

I COMPENDI  
superiori

**Roberto GAROFOLI**

Compendio di  
**DIRITTO  
AMMINISTRATIVO**  
Parte Generale e Speciale

Edizione a cura di  
Luca Emanuele RICCI

IX edizione  
2021-2022

 **NeldirittoEditore**

conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile (Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6088), se non addirittura - secondo più restrittivi indirizzi - la prova certa di una probabilità di successo **almeno pari al cinquanta per cento** o quella che l'interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava (Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 24 aprile 2019, n. 5178, Cons. St., Sez. VI, 18 ottobre 2017, n. 4822).

GIURISPRUDENZA  
RECENTE

Cons. St., Sez. III, 15 febbraio 2019, n. 1077 ha infatti chiarito che “*In materia di responsabilità civile dell’Amministrazione occorre distinguere fra probabilità di riuscita, che va considerata quale chance risarcibile, e mera possibilità di conseguire l’utilità sperata, da ritenersi chance irrisarcibile*”.

Cons. St., sez. V, 21 giugno 2017, n. 3052 ha chiarito che: “*in materia di appalti pubblici la domanda di risarcimento del danno non sostenuta dalle allegazioni necessarie all’accertamento della responsabilità dell’Amministrazione deve essere disattesa, atteso che grava sul danneggiato l’onere di provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno e dunque almeno di una diminuzione patrimoniale o di perdita di chance, con la conseguenza che la totale assenza di queste indicazioni priva il giudice anche della possibilità di una valutazione equitativa*”.

## 5.2. IL DANNO DA RITARDO.

Un’ipotesi particolare e particolarmente dibattuta di responsabilità per (mancata) attività provvedimento della P.A. è data dal **c.d. danno da ritardo o silenzio**.

Quanto alla disciplina di riferimento, l’art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, dispone, al comma 1, che: “*le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all’articolo 1, comma 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*” (c.d. danno da ritardo).

Lo stesso articolo, al comma 1 *bis*, prevede, che “*fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l’obbligo di pronunciarsi, l’istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento*” (c.d. indennizzo automatico).

La disposizione prevede quindi: (i) una fattispecie di responsabilità dell’Amministrazione per il danno ingiusto cagionato con il ritardo (dell’art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, co. 1); (ii) un meccanismo indennitario, automatico e forfettario, basato sul solo fatto del ritardo (dell’art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, co. 1 *bis*).

Il danno da ritardo può essere ricondotto a tre ipotesi differenti:

- 1) adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole al destinatario;
- 2) adozione del provvedimento richiesto, favorevole all’interessato, ma emesso in ritardo;
- 3) inerzia, e dunque mancata adozione del provvedimento richiesto.

Nel caso di inerzia (ipotesi *sub* n. 3) il privato, attivando la specifica tutela di cui all’art. 117 c.p.a., può conseguire il provvedimento espresso. In questo modo, si ricade alternativamente nelle ipotesi *sub*. n. 1 o *sub*. n. 2.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è sviluppato essenzialmente su due problematiche.

La prima è se, nel caso di provvedimento finale favorevole ma tardivo (ipotesi *sub* n. 2), adottato dalla P.A. spontaneamente o in conseguenza del giudizio instaurato *ex art.* 117 c.p.a., il danno derivante dal ritardo debba essere riconosciuto in via automatica o se, invece, debba essere regolarmente provato sia nell'*an* che nel *quantum*.

La seconda è se, nel caso di adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole (ipotesi *sub* n. 1), il privato possa comunque ottenere un ristoro in ragione della violazione dell'obbligo procedimentale di conclusione del procedimento nei termini, a prescindere dalla mancata spettanza del bene finale (c.d. danno da mero ritardo). E, in caso, quale sia il regime applicabile e quale l'onere probatorio richiesto al privato.

### **Quali sono i presupposti per il risarcimento del danno da provvedimento favorevole ma tardivo?**

Sul punto, la giurisprudenza richiede che sussistano gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità *ex art.* 2043 c.c.: l'elemento oggettivo consistente nella violazione dei termini procedurali (ai sensi dell'art. 2, l. 241/1990), l'elemento soggettivo (colpa o dolo della P.A.), il nesso di causalità ed il danno ingiusto. Tanto a prescindere che l'atto favorevole ma tardivo sia stato adottato spontaneamente o in conseguenza del giudizio instaurato *ex art.* 117 c.p.a.

