

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**  
**AGGIORNATO AL 31 GENNAIO 2012**

MARIANNA CAPIZZI

**Consiglio di Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 265.**

Sui presupposti del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi oppositivi e sul criterio di riparto dell'onere della prova della colpa della Pubblica Amministrazione.

Per realizzare i fini legislativamente previsti, l'azione della Pubblica Amministrazione incide, spesso, su interessi propri di altri soggetti dell'ordinamento con l'inevitabile possibilità di arrecare loro un pregiudizio.

La possibilità di considerare la Pubblica Amministrazione responsabile dei danni ingiusti cagionati ai singoli nello svolgimento delle funzioni assegnategli dall'ordinamento, non è sempre stata pacificamente ammessa. Una svolta, in tal senso, è stata segnata dalla storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, con la quale i giudici di legittimità, superando il loro precedente orientamento, accordarono per la prima volta tutela risarcitoria agli interessi legittimi. Prima di tale sentenza, in particolare, la risarcibilità degli interessi legittimi si escludeva sulla base di un'interpretazione letterale dell'articolo 2043 c.c. secondo cui soltanto la lesione di diritti soggettivi configurava danno ingiusto. L'ingiustizia del danno richiedeva, in altri termini, che il pregiudizio subito dal singolo fosse *contra ius* (ovvero cagionato in violazione di un diritto soggettivo perfetto) e *non iure* (arrecato in assenza di una causa di giustificazione). L'unica ipotesi in cui la giurisprudenza ammetteva la risarcibilità del danno cagionato a situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo, era quella in cui un'originaria situazione di diritto soggettivo, degradata a situazione di interesse legittimo per effetto di un provvedimento amministrativo poi annullato dal giudice amministrativo, in quanto illegittimo, si fosse ripristinata con effetto retroattivo proprio in virtù di detto annullamento (in tal caso, ci si poteva rivolgere al giudice ordinario per il risarcimento del danno ingiustamente

sofferto). Analogamente, si ammetteva il risarcimento nell'ipotesi in cui entrava in gioco un diritto soggettivo non originario, ma sorto sotto l'effetto di un provvedimento amministrativo ampliativo (concessione, autorizzazione, ecc...), fosse poi intervenuto un successivo provvedimento caducatorio (revoca o annullamento) del provvedimento ampliativo e questo fosse stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo e annullato poiché illegittimo: anche in tal caso si sarebbe ripristinata con effetto retroattivo la posizione di vantaggio e il privato avrebbe potuto rivolgersi al giudice ordinario per chiedere riparazione dei pregiudizi sofferti.

Con la sentenza n. 500/1999, si afferma un principio radicalmente differente. La Corte, in quell'occasione, per la prima volta ha stabilito: che il danno ingiusto può ritenersi integrato nell'ipotesi di violazione di qualunque interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, anche diverso dal diritto soggettivo; che, onere del giudice, al fine di stabilire la responsabilità extracontrattuale della P.A., è quello di procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini: “... a) *in primo luogo dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; b) procederà, quindi, a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto in relazione alla sua dipendenza su un interesse rilevante per l'ordinamento che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ovvero nelle forme dell'interesse legittimo, o altro interesse giuridicamente rilevante...c) dovrà, inoltre, accertare...se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A.; provvederà, infatti, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o a colpa della P.A.; la colpa, infatti, costituisce elemento essenziale della responsabilità extracontrattuale...”. Infine, ha precisato la Corte, una particolare indagine avrebbe impegnato il giudice nell'ipotesi di lesione di un interesse legittimo pretensivo, ovvero di illegittimo diniego di un provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adesione. In questo caso: “...dovrà vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento giuridico 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*

*dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile 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 tutelata".*

Seguendo la linea di pensiero espressa dalla citata sentenza n.500/1999 delle Sezioni Unite, la risarcibilità degli interessi legittimi doveva ritenersi, dunque, differenziata.

Ad avviso della Corte, infatti, poteva riconoscersi al privato il risarcimento del danno solo se *"l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione al bene della vita al quale l'interesse legittimo si collega e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento"*. Non era, dunque, sufficiente che l'interesse legittimo fosse stato pregiudicato da un vizio meramente formale dell'agire amministrativo, ma occorreva che si fosse prodotto un vizio sostanziale, che cioè l'amministrazione avesse negato al privato un bene della vita cui lo stesso aveva diritto.

