

“

*Nessun uomo ha fatto il dono gratuito  
di parte della propria libertà  
in vista del ben pubblico;  
questa chimera non esiste che ne' romanzi;  
se fosse possibile, ciascuno di noi vorrebbe  
che i patti che legano gli altri, non ci legassero;  
ogni uomo si fa centro  
di tutte le combinazioni del globo.*

*(Dei delitti e delle pene, Cesare Beccaria)*

”

## **L'irresistibile espansione dell'area della responsabilità della pubblica amministrazione**

È questo un fenomeno tipico della nostra era: l'espansione in generale dell'area della risarcibilità dovuta all'accertamento della responsabilità. Ed è un fenomeno che non riguarda solo la pubblica amministrazione, ma anche – come è ovvio – il mondo del diritto civile e dei rapporti tra privati, secondo il paradigma generale dell'art. 2043 c.c. A riprova di ciò, vale la pena sottolineare come stia venendo meno – o diventi quantomeno incerta – la tradizionale distinzione tra responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale: la nuova figura di responsabilità da contatto sociale consacra oramai il venir meno della linea di demarcazione, o quantomeno l'incertezza dovuta allo smottamento – come ha sottolineato qualcuno con un'efficace definizione – dei *finium regundorum*.

Ma accanto a questa si affiancano nuove e atipiche forme di responsabilità: la giurisprudenza ha infatti elaborato figure che delineano contorni originali alla sfera della risarcibilità e al principio del *neminem laedere*.

Danno alla salute, danno biologico, danno estetico, danno alla vita sessuale, danno esistenziale, danno da perdita di *chance*, danno da *mobbing*, danno alla vita di relazione, danno autoprovocato, danno da disturbo: sono tutte ipotesi che la giurisprudenza ha individuato come nuove tipizzazioni delle fattispecie risarcitorie legate indissolubilmente all'archetipo dell'art. 2043 c.c.

Ma il profilo più importante è senz'altro rappresentato dal nuovo sistema delineato dalla giurisprudenza recente in materia di danno patrimoniale e non patrimoniale, su cui pende come noto la rimessione alle sezioni unite della Cassazione. Ci si è chiesti, infatti, se a fronte della tripartizione delle categorie del danno non patrimoniale operata dalla Corte Costituzionale nel 2003, è lecito e attuale discorrere, a fianco del danno morale soggettivo e del danno biologico, di un danno esistenziale, con esso intendendosi il danno derivante dalla lesione di valori/interessi costituzionalmente garantiti, e consistente nella lesione al fare a-reddituale del soggetto, diverso sia dal danno biologico (cui imprescindibile presupposto resta l'accertamento di una lesione medicalmente accertabile) sia dal danno morale soggettivo (che attiene alla sfera dell'intimo sentire). In relazione a ciò ci si è pure chiesti a quale tavola di valori/interessi costituzionalmente garantita pare corretto riferirsi, oggi, per fondare una legittima richiesta risarcitoria a titolo di danno esistenziale: in particolare, un danno che non abbia riscontro nell'accertamento medico, ma incida tuttavia nella sfera del diritto alla salute inteso in una ben più ampia accezione (come pur postulato e predicato in sede sovranazionale) di "stato di completo benessere psico-fisico" può dirsi o meno risarcibile sotto un'autonoma voce di danno esistenziale da lesione del diritto alla salute di tipo non biologico dacché non fondato su lesione medicalmente accertabile.

Alcune conclusioni sono ricavabili dalle anzidette pronunce già sin d'ora (1). Il danno patrimoniale è risarcibile ex art. 2043 c.c., quello non patrimoniale secondo il combinato disposto degli art. 2043 c.c. e art. 2059 c.c. In secondo luogo, la categoria del danno patrimoniale

(1) Cassazione, sez. III civ, sentenze 31.5.2003, nn. 8827 e 8828.

si articola nelle due sottovoci del lucro cessante e del danno emergente, mentre la categoria del danno non patrimoniale si articola a sua volta in un sottosistema composto dal danno biologico in senso stretto, dal danno esistenziale e dal danno morale soggettivo.

A corredo di ciò, il danno biologico e il danno esistenziale hanno morfologia omogenea (entrambi integrano una lesione di fattispecie costituzionali, quella alla salute il primo, quelle costituite da "valori/interessi costituzionalmente protetti" il secondo), ma funzioni diversificate (anche per volontà del legislatore ordinario), con conseguenti differenze sul piano dei parametri valutativi delle poste risarcitorie; in particolare, il danno esistenziale attiene alla sfera del fare a-reddituale del soggetto, e si sostanzia nella lesione di un precedente "sistema di vita", durevolmente e seriamente modificato, nella sua essenza, in conseguenza dell'illecito; il danno morale soggettivo si caratterizza, invece, per una diversa ontogenesi, restando circoscritto nella sfera interiore del sentire, mai destinata all'obiettiva esteriorizzazione.

In linea generale, tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono incondizionatamente risarcibili entro i limiti della riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c.; ma tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili anche oltre quei limiti se (e solo se) il comportamento del danneggiante abbia inciso su valori/interessi costituzionalmente tutelati (e il superamento del limite della riserva di legge vale tanto per l'una quanto per l'altra categoria di danno, come si legge testualmente nella sentenza 8828/2003 della Suprema Corte).

Sotto il profilo probatorio, tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili se (e solo se) di entrambi il danneggiato fornisca la prova (anche mediante allegazioni e presunzioni), non esistendo, nel nostro sottosistema civilistico, danni *in re ipsa*.

Il legislatore d'altro canto individua nuove tipologie di responsabilità e di azione: la legge finanziaria 2008, infatti, ha previsto all'art. 2, comma 445, che le disposizioni di cui ai commi da 446 a 449 istituiscano e disciplinino l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori, quale nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure nazionali volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, conformemente ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria volti a innalzare i livelli di tutela. Si tratta come è noto della nuova *class action*, in voga in altri sistemi giuridici, per esempio negli Stati Uniti; trattasi dell'ennesimo innesto in seno al codice del consumo mediante l'introduzione di nuove disposizioni dopo l'articolo 140 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

Tutto ciò non poteva non avere ripercussioni sul mondo della pubblica amministrazione, e non solo perché il d.l. 112/2008 ha prorogato di sei mesi l'entrata in vigore dell'articolo qui citato per verificare la possibilità di attuazione nei confronti della p.a. Demolito il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi con la storica sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, i profili di responsabilità della pubblica amministrazione verso i terzi sono viepiù aumentati, e con essi si è attenuata sotto il profilo pratico la tradizionale distinzione tra interesse legittimo oppositivo e pretensivo.

L'espansione dell'area della risarcibilità ha comportato una rimediazione del problema della pregiudizialità amministrativa, dovendo l'interprete registrare a tutt'oggi le distinte, contrapposte posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato.

Ma non è solo l'area della responsabilità verso terzi ad aver subito un mutamento così radicale.

I profili di responsabilità verso la pubblica amministrazione si sono dilatati a tal punto che hanno ricompreso ambiti in precedenza sconosciuti: l'estensione verso anche forme di amministrazione non attiva è stata attuata dapprima dalla legge 142/1990, che agli artt. 53 e 58 ha esteso la responsabilità anche in capo a chi formula pareri o controlla atti, e poi ha trovato definitiva consacrazione nella legge 20/1994, ma anche nella giurisprudenza più recente, che ha per esempio individuato i revisori contabili come soggetti destinatari.

Sotto altro profilo, la tendenza espansiva, caratteristica della giurisdizione della Corte dei conti *in*

*subiecta materia*, ha comportato la riconduzione alla cognizione del giudice contabile anche degli atti degli enti pubblici economici e spa partecipate, anzi, il nuovo concetto di danno pubblico è divenuto il nuovo criterio per radicare la giurisdizione. I più recenti orientamenti giurisprudenziali (2), sulla scorta dell'evoluzione organizzativa della pubblica amministrazione che tende progressivamente ad assumere una fisionomia diversa da quella tradizionale e sempre più vicina ai moduli privatistici, hanno, infatti, acclarato una sostanziale dequotazione della tralazia distinzione tra enti pubblici economici e non economici ai fini della delimitazione della competenza giurisdizionale contabile, con la conseguenza che il dato essenziale dal quale scaturisce tale giurisdizione è l'evento in danno dell'amministrazione pubblica e non la veste giuridica (pubblica o privata) dell'ente interessato o il quadro di riferimento (di diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso. Dunque, la giurisprudenza ha recepito, *in subiecta materia*, la nozione non soggettiva ma oggettiva di attività amministrativa, ritenendo che essa si qualifichi tale in quanto caratterizzata dall'elemento funzionale del soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale.

Questo ha comportato certo nuovi problemi di sovrapposizione tra giurisdizioni, ordinaria e contabile, anche in relazione al concetto di attività imprenditoriale e al limite dell'insindacabilità dell'attività discrezionale.

La tendenza espansiva ha peraltro trovato una sua diretta (e recente) ridefinizione, individuando nel danno all'immagine della p.a. "una menomazione della funzionalità dell'amministrazione stessa che, in base agli articoli 97 e 98 della Costituzione, deve agire in modo efficace, efficiente, economico e imparziale. In altre parole, il danno all'immagine è un danno pubblico in quanto lesione del buon andamento della p.a., che perde, per la condotta illecita dei suoi dipendenti, credibilità e affidabilità all'esterno, e ingenera la convinzione che i comportamenti patologici posti in essere dai propri appartenenti siano un connotato usuale dell'azione dell'ente" (Corte dei conti, sez. giur. Lombardia, n. 2228/PG del 31.1.2005).

Del resto, poiché l'"oggetto del risarcimento non può che essere una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva e la lesione del danno non può riferirsi se non a perdite", ciò non può non implicare "anche la tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali, causati dalla lesione di diritti o interessi costituzionalmente protetti, quale il diritto all'immagine, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori inerenti al bene protetto".

Prima della legge 20/1994, in verità, la giurisprudenza contabile affermava la natura patrimoniale e contrattuale della responsabilità amministrativa, senza prendere in considerazione anche quegli ulteriori interessi, non direttamente connessi all'integrità patrimoniale, ma ugualmente meritevoli di considerazione in una società che tenda all'efficienza delle proprie strutture pubbliche.

Ed è proprio da questo assunto che muovono le sezioni riunite della Corte dei conti del 2003 (3), pervenendo alla conclusione che "il danno all'immagine di una pubblica amministrazione (...) non rientra nell'ambito di applicabilità dell'art. 2059 c.c., ma è una fattispecie del danno esistenziale". La responsabilità per danno all'immagine della p.a. si configura, cioè, come un presidio giustiziale posto a "tutela della propria identità personale, del proprio buon nome, della propria reputazione e credibilità", atteso che "il diritto delle amministrazioni pubbliche a organizzarsi (...) di operare in modo efficace, efficiente, imparziale e trasparente nei confronti dei propri dipendenti e dei propri amministrati è un diritto costituzionalmente garantito dall'art. 97 Cost. (...) [siccome] rafforzato dalla tutela accordata dagli articoli 7 e 10 c.c. (...) applicabili anche alle persone

(2) Cfr., per tutte, Cass., sez. un. civ., ord. n. 19667/2003.

(3) Corte dei conti, ss.rr., 23.4.2003, n. 10/QM.

giuridiche". Ne consegue che "la risarcibilità del danno esistenziale viene fondata sul disposto dell'art. 2043 c.c., sulla base del sillogismo secondo cui, premesso che lo svolgimento di attività non remunerative costituisce un interesse dell'individuo tutelato dall'ordinamento, ne consegue che la lesione della possibilità di svolgere tali attività rappresenta un danno ingiusto ex art. 2043 c.c. e l'ingiustizia del danno ne determina necessariamente la risarcibilità".

Ma si aggiunga a ciò anche l'individuazione da parte del legislatore di tutta una serie di fattispecie di responsabilità di natura diversa da quella originariamente attribuita alla responsabilità contabile: le ipotesi di fattispecie sanzionatorie sono aumentate negli ultimi tempi, colpendo i comportamenti delle pubbliche amministrazioni difformi dal tipo legale. Il paradigma tipico è quello della previsione dell'art. 30, comma 15, della legge 289/2002, volto a sanzionare mutui assunti per spese non di investimento. Ma accanto a queste abbiamo le previsioni normative in materia di incarichi (legge finanziaria 2008, art. 3, comma 18, 44 e ss., modificati peraltro dal d.l. 112/12008) e altre ancora. Una fattispecie particolarmente significativa è quella contenuta nella legge finanziaria 2008 (articolo 3, comma 59) che recita: "È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o a enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo".

È quindi quello della responsabilità un tema complesso, che richiede un approfondimento doveroso e puntuale. Ecco che i contributi di **Riccardo Nobile** (sul tema della nozione generale di responsabilità), di **Maurizio Asprone** e **Grazia Maria Sacco** (sul risarcimento del danno dovuto dalla p.a. a seguito della condanna per fatto illecito), di **Paola Minetti** e di **Stefano Usai** (entrambi sulla responsabilità da contatto sociale), nuovamente di **Maurizio Asprone** e **Grazia Maria Sacco** (sul tema della pregiudizialità), di **Maria Giuliana Murianni** (sul tema della *class action*), nonché di **Alberto Mingarelli** (sulle nuove fattispecie sanzionatorie) e di **Barbara Montini** (sui nuovi orientamenti in tema di responsabilità civile e amministrativa della p.a.) consentono al lettore di avere un quadro sufficientemente delineato, almeno nei suoi tratti essenziali, dello stato dell'arte *in subiecta materia*.

Al *focus* di questo mese si ispira infine l'inserito staccabile, che ospita una ricca rassegna giurisprudenziale sul tema (a cura di **Palazzi**).

Il numero è completato dalle consuete rubriche: Progetto Europa Informa, Il caso, il formulario, che reca la seconda parte dello schema di regolamento per la disciplina dei contratti <sup>(4)</sup>, la rassegna tecnica e l'attualità di **Laurendi**.

---

(4) La prima parte del formulario sullo schema di regolamento dei contratti è contenuta nel n. 7-8/2008 di questa Rivista.

**DIRETTORE**

FRANCESCO SAVELLI

**DIRETTORE SCIENTIFICO**

TIZIANO TESSARO

Segretario generale del T.A.R. Veneto

**DIRETTORE RESPONSABILE**

MANLIO MAGGIOLI

**COMITATO SCIENTIFICO**

MASSIMILIANO ALESIO

Avvocato

GIOVANNI BALSAMO

Prefetto Ministero dell'Interno

DANIELE CAMPALTO

Dirigente risorse umane del Comune di Mira (Venezia)

ROBERTO CAMPORESI

Dottore commercialista

RICCARDO CARPINO

Direttore della Segreteria della Conferenza

Stato-regioni e della Conferenza unificata

CATERINA CITTADINO

Direttore generale del Cnipa

EVA CONTINO

Dirigente e Vicesegretario generale del Comune

di Abano Terme

CARLA FRANCHINI

Funzionario del Comune di Rimini

LUIGI LOVECCHIO

Dottore commercialista in Bari, docente di diritto tributario presso la Scuola superiore di economia e finanze

MAURIZIO LUCCA

Segretario e Direttore generale del Comune di Vigonza

LEOPOLDO MAZZAROLI

Professore ordinario di diritto amministrativo, Università di Padova

PAOLA MINETTI

Funzionario del Comune di Bologna

ALBERTO MINGARELLI

Viceprocuratore generale presso la Procura regionale per il Veneto della Corte dei conti

FRANCESCO MONTEMURRO

Direttore dell'istituzione "Servizi alla persona" del Comune di Arona

PAOLA MORIGI

Segretario generale della Camera di Commercio di Ravenna

FABIO MELILLI

Vicepresidente Anci, Presidente Agenzia dei Segretari

MARIA GIULIANA MURIANNI

Avvocato

LUIGI OLIVERI

Dirigente coordinatore dell'Area servizi alla persona e alla comunità della Provincia di Verona

FRANCESCA PALAZZI

Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università di Bologna

ALBERTO PIEROBON

Componente della struttura di coordinamento e supporto delle attività dei Commissari di Governo per l'emergenza rifiuti – Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero dell'ambiente

CINZIA RENNA

Dirigente del servizio contabilità e gestione finanziaria della Prefettura di Rimini – U.T.G.

CARLO SAFFIOTTI

Segretario generale della Provincia di Lucca

LUCIANO VANDELLI

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Bologna

FRANCESCO VERBARO

Direttore dell'Ufficio per il personale delle p.a. del Dipartimento per la funzione pubblica

AGOSTINO TABARRINI

Già Segretario generale del Comune di Terni

FABIO TROJANI

Avvocato, specialista in diritto amministrativo (Spisa)

**PROGETTO GRAFICO**

Sara Bartolini



# Sommario

## 2 Editoriale

*di Tiziano Tessaro*

## Focus: responsabilità e risarcibilità

### 9 La responsabilità giuridica e la rappresentazione della sua forma logica

*di Riccardo Nobile*

### 13 Responsabilità civile della pubblica amministrazione: conseguente risarcimento dei danni

*di Maurizio Asprone e Grazia Maria Sacco*

### 20 La responsabilità da contatto sociale

*di Paola Minetti*

### 28 Come configurare giuridicamente la responsabilità da contatto

*di Stefano Usai*

### 41 L'irrisolta questione della pregiudiziale amministrativa: spunti di riflessione

*di Maurizio Asprone e Grazia Maria Sacco*

### 53 Class action: un rinvio "strategico", tutto da rifare?

*di Maria Giuliana Murianni*

### 55 Il percorso della responsabilità amministrativa nel suo modello generale risarcitorio e nelle nuove tipologie sanzionatorie

*di Alberto Mingarelli*

#### Ha collaborato a questo numero:

MAURIZIO ASPRONE

Professore a contratto di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Cassino

BARBARA MONTINI

Avvocato – Servizi affari legali del Comune di Ferrara

RICCARDO NOBILE

Direttore generale di enti locali

GRAZIA MARIA SACCO

Dottoranda in giurisprudenza

STEFANO USAI

Vicesegretario Comune di Terralba (OR)

- 63** Nuovi orientamenti in tema di responsabilità civile e amministrativa della pubblica amministrazione  
di *Barbara Montini*

## Progetto Europa Informa

- 71** Cultura 2007-2013: bando per l'anno 2008

## Formulario

- 73** Il regolamento per la disciplina dei contratti (seconda parte)  
di *Eva Contino*

## 77 Il caso

di *Maria Giuliana Murianni* in collaborazione con  **Euro PA.**  
SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

## Rassegna tecnica

a cura di *Francesco Savelli* e *Francesca Palazzi*

- 80** normativa
- 82** giurisprudenza
- 87** circolari & pareri
- 91** quesiti
- 93** Attualità  
di *Fortunato Laurendi*

Inserto staccabile **7**

## Rassegna di giurisprudenza

### Responsabilità e risarcibilità

a cura di *Francesca Palazzi*

## nel prossimo numero

Novità normative dell'ultimo periodo

### CONDIZIONI DI ABBONAMENTO 2008

- Comuni d'Italia: euro 135,00
- Copia singola: euro 16,50
- Copia arretrata: euro 19,50

I prezzi sopra indicati si intendono Iva inclusa.

Il pagamento dell'abbonamento deve essere effettuato con bollettino di c.c.p. n. 31666589 intestato a Maggioli Editore Spa, Periodici, Via Del Carpino, 8 47822 Santarcangelo di Romagna (RN).

### La rivista è disponibile nelle migliori librerie.

L'abbonamento decorre dal primo fascicolo raggiungibile con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno. La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita disdetta, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti. Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.

Coloro che sono in regola con i pagamenti hanno diritto a richiedere entro l'anno la risoluzione gratuita di due quesiti di interesse generale.

I quesiti dovranno essere formulati per iscritto ed inviati all'indirizzo e-mail: servizio.quesiti@maggioli.it

### COLLABORAZIONI

Per l'invio di articoli e comunicati si prega di far riferimento al seguente indirizzo e-mail: [asapubblica@maggioli.it](mailto:asapubblica@maggioli.it) oppure Redazione Comuni d'Italia - Via Del Carpino, 8 47822 - Santarcangelo di Romagna (RN)

### TUTTI I DIRITTI RISERVATI

È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore.

Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.

L'autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

### DIREZIONE/AMMINISTRAZIONE/DIFFUSIONE

Maggioli Spa - Divisione Editoria - Maggioli Editore è un marchio Maggioli Spa presso c.p.o. Rimini, via Coriano, 58 - 47900 Rimini  
Tel. 0541.628111 - Fax 0541.622100

### REDAZIONE

Via Del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)  
Tel. 0541.628111

### SERVIZIO ABBONAMENTI

Tel. 0541.628200 - Fax 0541.624457  
e-mail: [abbonamenti@maggioli.it](mailto:abbonamenti@maggioli.it) - [www.periodicimaggioli.it](http://www.periodicimaggioli.it)

### PUBBLICITÀ: PUBLIMAGGIOLI

Concessionaria di pubblicità del Gruppo Maggioli  
Via Del Carpino, 8 - 47822 Santarcangelo di Romagna (RN)  
Tel. 0541.628439-628427 - Fax 0541.624887  
e-mail: [publimaggioli@maggioli.it](mailto:publimaggioli@maggioli.it) - [www.publimaggioli.it](http://www.publimaggioli.it)

### FILIALI

MILANO - Via F. Albani, 21 - 20149 Milano  
Tel. 02.48545811 - Fax 02.48517108  
BOLOGNA - Via Caprarie, 1 - 40124 Bologna  
Tel. 051.229439-228676 - Fax 051.262036  
ROMA - Via Dandolo, 19 - 00153 Roma  
Tel. 06.5896600-58301292 - Fax 06.5882342

### REGISTRAZIONE

Presso il Tribunale di Rimini il 15 marzo 1967 al n. 25

### MAGGIOLI SPA

Azienda con Sistema Qualità certificato ISO 9001:2000  
Iscritta al Registro operatori della comunicazione

### STAMPA

Titanlito - Dogana R.S.M.

# La responsabilità giuridica e la rappresentazione della sua forma logica

di **Riccardo Nobile**

La responsabilità è una relazione normativa che lega la violazione di una norma a una sanzione. Una sanzione che deve essere applicata al verificarsi del presupposto previsto dalla norma: ossia la sua violazione.

La responsabilità, pertanto, ha a che fare con il mondo delle norme. Norme e sistemi normativi. Che possono essere etici, religiosi o giuridici. Tutti caratterizzati dalla prescrittività, ossia dalla qualificazione di condotte, e dall'attribuzione di poteri.

Il nostro interesse è circoscritto ai sistemi giuridici. Di qui la rilevanza delle sole norme giuridiche e delle tipologie di responsabilità cui conduce la loro violazione.

Ecco una prima conclusione: la responsabilità è una relazione. Più precisamente, è una relazione giuridica che lega una conseguenza sanzionatoria a una premessa normativa. La conseguenza sanzionatoria è, a sua volta, strettamente legata al relativo potere, nel senso che lo caratterizza come potere di comminare la sanzione una volta accertata la violazione della norma. La conseguenza sanzionatoria è quindi il modo attraverso cui si manifesta il potere sanzionatorio all'interno di un dato ordinamento giuridico.

La responsabilità e il potere sanzionatorio sono termini inestricabilmente connessi. Nel senso che l'uno rimanda all'altro. Il potere sanzionatorio è, dunque, la precondizione affinché la responsabilità possa essere affermata nella storia dopo che della norma è stata accertata la violazione.

Il potere sanzionatorio è quindi un *medium*, ossia un mezzo che consente di passare dalla previsione normativa generale e astratta al giudizio sul singolo caso di specie. Attraverso il suo invero nella storia, alla quale appartengono la formulazione del giudizio di responsabilità e la sua affermazione.

Ecco che il giudizio di responsabilità deve necessariamente darsi nella storia degli eventi per acquisire contenuto, nel senso che per concretizzare responsabilità non è sufficiente prevedere norme e sanzioni: occorrono piuttosto violazioni di norme, accertamenti di accadimenti e applicazioni di sanzioni. Le norme e le sanzioni previste dalle autorità normative ne sono un presupposto.

La responsabilità è prima di tutto una relazione affermata dalla norma: vi è responsabilità quando al verificarsi della violazione della norma deve seguire la sanzione che per tale evenienza è prevista.

Ma la responsabilità è anche una relazione affermata nella storia attraverso un giudizio concreto. Ciò accade quando l'autorità cui è demandato il relativo potere dispone l'applicazione della sanzione dopo aver verificato che la norma è stata violata.

La responsabilità è dunque prima di tutto una categoria logico-giuridica. Solo in secondo luogo la sua affermazione è la conseguenza di un accertamento eseguito in conformità a norme di procedura appositamente previste per potervi addivenire. La formulazione di un giudizio di responsabilità presuppone quindi norme ascriventi di potere: il potere di procedervi e quindi il conferimento della relativa legittimazione.

Di qui una seconda conclusione: non vi può essere responsabilità in assenza di potere sanzionatorio, ossia il potere di applicare una sanzione all'autore della violazione della norma, indipendentemente dal fatto che la sanzione venga poi effettivamente applicata.

Quanto ai soggetti che sono coinvolti nella relazione di responsabilità occorre distinguere fra il violatore della norma e il titolare del potere sanzionatorio.

Il primo è colui cui è diretta la norma che lega un determinato comportamento alla relativa qualificazione giuridica, la violazione della quale determina la necessità dell'applicazione della sanzione. Il violatore è il destinatario della norma di condotta, ossia di quella norma che

qualifica una determinata condotta attiva od omissiva in termini di obbligo o divieto.

La considerazione può essere riproposta *mutatis mutandis* anche per la violazione di norme sulla competenza, ossia di norme ascrivibili di poteri e potestà: norme che radicano in capo a soggetti determinati la legittimazione ad adottare atti dai quali discendono conseguenze concrete. Qui il cattivo uso del potere attribuito determina responsabilità né più né meno della violazione di una norma di condotta.

Il secondo è colui al quale competono l'accertamento e la dichiarazione della violazione della norma e la conseguente irrogazione della sanzione.

La relazione di responsabilità può essere rappresentata mediante un algoritmo logico, utile proprio per evidenziarne la forma e le eventuali relazioni di interferenza fra differenti tipologie di responsabilità.

A ciò è bene premettere alcune considerazioni sul modo di rappresentare la norma; non senza aver prima evidenziato che "norma" è termine polisemico.

Sono note le caratterizzazioni dello statuto ontologico della norma. In un saggio di rara efficacia chiarificatrice dal titolo *Aspetti della semantica del linguaggio deontico* (1977), A.G. Conte ha censito non meno di quattro usi del termine "norma", enucleando la locuzione "tetradde deontica" proprio per descriverne il relativo aspetto polisemico.

Aderendo alla tesi secondo cui una norma è un'entità linguistica e non uno *status deontico* – curioso, per questa teoria le norme non sono né vere, né false, ma necessariamente vere, e più precisamente sono il contenuto di significato prescrittivo di un enunciato ben formato secondo regole di sintassi a seguito del compimento di un fatto di normazione riconosciuto dall'ordinamento giuridico, per esempio la sua promulgazione da parte del legislatore – la norma può essere rappresentata ricorrendo alla notazione "Op".

Essa deriva dal fondamentale saggio *The Language of Morals* (Il linguaggio della morale) di R.H. Hare (1950), il quale distingueva due componenti fondamentali della norma: il neustico e il frastico. Il secondo è la rappresentazione proposizionale di una determinata condotta, per esempio l'azione di chiudere la porta; il primo è la sua qualificazione normativa, in ipotesi l'obbligo.

"Op" in questo caso può essere letto nei seguenti termini: *l'azione di chiudere la porta è obbligatoria*, o, più colloquialmente, *è obbligatorio chiudere la porta*.

La notazione è stata ripresa e sviluppata dai maggiori logici del secolo scorso: per esempio persone del calibro di G.H. von Wright, che ha elaborato un vero e proprio calcolo logico delle proposizioni normative a

partire dal fondamentale *Deontic Logic* (Logica deontica) del 1950, portato ad evoluzione da *Norm and Action* (Norma ed azione) del 1963 e in una serie di ulteriori saggi tuttora di grandissima attualità.

Oggi le intuizioni di questi studiosi sono comunemente accettate e sono il fondamento della cosiddetta "Logica deontica", la quale costituisce un utilissimo strumento proprio per investigare il concetto di responsabilità.

La categoria giuridica della responsabilità può essere utilmente indagata rappresentandone la forma nei termini di una relazione di implicazione necessaria. La sua formulazione è ispirata alla regola del *modo ponendo ponens* (può essere utile rammentare che questa regola di trasformazione risale al logico stoico Crisippo, e che la sua rappresentazione è "[p → q] & p → q", così parafrasabile: *se piove, allora apro l'ombrello, ma piove, dunque apro l'ombrello*):

$$[-(Op) \rightarrow \square S] \ \& \ [-(Op)] \rightarrow \square S$$

dove "p" è l'azione che un dato soggetto agente deve compiere, "O" la sua obbligatorietà, "-(Op)" la violazione della norma "Op", "□" la necessarietà, "S" la sanzione prevista dall'ordinamento, e "→" l'implicazione necessaria.

Il sintagma "[-(Op) → □S] & [-(Op)] → □S", può essere letto nei termini seguenti: *se una data norma "Op" che qualifica come obbligatoria "O" una data azione "p" viene violata, allora segue necessariamente la sanzione "S"*.

Detta in un caso particolare: *se la norma "è obbligatorio chiudere la porta" viene violata, allora segue necessariamente la sanzione della multa di euro 500,00*.

In modo del tutto speculare può essere rappresentata la relazione di responsabilità quando la norma violata è di divieto:

$$[-(O-p) \rightarrow \square S] \ \& \ [-(O-p)] \rightarrow \square S$$

sintagma che può essere parafrasato nei termini che seguono: *se una data norma "O-p" che qualifica come obbligatoria [O] l'omissione di una data azione "p", e quindi ne vieta la commissione, viene violata, allora segue necessariamente la sanzione S*.

Dall'interpretazione della formula si desume che le conseguenze della violazione di un obbligo "O" che ha come oggetto un'azione "p" sono una funzione, ossia una variabile dipendente, della tipologia della sanzione "S" normativamente prevista. Ciò significa che data la molteplicità delle tipologie delle sanzioni "S" ammesse in un dato ordinamento giuridico, una medesima azione "p" può simultaneamente costituire il presupposto della comminazione di più sanzioni.

Il che, detto altrimenti, significa che la violazione della medesima norma "Op" può dare luogo a molteplici forme di responsabilità.

In questo modo, se "S", ossia la sanzione ordinamentalmente prevista, è una sanzione disciplinare "S<sub>D</sub>", la violazione del precetto "Op" dà luogo a responsabilità disciplinare. Se, per contro, "S" è una sanzione penale "S<sub>p</sub>", allora la violazione della norma "Op" configura responsabilità penale.

La notazione proposta consente di cogliere in modo immediato anche la relazione fra potere sanzionatorio e responsabilità.

Il potere sanzionatorio, in definitiva, altro non è che una potestà riconosciuta dall'ordinamento tramite una norma di secondo livello – ossia una norma ascrittiva di una posizione di vantaggio – rivolta a un soggetto determinato, il cui oggetto è la legittimazione all'applicazione della sanzione "S" al verificarsi della violazione debitamente accertata della norma "Op".

Proprio per questi motivi, la presenza nell'ordinamento di una molteplicità di forme di responsabilità può essere esemplificata in termini puramente logico-formali.

Nell'ordinamento, pertanto, coesistono tante forme di responsabilità quante sono le sanzioni espressamente previste dalle singole normative di settore, con tutte le ipotesi di interferenza ben note alla dottrina e alla giurisprudenza.

La convivenza di tali molteplici forme di responsabilità può essere rappresentata nei termini che seguono, per esempio in relazione al caso in cui la violazione del medesimo obbligo "Op" sia sanzionata sia penalmente, sia disciplinarmente con le sanzioni "S<sub>D</sub>" e "S<sub>p</sub>".

$$\begin{aligned} [-(\text{Op}) \rightarrow \square S_D] \ \& \ [-(\text{Op})] \rightarrow \square S_D \\ [-(\text{Op}) \rightarrow \square S_p] \ \& \ [-(\text{Op})] \rightarrow \square S_p \end{aligned}$$

La rappresentazione della relazione di responsabilità consente di cogliere ulteriori nessi.

In particolare, consente di chiarire i riferimenti spaziali e temporali che riguardano la previsione delle condotte e delle sanzioni, l'accertamento della violazione della norma e la conseguenza sanzionatoria connessa alla sua violazione.

La prima: la previsione della condotta obbligatoria o vietata e della sanzione.

La sua rappresentazione logico-formale è "[-(Op) → □S]" in caso di norme di obbligo; "[-(O-p) → □S]" in caso di norme di divieto. La nozione con cui ci stiamo confrontando è quella di "fattispecie", ossia quella di fatto qualificato dall'ordinamento al quale è connessa

una sanzione da comminare in caso di violazione.

La fattispecie è categoria giuridica nota nell'ordinamento penale, per la quale vige il principio della riserva di legge, della tassatività nella formulazione dell'enunciato che la esprime e del divieto di estensione analogica *a simili ad simile*. Il principio è affermato dall'art. 25, comma 2, Cost., ed è bene espresso dal brocardo *nullun crimen, nulla poena sine lege*. Esso caratterizza tutti gli ordinamenti sanzionatori, ossia gli ordinamenti che prevedono vere e proprie pene dotate del carattere dell'immediata afflittività. Per tutti i quali vale la regola della "stretta tipicità dell'illecito". Fa eccezione l'ordinamento disciplinare: affittivo sí, ma caratterizzato dalla possibilità di creare nuove fattispecie rispetto a quelle previste dal codice disciplinare. Strano ma vero. *Atipico*, ci verrebbe da dire con un gioco di parole.

Il principio della stretta tipicità è del tutto estraneo agli ordinamenti che si limitano a prevedere conseguenze giuridiche al verificarsi di violazione di norme poste a tutela di interessi disponibili. È il caso dell'illecito extra-contrattuale previsto dall'art. 2043 c.c. Talvolta il principio di atipicità dell'illecito caratterizza ipotesi in cui sono coinvolti interessi indisponibili, come accade per l'illecito contabile-amministrativo.

In entrambi i casi si parla di "clausola generale di responsabilità", a significare che la norma non prevede in modo dettagliato ogni singola tipologia di condotta, ma solo clausole che operano per sussunzione in relazione all'ampiezza e al divenire degli interessi protetti. In questi casi si parla anche di "forza espansiva della tutela" piuttosto che di "tutela dinamicamente garantita" o, ricorrendo a un anglismo, di tutela *in progress*.

La seconda: l'accertamento della violazione della norma. La sua rappresentazione logico-formale è "[-(Op)]" per le norme di obbligo; "[-(O-p)]" per le norme di divieto. Il riferimento è all'accertamento in concreto della violazione della norma, ossia delle modalità di sottoposizione a verifica della violazione della norma nell'ambito di una determinata convenzione.

Il caso più noto è il processo, nel quale viene costituita la cosiddetta "verità processuale", ossia quella particolare evenienza *quae facit de albo nigro*, come ci hanno insegnato i classici con lezione imperitura quando parlavano della forza della *res iudicata*.

In questo secondo momento sono coinvolti l'individuazione del titolare del potere sanzionatorio e le regole procedurali da seguire per addivenire all'accertamento e alla dichiarazione della responsabilità da parte del contravventore.

Gli ordinamenti che prevedono sanzioni immediatamente afflittive sono fondati sul principio della terzietà dell'organo giudicante, il quale deve essere equidistante sia dall'accusatore sia dal contravventore. La problematica è ben nota nell'ordinamento processual-penalistico e alla logica accusatoria del processo penale. Era del tutto estranea al processo inquisitorio, nel quale il giudice e l'accusatore coincidevano in tutto e per tutto. Lo era meno nel processo misto, nel quale il giudice istruttore compiva le proprie investigazioni dopo aver formulato il capo di accusa, il tutto nel segreto della fase istruttoria del processo.

Il principio, stranamente, non vale per l'ordinamento disciplinare. Esso è ispirato all'opposto principio "più-che-inquisitorio". Qui il datore di lavoro è nel contempo titolare del potere sanzionatorio, dell'accusa e dei poteri istruttori necessari per addivenire all'accertamento della verità. Il principio, per estensione, non vale ovunque si sia in presenza di "pene private". In questi casi, il ripristino della legalità violata avviene nell'esercizio di forme di autotutela espressamente legittimate dal legislatore.

La terza: la conseguenza sanzionatoria.

La sua rappresentazione logico-formale è "□S". In ogni ordinamento affittivo nel quale sono coinvolti interessi indisponibili, alla violazione della norma segue necessariamente la comminazione della sanzione. Il principio è chiaro: il titolare del potere sanzionatorio deve irrogare la sanzione una volta che ha accertato la violazione della norma e, prima ancora, deve esercitare l'azione che innesca il procedimento di accertamento della responsabilità.

Questa tematica tocca da vicino la questione delle cosiddette "cause di giustificazione" o "esimenti", ossia di quelle particolari circostanze che impediscono che un determinato fatto che riproduce perfettamente la previsione di fattispecie costituisca ciò nondimeno illecito.

