misurare, bisogna riconoscere che la giurisprudenza

amministrativa ha fatto un'opera di ricostruzione del sistema degno della massima considerazione, sia perché anche i giudici amministrativi, a ciò costretti per ovvie ragioni professionali, si sono saputi impadronire dello strumentario civilistico e sia perché gli stessi avvocati amministrativi hanno saputo cambiare l'impostazione del ricorso amministrativo, laddove erano chiamati a formulare la domanda risarcitoria.

E' avvenuto che, tutti insieme, ci siamo uniformati all'antico insegnamento di Massimo Severo Giannini, in base al quale bisogna prima studiare il diritto civile e poi si può passare al diritto amministrativo.

Se guardiamo ciò che è avvenuto nella giurisprudenza vediamo che sono stati fatti passi da gigante nella ricerca, e nell'individuazione, del danno effettivo, quantificato dalla giurisprudenza pratica in modo abbastanza rigoroso. Se diamo una scorsa ad un qualunque manuale di diritto amministrativo, vediamo come siano state create numerose ed originali categorie di danno. Bisogna notare che questa faticosa ricerca da parte del giudice amministrativo è stata fatta, nonostante non sia stato risolto il problema dei problemi, ossia se la natura della responsabilità da attività illegittima della pubblica amministrazione debba essere ascritta alla responsabilità aquiliana, come sembrerebbe essere orientata la giurisprudenza più recente, oppure alla responsabilità di tipo contrattuale oppure, infine, se si tratti di una responsabilità terza, che si colloca a metà strada tra il torto civile e il contratto.

Personalmente penso - e questa posizione è stata per lungo tempo seguita dalla giurisprudenza - che l'amministrazione risponda sul piano risarcitorio per aver avuto un contatto giuridico, qualificato dal fatto di essersi verificato nel procedimento amministrativo, dove l'interesse legittimo - in quanto sintesi di poteri e facoltà procedurali diretti all'ottenimento del provvedimento favorevole, che a sua volta rimanda al bene della vita - viene leso prima dell'emanazione dell'atto finale, attraverso il coinvolgimento inutile, foriero quindi di danno patrimoniale, nel procedimento medesimo. Se il provvedimento o l'inerzia sono illegittimi, l'amministrazione ne risponde sul piano patrimoniale, nonostante non avesse nei confronti del danneggiato un obbligo di prestazione. Tale posizione credo possa essere confermata nonostante il nuovo codice preveda la possibilità di proporre l'azione risarcitoria sebbene non sia stato fatto cadere l'atto amministrativo.

Infatti, anche in sede civile, la giurisprudenza della Cassazione riconosce la possibilità di chiedere il risarcimento del danno prodotto da comportamenti anteriori alla formazione del contratto, pur senza che di esso se ne chieda l'invalidità.

Naturalmente questo non esclude che vi possa essere danno derivante dal provvedimento o dalla sua esecuzione, ma in questo caso non si tratta più di lesione dell'interesse legittimo, che si estingue con la chiusura del procedimento, ma di effetti dannosi che si producono nella generale sfera giuridica-patrimoniale del destinatario dell'azione amministrativa. Ma su questo torneremo.

A me era sembrato che questa sicuramente fosse la strada da preferire, e comunque quella che consentiva alla stessa giurisprudenza di ricercare vie nuove e diverse dai percorsi civilistici, capace cioè di costruire una responsabilità dell'amministrazione originale e autonoma.

Sta di fatto che le uniche norme rinvenibili nell'ordinamento in materia di responsabilità civile, applicabili a tutti i soggetti dell'attività giuridica (pubblici e privati), sono quelle dell'art. 2043 sul fatto illecito, dell'art. 1218 (1176) in materia di responsabilità contrattuale e, infine, dell'art. 1337 (e 1338) in materia di responsabilità precontrattuale.

La giurisprudenza su questo punto non si è pronunciata in maniera definitiva ed univoca. Per la verità poteva accadere e non è accaduto, in quanto l'Adunanza plenaria, che pure era stata investita della questione dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia, non ebbe modo di occuparsene a causa dell'accoglimento di una preclusiva eccezione procedurale. Sicché oggi non si ha un'indicazione certa e autorevole circa il tipo di responsabilità.

All'inizio si è parlato, come già ricordato, di responsabilità da contatto qualificato. Sembra che ora questa concezione sia recessiva rispetto a quella che apparirebbe la più semplice da adottare, anche nella dinamica processuale, ossia la responsabilità extra-contrattuale. Dobbiamo inoltre considerare che anche la responsabilità precontrattuale rientra in quella extra contrattuale, almeno secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione. Tuttavia non va sottaciuto che dottrine autorevoli, invece, ritengono che essa possa essere ricondotta alla responsabilità contrattuale, in quanto le parti nelle trattative precontrattuali sono già protagoniste di un rapporto giuridico governato da norme giuridiche di comportamento.

Certo è che, quando si parla di atto e di rapporto, bisogna accettare l'idea che al centro del sistema vi è sempre e comunque il procedimento amministrativo: tutto accade lì. Quando si parla di produzione di atti e di comportamenti, non bisogna dimenticare che essi sono prodotti nel procedimento amministrativo; ed è quello il luogo dove si consumerebbe l'illecito civile e non ve ne sono altri. In altri termini il fatto illecito dell'amministrazione non è niente altro il procedimento amministrativo visto da altra angolatura.

Certamente ci possono essere forme di responsabilità che non presuppongono l'esistenza del procedimento, su cui per altro la giurisdizione viene attratta dal giudice civile, ma sono solo ipotesi marginali.

3. Rassegna delle principali ipotesi di danno individuate dalla giurisprudenza.

Nonostante la questione fondamentale sulla natura della responsabilità non sia stata risolta, la sua qualificazione incide proprio sulla valutazione e determinazione del danno, essendo diverse le tecniche di quantificazione, come tutti sappiamo.

Orbene, nonostante questa incertezza, direi che la giurisprudenza amministrativa ha saputo, comunque, individuare numerose figure, anche suggestive, di danno. Lo spazio a disposizione non mi consente che una rapida rassegna di quelle principali.

Esse sono: il "danno da disturbo", che è stato, come è noto, diversificato dal danno da ritardo ed è stato concepito come l'illegittima compressione delle facoltà del privato, di cui è esempio l'ordinanza sindacale di sospensione dei lavori già assentiti; il "danno da intrusione", che si verifica quando la P.A. modifica attraverso il suo

provvedimento assetti già consolidati, come nell'ipotesi, appunto, della modifica da diurna in notturna del programma di un'autolinea con posticipazione delle partenze, che si sovrappongono al programma dell'autolinea già concessa ad altra impresa.

A queste due figure va aggiunto il "danno da perdita di chance", dove effettivamente la quantificazione del danno è molto complicata, poiché per la sua determinazione, come ci è stato insegnato, il giudice si deve porre tra "la storia e la profezia".

Il compito è molto difficile, e la nostra giurisprudenza non solo ha riconosciuto il danno da perdita di "chance" in casi e controversie importanti (quasi tutti in materia di appalti), ma ha accolto, delle impostazioni civilistiche, quella nozione di esso, per così dire, più estrema; nel senso cioè che il danno non è stato ricondotto al lucro cessante, ma è stato sin dall'inizio considerato una voce autonoma. Si tratta di quella concezione che viene chiamata "ontologica", in cui il termine di paragone non è il risultato favorevole che si vuole conseguire, ma la possibilità di conseguirlo, che assume valore economico in se.