Non è quindi sufficiente il solo accertamento del ritardo essendo necessario scrutinare le ragioni del ritardo, accertando se l'amministrazione non ha rispettato il termine finale del procedimento per dolo o colpa, ovvero se la sua inerzia possa ritenersi giustificata (***Tar Campania, Napoli, Sez. VII, 7 febbraio 2017, n. 770***). Deve quindi sussistere la c.d. **rimproverabilità del ritardo**.

Al contempo, spetta al privato dimostrare l'*an* ed il *quantum* di danno subito a causa della tardiva adozione del provvedimento favorevole (*ex multis* ***Cons. St., Sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 12***). La giurisprudenza ha infatti più volte ribadito che *“il risarcimento del danno da ritardo della pubblica amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non costituisce un effetto del ritardo in sé e per sé; infatti, l'ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono in linea di principio presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell'adozione del provvedimento amministrativo”* (***Cons. St., Sez. II, 25 maggio 2020, n. 3269***). Si ammette il ricorso a presunzioni, mentre resta precluso il ricorso a valutazioni equitative del danno *ex art.* 1226 c.c.

Da ultimo, in applicazione del principio di doverosa attivazione del privato al fine di impedire o limitare le conseguenze dannose della condotta antigiridica, di cui sarebbe espressione lo stesso art. 30, comma 3 del c.p.a. (cfr. par. 6.1.), la giurisprudenza ha chiarito che l'ingiustizia del danno non è il solo presupposto della responsabilità *ex art.* 2-bis della l. 241/1990, richiedendosi altresì che il privato dimostri di aver adottato tutti gli strumenti di cooperazione in suo possesso per interrompere l'inerzia dell'Amministrazione, tra cui, in particolare, quello previsto dai commi 9 bis – 9 *quinquies* dell'art. 2 l. 241/1990. (***Cons. St., A.P., 23 aprile 2021, n. 7***).

**È risarcibile il danno da mero ritardo?**

Particolarmente controversa è la questione relativa alla spettanza della tutela risarcitoria laddove la P.A. adotti un provvedimento sfavorevole, legittimo, ma con ritardo rispetto ai tempi ordinari del procedimento (ipotesi *sub* n. 1): è questa l'ipotesi del c.d. **danno da ritardo mero**, che si identifica con la lesione dell'interesse del privato alla tempestiva conclusione del procedimento nel termine di cui all'art. 2, l. n. 241/90, a prescindere dall'effettivo pregiudizio al bene finale al cui conseguimento l'istanza era rivolta.

Sono i casi nei quali, per esempio, il privato non ricorre avverso il silenzio inadempiuto dell'amministrazione, agendo direttamente per il risarcimento e chiedendo il ristoro del danno derivante dall'incertezza nella quale l'Amministrazione lo ha posto non osservando la dovuta tempistica procedimentale; ovvero quelli in cui non contesti il tardivo diniego, reputato legittimo, ma si dolga dei danni in specie economici subiti per effetto della dilatazione temporale che ha connotato la definizione procedimentale.

In questi casi il danno non è, quindi, connesso al tardivo conseguimento del bene della vita di cui sia riconosciuta la spettanza ma al ritardo in sé, per i pregiudizi ingiusti che ha determinato; la posizione soggettiva di cui si assume la lesione non è l'interesse legittimo pretensivo al bene della vita oggetto dell'istanza tardivamente definita, ma **l'interesse alla correttezza procedimentale dell'Amministrazione**, tenuta a rispettare i termini di definizione procedimentale.

Sulla questione sono emerse posizioni contrapposte.

Prima che il legislatore del 2009 intervenisse a innovare la disciplina introducendo il citato art. 2 *bis*, l. n. 241 del 1990, la tesi della non ristorabilità del danno da ritardo mero è stata seguita da ***Cons. St., Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7***, secondo cui il danno da ritardo è risarcibile solo quando emerga la spettanza del provvedimento favorevole; quando invece il provvedimento adottato in ritardo è (legittimamente) negativo, il ritardo dell'agire amministrativo non è fonte autonoma di risarcimento. L'Adunanza ha, quindi, escluso che il tempo sia esso stesso bene della vita; unico bene della vita tutelabile in sede risarcitoria è quello cui si correla l'istanza presentata all'amministrazione, rimasta inevasa ovvero evasa con ritardo. L'interesse pretensivo suscettibile di tutela risarcitoria è solo quello al conseguimento dell'utilità finale richiesta con l'istanza o, in altri termini, al rilascio di un provvedimento vantaggioso per l'istante.

