

Rosanna De Nictolis

**Il risarcimento
dei danni cagionati
dalla Pubblica
Amministrazione**



INDICE GENERALE

CAPITOLO 1	LA TUTELA RISARCITORIA NEI CONFRONTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: PROFILI GENERALI	15
1.1	La risarcibilità degli interessi legittimi	15
1.2	La risarcibilità degli interessi legittimi in materia di pubblici appalti	18
1.3	Risarcimento da atti illegittimi o da comportamenti illeciti e indennizzo da atti legittimi	20
CAPITOLO 2	LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	23
2.1	La rilevanza pratica della questione della natura giuridica della responsabilità	23
2.2	La tesi della responsabilità extracontrattuale	24
2.3	La tesi della responsabilità «da contatto»	25
2.4	La tesi della responsabilità contrattuale	27
2.5	La tesi della responsabilità sui generis	28
2.6	Un'ipotesi di confine tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: il danno da <i>mobbing</i>	29

CAPITOLO 3 LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE 33

3.1	I termini della questione prima della Cass. sez. un. n. 500/1999	33
3.2	La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione dopo le sezioni unite del 1999 ...	34
3.3	Ipotesi di responsabilità precontrattuale	37
3.4	Natura giuridica della responsabilità precontrattuale	39
3.5	Giurisdizione e danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale	40

**CAPITOLO 4 LA C.D. PREGIUDIZIALITÀ DELL'ANNULLAMENTO:
NECESSITÀ O MENO DEL PREVIO ANNULLAMENTO
DELL'ATTO ILLEGITTIMO 41**

4.1	Evoluzione della giurisprudenza e della dottrina prima delle pronunce della Cassazione del giugno 2006	41
4.1.1	<i>La tesi contraria alla pregiudizialità</i>	41
4.1.2	<i>Gli argomenti a favore della pregiudizialità</i>	46
4.1.3	<i>Le implicazioni pratiche della pregiudizialità</i>	53
4.2	Ipotesi in cui, pur accogliendosi la tesi della pregiudiziale amministrativa, non è ritenuta necessaria la previa impugnazione dell'atto amministrativo	54
4.2.1	<i>Il danno da comportamento</i>	54
4.2.2	<i>L'annullamento del provvedimento in sede non giurisdizionale</i>	54
4.2.3	<i>L'improcedibilità della domanda di annullamento</i>	55
4.3	Le pronunce della Cassazione a sezioni unite del giugno 2006 e la giurisprudenza amministrativa successiva	55
4.4	Osservazioni conclusive	67

CAPITOLO 5	L'ELEMENTO OGGETTIVO DELL'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE: PROVVEDIMENTI E COMPORAMENTI	79
-------------------	--	-----------

5.1	Profili generali	79
5.2	Danno da provvedimento e danno da comportamento in materia edilizia	80

CAPITOLO 6	L'ELEMENTO SOGGETTIVO DELL'ILLECITO: LA COLPA E IL DOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	85
-------------------	---	-----------

6.1	La tesi (superata) della <i>culpa in re ipsa</i>	85
6.2	Superamento della tesi della <i>culpa in re ipsa</i> ad opera delle sezioni unite nel 1999	86
6.3	La colpa della pubblica amministrazione secondo la giurisprudenza amministrativa	87
6.4	Configurabilità della colpa dell'amministrazione in relazione alle vicende processuali dell'atto amministrativo impugnato	89
6.5	Ipotesi di rilevanza della sola colpa grave	91
6.6	La colpa della pubblica amministrazione in materia di pubblici appalti	92
6.7	Il dolo	93
6.8	La colpa e il dolo della pubblica amministrazione secondo la Corte di giustizia CE nei pubblici appalti di rilevanza comunitaria	97