Vale la pena soffermarsi un momento sull'istituto. Anche perché è mia personale convinzione che proprio attraverso il riconoscimento del danno derivante da perdita di "chance" si è riusciti a dare il giusto valore patrimoniale all'interesse legittimo pretensivo ed a consentirne così la tutela risarcitoria per equivalente.

La nozione di danno derivante da perdita di "chance" si fonda sul fatto che nel patrimonio generale della persona vi può essere una situazione giuridica soggettiva, che parte della dottrina ha definito aspettativa di diritto, costituita dalla posizione di chi può raggiungere un beneficio considerato più o meno probabile, ossia quella situazione specifica in cui sia ha la probabilità di ottenere un certo risultato o un vantaggio sperato.

La posizione soggettiva assume valore giuridico ed economico e quindi, nell'ipotesi in cui vi sia la possibilità di realizzare un certo risultato che una circostanza esterna ha fatto venir meno, essa può ben rientrare nell'area della risarcibilità.

Sulla natura dell'istituto, dottrina e giurisprudenza si dividono in due filoni: il primo che concepisce la "chance" come lucro cessante e, quindi, la identificano nella perdita del risultato finale favorevole che il soggetto avrebbe conseguito se non ci fosse stato l'illecito o l'inadempimento contrattuale; il secondo, che concepisce la situazione giuridica soggettiva come un bene giuridico autonomo, distinto da quello finale, tutelabile in quanto già facente parte del patrimonio del danneggiato, e pertanto rientra nel danno emergente. Il danno risarcibile va rapportato alla valutazione della probabilità perduta e quindi il vantaggio sperato non può essere utilizzato per la quantificazione del danno. Sicché la mera possibilità del verificarsi dell'evento finale determina già la possibilità di chiedere il risarcimento. Più esattamente, il concetto di alea, che costituisce l'in sé della situazione giuridica in esame, comporta che anche la mera possibilità del verificarsi dell'evento finale determini la possibilità di chiedere il risarcimento.

Tuttavia, ai fini della quantificazione, è necessaria una consistenza qualificata della possibilità di raggiungimento dello scopo. Tale consistenza si ha quando le

possibilità di raggiungimento dello scopo siano superiori rispetto a quelle di non raggiungimento. Sicché, per una parte di questa dottrina la risarcibilità della “chance” si ha solo ove le possibilità di raggiungimento del risultato siano superiori al 50%.

E’ stato però obiettato che fissando la consistenza della “chance” in termini percentuali così alti si finisce con lo sconfessare la qualificazione della stessa come bene attuale del patrimonio, confondendosi il profilo dell'*an debeat* con quello del *quantum debeat*.

La giurisprudenza più recente ha affermato il principio della risarcibilità di ogni “chance”, purché esprima una possibilità non trascurabile di ottenere un risultato utile, non necessariamente superiore al 50%. La consistenza quantitativa assume rilievo solo ai fini della quantificazione del danno e non ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria.

Secondo la Cassazione il danno attuale ed immediato da lesione di “chance” si determina assumendo come parametro di riferimento l'utile economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito del cosiddetto coefficiente di riduzione, che dipende dal grado di probabilità di conseguirlo sulla base delle circostanze del caso concreto. Quando tale criterio non risulti applicabile si ammette il ricorso al criterio equitativo di cui all'articolo 1226 del codice civile.

La casistica è molto ricca e i primi casi si sono avuti proprio nella giurisprudenza laburistica. Il settore nel quale si è fatto largo uso della tecnica risarcitoria in esame, oltre alla materia riguardante l'assunzione e la progressione in carriera dei lavoratori, è stato quello degli appalti.

In particolare, per gli appalti pubblici, la giurisprudenza ha distinto l'ipotesi di una gara basata su criteri automatici di carattere meramente economico da quella dell'appalto concorso, nella quale la vittoria non va all'impresa che presenta l'offerta economicamente ed oggettivamente più vantaggiosa, ma all'offerta migliore dal punto di vista qualitativo, in cui cioè l'impresa non potrà mai dimostrare che avrebbe vinto la gara con certezza, perché il giudice, per stabilire ciò, dovrebbe operare un'inammissibile sostituzione nelle valutazioni tecnico-discrezionali di pertinenza dell'amministrazione.

Nel primo caso il risarcimento ha ad oggetto non la perdita della possibilità di vittoria della gara, ma il mancato conseguimento della vittoria stessa, ossia il non aver ottenuto l'utilità finale che la ditta concorrente avrebbe sicuramente conseguito se non fosse stata illegittimamente estromessa dalla procedura. Nel secondo caso il ricorrente lamenta non la perdita della vittoria, ma la perdita della possibilità di vittoria, ossia non il mancato raggiungimento del risultato finale, ma la lesione della possibilità di realizzare un determinato risultato.

In altri termini il ricorrente può disporre di due tecniche di tutela diverse ed alternative. La prima si muove sul piano del danno emergente, la seconda sul piano del lucro cessante.

Sicché oggi gli avvocati non esitano a proporre una azione risarcitoria per questo tipo di danno senza nulla allegare come prova, che va rinvenuta nella stessa dinamica della vicenda dedotta in giudizio. E’ significativo come la giurisprudenza amministrativa ammetta il risarcimento anche quando le probabilità che si verifichi

l'evento favorevole siano minime; e, in assenza di prova, questa voce di danno viene quantificata molto spesso, attraverso un mero calcolo matematico-probabilistico, dove il giudice amministrativo ha dovuto immaginare quale sarebbe stata l'ipotetica gara in quella materia specifica e quanti sarebbero stati, più o meno, i partecipanti, e su questa base dividere le possibilità di vincerla in più parti uguali aumentata dell'1%.

La rassegna può continuare ricordando una sentenza recente (Cons. St. V, 1739/2011), in cui viene riconosciuto il "danno da ritardo" anche nel caso di un legittimo provvedimento favorevole, ottenuto appunto in ritardo, ossia oltre il termine procedimentale massimo.

Nella determinazione del danno ormai la giurisprudenza veramente ha aperto frontiere che non si potevano immaginare qualche tempo fa, soprattutto in materia di appalti dove chi agisce è normalmente una impresa grande e solida; ciò ha significato riconoscere poste risarcitorie a soggetti che non sono esattamente dei poveri cittadini vessati dalla Pubblica Amministrazione, come si sosteneva un tempo per giustificare sul piano politico la necessità di aprire la tutela risarcitoria all'interesse legittimo.

Per rimanere ancora al settore degli appalti pubblici, è utile ricordare come in un primo momento la giurisprudenza abbia, nell'ipotesi in cui l'appalto non poteva essere eseguito direttamente dall'impresa che ne avrebbe avuto titolo, liquidato, a titolo di lucro cessante, l'utile che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto, normalmente quantificato nel 10% dell'ammontare della base d'asta come ribassato dall'offerta presentata, senza apportare alcuna riduzione; talvolta riconoscendo anche le spese sostenute per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Tale tecnica di quantificazione è stata via via perfezionata, laddove si è stabilito che qualora l'impresa non abbia provato l'assenza dell'*aliunde perceptum* - ossia l'utile alternativo che l'impresa, destinata normalmente ad operare con continuità sul mercato, possa avere presumibilmente acquisito grazie allo svolgimento di prestazioni incompatibili con quella che avrebbe dovuto eseguire in caso di aggiudicazione dell'appalto - la suddetta percentuale debba essere ridotta del 5%.

Parimenti, ha ritenuto che i costi di partecipazione non vanno riconosciuti in aggiunta a lucro cessante, nell'ipotesi in cui l'impresa lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto, o anche solo la perdita della "chance" di aggiudicarselo, in quanto detti costi restano ordinariamente a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione e sia in caso di non aggiudicazione.