Successivamente il legislatore è intervenuto sul tema con la **l. 18 giugno 2009, n. 69** introducendo nella l. 241/1990 il citato art. 2 *bis*, che disciplina "*le conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo*", espresamente disponendo l'obbligo della P.A. di risarcire il danno ingiusto conseguente alla violazione dolosa o colposa dei termini del procedimento. La formulazione del nuovo art. 2 *bis* non ha tuttavia risolto la questione in esame dando adito ad un rinnovato contrasto interpretativo.

Per una prima impostazione dottrina, la scelta di rendere esplicito il riconoscimento della risarcibilità del danno da ritardo non poteva che essere interpretata nel senso della **volontà di “aprire” alla tutela risarcitoria del danno da mero ritardo**: il giudice amministrativo, quindi, non sarebbe più tenuto ad alcuna indagine in ordine all’effettiva spettanza del bene della vita o dell’utilità finale cui il richiedente aspira, dovendo solo accertare l’illegittimità del ritardo nel provvedere e il suo carattere pregiudizievole per il ricorrente.

Si valorizza, inoltre, la previsione della **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** per il contenzioso risarcitorio avente ad oggetto il danno da ritardo che implicherebbe il riconoscimento della natura di **vero e proprio diritto** dell’interesse dei privati alla tempestiva conclusione del procedimento. La nuova previsione recherebbe, pertanto, il riconoscimento della natura di **diritto soggettivo autonomo** della pretesa alla conclusione del procedimento nel termine (VACCA). Coerentemente con la significativa rubrica dell’art. 7, l. n. 69 del 2009, il **“fattore tempo”** dovrebbe così finalmente assurgere anche nel diritto amministrativo alla dignità di valore o **bene della vita autonomo**, con la conseguente **risarcibilità del c.d. danno da mero ritardo**.

In senso opposto, altra dottrina ha viceversa ritenuto che l’art. 2 *bis*, proprio per il suo carattere generico rispetto al problema della risarcibilità del danno da ritardo puro, non è idoneo a riconoscere un ‘nuovo’ diritto, tutelato indipendentemente dalla spettanza del beneficio derivante dal provvedimento richiesto. Parte della giurisprudenza aveva talvolta condiviso il primo degli esposti orientamenti dottrinali (eg. **Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406**); tuttavia l’orientamento prevalente è rimasto costante nel ritenere che il rilascio del provvedimento oltre il termine finale del procedimento causa al destinatario del procedimento un danno risarcibile subordinatamente al fatto che quest’ultimo sia provato nell’*“an”* e nel *“quantum”* in quanto il danno da ritardo ha natura aquiliana e non può essere presunto o ipotetico, ma va rigorosamente provato in tutti suoi elementi ex art. 2697 c.c. È stato pertanto negato il risarcimento ove manchi la concreta prova dei suoi presupposti, fra cui *in primis* la presenza di tutte le condizioni per l’emanazione dei provvedimenti omessi, del suo ammontare (per lucro cessante e danno emergente dimostrati con fatture, quietanzate, conteggi comparativi ecc.), nonché di un ben individuato nesso causale.

Infine, il **d.l. 21 giugno 2013, n. 69**, ha introdotto il citato istituto dell’*indennizzo per il mero ritardo* disciplinato dall’art. 28 del predetto decreto. Secondo una certa impostazione interpretativa, l’attuale formulazione dell’art. 2 *bis* avrebbe così risolto, una volta per tutte, il contrasto in materia, disciplinando in maniera espressa due diverse ipotesi di risarcimento e di indennizzo: il comma 1, riferendosi espressamente al *danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento* individua l’inosservanza del termine come *presupposto causale del danno* eventualmente cagionato; il comma 1 *bis* invece - la cui area di incidenza, per sua espressa previsione, esclude i casi riconducibili al comma 1 - è destinato a trovare applicazione *indipendentemente* dalla verifica di un danno ed è preordinato unicamente a compensare un comportamento omissivo ma non illecito compiuto dall’amministrazione nell’ambito dell’attività amministrativa procedimentalizzata.