CAPITOLO 7	IL NESSO DI CAUSALITÀ	99
-------------------	------------------------------	-----------

7.1	Necessità del nesso causale	99
-----	-----------------------------------	----

7.2	L'onere della prova	100
7.3	Mancanza o interruzione del nesso causale	100

CAPITOLO 8 IL DANNO RISARCIBILE 103

8.1	Profili generali	103
8.2	Il danno per violazioni formali	104
8.3	Il danno da perdita di chance	107
8.3.1	<i>Nozione e danno risarcibile.....</i>	107
8.3.2	<i>Il risarcimento in forma specifica e per equivalente della chance</i>	109
8.3.3	<i>Il ristoro della perdita di chance nelle procedure di affidamento di pubblici appalti</i>	111
8.3.4	<i>Il punto sul danno da perdita di chance nella pronuncia del Consiglio di Stato n. 5323/2006</i>	114
8.4	Il danno da ritardo e da silenzio	120
8.5	Il danno all'immagine	123
8.6	Il danno biologico	124
8.7	Il danno esistenziale	127
8.7.1	<i>Profili generali</i>	127
8.7.2	<i>Il danno esistenziale nei confronti della pubblica amministrazione</i>	135
8.8	Il danno da mobbing	141
8.8.1	<i>Nozione ed evoluzione giurisprudenziale e normativa</i>	141
8.8.2	<i>Il mobbing nella giurisprudenza costituzionale</i>	144
8.8.2.1	<i>Corte cost. n. 359/2003</i>	144
8.8.2.2	<i>Corte cost. n. 113/2004</i>	146
8.8.2.3	<i>Corte cost. n. 22/2006 e Corte cost. n. 238/2006</i>	147
8.8.3	<i>Le componenti del danno da mobbing e l'onere della prova</i>	147

8.8.4	<i>Il danno da mobbing nei confronti della pubblica amministrazione</i>	154
8.8.4.1	<i>Fonti normative</i>	154
8.8.4.2	<i>Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo</i>	155
8.8.4.3	<i>La giurisprudenza amministrativa in tema di mobbing. La definizione e descrizione del fenomeno</i>	156
8.8.4.4	<i>La giurisprudenza amministrativa in tema di mobbing. La natura giuridica della responsabilità</i>	162
8.8.4.5	<i>La giurisprudenza amministrativa in tema di mobbing. L'elemento soggettivo del mobbing</i>	162
8.8.4.6	<i>La giurisprudenza amministrativa in tema di mobbing. Le voci di danno</i>	163
8.8.4.7	<i>La giurisprudenza amministrativa in tema di mobbing. La liquidazione del danno</i>	164
CAPITOLO 9	IL RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE E IN FORMA SPECIFICA	165
9.1	<i>Il risarcimento in forma specifica</i>	165
9.1.1	<i>Profili generali</i>	165
9.1.2	<i>Il risarcimento in forma specifica in materia di procedure di affidamento di pubblici appalti</i>	166
9.1.3	<i>Il risarcimento in forma specifica in materia edilizia</i>	170
9.1.4	<i>Il risarcimento in forma specifica in materia di espropriazione</i>	171
9.2	<i>Il risarcimento per equivalente</i>	172
9.2.1	<i>Profili generali</i>	172
9.2.2	<i>Il risarcimento per equivalente: ambito applicativo e criteri di quantificazione in materia di appalti. Il danno emergente</i>	173

9.2.3	<i>Il risarcimento per equivalente: ambito applicativo e criteri di quantificazione in materia di appalti. Il lucro cessante come mancato utile</i>	174
9.2.4	<i>Il risarcimento per equivalente: ambito applicativo e criteri di quantificazione in materia di appalti. Altre voci rientranti nel lucro cessante</i>	176
9.2.5	<i>Quantificazione del danno in materia edilizia</i>	177
9.2.6	<i>Quantificazione del danno in materia di occupazione senza titolo</i>	178
9.2.7	<i>Natura di debito di valore</i>	182
9.3	<i>Il residuo spazio del risarcimento per equivalente nel caso di conseguimento risarcimento in forma specifica</i>	182
9.4	<i>La possibilità di opzione tra il risarcimento in forma specifica e il risarcimento per equivalente</i>	184

**CAPITOLO 10 AMBITO DEL RISARCIMENTO
IN FORMA SPECIFICA E PER EQUIVALENTE
E RAPPORTO CON L'OBBLIGO
DI ESECUZIONE DEL GIUDICATO** 187

10.1	<i>Tesi dell'autonomia dell'azione di risarcimento in forma specifica rispetto all'azione di ottemperanza</i>	187
10.2	<i>Tesi che configura il risarcimento in forma specifica come una modalità dell'ottemperanza</i>	190
10.3	<i>Ricostruzione della questione</i>	190
10.4	<i>Rapporto tra azione di risarcimento per equivalente e azione di ottemperanza</i>	194