Essa è interessata anche dalla differente questione dell'imputabilità, ossia della non assoggettabilità a sanzione dell'individuo che, al momento del fatto commesso, non era nella piena capacità di intendere e volere. Ovviamente il principio vale fino al limite dell'*actio libera in causa*, ossia della circostanza in cui il contravventore della norma sia posto volontariamente nella condizione di incapacità di intendere e volere preordinatamente alla sua violazione. Il principio dell'*actio libera in causa* è di diretta derivazione canonistica, e come tale va rispettato. Esso è proprio anche del giudizio penale: se ne occupa l'art. 87 c.p., che derogava ai principi espressi dal suo precedente art. 85.

Ecco, in definitiva, cos'è la responsabilità: una relazione normativa di implicazione necessaria che lega sanzioni e violazioni e che deve essere analizzata e considerata con particolare attenzione, nella quale sono coinvolti fatti e circostanze della massima delicatezza che concorrono a definire e a segnare il contenuto di civiltà giuridica di una determinata esperienza storica. Prime fra tutti, la preparazione e l'imparzialità di chi è preposto ad accertarla.

Proprio per questi motivi è bene chiarire nel modo più neutro possibile qual è la forma logica della responsabilità. Così: anche per evitare svarioni concettuali che possono pesare – e non poco – sulle spalle degli individui.

# Responsabilità civile della pubblica amministrazione: conseguente risarcimento dei danni

di Maurizio Asprone e Grazia Maria Sacco

## 1. Fondamento e qualificazione della responsabilità della pubblica amministrazione

Il riconoscimento della responsabilità civile della pubblica amministrazione appartiene al consolidamento del principio di "Stato di diritto", che determina il tramonto di antichi privilegi e soprattutto della concezione dello Stato-persona come persona giuridica, pubblica, etica per eccellenza che crea legalità e, come tale, non può commettere atti illeciti, né esserne direttamente responsabile (1).

Oggi, invece, nessuno dubita sulla perfetta riconducibilità di una responsabilità civile al comportamento materiale e a quello derivante da attività provvedimentale da parte della pubblica amministrazione.

Problematica e oggetto ancora di diversi dubbi è invece la questione concernente l'esatta qualificazione di tale responsabilità, imputabile alla pubblica amministrazione, soprattutto nel campo, che qui più ci interessa, relativo alla mancata o ritardata emanazione di provvedimenti corrispondenti a legittime pretese dei cittadini oppure all'adozione di atti illegittimi soggetti ad annullamento giurisdizionale.

Sul punto si sono susseguiti, nel tempo, diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinari: il primo, risalente alla storica sentenza n. 500 del 1999, nella quale la Suprema Corte di Cassazione ha sancito la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, ricostruisce la responsabilità della pubblica amministrazione come una responsabilità extra-contrattuale, inquadrabile nella norma di cui all'art. 2043 c.c.

L'orientamento suddetto, però, ha incontrato l'opposi-

zione della successiva giurisprudenza (2), che, in relazione alle ipotesi di attività provvedimentale illegittima o ritardata, ha messo in luce come, pur mancando un legame contrattuale fra cittadino e pubblica amministrazione, ciò non legittimi il ricorso automatico alla categoria della responsabilità extra-contrattuale in quanto comunque non sarebbe ravvisabile neppure l'elemento precipuo della fattispecie di responsabilità extra-contrattuale consistente nell'estraneità di rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

Fra di essi, infatti, si realizza pur sempre un contatto qualificato per effetto dell'instaurarsi del procedimento amministrativo; di conseguenza la responsabilità che ne deriva, in capo della pubblica amministrazione, è definibile come una responsabilità da contatto sociale qualificato, inquadrabile nella fattispecie aperta di cui all'art. 1173 c.c.

La conclusione appena riportata poggiava essenzialmente su una riflessione e cioè che, dopo l'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990, vi era stata l'introduzione di veri e propri diritti soggettivi (alla partecipazione, alla conclusione del procedimento entro il termine prefissato, ecc.) e non mere "situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale tutelato *sub specie* di interesse legittimo"; di conseguenza l'inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa avrebbe configurato un tipo di responsabilità molto prossimo a quello contrattuale.

La tesi appena esposta fu però sottoposta al vaglio critico della successiva giurisprudenza amministrativa (3), la quale sottolineò la natura strumentale degli obblighi procedurali sanciti dalla legge n. 241 del 1990, con-

(1) F. CARINGELLA, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, 2006.

(2) Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 e Cons. Stato, sez. VI, 20.1.2003, n. 240.

(3) Cons. Stato, sez. VI, 15.4.2003, n. 1945.

nessi alla verifica imprescindibile della spettanza al cittadino di un bene della vita.

A ciò si aggiungeva che la ricostruzione della responsabilità come da contatto sociale avrebbe condotto alla conclusione che il contatto sarebbe stato escluso e la responsabilità sarebbe stata extra-contrattuale qualora fossero stati violati obblighi anteriori all'instaurarsi del vero e proprio procedimento amministrativo, come nel caso di omesso avviso di comunicazione di avvio dello stesso.

Ne è seguita una diversa ricostruzione, orientata verso l'ipotesi della responsabilità pre-contrattuale con la conseguenza di riconoscere al privato, interessato da un'attività provvedimento illegittima, il risarcimento unicamente dell'interesse c.d. "negativo"; anche tale teoria però ha avuto vita breve in quanto la giurisprudenza più recente (4) ha configurato la responsabilità della pubblica amministrazione come una responsabilità speciale, non qualificabile né come contrattuale *ex art.* 1218 c.c. né extra-contrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.; è piuttosto una responsabilità avente natura sussidiaria rispetto all'annullamento del provvedimento illegittimo e subordinata alla verifica di alcuni elementi quali la condotta dei soggetti coinvolti e l'esame dell'eventuale colpevolezza da parte della pubblica amministrazione, affidati entrambi al giudizio del giudice amministrativo.

Nello specifico, nei prossimi paragrafi, ci occuperemo di vedere in dettaglio come la giurisprudenza abbia quantificato e calcolato il risarcimento dei danni dovuti dalla pubblica amministrazione e soprattutto la tipologia di danni di cui la stessa è stata chiamata a rispondere in considerazione delle diverse mancanze a essa addebitabili.

## 2. Danno da attività provvedimento illegittimo

Il discorso fatto in premessa, sulla qualificazione della responsabilità civile della pubblica amministrazione, ci è utile per quanto riguarda il riconoscimento del danno risarcibile al cittadino privato e soprattutto la quantificazione dello stesso.

Importanti, al riguardo, sono due diverse pronunce intervenute successivamente nel tempo: la prima è della Cassazione civ., sez. I del 23 luglio 2004, n. 13801.

La pronuncia appena citata interviene sul ricorso proposto, da una cittadina, avverso la sentenza pronunciata in secondo grado dal tribunale di Milano chiamato, a sua volta, a pronunciarsi sull'appello avverso la

sentenza emessa in primo grado dal pretore della stessa città, che aveva respinto la domanda della ricorrente volta a ottenere la condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni lamentati, dopo che la stessa aveva ottenuto l'archiviazione dei verbali di accertamento ingiustamente emessi a suo carico.

Il tribunale di Milano, con sentenza del 16 novembre 2000, aveva ritenuto che i danni richiesti, dopo che l'appellante aveva ottenuto la declaratoria di illegittimità degli impugnati verbali di accertamento di violazioni delle norme sulla sosta degli autoveicoli, fossero di carattere eminentemente processuale e che essi trovassero la loro ragione d'essere unicamente nel procedimento cui inerivano.

Inoltre anche le spese sostenute per ottenere l'annullamento dei verbali di accertamento non erano qualificabili come danni, in quanto riferite alla fase amministrativa.

Avverso tale sentenza confermativa della decisione pronunciata in primo grado dal pretore di Milano, veniva proposto ricorso per cassazione con la denuncia della violazione e falsa applicazione di norme di diritto quali l'art. 142 della l. n. 393/1959 e l'art. 2043 c.c.; in particolare si deduceva che l'art. 142, nel disciplinare il ricorso al prefetto, non prevedeva la possibilità di una condanna al pagamento delle spese del procedimento amministrativo ingiustamente affrontate dal cittadino privato per rimuovere un illegittimo provvedimento e che quindi ciò non ostacolasse, anzi, fosse il logico presupposto per ottenere il risarcimento di tali spese in sede giudiziale, quale conseguenza, *ex art.* 2043 c.c., della violazione di un diritto soggettivo del privato corrispondente a quello di usufruire dei servizi pubblici senza dover sopportare i disservizi legati a un'attività amministrativa negligente o illegittima.

La Cassazione, in accoglimento del ricorso proposto, dissente dalla tesi fatta propria dal tribunale di Milano, secondo cui le spese legali, che si assumono sopportate per l'annullamento di un provvedimento in sede di autotutela, potrebbero essere riconosciute soltanto con riferimento a un procedimento amministrativo ed escluse se, invece, riferite a un procedimento amministrativo.

Secondo la Corte, infatti, "Questa affermazione non è conforme alle regole generali in materia di risarcimento del danno, né a quelle riferibili all'illecito della pubblica amministrazione, non potendosi escludere in modo aprioristico che anche tali spese, sempre che costituiscano una conseguenza del fatto illecito, secondo le comuni regole dell'accertamento del nesso causale, siano risarcibili a titolo di danno ingiusto".

(4) Cons. Stato, sez. V, 16.3. 2005, n. 1057.

Il privato quindi, nel caso in cui sia stato interessato da un provvedimento amministrativo illegittimo, ha diritto a ottenere dalla pubblica amministrazione il risarcimento del danno nella misura delle spese sostenute per ottenere l'annullamento in via amministrativa del provvedimento stesso.

Sempre in merito ai danni risarcibili, in ordine però a una diversa vicenda, è intervenuto il T.A.R. Lazio di Latina con la sentenza 24 aprile 2007, n. 291.

La pronuncia in oggetto interviene sul ricorso n. 260 del 2002 proposto da Turriziani Petroli S.p.a. contro il Comune di Cassino per ottenere la condanna di quest'ultimo al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo diniego del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio di un impianto per la distribuzione dei carburanti.

In precedenza, infatti, con sentenza n. 721 del 6 ottobre 1995, passata in giudicato al momento della proposizione del ricorso da parte della Turriziani petroli S.p.a., il T.A.R. Lazio di Latina aveva annullato per incompetenza il provvedimento con cui il sindaco del Comune di Cassino aveva respinto un'istanza con cui la ricorrente aveva chiesto l'autorizzazione all'installazione di un impianto per la distribuzione di carburanti.

Nonostante, però, la notifica di un atto di diffida e messa in mora nonché di diversi e numerosi solleciti, il Comune di Cassino non aveva mai dato esecuzione alla sentenza; nelle more era trascorso un considerevole lasso di tempo all'interno del quale erano intervenute modifiche della rete distributiva del carburante nonché sopravvenuta una nuova normativa: tutto ciò aveva fatto scemare l'interesse della Turriziani alla realizzazione dell'impianto, cosicché la stessa aveva deciso di chiedere, richiamandosi alla disciplina dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, che il tribunale adottasse le misure occorrenti a garantire, nelle forme del risarcimento del danno per equivalente pecuniario, l'esecuzione del giudicato.

La Turriziani S.p.a. in dettaglio, aveva chiesto, a titolo di risarcimento dei danni, sia il "danno emergente" corrispondente alla somma di lire 174.099.480 sia il mancato guadagno misurato, fino all'anno 2004, nella somma di euro 749.506,62.

Il ricorso è stato respinto sulla base del rilievo secondo cui la ricorrente, prima di chiedere il risarcimento danni per equivalente, avrebbe potuto e dovuto agire per ottenere "la ripetizione dell'occasione perduta", ossia l'emanazione di un nuovo atto concessivo dell'autorizzazione prima illegittimamente negata, di guisa che sarebbe eventualmente residuo un problema di risarcimento dei danni derivanti da ritardo.

Ma a parte ciò, quello che maggiormente preme sot-

tolineare è che nel ricorso erroneamente, secondo il T.A.R., erano state cumulate le domande relative al risarcimento sia del danno emergente che del lucro cessante.

Infatti, secondo quanto si legge nella pronuncia in oggetto, "La responsabilità dell'amministrazione conseguente all'emanazione di un atto illegittimo può essere ricostruita sia come violazione dei doveri connessi al "contatto procedimentale" con il privato (con conseguente identificazione del danno con i pregiudizi economici conseguenti alla illegittimità e a prescindere dall'utilità finale desiderata<sup>9</sup> che come responsabilità aquiliana conseguente alla lesione dell'interesse legittimo cui si correla l'utilità finale. Se infatti ci si pone nella prospettiva della responsabilità per violazione dei doveri connessi al contatto procedimentale, il danno risarcibile (secondo lo schema del c.d. "interesse negativo" tipico della responsabilità pre-contrattuale) sarebbe costituito dalle spese sopportate nell'ambito del procedimento (danno emergente) e dalla perdita di altre possibili opportunità di guadagno (lucro cessante). Se, invece, ci si colloca nella prospettiva della responsabilità aquiliana per lesione dell'interesse legittimo e perdita della utilità finale, a parte l'esigenza di un giudizio prognostico in ordine all'effettiva spettanza della utilità finale, il danno risarcibile sarebbe costituito dalla perdita dei guadagni che sarebbero derivati dal conseguimento della utilità medesima al netto dei relativi costi; i danni da contatto procedimentale e da responsabilità aquiliana non sono tra loro cumulabili".

Ne consegue che, a voler ritenere accoglibile il ricorso proposto, si poneva la necessità di compiere una scelta fra le due alternative forme di responsabilità con effetti inevitabili anche sulla liquidazione delle diversi componenti di danno.

### 3. Danno da ritardo nell'attività della p.a., orientamenti giurisprudenziali

I problemi che si pongono in relazione al risarcimento dei danni c.d. da ritardo nell'emanazione da parte di una pubblica amministrazione di un provvedimento favorevole per il privato richiedente, riguardano principalmente il tipo di responsabilità ascrivibile alla pubblica amministrazione e le conseguenze applicative in merito al termine di prescrizione e all'onore probatorio.

Le suddette questioni sono state affrontate dalla recente pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. III-*quater*, del 31 marzo 2008, pronunciandosi sul ricorso proposto da una società che, ai sensi dell'art. 7, comma 3, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, chiedeva il risarcimento del danno

che le sarebbe derivato dalla ritardata commercializzazione di alcune specialità medicinali conseguenti al ritardo nell'emanazione da parte del ministero della Sanità dei provvedimenti di autorizzazione all'immissione in commercio, ovvero di modifica delle autorizzazioni già rilasciate.

Il T.A.R. prende spunto dalla vicenda sulla quale è chiamato a pronunciarsi per riaffrontare questioni già oggetto di precedenti pronunce, quali, in primis, il giudice competente in materia di risarcimento danni da ritardo dell'amministrazione.

Secondo quanto espresso dal Consiglio di Stato (5) «appartiene alla giurisdizione del g.a. la controversia con cui si chiede il risarcimento del danno da ritardo da parte della p.a. nella definizione dei procedimenti di rilascio di titoli autorizzativi che hanno carattere esclusivamente pubblicistico; infatti in tali casi non si è di fronte a violazioni del generico *neminem laedere* conseguenti a «comportamenti» della p.a., invasivi dei diritti soggettivi del privato, ma in presenza della diversa ipotesi del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative. Si è perciò al cospetto di interessi legittimi pretesivi del privato che, per loro intrinseca natura, ricadono nella giurisdizione del g.a.». Per quanto attiene, invece, all'inquadramento della fattispecie esaminata (ossia il risarcimento dei danni cd. da ritardo nell'emanazione da parte di una pubblica amministrazione di un provvedimento favorevole per il privato richiedente) essa deve essere ricondotta, secondo quello che risulta il prevalente orientamento giurisprudenziale<sup>6</sup>, nell'ambito della responsabilità da fatto illecito di cui agli artt. 2043 e ss. c.c., ne consegue che il termine di prescrizione per far valere in giudizio la relativa azione di risarcimento dei danni è quello breve quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.

Ai fini dell'individuazione del *dies a quo* dal quale iniziare a far decorrere il termine breve *ex art.* 2947 c.c., la tesi prevalente in giurisprudenza, ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento dei danni da ritardo, ritiene pregiudiziale il previo vittorioso esperimento del giudizio avverso il silenzio rifiuto di cui all'art. 21-*bis* della l. n. 1034/1971.

Ciò comporta che presupposto indefettibile sia un'intervenuta pronuncia esplicita di accoglimento del ricorso proposto avverso il silenzio rifiuto, che riconosca

l'obbligo di provvedere sulla istanza del privato da parte dell'amministrazione competente.

Quanto riportato risulta in armonia con la norma di cui all'art. 2947 c.c. nella parte in cui dispone testualmente che «del danno derivante da fatto illecito m si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato».

Sotto tale punto di vista e alla luce della norma appena citata il previo vittorioso esperimento del giudizio ai sensi dell'art. 21-*bis* della l. n. 1034/1971 costituisce elemento costitutivo della fattispecie causativa del danno ingiusto, deve ritenersi che il momento a partire dal quale cominci a decorrere il termine prescrizione sia da farsi coincidere con la data del deposito della decisione con cui sia stato definitivamente accolto il detto ricorso o comunque dalla data del passaggio in giudicato della relativa decisione.

A ciò si deve aggiungere che l'accoglimento dell'azione di risarcimento dei danni da ritardo è subordinata all'ulteriore requisito dell'esito positivo dell'istanza presentata dal privato ai fini del rilascio di un provvedimento amministrativo per questi favorevole; per cui nel caso che, dopo l'accoglimento del ricorso avverso il silenzio-rifiuto permanga in capo all'amministrazione il potere discrezionale in ordine al contenuto del provvedimento chiamata a emanare, soltanto nel caso in cui l'amministrazione decida di riconoscere all'istante il bene della vita cui lo stesso ambiva, può essere disposto il risarcimento del danno da ritardo.

È da escludersi, verosimilmente, il risarcimento del danno da ritardo della p.a. nel caso in cui i provvedimenti adottati in ritardo risultino di carattere negativo per colui che ha presentato la relativa istanza di rilascio e le statuizioni in essi contenute siano divenute inoppugnabili.

Infatti il danno che il ricorrente può invocare è quello connesso al fatto di non aver potuto beneficiare del bene della vita cui aspirava, tramite il richiesto provvedimento, nel tempo intercorrente tra il momento in cui il provvedimento avrebbe dovuto essere rilasciato e il momento in cui invece il detto rilascio è effettivamente intervenuto.

Risolto il problema della prescrizione e dell'individuazione del *dies a quo*, rimane da esaminare la questione concernente l'accertamento di tutti i profili afferenti alla responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. con riferimento alla pubblica amministrazione.

Al riguardo il T.A.R. del Lazio, sez. III-*quater*, del 31.3.2008, rileva che l'ingiustizia del danno non possa poggiare su una presunzione *iuris tantum*, con la conseguenza che nei confronti della responsabilità della

(5) Cons. Stato, ad. plen., 15.9.2005, n. 7.

(6) T.A.R. Napoli, sez. II, 19.10.2007, n. 9739.

pubblica amministrazione è applicabile l'art. 2697 c.c. per cui il danneggiato deve provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda.

In particolare “nel caso di richiesta di risarcimento da ritardo non è dunque sufficiente un generico procrastinarsi dell'attività amministrativa per la negligenza di una singola persona fisica, ma è necessario che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile o a un comportamento gravemente negligente; o a un'intenzionale volontà di nuocere: ovvero si ponga in radicale contrasto con le regole di legalità, imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.” (7).

Provata la colpa grave o il dolo della pubblica amministrazione nella violazione del termine procedimentale fissato per l'emanazione del provvedimento richiesto, fissato a garanzia dell'interesse formale del cittadino al rispetto dei tempi del provvedimento, il privato dovrà quantificare il danno comprovandolo specificatamente nella sua duplice veste di danno emergente, con riferimento agli oneri derivanti dal ritardo, e al lucro cessante relativamente, invece, all'incidenza del ritardo sull'attività del singolo.

#### **4. Danno da disturbo: lesione da parte della p.a. di interesse legittimo oppositivo**

Con sentenza datata 12 marzo 2004, n. 1261, la sez. IV del Consiglio di Stato ha introdotto una nuova categoria di danno risarcibile da parte della pubblica amministrazione, ossia il danno da “disturbo”, connesso alla lesione di un interesse di tipo oppositivo e consistente nel ristoro del pregiudizio subito in conseguenza dell'illegittima compressione delle facoltà di cui il cittadino era già titolare.

La pronuncia in oggetto accoglie, infatti, la domanda risarcitoria nei confronti del Ministero dei beni culturali proposta da alcuni cittadini ai quali il comune aveva in un primo momento rilasciato una concessione edilizia per la realizzazione di alcune abitazioni civili, mentre successivamente aveva ordinato la sospensione dei lavori assentiti sulla base di un decreto del ministero dei beni culturali che dichiarava l'area destinata ai lavori di interesse pubblico in seguito riconosciuto illegittimo.

Precedentemente, però, il danno c.d. “da disturbo” e soprattutto la sua risarcibilità era già stata ammessa dalla Cassazione (8), che aveva espressamente affermato il risarcimento del danno da compromissione de-

gli interessi di tipo oppositivo, riconducendo la vicenda processuale entro un tipico e ormai superato schema bifasico, che vedeva il necessario coinvolgimento tanto del g.a. - per quanto riguardava l'annullamento dell'atto lesivo - quanto del g.o. per la successiva vicenda risarcitoria.

In particolare, la Cassazione affermava che “una volta emanata dal giudice amministrativo una pronuncia definitiva di annullamento per illegittimità del provvedimento di revoca o di decadenza della concessione amministrativa, deve riconoscersi azione davanti al giudice ordinario per conseguire il ristoro dei danni derivanti da quell'atto illegittimo, a prescindere dalla ragione dell'illegittimità medesima, atteso che la posizione del suddetto titolare, avendo natura di diritto soggettivo, prima del provvedimento di decadenza, riacquista questa consistenza per effetto del venir meno retroattivamente dell'affievolimento scaturito dal provvedimento stesso, in conseguenza del suo annullamento”; inoltre aggiunge la Corte “qualora il provvedimento di concessione sia stato annullato o revocato dal medesimo organo che l'aveva emanato e di questo ulteriore provvedimento amministrativo, riconosciuto illegittimo, sia stato poi pronunciato l'annullamento dal competente giudice amministrativo, non può negarsi il diritto al risarcimento del danno a favore del concessionario, perché costui, essendo in origine beneficiario di un provvedimento dal quale gli era derivato un vero e proprio diritto soggettivo, è titolare di una posizione che riceve piena tutela da parte dell'ordinamento giuridico”.

Al cospetto della famosa e storica sentenza della cassazione n. 500 del 1999, si comprende come il sistema bifasico di cui parlava la Cassazione nel 1997 fosse di complicazione processuale e non più percorribile, alla luce dell'affermato nuovo principio di concentrazione processuale, che vedeva il giudice amministrativo avente giurisdizione anche per tutto quanto concerne le questioni di risarcimento dei danni conseguenti e intimamente connesse all'annullamento di provvedimenti amministrativi.

Partendo da tale presupposto, il Consiglio di Stato passa all'accertamento dei tre elementi costitutivi dell'illecito aquiliano: ossia se la p.a. abbia agito, nella vicenda sulla quale era chiamato a pronunciarsi, in violazione di norme e principi dell'ordinamento, se la condotta pubblica sia qualificabile come colposa e infine se sussista il necessario nesso eziologico tra la condotta e il danno.

Al fine di comprendere il ragionamento fatto dal Consiglio di Stato, occorre, brevemente, precisare che i giu-

(7) Cons. Stato, sez. IV, 11.10.2006, n. 6059.

(8) Cass. civ., ss.uu., 19.3.1997, n. 2436.

dici di Palazzo di Spada si pronunciano sul ricorso proposto avverso l'ordinanza sindacale di sospensione dei lavori assentiti con concessione edilizia nonché contro il presupposto decreto del Ministero dei beni culturali e ambientali con il quale i beni di proprietà degli stessi appellanti sono stati dichiarati di notevole interesse pubblico.

Ciò è speculare per capire che l'accertamento della colpevolezza va effettuato sia nei confronti del comune, nella specie quello Oria, che nei confronti del Ministero dei beni culturali e ambientali.

Con riferimento, innanzitutto, all'elemento della violazione da parte della p.a. di principi e regole dell'ordinamento, le sezioni unite hanno sostenuto la sufficienza dell'illegittimità del provvedimento lesivo: nel caso di specie ciò era reso palese dall'intervenuto annullamento di esso da parte del giudice di primo grado; inoltre diversamente che per l'ipotesi di lamentata lesione di interessi pretesivi, rispetto al qual caso è necessario un giudizio prognostico, in caso di provvedimento lesivo di un interesse oppositivo la preesistenza del bene della vita al provvedimento stesso è di per sé sufficiente a dimostrare la consolidazione del danno.

In riferimento, invece, al secondo elemento consistente nella natura colposa della condotta tenuta dall'amministrazione, occorre ritenere, in conformità all'orientamento inaugurato con la sentenza n. 500/1999, che "il giudice è chiamato a svolgere una più penetrante indagine estesa alla valutazione della colpa non del funzionario agente ma della p.a. intesa come apparato che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio delle funzioni amministrative deve ispirarsi e che il giudice può valutare".

Sulla scorta di ciò, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il Ministero dei beni culturali abbia fondato la sua decisione su una inesatta descrizione dei luoghi e del pregio intrinseco degli elementi che lo compongono, per cui il decreto risulta viziato perché emesso in assenza dei presupposti legittimanti.

Ne deriva che a carico del Ministero dei beni culturali è imputabile un comportamento colposo manifestato attraverso l'assoluta trasfigurazione della realtà falsamente percepita e rappresentata.

Viceversa è stata esclusa la natura colposa della condotta tenuta dal Comune di Oria, atteso il carattere consequenziale e soprattutto obbligato della disposta sospensione dei lavori assentiti con il rilascio della concessione edilizia.

Per quanto, invece, attiene alla sussistenza del terzo ele-

mento, il nesso causale è considerato dai giudice *in re ipsa*, "posto che l'adozione dei provvedimenti annullati in primo grado ha determinato il fermo del cantiere e, di conseguenza, la produzione di una serie di danni". Sulla base di tali premesse, risulta logica la decisione del Consiglio di Stato che ha accolto la domanda risarcitoria dei ricorrenti nei confronti del Ministero dei beni culturali essendo ravvisabili tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità emersa.

### 5. Danno esistenziale: l'ultima voce di danno risarcibile dalla p.a.

La giurisprudenza di recente ha enucleato, o meglio ha trasferito nell'ambito del processo amministrativo, il riconoscimento risarcitorio di un'ulteriore voce di danno, che è quello esistenziale.

Preliminarmente occorre richiamare il significato attribuito al "danno esistenziale" che, a parere della più autorevole dottrina, va distinto dal danno morale, che indica un "sentire" o meglio un "patire"<sup>9</sup>; mentre il danno esistenziale "si presta alla ricomprensione al suo interno di tutte le compromissioni alle attività realizzatrici ritenute meritevoli di tutela" (10).

Per cui, in definitiva, il danno esistenziale coincide e consiste con un non poter più fare o un fare diversamente che implica un peggioramento delle condizioni e della qualità della vita.

In riferimento all'attività provvedimentale illegittima della pubblica amministrazione, il danno esistenziale è stato liquidato e riconosciuto in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa: all'uopo viene in rilievo la pronuncia del T.A.R. Puglia del 23 luglio 2003, n. 3000, che interveniva su un provvedimento di fermo amministrativo di autovettura da parte di un concessionario della riscossione, poi dichiarato illegittimo per difetto di motivazione dal giudice amministrativo.

Nella predetta sentenza si legge testualmente che "non può dubitarsi, in linea generale, che anche l'emanazione di provvedimenti illegittimi da parte di amministrazioni pubbliche o loro concessionari può introdurre profili di pregiudizio non esclusivamente patrimoniali, e quindi, quando incidenti su posizioni costituzionalmente tutelate e compressive delle medesime possa dar luogo a responsabilità risarcitoria di natura extra-contrattuale in riferimento al cd. danno esistenziale".

(9) P. CENDON, *Esistere o non esistere*, in "Responsabilità civile e previdenza", 2000, fasc. 6.

(10) T.A.R. Lombardia, Milano, 27.7.2005, n. 3438.

Un'altra vicenda che ha visto la liquidazione del danno esistenziale, conseguente all'emanazione di un provvedimento illegittimo, è quella sulla quale è intervenuta la pronuncia del Consiglio di Stato datata 18 gennaio 2006, n. 125.

Nel caso di specie un pubblico impiegato aveva presentato domanda di pensionamento nei confronti del comune presso cui era impiegato; rimasto in un primo tempo inerte, il comune, in un secondo momento, rispondeva con un provvedimento di diniego di cui il ricorrente otteneva poi la sospensione cautelare prima del suo annullamento in quanto illegittimo.

Il ricorrente proponeva, allora, con separato giudizio il risarcimento del danno derivante dal ritardato pensionamento, respinta in primo grado ma accolta poi dal Consiglio di Stato, in base al seguente formulato principio di diritto: "La forzata prosecuzione dell'attività lavorativa, conseguente al ritardo col quale il comune ha provveduto su una domanda di pensionamento, è fonte di danno esistenziale, che può sussistere sulla base di semplici presunzioni; e il danno esistenziale consiste nei riflessi negativi (perdita di compiacimento e di benessere per il danneggiato) che ogni violazione di personalità produce, ed è risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., a condizione che il diritto leso abbia valore costituzionale".

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il fatto della forzata protrazione dell'attività lavorativa comporta un peggioramento della qualità dell'esistenza. In una precedente pronuncia, la n. 1096 del 16 marzo 2005, il Consiglio di Stato riconobbe il danno esistenziale in una vicenda contraria rispetto a quella da ultimo riportata: ossia nel caso in cui un invalido, pur risultato vincitore di un apposito e indetto concorso, non veniva assunto perché la p.a. rimaneva inadempiente non azionando la relativa procedura di assunzione.

In tal caso il danno veniva riconosciuto sulla base dei principi costituzionali che tutelano il lavoro come, non soltanto fonte di sostentamento, ma anche di realizzazione della propria personalità e di soddisfacimento: in particolare la sentenza richiama quanto disposto dall'art. 35 della Costituzione, che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, mentre l'art. 36 sancisce il diritto dei minorati e degli inabili ad avere anche loro un avviamento professionale; di guisa che il mancato svolgimento di un'attività lavorativa, spettante in modo legittimo, è fonte di danno esistenziale perché non permette di realizzare la propria personalità e di mettere la servizio della collettività le proprie risorse, consistendo in un forzato "non poter fare".

# La responsabilità da contatto sociale

di Paola Minetti

## 1. Premessa

Il presente lavoro nasce dalle riflessioni che l'istituto della responsabilità, per la sua costante presenza nella vita quotidiana, soprattutto in quella lavorativa degli operatori della pubblica amministrazione, induce a fare.

Storicamente, nell'evoluzione della p.a. italiana, si è passati da un periodo, corrispondente con la fine del secolo XIX, in cui era imperante una visione liberista di totale deresponsabilizzazione amministrativa – dovuta alla impossibilità di concepire un'amministrazione che operasse in senso contrario al bene pubblico, in virtù della sua funzione istituzionale e del perseguimento di un superiore interesse, che, forzatamente, metteva al riparo il pubblico da ogni pregiudizio – a un periodo, quello prima della seconda guerra mondiale, in cui l'agire pubblico era sindacabile di fronte al Consiglio di Stato, in caso di lesione di interessi legittimi. Dal momento che l'agire era autoritativo, in realtà non si presentavano gravi motivi di conflitto tra privati e p.a.

Nel dopoguerra la visione della pubblica amministrazione non è cambiata molto. Si è dovuti arrivare al 1971, infatti, perché venisse istituito il T.A.R., giudice dell'atto amministrativo e primo grado di giurisdizione, che attua, *in toto*, il volere costituzionale sulla difesa in giudizio.

È solo dal 1990, però, che si riscontra una “personalizzazione” dell'amministrazione. Solo dopo questa data fatidica il segreto diventa trasparenza, il procedimento amministrativo è codificato in una serie di atti e comportamenti definiti e normati e vi fa capo, soprattutto, un responsabile che personifica la p.a. stessa verso l'esterno.

Si tratta del principio dell'amministrazione moderna e dell'attuazione, al contempo, delle disposizioni co-

stituzionali contenute negli articoli 28 (1) e 97 (2).

Al pari di questa innovazione fondamentale, si assiste all'ingresso nel nostro ordinamento delle norme comunitarie, che ne cambiano l'impostazione seguita fino a quel momento e vi introducono una relazione tra cittadino e amministrazione che prescinde dal tradizionale riparto tra norme di azione (cui corrisponde un interesse legittimo del cittadino), che disciplinano l'interesse pubblico in via assoluta, e norme di relazione (cui corrisponde un diritto soggettivo pieno e assoluto), a fronte delle quali, in caso di lesione, si può agire in giudizio di fronte al giudice ordinario.

Il tradizionale sistema comincia a mostrare alcuni limiti quando la rigida divisione viene erosa dall'introduzione, giurisprudenziale, del riconoscimento di interessi giuridici, in capo ai cittadini, riconducibili a pretese che hanno titolo per essere soddisfatte e non possono essere disattese.

L'azione amministrativa non è più valutabile come corretta fino a prova contraria e fronteggiata da posizioni giuridiche che debbano retrocedere.

La prima codificazione normativa, da cui è iniziato il percorso che porta alle considerazioni di oggi, è stato l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142.

“Tale disposizione, inserita nella legge comunitaria per l'anno 1991, prevedeva che, in materia di appalti, di lavori o di forniture, chi avesse subito una le-

---

(1) Per comodità di lettura: “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

(2) I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

sione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario o delle relative norme interne di recepimento, potesse chiedere il risarcimento del danno avanti il giudice ordinario dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo" (3).

La responsabilità amministrativa, per la prima volta, è ascrivibile a un comportamento tenuto in sede di gara a evidenza pubblica, per cui in una fase che è disciplinata da norme pubblicistiche a fronte delle quali mai l'ordinamento italiano aveva riconosciuto che potesse integrarsi un danno al privato partecipante alla selezione, sulla base del presupposto, appunto, che l'agire amministrativo fosse legittimato dalla funzione istituzionale per cui avulso da ogni probabile e possibile profilo di danno all'interesse del privato.

La predetta normativa è stata ripetuta e ripresa dalle direttive sugli appalti sopra soglia comunitaria, per forniture di beni, servizi e lavori, e abrogata dall'articolo 256 del recente codice degli appalti, approvato con d.lgs. 163/2006; ma già l'art. 35, comma 5, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ne aveva disposto l'abrogazione espressa, unitamente a ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi.

L'argomento dell'annullamento degli atti amministrativi, cui segue la domanda giudiziale di risarcimento del danno, mai primaria ma sempre conseguente, ritornerà nel prosieguo della trattazione, come strettamente collegato al tema della responsabilità.

La disciplina comunitaria ha condotto il legislatore italiano a superare la dicotomia tra diritti soggettivi e interessi legittimi, in relazione alla loro difesa in giudizio, stabilendo la competenza del giudice amministrativo a conoscere anche della domanda di risarcimento del danno, in caso di annullamento di atto amministrativo illegittimo (4) in particolari materie, dove fosse difficile scindere le due posizioni giuridiche, come gli appalti, l'edilizia e l'urbanistica.

Le innovazioni processuali sono state introdotte dal d.lgs. n. 80 del 1998 e trasfuse nella nuova legge sul processo amministrativo n. 205 del 2000.

(3) G. NAIMO, *La pregiudiziale amministrativa e il risarcimento del danno*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

(4) Qui il legame con la pregiudiziale amministrativa, definita come la questione che si deve risolvere prima di discuterne un'altra.

## 2. Le forme/figure di responsabilità nel nostro ordinamento

Alla luce di quanto detto sopra va chiarito, prima di proseguire, che il nostro ordinamento conosce varie figure di responsabilità. Quando si parla di responsabilità, infatti, si deve pensare che esistono, da un punto di vista giuridico, quella penale, quella civile e quella amministrativa.

La prima, personale, consiste in un comportamento contrario alle norme e punito come reato, doloso o colposo. Quella civile si divide in contrattuale ed extra-contrattuale e quella amministrativa si configura ogni volta che un dipendente o un amministratore pubblico causano un danno, diretto o indiretto, alla p.a. con un comportamento contrario al dovere di diligenza e prudenza.

La responsabilità della p.a. (comprendente anche la responsabilità dei suoi dipendenti) è espressamente sancita dalla Costituzione all'articolo 28, è autonoma e diretta, ed è condivisa per il principio di immedesimazione organica.

È ripresa, in campo civilistico, dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile, mentre, in diritto amministrativo, è fissata come responsabilità disciplinare e contabile.