Ciò posto, per valutare se si fosse verificato o meno questo vizio sostanziale, occorreva effettuare una verifica diversa a seconda che il privato facesse valere un interesse legittimo pretensivo o oppositivo: gli interessi legittimi pretensivi necessitavano, ad avviso della Corte, di un giudizio prognostico in ordine alla consistenza della protezione che l'ordinamento riservava alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente; nell'ipotesi in cui il privato facesse valere un interesse legittimo oppositivo, invece, questo vizio sostanziale poteva considerarsi presente *ex se* e desumersi dal fatto stesso che il soggetto fosse titolare di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio che egli non poteva esercitare a causa della presenza del provvedimento amministrativo contestato e illegittimo.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza successive alla sentenza n. 500/1999 hanno fortemente criticato la radicale posizione assunta dalle Sezioni Unite, sulla base della considerazione che la stessa avrebbe dato luogo ad un sistema di iperprotezione dell'interesse oppositivo il quale avrebbe potuto

ricevere protezione a prescindere da una preventiva distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali. Al contrario, si è sostenuto, anche con riguardo agli interessi oppositivi avrebbero potuto aversi vizi formali del provvedimento amministrativo che, anche se eliminati, non avrebbero cambiato il contenuto sostanziale del provvedimento, stante la non spettanza al singolo del bene della vita. Dunque, anche con riferimento a tali interessi, sarebbe stato necessario, ai fini del riconoscimento al singolo di un risarcimento danni, un giudizio prognostico da parte del giudice amministrativo, che accertasse la spettanza del bene della vita negato.

Ad oggi, tuttavia, la giurisprudenza sembra escludere la necessità di un giudizio prognostico nell'ipotesi di interessi legittimi oppositivi e di voler tornare al criterio di risarcibilità dei medesimi elaborato per la prima volta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 500/1999.

Proprio la sentenza indicata in epigrafe, riprendendo l'impostazione assunta dalle Sezioni Unite, afferma: *“la tutela risarcitoria degli interessi oppositivi è sempre ammessa in presenza di un atto amministrativo illegittimo che abbia compresso la posizione di vantaggio del privato, non essendo necessaria una prognosi sull'esito favorevole delle aspettative dell'interessato, in quanto il collegamento con il bene della vita si è già consolidato in virtù di un precedente provvedimento, e tanto basta a pretendere la riparazione delle conseguenze patrimoniali sfavorevoli dell'illegittimità dell'azione amministrativa”* e ciò, aggiunge il Collegio, *“... anche in ipotesi di successivo (legittimo) riesercizio del potere amministrativo sempre in senso sfavorevole al privato (Consiglio di Stato, sez. V, 3 dicembre 2009, n. 7586)...”*.

Come sopra anticipato, già nella sentenza n. 500/1999, la Corte di Cassazione evidenziava come elemento costitutivo della responsabilità della Pubblica Amministrazione fosse il carattere colposo della condotta procedurale tenuta. La giurisprudenza è stata, tuttavia, protagonista di un lungo e tormentato dibattito in merito alla tecnica di riparto dell'onere della prova di questo peculiare elemento soggettivo.

L'impostazione giurisprudenziale tradizionale riteneva sussistente la colpa dell'amministrazione una volta accertata l'illegittimità dell'atto amministrativo

(modello di *culpa in re ipsa*). La nozione di *culpa in re ipsa* si fondava, in particolare, sul rilievo che la semplice adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo da parte di un soggetto dotato di capacità istituzionale e di competenza funzionale ad operare nel settore di riferimento concretasse quella consapevole violazione di leggi, regolamenti o norme di condotta non scritte nella quale si risolve la colpa, secondo la definizione dell'articolo 43 c.p. La tesi della presunzione assoluta di colpa è parsa, tuttavia, incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi nell'ingiusta assegnazione all'Amministrazione di un trattamento deteriore rispetto a quello degli altri soggetti di diritto.