**La tesi della non ristorabilità del danno da ritardo mero non ha tuttavia persuaso altra consistente parte della dottrina**, secondo cui va riconosciuta la

responsabilità della P.A. per il solo fatto del ritardo, in assenza quindi di ogni indagine sulla spettanza del bene della vita o dell'utilità finale, sul presupposto che *“Ogni violazione di principi e di regole che riguardino qualsiasi aspetto dell'azione amministrativa, in quanto impedisca, complichì o ritardi la determinazione (o il mantenimento) di un favorevole assetto degli interessi (finali), per ciò stesso lede l'interesse legittimo, anche se l'azione amministrativa si conclude in un provvedimento sfavorevole (e legittimo). L'inerzia, il ritardo nell'adozione del provvedimento, l'andamento contraddittorio, confuso, inutilmente gravoso dell'amministrazione provocano la lesione dell'interesse legittimo, allo stesso modo in cui provoca lesione il provvedimento finale sfavorevole”* (SCOCA).

A tale impostazione non è rimasta insensibile anche la giurisprudenza amministrativa. In particolare, ***Cons. St., Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5***, ha sostenuto che, con il citato art. 2 bis, *“il legislatore – superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 – ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento). Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione. La stessa Plenaria ha chiarito che “Non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1 bis dello stesso articolo 2 bis, di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere ... l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 ... sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo”*.

Anche dopo l'intervento della Plenaria del 2018 la questione resta tuttavia aperta. In senso conforme ai principi espressi dalla plenaria si segnalano da ultimo ***Cons. St., Sez. IV, 27 aprile 2020, n. 2664; Cons. giust. amm. Sicilia, 26 marzo 2020, n. 215 e 217***. Si segnala infine la posizione intermedia assunta da ***Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358*** che distingue a seconda della natura imprenditoriale o meno del soggetto privato. La lesione del diritto all'autodeterminazione negoziale, prevista da ***Cons. St., A.P., 4 maggio 2018, n. 5***, sganciata dalla spettanza al bene della vita non potrebbe che presupporre, a giudizio della quarta Sezione del Consiglio di Stato, la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato leso dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo); dovendosi, invece, ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo.

Al dibattito ha contribuito da ultimo anche la citata ***Cons. St., A.P., 23 aprile 2021, n. 7***, che pur ribadendo il principio secondo cui il bene “tempo” - che ha

dignità di interesse e non di diritto - è risarcibile ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990, se e nella misura in cui, per effetto di tale lesione, si sia prodotto un «danno ingiusto», ha tuttavia cercato di ricomporre l'apparente contrasto con quanto affermato dall'Adunanza plenaria 5 del 2018. Ha sottolineato in particolare che anche quest'ultima non configura il danno da mero ritardo in termini di un ristoro automatico, bensì, come un danno da comportamento che richiede comunque la prova della lesione dell'autodeterminazione negoziale, delle perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate, nonché del nesso di causalità.

### 5.3. IL DANNO DA LESIONE DEI DIRITTI SOGGETTIVI.

La giurisprudenza ha da tempo pacificamente riconosciuto la responsabilità della P.A. in caso di lesione di diritti soggettivi, sia nella forma della responsabilità aquiliana, sia nella forma della responsabilità contrattuale, sia nella forma della responsabilità pre-contrattuale (su cui vedi *infra* para 2.3.).

Quanto alla **responsabilità aquiliana** della P.A. per lesione di diritti soggettivi, nessuna questione problematica si pone in caso di violazione del precetto del *neminem laedere*: in tal caso, infatti, è applicabile la **disciplina generale di cui all'art. 2043 c.c.**, incombando sul soggetto danneggiato l'onere di provare gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità: fatto illecito – danno ingiusto – nesso di causalità tra fatto e danno – dolo o colpa della P.A.

L'azione di risarcimento per lesione di diritti soggettivi è soggetta ai termini di **prescrizione** previsti dal codice civile e comincia a decorrere, ai sensi dell'art. 2935 c.c., dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Più complessa la questione dell'applicabilità alla P.A. degli **artt. 2050 e 2051 c.c.**

L'art. 2050 c.c. disciplina la **responsabilità per esercizio di attività pericolosa**, stabilendo che *“chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno”*.

Superando un risalente orientamento sfavorevole, la giurisprudenza ammette oramai la responsabilità *ex* art. 2050 c.c.

**1. Danno da emotrasfusioni.** Di recente, la questione dell'applicabilità dell'art. 2050 c.c. si è posta con particolare riferimento alle ipotesi di danno da emotrasfusioni.