Un'altra forma di responsabilità amministrativa è quella di procedimento e di provvedimento. La prima è nata insieme alla legge sul procedimento amministrativo, la n. 241 del 1990: si tratta di una novità assoluta legata alle altre innovazioni introdotte dalla legge secondo cui lo snodo della attività amministrativa, dalla richiesta formulata alla decisione assunta, deve essere sempre presidiata e controllata, garantendo al cittadino la trasparenza e la correttezza di comportamento.

I compiti sono stabiliti dall'articolo 6 della legge citata e consistono in:

- la valutazione delle condizioni preliminari di ammissibilità della richiesta, dei requisiti di legittimazione e dei presupposti rilevanti per il provvedimento finale;
- il compimento di tutti gli atti istruttori necessari al provvedimento finale, senza bisogno di ottenere, di volta in volta, il permesso di compierli, ma essendo insito nella sua funzione di responsabile l'obbligo di compierli;
- l'indizione della conferenza dei servizi ove si reputi che sia troppo gravoso o difficile ottenere tutti i permessi e acquisire pareri, intese, ecc.;
- la cura delle comunicazioni, delle pubblicazioni e delle notificazioni, nonché della trasmissione degli atti all'organo che adotta la decisione finale.

La seconda è stata sancita, espressamente, dalla legge n. 15 del 2005 che, agli articoli 4, 5 e 6, stabilisce che la responsabilità istruttoria è ascritta al responsabile di pro-

cedimento, mentre quella della decisione finale al responsabile del provvedimento finale, che lo sottoscrive e se ne assume la responsabilità esterna. La figura coincide con quella del dirigente (unico che possa rappresentare la p.a., ai sensi dell'articolo 107 del d.lgs. 267/2000 per gli enti locali, ai sensi del d.lgs. 165/2001 per tutti i dipendenti pubblici), inteso in senso atecnico, tuttavia, in quanto vi sono delle figure apicali che possono assumere le medesime responsabilità pur in assenza del ruolo di dirigente.

Dal canto suo il dirigente ha una propria responsabilità sancita dal decreto 165 citato, che è di risultato, per cui non è tanto riconducibile al compimento di doveri prestabiliti, ma è legata al raggiungimento degli obiettivi prefissati e disposti (dalla giunta nel Peg per gli enti locali, con altri strumenti per quelli statali), con una valutazione che ha per oggetto le prestazioni e l'attività compiuta.

La legge ha disposto anche la nascita di appositi organismi di valutazione, cui spetta il compito di verificare se il mancato raggiungimento degli obiettivi o l'inosservanza di direttive siano imputabili al dirigente oppure vi sia una oggettiva difficoltà rilevata; nei casi più gravi si arriva alla revoca dell'incarico.

La responsabilità dirigenziale ha profili politici, di rispetto delle indicazioni di mandato, e gestionali.

Altri profili di responsabilità sono dati dalla gestione dei rapporti sindacali e dalla sicurezza dell'ambiente di lavoro; al pari dei procedimenti di gara.

La responsabilità contabile è di coloro che, a qualunque titolo, per cui anche di fatto e senza autorizzazione, hanno maneggio di pubblico denaro e dei beni amministrativi.

Tra tutti i profili velocemente descritti la responsabilità da contatto sociale è riconducibile al corretto comportamento da tenere nell'esecuzione del procedimento amministrativo, come richiesto dall'articolo 1 della legge 241/1990, che impone agli operatori amministrativi un dovere di correttezza, efficienza, efficacia, trasparenza, partecipazione e buona fede.

Tutti principi mutuati dal rapporto civilistico tra privati, in cui la buona fede e la correttezza sono le basi della relazione giuridica. Lo sono anche nel caso in cui la relazione nasca tra un privato e la p.a.; ciò che avviene ogni volta che vi sia un contatto tra le due figure soggettive.

### 3. Conseguenza sostanziale e processuale

La responsabilità nasce dalla violazione di un comportamento secondo le norme e contrario al buon andamento, ossia ogni volta che si viola il dovere di correttezza e buona fede.

Tuttavia, la responsabilità extra-contrattuale, per profilarsi, presuppone che sia intervenuto un danno al privato, consistente in un evento materiale accertabile, che

tale danno sia collegato al comportamento del soggetto agente e incardinato nella pubblica amministrazione con un rapporto organico di pubblico impiego, che siano ravvisabili la volontà di commettere un danno (dolo o colpa) e un nesso di causalità tra l'azione di danno e l'evento.

Si tratta pertanto di un accertamento che presuppone una indagine e non di un automatismo, come sembrerebbe a una prima lettura della norma, per cui pare sia sufficiente integrare un comportamento non rispondente ai parametri fissati dall'articolo 1 della legge n. 241 del 1990 perché si abbia una responsabilità da contatto.

Il nodo da sciogliere, però, non è tanto quello dei profili di rilevazione della responsabilità extra-contrattuale (5), che va sempre provata, in ambito processualistico, da parte di chi sostiene di aver ricevuto un danno (6) e non è presunta; ma, piuttosto, quello che conduce a comprendere se sia sufficiente un comportamento in violazione di una norma a integrare la responsabilità oppure occorra annullare una illegittimità contenuta nell'atto finale che traduce il comportamento amministrativo "scorretto".

È l'orientamento costante della giurisprudenza secondo cui l'imputazione di una violazione riferibile al principio sancito dall'art. 2043 e ss., del *neminem laedere*, non può avvenire sulla base del mero dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento; al contrario, è necessario verificare che l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato siano avvenuti in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi.

Finora siamo stati abituati a considerare la forma esterna delle decisioni amministrative, ossia gli atti; ma oggi, alla luce delle nuove disposizioni in tema di obblighi di comportamento (di cui l'art. 1 della legge 241/1990 citato è un esempio) e di responsabilità, che sono dirette ai soggetti che operano nell'amministrazione, le conseguenze potrebbero essere diverse.

In ambito processuale, infatti, già esiste una dicotomia di vedute tra i giudici ordinari (Cassazione) e i giudici amministrativi (Consiglio di Stato). I primi dispongono che non sia necessario annullare un atto amministrativo per riconoscere un profilo di danno risarcibile, disancorando la forma di tutela data al privato

(5) È pacificamente riconosciuto, infatti, che non vi è alcun rapporto contrattuale tra il privato e la p.a.

(6) È la c.d. formula *onus probandi incumbit ei qui dicit* (inversione dell'onere della prova).

del risarcimento dei danni ("eventuale", dice la legge 205/2000) dall'annullamento degli atti amministrativi. I secondi sostengono la necessità di annullare gli atti, riconoscendoli illegittimi, perché si abbia la possibilità di risarcire un danno dagli stessi derivante.

Altro non è che la vertenza sulla famosa pregiudiziale amministrativa.

#### 4. La nascita della responsabilità da contatto: natura e funzione

La responsabilità da contatto sociale, di cui si è parlato nel paragrafo precedente, è un istituto di creazione giurisprudenziale secondo cui la responsabilità del dipendente della pubblica amministrazione nasce da un contatto sociale qualificato, rappresentato dal rapporto instaurato dal privato che si rivolge all'amministrazione. Questa ha una responsabilità indiretta e una diretta l'ha (ai sensi dell'articolo 28 Cost.) il funzionario.

Ma la classificazione e la natura della stessa ha avuto discordanti opinioni in dottrina.

Non si può dire che si tratti di una responsabilità da contratto, in quanto non si stipula un accordo patrimoniale tra cittadino e p.a.

La Cassazione – nella propria sentenza n. 589 del 1999 – ha precisato che il funzionario ha una responsabilità diretta, rinviando per il resto alle leggi penali, civili e amministrative, per cui non definisce l'effettiva natura della responsabilità, che non può essere desunta dalla radice comune rappresentata dalla condotta, ma dalla natura del precetto che tale condotta viola. La sentenza stabilisce, per la prima volta, l'esistenza di una responsabilità da contatto sociale.

Nel 2003 (7) si è inaugurato un nuovo orientamento che recepisce il modello della responsabilità da contatto sociale. Si tratta, dunque, di una nuova e ulteriore forma di responsabilità extra-contrattuale; tuttavia, occorre dire che la stessa Cassazione ha sostenuto che questa responsabilità fosse congeniale a un rapporto autoritativo tra cittadino e p.a., mentre, alla luce delle modifiche introdotte al procedimento amministrativo dalla legge 241/1990, il cittadino ha veri e propri diritti soggettivi (a fronte dei quali sta un obbligo della p.a.) per cui pretende che l'azione amministrativa sia rispondente a quanto previsto dalla legge nei suoi confronti. Ogni inadempimento corrisponde a una responsabilità.

A dire il vero, però, non dimostra come la responsabi-

tà extra-contrattuale non abbia, a fronte, una posizione di diritto soggettivo. Infatti la sola differenza, data dal diritto soggettivo, che non nasce dal contratto, è l'onere di provare un danno da un comportamento non riconosciuto come tale dalla controparte. Ma tra la responsabilità contrattuale e quella extra-contrattuale – nel nostro ordinamento – *tertium non datur*.

Inoltre va detto che gli obblighi di procedimento sono tali da lasciare relativi margini di discrezionalità e va verificato, sempre, quale sia il danno eventuale prodotto e il bene della vita lesa dal comportamento scorretto o dalla norma violata (8).

Una parte della giurisprudenza ha risolto la questione riconducendo tale forma di responsabilità (violazione del bene della vita, inteso in senso lato) alla responsabilità pre-contrattuale; daltronde si tratta di una forma, specificatamente considerata dal codice civile ma di tipo extra-contrattuale, in rapporto di *species a genus*, in quanto si tratta di norme di comportamento da tenere in previsione della conclusione di un prossimo contratto, in fase di trattative, ma sempre prima della sottoscrizione dell'accordo.

Con sentenza n. 1057 del 2005, la sezione VI del Consiglio di Stato sposa la tesi della responsabilità *speciale*, non riconducibile né all'articolo 2043 né all'articolo 1218 del codice civile: essa ha natura sussidiaria rispetto all'annullamento; è subordinata alla verifica dell'incidenza della condotta di tutti i soggetti coinvolti (amministrazione, soggetto lesa, soggetti che hanno tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo), nonché alla verifica della colpevolezza da parte del giudice amministrativo secondo quanto emerge nel giudizio attraverso le deduzioni delle parti e l'esercizio dei poteri istruttori del giudicante, senza che incomba ad alcuno l'onere della relativa prova.

In realtà si tratta di una prova che viene data (cercata) in giudizio e della valutazione, da parte del g.a., del fatto che ha provocato un danno-evento.

Ma la specialità non è, ancora una volta, una responsabilità di terzo tipo, rispetto a quelle già disciplinate dal codice civile.

Infine va ricordato un orientamento giurisprudenziale, minoritario, ma anche di recente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa (9), secondo il quale "la ricostruzione del rapporto tra pubblica amministrazione procedente e privato come contatto so-

(7) Cass., sez. I, 10.1.2003, n. 157 e Cons. Stato, sez. VI, 20.1.2003, n. 240.

(8) Cons. Stato, sez. VI, n. 1945/2003.

(9) Vedi Cons. Stato, sez. V, 2.9.2005, n. 4461 e 6.8.2001, n. 4239.

ziale qualificato permette di delineare l'effettiva dimensione dell'eventuale danno ingiusto, in quanto i comportamenti positivi e negativi della pubblica amministrazione, parametrati sulle regole (generali e speciali) che governano il procedimento amministrativo, possono tradursi nella lesione patrimoniale dell'interesse del privato al bene della vita realizzabile mercé l'intermediazione del procedimento stesso, di talché il diritto al risarcimento dell'eventuale danno derivante da atti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al mero modello aquiliano *ex art. 2043 c.c.*, essendo caratterizzata dal rilievo di alcuni tratti della responsabilità pre-contrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni, da cui discendono importanti corollari in ordine alla disciplina concretamente applicabile con particolare riguardo al termine di prescrizione, all'area del danno risarcibile ed all'onere della prova dell'imputazione soggettiva", corollari tra i quali va considerata quello secondo il quale "l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse del cittadino rappresenta, nella generalità dei casi, indice presuntivo della colpa della pubblica amministrazione, alla quale incombe l'onere di provare la sussistenza di un errore scusabile" (10).

Per la configurazione di una tale responsabilità, tuttavia, è sempre necessario annullare prima l'atto amministrativo, per cui vale il principio della pregiudiziale amministrativa.

### **5. La responsabilità aquiliana: evoluzione dell'istituto fino alla applicazione alla p.a. La posizione della giurisprudenza e del legislatore**

La responsabilità ai sensi del disposto dell'articolo 2043 c.c. è stata riconosciuta, in capo alla p.a., solo recentemente. Tralasciando il lungo *excursus*, vale la pena qui ricordare solo quanto stabilisce la più recente giurisprudenza, dopo gli interventi legislativi che hanno riconosciuto la competenza – in determinate materie – del g.a. in merito alla domanda risarcitoria, che segue, sempre, quella di annullamento dell'atto (11).

Sulla scia di quanto previsto dalla giurisprudenza di merito, il legislatore, con l'art. 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971, nella formulazione impressagli, in combinato disposto con l'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 80

del 1998, dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, vista l'impossibilità di scindere, in determinate materie, il diritto soggettivo dall'interesse legittimo, ha affidato al giudice amministrativo l'onere di pronunciarsi anche sulle eventuali domande risarcitorie del danno ingiusto correlate alle materie nelle quali abbia competenza di legittimità oppure esclusiva (appalti, edilizia e urbanistica). Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 10 del 2007, in adunanza plenaria, ha ritenuto che la domanda risarcitoria correlata all'impugnazione di un provvedimento di requisizione in uso di immobile da destinare al temporaneo soddisfacimento di una situazione di emergenza abitativa esuli dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, prevista dall'art. 34, comma 1, del d.lgs. 80/1998, per rientrare nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, senza che ciò riduca l'ampiezza della giurisdizione garantita a tale giudice in relazione all'unica domanda risarcitoria, "fondata su medesimi presupposti e conseguente a fattispecie unitaria di illecito", e così pure nel caso in cui la p.a. ponga in essere comportamenti che sono di attività materiale o soggetti alle norme civilistiche, perché la p.a. agisce su un piano di parità.

Ancora, è utile dire che la domanda risarcitoria va chiesta dal privato, non è un automatico effetto dell'annullamento di un atto amministrativo, ed è materia nella disponibilità delle parti. Il risarcimento può essere o in forma specifica oppure in via equitativa, ed è oggetto del *petitum*, espresso; non è una naturale conseguenza dell'annullamento e non è nemmeno dimostrato che ogni annullamento porti, con sé, un danno effettivo.

### **6. Le forme di responsabilità: pre-contrattuale, da ritardo nell'esercizio del potere, ritardo con mancato esercizio del potere, la mancata ripianificazione urbanistica delle zone bianche**

Detto ciò è opportuno, a questo punto, cercare di riassumere il discorso e tirare le fila del ragionamento che, tutt'altro che esaurito, almeno nel diritto pretorio, è ancora in divenire e lontano da una fase in cui gli orientamenti del g.a. e del g.o. coincideranno.

Per ora il primo privilegia la pregiudiziale amministrativa perché si possa avanzare, in conseguenza, la domanda risarcitoria; il secondo ne prescinde, visto che l'azione risarcitoria, in ambito civilistico, è autonoma e non discende da un preventivo annullamento ma solo da un accertamento di un comportamento in violazione di legge.

Se arriveremo a valutare il solo comportamento amministrativo, come prevede il legislatore della legge 241/1990 novellata nel 2005, allora, forse, non avremo

(10) NAIMO, *op. cit.*

(11) Non va dimenticato! Almeno per quanto concerne il processo amministrativo.

bisogno di impugnare gli atti che contengono decisioni non rispondenti ai dettami normativi, ma avremo solo giudizi sui comportamenti.

Forse è preferibile parlare di giurisdizione sull'attività. Ma, d'altro canto, va detto anche che il comportamento (prescindendo da un atto amministrativo) non può esser conosciuto dal g.a., e su tale punto è stata chiarissima la sentenza della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, che ha cassato il d.lgs. 80/1998 nella parte in cui sottoponeva al giudizio del g.a. "atti, fatti e comportamenti" contrari alle norme pubblicistiche.

Vale la pena di procedere per materie, come ha fatto il legislatore del 1998.

### 6.1. Responsabilità pre-contrattuale

Venendo a considerare i temi del titolo, per ora si può solo valutare come sia l'orientamento giudiziale, diviso per settori, così come è divisa per materie la competenza esclusiva del g.a. attribuita dal legislatore in caso di richiesta risarcitoria, a seguito di annullamento di atti illegittimi.

In caso di appalti di lavori, servizi e forniture, la giurisprudenza amministrativa riconosce, ai partecipanti, un interesse qualificato, un bene della vita, che ingenera un affidamento alla conclusione del procedimento di aggiudicazione, tale per cui si giustifica la comparazione delle posizioni dei concorrenti (12).

Il g.a., inoltre, riconosce pacificamente, ormai, sebbene le pronunce non siano numerosissime, la sussistenza di una responsabilità pre-contrattuale della p.a., per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c., in caso di svolgimento del procedimento amministrativo finalizzato alla scelta del contraente.

Questo caso configura una sorta di esistenza di "trattative", in realtà non configurabile nella procedura pubblicistica quando non è ancora stato individuato il possibile affidatario e non si è conclusa la graduatoria, ma simile, nel contenuto, a quanto avviene in quella fase; infatti i privati, titolari esclusivamente di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta, sono, comunque, parti privilegiate che si aspettano un procedimento corretto, secondo le norme e una correttezza analoga alla buona fede (13).

In questi casi, in cui non vi è ancora un atto, se si escludono quelli di avvio del procedimento a evidenza pubblica, non vi è necessità di annullare un preventivo atto

amministrativo, per cui non opera la pregiudiziale, pur sussistendo, in modo riconosciuto, un profilo di danno derivante da una attività innegabilmente amministrativa.

### 6.2. Responsabilità per ritardo

Anzitutto occorre intendersi sulla definizione del ritardo; ai sensi della legge 241/1990 si tratta di un comportamento amministrativo (14) cui la legge dà un significato. Il significato comporta che vi sia un differimento dell'azione amministrativa ma che non si possa definire il silenzio come una mera attività. Infatti, il significato che gli attribuisce la legge ne fa un atto vero e proprio (a eccezione dei casi in cui si parla di rifiuto o inadempimento).

Il silenzio si integra quando si è oltre i termini del procedimento fissati per legge o per regolamento. In questo caso si tratta di inadempimento, di violazione del giusto procedimento per cui non occorre una azione pregiudiziale in cui si chiede di annullare un atto; al contrario si adisce il g.a. per chiedere di dichiarare fondata la propria pretesa (ai sensi dell'art. 2 della l. 241/1990) e, in via sequenziale, di valutare se vi sia un danno risarcibile, dimostrando l'eventuale esistenza di un evento di danno (15). Il mero superamento dei termini non è ancora una forma di responsabilità per danno, ma lo diventerà nel caso in cui venga approvato dal secondo ramo del Parlamento il d.d.l. Nicolais, che integra questa responsabilità sulla base di un oggettivo ritardo, prescindendo da ogni dimostrazione voluta e prevista dal codice civile in caso di responsabilità extra-contrattuale (da contatto sociale, in questo caso).

Così avremo una ulteriore forma di responsabilità, unico caso nel nostro ordinamento: la responsabilità oggettiva, non dimostrata né dimostrabile, ma integrabile

(14) Il Consiglio di Stato, ad. plen. n. 7/2005, ha chiarito come il ritardo non integri un comportamento (il che avrebbe potuto incidere sulla giurisdizione del g.a.): in realtà, si tratta "del mancato tempestivo soddisfacimento dell'obbligo della autorità amministrativa di assolvere adempimenti pubblicistici, aventi ad oggetto lo svolgimento di funzioni amministrative (...) può affermarsi che il sistema di tutela degli interessi pretensivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione - consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assunta a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un «bene della vita»)».

(15) Cass. civ., sez. lavoro, 14.12.2007, n. 26282.

(12) Cons. Stato, sez. VI, 4.12.2006, n. 7102.

(13) *Ex plurimis*, Cass., ss.uu., 6.10.1993, n. 9892; Cons. Stato, ad. plen., 5.9.2005, n. 6, sez. V, n. 7194/2006, sez. IV, 19.3.2003, n. 1457, sez. VI, 18.11.2003, n. 7473, sez. V, 12.9.2001, n. 4776.

le con il solo trascorrere del tempo e una colpevolezza del soggetto indipendentemente dall'indagine sulla sua volontà e sulla valutazione del comportamento tenuto e dei motivi dello stesso. Così la responsabilità oggettiva, espunta dalla Costituzione, rientra (?) fino ad impugnazione innanzi alla Corte Costituzionale.

Il Consiglio di Stato, in una recentissima sentenza, n. 248 del 29 gennaio 2008, dispone che esista la giurisdizione del g.a. in caso di controversia in cui il privato lamenta il mancato esercizio di un potere autoritativo nei tempi prefigurati dalla norma, ove l'amministrazione continui a rimanere inerte e a non esercitare il potere conferitole, in maniera tempestiva.

Nel caso considerato si trattava di un piano di lottizzazione, pur conforme al P.r.g., che non è un atto dovuto ma espressione della discrezionalità in cui la p.a. è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della richiesta e del piano stesso, in tempi prestabiliti.

In caso contrario l'eventuale danno derivante dal ritardo con cui il comune ha esaminato la domanda di lottizzazione è riconosciuto in quanto, nelle more della tardiva approvazione, il P.r.g. aveva subito una modificazione che non consentiva più l'approvazione del piano stesso; il danno non è riconosciuto, invece, in caso di provvedimento negativo, se lo stesso non è prima impugnato (pregiudiziale).

### 6.3. Ritardo nella ripianificazione

Infine un argomento da toccare è quello del ritardo nella ripianificazione delle zone bianche (urbanistica), che integra la possibile lesione di un interesse legittimo dell'interessato (16); la disciplina è dettata dall'art. 9 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, e dall'art. 9 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, in termini sempre costanti; i vincoli preordinati all'esproprio hanno una valenza quinquennale; se la valenza non è dichiarata l'hanno di questa durata per espressa disposizione dei giudici costituzionali.

In caso contrario si tratterebbe di una larvata espropriazione che non ha seguito la normale procedura ma ha eluso le norme dedicate.

Dopo i cinque anni, se non vi è stata una ripianificazione, si applica la disciplina dettata per le ipotesi di assenza di pianificazione urbanistica; il proprietario delle aree interessate può farne richiesta, avendo un interesse qualificato per proporla.

Si valuterà l'obbligo ad adempiere da parte della p.a.

(17) e "l'eventuale profilo di danno che il protrarsi dello stato d'incertezza può arrecare alla sfera soggettiva del proprietario, al di là della mera attribuzione di poteri di reazione procedimentale all'inerzia amministrativa, scaturisce solo all'esito di un accertamento giudiziale dell'inadempimento all'obbligo della ripianificazione, cui il proprietario dell'area dimostri di avere specifico interesse, attivando la procedura di «annullamento del silenzio». In virtù della pronuncia si crea nel ricorrente un'aspettativa qualificata a ottenere una disciplina dell'area, quale che sia, ma comunque idonea a porre fine allo stato di incertezza urbanistica. Solo in caso di persistente inerzia successiva alla tipizzazione del silenzio, potrebbe verificarsi un fatto lesivo commisurabile agli obblighi di correttezza e buona fede che i nuovi principi in tema di responsabilità amministrativa esigono nel momento in cui si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione un contatto qualificato". Parrebbe possibile che il g.o. possa accertare, in via incidentale, la violazione all'obbligo di provvedere alla pianificazione, trattandosi di un caso in cui manca l'atto (comportamento omissivo) per cui è possibile adire direttamente il g.o. chiedendo il danno (risarcimento del) previo accertamento della fondatezza della pretesa avanzata.

### 7. Un possibile inquadramento dell'istituto in relazione alla funzione del g.a. e della pregiudiziale amministrativa: conclusioni

Lo scenario delineato lascia aperte molte questioni; attualmente non vi è una matematica certezza delle soluzioni viste le molteplici sfaccettature della realtà giuridica e visto che è lasciato al diritto pretorio il compito di adattare la realtà delle cose ai principi dell'ordinamento.

Mai come il diritto amministrativo è diritto pretorio; quasi come se si trattasse di un Paese di *common law* l'Italia si trova in una situazione dove l'ordinamento giuridico impone comportamenti tradizionali e le norme tentano di aprire la strada (sostanziale) a visioni europeistiche della p.a., senza dare gli strumenti per rendere attuali e operative queste idilliache visioni.

Per ora ci si attesta su posizioni che prevedono, riassumendo in breve l'attuale situazione di difesa dei privati di fronte alla p.a. e di contestuale responsabilità di questa, che:

- vi è competenza del g.a. per l'annullamento degli atti

(16) Cons. Stato, sez. IV, 11.12.2007, n. 6346; ma anche Cons. Stato, sez. VI, 18.6.2002, n. 3338.

(17) Cass., sez. I, 26.9.2003, n. 14333 e 26.1.2007, n. 1754.

amministrativi (al g.o. rimane la disapplicazione nel caso *de quo*) e l'eventuale richiesta di risarcimento in materie specifiche di competenza esclusiva;

- parimenti vi è la competenza del g.o. per la decisione sulla richiesta di risarcimento del danno (con eventuale disapplicazione di un atto amministrativo), per cui non occorre la pregiudiziale amministrativa, ossia non occorre un preventivo giudizio amministrativo con pronuncia conseguente per accertare una presunta lesione di una posizione giuridica privata;
- il caso dell'annullamento di un atto amministrativo illegittimo può aprire la strada a una decisione sul risarcimento eventuale di un preteso danno alla sfera giuridica del richiedente e ricorrente;
- ma, nel caso in cui un atto non vi sia, è da valutare se il risarcimento si possa richiedere al g.a. (nel caso in cui si tratti di una materia di competenza esclusiva) o se non sia di competenza del g.o.; occorre valutare se vi sia l'interesse del privato a ottenere una pronuncia e il suo diritto a che la p.a. si esprima e, successivamente, si può considerare un eventuale risarcimento del comportamento illegittimo, sempre che si possa ravvisare una illegittimità di comportamento. Vale la pena ricordare che un vizio di illegittimità di un atto, per esempio una scarsa motivazione, non integra, sempre, in via automatica, un comportamento illegittimo; potrebbe, molto più semplicemente, adombrare un caso di scarsa chiarezza ma non, necessariamente, integrare una responsabilità per danno. Quando siamo di fronte all'esercizio di un potere, espressione di questo, è competente il g.a.; al contrario, in caso di atto paritetico, il g.o.;
- in caso di violazione del contratto si adisce il g.o. anche per il risarcimento del danno, ma si tratta di

azioni regolate dal diritto civile e non da atti amministrativi in cui la p.a. ha una capacità di diritto privato; mentre, in caso di responsabilità extra-contrattuale (da contatto sociale o altro), non vi è alcun atto da disapplicare e il "comportamento" amministrativo è sottoponibile al giudizio del g.a.

Il motivo nasce dal fatto che il comportamento amministrativo che assume un significato è parificato a un atto, a una pronuncia espressa, e, d'altro canto, il comportamento di un funzionario od operatore dell'amministrazione è segnato da un'azione ben definita dalla legge stessa; se il soggetto disattende ai suoi compiti può essere giudicato secondo un ventaglio di possibilità che vanno dalla scorrettezza, all'ostruzionismo, al danno vero e proprio.

Se, invece, è il comportamento della p.a. che può essere definito significativo, per cui il silenzio ha una connotazione riconoscibile e conferita per legge, si ricade nel terzultimo punto di esercizio di un potere; in questi casi la giurisprudenza di Cassazione e di Consiglio di Stato concordano sul fatto (su indicazione della Corte Costituzionale) che la competenza a decidere sui fatti sia del g.a.

Non si pretende in questa sede di far luce piena su considerazioni di fatto sulle quali nemmeno i giudici si trovano d'accordo. L'intento che qui si persegue è solo di delineare un quadro concreto e oggettivo di quello che accade oggi in tema di responsabilità amministrativa, che si allontana, progressivamente, dalla forma per essere valutata nella sostanza, seppure stretta tra l'incudine degli atti e il martello del comportamento, gli uni e gli altri sottoposti a giudizio di diverse giurisdizioni a seconda degli effetti che producono senza una chiarezza di fondo che una volta esisteva, ma in un mondo molto meno complesso dell'attuale.

# Come configurare giuridicamente la responsabilità da contatto

di Stefano Usai

## 1. Premessa

Una delle problematiche di maggior interesse, che ha reso particolarmente vivace il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità della pubblica amministrazione per risarcimento di danni da lesione di interessi legittimi, è costituita dalla particolare configurazione di questa in termini di responsabilità da contatto sociale qualificato o da contatto amministrativo. Semplificando, e al solo fine di rammentare il significativo cammino verso il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo, non si può non prendere avvio dalla rilevante pronuncia della Corte di Cassazione del 22 luglio 1999, n. 500, con cui – come efficacemente sostenuto in dottrina – “il dogma (...) della non tutelabilità risarcitoria degli interessi legittimi è stato definitivamente demolito (...), ed è stato valorizzato l'indirizzo giurisprudenziale volto ad operare la rescissione del legame originario della clausola atipica di cui all'articolo 2043 del c.c. con la posizione di diritto soggettivo e si è preso atto della propensione manifestata dal legislatore (...) verso il riconoscimento della tutela aquiliana anche di posizioni di interesse legittimo” (1). Svolta legislativa confluita – come ricorda l'autore del passo citato – nella legge n. 205/2000 di modifica dell'art. 7 della legge 1034/1971.

## 2. La responsabilità da contatto

Normalmente la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi viene ricondotta – in dottrina e in giurisprudenza – a quattro differenti modelli, nella specie al paradigma della responsabilità extra-contrattuale (*aquiliana*), a quella contrattuale del contatto sociale qualificato (o contatto amministrativo), a quella pre-contrattuale e a quella speciale, sulla falsariga dell'esperienza francese, per cui la responsabilità della pubblica amministrazione non rien-

trerebbe in nessuna delle due tradizionali categorie del diritto civile (in sostanza la p.a. risponderebbe solo in presenza di atto illegittimo illecito) (2). In alcuni casi è stata sostenuta la irriducibilità della responsabilità *de quo* a un unico paradigma. È bene chiarire – come si evidenzierà più avanti – che la fluidità della materia induce parte della giurisprudenza, ancora oggi, al disconoscimento della fattispecie della responsabilità da contatto nella lesione di interessi legittimi da atti amministrativi, con conseguente riconduzione di questa verso forme più tradizionali di responsabilità extra-contrattuale (nella specie pre-contrattuale *ex art.* 1373 del c.c.). Nell'ambito del presente lavoro ci si soffermerà sulla responsabilità da contatto sociale o da contatto amministrativo (o per intendersi quella particolare forma di responsabilità definita provvedimentale/procedimentale).

Secondo una relevantissima intuizione contenuta nella sentenza 157/2003 della Corte di Cassazione, la responsabilità in commento si pone come inadempimento delle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, e in quanto tale si concreta in una vera e propria lesione dell'aspettativa del privato, venuto in contatto con la pubblica amministrazione, al c.d. “giusto/corretto svolgimento del procedimento amministrativo” che lo riguarda. In questo senso, in tempi recenti, la stessa giurisprudenza (3) ha avuto modo di riconoscere il contributo della sentenza della Cassazione citata, rammentando che in tema di responsabilità della pubblica amministrazione da lesione di interessi legittimi, dopo una prima (esclusiva) configurazione in termini di responsabilità extra-contrattuale riconducibile all'articolo 2043 c.c., “c'è stato un avvicinamento alla tesi della responsabilità da contatto sociale qualificato da parte della Corte di Cassazione (sez. I, civile, n. 157 del 10 gennaio 2003), nella stessa controversia che aveva originato la sentenza delle sezioni unite 500/1999 (...)”. Cassazione che ha ritenuto come “dopo l'entrata in vigore della l. n. 241/1990 in materia di procedimen-

(1) S. CONTI, *La responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(2) In questo senso F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2007.

(3) In questo senso T.A.R. Campania, Salerno, n. 2135 del 2007.

to amministrativo, si imponga una nuova concezione dei rapporti tra cittadino e amministrazione, in virtù della quale la pretesa alla regolarità dell'azione amministrativa va valutata secondo i canoni contrattuali di correttezza e buona fede" (4).

### 3. L'origine della tesi della responsabilità da contatto

La tesi della responsabilità da contatto amministrativo, come evidenziato in dottrina (5), e in giurisprudenza ha un debito rilevante nei confronti di importanti contributi della dottrina tedesca e francese, in questo senso in giurisprudenza (6) è stato rimarcato che il "concetto di responsabilità contrattuale «da provvedimento» ricalcherebbe precisamente quello di obbligazione senza prestazione, ovverosia dei c.d. «obblighi di protezione», frutto della speculazione teoretica dottrinale e ricollegati alla portata integrativa ora della buona fede, ora della diligenza, ma noti da tempo in ambiti ordinamentali diversi dal nostro, come quello tedesco (*schutzpflichten*) o francese (*obligation de sécurité*). Anzi, è stato proprio l'insegnamento della dottrina di lingua tedesca del programma d'obbligazione (*obligations programm*) a suggerire ai nostri studiosi il ricorso a una nozione diversa e più aggiornata di rapporto obbligatorio, per così dire complessa, nella quale si affaccia l'idea di un rapporto che racchiude una serie indeterminata di prestazioni satellitari (accessorie o sussidiarie) rispetto a quella principale, tutte, non solo la prima, presidiate dalla tutela risarcitoria di cui all'art. 1218 c.c., in aggiunta o in alternativa a quella aquiliana".

### 4. Dalla responsabilità da contatto sociale alla responsabilità da contatto amministrativo

La necessità di individuare una nozione di rapporto obbligatorio più ampio di quello sotteso a un vero e proprio contratto al fine di garantire tutela di situazioni caratterizzate dalla presenza di un rapporto/relazione cittadino/pubblica amministrazione, che non avesse le caratteristiche del vincolo derivante dal contratto, ha

portato la dottrina a fondare la responsabilità da contatto amministrativo in quello che è stato definito "il suo archetipo logico-giuridico", elaborato "nella teoria civilista per l'inadempimento senza obblighi di prestazione" (7). In questo ambito, particolarmente rilevante quindi, è stato il contributo della "la giurisprudenza civile (...)" che ha elaborato "importanti spunti a proposito della responsabilità da contatto sociale (al riguardo, è notissima la sentenza della sezione III della Cassazione civile 22.1.1999, n. 589, in cui la Corte ha dato espresso riconoscimento alla c.d. obbligazione senza prestazione, affermando che la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria per i danni arrecati al paziente ha natura contrattuale, nonostante fra il medico e il paziente non venga stipulato alcun contratto, il contratto sussistendo invece fra il paziente e la struttura ospedaliera". (8). Con la precitata sentenza della Corte di Cassazione n. 589 del 1999, si è affermato che l'obbligazione del medico, dipendente dal servizio sanitario, nei confronti del paziente non può ritenersi fondata sul contratto con l'azienda, ma sulla relazione che si instaura con il paziente, un "contatto sociale" che ha natura contrattuale. Per effetto di questo l'intero regime che disciplina la responsabilità *de quo* è stata interamente ricondotta al paradigma della responsabilità contrattuale. Come accennato, le ragioni sottese alla configurazione della responsabilità da contatto devono essere individuate nella specifica situazione in cui viene a trovarsi il privato che, entrato in relazione/rapporto con la pubblica amministrazione, o meglio con i procedimenti amministrativi di questa (sia attivati su istanza di parte sia d'ufficio), abbia subito una lesione delle proprie aspettative in seguito all'inadempimento dell'obbligo di applicare con correttezza e buona fede le regole che presidiano il procedimento amministrativo. In sostanza, come si dirà, il complesso dei rapporti scaturenti dalla "relazione da procedimento" intervenuta dal contatto con la pubblica amministrazione non può non esigere una tutela in caso di violazione di precisi obblighi di comportamento (imposti dalla legge sul procedimento amministrativo 241/1990). Il problema, però, è quello di stabilire quale delle forme di responsabilità (contrattuale, extra-contrattuale, pre-contrattuale) risulti giuridicamente adeguata per garantire piena tutela, e quindi tale da fungere da paradigma cui ricondurre siffatta

(4) La pronuncia cit. nota 3 prosegue con la specifica che "siffatta affermazione, tendenzialmente di carattere generale, viene però riferita ad una fattispecie concreta laddove la Corte specifica trattarsi di interessi legittimi di tipo oppositivo e non pretensivo".

(5) Evidenzia il "debito" della tesi della responsabilità da contatto, dalla dottrina tedesca, in particolare G.G. DATO, *Sulla natura della responsabilità da attività provvedimentale della p.a.: qualche riflessione in merito a C.g.a. ordinanza 8.5.2002*, n. 267, in [www.dirittoediritti.it](http://www.dirittoediritti.it).

(6) Ancora in T.A.R. Campania, Salerno, n. 2135/2007.