Invece i costi di partecipazione vanno liquidati, a titolo di danno emergente, nell'ipotesi in cui l'impresa venga illegittimamente esclusa, poiché per tale ipotesi viene in considerazione il fatto che il contraente è stato coinvolto in un procedimento inutile; e quindi, come avviene nei rapporti civilistici, si fa riferimento all'interesse negativo e non a quello positivo, legato all'esecuzione del contratto.

Risulta evidente, proprio nel concreto della liquidazione delle singole poste di danno, la duttilità della giurisprudenza nell'applicazione di regole e di tecniche risarcitorie che discendono dai diversi tipi di responsabilità che vengono in rilievo nell'esercizio dell'attività amministrativa.

La forza creatrice della giurisprudenza ha fatto emergere un'altra voce di danno, il c.d. “danno curriculare”, consistente nel pregiudizio subito dall'impresa per il fatto di non poter indicare nel *curriculum* professionale l'appalto non conseguito a causa del comportamento illegittimo dell'amministrazione, ossia una specie di “danno per immagine depotenziata”. La liquidazione di questa voce è stata fatta in via equitativa, riconoscendosi una somma pari ad una percentuale, variabile dall'1 al 5%, applicata in alcuni casi sull'importo globale dell'appalto, in altri sulla somma già liquidata al titolo di lucro cessante.

Va anche ricordato che le imprese hanno talvolta incluso nella domanda risarcitoria anche le “spese di lite”. Ma la giurisprudenza le ha escluse in ragione del fatto che tale somma non costituisce danno emergente risarcibile in via autonoma ai sensi dell'articolo 2043 c.c., essendovi in proposito la disciplina specifica contenuta negli articoli 90-97 c.p.c., applicabili anche al giudizio amministrativo.

Infine, i giudici amministrativi hanno riconosciuto anche il “danno esistenziale” da provvedimento amministrativo a proposito di un caso che ha fatto molto discutere, ossia l'omessa attribuzione di una supplenza annuale ad una insegnante titolare di una riserva per le condizioni di minorazione fisica.

4. Il risarcimento del danno e la sua determinazione nella normativa del Codice.

Il codice del processo amministrativo non detta norme specifiche sulla stretta questione della valutazione del danno.

L'art. 7 stabilisce che sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti provvedimenti omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e per gli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. La norma indicata stabilisce altresì che nelle materie di giurisdizione esclusiva il medesimo giudice conosce, anche ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Il codice, all'art. 30, fissa il principio della proponibilità in via autonoma dell'azione risarcitoria sia a seguito dalla violazione di interessi legittimi e sia, nei casi di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi, stabilendo che il risarcimento può avvenire per equivalente o in forma specifica, se ricorrono i presupposti previsti dall'art. 2058 del codice civile. La medesima norma stabilisce altresì che, nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti, escludendo il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Il codice, nel disciplinare le sentenze di merito, all'art. 34, lett. c), stabilisce che il giudice condanna al pagamento di una somma di danaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 del codice civile. Nella medesima norma, al comma 4,

si stabilisce che in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso in ottemperanza, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.

L'art. 112, nel dettare le disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza, stabilisce, ai commi 3 e 4, che può essere proposta anche azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione ed interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato. Inoltre nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.

Infine, l'art. 124 del codice, relativo ai giudizi riguardanti le procedure di affidamento di pubblici lavori servizi e forniture, stabilisce che l'accoglimento della domanda finalizzata al conseguimento dell'aggiudicazione del contratto comporta in ogni caso la dichiarazione di inefficacia di quest'ultimo e che, se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. Al secondo comma stabilisce che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di aggiudicazione e di subentro nel contratto o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del codice civile.

Dal quadro normativo delineato, come si diceva, non emerge nessuna regola sulla quantificazione del risarcimento, ossia cosa si risarcisce e come si arriva alla somma che costituisce l'oggetto della pronuncia di condanna. D'altronde una regola precisa in questa materia non è stabilita neanche dal codice civile, per cui è stata la giurisprudenza ad elaborare le tecniche di quantificazione del danno, a seconda che ricorresse responsabilità contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, tenendo ovviamente conto della situazione soggettiva pregiudicata dall'attività del danneggiante. Più esattamente è stata la giurisprudenza del giudice civile a dare concreta attuazione alla norma centrale in materia, ossia l'articolo 1223 del codice civile, laddove stabilisce: *“il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”*. La norma è applicabile al danno contrattuale, a quello extracontrattuale e al danno precontrattuale (art. 2056 cod. civ.).

5. Il modello della doppia causalità nella quantificazione del danno. Le principali teorie sulla natura giuridica del danno. Le diverse tipologie di danno.

Naturalmente ciascuna delle norme indicate meriterebbe un adeguato approfondimento, che qui non è possibile fare. Tuttavia a proposito dell'articolo 1223

del codice civile, può risultare utile richiamare alcune nozioni fondamentali che ci derivano dalla dottrina e dalla giurisprudenza civilistica.

I criteri generali volti a definire il *quantum* del danno, onde realizzare il principio del risarcimento del “danno effettivo”, sono: 1) la risarcibilità dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, in base al sottocriterio della regolarità causale (appunto l'art. 1223 cod.civ.); 2) la irrisarcibilità di danni evitabili (art.1227, comma 2, cod. civ.); 3) la irrisarcibilità dei danni imprevedibili, salva l'ipotesi di dolo (art. 1225 c.c.).

E' altresì noto come la dottrina e la giurisprudenza accedano, a proposito della quantificazione del danno, al modello della doppia causalità, ossia il giudice deve verificare prima l'esistenza di un rapporto causale tra il comportamento del debitore e l'inadempimento (cosiddetta causalità materiale) e, successivamente, verificare il nesso di causalità intercorrente tra l'inadempimento imputabile del debitore e le conseguenze dannose dell'inadempimento (cosiddetta causalità giuridica). Sicché il danno che consegue all'inadempimento può avere un duplice significato: in senso naturalistico e in senso giuridico. Nel primo senso assumono rilevanza tutte le conseguenze dannose che non si sarebbero verificate se non ci fosse stato l'inadempimento in base alla teoria della *condicio sine qua non*; nel secondo senso, si intende quel danno che il legislatore ritiene risarcibile mediante l'applicazione dei criteri di sopra ricordati e che è normalmente inferiore a quello concretamente determinatosi per effetto dell'inadempimento.

Il risarcimento del danno è previsto in funzione riparatoria-reintegratoria e non sanzionatoria, per cui sono tendenzialmente indifferenti gli stati psicologici della condotta del debitore inadempiente; mentre in materia di illecito civile la colpa o il dolo assumono una maggiore rilevanza anche nella quantificazione del danno subito.

La disciplina del risarcimento pone al centro del concetto di danno solo i pregiudizi ritenuti meritevoli, volendosi evitare sia che il debitore inadempiente tragga profitto dall'inadempimento, sia che il creditore danneggiato riceva un ristoro maggiore rispetto a quello che avrebbe ottenuto se ci fosse stato l'adempimento o se non si fosse verificato l'evento dannoso.