Tali dubbi di coerenza sistematica sono stati risolti dalla Suprema Corte di Cassazione che, con la più volte citata sentenza n. 500/1999, supera il predetto orientamento affermando che la colpa non è *in re ipsa*, nell'illegittimità dell'atto amministrativo, essendo necessario, invece, affidare al giudice il potere di svolgere una più penetrante indagine estesa alla valutazione della colpa quale elemento costitutivo della responsabilità e, quindi, quale elemento da provare. A tal fine, la Suprema Corte, definisce alcuni indici identificativi della colpa individuandoli nell'ascrizione all'Amministrazione, e non al singolo funzionario, “*della violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità*” e chiarisce che l'indagine riservata al giudice deve riferirsi alla Pubblica Amministrazione come apparato impersonale e non al funzionario che ha adottato l'atto illegittimo.

Anche la soluzione offerta dalle Sezioni Unite non è parsa, tuttavia, pienamente convincente in quanto, sebbene avesse avuto il merito di rilevare come i criteri utilizzati per accertare la colpa delle persone fisiche non potessero essere uguali a quelli utilizzati per accertare la colpa di organo amministrativo, da un lato non offriva sicuri indici di individuazione della c.d. colpa d'apparato, sicchè questa sembrava coincidere con la verifica di una disfunzione amministrativa, di una disorganizzazione nella gestione del

personale, dei mezzi e delle risorse degli uffici che, però, appariva impropriamente introdotta nella struttura dell'illecito, sia perché l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non erano necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, sia, ancora, perché la stessa risultava essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva del danno. Inoltre, si aggiungeva, la descrizione appena riferita dei requisiti della colpa, ometteva qualsiasi considerazione e valorizzazione di circostanze esimenti, con ciò precludendo, di fatto, proprio quella penetrante indagine della riferibilità soggettiva del danno alla colpevole azione amministrativa che si raccomanda contestualmente al giudice del risarcimento.

Dunque, proprio l'esigenza di individuare un differente parametro di valutazione dell'elemento soggettivo della responsabilità della P.A. ha indotto la giurisprudenza ad elaborare una serie di possibili criteri alternativi di prova della colpa. Il panorama pretorio si è, in particolare, diviso tra quanti riconducevano la responsabilità della Pubblica Amministrazione al modello della responsabilità da contatto sociale qualificato e quanti la ricollegavano al modello della responsabilità aquiliana. Secondo la prima impostazione, dovendosi ricostruire la responsabilità della P.A. come responsabilità da contatto sociale qualificato, in analogia alle forme di accertamento giudiziale dell'illecito contrattuale, e, in particolare, del criterio di imputazione del danno definito dall'art. 1218 c.c., la responsabilità dell'Amministrazione per l'adozione di un atto illegittimo poteva presumersi, sotto il profilo dell'ascrivibilità del pregiudizio ad una condotta colposa dell'apparato. Sicché, in conseguenza di tale tipo di catalogazione della responsabilità dell'amministrazione il privato doveva allegare il danno patito e la sua riconducibilità eziologica all'adozione o all'esecuzione di un provvedimento viziato (la colpa si presumeva da questi due elementi) e all'Amministrazione veniva riconosciuto l'onere di dimostrare la propria incolpevolezza per mezzo della deduzione di elementi di fatto e di diritto idonei a documentare la ricorrenza di un errore scusabile e, quindi, a dimostrare l'assenza di colpa nel proprio operato. Una diversa tesi, ad oggi consolidata, rifiuta la ricostruzione

della responsabilità della P.A. come responsabilità da contatto sociale qualificato e accoglie quella della responsabilità extracontrattuale ritenendo che le esigenze di semplificazione probatoria possano essere soddisfatte anche restando all'interno dello schema della responsabilità extracontrattuale, utilizzando le presunzioni semplici ex artt. 2727 e 2729 c.c. Secondo detto sistema, l'illegittimità dell'atto non costituisce automatico indice di responsabilità risarcitoria: il privato danneggiato può invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o, nelle ipotesi di censure di illegittimità di dubbio fondamento, allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di errore non scusabile. Spetterà a questo punto alla Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. Orbene, a detto orientamento prevalente si conforma la sentenza indicata in epigrafe che ribadisce: *"...in caso di acclarata illegittimità dell'atto amministrativo asseritamente foriero di danno, al privato non è richiesto un particolare sforzo probatorio, per ciò che attiene al profilo dell'elemento soggettivo della fattispecie, al contrario, egli potrà invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore scusabile. Spetterà, a quel punto, all'Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una fonte normativa, di formulazione incerta. di previsioni da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 luglio 2010, n. 4660)"*.