(7) Così L.VIOLA, D.TESTINI, *La responsabilità da contatto con la pubblica amministrazione*, Halley, 2005.

(8) In questo senso T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, n. 1492 del 2007.

responsabilità. Dalla diversa classificazione/qualificazione discendono – come è facilmente intuibile e come si dirà più avanti – differenti conseguenze; si pensi – a solo titolo esemplificativo – agli aspetti relativi al *quantum* del risarcimento ottenibile e/o ai termini prescrizionali per l'esercizio delle relative azioni. Non solo, il pericolo cui può andare incontro il privato che entra in relazione da procedimento con la pubblica amministrazione e che dall'agire di questa subisce una violazione delle proprie aspettative alla correttezza dell'azione amministrativa, è quella della inadeguata o addirittura denegata giustizia. Questo timore e il senso dell'inadeguatezza del tradizionale (dopo la sentenza della Cassazione n. 500 del 1999) sistema risarcitorio fondato sull'art. 2043 c.c., sono stati fatti propri dalla Cassazione 157/2003, a memoria della quale “nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione dell'interesse legittimo s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana”.

Proprio la Corte di Cassazione nella sentenza da ultimo citata (n. 157 del 2003) ha ravvisato nell'adozione della legge sul procedimento amministrativo – e quindi nella compiuta regolamentazione dell'azione amministrativa (peraltro tardiva rispetto ad altri stati europei che già presidiavano, con specifiche leggi, il procedimento) – una svolta determinante nei rapporti tra pubblica amministrazione e privato. In questo senso (e non a caso) i giudici segnalano che “con la legge 241/1990 i principi di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, e (...) di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono diventati criteri giuridici positivi”, e questa “nuova concezione dell'attività amministrativa non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione”, per cui “il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato”. È nel prosieguo del *decisum* che la Suprema Corte giunge a delineare il concetto di responsabilità da contatto amministrativo e a configurarne, con esemplare chiarezza, il contenuto, testualmente: “dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il be-

neficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/1999 identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità». Continuando, non sfugge ai giudici che gli interessi scaturenti dalla relazione “da procedimento amministrativo” e quindi gli interessi “di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di vedere motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto *sub specie* di interesse legittimo”, ma al di là di questa estrema configurazione è chiaro che “l'interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico”.

Posizioni molto vicine alla sentenza della Cassazione erano già state manifestate anche nella giurisprudenza di primo grado. In particolare, ponendosi il problema delle conseguenze di una limitata giustizia in presenza di danni da contatto, il T.A.R. Puglia (9) ha avuto modo di precisare che “si deve peraltro (...) osservare come escludere in una fattispecie come quella in esame (*n.d.a.* responsabilità da contatto) la risarcibilità del danno equivarrebbe ad ammettere che la responsabilità civile della p.a. per attività provvedimentale, con riferimento agli interessi pretensivi, è limitata alle sole ipotesi di illegittimo esercizio di attività vincolata, e dunque, come obiettato in dottrina, alle posizioni «a risultato garantito» (così, recentemente, T.A.R. Toscana, sez. III, 27.10.2000, n. 2212), con ciò restringendosi eccessivamente l'ambito di tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, riconosciuta a seguito delle recenti modificazioni ordinamentali, anche di origine giurisprudenziale (il riferimento è chiaramente alla nota sentenza della Cass., ss.uu., 22.7.1999, n. 500), e quindi frustrando avvertite esigenze di ripa-

(9) In questo senso T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, n. 1761 del 2001.

razione di interessi meritevoli di protezione”.

Il T.A.R. pugliese nel prosieguo evidenzia che “deve al contrario trovare riconoscimento, nel moderno contesto dell’amministrazione partecipata, quella particolare ipotesi di tutela dell’affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato (...), prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita, che può anche qualificarsi, secondo la prospettazione, in parte condivisibile, di una recente tesi dottrinale, in termini di responsabilità da «contatto amministrativo» qualificato. Il principio dell’affidamento, che esprime l’obbligo di correttezza e di buona fede (in senso oggettivo) nei rapporti tra p.a. e cittadino, dalla sua prima connotazione nel senso del tendenziale *non venire contra factum proprium*, si sviluppa così fino a trovare applicazione all’interno del procedimento; il che appare del resto naturale ove si consideri che il nucleo nozionale dell’interesse legittimo, anche nella sua versione più formale, consiste proprio nella pretesa alla legittimità dell’azione amministrativa”. Non solo, manifestando grande consapevolezza sul pericolo della c.d. “iperprotezione” della posizione del privato, i giudici pugliesi evidenziano la necessaria reciprocità degli obblighi scaturenti dalla relazione privato/pubblica amministrazione, esplicitando testualmente che “la violazione di tale pretesa (con valenza di reciprocità) genera di per sé un obbligo risarcitorio”, poi, portando forse a estreme conseguenze il ragionamento con pericolo di un risarcimento indiscriminato, il giudice pugliese giunge a ritenere che questo debba “prescindere dal fatto che si verta in presenza di un’attività discrezionale, ovvero vincolata, e dunque a prescindere anche dall’accertamento della spettanza del bene della vita, oggetto di tutela, peraltro di non agevole enucleazione, nella prospettiva dell’utilità finale”.

##### 5. Il problema dell’iperprotezionismo dell’interesse legittimo leso

La tesi che riconduce la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi alla responsabilità da contatto, è stata messa in discussione da autorevolissima dottrina (10), che – correttamente – non ha mancato di evidenziare fondati timori. In primo luogo, si è rimarcato il rischio che al privato leso venga assicurato un risarcimento senza danno, con la specificazione che nella “tematica della tutela delle situazioni giuridiche partecipative” si rischia “di aprire

la strada alla tutela risarcitoria, prescindendo non solo dal momento della colpa, ma dallo stesso danno, con un automatismo che finisce per dare maggiore importanza alle pretese partecipative, piuttosto che agli interessi sostanziali”. In secondo luogo, si rammenta che “la teoria del contatto procedimentale (...) pare fondarsi su una concezione dell’interesse legittimo, inteso come pretesa alla legittimità dell’azione amministrativa, che è ormai superato dalla prevalente dottrina”; in questo senso risultano chiare già le parole di Massimo Severo Giannini (11) a memoria del quale “se le situazioni soggettive si definiscono in ordine a beni della vita, non si intende come la legittimità di un atto (cioè una qualificazione astratta di un atto) possa essere vista un bene alla vita”. In sostanza il pericolo è quello di una ipertutela del cittadino che verrebbe tutelato anche in presenza di soli vizi formali prescindendo dalla posizione sostanziale.

L’importanza di questi aspetti non è sfuggita ad attenta giurisprudenza. Per esempio acutamente il T.A.R. Puglia (12) ha evidenziato che un riconoscimento “indiscriminato” della responsabilità da contatto rischia di allargare oltre misura la possibilità di ottenere un risarcimento, in primo luogo senza danno e poi per semplici violazioni formali e non sostanziali. Ma è nella stessa configurazione della responsabilità da contatto come responsabilità contrattuale che risulta possibile individuare un correttivo, testualmente “non sembra dubbio al collegio come, in materia di responsabilità contrattuale, il fatto interruttivo del nesso di causalità ben possa essere rappresentato dal comportamento del creditore: e, applicando tale regola all’ambito qui d’interesse, si può affermare che la responsabilità da contatto amministrativo qualificato non può essere estesa a quelle conseguenze le quali non dipendano più dalla violazione di obblighi di correttezza e diligenza, ma da scelte autonome e consapevoli del soggetto che si trova in rapporto con l’amministrazione”. In senso analogo, lo stesso tribunale pugliese in altro *decisum* (13), realisticamente, ha chiarito che “deve consequenzialmente essere disattesa anche la domanda di risarcimento del danno, la quale, del resto, secondo il convergente insegnamento dottrinale e giurisprudenziale, non può trovare accoglimento, neppure ove collegata alla responsabilità da contatto, in caso di illegittimità meramente formali, e dunque inidonee a riflettersi in un pregiudi-

(11) In F. CARINGELLA, op. cit. nota 2.

(12) In questo senso T.A.R. Puglia, Bari, n. 4624 del 2002.

(13) In questo senso il T.A.R. Puglia, Bari, n. 5068 del 2002.

(10) F. CARINGELLA, op. cit. nota 2.

zio sull'*utilitas* finale conseguita dal ricorrente”.

Ancora gli stessi giudici, in altra occasione e in modo ancora più persuasivo (14), hanno affermato che gli obblighi di comportarsi secondo correttezza e buona fede costituiscono “un naturale corollario dell’inserimento del cittadino all’interno del procedimento e della conseguente dimensione relazionale che lo stesso assume, quello della valorizzazione del principio di buona fede o correttezza, non solo sotto il profilo della tutela dell’affidamento del privato, ma in condizione di reciprocità”.

Quindi, perché le conseguenze del riconoscimento (risarcimento) di questa forma di responsabilità provvedimento non siano senza presidio, determinando una *ipertutela* o per intenderci una tutela spropositata rispetto alle conseguenze determinate dagli atti illegittimi – provocando l’attuazione di un concetto di giustizia non razionale e privo di equilibrio – è necessario che l’obbligo di comportamento venga inteso come un obbligo reciproco, nel senso che, così come grava sulla pubblica amministrazione, grava sullo stesso cittadino che entra in rapporto con la pubblica amministrazione. In questo senso si è chiarito – nell’ultima pronuncia citata, che “se (...) proprio il contesto dell’amministrazione partecipata ha indotto la giurisprudenza, di recente, a riconoscere una responsabilità da contatto (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 17.5.2001, n. 1761, nonché Cons. Stato, sez. VI, 6.8.2001, n. 4239), che rinvia il proprio fondamento nella considerazione che detto «contatto procedimentale, una volta innestato nell’ambito del rapporto amministrativo, caratterizzato da sviluppi istruttori e da un’ampia dialettica tra le parti sostanziali, impone al soggetto pubblico un preciso onere di diligenza, che lo rende garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione» (così la citata decisione del Cons. Stato), appare al contempo necessario, se non altro ai fini della coerenza e dell’efficienza del sistema, valorizzare detto obbligo di buona fede anche nei confronti del privato”. Questa (ci sembra, correttissima) riflessione sulla condizione di reciprocità *de quo* “impone a quest’ultimo (*n.d.a.* al privato) di attenersi in modo consequenziale al proprio comportamento tenuto nel corso del procedimento, o comunque nei precedenti contatti non occasionali intervenuti con l’amministrazione, salvo ad evidenziarsi una condizione di errore o di ignoranza del privato”.

Ci sembra di poter sostenere, al fine di ridurre i pericoli di cui si è detto, che anche il comportamento del

privato, che entra in relazione – e subisce l’inadempimento dell’obbligo di comportamento – con la pubblica amministrazione, possa essere valutato alla stregua del comportamento del “creditore” *ex* articolo 1227 del c.c., a mente del quale “se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l’entità delle conseguenze che ne sono derivate”, e comunque il secondo comma per cui il risarcimento non è dovuto per il danno che il creditore può evitare con l’uso della diligenza ordinaria.

## 6. Il problema della configurazione giuridica della responsabilità da contatto amministrativo

La chiara configurazione della responsabilità da contatto amministrativo fornita nella sentenza 157/2003 dalla suprema Corte, non ha fatto cessare il dibattito sulla configurazione giuridica della stessa. In sostanza le disquisizioni giuridiche riguardano il problema se questa sia riconducibile alla responsabilità extra-contrattuale (o al limite nella forma della responsabilità pre-contrattuale e quindi, riconducibile sostanzialmente alla prima) o se si tratti – secondo un indirizzo che sembra quello più persuasivo – di una forma di responsabilità contrattuale. Si può facilmente intuire come la differente configurazione non sia senza rilievo; si pensi, per tacer d’altro, solamente ai termini prescrizionali dell’azione risarcitoria nella responsabilità contrattuale (decennale) e a quello della responsabilità aquiliana (quinquennale). Le difficoltà di configurazione giuridica, ora nell’una ora nell’altro paradigma, sono insite nel fatto che per la configurazione della responsabilità in commento non si può prescindere dalla considerazione che questa non è perfettamente riconducibile alla responsabilità contrattuale per assenza di un vero e proprio rapporto giuridico da cui scaturisce l’obbligo della (vera) prestazione (15); d’altra parte la responsabilità da contatto risulta altrettanto lontana dalla possibilità di essere ricondotta al paradigma della responsabilità pre-contrattuale perché, a differenza di questa, non sono rinvenibili nella prima le classiche trattative negoziali richieste dall’articolo 1373 del codice civile. Infine, la responsabilità provvedimento risulta di difficile riconduzione all’alveo della responsabi-

(15) Come noto, ai sensi dell’art. 1174 c.c., la prestazione che forma oggetto dell’obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica.

(14) In questo senso T.A.R. Puglia, Bari, n. 2269 del 2002.

lità aquiliana (extra-contrattuale) per il fatto che, in seguito all'instaurato procedimento amministrativo (sia per istanza d'ufficio sia per istanza del privato), non si può non riconoscere quel complesso di relazioni da cui scaturiscono sicuramente obbligazioni (ex art. 1173 del c.c.) (16) di tipo elementare, quali l'obbligo di esercitare il potere pubblico secondo canoni di correttezza, diligenza e relativi obblighi di protezione cui corrisponde una posizione che legittima questa pretesa da parte del privato che si trova in una posizione di fiducia (affidamento) per l'esercizio di un'azione amministrativa secondo i crismi appena citati. Quindi, assolutamente inadeguato appare lo schema riconducibile all'art. 2043 c.c., per la sua genericità come è stato evidenziato in fondamentali contributi in materia (17), in cui si è specificato come "la forma giuridica del torto extra-contrattuale appare insufficiente in quanto annega in una troppo generica responsabilità del passante o del chiunque" e che, nella stessa misura, insiste una difficoltà circa la riconducibilità della responsabilità da contatto nel paradigma della responsabilità contrattuale per il fatto che risulta totalmente assente sia il rapporto obbligatorio sia la prestazione. Dunque, un'ipotesi che sembra trovarsi al confine tra contratto e torto. In questo senso anche in giurisprudenza (18) in cui – secondo un ragionamento condivisibile – elaborata una configurazione giuridica della responsabilità da contatto amministrativo si è affermato che "l'estensione del modello di responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione alla responsabilità per attività provvedimento della p.a., operazione interpretativa sussunta nella formula della c.d. «responsabilità da contatto amministrativo qualificato», parte dal presupposto per cui anche l'amministrazione pubblica non può rispondere nei confronti del privato alla stregua della responsabilità del «passante» o del «chiunque» nella quale si identifica la forma giuridica della responsabilità extra-contrattuale; e ciò poiché la sussistenza di un procedimento implica che tra i due soggetti si instaura uno specifico rapporto o «contatto». L'obbligazione risarcitoria

non viene però ricollegata alla lesione di tale rapporto in riferimento all'utilità finale cui aspira il privato; anzi, al contrario, ne prescinde, scaturendo dalla violazione di quei particolari obblighi, stabiliti *ex lege*, il cui rispetto è funzionale alla garanzia dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa".

Sempre in giurisprudenza, in ambito è intervenuto il T.A.R. Lombardia, Milano, con la sentenza del 27.7.2005, n. 3438. I giudici, dopo aver rammentato che la fattispecie relativa "al risarcimento del danno non patrimoniale cagionato dalla p.a. (...) impone, nell'attuale quadro normativo e nella contraddittoria giurisprudenza formatasi, qualche chiarimento preliminare sulla struttura della responsabilità civile della amministrazione (oggi arricchita dalle tesi che sostengono la struttura della c.d. «responsabilità da contatto»), sulla peculiare natura dell'elemento soggettivo, e, infine, sull'attuale inquadramento dogmatico dei danni non patrimoniali e sul non facile tema della loro quantificazione", ha rilevato che sulla "struttura della responsabilità civile della pubblica amministrazione, particolarmente delicato è l'aspetto inerente la scelta del paradigma utilizzabile per le fattispecie risarcitorie interessanti la amministrazione pubblica" e che "sinteticamente può rammentarsi come la tesi tradizionale ricorra al paradigma dell'art. 2043 c.c." mentre "le impostazioni più innovative (...) ricorrono al paradigma della c.d. «responsabilità da contatto», in base al quale la semplice sussistenza di un rapporto con la amministrazione escluderebbe quelle condizioni di estraneità che potrebbero giustificare il ricorso al modello aquiliano". Per quanto, "inevitabilmente, il modello da seguire anche nella ricostruzione della responsabilità civile degli enti pubblici è quello abitualmente in uso nel diritto privato: la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (o ex art. 2059 c.c. in caso di danni non patrimoniali) e la responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. (o ex art. 2087 c.c. nella materia lavoristica, almeno secondo la impostazione che si ritiene preferibile), oltre alla responsabilità pre-contrattuale (sulla cui natura si contendono ancora in campo le tre tradizionali tesi)". Per giungere ad affermare che "il contatto con la amministrazione può far sorgere un affidamento in capo al privato (nel contatto c.d. «provvedimentale», dopo la l. 241/1990), ma il risarcimento del danno da contatto deve essere limitato a tale aspetto (cioè all'affidamento disatteso), e sempre che sia stato espressamente richiesto. Non può invece trasformarsi in paradigma risarcitorio generalizzato".

(16) La disposizione stabilisce il principio dell'atipicità delle fonti dell'obbligazione precisando che le obbligazioni derivano anche "da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

(17) In particolare, CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, Giuffrè, contenuto negli scritti in memoria di Mengoni, 1995.

(18) In questo senso il T.A.R. Campania, Salerno, n. 1682 del 2004.

## 7. La responsabilità da contatto come responsabilità extra-contrattuale

Non sono mancate in giurisprudenza posizioni che hanno configurato la responsabilità da contatto come riconducibile al paradigma della responsabilità extra-contrattuale per ravvisate similitudini con la responsabilità pre-contrattuale. In questo senso per esempio, il già citato T.A.R. Puglia (19) ha ritenuto che, “circa la misura del risarcimento, è opportuno evidenziare come detta responsabilità da contatto, nei termini sopra descritti, sia funzionalmente omogenea alla responsabilità pre-contrattuale di cui all’art. 1337 c.c., finora ravvisata in giurisprudenza in ipotesi simili a quelle rientranti nella tipica casistica civilistica (si vedano, a titolo di esempio, T.A.R. Lombardia, sez. III, 9.3.2000, n. 1869, e 31.7.2000, n. 5130)”; pur non sfuggendo le problematiche che questa riconduzione comporta e considerato che la responsabilità pre-contrattuale nel caso *de quo* “potrebbe utilmente essere invocata, per la sua specificità, solo in presenza di un’attività diretta alla stipulazione di un contratto”, comunque “tale indicazione, al di là delle importanti conseguenze sistematiche che il riconoscimento della risarcibilità dell’interesse legittimo ha imposto alla tematica della responsabilità pre-contrattuale della p.a., a parere del collegio vale anche a circoscrivere il risarcimento, in caso di responsabilità da contatto, nei limiti del c.d. «interesse negativo», identificandosi il danno emergente con le spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale, in difetto di prova, e invero anche di semplice allegazione, in ordine alla perdita dell’occasione di partecipare ad altri procedimenti analoghi (in termini T.A.R. Sardegna, 17.2.1999, n. 169)”. Questa configurazione, continuano i giudici pugliesi, consente di rilevare che la limitazione del danno “risarcibile solamente nella misura dell’interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, d’altro canto scongiura il rischio di una iperprotezione della ricorrente, nell’ipotesi in cui questa, una volta ottenuto il risarcimento del danno per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretenso in ragione dell’effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento”.

Le problematiche circa la configurabilità giuridica della responsabilità da contatto risultano ben riassunte ed espresse – e non si può non darne conto in questa sede – anche in una pronuncia del 2004 da parte del tribuna-

le campano di Salerno (20). Il collegio, dopo aver ricordato che la tesi della responsabilità per “contatto sociale” si richiama alla teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico, in quanto ai confini tra contratto e torto, e che a essa “sarebbero riconducibili ipotesi in cui la forma giuridica del torto extra-contrattuale risulta insufficiente (per presentare l’agente caratteristiche peculiari e non generiche come il «chiunque» di cui all’art. 2043 c.c.)”, rimarca le difficoltà di riconduzione della figura alla responsabilità contrattuale per l’assenza “di un rapporto obbligatorio, con il suo essenziale requisito costituito dalla prestazione”. Quindi nel prosieguo giunge a evidenziare – come già la Cassazione nel 2003 – che “fonte dell’obbligazione risarcitoria non sarebbe né la violazione del principio del *neminem laedere* né l’inadempimento della prestazione, bensì la lesione di obblighi di protezione, autonomi rispetto all’obbligo di prestazione, oltre che sul piano della struttura, anche su quello della fonte”, ricordando che l’archetipo della responsabilità da contatto amministrativo è rinvenibile in quella del medico di una struttura pubblica. Questa necessaria premessa, affermano i giudici, “riconduce in modo sempre più persuasivo la responsabilità provvedimentoale all’interno del paradigma della responsabilità contrattuale”, precisando che, “in primo luogo, la responsabilità della p.a. per attività provvedimentoale viene a essere ricondotta al *genus* della responsabilità contrattuale, con applicazione dell’ordinario termine di prescrizione decennale e le specifiche implicazioni in tema di riparto dell’onere della prova (posto che tale responsabilità non è fondata sul principio della colpa, bensì sul vincolo di garanzia inerente per sua natura al rapporto obbligatorio). In secondo luogo la tutela viene focalizzata non sul bene della vita, bensì sugli obblighi procedurali in cui si sostanzia il contatto qualificato (per cui il risarcimento risulta svincolato dal concetto di *chance* e da ogni valutazione in ordine al carattere discrezionale o vincolato dell’attività dell’amministrazione)”.

Anche in questo caso non sfugge ai giudici il problema determinato da un potenziale risarcimento che prescindere dalla lesione dell’utilità perseguita dal privato (il rischio della c.d. “iperprotezione”) e principale obiezione mossa alla tesi della responsabilità da contatto, con la precisazione per cui “l’applicazione al campo amministrativo del paradigma della responsabilità da «con-

(19) Cit. nota 9.

(20) Vedi nota 18.

tatto sociale» lascia però alcune perplessità, specificamente laddove prescinde dalla lesione dell'utilità sostanziale perseguita dal privato (poiché la spettanza del bene, attraverso l'intermediazione del provvedimento, appare fondamentale ai fini della prova e della quantificazione del danno; e, diversamente opinando, verrebbe a mancare l'elemento di discriminazione tra violazioni di obblighi procedurali meritevoli di risarcimento e violazioni la cui tutela rimanga circoscritta al solo annullamento). Lo stesso giudice comunque richiama le cautele adottate dalla giurisprudenza che, in casi specifici, ha dovuto ricondurre la responsabilità in esame all'alveo della responsabilità pre-contrattuale per contenere il risarcimento nei limiti del c.d. «interesse negativo», testualmente: «comunque, in più pronunce [ha] fatto richiamo alla teoria in questione, anche se questo non sempre è stato fatto in modo univoco. Ciò è avvenuto per lo più allo scopo di stabilire un parametro per l'individuazione e la liquidazione dei danni conseguenti all'adozione di provvedimenti illegittimi (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6.8.2001, n. 4239; e, in particolare, in relazione a lesione di interessi pretensivi, cfr. T.A.R. Puglia, Bari, 17.5.2001, n. 1761; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6.7.2001, n. 609); o al fine di effettuare l'imputazione soggettiva mediante inversione dell'onere della prova in applicazione dell'art. 1218 c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14.6.2001, n. 3169; Cons. Stato sez. V, 6.8.2001, n. 4239; T.A.R. Lombardia, Milano, 22.5.2002, n. 2135; T.A.R. Sicilia, Catania, 20.9.2000, n. 1699). In particolare appaiono da segnalare le sentenze T.A.R. Puglia, Bari, n. 1761 del 17.5.2001 e T.A.R. Abruzzo, Pescara, n. 609 del 6.7.2001 con le quali, per fattispecie in cui non sussistevano gli estremi perché si potesse parlare di «trattative» tra la parte pubblica titolare di un potere amministrativo (esplicito mediante un procedimento *ad hoc*) e il soggetto privato interessato, si è ricondotta la responsabilità da «contatto sociale» al paradigma della responsabilità pre-contrattuale (la quale, va ricordato, per la dottrina maggioritaria e la consolidata giurisprudenza ha natura extra-contrattuale), mediante applicazione analogica degli artt. 1337 e 1338 c.c., al fine di tutelare il privato incolpevolmente leso per aver fatto affidamento su provvedimenti della p.a. poi rivelatisi illegittimi, così da assicurargli un risarcimento, quanto meno nei limiti del c.d. «interesse negativo». È proprio la necessità di rispondere a queste problematiche che induce il collegio ad affermare che «in linea di principio possa condividersi proprio quest'ultima impostazione, poiché, anche quando non è configurabile in capo alla p.a. una responsabilità pre-contrattuale in applicazione diretta degli artt. 1337 e 1338 c.c. (non ri-

sultando esplicita un'attività qualificabile come negoziale), nondimeno essa, nei suoi rapporti con i privati, è pur sempre tenuta al rispetto dei canoni usuali della buona fede e dell'affidamento, i quali non sono confinati ai soli rapporti di ambito interprivatistico, assurgendo invece a vero e proprio principio dell'ordinamento: pertanto, in presenza dei necessari elementi (evento dannoso, qualificabilità del danno come ingiusto, riferibilità dell'evento dannoso alla condotta della p.a. e sua imputabilità non a dolo o colpa dell'agente, bensì dell'apparato amministrativo), ben può venire in rilievo una responsabilità dell'amministrazione per violazione dell'affidamento del privato nell'ambito del procedimento volto all'emanazione di un provvedimento amministrativo favorevole a quest'ultimo; e questo in virtù di un'applicazione analogica degli artt. 1337 e 1338 c.c., e in modo da assicurare al danneggiato il ristoro quanto meno del c.d. «interesse negativo»».

Ci sembra di poter ritenere che la tesi della responsabilità pre-contrattuale (ricondotta nell'alveo della responsabilità extra-contrattuale) non sembra essere persuasiva, perché nella responsabilità da provvedimento illegittimo non sono configurabili trattative negoziali vere e proprie come quelle cui intende – esplicitamente – fare riferimento l'art. 1373 c.c. A dimostrazione della fluidità della materia in esame si deve dar conto comunque che anche di recente la giurisprudenza ha avuto modo di configurare la stessa responsabilità della pubblica amministrazione da lesione di interessi legittimi in termini di responsabilità pre-contrattuale escludendo a priori la tesi che tende a configurarla come responsabilità da contatto. In tal senso si è espresso il T.A.R. Lazio (21), che ha ritenuto «di dover inquadrare la pretesa attivata nell'ambito della responsabilità extra-contrattuale quale paradigma generale, al quale parametrare l'affermazione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione. Sul punto, pur non ignorando gli orientamenti ricostruttivi che hanno trasposto all'interno del sistema di reazione all'illegittimo esercizio della funzione pubblica anche l'istituto della responsabilità pre-contrattuale, della responsabilità da contatto o della responsabilità *ex art.* 1218 c.c., non possono essere ignorate in chiave interpretative le seguenti considerazioni. In primo luogo il sistema di tutela scaturisce dalla sentenza della Corte di Cassazione (500/1999), che ne ha giustifi-

(21) In questo senso T.A.R. Lazio, Latina, n. 169/2006.

cato l'estensione alla pubblica amministrazione sulla scorta dell'ampliamento delle situazioni giuridiche tutelabili *ex art.* 2043 c.c. Il coinvolgimento poi di altri istituti, implicante ricadute sui termini di esercizio dell'azione, sul tipo di interesse tutelato e sugli oneri probatori, se, da un lato, ha condotto all'affermazione di una responsabilità pre-contrattuale (a.p. 6 - 5.9.2005), dall'altro ha rivestito un carattere chiaramente preordinato all'accertamento del requisito psicologico (c.d. «colpa d'apparato»). In relazione a tale ultimo aspetto, infatti, la posizione più esaustiva quanto ad argomentazioni, assunta dalla giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 6.8.2001, n. 4239) che ha ricostruito la relazione tra cittadino e pubblica amministrazione in termini di rapporto giuridico amministrativo e «di contatto sociale», lo ha fatto per sondare il grado di diligenza richiesto e, «definita dalle regole che governano il procedimento amministrativo e attualizzata in funzione del concreto nesso tra le parti originato dall'iter provvedimentoale e dal suo stato di attuazione». In ultima analisi quindi, per il collegio laziale, «il sistema al quale occorre far riferimento è quello delineato dall'art. 2043 c.c. quale possibile affermazione di una responsabilità risarcitoria dipendente dall'illegittimo esercizio del potere, qui rapportato agli atti travolti in sede giurisdizionale e rappresentati come causa della caducazione del contratto, produttiva di una lesione patrimoniale». Con chiusura finale a ribadire che «la stessa responsabilità da contatto amministrativo anche quanto è ammessa viene tutt'oggi ricondotta nell'alveo della responsabilità aquiliana».

Nello stesso senso e in tempi più recenti il T.A.R. di Bologna (22) ha affermato che «neppure questa via (*n.d.a.* quella della configurazione della tesi della responsabilità da contatto) risulta, però, meritevole di essere seguita, in quanto il giudice amministrativo d'appello (Consiglio giustizia amministrativa Regione Sicilia, 18 aprile 2006, n. 153) ha recentemente escluso che quella della pubblica amministrazione sia una «responsabilità da contatto amministrativo», ribadendo, con argomentazioni che il collegio condivide, che il rapporto intersoggettivo p.a.-cittadini resta regolato (al di fuori dell'eventuale conclusione di un accordo *ex art.* 1321 c.c.) dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.».

(22) In questo senso T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, n. 158 del 2007, che per inciso riafferma la pregiudiziale amministrativa, ossia il previo annullamento dell'atto per poter richiedere il risarcimento.

## 8. La configurabilità della responsabilità da contatto come responsabilità contrattuale

Occorre evidenziare che, precedentemente alla chiara presa di posizione della Cassazione del 2003, nella giurisprudenza di primo grado *aleggiava* già una costruzione della responsabilità da contatto in termini di responsabilità contrattuale. In questo senso la posizione è stata efficacemente riassunta in giurisprudenza, per esempio dal T.A.R. Puglia (23) il quale ha avuto modo di precisare che la configurabilità della responsabilità da contatto – nel caso di specie, ricondotta come detto nell'alveo della responsabilità contrattuale – «riposa sull'assunto secondo il quale una volta avviato il procedimento amministrativo (a istanza di parte o d'ufficio; obbligatorio o facoltativo) si costituisce un rapporto giuridico tra l'amministrazione procedente (o tenuta a procedere) e il privato caratterizzato nei suoi contenuti prescrittivi da obblighi (accessori) di protezione dell'altrui sfera giuridica che sorgono per effetto dell'intervenuto contatto procedimentale; obblighi che si aggiungono al – principale – dovere dell'amministrazione di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità (categoria dogmatica – elaborata dai giusciviltisti – dell'obbligazione senza prestazione o, come pure è stato detto, della prestazione senza obbligazione). La violazione di detti obblighi (di protezione) comporterebbe una responsabilità di tipo contrattuale con tutte le conseguenze del caso sul piano del relativo regime normativo (inversione dell'onere di prova – prescrizione decennale, ecc.)» (24).

Una netta configurazione della responsabilità da contatto amministrativo in termini di responsabilità contrattuale – come appena accennato – è stata sostenuta dalla Suprema Corte nella sentenza più volte citata 157/2003. Infatti i giudici, dopo la definizione giuridica della responsabilità da contatto configurata – nell'ambito della relazione da procedimento che si instaura tra cittadino e pubblica amministrazione – come una vera e propria obbligazione la cui violazione determina il sorgere di una responsabilità riconducibile alla categoria della responsabilità contrattuale causa l'inadeguatezza

(23) Vedi nota 12.

(24) Sempre lo stesso tribunale ha ricordato che «l'ipotesi di un inquadramento della responsabilità procedimentale-provvedimentale della p.a. nel paradigma contrattuale è stata formulata dalla dottrina e condivisa, in parte, dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 4239 del 6 agosto 2001) allo scopo di potenziare (in termini di tutela giuridica) la posizione del privato nei confronti della pubblica amministrazione».

dello schema fondato sulla responsabilità extra-contrattuale e quindi sull'art. 2043 c.c., specificano che "il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, e integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/1999, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 c.c.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa" (25).

Si deve rilevare che in giurisprudenza non sono mancati importanti interventi finalizzati a fornire ulteriori precisazioni sul tema. In questo senso, per esempio, il T.A.R. Veneto (26) a tenore del quale, "una volta realizzato un contatto qualificato tra l'amministrazione e un altro soggetto (...) sorgono, pur se il procedimento non si sia ancora concluso, obbligazioni collaterali di collaborazione, di informazione, nonché di cooperazione, analoghe agli obblighi di protezione nelle obbligazioni di diritto priva-

to, e che impongono un corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 7.7.2003, n. 5991, nonché Cass., 11.6.2003, n. 9366), e la cui violazione determina precise responsabilità risarcitorie, da costruire «come una responsabilità paracontrattuale da contatto sociale» (T.A.R. Veneto, sez. I, 20.11.2003, n. 5778), con tutte le conseguenze del caso sul piano del relativo regime normativo". Come si può facilmente intuire questa costruzione libera il privato danneggiato dalla c.d. "*probatio diabolica*" di dimostrare la colpa della pubblica amministrazione, e quindi, per effetto della natura paracontrattuale, alla responsabilità *de quo* si applica "quanto stabilito dall'art. 1218 c.c., per cui il debitore inadempiente è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile". L'articolo in questione impone sul debitore una presunzione di colpa – continuano i giudici – "superabile mediante la prova dello specifico impedimento che abbia reso impossibile la prestazione o, almeno, la dimostrazione che, qualunque sia stata la causa dell'impossibilità, la medesima non possa essere imputabile al debitore" (cfr. Cass. lav. 17.5.2002, n. 7214): situazione, quest'ultima, "non riconducibile alla mera condizione psicologica (di buona fede) del debitore, e rapportabile, invece, all'impegno di cooperazione che, tenuto conto della natura del rapporto e delle circostanze del caso concreto (nonché delle qualità soggettive del debitore), l'obbligato stesso è tenuto ad esplicitare" (Cass. 3.9.1999, n. 9278). Nella ricostruzione del collegio, quindi, si ribadisce l'essenza della responsabilità da contatto come violazione di una obbligazione la cui "prestazione" si estrinseca in obblighi di "diligenza e nel rispetto degli obblighi di lealtà e cooperazione", con la conseguenza che il danneggiato potrà essere ristorato non con riferimento all'interesse negativo (come nel caso di riconduzione della figura in ambito extra-contrattuale), ma di tutti "i danni che siano conseguenza diretta e immediata dell'inadempimento (1223 c.c.)".

In senso altrettanto incisivo e in tempi più recenti, ai giudici del T.A.R. di Salerno (27), che dopo aver evidenziato che "sul punto della qualificazione della responsabilità dell'amministrazione da lesione di interesse legittimo si registrano notevoli incertezze in giurisprudenza, assistendosi in particolare ad un fenomeno di progressiva trasformazione delle idee, in quanto da un modello assoluto di responsabilità inquadrato nell'illecito extra-contrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., si tende verso

(25) Di particolare rilievo sono alcuni ulteriori passaggi della sentenza della Cassazione che si riportano per esteso: "L'inquadramento degli obblighi procedurali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.), è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico-giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della legge 241/1990 (che fra l'altro, all'articolo 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti). La pretesa di ancorare la responsabilità dell'amministrazione alla violazione in sé della regola procedimentale che impone la motivazione, a prescindere da ogni riferimento al bene della vita, pur meritevole di attenzione alla luce delle mutate concezioni che presiedono all'azione amministrativa, appare inattuale con riferimento al tempo cui si riferiscono i fatti di causa. L'evoluzione che ha contraddistinto negli ultimi anni il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, i cui valori in nuce risalgono alla Carta Costituzionale, solo negli anni '90 è stata attualizzata in testi normativi, con la formulazione di regole di condotta nel rapporto giuridico. Non per questo può sostenersi l'emancipazione dei pubblici poteri, in passato, da ogni obbligo di motivazione: che aveva però una diversa valenza, di modo che l'omissione delle ragioni che presiedevano all'adozione del provvedimento, non rispondeva ad una precisa logica garantistica, bensì ad una complessiva valutazione dell'azione amministrativa nella logica dell'esercizio del potere. L'improponibilità di una pretesa di comportamento nei confronti dell'amministrazione, avulsa dal riferimento a interessi sostanziali, con riguardo al momento storico in cui è maturata la fattispecie lesiva dedotta in causa, induce al rigetto della doglianza. Il solo schema utilizzabile nella valutazione del danno lamentato in causa, è dunque costituito dalla responsabilità extra-contrattuale, secondo il prontuario dei criteri d'indagine prospettati dalle sezioni unite.)".

(26) In questo senso con la sentenza 479/2004.