Soprattutto per merito della dottrina tedesca, la ricerca di una nozione utile di danno risarcibile ha portato ad individuare tre modelli possibili: la teoria reale di danno; la teoria differenziale; la concezione normativa. Nella prima si pone al centro il bene della vita pregiudicato e non il soggetto danneggiato; nella seconda si fa riferimento al concetto di patrimonio generale della persona e si fonda su un giudizio ipotetico, ossia sulla valutazione di quella che sarebbe stata la condizione complessiva del patrimonio del soggetto se non ci fosse stato un illecito o l'inadempimento contrattuale: pertanto ciò che va risarcito è la differenza tra la situazione patrimoniale quale prodotta per effetto dell'inadempimento o dell'illecito e la situazione patrimoniale quale sarebbe stata se l'inadempimento o l'illecito non si fossero verificati; la terza, infine, si fonda sullo scopo della norma violata e induce a fare riferimento agli specifici interessi che essa intende proteggere e pertanto va risarcito anche il danno non economico, laddove la norma violata voglia proteggere anche interessi non squisitamente patrimoniali.

Non è questa la sede per analizzare i limiti di ciascuna delle teorie elencate. Tuttavia di ciascuna di esse è possibile utilizzare solo i pregi e ricavarne così i seguenti principi: a) nella quantificazione del danno non si può prescindere dal bene della vita appartenente al soggetto creditore danneggiato; b) il bene della vita danneggiato o non conseguito attraverso l'adempimento va valutato non solo per la perdita subita, ma anche in riferimento alle utilità future che da esso sarebbero derivate nella sfera patrimoniale del creditore o del danneggiato; c) il danno risarcibile non si identifica con il danno naturalisticamente inteso né si quantifica in base alla mera differenza in negativo che presenta la condizione patrimoniale del soggetto a seguito dell'inadempimento o del fatto illecito, anche tenendo conto del pregiudizio che interessi non patrimoniali hanno ricevuto e che sono stati giudicati dalla norma specifica meritevoli di protezione

E' il caso di ricordare che nei sistemi come il nostro in cui prevale il modello francese - ossia il modello che utilizza la clausola generale, anziché i beni specifici da proteggere, così come avviene nel codice civile tedesco - gli interessi protetti, e quindi suscettibili di ristoro, devono essere individuati di volta in volta dal giudice sulla base dei valori sociali della comunità in cui è chiamato ad operare.

Altro principio da ricordare, utile ai fini di ciò che si dirà nella parte conclusiva del presente contributo, è che la regola racchiusa nell'articolo 1223 del codice civile dell'integrale risarcimento del danno comporta che ogni utilità futura diventa potenzialmente risarcibile. Tuttavia la stessa norma pone il limite secondo cui il risarcimento comprende solamente le conseguenze immediate e dirette. Orbene, alla medesima esigenza di circoscrivere l'area della risarcibilità si ispira l'articolo 1227, comma 2, del codice civile, laddove esclude il risarcimento dei danni evitabili dal creditore o dal danneggiato con l'ordinaria diligenza

Infine, va ricordata l'altra distinzione fondamentale in materia tra danno presente e danno futuro, da considerarsi con riferimento al momento del giudizio risarcitorio e non del verificarsi dell'inadempimento o dell'illecito. La prima ipotesi comprende il pregiudizio che si è già completamente prodotto al momento della decisione, mentre la seconda ipotesi prende in considerazione quello che non esiste ancora o esiste solamente in parte; e tuttavia dagli elementi di giudizio si può già ragionevolmente presumere che sicuramente si produrrà, sulla base di un giudizio prognostico o probabilistico. Il danno futuro è la conseguenza futura di un evento dannoso e si deve essere già verificato compiutamente; da qui l'ulteriore nozione di danno evento, che deve essere necessariamente attuale, e danno conseguenza, che, pur essendo futuro, rientra nell'area della risarcibilità. Occorre chiarire che vi può essere anche danno emergente futuro; così come vi può essere un lucro cessante attuale.

6. Le conseguenze derivanti dalla mancata impugnazione dell'atto nella determinazione del danno, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011 n. 3.

La rassegna delle più consolidate nozioni civilistiche registrabili in materia di determinazione del danno si è resa necessaria perché esse costituiscono l'intelaiatura

sulla quale è stata costruita la motivazione della sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 23 marzo 2011 n.3, che fornisce un importante contributo nella ricerca di un criterio in materia, laddove, nell'interpretare l'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo - e dopo aver preso atto che il codice non mostra di condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dell'azione risarcitoria, approdando ad una soluzione che valuta l'omessa impugnazione come fatto concreto da apprezzare per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento - afferma che il codice, pur non evocando in modo esplicito l'art. 1227, comma 2, del codice civile, dà rilevanza sostanziale all'omessa o tardiva impugnazione, che diventa fatto preclusivo della risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati.

Dell'autorevole sentenza va messo in risalto lo sforzo argomentativo, non perfettamente riuscito - e non poteva essere altrimenti, vista la soluzione di compromesso scelta dal codice per risolvere l'annoso, e quasi stucchevole (tanto se ne è scritto), problema della eliminazione dal sistema processuale dalla c.d. pregiudiziale amministrativa - al fine di dare comunque un ruolo e una valenza ad un elemento ineliminabile della fattispecie del danno da illegittimità dell'azione amministrativa, ossia il provvedimento amministrativo procedimentalizzato (e l'inerzia procedimentale dell'amministrazione).

Non va sottaciuto che sembra fuori luogo l'esultanza di coloro che, avendo in passato sostenuto la non necessità dell'annullamento per la proposizione dell'azione risarcitoria, ritengono che il codice abbia dato loro ragione. Ma in realtà è esattamente il contrario. Tant'è vero che è stata necessaria l'emanazione di una norma apposita per scardinare il vecchio sistema.

Tuttavia, la norma che fissa l'autonomia dell'azione risarcitoria non ha eliminato il problema fondamentale legato al fatto che nella fattispecie causativa del danno vi è comunque un atto-procedimento, espressione ed esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione quando agisce come autorità pubblica.

Nel sistema previgente, dove era necessario l'annullamento, la determinazione del danno si fondava su elementi certi, desumibili dal procedimento, considerato quale "fatto storico" in cui si erano verificati i danni; mentre nell'attuale sistema, fondato invece sulla possibile presenza di danno pur nella vigenza di un atto valido ed efficace, la determinazione del danno deve necessariamente fondarsi su elementi probabilistici, che si sostanziano nella previsione da parte del giudice dell'incidenza che avrebbe avuto nella perpetuazione del danno la mancata proposizione dell'azione di annullamento. L'attuale sistema è complicato anche dal fatto che l'atto amministrativo, non annullato, unitamente al silenzio procedimentale dell'amministrazione a fronte di un'istanza del privato, può essere a sua volta produttivo di danno. Ma su questo torneremo.

Il problema, scomposto nei suoi termini di più elementare semplicità, è il seguente: il codice ha eliminato la necessità del previo annullamento dell'atto al fine della proposizione dell'azione risarcitoria, ma tuttavia il giudice amministrativo può escludere il risarcimento dei danni che potevano essere evitati se il ricorrente avesse

proposto ricorso per l'annullamento dell'atto. Sicché, ad una pregiudizialità di tipo processuale è subentrata una pregiudizialità sostanziale.

In altri termini ciò che si è cacciato dalla porta è rientrato dalla finestra, ed anche in maniera più incisiva.

È inutile nascondersi che le cose stanno proprio nel senso indicato, atteso che l'art. 30, comma 3, del codice dispone, al secondo periodo, che nel determinare il risarcimento, *"il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti"*.

L'espressione usata dal codice rimanda inevitabilmente all'articolo 1227 cod. civ., 2 comma, peraltro espressamente richiamato, come già ricordato, nell'articolo 124, comma 2, del codice medesimo.

Sicché l'interprete, così come ha fatto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, non può che fissare quale punto di partenza la considerazione in cui la giurisprudenza e la dottrina civilistica hanno tenuto l'indicato articolo del codice civile.