Alcune pronunce avevano qualificato come 'attività pericolosa' quella del Ministero della salute nella pratica le c.d. emotrasfusioni, a seguito delle quali i pazienti abbiano contratto delle infezioni (in particolare, l'ente pubblico potrebbe essere chiamato a rispondere per mancata adozione di metodi di controllo dell'uso, della produzione e della commercializzazione degli emoderivati, per mancata vigilanza sull'attuazione dei metodi di inattivazioni virali, per omessa indagine anamnestica sui donatori di sangue o per omessa informazione sui rischi connessi alla trasfusioni del sangue). E questo in quanto la riconducibilità nell'ambito dell'art. 2050 c.c. esonererebbe il paziente dalla prova della colpevolezza della P.A., facilitando l'onere probatorio su di lui incombente. Tuttavia, l'orientamento maggioritario ritiene che la responsabilità in questione



rientri nell'ambito dell'art. 2043 c.c. con tutte le derivanti conseguenze in ordine di onere probatorio a carico del privato (*Trib. Campania, Napoli, Sez. II, 2 novembre 2017, n. 10829; Cass. civ., Sez. III, 8 marzo 2019, n. 6734*).

■ **2. Danno da illecito trattamento dei dati personali.** Pare, invece, sussunta nel modello di esercizio di attività pericolosa la responsabilità della P.A. per illecito trattamento dei dati personali. Invero, l'art. 15 del Codice della privacy di cui al d.lgs. n. 196 del 2003 dispone che *“Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'art. 2050 del codice civile”*. Si tratta, dunque, di una forma di responsabilità oggettiva, stante l'espresso richiamo alla disciplina di cui all'art. 2050 c.c., sebbene non manchi chi considera tale riferimento testuale limitato esclusivamente ad indicare la disciplina applicabile, con evidente agevolazione per il danneggiato in punto di onere della prova, senza implicare necessariamente la qualificazione della natura della responsabilità della P.A.

Un'evoluzione giurisprudenziale ancora più significativa si è registrata in merito all'applicabilità alla P.A. dell'art. 2051 c.c., soprattutto con riguardo alle ipotesi di **danni dovute ad insidie stradali**.

Per lungo tempo, infatti, dottrina e giurisprudenza hanno escluso la configurabilità di una responsabilità *ex art.* 2051 c.c., adducendo l'assunto secondo cui i beni pubblici, e in specie le strade, per la loro estensione, non possono essere oggetto di un controllo continuo e costante, tale da impedire l'insorgere di situazioni di pericolo per i terzi.

Con *sentenza n. 298 del 13 gennaio 2003*, la Corte di Cassazione ha escluso che la **demanialità del bene**, in sé, possa essere causa automatica di esclusione dell'applicabilità dell'art. 2051 c.c.; solo ove si verifichi in concreto che le dimensioni del bene siano tali da escludere un'adeguata attività di vigilanza può negarsi l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti della P.A. La successiva giurisprudenza (*Cass. civ. 20 febbraio 2006, n. 3651 e 14 marzo 2006, n. 5445*), pertanto, ribaltando la prospettiva tradizionale, ha affermato in via generalizzata l'applicabilità alla P.A. dell'art. 2051 c.c. in caso di danni riconducibili causalmente a beni pubblici. Si è sostenuto, invero, che la P.A., in quanto proprietaria dei beni pubblici, ha, rispetto ad essi, un generale **obbligo di custodia e vigilanza**, che rende applicabile nei suoi confronti la disciplina di cui all'art. 2051 c.c., pena un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto ai proprietari di beni “privati”. Peraltro, la Suprema Corte ha chiarito che la presunzione sancita dall'art. 2051 c.c. non si applica in via automatica e viene meno quando non sussista la possibilità di esercitare il **potere di fatto sulla cosa** (*Cass. civ., Sez. III, ord., 19 gennaio 2018, n. 1257*).

Notevoli le implicazioni applicative che ne derivano quanto agli **oneri probatori** gravanti sul soggetto danneggiato: assumendo, infatti, l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. il danneggiato deve limitarsi semplicemente a dimostrare il danno sofferto e la sua riconducibilità alla pericolosità intrinseca del bene pubblico, gravando sulla P.A. convenuta il compito di provare di avere adottato tutte le cautele idonee ad evitare il danno.