(27) T.A.R. Campania n. 1682 del 2004.

un'ottica di responsabilità di tipo contrattuale”, e ribadita la rilevanza della configurazione giuridica, perché da questa discende un differente atteggiarsi dei vari elementi della responsabilità, non è sfuggito che la necessità di tutelare fattispecie differenti di danni provocati da lesione di interessi legittimi esige “il ricorso a una nozione diversa e più aggiornata di rapporto obbligatorio, per così dire complessa, nella quale si affaccia l'idea di un rapporto che racchiude una serie indeterminata di prestazioni satellitari (accessorie o sussidiarie) rispetto a quella principale, tutte, non solo la prima, presidiate dalla tutela risarcitoria di cui all'art. 1218 c.c., in aggiunta o in alternativa a quella aquiliana”. L'ulteriore passaggio compiuto dai giudici nella sentenza *de quo* è data dalla rilevata necessità di tenere distinta la posizione di diritto soggettivo da quella di interesse legittimo, testualmente: “in realtà, l'obbligazione che scaturisce dal contatto che inevitabilmente deriva dall'attivazione procedimentale trova la sua speciale caratteristica nel fatto che, ove l'interesse sia pretensivo, ad esso non si correla il provvedimento finale inteso come «atto dovuto» al quale si correla l'obbligo in senso tecnico dell'amministrazione, che altrimenti implicherebbe la configurabilità di quella posizione di diritto soggettivo che dell'interesse legittimo rappresenta la negazione, bensì come «atto possibile» in base alla disciplina vigente, alla cui osservanza il richiedente vanta quindi senz'altro un legittimo interesse. E ciò anche quando si tratti di attività vincolata, dovendosi pur sempre accertare la ricorrenza dei presupposti richiesti dalla norma per l'adozione dell'invocato provvedimento ampliativo. È invece in relazione agli obblighi comportamentali imposti all'amministrazione da una legge (n. 241/1990) che la vuole democratica e trasparente, che si correlano, in direzione contraria, veri e propri diritti soggettivi, che, ove siano rimasti delusi, possono far scaturire una responsabilità del soggetto pubblico di stampo contrattuale. Di qui l'enucleazione della cd. responsabilità da atto legittimo (che richiama quella «da atto lecito» di conio civilistico), che trova scaturigine da un comportamento scorretto dell'amministrazione, ma che prescinde dalla legittimità del provvedimento finale (Cons. Stato, sez. IV, n. 1457 del 19.3.2003)”.

### 9. Le conseguenze della configurazione della responsabilità da contatto in termini di responsabilità contrattuale

Come accennato la configurazione della responsabilità da contatto come violazione di un obbligo di compor-

tamento specifico e quindi l'affermata sua riconducibilità nell'ambito della responsabilità contrattuale, non è scevra di implicazione di grande rilievo. In questo senso sempre i giudici salernitani – nella sentenza sopra citata (28) –, affermano come non vi sia “dubbio che dalla qualificazione della responsabilità dell'amministrazione come contrattuale derivino, (...) alcune significative conseguenze, in quanto la prescrizione dell'azione risarcitoria da quinquennale (art. 2947 c.c.) diviene decennale (art. 2946 c.c.) e si verifica l'inversione dell'onere della prova, dato che la colpa si presume, dovendo l'amministrazione provare che l'inadempimento o il ritardo derivano da causa ad essa non imputabile (art. 1218 c.c.). Il soggetto danneggiato viene così liberato da tutte le difficoltà probatorie conseguenti alla configurazione, da parte della Corte di Cassazione (con la citata sentenza n. 500/1999), dell'elemento soggettivo in capo a una fantomatica amministrazione-apparato, anziché al singolo soggetto agente per l'amministrazione, da valutare verificando se la stessa abbia seguito o meno le diverse regole proprie dell'esercizio della discrezionalità amministrativa; e cioè se abbia violato i canoni di correttezza, imparzialità, buon andamento e buona amministrazione”.

Lo stesso giudice comunque manifesta la propria consapevolezza sulle difficoltà della configurazione giuridica della responsabilità da contatto, riconoscendo l'attuale fluidità della materia e auspicando un intervento del Consiglio di Stato. Al riguardo nella pronuncia si precisa come “la questione della natura giuridica della responsabilità da lesione di interesse legittimo è tuttora aperta, in attesa di un ulteriore, e ci si augura, definitivo intervento dell'adunanza plenaria. Le disparità di vedute insorte sul punto in dottrina e giurisprudenza appaiono comunque significative della specialità del tema, che non può essere calato *d'emblée* in un preciso schema normativo, presentando profili che l'accomunano ora alla responsabilità aquiliana, ora a quella contrattuale, finendo quasi per atteggiarsi come una sorta di *tertium genus* di responsabilità”.

### 10. La recente sentenza del T.A.R. Lecce n. 1492 del 2007

I termini della questione relativa alla natura della responsabilità da contatto amministrativo hanno trovato composizione e propensione (sembra definitiva) verso la concezione di una configurabilità “variabile”, che deve tener conto dell'intensità del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino. Questo è avvenuto in

(28) Vedi nota 6.

una recente articolatissima pronuncia, che per chiarezza espositiva non può non essere riportata in testo. Si allude alla sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, n. 1492 del 2007, la cui posizione sembra quella di riconoscere la possibilità che la responsabilità si atteggi diversamente a seconda del tipo di rapporto/relazione che si instaura tra pubblica amministrazione e cittadino. Nella specie, al fine di accertare la responsabilità della pubblica amministrazione per provvedimenti di revoca ritenuti illegittimi, il collegio, ribadito che “come autorevolmente insegnato dalla Corte di Cassazione nella sentenza delle ss.uu. n. 500/1999 e come del resto riconoscono in prevalenza dottrina e giurisprudenza, dall'accertata illegittimità del provvedimento non consegue automaticamente l'accertamento della responsabilità della p.a. agente, dovendosi indagare circa la sussistenza della c.d. «colpa d'apparato» (se si ritiene trattarsi di responsabilità aquiliana) o comunque di un inadempimento imputabile al debitore (se si ritiene, invece, trattarsi di responsabilità contrattuale”, sottolinea che “la risposta all'interrogativo (...) presuppone una disamina relativa alla natura della responsabilità della p.a. per illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in quanto diverse sono le conseguenze a seconda che tale responsabilità venga ascritta nell'alveo dell'illecito extra-contrattuale o, al contrario, essa venga qualificata come responsabilità da inadempimento di un'obbligazione o anche da «contatto sociale qualificato»”. Nel prosieguo del *decisum* vengono passate in rassegna le diverse posizioni in cui è ravvisabile a seconda dei casi una minore o maggiore intensità del contatto tra cittadino e pubblica amministrazione. In particolare e testualmente, “nel caso del rapporto fra p.a. e cittadino si possono ravvisare i tratti distintivi sia della responsabilità aquiliana che di quella contrattuale, visto che:

- in alcuni procedimenti è indubbia l'esistenza del previo contatto qualificato fra amministrazione e privato, dal quale discende anzitutto un legittimo affidamento del cittadino, che trova tutela in primo luogo in sede impugnatoria, prova ne sia il fatto che è abbastanza frequente l'annullamento di atti motivato dal giudice con il fatto che la p.a. non si è ispirata al principio di leale collaborazione (principio espresso, fra gli altri, dagli artt. 6 e 18 della l. n. 241/1990 e s.m.i. e dall'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006). Inoltre, le norme e i principi in materia di autotutela e di obbligo di comunicazione di avvio del procedimento (con particolare riguardo ai procedimenti di secondo grado) dimostrano chiaramente come dal previo contatto fra le parti discendono precisi obblighi in capo alla parte

pubblica, il cui inadempimento è del tutto assimilabile all'inadempimento del contraente;

- (...)
- al contrario, si potrebbe anche ritenere che il «contatto» fra privato e p.a. (che sicuramente si verifica nel corso del procedimento amministrativo o, meglio, in determinati procedimenti, e fra essi di sicuro quelli ad istanza di parte) non acquista un'intensità tale da poter essere assimilato al legame che intercorre fra le parti del rapporto obbligatorio. Per cui, la responsabilità della p.a. avrebbe natura extra-contrattuale, discendendo essa dalla violazione del *neminem laedere*”.

Per effetto di questo, il collegio riconosce l'attuale fluidità della materia per cui risulta necessario distinguere fra le varie situazioni che si possono presentare. Nella specie i giudici distinguono la situazione in cui non è ravvisabile un vero e proprio rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e cittadino da quello in cui questo è invece configurabile. Testualmente: “nel caso, ad esempio, delle gare ad evidenza pubblica o dei concorsi pubblici, seppure non può dirsi assente un contatto giuridicamente rilevante fra la p.a. e i soggetti che prendono parte a tali procedure – contatto che preesiste rispetto al momento in cui può ritenersi configurata la condotta causativa del danno ingiusto (per esempio, adozione dell'atto di esclusione del concorrente) – la vicenda è assimilabile alla c.d. «*culpa in contrahendo*» (art. 1337 c.c.), la quale viene generalmente ascritta al *genus* della responsabilità aquiliana, in quanto il contatto non coinvolge solo il danneggiante e il danneggiato, bensì una platea più o meno vasta di soggetti, i quali, oltretutto, non possono vantare ciascuno una posizione differenziata rispetto agli altri concorrenti nei confronti della p.a. agente, la quale è invece onerata ad adottare un comportamento leale ed imparziale nei confronti di tutti i predetti soggetti. Per cui, in vicende di questo tipo potrebbe trovare ancora accoglimento la tesi secondo cui la responsabilità dell'amministrazione per illegittimo esercizio della funzione amministrativa ha natura extra-contrattuale, dal che discendono conseguenze rilevanti in tema di ripartizione dell'*onus probandi* (che peraltro viene in genere alleviato dalla giurisprudenza in favore del danneggiato) e di termine di prescrizione della pretesa risarcitoria (che è quinquennale). Anche nei procedimenti di natura ablatoria o sanzionatoria sembra persuasiva la tesi della natura aquiliana della responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in quanto il «contatto» insorge di solito nello stesso momento in cui, dal punto di vista giuridico, si verifica la lesione della sfera giuridica del privato, anche se nei procedimenti

ablatori il cittadino viene coinvolto anche nelle fasi preliminari del procedimento. In questi casi, quindi, ciò che l'ordinamento impone alla p.a. è il dovere di non arrecare una lesione ad un soggetto che non è tenuta a subirla (ad esempio, non deve essere irrogata una sanzione ad un soggetto che non ha commesso l'illecito; non deve essere espropriato un terreno in assenza delle condizioni di legge; ecc.), cioè di non turbare illegittimamente una situazione di godimento di diritti da parte del loro titolare. Siamo pertanto nella sfera di operatività del *neminem laedere*".

Questa situazione risulta totalmente differente dalle "vicende nelle quali fra privato e p.a. esiste già un rapporto che, pur fondandosi su un provvedimento e non (o non solo) su un contratto, è assimilabile ad un rapporto contrattuale, la rottura del rapporto causata dall'adozione di un atto illegittimo (revoca, annullamento d'ufficio, abrogazione, decadenza) genera in capo al soggetto pubblico una responsabilità di natura contrattuale o, quantomeno, da contatto sociale qualificato". Queste ultime situazioni sono assimilabili secondo il giudice agli accordi amministrativi ex art. 11 della legge 241/1990 e al "caso in cui l'amministrazione venga meno ad una convenzione di lottizzazione (come nel caso deciso dalla sez. V del Consiglio di Stato con la sentenza 6.8.2001, n. 4239 (...)) o receda senza valido motivo da un accordo ex art. 11". In entrambi questi casi "viene ad essere leso il legittimo affidamento che il privato aveva maturato circa la perdurante validità del provvedimento o dell'accordo, per cui se il provvedimento di secondo grado è illegittimo e viene annullato dal g.a. si può ritenere a ragione che la relativa responsabilità che sorge in capo alla p.a. ha natura contrattuale, considerato che la posizione del privato aveva acquistato, per effetto del rilascio del provvedimento ampliativo, una ben precisa differenziazione rispetto a quella degli altri amministrati".

## 11. Conclusioni

L'attuale fluidità della materia, come detto, non impedisce una riflessione sulla configurazione giuridica della responsabilità da contatto amministrativo. Una chiara lettura *democratica* della legge sul procedimento amministrativo, in particolare dopo la sua riscrittura intervenuta nel 2005, ci induce a ritenere che a essa si atagli perfettamente il paradigma della responsabilità contrattuale. Questa configurazione giuridica sembra in grado di rendere giustizia all'eventuale violazione dell'aspettativa che scaturisce dal rapporto qualificato che si instaura per effetto del procedimento amministrativo tra pubblica amministrazione e cittadino, ma sembra perfettamente rispondente allo spirito che anima alcuni istituti

della norma. Si pensi – per tutti – a istituti come il preavviso di rigetto *ex* articolo 10-*bis* e alla volontà del legislatore di creare una sorta di "camera asettica" in cui le posizioni della p.a. e del cittadino si confrontano. È chiaro però che la riconduzione nell'ambito della responsabilità contrattuale non deve portare a forme di riconoscimento indiscriminato e/o automatico del risarcimento dei danni per lesioni "meramente formali" dell'interesse legittimo. In effetti strumenti per far fronte a questo pericolo sembrano potersi rinvenire nella stessa normativa sul procedimento. In questo senso ci sembra che si possano leggere disposizioni come quella contenuta nel secondo comma dell'articolo 21-*octies*, sui casi in cui il provvedimento non è annullabile. Il problema è quello di definire la chiara portata della norma e una equilibrata interpretazione da parte dei giudici (29). Infine, lo stesso paradigma della responsabilità contrattuale dispone delle cautele che consentono di scongiurare certi pericoli; si è fatto già cenno per esempio alla disposizione di cui all'articolo 1227 del codice civile, a memoria del quale il concorso colposo del creditore riduce – in misura relativa – il *quantum* del risarcimento. Per analogia, è chiaro che sarà necessario verificare l'intensità dell'aspettativa del cittadino da tutelare, non potendosi tollerare un'aspettativa *arbitrariamente* protratta – per l'ottenimento per esempio di un parere positivo – che invece risulta di facile *ridimensionamento* con l'uso della normale diligenza.

(29) Sul problema dell'interpretazione dell'articolo 21-*octies* della legge 241/1990 e sulla necessità di una lettura adeguata della norma, cfr. T. TESSARO, *Separazione tra indirizzo e gestione, regole sulla competenza e vizi formali: una lettura discutibile e non costituzionalmente orientata dei principi che reggono la disciplina degli organi*, in [www.lagazzettadeglientiocali.it](http://www.lagazzettadeglientiocali.it), 24.6.2008.

# *L'irrisolta questione della pregiudiziale amministrativa: spunti di riflessione*

**di Maurizio Asprone e Grazia Maria Sacco**

## **1. L'irrisarcibilità degli interessi legittimi: origini e motivazioni**

Quella della pregiudiziale amministrativa, espressione con la quale si suole indicare il fenomeno in base al quale occorre impugnare tempestivamente il provvedimento amministrativo illegittimo e ottenerne l'annullamento onde poter poi avanzare la relativa richiesta di risarcimento del danno lamentato, è strettamente e intimamente connessa al dogma monolitico e pietrificato dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

Quest'ultimo ha avuto motivo di esistere, fino alla storica rivoluzione copernicana operata con la sentenza della Cassazione 500/1999, in ragione della lenta e difficile ricostruzione sostanziale della categoria dell'interesse legittimo, per anni relegato ai margini del mondo del diritto, non riconosciuto come posizione giuridica qualificabile in qualche modo e costretto a vedersi sempre subalterno ai diritti soggettivi, da sempre considerati degni di ogni tutela, piena ed effettiva.

Basti pensare che nella legge del 1865, n. 2248, allegato E, non si parlava affatto di interesse legittimo e che l'unico accenno era posto in termine di "affari" che non rientravano nella previsione dell'art. 2, e che quindi erano fuori della competenza del giudice ordinario e in generale sforniti di ogni tutela.

Il suo ingresso nel mondo del diritto avvenne quindi tardi, e condusse alla nascita di una magistratura *ad hoc* con la fondamentale legge del 1889, n. 5992, sulla quale poggia l'attuale sistema del doppio binario di giurisdizione, in base al quale il giudice ordinario ha giurisdizione in materia di diritti soggettivi e il giudice amministrativo in relazione agli interessi legittimi, individuando la Cassazione, con sentenza del 1949, n. 1657, il discrimine e la distinzione tra le due diverse giurisdizioni nel-

la *causa petendi*: ossia tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la giurisdizione è del g.a., mentre si ha questione di diritto soggettivo e giurisdizione del g.o. quando si contesta la stessa esistenza del potere.

Nonostante la creazione di una magistratura addetta alla sua tutela, l'interesse legittimo ha incontrato ancora diverse resistenze dovute alla vetusta concezione autoritaria della struttura pubblica, vista come un gigante dispotico e in netta posizione di supremazia rispetto agli amministrati.

Ne è una conferma il fatto che, a livello di tutela giurisdizionale, poco è cambiato, neppure dopo la promulgazione della Carta Costituzionale nel 1948 con la consacrazione e la piena parificazione dell'interesse legittimo ai diritti soggettivi operata dall'art. 24, ai sensi del quale: "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi", rafforzando in tal modo anche la natura sostanziale degli stessi.

Infatti paradigmatica è la differenziazione esistente tra la tutela apprestata a favore dei diritti soggettivi e quella posta a vantaggio degli interessi legittimi.

Nelle controversie che vedono contrapposti i privati o in quelle tra questi e la pubblica amministrazione, nelle quali si mette in dubbio l'esistenza stessa del suo potere, il giudice ordinario, avente giurisdizione, ha il potere di soddisfare eventuali richieste risarcitorie a fronte dell'eventuale danno lamentato dal cittadino. Quando sussiste, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo, e si discute quindi delle scelte amministrative dello Stato e dell'eventuale lesione di interessi legittimi, a favore del privato può essere disposto unicamente l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, non essendo attribuito al giudice amministrativo alcun potere atto a disporre misure risarcitorie.

È evidente che sovente l'eliminazione del provvedimento impugnato, pur avendo effetti retroattivi, non è in grado

di soddisfare le esigenze di tutela del cittadino perché interviene a modificare situazioni ormai irreversibili, che quindi hanno cagionato un danno non suscettibile di essere rimosso o rimediato attraverso la pronuncia demolitoria del giudice amministrativo.

Del resto l'annullamento di un provvedimento illegittimo serve esclusivamente a ripristinare e reintegrare l'ordine giuridico violato, senza prendere minimamente in considerazione l'interesse individuale del privato, costretto a subire le infauste conseguenze dell'azione amministrativa, anche nei casi in cui la stessa è stata mossa verso direzioni sbagliate e non sempre tenendo a mente i doveri di imparzialità, buon andamento ed efficacia, che vengono così a costituire mere e vuote etichette dietro le quali si nasconde un'idea anacronistica e autoritaria della burocrazia italiana.

Era evidente, infatti, che al giudice amministrativo fosse precluso attribuire ai ricorrenti una tutela completa, in omaggio, senz'altro, al principio, elaborato da Montesquieu, della separazione dei tre poteri dello Stato: legislativo, esecutivo e giurisdizionale, indipendenti l'uno dall'altro, escludendo qualsiasi invadenza dell'uno nella sfera propria degli altri.

Preso atto del difficile percorso che ha coinvolto l'interesse legittimo, occorre senz'altro affrontare il quadro normativo in cui affonda la tradizionale convinzione dell'impossibilità di ottenerne un risarcimento, soffermandoci in particolare sugli interventi, in proposito, effettuati dalla giurisprudenza di legittimità, che a fatica è pervenuta a un mutamento delle sue convinzioni. Il primo argomento a sostegno dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo si ricollega alla tradizionale distinzione tra norme di azione e norme di relazione: la violazione delle prime comporterebbe la lesione di interessi legittimi, non meritevoli di ottenere un risarcimento poiché destinati a soccombere rispetto all'interesse pubblico, oggetto principale delle norme di azione che regolano i criteri d'azione della pubblica amministrazione; nel caso invece di violazione delle norme di relazione, ci sarebbe spazio per l'emergere di posizioni del privato suscettibili di risarcimento, in quanto vengono lesi diritti poiché tali norme non mirano alla tutela esclusiva o comunque precipua dell'interesse pubblico.

All'argomentazione appena esposta si sono aggiunte considerazioni fondate, soprattutto, sull'interpretazione della norma contenuta nell'art. 2043 c.c., che si riferisce al danno ingiusto suscettibile di risarcimento.

Per anni la giurisprudenza (1) ha ritenuto che la locu-

zione "danno ingiusto", presente nella dizione dell'art. 2043 c.c., esigerebbe tra i suoi elementi costitutivi che il danno sia prodotto da una condotta *non iure* e, in base a una concezione soggettiva dell'illecito *contra ius*, ossia contro un diritto, identificato precisamente nel diritto soggettivo, di guisa che l'unica lesione illegittima, ossia derivante da un fatto illecito penale o civile, risarcibile era quella che incideva sull'esistenza di un diritto soggettivo, a nulla rilevando invece i documenti prodotti a danno di un interesse legittimo.

A ciò si aggiungeva che il rapporto di causalità esistente tra fatto anti-giuridico e danno ingiusto doveva avere carattere immediato ed essere connotato dall'integrazione dell'elemento psicologico. Fattori entrambi assenti in ipotesi di lesione di interesse legittimo, in quanto il dolo o la colpa investono l'azione amministrativa e coinvolgono, solo in via riflessa, la sfera patrimoniale del danneggiato.

Ne derivava che le sorti di un eventuale azione di risarcimento promossa contro la p.a. erano inevitabilmente negative.

Infatti, secondo un primo orientamento giurisprudenziale (2), il giudice doveva dichiarare l'improponibilità dell'azione per difetto di giurisdizione, in quanto, essendo giudice ordinario, egli aveva il compito di vagliare le sole pretese fondate sull'esistenza di un diritto soggettivo. Per questo il diniego di licenza commerciale o di concessione edilizia, al pari del ritardo nella concessione della stessa, non consentiva al privato di proporre davanti al giudice ordinario azione di risarcimento contro la p.a., stante l'esperibilità di tale azione solo per fatti lesivi di diritti soggettivi, non di interessi legittimi, quali sono da qualificarsi quelli inerenti al conseguimento dell'indicato provvedimento (3).

Ad avviso del secondo orientamento, invece, la domanda risarcitoria era da respingere nel merito, in quanto infondata per assenza del requisito del danno ingiusto. Infatti, secondo quanto espresso dalla sentenza della Cassazione del 3 luglio 1989, n. 3183, "la non risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi – in quanto la fattispecie dell'illecito civile (art. 2043 c.c.) presuppone in ogni caso la violazione di un diritto soggettivo – comporta non l'improponibilità per difetto assoluto di giurisdizione, ma la reiezione nel merito (per difetto del diritto) della domanda risarcitoria proposta dal privato, nei confronti della p.a., in relazione alla lesione di una sua posizione avente consistenza di interesse legittimo".

(1) *Ex pluribus* Cass., ss. uu., 5 dicembre 1980.

(2) Cass., ss. uu., 7 agosto 1998, n. 7751.

(3) Cass., ss. uu., 26 febbraio 1992, n. 2382.

Il quadro appena esposto era poi completato dall'interpretazione letterale dell'art. 28 della Costituzione, che circoscrive le ipotesi di responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, specificando che gli stessi sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti, ove per diritti si intendono ovviamente i soli diritti soggettivi con impossibilità di chiamare in causa i soggetti appena indicati nei casi di lesione di interessi legittimi.

Il discorso appena enunciato non fa altro che ricollegarsi, in un simbolico circolo quasi vizioso, alla percezione dell'interesse legittimo come interesse processuale o procedimentale, visto e analizzato in termini di posizione occasionalmente protetta, da cui segue la sufficienza e l'esaurimento della tutela accordata con l'annullamento dell'atto illegittimo, considerato misura pienamente idonea a ripristinare l'interesse pubblico violato.

Gli orientamenti giurisprudenziali espressi, soprattutto con riferimento alle norme che formavano oggetto degli stessi, ricevevano numerose critiche da parte della dottrina più attenta (4), che ha avuto modo di sottoporre a vaglio critico tutte le motivazioni addotte a sostegno dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

In primo luogo, in relazione alla norma di cui all'art. 2043 c.c., si propone un'interpretazione allargata del concetto di danno ingiusto, estendendola anche all'interesse legittimo, aggiungendo, altresì, come notazione, la possibilità di individuare molte volte l'elemento del dolo o della colpa nell'agente, quanto alla possibilità di valutare gli effetti del comportamento illecito sugli interessi individuali del cittadino. Interessi, questi ultimi, non totalmente soddisfatti da un'eventuale pronuncia di annullamento, stante la possibilità che il meccanismo della retroattività, proprio dell'annullamento, molte volte non è in grado di operare in quanto va a incidere su situazioni ormai irreversibili.

Urge, perciò, la possibilità per il cittadino di disporre di una tutela completa, anche risarcitoria, a nulla ostando il sistema fondato sul doppio binario. Infatti basterebbe scindere l'interesse legittimo violato dalla situazione nascente da tale lesione, ossia il diritto soggettivo al risarcimento del danno, quale diritto autonomo, di natura appunto soggettiva e quindi suscetti-

bile di fondare una legittima pretesa risarcitoria avanti al giudice ordinario.

Quanto poi al rilievo basato sulla lettura dell'art. 28 della Costituzione, si può facilmente notare come la limitazione di responsabilità in esso contenuta sia quella diretta dei funzionari e degli agenti e non la responsabilità della pubblica amministrazione.

Nonostante l'acume di tali spunti critici, il cammino verso l'inversione di tendenza e soprattutto verso la caduta di quella che è stata una vera e propria pietra miliare del nostro ordinamento era ancora impervio, perché costellato da interventi normativi settoriali e da prese di posizioni giurisprudenziali non sempre coraggiose.

Una notevole spinta, però, arriverà, come spesso accade, dalla corrente comunitaria (5), il cui diritto va sempre di più a inserirsi fra le maglie dell'ordinamento nazionale imponendo allo stesso mutamenti che siano in grado di allinearli al diritto europeo.

Significativa, da questo punto di vista, è senz'altro la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee: il principio della risarcibilità da parte dello Stato, del danno arrecato al privato per mancata o non tempestiva attuazione delle direttive comunitarie, affermato per la prima volta nella sentenza *Franchovic*, ha certamente contribuito a corrodere l'interpretazione della giurisprudenza italiana. Senza contare che fu proprio l'esigenza di armonizzazione rispetto al diritto comunitario che spinse il legislatore a introdurre le disposizioni di cui agli artt. 12 e 13 della legge 142/1990. Tali disposizioni, inerenti all'ambito degli appalti pubblici, riconobbero il diritto al risarcimento del danno a seguito di un'aggiudicazione illegittimamente disposta a favore di un altro concorrente; la portata della disposizione fu però ridimensionata, riducendola alla responsabilità pre-contrattuale (6).

Soltanto sei anni dopo, con l'art. 35 del d.lgs. del 1998, n. 80, il legislatore, nell'estendere l'ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. per blocchi di materie, affermò la competenza del g.a. a disporre, nelle controversie devolute a tale giurisdizione, la reintegrazione in forma specifica "anche attraverso il risarcimento del danno ingiusto".

Ma la tanto attesa rivoluzione copernicana giunse soltanto con la storica sentenza 500/1999, con la quale è stata

(4) F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2007; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm* 2000; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv.it.dir.pubbl.com* 2000.

(5) M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo-Relazione al lià semestre franco-italiano di diritto amministrativo*, Parigi, 12 e 13 ottobre 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(6) F. DURANTE, *Il diritto al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, in [www.ambienteditto.it](http://www.ambienteditto.it).

riconosciuta la tutela risarcitoria in capo al cittadino nel caso in cui la p.a. ne leda un interesse legittimo.

Tale decisione ha permesso di ripercorrere e contemporaneamente reinterpretare tutte quelle disposizioni poste alla base del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Prima fra tutte la norma di cui all'art. 2043 del c.c., interpretata nel senso che costituisce danno ingiusto soltanto la lesione di un diritto soggettivo sul rilievo che l'ingiustizia del danno, assunta dalla norma quale comportamento essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure e contra ius*.

Superando tale tradizionale interpretazione, le ss.uu. hanno osservato che l'art. 2043 c.c., che non fa alcun riferimento esplicito ai diritti soggettivi, sancisce genericamente la risarcibilità della lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento.

Di conseguenza detta disposizione, secondo quanto si legge nella storica sentenza, non può essere considerata norma secondaria, che presuppone la lesione di posizione giuridica fondata su altra disposizione di legge, ma norma generale primaria in tema di responsabilità, che entra in gioco in caso di lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, compresi gli interessi legittimi.

Riconosciuta la tutela risarcitoria, occorre affrontare il problema riguardante la giurisdizione competente a decidere sulla medesima. Al riguardo, con la sentenza del 1999, n. 500 e tenendo in considerazione quanto previsto nel d.lgs. del 1998, n. 80, erano due i giudici del risarcimento. Infatti, il giudice ordinario decideva in merito al risarcimento del danno nelle materie in cui il potere di annullamento amministrativo spettava al g.a. in sede di giurisdizione di legittimità, mentre il g.a. decideva nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva di cui al citato decreto legislativo (edilizia, urbanistica e servizi pubblici), ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 80/1998.

Tale affermazione di principio si fonda sul rilievo che con l'azione di risarcimento viene dedotta una distinta e autonoma situazione giuridica soggettiva avente lo spessore di diritto soggettivo scaturente dall'ingiusta lesione dell'interesse legittimo.

In altri termini, a dire della Cassazione, la lesione dell'interesse legittimo costituisce la fonte del danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*, relativamente al quale il g.o. ha in un certo senso il "monopolio della giurisdizione".

In correlazione a quanto appena enunciato, le ss.uu. della Cassazione sanciscono anche la scomparsa della

pregiudiziale amministrativa, comportando ciò l'assenza della necessità di ottenere il previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo al fine di poter chiedere la tutela risarcitoria. Infatti, la Cassazione ha ritenuto che "qualora l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata e dichiarata dal g.a., il g.o. ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043".

In considerazione dell'importanza della tematica affrontata dalla Corte, nella sentenza sopra commentata, il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire in sede di riforma sul processo amministrativo con la riscrittura del comma 3 dell'art. 7 della legge 1034/1971, che nella nuova formulazione, scaturente dall'art. 7 della legge 205/2000, dispone che "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".

Attraverso tale previsione il giudice amministrativo è destinatario dell'attribuzione a condannare al risarcimento danni e alla reintegrazione in forma specifica per lesione di diritti e interessi legittimi non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva, ma anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità.

In questo modo viene meno il monopolio del giudice ordinario (7) sulla responsabilità extra-contrattuale, mentre il giudice amministrativo si propone prepotentemente come "giudice unico della funzione pubblica", in grado di apprestare l'universalità delle tutele inerenti all'attività illegittima della pubblica amministrazione (8).

Oltre a tale significativa novità la norma citata fa nascere il dubbio, altresì, che la giurisdizione in materia risarcitoria del g.a. si radichi soltanto nel caso in cui oggetto del giudizio sia il provvedimento amministrativo illegittimo i cui effetti hanno cagionato un danno ingiusto a carico del destinatario, permanendo la giurisdizione del g.o. nell'ipotesi in cui si verta in tema di risarcimento prescindendo dall'annullamento di un atto amministrativo.

Tale opinione maturerebbe a seguito della lettura

(7) *Ibidem*.

(8) F. CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2003, pp. 535 e ss.

dell'art. 7 della legge 1034/1971, in cui si afferma che il tribunale amministrativo regionale conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno nonché di quelle inerenti gli altri diritti patrimoniali consequenziali. Da questo si desume la necessità di ottenere il previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo causativo di danni al privato, in antitesi con quanto sostenuto dalle ss.uu. della Cassazione nella sentenza n. 500/1999.

Sulla questione appena profilata è sorto, in realtà, un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinario, teso a evidenziare le problematiche sottese alla sussistenza o meno della pregiudizialità di annullamento, al cui esame approfondito è dedicato il paragrafo seguente.

## 2. La *vexata quaestio* della pregiudizialità amministrativa: orientamenti dottrinari e giurisprudenziali

L'intervenuta riforma dell'art. 7, comma 3, della legge n. 1034/1971, ha aperto la strada a quella che oggi è divenuta una famosa *querelle*: l'esistenza o meno della pregiudizialità amministrativa, attorno alla quale si è concentrata l'attenzione di dottrina e giurisprudenza, divise al loro interno e ognuna erettasi sostenitrice di differenti argomentazioni.

In sostanza, venuto meno il previgente sistema di tutela "binario", con doppio giudizio, uno caducatorio e l'altro risarcitorio, dinanzi a due giudici diversi, si è aperta la questione concernente il tipo di rapporto sussistente tra le due diverse azioni proponibili dal privato leso da un provvedimento amministrativo illegittimo.

Il problema della pregiudizialità, si pone, infatti, unicamente in relazione all'ipotesi di danno derivante da un atto amministrativo illegittimo, mentre non vi è alcuna questione di pregiudizialità dell'azione di annullamento in fattispecie di danni derivanti da comportamento, o comunque non direttamente provocati dagli effetti del provvedimento illegittimo, o ancora nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia stato rimosso in via amministrativa prima della scadenza del termine per impugnare o sia stato caducato all'esito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Rispetto alla questione di cui si discute, occorre distinguere due differenti prese di posizione, facenti capo rispettivamente alla giurisprudenza amministrativa e a quella della Corte di Cassazione.

La prima appare decisamente orientata a favore della tesi della pregiudizialità amministrativa; numerose sono infatti le pronunce di merito che subordinano l'esercizio dell'azione risarcitoria al previo annul-

lamento dell'atto amministrativo illegittimo tempestivamente impugnato (9).

In particolare e in modo alquanto deciso si esprime la sez. VII del T.A.R. Campania con la pronuncia del 3 agosto 2006, n. 7797, con la quale respinge il ricorso proposto dai proprietari di un immobile situato in una zona caratterizzata dalla presenza di ripetitori di telefonia mobile, avverso l'autorizzazione alla realizzazione degli impianti medesimi.

Nel caso di specie il T.A.R. Campania, investito del ricorso, riconosce in via preliminare, sulla scorta del consolidato orientamento della Suprema Corte, la legittimazione e l'interesse dei ricorrenti all'annullamento delle autorizzazioni alla costruzione degli impianti di telefonia mobile, a seguito dell'insorgenza negli stessi di gravi patologie.

Sul punto, però, il collegio rileva che il confinante, ove si trovi di fronte a una realizzazione immediatamente visibile nella sua materiale consistenza e intenda insorgere avverso di essa ritenendola *contra ius*, decade dall'azione se non si attiva entro sessanta giorni dall'ultimazione dell'opera, con la conseguenza che l'eventuale decadenza dall'azione impugnatoria preclude l'esame della domanda risarcitoria.

In altri termini il T.A.R. Campania ribadisce la regola della pregiudiziale amministrativa, facendo proprio l'insegnamento espresso dal Consiglio di Stato nell'adunanza plenaria del 2003, n. 4, ove si afferma che, una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile un accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine della tutela risarcitoria.

Del pari si afferma che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento sia in via autonoma, ma è ammissibile a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, dal momento che al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari.

Tale pronuncia non fa latro che richiamare le medesime posizioni espresse in una precedente decisione, la n. 3338 del 18 giugno 2002, nella quale la sezione VI del Consiglio di Stato affronta specificatamente la tematica del

(9) *Ex multis*: T.A.R. Toscana, sez. III, 2212/2000; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 603/2001; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 1090/2001; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 179/2001.

rapporto, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, tra l'azione di annullamento e quella di risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, assumendo una netta posizione a favore della c.d. "pregiudizialità amministrativa".

Nella pronuncia viene espressamente affermato che: "La tempestiva proposizione di domanda di annullamento del provvedimento amministrativo costituisce presupposto di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno, che da quel provvedimento si assume essere derivato".

In entrambe le pronunce del Consiglio di Stato appena richiamate e condivise da una parte della dottrina (10), rilevanti appaiono alcune considerazioni, prima fra tutte quella inerente l'assenza di un potere di disapplicazione in capo al g.a., che può solo conoscere in via principale atti amministrativi di natura non regolamentare e non anche disapplicarli.

Tale argomentazione, posta a fondamento della tesi favorevole alla sussistenza della pregiudizialità amministrativa, non ha per il Consiglio di Stato uno spessore meramente processuale, bensì sostanziale in quanto strettamente connesso alla tutela della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, per la cui difesa è previsto il termine breve di decadenza al fine dell'impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

L'elusione del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi è senz'altro fatto idoneo a minare la regola di certezza dei rapporti di diritto pubblico e costituisce, quindi, ostacolo insuperabile ai fini dell'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma rispetto all'azione di annullamento dell'atto, fonte del danno.