Il sistema è noto: l'art. 1227, comma 1, in combinazione con l'articolo 1218 cod. civ. e 40 e 41 cod. pen., disciplina il c.d. danno-evento che il fatto obiettivamente colposo del danneggiato concorre a causare (concorso di colpa nella causalità materiale del danno); mentre invece l'art. 1227, comma 2, disciplina il diverso problema dell'apporto causale del creditore al danno-conseguenza, costituito dal non aver adottato condotte da lui esigibili per evitare il danno. In quest'ultimo caso il danno ha causa esclusiva nell'inadempimento o nell'illecito, ma il danneggiato ha il dovere di limitare le conseguenze dannose ulteriori tenendo un comportamento attivo.

E' parimenti noto come il punto intorno al quale ruota la giurisprudenza è costituito dallo stabilire fino a che punto il creditore o la vittima di un illecito sia tenuto a cooperare al fine di limitare le conseguenze dannose dell'inadempimento o dell'illecito, già precedentemente subiti.

L'evoluzione della giurisprudenza è stata nel senso di transitare da una posizione, molto rigorosa, che escludeva la possibilità che dalla norma di cui all'articolo 1227, comma 2, sorgessero degli obblighi positivi in capo al creditore o alla vittima dell'illecito, ad una concezione in base alla quale il creditore non è gravato soltanto da un obbligo negativo di astensione, ma anche da un obbligo positivo a tenere condotte utili e possibili per ridurre il danno. Sicché l'unico limite all'obbligazione positiva del creditore e agli sforzi da lui esigibili è rappresentato dal cosiddetto "apprezzabile sacrificio", ossia è tenuto ad agire diligentemente, ma non fino al punto di sacrificare i propri interessi, attraverso il compimento di attività complesse e rischiose dal punto di vista tecnico ed economico.

Tuttavia, ed è questo il punto decisivo, la giurisprudenza civile ha sempre escluso che il dovere di correttezza del creditore o del danneggiato comporti anche l'obbligo di iniziare azioni giudiziarie, di cognizione o esecutive, in quanto, a parte i costi di giustizia non indifferenti, esse presentano immanenti profili di aleatorietà dal punto di vista dell'esito.

La regola soffre talune eccezioni; ad esempio le attività stragiudiziali, quali l'invio di una nota contenente una richiesta di pagamento o l'avviso del prodursi di un danno, sono state ritenute giustamente attività che non presentano rilevanti profili di complessità.

Orbene, nonostante non si registrino nella giurisprudenza civile orientamenti evolutivi, il supremo consesso della giustizia amministrativa, nella sentenza già ricordata, ben consapevole di ciò, si è riproposto una rivisitazione di tale orientamento, fornendo una lettura più avanzata dell'art. 1227, comma 2, cod. civ., che trova fondamento nel canone di buona fede ex art. 1175 e del principio costituzionale di solidarietà. E pertanto afferma che *“anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica di cui si è detto, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo- limitativo, sul perimetro del danno.....si deve ritenere allora che la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo possa essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno.... Si deve, infatti, considerare che il ricorso per l' annullamento finalizzato rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose. Ne deriva che l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame”*.

7. La mancata proposizione dell'azione di annullamento e la previsione dell'esito del giudizio nella determinazione del danno.

Lo sforzo operato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato è da condividersi.

Tuttavia non bisogna nascondersi le serie difficoltà applicative in cui si troveranno i giudici proprio nel momento in cui dovranno determinare il danno risarcibile e quantificarlo in termini monetari.

Infatti, la decisione, in aderenza alla lettera della disposizione di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a, sembra considerare l'articolo 1227, capoverso, applicazione del più generale principio di esclusione della responsabilità e non, come forse sarebbe stato più corretto, uno strumento operante unicamente sul piano della quantificazione del danno, in quanto la norma presuppone che l'evento dannoso, che legittima la proposizione dell'azione risarcitoria, si sia già prodotto nella sfera giuridica del danneggiato, che è tenuto a non aggravarlo.

In altri termini non si può porre sullo stesso piano il comportamento del danneggiante con quello del danneggiato, in quanto quest'ultimo non risponde a titolo

di illecito civile o di inadempimento per non aver compiuto un'azione che comporta un danno nella propria sfera giuridica.

Naturalmente anche qui si potrebbe sostenere che il non aver tenuto un comportamento ragionevolmente esigibile costituisca causa efficiente nella determinazione del danno-conseguenza, ossia nella determinazione degli effetti patrimoniali ulteriori. Ma è bene fermarsi alle posizioni civilistiche più sicure, che vanno brevemente ricordate, dopo una ulteriore premessa.

La scelta operata dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa, da quel che è dato capire, sembra sia stata quella di escludere “tout court” l'azione risarcitoria per il semplice fatto di non aver proposto l'azione di annullamento, in quanto l'inerzia del danneggiato integra l'ipotesi di cui all'articolo 1227, secondo comma, cod. Civ., che, a sua volta, nelle elaborazioni civilistiche, disciplina “l'apporto causale” del creditore al danno-conseguenza (e non evidentemente a danno-evento), nel senso che il risarcimento va escluso se il danno è riconducibile alla condotta del danneggiato.

Sono note le questioni agitate in seno alla dottrina e alla giurisprudenza civilistiche circa il rapporto di causalità ed in particolare il ruolo svolto dalla concausa umana nella determinazione del danno. Il punto più alto del dibattito si è registrato a proposito del diritto al risarcimento dei congiunti che fanno valere *iure proprio* il danno derivante dall'uccisione del familiare; ed in particolare se esso debba essere o meno ridotto in ragione del concorso del fatto colposo del congiunto, poi defunto.

Nella dottrina civilistica prevale l'idea che l'articolo 2055 del codice civile sancisca la regola generale della irrilevanza delle concause umane, ossia che il coobbligato sia tenuto al risarcimento dell'intero danno, salvo a rivalersi nei confronti degli altri soggetti che abbiano concorso a causare il medesimo evento dannoso; mentre, invece, che l'articolo 1227, comma 1, costituisca una norma eccezionale, nel senso che darebbe rilevanza alla concausa umana solo nell'ipotesi in cui vi sia un comportamento “colpevole” del danneggiato. Accanto a questa posizione vi è quella di chi ritiene che l'articolo 1227, comma 1, non sia una norma eccezionale volendo essa sancire il principio generale della rilevanza delle concause umane, anche naturali, e pertanto ognuno dei soggetti che concorre a cagionare un danno risponde della parte di danno proporzionata alla rilevanza percentuale del proprio apporto causale. Con la conseguenza che la regola generale è contenuta nell'articolo 2055, 2 comma, del codice civile, mentre il primo comma della medesima norma vuole solo evitare al creditore di agire “pro parte” nei confronti di ciascuno dei danneggianti.

Certo è che la sentenza ricordata sembra collocare la mancata proposizione dell'azione di annullamento tra le cause che escludono il nesso di causalità nella causazione del danno, limitato però al solo danno-conseguenza.

L'impostazione va condivisa, anche perché coerente con la migliore sistematica civilistica.

Tuttavia, il fatto di assegnare “solamente” alla mancata proposizione di un'azione giudiziaria la funzione di escludere l'elemento costitutivo fondamentale dell'atto illecito, ossia il nesso di causalità, comporta il pericolo di trasformare la tutela risarcitoria in sanzione, snaturando la sua indefettibile funzione riparatorio-

compensativa; che poi in termini pratici significa consigliare al destinatario dell'azione amministrativa di impugnare sempre e comunque l'atto.