L'azione di risarcimento per lesione di diritti soggettivi è soggetta ai termini di **prescrizione** previsti dal codice civile e comincia a decorrere, ai sensi dell'art. 2935 c.c., dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

Sul punto *Cass. civ., Sez. VI, ord., 19 marzo 2018, n. 6703* ha precisato che tale responsabilità avrebbe natura oggettiva, potendo la Pubblica Amministrazione andarne esente solo laddove dimostri la sussistenza del caso fortuito. Il riferimento è, in particolare, ad elementi esterni imprevedibili ed inevitabili, i quali possono essere rappresentati sia da un'alterazione improvvisa dello stato dei luoghi, non tempestivamente eliminabile o segnalabile, quanto dalla condotta colposa del danneggiato, che pur potendo prevedere la situazione di pericolo abbia omissso le opportune cautele. Le descritte circostanze, infatti, avendo un autonomo impulso causale, sarebbero idonee ad elidere il nesso eziologico sussistente tra la *res* in custodia e l'evento lesivo cagionato all'utente della strada.

Sotto altro profilo, occorre dare atto del **difficile inquadramento della responsabilità per comportamenti lesivi dell'affidamento del privato**. Come visto, si va sempre più affermando a livello pretorio la risarcibilità dell'autonoma lesione dell'affidamento del privato, ingenerato da un comportamento tenuto dall'Amministrazione, indipendentemente dalla legittimità dei connessi atti provvedimenti adottati. Tale responsabilità viene, secondo l'impostazione prevalente, considerata da **comportamento mero**, in cui l'esercizio del potere rileva o come fatto storico o come mero 'contesto' in cui il comportamento si svolge, e che si contrappone ai c.d. **comportamenti "amministrativi"**, intesi quali condotte dell'amministrazione che, seppur non destinate a sfociare nell'adozione di un atto, sono comunque collegate all'esercizio (pur se illegittimo) del potere (cfr. Cap II, par 1).

La violazione dell'affidamento è stata valorizzata da ultimo sia dal Consiglio di Stato nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale (cfr. par. 2.3.), sia dalla Cassazione nelle diverse ipotesi di (i) affidamento incolpevole su di un provvedimento illegittimo poi legittimamente annullato/ritirato oppure, più recentemente, (ii) di affidamento sulla positiva conclusione di un procedimento, ingenerato dal comportamento complessivo tenuto dalla P.A.

Il tema è peraltro attualmente al centro di ampio dibattito, emerso soprattutto in riferimento al riparto di giurisdizione. Per un'analisi si rinvia al Cap. II, para 1.2.

Inoltre, la responsabilità della P.A. per lesione di diritti soggettivi può anche essere di **natura contrattuale**: come noto, infatti, la P.A., per perseguire i propri fini può avvalersi, oltre che dei tradizionali strumenti propri del diritto pubblico, anche delle forme proprie del diritto privato e, in particolare, dei **negozi giuridici di diritto comune** (*sulla capacità di diritto privato della P.A. cfr. Parte II, Cap. X*). Sebbene la fase antecedente la stipula del contratto sia regolata dalle cc.dd. regole di evidenza pubblica (*cfr. Parte II, Cap. X*), la fase successiva è assoggettata alla disciplina propria del diritto privato, con conseguente applicabilità della **disciplina di cui agli artt. 1218 ss. c.c.** in caso di **inadempimento** della P.A.

Infine, la P.A. può altresì essere chiamata a rispondere per i **danni da omessa vigilanza**, in tutti quei casi in cui sia stata investita per legge di una **funzione di controllo** rispetto all'attività di determinati operatori economici a tutela di ampie categorie di soggetti, eg. risparmiatori.

Laddove l'autorità deputata non provveda in maniera diligente a tale controllo, si è posto il problema di stabilire se e quali potessero essere i profili di responsabilità di tale ente nei confronti dei soggetti nell'interesse dei quali il controllo è stato istituito (e cioè dei risparmiatori, consumatori, utenti).

A partire dalla fondamentale ***sentenza 3 marzo 2001, n. 3132, la Corte di Cassazione*** ha infatti stabilito che il diritto del risparmiatore a veder tutelati i propri risparmi da parte dell'autorità di vigilanza si qualifica come un “**diritto soggettivo all'integrità patrimoniale**”, come tale pienamente sindacabile e tutelabile. E questo in quanto l'autorità di controllo (nello specifico la Consob) ha nei confronti dei risparmiatori un obbligo di tutela che non passa attraverso l'esercizio di un potere autoritativo; essa “*non è soltanto organo di vigilanza del mercato dei valori, ma è anche organo di garanzia del risparmio pubblico e privato*” e conseguentemente la sua attività di controllo deve svolgersi nel rispetto del principio generale del *neminem laedere*.