Di particolare interesse quanto statuito dal Supremo Consesso Amministrativo in merito all'articolo 26, 2° comma c.p.a. Nel fare applicazione della citata

disposizione, il Collegio ha, in particolare, precisato funzione e tecnica di applicazione della disposizione citata secondo la quale: *“Il giudice, nel pronunciare sulle spese, può altresì condannare, anche d'ufficio, la parte soccombente al pagamento in favore dell'altra parte di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati”*.

Il Collegio precisa, anzitutto, che la funzione della norma in esame è quella di fungere da strumento di deterrenza sanzionatoria del proliferare dei processi privi di solide basi diasquisitorie e di fondate ragioni di controversia. Essa, dunque, ha rilevato il Collegio *“...non riguarda le spese di lite, quantificate con la condanna alle spese secondo la logica propria delle disposizioni sancite dagli art. 91 e 92 c.p.c.; non riguarda la responsabilità da lite temeraria, tipizzata dai commi 1 e 2 dell'art. 96 c.p.c.; non riguarda la pretesa sostanziale (sulla quale statuisce il contenuto dispositivo della sentenza); non è configurabile, infine, quale sanzione pubblica”*.

La liquidazione della somma ivi prevista è affidata all'equità *“qui intesa”* – precisa il Collegio – *“nel tradizionale significato di criterio di valutazione giudiziario correttivo o integrativo, teso al contemperamento, nella logica del caso concreto, dei contrapposti interessi rilevanti secondo la coscienza sociale (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3083)”* ed il parametro cui agganciare la determinazione equitativa può trarsi dalla prassi forense civile formatasi in sede di prima applicazione dell'articolo 96, comma 3° c.p.c. che quantifica il danno in una percentuale delle spese di lite sostenute dalla parte vincitrice: *“Nell'attuale silenzio della legge sul punto concernente l'individuazione dei parametri cui agganciare la determinazione equitativa, possono considerarsi ammissibili una molteplicità di criteri alcuni dei quali ispirati alla logica dei danni punitivi di matrice anglosassone che ben si prestano ad assicurare, pur nell'alveo della responsabilità civile, l'indiretta funzione di deterrenza sanzionatoria del proliferare dei processi, sganciati come sono dalla dimostrazione anche presuntiva di un pregiudizio da compensare (cfr. Cass. civ., sez. III, 11 maggio 2010, n. 11353). Pertanto, ben può costituire parametro di riferimento, una percentuale delle spese di lite*



*sostenute dalla parte vincitrice (in tal senso è la prassi forense civile formatasi in sede di prima applicazione dell'art. 96, co. 3, c.pc.; in termini Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 241/ord.)”.*

**Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 10 gennaio 2012, n. 14**

**Sui presupposti di risarcibilità del danno da emarginazione lavorativa o mobbing.**

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato ha stabilito che anche nel campo del pubblico impiego, come in quello dell'impiego privato, il prestatore di lavoro può chiedere la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno (anche nella sua eventuale componente di danno alla vita di relazione o di cosiddetto danno biologico) subito a causa della lesione del proprio diritto di eseguire la prestazione lavorativa in base alla qualifica professionale rivestita. In tal caso, tuttavia, in base alla regola generale di cui all'articolo 2697 c.c., deve fornire la prova dell'esistenza dell'inadempimento, del tipo di danno subito e del nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno, prova che costituisce presupposto indispensabile per procedere ad una valutazione equitativa. Tale danno non si pone, infatti, quale conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo rientrante nella suindicata categoria, ma deve essere oggetto di prova specifica da parte del lavoratore.

Orbene, nella particolare ipotesi in cui il lavoratore chieda il risarcimento del danno da emarginazione lavorativa (o mobbing), il datore di lavoro risponde sia a titolo di responsabilità extracontrattuale, che contrattuale *ex art. 2087 c.c.*, per violazione del dovere di tutelare la personalità morale del prestatore di lavoro. Risponde solo *ex art. 2087 c.c.* nell'ipotesi di mobbing orizzontale, ovvero di atti vessatori posti in essere dai colleghi, nel qual caso, tuttavia, alla responsabilità contrattuale datoriale si aggiunge quella dell'autore materiale del fatto, atteso che l'autore materiale, se diverso dal datore, in base ai principi