Infatti, la dottrina civilistica migliore ritiene che il risarcimento è totalmente escluso solamente quando la produzione del danno ricada interamente nella sfera di controllo del danneggiato, e l'omissione diventa la causa più prossima, e quindi assorbente, del danno, interrompendo il nesso eziologico tra illecito e danno. Qualora l'omissione del danneggiato non si ponga come causa prossima, la sua efficienza causale rileva solamente sul piano della quantificazione del danno, secondo un calcolo di probabilità valutabile in via equitativa.

Una cosa è la possibilità di proporre il rimedio di carattere processuale, altra cosa è l'accoglimento della domanda cautelare o di merito da cui dovrebbe derivare l'arresto della conseguenza dannosa. La prima rientra nel governo del danneggiato; la seconda è affidata al giudice, che è soggetto terzo.

In proposito non va sottaciuto che il riconoscimento dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quello di annullamento significa affidare alla libera scelta del destinatario dell'azione amministrativa se considerarla illegittima o dannosa, o in entrambi i modi, proponendo le azioni più idonee allo scopo. Peraltro, l'articolo 34, comma 3, c.p.a prevede che, nel corso del giudizio, il ricorrente possa convertire l'azione di annullamento in azione di risarcimento, chiedendo al giudice di accertare l'illegittimità dell'atto, se sussiste l'interesse ai fini risarcitori. Quindi, non si vede per quale ragione la disponibilità delle due azioni sia possibile nel giudizio e, invece, non sia possibile prima del giudizio.

Si diceva del giudice che, nel concedere il rimedio richiesto, deve tenere conto anche del *fumus boni juris*, la cui mancanza esclude l'accoglimento della domanda anche in presenza di danno. Pertanto non rientra nella sfera di controllo del danneggiato la produzione del danno. Inoltre, a parte l'incertezza dell'esito del giudizio, non si può dire che il dovere di correttezza del danneggiato possa spingersi sino al punto da obbligarlo a sopportare gli oneri sicuramente più costosi di un ricorso di annullamento (che richiede una maggiore specializzazione professionale) rispetto ad una semplice azione risarcitoria (sul punto la posizione dell'adunanza plenaria è diversa, ma, a parte altre considerazioni, credo che si debba fare riferimento al costo del genere di difensore da interessare e non alle difficoltà astratte della causa).

Le conclusioni non cambiano nell'ipotesi in cui il ricorrente, pur avendo proposto la domanda di merito, abbia omissso di proporre l'istanza di sospensione del provvedimento, poiché essa, fondandosi su presupposti diversi da quelli su cui si basa la prima, può essere stata omissa nella consapevolezza dell'insussistenza dei requisiti specifici richiesti dalla legge, in particolare quello del *periculum in mora*.

Inoltre non bisogna dimenticare come la via, che sembra essere diventata obbligata, di affidare alla valutazione del ricorrente la sussistenza o meno di vizi dell'atto tali da portare "più probabilmente che non" all'annullamento dell'atto rimane un criterio estremamente pericoloso, in quanto il giudice difficilmente saprà sostituire la propria valutazione a quella che il ricorrente avrebbe dovuto effettuare quando ha deciso di non impugnare l'atto, o di impugnarlo tardivamente o di impugnarlo in

maniera tale da farlo dichiarare inammissibile o improcedibile (ossia quando si è difeso male).

In conclusione, la caduta della c.d. pregiudiziale amministrativa ha finito con l'introdurre nel nostro sistema processuale una sorta di annullamento virtuale dell'atto amministrativo, laddove si è chiamati ad effettuare il calcolo della probabilità di vittoria che si sarebbe avuta se il ricorso di annullamento fosse stato proposto e questo fosse stato condizione necessaria e sufficiente ad arrestare le conseguenze dannose prodottesi nella sfera giuridica del ricorrente.

8. I tipi classici di danno: il danno da provvedimento e il danno susseguente all'annullamento dell'atto.

Nonostante le difficoltà applicative, bisogna fare i conti con la norma, più volte ricordata, di cui all'articolo 30, comma 3, del codice del processo amministrativo.

Essa impone non solamente di considerare, così come si è tentato di fare, il comportamento del danneggiato nell'ambito del sistema della legge, ma anche la delimitazione degli ambiti in cui il danno si produce; e ciò per una più corretta determinazione di esso.

Una prima delimitazione deriva proprio dalla prima parte della norma, laddove viene ipotizzato il “danno derivante direttamente dal provvedimento amministrativo”, che finisce col diventare la prima categoria di danno da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, che molto probabilmente non è stata tenuta nel debito conto la parte del supremo consesso amministrativo, laddove nella sentenza di sopra ricordata ci si è preoccupati di precisare che la mancata proposizione degli strumenti di tutela va valutata unitamente alle altre circostanze di fatto, con il palese riferimento al caso del malizioso intento speculativo di chi omette di impugnare l'atto al fine di lucrare poste risarcitorie fino a che l'amministrazione non si decida ad eliminarne la fonte. Evidentemente, in tale ipotesi, l'unico modo per impedire il prodursi del danno è l'impugnazione dell'atto dal quale deriva oppure l'invito all'amministrazione ad esercitare il potere di autotutela.

Va subito detto che dal punto di vista del danno patrimoniale il provvedimento amministrativo in sé difficilmente produce danno nei termini patrimonialistici sopra delineati, almeno rispetto gli interessi oppositivi; non così rispetto agli interessi pretensivi, laddove il mancato esercizio del potere privato, subordinato all'atto concessorio o autorizzatorio, è normalmente idoneo a generare danno futuro *sub specie* di lucro cessante.

Nel caso di interessi oppositivi, normalmente, a produrre danno patrimoniale non è tanto l'atto quanto la sua esecuzione, per impedire la quale l'ordinamento appresta il rimedio specifico della tutela cautelare.

Quindi, molto probabilmente, la giurisprudenza valuterà l'incidenza del mancato esercizio dell'onere di impugnazione dell'atto, anche in sede cautelare - considerandolo come idoneo ad eliminare il nesso di causalità - alle sole ipotesi di

interessi pretesivi. Negli altri casi la valutazione comprenderà anche altre circostanze, che incideranno sulla sola quantificazione del danno.

La seconda delimitazione, o se si vuole la seconda categoria di danno, è costituita dall'ipotesi classica, in cui si è sinora mossa la giurisprudenza, ossia quella in cui il soggetto inciso dall'azione amministrativa proponga, contestualmente o separatamente, l'azione di annullamento e quella risarcitoria, in cui l'annullamento dell'atto diventa il fatto pregiudiziale per l'eventuale accoglimento della domanda di risarcimento.

In tale ipotesi, l'atto procedimentalizzato illegittimo o il silenzio illegittimamente mantenuto dall'amministrazione, costituisce il punto estremo della lesione (l'evento lesivo, per usare l'espressione civilistica) sia rispetto alla situazione soggettiva dell'interesse legittimo e sia rispetto all'interesse al bene della vita, che, secondo alcune posizioni giurisprudenziali e dottrinarie, può anche essere di fatto, senza cioè che si presupponga la titolarità del diritto o di altra situazione giuridica soggettiva.

Qui si comprende come, in fondo, la risarcibilità non riguardi l'interesse legittimo, che, per come è costruito, viene risarcito attraverso l'annullamento dell'atto, bensì concerne l'interesse materiale di base che lega il soggetto al bene della vita, e che prima della caduta del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, non trovava adeguata tutela risarcitoria in virtù della semplice presenza della situazione soggettiva, denominata interesse legittimo, che ad esso si sovrapponeva o si affiancava e che sembrava per definizione escludere che vi fossero conseguenze patrimoniali, o che, se ravvisate, non fossero risarcibili.