In seguito a questa fondamentale pronuncia, la giurisprudenza si è via via orientata nel considerare la P.A. responsabile per quei danni ai risparmiatori che siano riconducibili alla violazione dei doveri di diligenza e correttezza nella vigilanza e nel controllo sulle società fiduciarie (***Cass. civ., 27 aprile 2011, n. 9404***).

## **6. IL RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE E LA QUANTIFICAZIONE DEL DANNO.**

Occorre ora esaminare **le forme di riparazione** (o tecniche di tutela) invocabili contro l'amministrazione ritenuta responsabile.

Invero, accerta la sussistenza dell'obbligazione risarcitoria in capo alla P.A., la stessa potrà essere adempiuta attraverso due tipi di risarcimento del danno: quello **per equivalente** e quello **in forma specifica**.

Si tratta di forme risarcitorie profondamente differenti, in quanto, mentre attraverso la prima il danneggiato ottiene un corrispettivo monetario equivalente al valore del bene della vita leso, la seconda è volta a ripristinare lo *status quo ante* del danneggiato, riportandolo nella medesima situazione esistente prima della commissione dell'illecito. Tali rimedi sono quelli previsti anche in ambito amministrativo, ai sensi del già citato art. 30, comma 2, c.p.a.

### ***Art. 30, comma 2, c.p.a.***

*Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.*

Partendo dall'esame del risarcimento per equivalente, è necessario individuare i **criteri di quantificazione** del danno ristorabile da applicare: vengono in rilievo innanzitutto quelli dettati con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni, in parte applicabili anche all'illecito aquiliano.

In primo luogo, l'**art. 1223 c.c.**, nell'individuare le due componenti del **danno emergente** e del **luoro cessante**, si attegga a norma generale in materia di quantificazione del danno: il principio di integrale riparazione dalla stessa enunciato

assume rilievo anche in materia di illecito aquiliano, atteso l'espreso richiamo all'art. 1223 c.c. operato dall'art. 2056 c.c. I danni integralmente riparabili sono anche quelli che siano stati **conseguenza mediata ed indiretta**, purché si presentino come effetto normale del fatto illecito o, in tema di responsabilità contrattuale, dell'inadempimento, secondo il principio della regolarità causale che connota la teoria della causalità giuridica. Non presenta viceversa una portata applicativa così estesa l'**art. 1225 c.c.**, che consente la liquidazione dei danni anche non prevedibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione soltanto in caso di responsabilità dolosa, con onere della prova incombente sul creditore. Si tratta di disposizione applicabile a condizione che sia riconosciuta la natura contrattuale della responsabilità della P.A.: nell'art. 2056 c.c. in tema di valutazione del danno aquiliano manca infatti ogni riferimento all'art. 1225 c.c.

### APPROFONDIMENTO

#### ***È applicabile l'istituto della compensatio lucri cum danno al risarcimento del danno della P.A.?***

Tra le regole civilistiche che trovano applicazione nella materia *de qua* va ricordato il principio della **compensatio lucri cum danno**, alla stregua del quale nella determinazione del danno risarcibile occorre tenere conto anche degli effetti vantaggiosi direttamente derivanti dal medesimo fatto causativo del danno.