Del resto, ad avviso della giurisprudenza del Consiglio di Stato, non sussistono fondate ragioni per ritenere che il rispetto del termine decadenziale per l'impugnazione degli atti amministrativi valga soltanto quando si propone l'azione di annullamento, mentre può essere disatteso nel momento in cui la medesima posizione di interesse legittimo viene tutelata in via risarcitoria in un giudizio in cui la legittimità del provvedimento fonte di danno costituisce sempre oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo, al pari dell'ipotesi della sola domanda di annullamento.

Accanto a tale argomentazione sono state sviluppate e

analizzate anche ulteriori rilevazioni, alla luce, soprattutto, delle possibili conseguenze di una tesi che sostenesse l'assoluta autonomia tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria.

Se, infatti, venisse accolta quest'ultima prospettazione, ne discenderebbe che in presenza di un atto amministrativo, mai impugnato e ritenuto solo incidentalmente illegittimo dal giudice amministrativo, l'amministrazione avrebbe davanti a sé due alternative: o dovrebbe rimuovere necessariamente l'atto illegittimo fonte del danno da risarcire, oppure tenerlo fermo a fronte della mancata tempestiva impugnazione dello stesso, pur in presenza di una condanna al risarcimento dei danni che da quell'atto sono derivati e che, in ipotesi soprattutto di atti di diniego, possono continuare a prodursi anche in futuro.

Nel caso in cui l'amministrazione optasse per la prima alternativa sarebbe evidente l'aggravamento dei termini decadenziali posti dal legislatore, oltre alla mancanza di contraddittorio con i controinteressati che hanno potuto beneficiare del provvedimento ritenuto, *incidenter tantum*, illegittimo nel giudizio instaurato a seguito dell'esperimento dell'azione risarcitoria; mentre la seconda alternativa comporterebbe una evidente contraddittorietà fra l'accertato obbligo di risarcimento e la permanente efficacia di un atto fonte di pretese risarcitorie anche ulteriori.

Le motivazioni appena esposte sono state ribadite anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente, tra cui la sentenza dell'8 giugno 2007, n. 3034 pronunciata dalla sez. IV del Consiglio di Stato che, nel caso di specie, riguardante un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, rileva come, a fronte della omessa impugnazione degli atti amministrativi allegati come lesivi, resta precluso l'accertamento della responsabilità addebitata all'amministrazione appellata.

In evidenza, nelle pronunce schierate a favore della pregiudizialità amministrativa, viene posta anche l'espressione dell'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che prevede al comma 3 che il T.A.R., nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, così configurando il risarcimento nella giurisdizione di legittimità come un diritto patrimoniale consequenziale alla pronuncia di annullamento; la relativa azione, pertanto, è ammessa purché segua a detta pronuncia.

In sostanza il riferimento ai diritti patrimoniali consequenziali è stata ritenuta una conferma normativa della dipendenza, nel sistema, dell'azione risarcitoria da quella di annullamento.

(10) V. FIASCONARO, *La pregiudiziale amministrativa e i profili di criticità nella posizione delle sezioni unite della Corte di Cassazione*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa, incertezza del diritto, sindrome di Pilato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Parte della dottrina, commentando queste pronunce, ha rilevato che l'azione di annullamento adempie a una finalità diametralmente opposta rispetto a quella perseguita dall'azione risarcitoria: infatti, la prima ha come obiettivo quello di ripristinare le condizioni di legalità e legittimità della funzione pubblica, mentre l'altra ha unicamente come obiettivo la ristorazione del danno ingiusto, non occupandosi di voler ripristinare la legalità violata.

In coerenza a tale affermazione è gioco facile sostenere che il fine da tenere in primissima considerazione è l'interesse pubblico, coincidente con il ripristino della legittimità dell'azione amministrativa, di guisa che il privato non gode di una possibilità indiscriminata di scelta tra i due diversi tipi di tutela, risarcitoria e demolitoria; infatti il titolare della situazione protetta nei confronti del pubblico potere ha l'onere di esperire la tutela più reale e specifica possibile (*in primis* l'annullamento) e, in via generale, in caso di insoddisfazione totale o parziale, impossibilità, eccessiva onerosità, la tutela risarcitoria in forma specifica, e poi generica.

A favore della tesi della pregiudizialità si è espressa anche la Cassazione in una isolata pronuncia del 27 marzo 2007, n. 4538, che afferma come l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 c.c., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato; pertanto, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta o non può più sperimentare i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere rigettata perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito.

La Corte continua affermando che alla base della scelta da essa operata vi è la tutela della certezza dei rapporti di diritto pubblico, per il cui rispetto vengono sacrificate e ricostruite in termini analoghi situazioni paritetiche a quella relativa al danno da provvedimento amministrativo illegittimo. Infatti non è consentito domandare il risarcimento del danno per essere stati assoggettati illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza-ingiunzione non impugnata ai sensi della legge 689/1981; ugualmente il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della legge 604/1966, e lo stesso accade per il caso di mancata impugnativa di delibere condominiali o societarie.

La tesi della necessaria sussistenza della pregiudizialità

amministrativa conosce però anche numerosi detrattori tra le fila della dottrina più autorevole (11), che si schierano a favore della giurisprudenza di legittimità più recente, decisamente orientata verso una differente rotta e pronta a rompere gli schemi della tradizione.

Le motivazioni addotte a sostegno della negazione della pregiudiziale amministrativa si basano su diversi rilievi: in primo luogo il termine decadenziale non conta ai fini del risarcimento del danno, in quanto si tratta di un termine previsto per garantire in tempi rapidi la certezza dell'intangibilità alla fattispecie provvedimentale, mentre la regolazione degli interessi in gioco non viene messa in discussione da un'azione risarcitoria, nella quale la verifica della legittimità dell'atto è operata incidentalmente.

A ciò si aggiunge che l'assenza di un espresso potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo si giustifica con la sussistenza del più incisivo potere di annullamento, ma nei casi in cui l'annullamento non viene chiesto non c'è alcuna disposizione che vieta l'esercizio di un potere di disapplicazione da parte del giudice amministrativo; del resto per perfezionare e integrare l'illiceità prevista dall'art. 2043 c.c. non è necessario il previo annullamento dell'atto amministrativo. Senza contare che, a parere della medesima dottrina, la pregiudizialità dell'azione amministrativa rispetto alla tutela risarcitoria è regola di dubbia legittimità costituzionale perché si pone in contrasto con il diritto di difesa e con l'effettività della tutela giurisdizionale di diritti e interessi contro la p.a.

Infatti non sembra plausibile sostenere, una volta riconosciuta la risarcibilità degli interessi legittimi, che qualora il danno abbia come oggetto un diritto soggettivo il privato può agire entro il termine quinquennale in materia di responsabilità aquiliana, mentre se è lesa un interesse legittimo il cittadino ha spazi di tutela meno ampi, risultando la stessa compressa entro gli argini ristretti dell'azione caducatoria.

Tutt'al più si potrebbe ritenere possibile l'applicazione, da parte del giudice amministrativo, dell'art. 1227, comma 2, c.c., ai sensi del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, in modo che il risarcimento sarebbe ridotto in misura consistente verso chi

(11) A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), n. 3/2001; F. P. LUISSO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Riv. dir. Proc.* 2002; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione*, vol. II, Milano.

non abbia cura di agire tempestivamente con l'azione demolitoria (12).

Queste e altre motivazioni vengono fatte proprie anche dalle numerose pronunce della Cassazione che, recentemente, ha mutato radicalmente la propria opinione. Se dapprima, infatti, con la sentenza n. 1207/2006 le sezioni unite della Cassazione avevano affermato che la domanda risarcitoria può essere proposta davanti al giudice amministrativo solo contestualmente all'azione di annullamento e che l'azione autonoma è proponibile davanti al giudice solo dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo, restando preclusa in caso di omessa impugnazione, oggi il quadro appare mutato repentinamente.

Nel giugno del 2006, con le ordinanze nn. 13659 e 13660 le sezioni unite, in tema di responsabilità civile della p.a. connessa ad attività provvedimentale, affermano la sussistenza della giurisdizione del g.a. sia in caso di domanda risarcitoria proposta unitamente all'azione di annullamento sia in caso di domanda proposta in via autonoma senza la preventiva impugnazione del provvedimento.

Nelle ordinanze si legge chiaramente che "affermare la necessaria dipendenza del risarcimento del danno dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché del solo accertamento della sua illegittimità, significherebbe restringere la tutela rispetto al privato di fronte alla pubblica amministrazione e assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno anziché alla regola generale della prescrizione, a una *verwirkung* amministrativa, tutta italiana".

Pertanto, secondo la Cassazione, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al g.a. la giurisdizione sul risarcimento del danno consente di affermare che il g.a. ha giurisdizione anche solo in rapporto alla tutela risarcitoria, senza la preventiva impugnazione del provvedimento fonte del danno.

All'obiezione secondo cui il legislatore è libero di prevedere una norma che assoggetti la tutela di situazioni soggettive differenti a termini di decadenza dall'azione diversi, la Cassazione risponde osservando che una ta-

le disposizione oggi manca e comunque, anche se fosse prevista, essa non potrebbe essere formulata nel senso di assoggettare la sola domanda rivolta al risarcimento del danno a un termine decadenziale uguale a quello previsto per la tutela caducatoria, perché ciò equivarrebbe a negare la tutela risarcitoria autonoma per quelle situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione, senza che sia opportuno distinguere e di conseguenza diversamente regolare a seconda che l'illegittimità del potere di cui si è appena detto si traduca in un atto piuttosto che in un mero comportamento.

La tutela risarcitoria nasce per il solo fatto che una situazione giuridica facente capo a un privato è stata sacrificata da un atto illegittimo della p.a., il cui accertamento da parte del g.a. è richiesto solo in via incidentale e che del pari non può essere disconosciuto soltanto perché il provvedimento è divenuto nel frattempo inoppugnabile.

Sulla scorta di tali argomentazioni, la Suprema Corte arriva ad affermare che, se il g.a. rifiuta di esercitare la giurisdizione non esaminando nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti, la sua decisione, a norma dell'art. 362, comma 1, c.p.c., si presta a cassazione da parte delle sezioni unite quale giudice del riparto di giurisdizione.

La posizione appena commentata è stata ribadita anche in altre pronunce della Cassazione, quali la sentenza n. 21850, pronunciata dalla sez. I in data 17 ottobre 2007.

I giudici della Suprema Corte, con la pronuncia citata, ritengono che "nel caso in cui sia stata introdotta, davanti al giudice ordinario, in un giudizio pendente alla data del 30 giugno 1998 (e, quindi, prima delle innovazioni introdotte al sistema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo con il d.lgs. n. 80 del 1998 e dalla l. 205 del 2000, art. 7) una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della p.a. per illegittimo esercizio di una funzione pubblica, il giudice potrà procedere ad accertare direttamente l'illegittimità del provvedimento amministrativo, non essendo più ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento davanti al giudice amministrativo".

I giudici concludono, quindi, sostenendo che ai fini della configurabilità del diritto al risarcimento del danno occorre soltanto seguire lo schema normativo dell'art. 2043 c.c., ossia: accertare la sussistenza di un evento dannoso, stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, accertare, sotto il profilo cau-

(12) SALEMME, CARPINELLI, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Pretese risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, di F. P. LUISO, *op. cit.*; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1684 che afferma "è inammissibile la pretesa al risarcimento del danno allorché l'interessato non abbia esercitato i mezzi di tutela offerti dall'ordinamento che gli avrebbero consentito di ottenere la reintegrazione in forma specifica".

sale, se l'evento dannoso sia riferibile a una condotta attiva od omissiva della p.a., e infine stabilire se il predetto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della p.a.

Medesime considerazioni sono state poi espresse dalla recentissima ordinanza delle sezioni unite della Cassazione, la n. 35 del 7 gennaio 2008, che interviene a decidere una questione di giurisdizione sollevata d'ufficio, in occasione dell'impugnazione di un'ordinanza di sospensione attraverso regolamento di competenza.

Nel caso di specie la società Salvera s.r.l. conveniva davanti al tribunale ordinario di Lucca la Comunità montana della Garfagna per ottenere la condanna al risarcimento dei danni conseguenti alla delibera con la quale la stessa l'aveva esclusa dal beneficio del finanziamento previsto dal bando relativo agli aiuti comunitari per gli agricoltori.

Il tribunale di Lucca, data la pendenza avanti al T.A.R. Toscana di un giudizio di annullamento avente come oggetto una nuova delibera della comunità di contenuto uguale rispetto alla precedente già annullata con sentenza passata in giudicato, decideva di sospendere il giudizio civile in attesa dell'esito di quello amministrativo.

Tale ordinanza veniva, appunto, impugnata dalla società Salvera, attrice nel giudizio civile.

Le sezioni unite colgono l'occasione per pronunciarsi a favore della giurisdizione del g.a. anche in materia di tutela risarcitoria, in conformità al dettato normativo di cui alla legge n. 205/2000, entrata in vigore prima della data di proposizione della domanda risarcitoria pendente avanti al tribunale di Lucca.

Riconosciuta tale giurisdizione, la Suprema Corte afferma che, anche se l'azione risarcitoria fosse stata proposta legittimamente avanti al giudice ordinario perché anteriore all'entrata in vigore delle riforme introdotte dalla legge n. 205/2000, ugualmente non sarebbe stato da sospendere il giudizio civile in attesa dell'esito dell'azione di annullamento pendente in sede amministrativa, in quanto "si deve escludere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso".

Infatti al giudice amministrativo può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tale caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento.

Per quanto concerne l'adeguamento a tale principio interpretativo, affermato con notevole forza dirompente dalla Cassazione, occorre riferire che sono seguite alcune decisioni di merito quali, fra tutte, la pronuncia del T.A.R. Palermo del 7 giugno 2007, n. 1629, che ri-

tengono non sussistano motivi, allo stato, per discostarsi dall'orientamento che ritiene necessaria la pregiudiziale amministrativa ai fini del risarcimento del danno, atteso che reputare risarcibile il danno prodotto da provvedimento che non sia stato oggetto d'annullamento significherebbe sostanzialmente consentire l'esclusione del termine decadenziale apprestato per l'impugnazione dall'art. 21 della legge 1034/1971; e, soprattutto, significherebbe ammettere un accertamento incidentale dell'illegittimità di un provvedimento, con sostanziale sua disapplicazione da parte del g.a., il quale può conoscere solo in via principale dell'illegittimità degli atti amministrativi e al fine di annullarli, come si ricava dagli articoli 4 e 5 della legge n. 2248/1865, allegato E, e dalla costante giurisprudenza.

Prima ancora della pronuncia appena citata, celebre è la sferzata lanciata contro la scomparsa della pregiudiziale amministrativa dal T.A.R. Lecce nella sentenza n. 3710/2006, in cui sono articolatamente esposte diverse argomentazioni contrarie alla posizione della Cassazione.

I giudici pugliesi dichiarano l'inammissibilità del ricorso proposto dalle imprese Stylo s.r.l., Unimatica S.p.A e Eactivity.it s.r.l., contro il Comune di Lecce, per l'annullamento del provvedimento con cui veniva comunicata l'esclusione dalla partecipazione alla gara d'appalto nonché il bando di gara per pubblico incanto, impugnato nella sua totalità.

In merito il T.A.R. Lecce rileva come le imprese ricorrenti abbiano omissivo di impugnare l'aggiudicazione definitiva, limitandosi invece a chiedere l'annullamento degli atti presupposti della stessa.

In tale sede i giudici affermano la necessità di impugnare tempestivamente l'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che non solo l'impugnazione degli atti presupposti, ma pure la domanda risarcitoria debbano essere respinte, in omaggio alla regola della pregiudizialità amministrativa.

Infatti, per il T.A.R. Lecce l'abbandono di tale regola è incompatibile con la nozione di interesse legittimo; quest'ultimo è espressione di un sistema che "tutela l'interesse pubblico attraverso la soddisfazione di quello privato, e commettendo all'individuo l'iniziativa volta a provocare l'intervento del giudice amministrativo non può permettersi di rinunciare alla subordinazione in parola a pena di incrinare il sistema di tutela dell'interesse pubblico".

Si evince, da quanto sopra riportato, che i T.A.R. assumono, nella maggioranza dei casi, una posizione nei confronti della Corte fortemente critica o quantomeno dubitativa.

Timide ma incoraggianti aperture, invece, provengono dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che, con la sentenza del 31 maggio 2007, n. 2822, pronunciata dalla sezione V, afferma che il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo non presuppone né implica il preventivo o contestuale annullamento dell'atto amministrativo, conformemente alle considerazioni recentemente enunciate dalla sentenza n. 386/2007 del Cons. giust. amm. della Regione Sicilia, con la quale esso testualmente "ritiene di voler superare, *re melius perpensa* e anche alla luce delle citate più recenti pronunce degli organi giurisdizionali di vertice dell'ordinamento, la rigida affermazione di necessaria pregiudizialità ribadita dalla sentenza gravata". Pertanto il consenso ritiene di avallare quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione, ossia che l'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo è proponibile innanzi al giudice amministrativo e anche a prescindere dall'utile previo esperimento della domanda di annullamento.

Di certo l'annosa questione della pregiudizialità amministrativa, che ha conosciuto oscillanti ricostruzioni giurisprudenziali, va delineandosi sempre di più nel senso tracciato dalle pronunce della Corte di Cassazione, aspettando che anche i giudici amministrativi seguano la traccia indicata dal giudice di legittimità, al fine anche di non incorrere nella cesura del loro rigetto rispetto a un'azione autonoma di risarcimento del danno, qualificabile e censurabile sotto il profilo del diniego di giurisdizione.

Ciò che è senz'altro auspicabile è che i contrasti giurisprudenziali creatisi attorno alla pregiudiziale di annullamento non rischino di svuotare di contenuto la rivoluzione copernicana sancita dalla sentenza n. 500 del 1999 - con la quale è stato fatto cadere il privilegio di cui godeva la p.a. -, e che il cittadino, una volta che gli sia stata riconosciuta piena dignità alla rilevanza della lesione del proprio interesse legittimo, sia messo anche nelle condizioni di tutelare effettivamente tutte le situazioni giuridiche soggettive di cui sia legittimo portatore.

### 3. Conclusioni: spunti di riflessione sul futuro della pregiudiziale

Quella della pregiudiziale amministrativa è una questione del tutto lontana dall'essere risolta, sebbene la Cassazione abbia prepotentemente asserito l'ormai ineluttabile sua scomparsa, dettando quello che dovrebbe diventare un principio guida anche per i giudici amministrativi, pena la cassazione delle loro pronunce perché viziate da diniego di giurisdizione.

Resta però da vedere quale sarà l'atteggiamento della giustizia amministrativa: se sarà ubbidiente al *dictum* della Cassazione o continuerà a farsi strenua conservatrice della necessaria strumentalità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria.

Per il momento è interessante analizzare le conseguenze e le problematiche sottese alle opposte soluzioni ampiamente illustrate nei paragrafi precedenti.

Al riguardo è indubbio che ammettere la possibilità di proporre l'azione risarcitoria indipendentemente dall'esperimento della tutela demolitoria significa compiere un notevole passo avanti nei rapporti fra autorità e cittadino (13).

Quest'ultimo, infatti, non sarà più costretto ad avere a che fare con una controparte scorretta, e soprattutto potrà valutare di volta in volta se preferisce la tutela specifica (e in tal caso impugnare l'atto) oppure proporre direttamente l'azione risarcitoria, a fronte della sua totale mancanza di interesse per l'annullamento di un atto rispetto al quale ha perso ogni tipo di interesse: si pensi all'annullamento di un provvedimento di diniego di concessione edilizia intervenuto in un momento in cui il privato cittadino non ha più alcun interesse a ottenere quella concessione oppure all'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto che egli non intende più assumere.

È logico, quindi, che la tesi sostenuta dalla Cassazione è di gran lunga più favorevole per il cittadino, messo ora nella condizione di poter scegliere la tutela a lui più congeniale, potendo finalmente preferire fra l'adempimento e la risoluzione, fatto che costituisce il fondamento della responsabilità contrattuale.

Sarebbe stato, senza dubbio, indice di disparità di trattamento *imbrigliare* il cittadino entro le maglie strette del termine decadenziale previsto per l'impugnazione dell'atto, ponendo, di conseguenza, la pubblica amministrazione in una posizione di privilegio rispetto ai soggetti dell'ordinamento resisi inadempienti. Infatti, mentre la prima risponderebbe dei danni a essa imputabili soltanto se l'atto da cui gli stessi derivino sia stato impugnato entro il termine breve di sessanta giorni, gli altri sarebbero chiamati a farlo entro il termine di prescrizione ordinario di dieci anni.

Una tale presa di coscienza permette poi di bocciare ogni tentativo di "far rientrare dalla finestra la pregiudiziale amministrativa" asserendo l'applicazione dell'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui "il risarci-

(13) D. DE PRETIS, *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, dal Convegno "Il risarcimento del danno Nuovi poteri del Giudice Amministrativo secondo la legge n. 205 del 2000", Trento, 7-8 giugno 2002.

mento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

L'applicazione della disposizione appena citata è assolutamente errata, in quanto fra le attività che il creditore è tenuto a compiere non rientra, secondo opinione costante della Cassazione, seguita anche dalla dottrina (14), la richiesta di tutela giurisdizionale, anche perché la pubblica amministrazione è perfettamente in grado di rimuovere la fonte della lesione mediante l'annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo qualora essa ritenesse di aver sbagliato. Nel caso contrario a nulla varrebbe l'azione esercitata dal privato, perché la domanda di annullamento di quest'ultimo sarebbe di sicuro rigettata; perciò non rientra nell'ordinaria diligenza il fatto di aver chiesto la tutela giurisdizionale demolitoria dell'atto lamentato come illegittimo.

Vero è che la negazione della pregiudiziale amministrativa lascia irrisolti diversi punti interrogativi.

*Prima facie* emerge il problema relativo alla sopravvivenza di un atto che rimanga in vita, nonostante siano stati risarciti i danni dallo stesso prodotti. Viene a crearsi una situazione paradossale: infatti, poiché l'atto amministrativo è divenuto inoppugnabile, esso continua a produrre effetti conformi alla legge che non possono essere rimossi sulla base di un giudizio civile che ha liquidato il risarcimento dei danni causati da quell'atto a un privato cittadino. Questo perché il giudice del risarcimento del danno non è abilitato a incidere sull'atto amministrativo, né d'altra parte la pubblica amministrazione è obbligata ad annullare d'ufficio atti riconosciuti, in sede risarcitoria, come produttivi di danni ingiusti, e comunque potrebbe farlo solo per soddisfare uno specifico interesse pubblico.

Questo rischio appena esposto sarebbe alquanto elevato vista la previsione fondatissima che il privato privilegerà di certo la tutela risarcitoria, mettendo in gioco, solo incidentalmente, la legittimità dell'agire pubblico. Connessa al rilievo appena eccepito è la precarietà cui sarebbero sottoposti gli atti amministrativi, che potrebbero essere messi in discussione, sebbene incidentalmente, in ogni momento vanificando la regola dell'inoppugnabilità degli stessi decorso il termine breve di decadenza, funzionale alla regola di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico.

Ammettere, infatti, la concorrenzialità fra le azio-

ni di annullamento e di risarcimento significa esporre i provvedimenti amministrativi a continue possibili censure, rimettendo in discussione, anche se in via indiretta, attraverso l'azione di danno, la legittimità di un atto amministrativo ormai inoppugnabile.

A quest'ultimo argomento si può contrapporre la considerazione che, nel caso dell'azione risarcitoria, l'amministrazione in buona sostanza potrebbe permettersi di tenere in vita un atto giudicato incidentalmente illegittimo, sostenendo i costi del risarcimento della lesione prodotta. Ben potrebbe ipotizzarsi, però, che l'amministrazione sia indotta a un annullamento d'ufficio sull'atto giudicato incidentalmente illegittimo.

A ciò si aggiunge, come anticipato in precedenza, che al privato danneggiato verrebbe offerta la possibilità di calibrare variamente le proprie richieste sulla base della valutazione che egli compie della sua convenienza a ottenere l'annullamento o invece a non ottenerlo e a chiedere soltanto il risarcimento del danno per intero; a fronte di ciò toccherebbe poi all'amministrazione, in questo secondo caso, sostenere i costi dei danni che avrebbero potuto essere evitati se fosse stato tempestivamente esperito il rimedio pubblicistico.

Da ultimo, in ordine all'affermazione della Cassazione, secondo la quale il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivata, sotto il profilo della pregiudizialità, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, occorrerebbe verificare se il vizio ipotizzato dalla Corte rientri o meno nell'ambito di applicatività effettivo dell'art. 362 c.p.c.

Infatti, secondo costante giurisprudenza (15), i motivi inerenti alla giurisdizione vanno individuati nelle ipotesi che il Consiglio di Stato o abbia violato la sua sfera di giurisdizione, come nel caso in cui invada la sfera riservata al legislatore oppure neghi la giurisdizione sull'errato presupposto che la domanda non potesse formare oggetto di funzione giurisdizionale, o ancora abbia violato i limiti esterni della propria giurisdizione, decidendo su una materia riservata alla giurisdizione ordinaria o a quella speciale.

In nessuna delle ipotesi di cui sopra sembrerebbe collocarsi una decisione che dichiari l'inammissibilità di un ricorso per carenza di un requisito di natura processuale, come quello del previo annullamento dell'atto amministrativo lesivo e causa di danno risarcibile (16).

Ora, aderire all'una o all'opposta tesi significherebbe

(14) F. P. LUISO, *Pretese risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Commentario Scailloja e Branca, Bologna 1979, 439 ss.; C. ROSSELLO, *Il danno evitabile*, Padova 1990.

(15) Cass. civile, ss.uu., 29 aprile 2005, n. 8882.

(16) V. FIASCONARO, *Pregiudiziale amministrativa e i profili di criticità nella posizione delle sezioni unite della Corte di Cassazione*, cit.

ed esigerebbe, forse, la ricerca di un equilibrio e di un possibile compromesso che appare essere più compito del legislatore.

Quest'ultimo, infatti, potrebbe optare per un intervento chiarificatore in materia assumendosi la responsabilità di assoggettare o meno il rimedio risarcitorio al previo esperimento dell'azione di annullamento, e conseguentemente prevedere per esso un termine assai più breve di quello derivante dall'applicazione della tesi negativa della pregiudiziale amministrativa.

Se il legislatore si schierasse a favore della pregiudizialità amministrativa, a detta di qualche autorevole esponente del mondo dottrinario, non produrrebbe quei limiti di tutela per il privato cittadino di cui molto spesso si paventa la realizzazione. Ciò perché al privato rimarrebbe ugualmente la facoltà di scegliere di avvalersi soltanto dell'azione risarcitoria, senza usufruire delle conseguenze di un giudicato di annullamento.

Esemplare è al riguardo la pronuncia del Consiglio di Stato, del 10 novembre 2004, n. 7256, intervenuto prima che venisse affrontata in maniera decisiva la problematica della pregiudiziale amministrativa e chiamato, comunque, a pronunciarsi sulla possibilità di una scelta, rimessa alla volontà del ricorrente, tra i due strumenti dell'azione di annullamento e di quella risarcitoria.

Nel caso di specie, dopo aver ottenuto l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara a licitazione privata indetta per l'affidamento di un pubblico servizio, un'impresa privata aveva rifiutato di subentrare, come offerto dall'amministrazione, nell'effettuazione del servizio per il residuo periodo pari a cinque mesi e aveva proposto davanti al g.a. una domanda di risarcimento del danno. In relazione agli ultimi cinque mesi e al rifiuto dell'impresa di subentrare, il Consiglio di Stato sottolinea che l'interesse originario della impresa era indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore e durata, quali identificati nel bando di gara, e che la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata, invece, introduce condizioni nuove negli aspetti economici e organizzativi che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia.

Il Consiglio di Stato per questo riconosce la possibilità per il privato di optare per il solo risarcimento del danno, rinunciando ad avvalersi degli effetti conformativi del giudicato, quanto meno nei casi in cui l'esecuzione non sia più possibile in modo pieno.

Il principio enucleato da tale pronuncia è estensibile anche ad altre controversie diverse dalla materia degli appalti: per esempio in presenza di un diniego opposto dall'amministrazione in relazione a un interesse pre-

tensivo del privato (es. diniego del permesso di costruire) e del successivo annullamento in giudizio del diniego con sentenza che riconosca la fondatezza della pretesa sostanziale dedotta, può accadere che il privato abbia perso interesse a ottenere il provvedimento amministrativo favorevole perché nel frattempo ha costruito altrove la propria casa (17). È chiaro, però, che in questo caso sopravvive l'interesse del privato a ottenere il risarcimento dei danni subiti, causati dal non accoglimento della pretesa a suo tempo avanzata dal cittadino.

Ne deriva che il previo esercizio dell'azione di annullamento non vanifica la successiva tutela risarcitoria, ma serve a ripristinare e a rendere conto a quel principio di legalità e buon andamento della pubblica amministrazione che, evidentemente, mal si accorda con la perdurante efficacia di un atto giudicato *incidenter tantum* come illegittimo.

Rimane la ricerca di un delicato punto di equilibrio fra l'interesse pubblico e quello privato, forse ancora non totalmente raggiunto e forse, come prima anticipato, possibile oggetto di un'attenzione futura da parte del legislatore, soprattutto di fronte a un contrasto giurisprudenziale che, mentre si "accapiglia" per trovare la soluzione più vantaggiosa per il privato, rischia di creare soltanto molta confusione e poche certezze.

(17) R. CHIAPPA. V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2007.

# Class action: un rinvio “strategico”, tutto da rifare?

di **Maria Giuliana Murianni**

Se all'indomani dell'approvazione, in prima lettura, dell'istituto della *class action*, Guido Alpa lo aveva definito come un “mostro giuridico da riscrivere integralmente” (1), affermando che “se lo si vuole mantenere in vita, deve essere completamente riscritto, pena lo scardinamento del sistema processuale vigente e l'accelerazione della crisi della macchina della giustizia”, a rinvio già deciso è proprio dal Consiglio nazionale forense che arriva la prima proposta concreta di riformulazione della legge, volta a eliminare le già numerose incongruenze rilevate nella precedente formulazione.

Per il presidente dell'Antitrust, Antonio Catricalà, “lo slittamento deve almeno servire a migliorare l'impianto della norma”. Il rinvio dell'entrata in vigore del nuovo strumento – afferma il presidente dell'Authority nella relazione annuale – rischia di disattendere le speranze di migliaia di persone che chiedono tutela in tempi brevi. Tuttavia – aggiunge Catricalà – il nuovo semestre che ci separa dall'entrata in vigore della *class action* può essere utile a individuare le soluzioni tecniche che meglio corrispondono agli obiettivi di celerità dei processi e di allargamento dell'intervento al settore pubblico”.

Del resto lo stesso Ministro per la funzione pubblica, Renato Brunetta, ha dichiarato: “Ora abbiamo un semestre per scrivere meglio il testo e allargarlo”, lasciando chiaramente intendere che la motivazione del rinvio non è stata quella di affossare una legge temuta da molti, ma al contrario di ampliarla e ridefinirla in modo più organico e sistematico.

E che non si tratti di semplice *maquillage* si capisce dal ventaglio di nuove proposte: ridimensionare il ruolo delle associazioni dei consumatori, estendere la disciplina alla tutela dei risparmiatori e del danno alla salu-

te dovuto a ragioni ambientali, prevedere esplicitamente la possibilità di avviare azioni collettive nei confronti dello Stato e della pubblica amministrazione, chiarire se la legge è retroattiva, riconoscere alle associazioni di avvocati una posizione paritaria rispetto a quelle dei consumatori.

Per i più l'idea in sé piace, ma così com'è la *class action* è talmente poco definita e confusa che rischia solo di rallentare ancora di più il sistema processuale e creare dei pasticci giurisprudenziali di non facile metabolizzazione.

Uno degli aspetti da rivedere è se l'ambito di applicazione debba o no coincidere con la disciplina del codice del consumo.

E non è una questione di poco conto, laddove si consideri che se fosse estesa l'applicabilità della *class action* alla p.a. e fosse riconosciuta valenza al danno da salute derivante da ragioni ambientali, si aprirebbero nuovi “scenari di guerra”... e se a questo si aggiunge la possibilità di applicare lo strumento della *class action* anche ai contratti bancari, si comprende anche la presa di posizione della Confindustria sul rinvio dell'entrata in vigore della legge.

Se l'ex presidente dell'Associazione degli industriali Montezemolo ha salutato con favore l'approvazione del vecchio testo, l'attuale numero uno Marcegaglia, nei suoi primi atti da presidente, ha insistito non poco per il rinvio, definendo la *class action* “una legge che non va bene, crea problemi alle aziende e non crea vantaggi ai consumatori. Ci vuole qualche mese per mettere a punto alcuni aspetti, come ad esempio definire chi ha diritto ad agire, quale gruppo”. Secondo Marcegaglia, “questa legge così com'è penalizza le aziende, dà minimi vantaggi ai consumatori e arricchisce gli studi legali”.

Oltre agli aspetti tecnici dell'individuazione precisa della *classe* e dei meccanismi che consentono di aderire all'azione già proposta, il cosiddetto *opt-in*, resta da sciogliere il grosso nodo del “danno punitivo” che, nella vecchia formulazione, è stato ignorato, forse non casualmente.

(1) Rassegna stampa, Il Sole 24 Ore, 17.11.2007.

Nel vigente ordinamento, infatti, alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta.

È quindi incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto del danno punitivo che, per altro verso, non è neanche riferibile alla risarcibilità dei danni non patrimoniali o morali. Tale risarcibilità è sempre condizionata all'accertamento della sofferenza o della lesione determinata dall'illecito e non può considerarsi provata *in re ipsa* (così, da ultimo, Cass. civ., sez. III, 19.1.2007, n. 1183). Dall'assunto richiamato discende che la sentenza statunitense relativa alla *class action* intentata contro Parmalat che ha condannato un soggetto italiano al pagamento di somme per danni "punitivi" senza alcun riferimento al danno concretamente patito dal soggetto leso, non è riconoscibile nell'ordinamento italiano per contrasto con principi di ordine pubblico: la sentenza, infatti, produce effetti contrari all'ordine pubblico e non può essere deliberata (art. 64, comma 1, lett. g), legge 31 maggio 1995, n. 218).

La funzione sanzionatoria e punitiva propria del risarcimento dei *punitive damages* contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, che assegna alla responsabilità civile funzioni esclusivamente compensative che precludono al danneggiato la possibilità di lu-

crare somme eccedenti il danno effettivamente subito. Né si può obiettare che possa essere considerata un caso di "danno punitivo" la clausola penale di cui all'art. 1382 c.c., perché essa non ha natura e finalità sanzionatoria o punitiva, ma assolve alla funzione di rafforzare il vincolo contrattuale e di liquidare preventivamente la prestazione risarcitoria, tant'è che, se l'ammontare fissato nella clausola penale venga a configurare, secondo l'apprezzamento discrezionale del giudice, un abuso o uno sconfinamento dell'autonomia privata oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale, può essere equamente ridotta.

Il danno punitivo è istituito estraneo al nostro ordinamento e ha una finalità sanzionatoria e punitiva che è incompatibile con un sindacato del giudice sulla sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subito (Cass. civ., sez. III, 19.12.2007, n. 1183).

Nel caso di estensione della *class action* alla pubblica amministrazione, è intuibile l'impatto devastante di questo strumento sulle casse dello Stato e sul rapporto con il cittadino-utente.

Anche nei confronti dell'amministrazione finanziaria la *class action* potrebbe costituire un formidabile strumento di tutela avverso tutta quella serie di provvedimenti palesemente illegittimi e frutto di errata e inesatta interpretazione delle norme finanziarie in particolare.

E chissà che l'emergenza dei rifiuti in Campania non possa rappresentare il caso più eclatante e possibile di estensione della *class action* alla pubblica amministrazione?!

I presupposti pare ci siano proprio tutti...

# *Il percorso della responsabilità amministrativa nel suo modello generale risarcitorio e nelle nuove tipologie sanzionatorie*

di **Alberto Mingarelli**

## **1. Evoluzione normativa della responsabilità amministrativa**

La definizione della responsabilità amministrativa, ossia di quel particolare tipo di responsabilità che viene perseguita su istanza della procura della Corte dei conti, trova ancora oggi la sua generale definizione nell'articolo 52 del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con r.d. n. 1214/1934, quando "i funzionari, impiegati e agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento autonomo (...) nell'esercizio delle loro funzioni, per azione od omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza, cagionino danno allo Stato o ad altra amministrazione dalla quale dipendono" e si svolge "nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello stato e da leggi speciali".

Il medesimo concetto si rinviene anche in altre due norme, quali l'art. 82 della legge di contabilità, ai sensi del quale "l'impiegato che per azione od omissione, anche solo colposa, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo", e l'art. 18 dello statuto degli impiegati civili dello Stato nel quale si legge che "l'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche a ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio".

La Costituzione del 1948, in qualche modo confermando le disposizioni di legge antecedenti, prevede all'art. 103 che "la Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge".

Con la legge 142/1990 la responsabilità amministrativa veniva estesa anche a tutti i dipendenti e agli amministratori degli enti locali.