In questa prospettiva l'atto amministrativo costituisce l'evento lesivo e, quindi, il fatto illecito si realizza già prima che si sia verificato il danno-conseguenza, in quanto la lesività è costituita dall'aver creato il rischio specifico che si possa produrre. La norma che vieta di ledere l'altrui interesse ha, infatti, ad oggetto il fatto dal quale scaturisce il danno, ed è, per ciò solo, la realizzazione del fatto ad integrare gli estremi dell'illecito. Ciò avviene ancor prima e indipendentemente dall'avverarsi del danno, inteso quale effetto economico negativo, costituito dalla complessiva sofferenza patrimoniale che l'evento lesivo determina a carico del soggetto inciso e che si fonda unicamente sul principio causale, prescindendo dal suo carattere anti-giuridico, carattere che è ascrivibile alla lesione dell'interesse materiale che non necessariamente, a sua volta si identifica con la lesione di un diritto soggettivo. In fondo la tutela cautelare trova la sua ragione proprio sul fatto che l'atto può costituire fonte di danno irreparabile.

Sul punto si sono già ricordate, ai paragrafi 2 e 3, le incertezze sulla natura della responsabilità e sui modi di determinazione del danno.

9. La nuova ipotesi di danno senza l'annullamento del provvedimento amministrativo e l'orientamento del giudice civile sulla responsabilità precontrattuale per comportamenti scorretti senza la declaratoria di invalidità del contratto. I casi ipotizzabili e le nuove tecniche di quantificazione del danno.

Al di fuori di dette ipotesi, la possibilità di proporre l'azione risarcitoria senza l'annullamento dell'atto comporta un vero e proprio cambiamento di prospettiva ai fini della determinazione del danno.

Tuttavia, il giudice non si potrà sottrarre dal governo dei principi, peraltro non sicuri, elaborati a proposito delle ipotesi in precedenza ricordate.

Molto probabilmente giudicherà più conveniente soffermarsi sulla "lesività" del comportamento che sul comportamento stesso, atteso che il vero problema sarà proprio quello di sapere quando essa, attraversando la "zona" della mera illegittimità, trapassa l'interesse legittimo (situazione che si aggiunge alla situazione giuridica soggettiva originaria con l'apertura del procedimento amministrativo) ed arriva a pregiudicare l'interesse materiale che lega il soggetto al bene della vita (o più semplicemente a pregiudicare il bene), e quindi a provocare conseguenze dannose di natura patrimoniale. Egli si muoverà nell'ambito delle coordinate fondamentali, costituite dal fatto che al centro dell'attività amministrativa non si colloca solamente la funzione bensì anche la "prestazione", e quindi il bene della vita che il soggetto intende conseguire e intorno al quale l'interesse, nell'assumere la dignità tecnico-giuridica propria delle varie situazioni giuridiche soggettive elaborate dalla scienza giuridica (diritti, possessi, oneri e così via), si può assimilare al tipico interesse da pretesa, tipico del rapporto giuridico privatistico costruito intorno all'altra categoria storica di quella disciplina, che è il diritto soggettivo. Sicché l'interesse legittimo diventerà sempre di più situazione sostanziale, che si pone in relazione anche al bene della vita e non solo in rapporto alla legittimità dell'atto amministrativo, che, in quanto qualificazione astratta, non è mai bene della vita.

La difficoltà è data però dal fatto che il bene della vita non costituisce il vero oggetto dell'interesse legittimo, che è necessariamente costituito dal comportamento dell'amministrazione, in quanto quest'ultimo rimane l'unico strumento per arrivare alla soddisfazione dell'interesse effettivo (conseguimento o conservazione del bene della vita) del privato. Né bisogna dimenticare che l'interesse materiale del privato può essere soddisfatto solamente se questo costituisce il naturale portato dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, che però non può non tenere conto - contrariamente a quanto accadeva prima che cadesse il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo - dell'interesse sostanziale al provvedimento favorevole.

Va premesso che rimane ancora difficile da immaginare, nonostante ora il codice preveda la possibilità di proporre in via autonoma l'azione risarcitoria, la configurazione della fattispecie illecita in presenza di un atto valido ed efficace.

L'interprete deve comunque individuare, proprio perché lo impone il nuovo sistema, "cosa si debba risarcire" e "come si arrivi alla determinazione del danno".

Infatti, non è da escludere che l'azione amministrativa, pur formalmente legittima, possa estendere il suo contenuto lesivo (e dannoso) sino a colpire la situazione base, che, in quanto sempre diversa può essere aggredita in modo diverso (per intenderci, un diritto in attesa di espansione può essere pregiudicato impedendo la legittima espansione, un possesso attraverso lo spossessamento, un diritto di proprietà attraverso l'incisione del titolo e così via). Il sistema della responsabilità civile impone di individuare la specifica situazione giuridica soggettiva in cui si radica

l'interesse materiale che lega il soggetto al bene della vita, nonché le modalità tipiche di aggressione di ciascuna di tale situazione, anche quando esse vengano attuate dall'amministrazione.

In qualche altra circostanza si è già avuto modo di osservare come il nuovo percorso immaginato dal codice sul processo amministrativo vada ad intercettare il percorso inaugurato dal supremo giudice civile (Cass. S.U., 19/12/2007 n. 26724), laddove ha ritenuto che la violazione di regole di comportamento (1337 cod. civ.) assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 cod. civ.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 cod. civ.).

La giurisprudenza civile sembra aver ripudiato la concezione secondo cui, “dopo la stipulazione del contratto, ogni questione relativa all'osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative sarebbe preclusa, in quanto la tutela del contraente sarebbe affidata, a partire da quel momento, solo alle norme in tema di invalidità e di inefficacia del contratto, la cui applicazione, pur essendo in alcuni casi collegata a comportamenti certamente non conformi a buona fede, e tuttavia subordinata alla ricorrenza di presupposti ulteriori (artt. 1434-1437, 1439, 1447-1448).

In altri termini, se il contratto è in corso di esecuzione non si può chiedere il risarcimento in relazione a fatti ad esso antecedenti perché l'interesse della parte è ancorato al contratto. La circostanza che la parte non chieda né la risoluzione né l'annullamento lascia presupporre che stia traendo vantaggio dall'esecuzione del contratto, ossia stia pienamente realizzando il suo interesse positivo. Risarcire danni per fatti superati dal contratto in esecuzione porterebbe ad un ingiustificato arricchimento del soggetto, che, pur tenendo in vita il contratto, chiede tuttavia il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale” (Cass. Sez. I, 29/9/2005 n. 19024).

Alla fine questa era la ragione decisiva che portava la giurisprudenza ad affermare l'inammissibilità del risarcimento senza il preventivo annullamento dell'atto o del contratto.

Va da sé che la fattispecie civilistica richiamata si attaglia perfettamente a quella in cui la pubblica amministrazione e il privato siano coinvolti in un procedimento amministrativo, in cui entrambi, nonostante la paternità formale dell'atto in capo all'amministrazione, cooperino per dare contenuto al provvedimento amministrativo, ponendo in essere attività comportamentali da svolgersi secondo i principi di correttezza e di buona fede.

Anche in questo caso il soggetto che subisce gli effetti del provvedimento può scegliere di non proporre l'azione di annullamento e tuttavia chiedere il risarcimento per quei comportamenti tenuti dall'amministrazione, che, in violazione dei principi da ultimo ricordati, hanno finito con il dare un contenuto “sconveniente” per lui al provvedimento amministrativo.

Naturalmente la casistica che deriverà dalla giurisprudenza sarà molto più ricca di quella che allo stato si può immaginare.