<hr/>	
CAPITOLO 11	LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO E IL CONCORSO DEL FATTO COLPOSO DEL CREDITORE
	195
<hr/>	
CAPITOLO 12	I PROFILI PROCESSUALI DEL GIUDIZIO RISARCITORIO
	199
<hr/>	
12.1	Il riparto di giurisdizione199
12.1.1	<i>La regola generale</i> 199
12.1.2	<i>Casi problematici di riparto di giurisdizione in materia di risarcimento del danno: il danno da comportamento e il danno da ritardo. La lesione dei diritti incompressibili</i> 203
12.1.3	<i>La giurisdizione sul risarcimento del danno in materia di pubblici appalti</i> 205
12.1.4	<i>La giurisdizione sul risarcimento del danno in materia di urbanistica, espropriazione, edilizia, alla luce dell'art. 34, D.Lgs. n. 80/1998</i>208
12.1.5	<i>La giurisdizione sul risarcimento del danno in materia di espropriazione alla luce del T.U. espropriazioni</i>224
12.1.6	<i>La giurisdizione sul risarcimento del danno in materia di permesso di costruire e denuncia di inizio attività</i> 228
12.2	La legittimazione passiva del funzionario autore dell'atto illegittimo e la giurisdizione sulle domande risarcitorie nei confronti del funzionario229
12.3	Il termine di prescrizione dell'azione risarcitoria e la sua decorrenza233
12.4	La competenza territoriale nei giudizi risarcitori235
<hr/>	

12.5	La notifica della domanda	239
12.6	La forma e la qualificazione della domanda	239
12.7	L'integrazione del contraddittorio	241
12.8	La domanda in corso di causa	241
12.9	La domanda di condanna in forma generica	241
12.10	La domanda di risarcimento in forma specifica ..	242
12.11	La domanda risarcitoria proposta nell'ambito del giudizio di ottemperanza	243
12.12	La domanda risarcitoria e il rito del silenzio	244
12.13	L'azione risarcitoria proposta in appello	245
12.14	La tutela risarcitoria e l'improcedibilità del giudizio di annullamento	246
12.15	L'onere della prova	247
12.16	Il risarcimento del danno e il rito speciale in materia di lavori pubblici	249
12.17	L'assorbimento della domanda risarcitoria	250

**CAPITOLO 13 LO SPECIALE RITO PER LA LIQUIDAZIONE
DEL DANNO DI CUI ALL'ART. 35, D.LGS. N. 80/1998 251**

13.1	La condanna al risarcimento con liquidazione rimessa all'accordo delle parti e la condanna generica	251
13.2	La fissazione da parte del giudice dei criteri di liquidazione del danno e del termine per l'accordo sul danno	252
13.3	Il mancato accordo e la fase di ottemperanza	253
13.4	L'ambito applicativo dello speciale rito liquidatorio	254
13.5	Casistica giurisprudenziale	255

CAPITOLO 14 GIURISPRUDENZA 257

- Corte costituzionale, 5 - 6 luglio 2004 n. 204257
- Corte costituzionale, 5 - 11 maggio 2006, n. 191273
- Corte di cassazione, sezioni unite,
22 luglio 1999, n. 500279
- Corte di cassazione, sezioni unite,
13 giugno 2006, n. 13659..... 295
- Corte di cassazione, sezioni unite,
13 giugno 2006, n. 13660..... 311
- Corte di cassazione, sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157325
- Cons. St, Ad. Plen., 14 febbraio 2003, n. 2345
- Cons. St, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4347
- Cons. St, Ad. Plen., 18 ottobre 2004, n. 10356
- Cons. St, Ad. Plen., 30 agosto 2005, n. 4359
- Cons. St, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 6364
- Cons. St, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7369
- Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239371
- Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281378
- Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686382
- Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338384
- Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4007395
- Cons. St., sez. V, 4 settembre 2002, n. 4435396
- Cons. St., sez. V, 19 ottobre 2002, n. 5789399
- Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6291400
- Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204401
- Cons. St., sez. VI, 19 marzo 2003, n. 1457403
- Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945405
- Cons. St., sez. V, 26 giugno 2003, n. 3850410
- Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003, n. 3871412
- Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666412
- Cons. St., sez. V, 7 agosto 2003, n. 4567416
- Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7473418
- Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 942419
- Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950421

- Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080 425
- Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500 426
- Cons. St., sez. IV, 14 settembre 2004, n. 5899 437
- Cons. St., sez. VI, 16 settembre 2004 n. 5995 437
- Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6579 441
- Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004, n. 7256 442
- Cons. St., sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8220 444
- Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32 445
- Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478 450
- Cons. St., sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047 461
- Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2005, n. 1096 466
- Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563 472
- Cons. St., sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6960 473
- Cons. St., sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374 479
- Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2288 481
- Cons. St., sez. V, 21 giugno 2006, n. 3690 482
- Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2006, n. 371 484
- Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981 488

1 | La tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione: profili generali

1.1 La risarcibilità degli interessi legittimi

Oggetto del presente capitolo sono i profili generali della responsabilità per danni provocati dalla pubblica amministrazione¹.

Fino alla nota pronuncia della Cassazione a sezioni unite n. 500/1999, si negava la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, sicché la tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione non era invocabile a fronte di atti illegittimi, ma solo a fronte di comportamenti materiali, ovvero atti radicalmente nulli².

L'affermazione dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo si fondava sulla tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c., che identificava il danno ingiusto con la lesione di un diritto soggettivo. In particolare si affermava che «il danno ingiusto» andava inteso nel duplice significato di danno prodotto *non iure* e *contra ius*; *non iure*: il fatto dannoso doveva essere in contrasto con l'ordinamento giuridico e doveva ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto.

1. In generale sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione v. I. FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione (dall'annullamento dell'atto lesivo al risarcimento)*, Cedam, Padova, 1999; R. GAROFOLI – G. RACCA – M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; AA. VV., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO), Zanichelli, Bologna – Roma, 2005.

2. Per una ricostruzione storica dell'evoluzione verso l'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi v. F. CARINGELLA, *Le mobili frontiere del danno ingiusto raggiungono anche la responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA. VV., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO), Zanichelli, Bologna – Roma, 2005, 3 – 27; R. GIOVAGNOLI, *Il danno ingiusto*, in AA. VV., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO), Zanichelli, Bologna – Roma, 2005, 87 – 107.

Era invece risarcibile il danno derivante dai comportamenti materiali della pubblica amministrazione, e, per essa, dei suoi agenti, fonte di responsabilità aquiliana, azionabile davanti al giudice ordinario.

Nel 1998, con il D.Lgs. n. 80/1998, era stata prevista la tutela risarcitoria davanti al giudice amministrativo nelle sole materie di giurisdizione esclusiva espressamente elencate.

Nel 1999, le sezioni unite della Cassazione hanno articolatamente rimeditato il proprio orientamento, affermando che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, dovendosi per danno ingiusto intendere il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale anche l'interesse legittimo³.

Tale pronuncia ipotizzava peraltro una azione risarcitoria davanti al giudice ordinario, svincolata dal previo annullamento dell'atto amministrativo (c.d. doppio binario).

Nel 2000, la L. n. 205 novellava l'art. 7, L. TAR (L. n. 1034/1971), generalizzando la tutela risarcitoria nelle materie di giurisdizione del giudice amministrativo, e dunque estendendola anche ai casi di lesione di interessi legittimi, e concentrando la tutela davanti al giudice amministrativo, così scostandosi dalle affermazioni di Cass., sez. un., n. 500/1999.

3. Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI; *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con note di R. CARANTA, FRACCHIA, ROMANO, SCODITTI. In argomento v. V. CARBONE, P. G. MONATERI, A. PALMIERI, R. PARDOLESI, G. PONZANELLI e V. ROPPO, *La cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 965; G. DUNI, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela - La cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in *Riv. amm.*, 1999, 767; M. R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2274; L. V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*, in *Contratti*, 1999, 869; M. PROTTO, *E' crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1067; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giornale dir. amm.*, 1999, 832; F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto - Se un giorno d'estate la corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2000, 1381.

Con la sentenza n. 6 luglio 2004 n. 204⁴ la Corte costituzionale si è pronunciata sulla legittimità dell'art. 7, L. TAR, come riscritto dalla L. n. 205/2000.