Fino ad allora la responsabilità amministrativa per danno erariale aveva tutte le caratteristiche di una responsabilità di tipo "risarcitorio". L'unica vera eccezione era il c.d. "potere riduttivo", che consentiva al giudice contabile, con una forte dose di discrezionalità, di limitare nel *quantum* la condanna sulla base della presenza di alcuni elementi che nel tempo hanno assunto caratteristiche ricorrenti nell'ambito del pubblico impiego, quando si versi in un caso di colpa (giovane età, novità del tipo di lavoro, particolari difficoltà organizzative, ecc.).

La legge 14 gennaio 1994, n. 20 creava le procure e sezioni giurisdizionali regionali su tutto il territorio nazionale, rendendo più effettiva rispetto al passato la possibilità di un'azione per danno erariale. La stessa legge, come modificata dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, di conversione del decreto-legge 543/1996, introduceva però numerose e sostanziali innovazioni normative in materia, che tendevano a mettere in una condizione sostanzialmente più tutelata, rispetto ai comuni debitori di obblighi risarcitori verso i privati, i pubblici dipendenti e gli amministratori, tanto da indurre alcuni autori a sostenere che la responsabilità in questione si fosse trasformata già con quelle innovazioni da risarcitoria in "sanzionatoria", ossia tesa non tanto e non solo a risarcire l'ammontare del danno, ma a punire (a scopo educativo) un comportamento erroneo e illecito, oltre che dannoso.

In realtà con la normativa degli anni '90 la responsabilità amministrativa, pur sempre a carattere risarcitorio,

si differenziava in due diverse tipologie, a seconda che vi fosse l'elemento soggettivo del dolo o quello della colpa. Solo nel primo caso restava la possibilità di estensione della responsabilità agli eredi, nei casi di indebito arricchimento degli stessi conseguente agli illeciti benefici del dante causa; ancora solo in caso di dolo restava il principio di solidarietà tra coloro che erano tenuti in concorso tra loro al risarcimento del danno erariale, mentre in caso di concorso nella colpa si prevedeva il diverso principio della "parziarietà". Ma elemento di particolare differenziazione rispetto alla comune responsabilità risarcitoria, che veniva previsto dalla legge, era la limitazione della stessa ai casi di colpa grave, oltre che a quelli di dolo, per cui dovevano escludersi dalla risarcibilità i casi in cui i soggetti responsabili non oltrepassavano la soglia della colpa lieve. Veniva fissato un termine quinquennale per l'esercizio del diritto al risarcimento del danno decorrente dalla data di verifica dell'evento dannoso, salva l'ipotesi di doloso occultamento, nel qual caso la prescrizione decorre dalla data della sua scoperta. Veniva prevista la responsabilità solo per i voti favorevoli e non anche per l'astensione in caso di atti collegiali, si prevedeva l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, la valutazione dell'utilità conseguita dall'ente che ha subito il danno e la c.d. "esimente politica" per gli amministratori che avessero deliberato un atto che recava nella proposta il parere favorevole sulla regolarità amministrativa del funzionario competente.

Al di là dei casi di "responsabilità contabile" pure perseguita dalla Corte dei conti in base all'art. 74 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e agli artt. 178 e 610 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, dove ciò che rileva è la caratteristica formale dell'agente contabile e della pubblicità del denaro, o del bene oggetto della sua gestione, che lo obbligano a rendere il conto e a restituire le differenze in negativo, gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa con la normativa di legge seguita alla riforma degli anni '90, sono da ritenersi quattro: il danno (consistente in un pregiudizio economicamente valutabile), il comportamento commissivo od omissivo illecito o anti-giuridico in violazione dei doveri d'ufficio, l'elemento soggettivo rappresentato dal dolo o dalla colpa grave, il rapporto di causalità fra condotta anti-doverosa ed evento dannoso.

La mancanza anche di uno di detti requisiti nell'azione risarcitoria comporta l'inconfigurabilità della responsabilità amministrativa.

Agli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa viene aggiunta, però, la necessaria esistenza del rapporto di servizio che lega il soggetto autore dell'evento all'amministrazione.

Tale rapporto non deve necessariamente sussistere con l'amministrazione di appartenenza, in quanto, ai sensi del nuovo art. 1 della legge n. 20/1994, la Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dei dipendenti pubblici anche quando il danno sia cagionato da soggetti appartenenti ad amministrazioni diverse.

Con alcune recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione è stato "spostato il baricentro dalla qualità del soggetto (che può ben essere un privato o un ente pubblico) alla natura del danno e degli scopi perseguiti" (1), per cui oltre agli enti pubblici economici e alle società partecipate in modo maggioritario da enti pubblici (un tempo precluse dalla stessa Cassazione alla giurisdizione della Corte dei conti), anche il privato in alcuni casi (come quello di un finanziamento pubblico ricevuto e non attuato) deve rispondere davanti al giudice contabile.

Il nuovo limite posto alla giurisdizione contabile dal c.d. "decreto milleproroghe" del 2008 sono le società partecipate quotate in borsa dove la partecipazione pubblica sia minoritaria (sotto il 50%).

## 2. In particolare l'elemento del danno e l'elemento soggettivo della colpa grave

Il danno erariale in particolare consiste nella lesione di un interesse economicamente valutabile, in quanto il suo risarcimento si sostanzia nel pagamento di una somma equivalente alla misura del pregiudizio economico causato.

Esso deve essere certo, nel senso che si è verificato effettivamente in tutti i suoi elementi; attuale, nel senso che sussiste in ogni momento dell'intero iter procedimentale, ovvero sia al momento della proposizione della domanda che della decisione; effettivo, nel senso che la perdita non è ipotetica, ma realmente realizzata; determinato, nel senso che la perdita dev'essere quantificata o quantificabile secondo i principi del codice civile, quindi con riferimento alla cifra concretamente riscontrata o quantificata in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile.

L'effettività del danno è particolarmente rilevante al fine dell'individuazione del *dies a quo* della prescrizione dell'azione risarcitoria: solo quando il danno è effettivo il procuratore della Corte dei conti può agire e il trascorrere dei cinque anni successivi comporta la prescrizione.

La nozione di danno risarcibile è stata però estesa dalla giurisprudenza della Corte dei conti (ma anche dallo

(1) Cass., ss.uu., 1.3.2006, n. 4511.

stesso legislatore) a fatti pregiudiziali agli interessi della collettività, in tema di danno all'ambiente e al paesaggio, riguardo ai quali lo Stato ha obblighi di tutela. Inoltre, sempre da parte della giurisprudenza, questa volta della Suprema Corte di Cassazione (prima fra tutte la sentenza 10 luglio 1991, n. 7642 della sez. I civ. e, più recentemente, la n. 5668 del 1997), si è affermata la tendenza alla configurabilità nei confronti della p.a. del c.d. "danno morale", inteso "quale effetto lesivo, consistente nel discredito subito dall'ente pubblico (danno all'immagine) in conseguenza dell'attività illecita, patrimonialmente pregiudizievole, dei propri amministratori o dipendenti, per esempio casi di reati contro la p.a. di particolare gravità e risonanza nei mass media.

La giurisprudenza della Corte dei conti ha ritenuto che le spese risarcibili da chi ha provocato la lesione all'immagine riguardassero sia le spese sostenute dall'ente sia quelle normalmente sostenibili (presuntivamente).

Pertanto, secondo la giurisprudenza contabile, la nozione di danno erariale non comprende esclusivamente ipotesi finanziarie, quale l'alterazione e turbativa dei bilanci, ovvero patrimoniali, quali la distruzione, sottrazione o il danneggiamento di beni demaniali, o il recupero di somme pagate per fatti lesivi commessi dai pubblici dipendenti, ma altresì la lesione di interessi più generali, di natura eminentemente pubblica (interessando tutta la categoria dei cittadini) purché suscettibili di valutazione economica.

È stato poi individuato il danno da disservizio consistente nell'alterazione della normale efficacia ed efficienza del servizio quale conseguenza diretta del comportamento causalmente incidente del responsabile. Esso, in buona sostanza, si ritiene sussistente quando si registra la sottrazione di energie lavorative e intellettuali alla pubblica amministrazione per distrarle ad altri fini (inerzia compresa).

Dunque meno agevole appare la valutazione monetaria, l'accertamento della condotta e dell'evento a cui ricondurre l'insorgere del danno nei casi di danno all'immagine e da disservizio, che sono comunque risarcibili.

Il decreto legislativo n. 152 del 2006, da un lato, con l'art. 318, comma 1, ha abrogato la predetta norma che escludeva la giurisdizione della Corte dei conti a favore del giudice ordinario; dall'altro, con l'art. 313, comma 6, ha intestato espressamente al giudice contabile l'azione derivante dal danno ambientale allorché provenga da soggetti che sono sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti: "Nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalen-

te patrimoniale, invia rapporto all'ufficio di procura regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio".

Per l'accertamento dell'elemento della colpa grave dopo la riforma del 1994-1996 non è sufficiente il riferimento mero alla violazione di norme che disciplinano il procedimento, ma occorre un'analisi dell'attività concreta se si tratti di attività materiale o di tipo amministrativo-impiegatizio.

L'errore dovrebbe considerarsi *inescusabile* quando la scelta sia frutto di un'operazione arbitraria.

Detta arbitrarietà si ha quando si sia avuta una erronea percezione di una realtà di diritto o di fatto, che in base a dati obiettivi risulti che non poteva essere così intesa per carenza di elementi di dubbio, o in quanto la percezione della stessa sia stata frutto di una scelta che abbia dato prevalenza all'erroneo proprio opinamento, senza tener conto di istruzioni, indirizzi, prassi e pronunce esistenti, ossia quando il comportamento erroneo sia conseguenza della mancata acquisizione di queste istruzioni, indirizzi, prassi e pronunce, pur esistenti.

Si è osservato che il giudice contabile non deve valutare il rapporto in contestazione alla stregua di norme prefissate; deve, bensì, valutare il comportamento del dipendente pubblico attraverso un'indagine complessa che tenga conto non solo degli obblighi di status propri del dipendente, ma anche dell'organizzazione amministrativa nel suo insieme e delle finalità di interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire. Bisogna cioè che il giudice si cali nella posizione del dipendente e ne riviva l'esperienza amministrativa.

Anche nel campo della responsabilità amministrativo-contabile l'istituto della colpa ha perso alcuni dei suoi caratteri statici e astratti, che erano propri della definizione codicistica legata al giudizio dell'uomo medio, ossia del *bonus pater familias*.

Si deve preferire, secondo la dottrina e la giurisprudenza più recenti, una valutazione della colpa in concreto e in particolare al concetto di evitabilità del danno conseguente.

C'è la necessità di valutare il comportamento del funzionario non solo alla stregua delle norme della comune diligenza, ma anche e soprattutto in relazione al perseguimento della finalità pubblica alla quale esso si indirizza. La sentenza n. 371 del 20 novembre 1998 della Corte Costituzionale ha ritenuto non fondate le ipotesi di illegittimità costituzionale sollevate rispetto alla norma della legge 639/1996, laddove questa ha limitato la responsabilità ai casi di dolo e colpa grave, escludendo quelli caratterizzati dalla colpa semplice.

Nella motivazione della sentenza si legge, tra l'altro, che

rientra nella discrezionalità del legislatore non solo la precisazione di quali siano i comportamenti che possono costituire titolo di responsabilità, ma anche quale grado di colpa sia richiesto e a quali soggetti la responsabilità sia ascrivibile, fino al limite della non irragionevolezza e non arbitrarietà.

Osserva ancora la sentenza che la norma denunciata si colloca nel quadro di una nuova conformazione della responsabilità amministrativa e contabile, che fa riscontro peraltro alla revisione dell'ordinamento del pubblico impiego, attuata con il decreto legislativo n. 29/1993 e ss.mm., che ha previsto la c.d. "privatizzazione del rapporto impiegatizio", in una prospettiva di maggiore valorizzazione anche dei risultati dell'azione amministrativa, alla luce di obiettivi di efficienza e di rigore nella gestione. Dice la Corte Costituzionale nella predetta sentenza del 1998 che "nella combinazione di elementi restitutori e di deterrenza, che connotano la responsabilità per danno erariale, la limitazione alla colpa grave risponde alla finalità di determinare quanto di quel rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente (o amministratore), nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti e amministratori pubblici, la prospettiva sulla responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo".

Accertare la gravità della colpa vuol dire, infatti, che la diligenza deve essere valutata non in astratto ma in concreto, in riferimento a tutte le circostanze del caso.

Ne consegue che occorre tener conto della conoscibilità, della prevedibilità e della evitabilità dell'evento. Se la responsabilità amministrativa avesse una funzione sempre e solo recuperatoria, essa sarebbe inutile e velleitaria. Basti pensare alle dimensioni finanziarie che possono raggiungere dei singoli atti di p.a. anche locali e all'entità delle retribuzioni dei pubblici dipendenti.

Se invece le si assegna una funzione soprattutto deterrente, essa diventa ragione di stimolo e non di disincentivo.

### 3. Le nuove tipologie sanzionatorie della responsabilità amministrativa

Ma il sistema classico di reazione agli sprechi di risorse pubbliche non ha dato i risultati attesi e si è posta l'esigenza di tutelare nuove oggettività giuridiche finanziarie, per cui il legislatore si è deciso a intervenire sempre più frequentemente con norme che tutelano la finanza pubblica da specifiche condotte funzionali predeterminate nella lettera della legge.

Le fattispecie tipizzate possono di seguito sintetizzarsi come segue:

1. la legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003):

- a) art. 24, comma 4: responsabilità amministrativa per stipula di contratto di acquisto di beni e servizi in violazione degli obblighi di evidenza pubblica o delle convenzioni Consip;
  - b) art. 30, comma 15 (2): sanzione pecuniaria per la violazione del divieto costituzionale di indebitamento per spese diverse da quelle di investimenti ancorata alla indennità di carica (dal minimo di cinque al massimo di venti volte) degli amministratori che hanno deliberato il ricorso all'indebitamento non consentito;
2. il d.l. 12 luglio 2004, n. 168 (Interventi urgenti per il contenimento della spesa pubblica), convertito nella l. 30 luglio 2004, n. 191:
- a) art. 1, comma 4: responsabilità amministrativa per superamento nell'attività contrattuale dei parametri di prezzo-qualità previsti dall'art. 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488;
  - b) art. 1, comma 9: responsabilità erariale per violazione della disciplina di regolamentazione di incarichi a soggetti estranei all'amministrazione in materie e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente;
  - c) art. 1, comma 10: responsabilità erariale per violazione della disciplina di regolamentazione di spese di missione e di rappresentanza;
3. la legge 30 dicembre 2004, n. 306 (legge finanziaria 2005):
- a) art. 1, comma 11: responsabilità erariale per violazione della disciplina di regolamentazione di incarichi a soggetti estranei all'amministrazione in materie e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente;
  - b) art. 1, comma 42: responsabilità erariale per violazione da parte degli enti locali della disciplina di regolamentazione degli incarichi di studio, ricerca o consulenza a soggetti estranei all'amministrazione;
4. la legge 23 dicembre 2005, n. 206 (legge finanziaria 2006):
- a) art. 1, comma 187: responsabilità erariale per l'avvalimento di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazio-

(2) "Qualora gli enti territoriali ricorrano all'indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell'articolo 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti possono irrogare agli amministratori, che hanno assunto la relativa delibera, la condanna a una sanzione pecuniaria pari a un minimo di cinque e fino a un massimo di venti volte l'indennità di carica percepita al momento di commissione della violazione".

ne coordinata e continuativa in violazione del limite di spesa tipizzato;

5. la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008):
  - a) art. 3, comma 23 (3): responsabilità a titolo di danno erariale del responsabile del procedimento per ritardo nella formulazione della proposta di accordo bonario (inserisce il comma 15-*bis* all'art. 240 del d.lgs.163/2006-codice degli appalti);
  - b) art. 3, comma 54 (4): responsabilità erariale del dirigente che ha liquidato il corrispettivo di incarico di collaborazione o di consulenza il cui provvedimento non è stato pubblicato sul sito web dell'amministrazione conferente;
  - c) art. 3, comma 56: responsabilità erariale per l'affidamento di incarichi e consulenze negli enti locali in violazione dei presupposti previsti nel regolamento degli uffici;
  - d) art. 3, comma 59 (5): rimborso a titolo di danno

(3) Si riporta il comma 23: "All'articolo 240 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 15 è inserito il seguente: «15-bis. Qualora i termini di cui al comma 5 e al comma 13 non siano rispettati a causa di ritardi negli adempimenti del responsabile del procedimento ovvero della commissione, il primo risponde sia sul piano disciplinare, sia a titolo di danno erariale, e la seconda perde qualsivoglia diritto al compenso di cui al comma 10»".

(4) Il comma 54: "All'articolo 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, le parole da: «pubblicano» fino a: «erogato» sono sostituite dalle seguenti: «sono tenute a pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato. In caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo per gli incarichi di collaborazione o consulenza di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto». Il comma 56: "Con il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi emanato ai sensi dell'articolo 89 del citato decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 sono fissati, in conformità a quanto stabilito dalle disposizioni vigenti, i limiti, i criteri e le modalità per l'affidamento di incarichi di collaborazione, di studio o di ricerca, ovvero di consulenze, a soggetti estranei all'amministrazione. Con il medesimo regolamento è fissato il limite massimo della spesa annua per gli incarichi e consulenze. L'affidamento di incarichi o consulenze effettuato in violazione delle disposizioni regolamentari emanate ai sensi del presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale.

(5) Si riporta il comma 59: "È nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicura propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o a enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione,

erariale di una somma pari a dieci volte dei premi di assicurazione per la copertura dei rischi da responsabilità amministrativa a carico, sia dell'amministratore che stipula o proroga il contratto vietato, sia dei beneficiari del contratto medesimo;

- e) art. 3, comma 791 (6): responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto per l'utilizzo extra-funzionale dei lavoratori assunti di contratti di lavoro flessibili per finalità predeterminate (per esempio ricerca).

l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo".

(6) Si riporta il comma 79: "L'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, è sostituito dal seguente: «Art. 36 (Utilizzo di contratti di lavoro flessibile). - 1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire. 2. *omissis* 3. *omissis* 4. *omissis* 5. *omissis* 6. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione. 7. *omissis* 8. *omissis* 9. *omissis* 10. *omissis* 11. Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università. Gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell'articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L'utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. La violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento»".

La proliferazione di condotte tipizzate alla cui trasgressione lo stesso legislatore imputa una responsabilità – disordinatamente – definita (“amministrativa”, “erariale”, “a titolo di danno erariale”), ma univocamente riconducibile alla tutela dell'erario affidata alla giurisdizione contabile, ha imposto una riflessione sul fenomeno legislativo sviluppatosi nell'arco del decennio in corso.

Quale comune denominatore dell'assetto normativo in esame, possono individuarsi i seguenti elementi:

- a) le norme di tipizzazione sono tutte inserite in interventi legislativi di tutela e razionalizzazione delle risorse pubbliche;
- b) la responsabilità prevista discende unicamente dalla trasgressione della condotta tipizzata;
- c) la lesività della condotta si risolve nella consumazione della medesima e prescinde dalla sussistenza della lesione patrimoniale dell'erario;
- d) si anticipa la soglia di responsabilità (*rectius*: di punibilità) al momento di consumazione della condotta;
- e) l'evento dell'illecito tipizzato è di tipo giuridico e risulta del tutto autonomo dall'evento naturalistico (il danno classico al patrimonio erariale), che connota la struttura dell'illecito atipico previsto dalla clausola generale di responsabilità;
- f) l'erarialità tutelata è di tipo dinamico, cioè l'interesse erariale protetto, oggetto giuridico predeterminato dalla previsione della norma, è connesso direttamente e unicamente alle modalità di esercizio della funzione pubblica.

Gli elementi comuni appena indicati consentono di affermare che il legislatore ha fatto a monte una valutazione di pericolosità di specifiche condotte funzionali e ha imputato la responsabilità al verificarsi della lesività giuridica, per scelta dello stesso legislatore ancorata alla consumazione della violazione funzionale tipizzata.

Trattasi di un illecito tipico connotato da un evento giuridico che tutela l'interesse erariale sotteso al rispetto di quelle condotte funzionali predeterminate dal legislatore. Da ciò discende che lo scrutinio dell'interprete sulla sussistenza della responsabilità è limitato alla verifica della sussistenza della trasgressione tipizzata e non può estendersi oltre.

In sostanza è di per sé responsabile: chi stipula il contratto in violazione del “meccanismo Consip”; chi viola i limiti di spesa per missioni o incarichi o assunzioni a tempo determinato; chi non pubblica sul web gli incarichi; chi conferisce gli incarichi in violazione dei regolamenti; chi utilizza i lavoratori assunti di contratti di lavoro flessibili per finalità differenti da quelle predeterminate nelle causali di finanziamento dei progetti.

Bisogna, quindi, prendere atto che il fenomeno della ti-

pizzazione consegna un nuovo modello di responsabilità che con connotati di tipicità e specificità viene ad affiancarsi al sistema tradizionale di tutela dell'erario incentrato sul modello atipico previsto nella clausola generale di responsabilità.

Il legislatore ha usato espressioni eterogenee per connotare la responsabilità da imputare a coloro che hanno violato l'obbligo di servizio tipizzato.

L'analisi delle condotte e del contesto normativo in cui le norme che le prevedono sono inserite, inducono a ritenere univocamente che la tipizzazione sia funzionale alla tutela di interessi erariali.

Rispetto al modello atipico di responsabilità dove l'evento dannoso (di tipo naturalistico) si perfeziona con una lesione dell'erario inteso quale patrimonio pubblico, nel modello tipico di responsabilità l'evento dannoso (di tipo giuridico) si perfeziona con la violazione dell'obbligo di servizio tipizzato.

Quindi, nel modello atipico, l'erarialità tutelata è di tipo statico e patrimoniale, e tale tutela è affidata alla reintegrazione del patrimonio mediante il risarcimento del danno; nel modello tipico la “erarialità” tutelata è di tipo dinamico e funzionale, e tale tutela è affidata alla previsione di una sanzione, generica o specifica per il responsabile della violazione.

In ultima analisi, l'equivalenza “erario = patrimonio” che connota il modello generale e – tendenzialmente – atipico, va sostituita nel modello speciale e tipico con l'equivalenza “erario = funzione”.

All'interno del modello speciale tipico vanno, invece, distinte le sanzioni generiche e quelle specifiche.

E invero, analizzando la struttura delle norme sopra sintetizzate, in tutte le fattispecie la condotta tipizzata costituisce il precetto alla cui violazione corrisponde una sanzione, in alcuni casi generica e coincidente con la imputazione della responsabilità (“amministrativa”, “erariale”, “a titolo di danno erariale”), in altri casi specifica. Le sanzioni specifiche, a loro volta, sono fisse (come nel caso dell'art. 3, comma 59, legge finanziaria 2008, ove l'ammontare complessivo dei premi assicurativi deve moltiplicarsi per dieci volte) o variabili (come nel caso dell'art. 30, comma 15, legge finanziaria 2003, ove l'indennità di carica va aumentata da un minimo di cinque a un massimo di venti volte); quindi nel primo caso il giudice è vincolato ad applicare la sanzione specifica fissa, mentre nel secondo è chiamato a determinare il *quantum* concreto della sanzione.

Nel caso delle cc.dd. “sanzioni generiche” spetta al giudice la quantificazione della responsabilità erariale o amministrativa o da imputare a titolo di danno erariale.

Questo è uno dei momenti più delicati ove il giudice

contabile deve dimostrare buon governo del principio di proporzionalità secondo cui l'effetto deterrente massimo si ottiene con una sanzione, al contempo, efficace (non eccessivamente blanda) ed equa (non eccessivamente rigorosa).

Certo è che la sanzione generica va ancorata a dei parametri di riferimento logicamente riconducibili alla violazione accertata <sup>7</sup>.

L'unica fattispecie che risulta finora interessata da riscontri giurisprudenziali è quella contemplata dall'art. 30, comma 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289. Una prima ricostruzione, avallata anche dalla giurisprudenza della sezione regionale siciliana, aveva attribuito alla sanzione per violazione del divieto di indebitamento la natura giuridica di violazione amministrativa in materia di contabilità pubblica, e la cui irrogazione, per *interpositio legislatoris*, sarebbe stata affidata alla Corte dei conti, nel rispetto dei principi generali (artt. 1-12) della legge 689/1981, tra cui il criterio minimo di imputazione per colpa (art. 3, l. 689/1981), da considerarsi derogatorio al criterio di imputazione soggettivo della "colpa grave" previsto dall'art. 1 della legge 20/1994 e ss.mm., in considerazione sia della specialità della previsione preventivo-sanzionatoria contenuta nel citato art. 30, comma 15, della legge finanziaria 2003, sia della sua sopravvenienza temporale di cui al citato art. 1 della legge 20/1994 (come modificata dal d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in l. 20 dicembre 1996, n. 639).

L'omogeneità delle fattispecie sanzionatorie del modello speciale tipico consentirebbe di estendere a esse, sia dal punto di vista della disciplina sostanziale che processuale, la ricostruzione offerta per l'art. 30, comma 15, succitato.

Tale ricostruzione non è stata, tuttavia, avallata finora dalle sezioni riunite nella recente QM 12/2007.

Sebbene le ss.rr. affermino la soluzione prescelta ai sin-

goli quesiti della questione di massima senza un confronto con gli argomenti posti a sostegno della ricostruzione sostanziale aderente ai principi generali della l. 689/1981, e procedurale secondo il meccanismo della citazione diretta, l'intervento delle sezioni riunite non può essere ignorato senza indebolire ulteriormente la portata preventiva della norma.

E allora se, in base all'art. 1 della l. 20/1994, la colpa grave è la soglia minima di imputabilità "dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica", tale regola andrebbe applicata anche al modello speciale tipico di responsabilità.

Dovrebbe, invece, potersi pacificamente affermare che, essendo predeterminata la condotta funzionale a cui conformarsi, la trasgressione dell'obbligo tipizzato costituisca di per sé espressione di una inescusabile negligenza del soggetto agente.

Analogamente, la tipizzazione dell'obbligo lascia minimi margini di operatività alla scusante della buona fede. Parimenti, l'evento giuridico che si perfeziona con la trasgressione della condotta tipizzata risulta poco compatibile con una valutazione di *utilitas* connessa a una concezione squisitamente patrimoniale del danno.

Rispetto a questa ricostruzione delle fattispecie tipiche come una responsabilità sanzionatoria propriamente detta, è stato osservato (in coerenza col ragionamento delle ss.rr. QM 12/2007) che dovrebbero valutarsi anche eventuali profili di costituzionalità della stessa responsabilità amministrativa in relazione al principio di stretta legalità di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione – "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" –, nella molteplice accezione della tipicità, della tassatività e della determinatezza dell'intera fattispecie sanzionatoria. In altre parole si è osservato che, qualora si volesse ipotizzare che la responsabilità amministrativa abbia, in generale, una natura e una connotazione di tipo sanzionatorio, la stessa dovrebbe essere prevista in singole fattispecie sanzionatorie tipizzate, che la legge dovrebbe previamente prevedere, in modo tassativo, con determinatezza e specificità.

Ma è stato osservato anche che l'art. 25 della Costituzione non può essere esteso oltre l'ambito delle norme penali che non sono interessate alle fattispecie in esame. In altri termini, "il parametro invocato (art. 25, secondo comma, della Costituzione) non è riferibile alle sanzioni amministrative, depenalizzate o meno, applicandosi a esse l'art. 23 della Costituzione" (ordinanza della Corte Costituzionale n. 250 del 1992).

Tale considerazione appare quanto mai opportuna, laddove invece nella citata sentenza n. 12/2007/QM si af-

(7) Depone in tal senso la violazione del "meccanismo Consip", ove è lo stesso legislatore a indicare la differenza "tra il prezzo previsto nelle convenzioni anzidette e quello indicato nel contratto", quale elemento da considerare per quantificare il danno, sebbene detto elemento non sia esclusivo e assorbente come dimostra l'uso dell'avverbio "anche".

E allora non pare potersi prescindere, per esempio, dall'ammontare degli incarichi conferiti e non pubblicati (art. 3, comma 54, l.f. 2008) o conferiti in spregio alla regolamentazione (art. 3, comma 56, l.f. 2008), o dall'entità dell'appalto e delle riserve iscritte (art. 3, comma 23, l.f. 2008), o dal corrispettivo dei contratti stipulati per obiettivi specifici non rispettati dal dirigente che disposto l'utilizzo extra-funzionale (art. 3, comma 79, l.f. 2008). Altri fattori di riferimento possono essere di tipo soggettivo, legati cioè alla qualifica rivestita dal soggetto agente e alla retribuzione percepita.

ferma che “la seconda (*n.d.a.* la responsabilità amministrativa sanzionatoria) è un tipo di responsabilità amministrativa che non può essere generica, ma tipizzata, in quanto, essendo di tipo sanzionatorio, le relative fattispecie devono necessariamente corrispondere ai parametri costituzionali di cui al summenzionato art. 25 della Costituzione, e cioè, al principio di stretta legalità nella molteplice accezione della tipicità, della tassatività (nel senso che le fattispecie legali non sono suscettibili di interpretazione analogica), della determinatezza, e della specificità (nel senso che la legge deve molto puntualmente indicare ogni elemento dell’intera fattispecie sanzionatoria, e cioè, sia con riferimento al precetto che alla sanzione)”. In altre parole, la sentenza n. 12/2007/QM evoca un parametro, l’art. 25 della Costituzione, che invece – secondo la richiamata giurisprudenza della Corte Costituzionale – non appare riferibile agli illeciti (amministrativi) sanzionati da parte del giudice contabile. D’altra parte il principio di stretta legalità, invocato dalla sentenza n. 12/2007/QM per le fattispecie sanzionatorie in parola, appare dotato di copertura costituzionale solamente per le sanzioni penali, mentre per gli illeciti amministrativi esso è previsto dall’art. 1 della legge n. 689/1981, ossia da una disposizione di legge ordinaria.

Al contrario, le fattispecie sanzionatorie affidate alla giurisdizione della Corte dei conti appaiono pienamente suscettibili sotto il parametro dell’art. 23 della Costituzione, secondo il quale “Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

Se dunque vanno rivisti gli elementi del danno e della colpa in relazione alle ipotesi di responsabilità tipizzata sanzionatoria, appare condivisibile la posizione assunta dalle ss.rr. nella predetta sentenza e dalla maggioranza delle pronunce delle sezioni giurisdizionali regionali (tutte sull’art. 30, comma 15, l. 289/2002) nel senso della necessità dell’invito a dedurre.

Diversamente da una prima pronuncia della sezione giurisdizionale siciliana che non riteneva necessario l’invito a dedurre applicando la disciplina dei giudizi a istanza di parte, le ss.rr. hanno osservato sul procedimento *ex art.* 30, comma 15, l. 289/2002 che non sembra sia possibile utilizzare la modalità procedurale prevista dal capo III del r.d. del 13 agosto 1933, n. 1038, “Dei giudizi a istanza di parte” (artt. 52-59). Nel citato regolamento di procedura, il legislatore, dopo aver elencato i giudizi instaurabili a istanza di soggetti diversi dal pubblico ministero, all’art. 58 ha introdotto “altri giudizi a istanza di parte”. Pur presentandosi tale articolo con formulazione ampia e generica, occorre rilevare che trattasi di istituto residuale, ormai obsoleto, raramente applicato e applicabile, nel quale posso-

no essere interessate anche persone o enti diversi dallo Stato, caratterizzato dalle conclusioni orali o scritte del procuratore della Corte dei conti. Tale procedura, non rivisitata dal legislatore da oltre settant’anni, potrebbe non essere in linea con la legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 sul giusto processo. Nel caso esaminato, il pubblico ministero, sulla base della segnalazione ricevuta da alcuni consiglieri, ha iniziato l’istruttoria e ha emesso regolare “invito a dedurre”. Questo collegio condivide tale modo di operare, lo si ripete, anche in assenza di uno schema processuale all’uopo disciplinato, ed esprime il convincimento che l’esigenza di garantire il contraddittorio con i presunti responsabili dell’illecito, la possibilità di una maggiore e più ponderata valutazione delle ragioni e circostanze addotte dalla parte convenuta possono essere maggiormente salvaguardate con la predisposizione e l’invio dell’invito a dedurre, il quale, peraltro, si appalesa utile per l’economia processuale (sez. giur. Marche, sentenza n. 151 del 14 marzo 2007).

A parte qualche intervento giurisprudenziale sulla fattispecie sanzionatoria per violazione del divieto di indebitamento non consentito, il modello speciale tipico di responsabilità, nonostante non più recentissimo, non è stato sufficientemente sviluppato da riscontri giurisprudenziali.

Ipotizzare che il legislatore abbia inteso consegnare norme *suggestive*, ma inutili, si scontra, oltre che con la logica comune, sia con il contesto normativo in cui le fattispecie sanzionatorie tipizzate sono state inserite, sia con il contesto storico connotato da particolare attenzione verso la sana gestione finanziaria e il contrasto degli sprechi di risorse pubbliche.

Appare più coerente ritenere che un legislatore impegnato a vario titolo nel risanamento dei conti pubblici e nel contrasto degli sprechi erariali sia voluto intervenire con una nuova tecnica di tutela della finanza pubblica, in cui l’imputazione di responsabilità di natura prettamente sanzionatoria è riconnessa alla violazione di condotte predeterminate, in cui la valutazione di pericolosità è stata fatta a monte dal legislatore medesimo.

A meno di non imbattersi in fattispecie tipizzate manifestamente irragionevoli, non è sindacabile la scelta del legislatore di riconnettere interessi erariali al rispetto di specifiche condotte funzionali e di tutelare tali interessi con l’imputazione di responsabilità. Se l’interesse tutelato è giuridico, se tale interesse viene violato dalla trasgressione dell’obbligo tipizzato, vi è un pieno rispetto del principio di offensività e non c’è spazio alcuno per ipotizzare ipotesi di responsabilità formali esposte a censure di incostituzionalità.

# *Nuovi orientamenti in tema di responsabilità civile e amministrativa della pubblica amministrazione*

di **Barbara Montini**

## **Premessa**

Per comprendere l'importanza delle novità giurisprudenziali che si profilano in tema di responsabilità della pubblica amministrazione e di ampliamento dell'area dei danni risarcibili, sarà necessario affrontare e ricostruire, prioritariamente, le diverse tipologie di responsabilità civile, individuate nel nostro ordinamento, con particolare riferimento all'applicabilità o meno dei principi civilistici alla pubblica amministrazione.

Si affronterà poi l'ampliamento delle ipotesi di risarcibilità derivanti dalla ormai storica sentenza della s.s.uu. della Cassazione n. 500/1999 in ordine al riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, derivante dall'attività provvedimento della p.a., alla luce anche dei nuovi principi e istituti procedurali introdotti dalle leggi 241/1990 e 15/2005, nonché dai c.d. "comportamenti illegittimi" della pubblica amministrazione.

Particolare attenzione verrà dedicata alla responsabilità extra-contrattuale o aquiliana, derivata dalla *lex aquilia de damno*, che ha consacrato nel nostro ordinamento il divieto del *neminem laedere*, sancito oggi nell'art. 2043 c.c.

Si evidenzierà come fossero stati riconosciuti risarcibili nel nostro ordinamento i soli danni patrimoniali, essendo stato relegato il risarcimento del danno non patrimoniale al circoscritto ambito dell'art. 2059 c.c., ossia all'ipotesi dell'art. 185 c.p., alla luce del quale si ave-

va il riconoscimento del solo danno morale soggettivo. Proprio in ordine a tale situazione si è avuto un intervento di creazione pretoria, di grande rilievo, che ha consentito di passare da un sistema in cui imperava la dicotomia tra gli artt. 2043 e 2059 c.c., c.d. "bipolare", a un "neobipolarismo costituzionale", attraverso il riconoscimento del danno esistenziale risarcibile, figura di danno di recente messa in discussione dalla stessa Corte Suprema. Tale giurisprudenza ha attuato una riforma definita "passiva", in quanto verificatasi a legislazione invariata. Un ulteriore ampliamento delle ipotesi di risarcimento del danno è avvenuta con l'individuazione dei fenomeni di *mobbing*, *bossing* e *straining*, frequenti nel rapporto di impiego con la p.a.

Sarà poi necessario analizzare la responsabilità amministrativa, i suoi elementi costitutivi, per soffermarsi in particolare sulla sua natura, sul rapporto della pubblica amministrazione con i funzionari e i dipendenti, sul danno erariale e sull'ampliamento delle tipologie di danno, derivanti anche dalla riconosciuta applicazione del danno esistenziale nei confronti delle persone giuridiche e, quindi, della stessa pubblica amministrazione.

Rilevanti anche la figura di danno all'immagine, sia esso individuato come autonomo o rientrante nel danno esistenziale, e la sua natura di danno-evento nonché, infine, la figura del danno da disservizio.

Trattasi, come si vedrà, di figure autonome, non solo cumulabili tra loro a fini sanzionatori, repressivi e deterrenti, ma cumulabili altresì con i danni patrimoniali derivanti dalla responsabilità diretta della pubblica amministrazione per i danni subiti dai terzi da parte dei propri funzionari e dipendenti.