Tuttavia, la prima ipotesi in cui il soggetto inciso dall'azione amministrativa forse troverà più conveniente mantenere in vita l'atto sarà quella in cui quest'ultimo è a lui favorevole per larga parte, ma per alcuni profili invece non lo è, a causa di comportamenti non corretti dell'amministrazione, rispetto ai quali chiede tutela risarcitoria. Così come pure si può ipotizzare una richiesta risarcitoria, oltre a quella già individuata dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011 di provvedimento già interamente eseguito, per violazione di interessi partecipativi che non hanno trovato adeguata soddisfazione nel procedimento e hanno così finito con il generare danno patrimoniale, anche in presenza di un atto conclusivo favorevole. Parimenti si può immaginare una richiesta risarcitoria nell'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia fornito informazioni necessarie sia nella fase conclusiva del procedimento sia in sede di esecuzione del provvedimento.

In ogni caso, anche per coerenza all'impostazione della ricerca, il profilo più interessante del nuovo principio introdotto dal codice del processo amministrativo riguarda il problema della determinazione del danno.

In sede civile la Cassazione ha sostenuto che qualora in presenza di un contratto valido ed efficace si verifichi un danno, il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il cosiddetto interesse positivo), non può neppure essere determinato, avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o comunque non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto. In tale ipotesi il risarcimento deve essere ragguagliato "al minor vantaggio o al maggior aggravio economico" determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

Detto criterio può essere validamente utilizzato anche nella fattispecie in esame, salvo valutare l'incidenza che avrebbe avuto la tempestiva impugnativa dell'atto o l'allertamento dell'amministrazione ad arrestare l'esecuzione del provvedimento o la sua efficacia.

Naturalmente qui bisogna richiamare tutto quanto espresso nei paragrafi iniziali sull'utilizzo del meccanismo proprio del danno derivante dalla perdita di "chance", che, mentre nell'ipotesi di richiesta risarcitoria previo annullamento dell'atto, viene utilizzato solo a proposito della quantificazione degli interessi pretensivi, nel caso di una richiesta risarcitoria senza il previo annullamento dell'atto, va utilizzato anche per gli interessi oppositivi, quando si tratti di valutare le possibilità che avrebbe avuto l'atto di essere annullato.

Infatti, il giudizio prognostico, come già si è avvertito di sopra, riguarderà non soltanto la valutazione della consistenza delle probabilità di avere il vantaggio sperato o di non subire il danno temuto, ma anche l'incidenza che su di essi avrebbe il

probabile o non probabile annullamento dell'atto, salvo quanto si è detto sull'impossibilità di controllare tale evenienza da parte di chi ha subito il danno.

Sempre in tema di liquidazione del danno la giurisprudenza civile ha applicato il principio secondo cui il danno può commisurarsi anche all'interesse positivo nell'ipotesi in cui siano state taciute delle informazioni dovute. Un esempio può aiutare a comprendere il concetto: un soggetto titolare di euro 100.000,00 vuole investire la somma acquistando valuta estera per rivenderla al cambio favorevole. Il contratto-quadro, stipulato con la banca, individua il capitale da investire, la durata, le singole obbligazioni sulla valuta estera. Se sulla singola operazione sorge una controversia giudiziaria finalizzata al risarcimento per la mancata informazione sull'operazione stessa, nulla vieta che il contratto possa continuare ad avere esecuzione.

In tal caso si pone il complesso problema di stabilire il *quantum* e la tecnica da utilizzare nella liquidazione.

Se si limita il risarcimento all'interesse negativo il contratto viene visto come un fatto storico, il soggetto è stato coinvolto in una contrattazione inutile, e ciò ha comportato delle spese che devono essere riscalite. Inoltre, se è stata persa l'occasione di stipulare un altro contratto che sarebbe stato più vantaggioso, il risarcimento può comprendere anche il vantaggio che si poteva trarre stipulando l'altro contratto.

L'impostazione della Cassazione, nel caso esaminato, è stata diversa perché ha cercato di individuare quale era stata l'incidenza che la mancata informazione aveva avuto sul vantaggio economico dell'operazione contrattuale.

In pratica i quesiti sono: se si stipula un contratto sulla base di una mancata informazione pagando 100 per avere invece un contratto che vale 50 come si deve quantificare il danno? E quale somma il giudice deve liquidare?

I commentatori delle sentenze avutesi in proposito, e che allo stato sembrano essere le uniche cui si possa fare riferimento anche da parte di chi studia il problema dal punto di vista dell'azione risarcitoria amministrativa, fanno riferimento a tre tecniche di quantificazione, due delle quali offerte dal diritto inglese.

La prima è quella propria dell'"azione estimatoria" (art. 1492 cod. civ.), per cui se si riceve una cosa che ha valore 50 pagandola invece 100 il prezzo può essere diminuito. La riduzione del prezzo pagato è pari al rapporto tra valore ipotetico della prestazione e valore reale. Questa tecnica però comporta che il prezzo può essere ridotto in misura maggiore rispetto al dovuto, sicché i commentatori ritengono che, in un caso come quello esaminato dalla Cassazione, il criterio della *quanti minoris* non sia adeguato.

Invece, quando il giudice deve liquidare il danno che deriva dall'inadempimento, quindi l'interesse positivo, deve valutare l'aspettativa che aveva il soggetto e l'utilità che poteva trarre dalla prestazione di fare; deve cioè proiettarsi verso il futuro.

La seconda tecnica tratta dal diritto anglosassone è quella dell' *aut of pocket* , con la quale il prezzo viene portato al valore reale del bene o della prestazione. In questo caso si ricostruisce quale sarebbe stata la situazione patrimoniale del

danneggiato se non ci fosse stata la negoziazione. Si fa osservare però che questo criterio non è equo perché il soggetto ha svolto un'operazione che ha alterato la sua situazione patrimoniale rispetto a quella originaria. Tale situazione è quantitativamente uguale ma qualitativamente diversa. Questo criterio, quindi, tutela l'interesse negativo, anche se solo per equivalente. Per questo motivo alcuni autori ritengono che sia l'unico utilizzabile nella responsabilità precontrattuale.

La terza tecnica, anch'essa mutuata dal diritto anglosassone, è quella del *loss of bargain*. Attraverso questo criterio la vittima della falsa rappresentazione viene messa nella stessa posizione in cui si sarebbe trovata se la rappresentazione fosse stata vera. Si risarcisce il soggetto facendo riferimento alla diversa realtà contrattuale che si era immaginata in base ad una errata informazione.

Quest'ultimo criterio sostanzialmente è quello seguito per il risarcimento dell'interesse positivo, con l'unica particolarità che si collega al mancato onere di informazione che ha generato nel soggetto un'idea dell'operazione contrattuale diversa da come effettivamente era. E' però molto complicato dover confrontare la rappresentazione come sarebbe stata se ci fosse stata l'informazione, con ciò che in realtà è accaduto, conseguenza della mancata informazione.

In conclusione, si sono volute richiamare queste tecniche di quantificazione, elaborate in sede civile a proposito della specifica fattispecie di omessa informazione in presenza di un contratto valido ed efficace non soltanto per offrire al giudice amministrativo di valutare le possibilità di utilizzarle nelle fattispecie in cui sarà chiamato a giudicare, ma anche per avvertirlo che d'ora innanzi effettivamente sarà chiamato a porsi tra "la storia e la profezia".

*Testo della relazione, riveduta e ampliata, tenuta al convegno organizzato a Roma dalla LUSPIO il 13 aprile 2011 sul tema "Il codice del processo amministrativo a sei mesi dalla sua entrata in vigore".