La Corte ha affermato che il risarcimento del danno non è una nuova «materia» attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, bensì un «rimedio», vale a dire uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Secondo la Corte l'attribuzione di tale potere è conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, e si fonda sull'art. 24 Cost., in quanto l'effettività della tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24 citato anche agli interessi legittimi postula che il giudice amministrativo sia munito di adeguati poteri, ivi compreso quello di condanna al risarcimento del danno.

La Corte costituzionale sposa, pertanto, la tesi che configura la responsabilità aquiliana come una «tecnica di tutela», e non come un «diritto sostanziale autonomo».

Nel 2006, con la pronuncia 11 maggio 2006 n. 191⁵, relativa all'art. 53, T.U. espropriazione (D.P.R. n. 327/2001), la Corte costituzionale ha ribadito che la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo compete al giudice amministrativo, in quanto al precedente sistema che attribuiva al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi il legislatore ha sostituito un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di

4. Corte cost. 6 luglio 2004 n. 204, in *Foro it.*, 2004, I, 2594, con note di S. BENINI, A. TRAVI, FRACCHIA. In argomento v. anche P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2004, 1121; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, 3050; F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Dir. e form.*, 2004, 1352; R. CONTI, *Corte costituzionale, riparto della giurisdizione e art. 34 D.Lgs. n. 80/98: fu vera rivoluzione?*, in *Urb. e app.*, 2004, 1035; R. GAROFOLI, *I «comportamenti» sottratti al giudice amministrativo dopo Corte cost. n. 204 del 2004*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, 110; S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodo di Gordio*, in *Cons. St.*, 2004, II, 1658; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 975; M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte cost. n. 204 del 2004)*, in *Riv. Giur. edil.* 2004, I, 1211; R. DE NICTOLIS - V. POLI, *La sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale: le implicazioni in tema di occupazione ed espropriazione*, in *Cons. St.*, 2005, II, 443.

5. Corte cost., 11 maggio 2006 n. 191, in *Urb. e app.*, 2006, 805, con nota di R. CONTI, *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte cost. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*, 805 - 817.

risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegitto esercizio della funzione.

1.2 La risarcibilità degli interessi legittimi in materia di pubblici appalti

A fronte della generalizzata irrisarcibilità dell'interesse legittimo, e in deroga ad essa, in materia di appalti pubblici la tutela risarcitoria era stata introdotta, limitatamente agli appalti di rilevanza comunitaria, ancor prima del generalizzato riconoscimento della risarcibilità del danno arrecato agli interessi legittimi, affermato dalla Cassazione nel 1999.

Invero, con la L. 19 febbraio 1992, n. 142, in attuazione della direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665, era stata introdotta la previsione della tutela risarcitoria delle imprese lese da violazioni del diritto comunitario, introducendosi per la prima volta, a livello normativo, una forma di tutela risarcitoria degli interessi legittimi (art. 13, L. n. 142/1992).

In base a tale sistema normativo, i concorrenti ad una gara di appalto dovevano ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo da parte del giudice amministrativo, e poi rivolgersi al giudice ordinario per conseguire il risarcimento del danno (doppio binario)⁶.

In prosieguo, l'art. 35, co. 1, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, introdusse la tutela risarcitoria davanti al giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva di cui agli artt. 33 e 34 del medesimo D.Lgs. (servizi pubblici, edilizia e urbanistica), contestualmente abrogando espressamente l'art. 13, L. n. 142/1992, e ogni altra disposizione che prevedesse la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1⁷.

6. L'art. 13, commi 1 e 2, L. n. 142/1992, così disponeva: «Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture. 1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno.

2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo».

7. M. STECCANELLA, *Decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 e sentenza ss.uu. civili della corte di cassazione 22 luglio 1999 n. 500*, in *Contr.Stato e enti pubbl.*, 1999, 505; E. M. BARBIERI, *Interessi legittimi e risarcimento del danno: l'art. 35, 1° comma, d.leg. 31 marzo 1998 n. 80*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 175.