Sul punto, **Cons. St., A.P., 23 febbraio 2018, n. 1** intervenuto in materia di cumulo tra risarcimento e indennità dovute da enti pubblici, ha fatto applicazione dei medesimi principi, coerentemente con la ritenuta natura compensativa della responsabilità della P.A. In particolare, la questione, rimessa da **Cons. St., sez. IV, ord., 6 giugno 2017, n. 2719**, verteva sulla possibilità o meno di decurtare dalle somme dovute al danneggiato, dipendente pubblico, a titolo di risarcimento del danno alla salute conseguente alla esalazione di amianto nei luoghi di lavoro, gli importi di natura indennitaria percepiti a seguito del riconoscimento della dipendenza dell'infermità da causa di servizio e già corrisposti dal datore di lavoro pubblico. L'Adunanza Plenaria, risolvendo un contrasto ermeneutico sussistente sul punto nella giurisprudenza di legittimità, ha affermato che *“la presenza di una condotta unica responsabile che fa sorgere due obbligazioni da atto illecito, aventi entrambe finalità compensativa del medesimo bene giuridico, in capo allo stesso soggetto determina la nascita di rapporti obbligatori sostanzialmente unitari che giustifica l'attribuzione di una, altrettanto unitaria, prestazione patrimoniale finalizzata a reintegrare la sfera personale della parte lesa [...]”*. Ne discende, pertanto, *“in applicazione della regola della causalità giuridica e in coerenza con la funzione compensativa e non punitiva della responsabilità, il divieto del cumulo con conseguente necessità di detrarre dalla somma dovuta a titolo di risarcimento del danno contrattuale quella corrisposta a titolo indennitario”*. Alla base di tale ragionamento si pone l'assunto che in tale ipotesi l'indennizzo maturato è, alla luce della teoria della regolarità causale, un effetto diretto ed immediato della condotta che ha prodotto il pregiudizio, il divieto di cumulo trovando la propria ragione giustificatrice nella circostanza per cui entrambi gli istituti concorrono a riparare un identico danno, il

quale una volta compensato non può più dirsi, in *parte qua*, sussistente. Il Supremo Consesso ha, tuttavia, precisato che nel caso di specie non trova applicazione l'istituto della *compensatio lucri cum damno* nella sua versione tradizionale atteso che la descritta condotta, lungi dal determinare sia un danno che un vantaggio, ha cagionato esclusivamente effetti pregiudizievoli. Conclude, quindi, affermando che nella fattispecie in esame si deve impedire la duplicazione delle voci risarcitorie, non già la sommatoria del lucro con il danno.

La difficoltà di quantificazione del danno conseguente all'attività amministrativa lascia inoltre prevedere un massiccio ricorso alla **tecnica equitativa** di liquidazione di cui all'**art. 1226 c.c.**, richiamato dall'**art. 2056 c.c.**

Peraltro, a tal proposito, il Consiglio di Stato ha affermato che, ferma la possibilità di **provare il quantum del danno mediante presunzioni**, il ricorso alla **valutazione equitativa**, ai sensi dell'**art. 1226 c.c.**, è ammesso soltanto in presenza di **situazione di impossibilità, o di estrema difficoltà**, di produrre una **precisa prova** sull'ammontare del danno (***Cons. St., sez. V, 8 agosto 2014, n. 4248***).

Della particolare difficoltà di quantificazione del danno cagionato dall'amministrazione mostra peraltro di essere consapevole lo stesso legislatore laddove ha delineato la **procedura di cui all'art. 34, co. 4, c.p.a.**, connotata dalla sostanziale ascrizione in capo alle stesse parti del compito di provvedere alla **definizione consensuale del quantum**, ancorché in applicazione dei criteri enucleati dal giudice (vedi *infra*).

In sede di determinazione del danno il giudice amministrativo deve tener conto anche dei criteri valutativi contemplati dall'**art. 1227, co. 1 e 2, c.c.**, a tenore del quale, se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno il risarcimento va diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate, mentre il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Si tratta di due regole applicabili in tema non solo di responsabilità contrattuale, ma anche di responsabilità aquiliana, in virtù dell'esplicito rinvio all'articolo in questione operato dall'**art. 2056 c.c.** Con specifico riferimento ai comportamenti tenuti dal privato idonei a giustificare la limitazione o l'esclusione del risarcimento del danno cagionato dall'autorità amministrativa, deve essere innanzitutto chiarito che **non costituisce comportamento rilevante** ai sensi dell'**art. 1227, co. 2, c.c.** quello del ricorrente che avanza nei confronti dell'amministrazione una pretesa risarcitoria per equivalente, anziché richiedere ex **art. 2058 c.c.** la reintegrazione in forma specifica del danno sofferto, pur possibile e non eccessivamente onerosa. Difatti, anche nel giudizio amministrativo l'istante può **decidere liberamente il tipo di tutela** da azionare per ottenere la riparazione del danno. Naturalmente a conclusione diametralmente opposta deve pervenirsi se si ritiene che in questo giudizio la tutela specifica costituisce la principale forma di risarcimento, in posizione primaria rispetto al risarcimento per equivalente (con specifico riferimento alla materia degli appalti pubblici, si rinvia, per l'analisi dei rapporti tra i due rimedi a Parte II, Cap. X).

\*\*\*