La previsione, che circoscriveva la tutela risarcitoria alle sole materie di cui agli artt. 33 e 34, D.Lgs. n. 80/1998, e al tempo stesso abrogava espressamente l'art. 13, L. n. 142/1992, fece sorgere dubbi esegetici in ordine alla tutela risarcitoria negli appalti di lavori non strumentali ai servizi pubblici (i soli contemplati dall'art. 33), ma era chiaro l'intento del legislatore, ancorché espresso in maniera non perspicua, di generalizzare la tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

I dubbi esegetici posti dalla versione originaria dell'art. 35, co. 1, sono stati in prosieguo fugati, in quanto:

- con la sentenza n. 500/1999, la Cassazione a sezioni unite ha riconosciuto in termini generali la risarcibilità degli interessi legittimi, peraltro con azione da esperirsi davanti al giudice ordinario, anche prescindendo dal previo annullamento dell'atto illegittimo⁸;
- con la L. n. 205/2000:
- è caduto, nell'art. 35, co. 1, il riferimento alle materie di cui agli artt. 33 e 34, sicché la tutela risarcitoria è stata introdotta in tutte le materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;
- è stata affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento degli appalti (art. 6, L. n. 205/2000);
- è stata introdotta la tutela risarcitoria degli interessi legittimi in tutte le materie rientranti nella giurisdizione del giudice amministrativo, e non solo in quelle di giurisdizione esclusiva, con azione da esplicarsi davanti al giudice amministrativo.

L'art. 7, L. TAR, come novellato dall'art. 7, L. n. 205/2000, dispone ora che «Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione,

8. Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Contratti*, 1999, 869, con nota di L. V. MOSCARINI; *Corr. giur.*, 1999, 1367, con note di DI MAJO, MARICONDA; *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di PALMIERI e PARDOLESI; *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con note di CARANTA, FRACCHIA, ROMANO; *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con nota di SCODITTI; *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832, con nota di TORCHIA; *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di MORELLI; *Trib. amm. reg.*, 1999, II, 225, con nota di BONANNI; *Urb. e app.*, 1999, 1067, con nota di PROTTO. In argomento v. inoltre G. CRISCI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e l'art. 2043 c.c.*, in *Cons. St.*, 2000, II, 2525; F. LUBRANO, *Interessi legittimi e tutela risarcitoria*, in *Temi rom.*, 2000, 429; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della corte di cassazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 255; M. A. SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 65.

conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali»⁹.

Nell'attuale assetto normativo, pertanto, in materia di appalti di lavori pubblici la tutela risarcitoria è consentita sia per i diritti soggettivi che per gli interessi legittimi, davanti al giudice amministrativo.

1.3 Risarcimento da atti illegittimi o da comportamenti illeciti e indennizzo da atti legittimi

Nel diritto civile si distingue tra risarcimento e indennizzo, il primo dovuto a seguito di fatti illeciti, il secondo dovuto a seguito di atti che, ancorché leciti, sono produttivi di danno.

Tale distinzione è nota anche al diritto amministrativo.

Esempio emblematico e tradizionale di indennizzo dovuto in conseguenza di atti legittimi dell'amministrazione, è l'indennità di espropriazione.

Si coglie, in particolare, la differenza tra indennità di espropriazione, dovuta se l'espropriazione è legittima, e il risarcimento del danno integrale, dovuto in caso di c.d. occupazione usurpativa.

Con la novella apportata dalla L. n. 15/2005 alla L. n. 241/1990, il diritto amministrativo si è arricchito di nuove fattispecie di indennizzo da atto amministrativo legittimo.

In particolare, sono stati previsti indennizzi a seguito di esercizio di poteri di autotutela pubblicistica dell'amministrazione.

In particolare, è previsto un indennizzo in caso di c.d. revoca per sopravvenienze (art. 21 *quinquies*, L. n. 241/1990), vale a dire «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario». «Se la

9. In argomento v. R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, Giuffrè, Milano, 2001; S. CACACE, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi negli anni '90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2001, 121; V. CARBONE, *Le «nuove frontiere» della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione (commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205)*, in *Corr. giur.*, 2000, 1127.

revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo».

Non è invece previsto un indennizzo nel caso dell'annullamento di ufficio di provvedimenti illegittimi (art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990), mentre per quanto riguarda il recesso unilaterale dell'amministrazione dai contratti, lo stesso è ammesso nei soli casi previsti da legge o contratto, ovviamente con la corresponsione degli indennizzi ivi previsti (art. 21 *sexies*, L. n. 241/1990).

Giova osservare che l'indennizzo è un *quid minus* rispetto al risarcimento, e che se l'esercizio dell'autotutela pubblicistica è legittimo, spetta l'indennizzo, ma se è illegittimo, può essere preteso l'integrale risarcimento del danno.