## 1. La responsabilità civile della pubblica amministrazione: l'evoluzione giurisprudenziale

Il concetto di responsabilità si riferisce alla consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni. Essere responsabile, dunque, significa accettare le conseguenze delle proprie scelte, ivi compreso l'obbligo di risarcire i danni patiti da terzi.

Diverse sono le tipologie di responsabilità, storicamente individuate nel nostro ordinamento: responsabilità civile, penale, amministrativo-contabile, cui si sono aggiunte, in seguito, la responsabilità disciplinare, quella di risultato e altre tipologie connesse a particolari situazioni soggettive rivestite dal soggetto agente.

Per quanto riguarda la pubblica amministrazione, si è assistito a una complessa evoluzione, soprattutto giurisprudenziale, in ordine alla configurabilità di una sua responsabilità civile.

La prima ammissione fu nei confronti degli atti della p.a. adottati *jure privatorum*, ossia nei confronti di atti gestionali.

Rimanevano invece impuniti i danni causati nell'esercizio delle funzioni di imperio, sulla base di una sorta di c.d. "*privilegium fisci*", in quanto si trattava di atti posti in essere nell'esercizio di poteri pubblicistici e, quindi, nell'interesse generale.

L'art. 4 della l. 2248/1865, all. E, la c.d. "legge di abolizione del contenzioso amministrativo", devolvendo alla giurisdizione del giudice ordinario le lesioni dei diritti per opera dell'autorità amministrativa, sanciva la responsabilità della pubblica amministrazione per gli atti illeciti commessi dai suoi agenti.

La p.a. infatti, in quanto persona giuridica, ha bisogno per agire (e per interagire) di persone fisiche (organi).

Successivamente, il principio di immedesimazione organica ha trovato la propria collocazione costituzionale nell'art. 28 della Cost. laddove si prevede, espressamente, che i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti.

Di responsabilità diretta si tratta dunque, ma la dottrina si è diversamente schierata nel riconoscere, ora nella p.a. ora nei funzionari pubblici, i titolari di tale responsabilità.

La più autorevole dottrina, proprio argomentando sulla base del principio di immedesimazione organica, ha riconosciuto trattarsi di responsabilità diretta della p.a. nei confronti dei terzi, in solido con i propri funzionari e dipendenti.

La lettera della norma (lesione di diritti) e la dicotomia esistente solo nel nostro ordinamento, a differenza

di quelli europei, tra diritti soggettivi e interessi legittimi (la cui individuazione risale alla teoria del Guicciardi) hanno consentito, per lungo tempo, la tutela solamente di quelle situazioni giuridiche soggettive qualificate come diritti soggettivi.

Si aggiungeva l'interpretazione della norma civilistica all'art. 2043 c.c., di tutela del principio del *neminem laedere*, che ha riprodotto nel nostro ordinamento la responsabilità aquiliana di romanistica memoria.

In base alla tradizionale interpretazione giurisprudenziale di tale norma era risarcibile solo il danno arrecato *contra ius*, ossia in violazione di una situazione giuridica soggettiva e arrecata *non iure*, ossia in assenza di cause di giustificazione (1).

Con un *revirement* della propria giurisprudenza, la Suprema Corte di Cassazione, con la ormai storica pronuncia delle sue sezioni unite n. 500 del 1999, ha introdotto la risarcibilità del danno causato a prescindere dalla qualificazione giuridica soggettiva del danneggiato: unica condizione che si tratti di un interesse meritevole di tutela.

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario (giudice generale dell'illecito extra-contrattuale) e giudice amministrativo (giudice dell'illegittimità del provvedimento amministrativo) è stato superato dalla l. 205/2000, che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la conoscenza di tutte le questioni relative al risarcimento del danno e ai diritti patrimoniali consequenziali.

Le tipologie di responsabilità civili configurabili in capo alla pubblica amministrazione sono le stesse di cui possono essere chiamati a rispondere le persone fisiche ossia: pre-contrattuale, contrattuale ed extra-contrattuale.

Il cammino verso il riconoscimento di una responsabilità civile della p.a. è stato lungo e tortuoso ed è approdato, alla fine di un complesso percorso giurisprudenziale che ha implicato una scelta di maturità e civiltà giuridica, a soluzioni in armonia con i principi costituzionali.

Anche per quanto riguarda, in specifico, la responsabilità pre-contrattuale, si è a lungo discusso se la p.a. potesse essere chiamata a rispondere a tale titolo.

Al di là dell'autonoma configurabilità o meno di questo *tertium genus* di responsabilità civile, per alcuni rientrante più propriamente nella responsabilità extra-contrattuale, viene qui in rilievo il tema dei "comportamenti" della p.a. "che prescindono dall'adozione di atti tipici".

Alla luce dei principi di buona fede e correttezza sanciti

(1) Cass., civ., 12.8.2000, n. 10803.

ti dall'art. 1337 del c.c., nonché di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 della Cost. che devono sempre guidare l'azione amministrativa, si è tutelata la lesione di situazioni giuridiche soggettive di terzi a prescindere da un manifestarsi illegittimo del potere.

La *culpa in contrahendo* della p.a. sarebbe ravvisabile solo con la riuscita di un rapporto personalizzato, cioè nel momento in cui il contraente viene individuato.

Da tale momento in poi gravano sulla p.a. tutti gli obblighi civilistici che gravano sul contraente privato, alla stregua degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Una tale tipologia di responsabilità è stata estesa alle procedure a evidenza pubblica, in quanto si è ritenuto che nelle procedure di gara la p.a. non solo deve rispettare gli obblighi imposti dalla normativa pubblicistica, ma anche quelli di correttezza e buona fede, in quanto trattasi di formazione del contratto.

Si è individuata, in tal modo, la c.d. "responsabilità da contratto sociale qualificato" (2) delineatasi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in quanto il rapporto tra p.a. e privato ingenera in quest'ultimo un affidamento. Ancora discussa tuttavia ne è la collocazione nella responsabilità contrattuale o extra-contrattuale.

Il danno risarcibile, in tale ipotesi, sarà individuato nell'interesse negativo, ossia nel danno emergente (costi) e nel lucro cessante (perdita di *chance*), devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, seppure tra alcune perplessità da parte della dottrina.

Meno problematica la configurabilità di una responsabilità contrattuale della p.a., che nessun problema pone in ordine all'applicazione a essa delle norme civilistiche.

L'obbligo di risarcire deriva, in tal caso, da un preesistente rapporto obbligatorio (a prescindere dalla sussistenza o meno di un vero e proprio contratto), ai sensi dell'art. 1218 c.c., incombando sul debitore l'onere della prova che il ritardo o l'inadempimento siano determinati da cause a lui non imputabili.

In assenza di tale prova, il creditore avrà diritto al risarcimento del danno, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1223 c.c.

Maggiore approfondimento merita la trattazione della responsabilità extra-contrattuale della pubblica amministrazione.

La natura giuridica di tale responsabilità, conseguente all'adozione di provvedimenti (o meglio vedremo anche alla non adozione) illegittimi da parte della p.a., è stata oggetto di diverse elaborazioni da parte della dottrina e

della giurisprudenza amministrativa, soprattutto in seguito alla pronuncia delle sezioni unite n. 500/1999.

Tale responsabilità è stata dapprima qualificata come responsabilità contrattuale, poi come responsabilità da contatto sociale e quindi pre-contrattuale e, da ultimo, come responsabilità extra-contrattuale.

Gli elementi costitutivi della responsabilità extra-contrattuale sono rappresentati dalla condotta (attiva od omissiva) antigiuridica, dalla colpevolezza dell'agente, dal nesso di causalità tra condotta ed evento con riferibilità del danno all'amministrazione.

Per quanto riguarda la condotta attiva essa si converte nell'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, in ordine ai quali la giurisprudenza ha distinto a seconda che essi abbiano leso un interesse legittimo opposto oppure un interesse pretensivo.

Nel secondo caso, in particolar modo, risulta necessario procedere a un giudizio di prognosi postuma in ordine alla spettanza del bene della vita al richiedente.

Le stesse sezioni unite hanno escluso una coincidenza tra i concetti di illegittimità e illiceità, poiché l'attività illegittima sarà fonte di responsabilità solo, e in quanto, risulti leso un bene della vita meritevole di tutela che sia correlato all'interesse legittimo.

Una condotta omissiva può essere configurata nell'ipotesi di danno da ritardo (provvedimento adottato oltre i termini procedurali) o nelle ipotesi di silenzio-inadempimento, secondo il rito introdotto dalla l. 15/1990 e disciplinato ora dal comma 5 dell'art. 2 della l. 241/1990. In entrambi i casi la giurisdizione per il risarcimento del danno spetta al giudice amministrativo, come previsto esplicitamente dall'art. 2, comma 5, della l. 241/1990 nell'ipotesi del silenzio, mentre nell'ipotesi di danno da ritardo, che presuppone un comportamento e non un provvedimento, si è comunque addivenuti, per opera della giurisprudenza, al riconoscimento di tale giurisdizione in quanto trattasi, comunque, di mancato compimento dell'azione amministrativa finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

Interessanti risultano, in materia, le novità contenute nel d.d.l. Nicolais, presentato nel corso della precedente legislatura, per quanto riguarda il riconoscimento del danno da ritardo conseguente alla mera inosservanza del termine procedimentale e le sanzioni a carico dei funzionari, con conseguente ampliamento della responsabilità amministrativa.

Diverso dal danno da ritardo è la figura del c.d. "danno da disturbo", che si qualifica come interesse oppositivo consistente nella pretesa a non essere "disturbato".

A essi si affiancano il "danno da intrusione" (modifica in modo illegittimamente sfavorevole di una posizione con-

(2) Cass., civ., sez. I, 3.3.2001, n. 3132 e Cons. Stato, sez. V, 6.8.2001, n. 4239.

cessionaria pubblica) e il più frequente “danno per perdita di *chance*” (3), ossia la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile.

L'analisi delle figure che ampliano i confini della responsabilità da parte della p.a. è rilevante in quanto intimamente connessa all'ampliamento di profili di responsabilità amministrativa dei propri dipendenti e funzionari.

L'ampliamento della sfera della risarcibilità dei danni, operata dalla Cassazione, che ha riconosciuto la configurabilità della responsabilità aquiliana della p.a., a prescindere dalla qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, ha consentito di spostare l'ottica sull'ingiustizia del danno subito e sull'individuazione della natura del danno.

In origine il danno risarcibile, alla stregua dell'art. 2043 c.c., quale *Grundnorm* in materia, era il solo danno patrimoniale, ossia le conseguenze sfavorevoli di natura economica di una data lesione, mentre il danno non patrimoniale, ossia la lesione di un bene non idoneo a costituire oggetto di scambio e di quantificazione pecuniaria, ma protetto dall'ordinamento e valutabile economicamente, era invece risarcibile solo se, e in quanto, previsto dalla legge, secondo quanto disposto dall'art. 2059 c.c., dando vita a un sistema c.d. “bipolare” dei danni risarcibili.

Ne derivava un sistema in cui la risarcibilità era riconosciuta nella sola ipotesi di danno morale soggettivo, nella misura in cui tale danno derivava da reato, essendo questa l'ipotesi prevista dall'art. 185 del codice penale e configurando, in tal modo, una responsabilità sanzionatoria.

Un nuovo intervento giurisprudenziale, che risale a sentenze ormai storiche dell'anno 2003 sia della Corte Costituzionale sia della Corte di Cassazione (le c.d. “sentenze gemelle” nn. 8827 e 8828), ha consentito una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2043 c.c.

Si è avuta, cioè, un'evoluzione del sistema che ha spostato l'ottica dal danneggiante (funzione sanzionatoria della responsabilità) al danneggiato (funzione riparatoria del risarcimento).

L'intervento dei giudici supremi ha permesso l'ampliamento della figura del danno non patrimoniale, che non ricomprende più ora, solamente, il danno morale soggettivo, ma anche il danno biologico (che consiste nella lesione dell'interesse all'integrità psichica e fisica della persona tutelata dall'art. 32 della Cost.) e il danno esistenziale, che deriva anch'esso dalla lesione di un interesse costituzionalmente protetto.

La Cassazione ha, cioè, escluso che il risarcimento del danno non patrimoniale sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge, correlata all'art. 185 c.p., ogni qualvolta la lesione riguardi valori della persona costituzionalmente garantiti.

In questo modo le succitate pronunce hanno ampliato la sfera dei danni risarcibili, attraverso un'interpretazione pretoria, costituzionalizzata degli artt. 2043 e 2059 c.c., che ha realizzato una c.d. “riforma passiva”, in considerazione del fatto che il quadro normativo di riferimento è rimasto perfettamente immutato.

Tale riforma passiva ha consentito la transizione da un sistema bipolare a un “neo bipolarismo costituzionale”.

## 2. Il riconoscimento del danno esistenziale

Particolarmente interessante, alla luce anche degli interventi di dottrina e giurisprudenza in materia, è la figura del danno esistenziale, quale nuova tipologia di danno non patrimoniale (4), *tertium genus* accanto al danno morale e biologico.

Esso si distingue dal danno biologico, in quanto sussiste indipendentemente da una lesione fisica o psichica, e dal danno morale, in quanto non si identifica in una sofferenza che può essere una conseguenza.

Infatti, mentre il danno morale è un *sentire* e attiene alla sfera delle emotività, il danno esistenziale è un fare, un “dovere agire altrimenti”, e attiene al tempo e allo spazio delle vittime.

A differenza del danno patrimoniale poi, esso prescinde da una riduzione della capacità reddituale.

La creazione di tale categoria di danno trova la propria *ratio* nel fatto che ci si è accorti che esistono illeciti che non integrano gli estremi del reato, che non incidono né sulla salute né sul patrimonio, ma precludono lo svolgimento di attività non remunerative, che rappresentano una fonte di gratificazione per il danneggiato. Si passa così dal danno-conseguenza al danno-evento.

Con riferimento a tale nuova tipologia, una pronuncia cardine in materia delle sezioni riunite della Corte dei conti (10/2003/QM) faceva rientrare all'interno del danno esistenziale anche il danno biologico.

Proprio in relazione a queste due figure, cui il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, ha invece riconosciuto un'autonomia, sono riconducibili i fenomeni di

(3) Cass. n. 6506/1985, n. 6657/1991, n. 781/1992 e n. 4725/1993.

(4) Nella sentenza n. 7713/2000 si è interrogata per la prima volta sulla possibilità di attribuire un risarcimento per un danno diverso dal danno biologico. Il riconoscimento da parte della Corte Costituzionale è avvenuto con la sentenza n. 233/2003.

*mobbing*, *bossing* e *straining*, abbastanza diffusi nei rapporti di lavoro con la p.a. (5).

Mentre il *mobbing* si caratterizza per una serie di condotte ostili, continue e frequenti nel tempo e non ha spesso carattere razionale, il *bossing* è una sorta di *mobbing* strategico che consiste in una riduzione, ringiovanimento o razionalizzazione del personale, il cui scopo, razionale è quello di indurre il dipendente alle dimissioni.

A tali figure se ne aggiunge una, di più recente individuazione, che è lo *straining* (6), cioè un comportamento vessatorio, come può essere il demansionamento, che crea stress psicologico e che può consistere, appunto, anche in un solo atto.

Tali fenomeni, o meglio gli atti e i comportamenti che a essi danno vita, possono costituire titolo per il risarcimento del danno morale, del danno biologico e del danno esistenziale, cumulabili tra loro.

Ulteriori evoluzioni potrebbero derivare dalla pronuncia delle sezioni unite della Cassazione cui è stato rimesso, recentissimamente, da parte della sez. III con l'ordinanza interlocutoria n. 4712 del 25.2.2008, il compito, non semplice, di risolvere alcune questioni attinenti il danno esistenziale tra cui quella, decisamente rilevante, in ordine alla legittimità di una sua autonoma individuazione.

### 3. La responsabilità amministrativa: caratteristiche ed elementi costitutivi

Il danno cagionato a terzi dalla p.a., ovviamente attraverso l'adozione di provvedimenti illegittimi posti in essere dai suoi funzionari o i comportamenti illeciti di questi, creano un danno all'amministrazione che si trova a dover distogliere risorse pubbliche dal proprio bilancio e destinarle alle esigenze risarcitorie.

Accanto a una responsabilità esterna della p.a. sussiste una c.d. "responsabilità interna", che è quella relativa al rapporto tra p.a. e i propri dipendenti e funzionari.

Essi infatti sono tenuti a rispondere, a titolo di responsabilità amministrativa, dei danni diretti e indiretti alla p.a. (sia di appartenenza che a p.a. diversa) derivanti da un comportamento illecito contrario ai doveri di diligenza e di prudenza, che causa una lesione ingiusta e concreta di un interesse pubblico patrimonialmente valutabile. Dibattuta è stata anche la natura della responsabilità amministrativa che, per lungo tempo, è stata configurata come aquiliana, in virtù del disposto sia dell'art. 82 che

dall'art. 52 del testo unico della Corte dei conti, mentre, argomentando ai sensi dell'art. 18 del testo unico degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. n. 3/1957), se ne è riconosciuto il carattere contrattuale.

La giurisprudenza ha, tuttavia, riconosciuto a tale caratteristica della responsabilità amministrativa un senso ampio, facendovi rientrare anche ipotesi non derivanti da inadempimento.

Si è altresì discusso sulla natura risarcitoria o ristoratrice del danno patito dalla p.a. o sull'individuazione, invece, di una caratteristica più sanzionatoria di tale responsabilità.

Gli interventi legislativi, che hanno dato vita alla riforma della Corte dei conti, ossia le leggi 19 e 20 del 1994 e la legge 639/1996, hanno spinto verso questa seconda qualificazione.

Talune innovazioni, come la possibilità di riduzione dell'addebito a fronte di circostanze che attenuino la colpa, l'intrasmissibilità dell'obbligo di risarcimento agli eredi nei casi in cui manchi l'arricchimento, la riduzione dell'ambito della solidarietà alle sole ipotesi di concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o che abbiano agito con dolo, hanno evidenziato una visione personalistica e quindi sanzionatoria di tale tipologia di responsabilità.

Una volta individuate natura e caratteristiche della responsabilità amministrativa, non è altrettanto automatico individuare l'organo giudiziario cui la cognizione è devoluta.

A fronte di una tendenza espansiva della Corte dei conti ad affermare la propria giurisdizione in tutte le ipotesi di danno erariale, in base a un'asserita immediata precettività dell'art. 103, comma secondo, della Cost., non altrettanto elastica si è mostrata la Consulta.

Il Giudice costituzionale ha definito la giurisdizione della Corte dei conti "solo tendenzialmente generale", richiedendo la necessaria *interpositio legislatoris* perché la stessa possa espandersi, come è accaduto nel testo unico ambientale (d.lgs. 152/2006) laddove il legislatore ha posto la parola fine alla *vexata quaestio* in tema di giurisdizione per danno ambientale.

Per quanto riguarda i soggetti, nei confronti dei quali sussiste la giurisdizione della Corte per responsabilità amministrativa, essi sono individuabili ai sensi degli artt. 18 e 19 del t.u. n. 3/1957 e nell'art. 93 del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico degli enti locali).

A tale proposito, si osservi che tra le novità introdotte dalla l. 639/1996 sono da segnalare il riconoscimento della responsabilità anche quando il danno è stato causato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza (c.d. "danno obliquo"), la limitazione della solidarietà

(5) S. GENNAI, *Bossing, mobbing, straining nel pubblico impiego: il trasferimento per ritorsione*, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 6.12.2006.

(6) H. EGE, *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflitti sul posto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2005.

alle ipotesi di dolo o illecito arricchimento, il divieto di agire contro gli amministratori per la mancata copertura dei costi minimi dei servizi, l'irresponsabilità degli eredi, eccettuata l'ipotesi di illecito arricchimento e nei soli limiti dell'indebito arricchimento.

Per quanto riguarda, in particolar modo, la responsabilità dei membri degli organi collegiali (questione particolarmente interessante per quanto concerne gli enti locali), la legge di riforma ha ritenuto, a differenza del passato per cui risultavano responsabili anche gli astenuti, che la responsabilità vada imputata esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole.

Ancora — e l'aspetto è particolarmente interessante perché attiene al principio di separazione tra indirizzo e gestione, già sancito nell'art. 51 della l. 142/1990 e ripreso con vigore dall'art. 107 t.u.e.l. — si è affermato che la responsabilità degli organi tecnici non si estende ai titolari degli organi politici.

Da parte della più recente giurisprudenza delle ss.uu. è opportuno ricordare che tale giurisdizione è stata estesa anche nei confronti di dipendenti e amministratori di enti pubblici economici e di società a partecipazione pubblica totale o parziale (7).

La condotta imputabile, altro elemento della responsabilità dei soggetti sopra individuati, può essere tanto commissiva quanto omissiva.

I funzionari e i dipendenti legati da un rapporto di impiego o di servizio sono tenuti, nell'esercizio della funzione amministrativa, al rispetto e all'applicazione di principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, di cui all'art. 97 della Cost., nonché di quelli da essa derivanti e rivestiti di valenza precettiva dell'art. 1 della l. 241/1990. Tali principi, accanto alla norma generale del *neminem laedere*, devono guidare l'azione amministrativa anche nell'esercizio del potere discrezionale.

In particolare, la Corte di Cassazione, proprio in relazione all'esercizio del potere discrezionale, ha affermato che gli enti autonomi non possono esercitare tale potere prescindendo dal parametro della economicità, soprattutto in relazione alla gestione delle risorse.

L'elemento psicologico di tale responsabilità è costituito

dal dolo e dalla colpa grave: ne deriva, pertanto, che in tutte le ipotesi di responsabilità in cui l'elemento psicologico sia rappresentato dalla colpa non grave, il risarcimento del danno rimane a carico della p.a.

Per quanto riguarda il concetto di colpa grave si deve fare riferimento a quella grave negligenza, imprudenza e imperizia da valutarsi secondo il parametro della diligenza relativa al singolo caso concreto, nonché al livello di organizzazione dell'ente. Secondo la giurisprudenza della Corte dei conti la colpa grave si fonda "sull'evidente e marcata trasgressione degli obblighi di servizio o regole di condotta, che sia *ex ante* ravvisabile dal soggetto e riconoscibile per dovere di ufficio e si concretizzi nell'inosservanza del minimo di diligenza richiesto nel caso concreto o in una marchiana imperizia, superficialità e noncuranza, e non sussistano oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito di ufficio" (8).

La nozione di dolo, invece, che si differenzia rispetto a quella di dolo penale di cui all'art. 43 c.p., fa riferimento alla volontà di non adempiere agli obblighi di servizio richiedendo come prova sufficiente la consapevolezza di avere violato i predetti obblighi.

Per quanto riguarda le esimenti, accanto all'unica ipotesi, espressamente codificata rappresentata dall'ordine del superiore, altre sono desumibili dai principi generali dell'ordinamento o della elaborazione della giurisprudenza.

Si ritiene opportuno segnalare, vista la frequenza con cui taluni interventi normativi si presentano lacunosi, oscuri o contraddittori, come sia stata riconosciuta, quale valida esimente, l'errore incolpevole derivante da incertezza interpretativa di una norma di legge di recente emanazione.

Per quanto riguarda il danno erariale, in assenza del quale non sussiste la responsabilità, esso comprende tanto il danno patrimoniale quanto il danno non patrimoniale. La giurisprudenza della Corte dei Conti ha affermato che il danno deve intendersi come danno pubblico alla collettività.

Il danno può essere diretto, in quanto *deminutio patrimonii*, e in tal caso consegue a un comportamento illecito nei confronti della stessa p.a., oppure indiretto, quando la lesione derivi dal risarcimento che la p.a. ha effettuato a terzi nelle ipotesi di danno sopra esaminate.

Accanto all'ampliamento di danni risarcibili a titolo di responsabilità civile della p.a., grazie alla c.d. "riforma

(7) Come rilevato dall'Avv. V. VALLEFUOCO: "In particolare dopo il mutamento di rotta della Cassazione del 2003 ormai è pacificamente ammessa la giurisdizione contabile per le società a partecipazione pubblica e quindi si rende necessario esaminare se i concetti e gli istituti generali possano essere pedissequamente estesi anche a società commerciali che esercitano attività di impresa", in "L'azione di responsabilità amministrativa con particolare riferimento all'attività istruttoria del Pubblico Ministero contabile", relazione al convegno e tavola rotonda, Perugia 18-19 aprile 2008.

(8) Così Corte dei conti, ss.rr., 21.5.1998, n. 23.

passiva” attuata attraverso la creazione di figure preteritorie di danno, abbiamo un ampliamento analogo anche per quanto riguarda la responsabilità diretta nei confronti della p.a. attraverso nuove tipologie di danno erariale.

#### 4. Il danno all'immagine della pubblica amministrazione, il danno da tangente e il c.d. “danno da disservizio”

Nell'alveo del danno esistenziale è stato fatto rientrare, grazie alla sua ampiezza, anche il danno all'immagine dell'ente, quale lesione dell'art. 97 della Cost.

Si tratta di un danno che si appalesa come ancor più grave per le persone giuridiche pubbliche rispetto alle private, nei confronti delle quali per primo è stato riconosciuto, dal momento che viene minato il prestigio e la personalità pubblica, ossia vengono violati quei principi per i quali il nostro ordinamento ha riconosciuto l'attribuzione del *munus*.

Si è ritenuto che, anche qualora non configuri una perdita patrimoniale diretta, esso comporti un utilizzo delle risorse pubbliche per ripristinare l'immagine e la credibilità dell'amministrazione verso l'opinione pubblica.

La Corte dei conti, nella ormai famosa pronuncia 10/2003/QM delle ss.rr., aveva individuato in tale danno una lesione patrimoniale da non rinvenirsi, tuttavia, nelle sole spese di ripristino sostenute, in quanto occorre considerare che si è in ogni caso di fronte a una diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale dovrà farsi riferimento per il risarcimento.

In tal caso, allora, la prova della lesione è *in re ipsa*, in quanto danno-evento, rimesso alla valutazione equitativa del giudice contabile, che ha a disposizione un regime probatorio più ampio rispetto al giudice civile.

Sempre in tale pronuncia, le ss.rr. hanno distinto dal danno all'immagine il c.d. “danno da tangente”, in quanto tale danno presenta presupposti concettuali diversi, traducendosi, in linea di massima, in un'utilità per il reo a danno dell'amministrazione e, contemporaneamente, in un maggior onere sostenuto dall'amministrazione per esempio per quei contratti passivi stipulati in maniera illecita e quindi risultati più onerosi del dovuto e, analogamente, per le minori entrate derivanti da contratti attivi, tutti *alterati* a causa tangente.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno, esso non deve essere parametrato solo sull'importo della tangente che può, viceversa, essere un utile riferimento, ma deve essere valutato in concorrenza con altri elementi, quali per esempio la qualifica e la posizione rivestita dal dipendente all'interno dell'apparato pubblico.

Anzi, paradossalmente, minore è l'importo della tangen-

te maggiore è il danno inferto all'immagine della pubblica amministrazione, dimostrando il reo la disponibilità a violare i doveri derivanti dalla funzioni e pubblica per un'esigua quantità di denaro.

Una recentissima evoluzione della giurisprudenza della Corte dei conti in materia si rinviene nella sentenza n. 545/2007 della sezione giur. Lombardia, che, alla luce del corrispondente *trend* evolutivo della Corte di Cassazione (sent. n. 12929/2007), si è di nuovo pronunciata in materia di risarcimento del danno all'immagine.

Ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale, che aveva condotto a far rifluire nel 2043 c.c. anche la lesione di situazioni non suscettibili di valutazione economica, affermando che comunque veniva sminuito il patrimonio del soggetto latamente inteso, si ritiene ora che la lesione all'immagine della persona giuridica (tutelabile alla pari di quella della persona fisica) vada risarcita a titolo di danno non patrimoniale, in via equitativa e non limitandolo alle spese per il ripristino del bene.

La Corte ha ribadito che la prova può essere fornita dal p.m. contabile anche sulla base di presunzioni, con riferimento tanto al criterio soggettivo (ruolo rivestito dal soggetto) che al criterio oggettivo (*clamor fori*).

Critiche sull'inclusione del danno all'immagine nell'ambito del danno esistenziale sono state mosse dalla dottrina, la quale ha sostenuto che pur presentando le due tipologie di danno punti in comune, si differenziano per taluni aspetti.

Ha ritenuto, infatti, che un danno esistenziale derivante dal danno all'immagine sussista solo se, e in quanto, la lesione all'immagine abbia comportato una alterazione all'organizzazione della persona giuridica, mentre le spese per il ripristino del prestigio avrebbero valenza patrimoniale.

Accanto al danno da tangente, tra i danni non patrimoniali, sono stati individuati il c.d. “danno da disservizio”, che deriva dalla compromessa funzionalità dell'apparato amministrativo, derivante da comportamenti concussori o corruttivi, e i danni causati alla finanza pubblica, con frodi fiscali o mediante esportazione di valuta.

Le tipologie di danno non patrimoniale sono state riconosciute cumulabili tra loro, sì al chiaro fine sanzionatorio, ma soprattutto con finalità deterrenenti per potere restituire al *munus* quell'importanza e quel ruolo che già nel diritto romano gli erano stati attribuiti.

Si osservi infine che un intervento, auspicabile, del legislatore in materia consentirebbe di dare un assetto sistematico agli istituti di creazione giurisprudenziale, permettendo così di definire e individuare, con chiarezza, le diverse tipologie di danno e i collegamenti tra responsabilità civile e amministrativa.



# Cultura 2007-2013: bando per l'anno 2008

**di Giuseppe Caruso e Maria Gina Mussini**

Con decisione 1855/2006/CE è stato lanciato "Cultura 2007-2013", lo strumento di finanziamento comunitario che promuove la cooperazione culturale e la mobilità transnazionale delle opere e degli artisti. Il programma, il cui bilancio complessivo ammonta a 400 milioni di euro, ha lo scopo di valorizzare la cultura europea nei settori più diversi: dal patrimonio culturale alle arti visive; dalla letteratura alle arti dello spettacolo; dal *design* industriale alle forme culturali più d'avanguardia.

Per l'anno 2008 il bando, che beneficia di uno stanziamento complessivo di oltre 45 milioni di euro, intende: promuovere la mobilità transnazionale degli operatori culturali; incoraggiare la circolazione transnazionale delle opere e dei prodotti artistici e culturali; favorire il dialogo interculturale; valorizzare la conoscenza della letteratura e del patrimonio letterario dei cittadini europei, promuovendo la circolazione delle opere letterarie tra gli Stati.

Le azioni previste consistono in progetti di cooperazione e iniziative di sostegno alle organizzazioni attive a livello europeo nel settore della cultura.

Per quanto riguarda i progetti di cooperazione, sono previsti:

- progetti di cooperazione pluriennale che hanno lo scopo promuovere collegamenti culturali transnazionali, incoraggiando almeno 6 operatori culturali di altrettanti Paesi a collaborare per progettare attività culturali congiunte nell'arco di un periodo che va da 3 a 5 anni;
- progetti di cooperazione della durata massima di 24 mesi, realizzati da una partnership di almeno 3 operatori culturali di altrettanti Stati eleggibili;

- progetti di traduzione letteraria della durata massima di 2 anni;
- progetti di cooperazione con Paesi terzi, della durata massima di 24 mesi, volti a favorire gli scambi tra almeno 3 operatori di altrettanti Stati partecipanti al programma ed extraeuropei che hanno concluso accordi di associazione o cooperazione con l'Unione europea, a patto che tali accordi contengano clausole di carattere culturale.

Relativamente alle iniziative di sostegno alle organizzazioni attive a livello europeo nel settore della cultura, i suddetti organismi possono ricevere un aiuto per coprire le proprie spese operative. Sono ammissibili a questi finanziamenti quattro tipi di organizzazioni: ambasciatori; reti di protezione; festival; strutture di sostegno politico per l'agenda culturale (piattaforme per il dialogo strutturato; raggruppamenti per l'analisi politica).

Il bando 2008 del programma "Cultura" è aperto a enti pubblici o privati, dotati di personalità giuridica, la cui attività principale riguardi il settore culturale, aventi sede in uno degli Stati membri, nei Paesi del SEE (Islanda, Liechtenstein, Norvegia), in uno degli Stati candidati all'adesione (Croazia, Ex Repubblica jugoslava di Macedonia e Turchia) o in Serbia.

Si ricorda che il contributo europeo copre fino al 50% dei costi del progetto, nel caso dei progetti di cooperazione, e fino all'80%, nell'ipotesi di iniziative di sostegno alle organizzazioni attive a livello europeo nel settore della cultura.

In particolare, per i progetti di cooperazione pluriennale verranno erogati massimo 500.000 euro l'anno; per quelli della durata massima di 24 mesi il contributo oscillerà fra i 50.000 e i 200.000 euro; nel caso dei progetti di traduzione letteraria, l'importo che la Commissione erogherà è compreso fra i

2.000 e i 60.000 euro; nell'ipotesi di progetti di cooperazione con Paesi terzi, il contributo oscillerà tra i 50.000 e i 200.000 euro.

Scadenze:

- Progetti di cooperazione pluriennali e della durata massima di 24 mesi: **1.10.2008**;

- progetti di traduzione letteraria: **1.2.2009**;
- progetti di cooperazione culturale con paesi terzi: **1.5.2009**;
- sostegno agli organismi attivi a livello europeo nel settore della cultura: **1.11.2008**.

**Fonte:** GUUE C 141 del 7.6.2008.

Settori d'intervento	Titolo del bando	Scadenze
Cittadinanza europea	Gemellaggi tra città e reti tematiche tra città gemellate	Per il 2008: 1° dicembre 2008 (a seconda del tipo di azione)
Cultura	Cultura 2007-2013: bando per l'anno 2008	1° ottobre 2008; 1° novembre 2008; 1° febbraio 2009; 1° maggio 2009 (a seconda del tipo di azione)
Politiche giovanili	Gioventù in azione	ogni anno: 1° febbraio; 1° aprile; 1° giugno; 1° settembre; 1° novembre (a seconda del tipo di azione)

# Il regolamento per la disciplina dei contratti (seconda parte)\*

di Eva Contino

In questo numero del formulario proseguiamo la pubblicazione dello schema di regolamento per la disciplina dei contratti al quale, come si è detto, il codice dei contratti lascia alcuni margini di autonomia e che come tali vanno sviluppati da ciascuna amministrazione in base alle proprie peculiarità

Dopo aver trattato, nel capo I del regolamento, dei principi generali che presidono l'attività contrattuale degli enti locali e dell'organizzazione che l'amministrazione può darsi con riferimento a essa, è opportuno sviluppare le norme regolatrici di alcuni contratti specifici, che il codice De Lise tratta in modo sintetico ed esclude dalla maggior parte della disciplina dettata per i lavori, i servizi e le forniture.

Ci si riferisce in particolare ai contratti di sponsorizzazione, disciplinati dall'art. 26 del d.lgs.163/2006, e ai contratti di concessione di servizi, disciplinati dall'art. 30. Iniziando dalla sponsorizzazione, va ricordato come questa si traduca in un accordo negoziale atipico e corrispettivo, nel quale un soggetto (*sponsor*) corrisponde a un altro (*sponsee*) un finanziamento in denaro o altre utilità in cambio della possibilità di veicolare la propria immagine (marchio o ragione sociale) attraverso mezzi messi a disposizione dallo sponsor.

Secondo l'art. 26 citato ai contratti di sponsorizzazione che abbiano come oggetto la

prestazione diretta di beni o servizi o l'esecuzione di lavori si applicano, per la scelta dello sponsor, i "principi del Trattato" oltre alle "disposizioni in materia di requisiti soggettivi dei progettisti ed esecutori del contratto". Questo significa che non tanto è necessario applicare le norme del codice dei contratti quanto i principi generali del diritto comunitario, ovvero la trasparenza, la pubblicità, la non discriminazione, la parità di trattamento e così via. Ecco che il regolamento comunale trova il proprio spazio per disciplinare la scelta dello sponsor in modo autonomo, purché nel rispetto dei principi indicati. Si potranno dunque stabilire quali sono le sponsorizzazioni ammissibili, come si procede alla ricerca degli sponsor, come si individuano i mezzi pubblicitari da offrire agli stessi, come si valutano e si comparano le proposte di sponsorizzazione, la forma con la quale si concludono i contratti, le relative garanzie.

Passando al secondo contratto, ossia quello di concessione di servizi disciplinato dall'art. 30, si comprende subito dal tenore di questa norma che anche esso è escluso dall'ambito di applicazione del codice, fatto salvo il rispetto dei principi generali del diritto dell'Unione europea.

La peculiarità di questo tipo di contratto è che il corrispettivo previsto a favore del contraente consiste esclusivamente nel

diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Si pensi al contratto con il quale l'amministrazione affidi in gestione un circolo ricreativo, o un impianto sportivo: il concessionario gestirà gli immobili percependo in cambio le tariffe connesse con il loro utilizzo.

Si prevede tuttavia che in sede di gara possa essere stabilito anche un prezzo quando, per ragioni di opportunità e di garanzia per gli utenti del servizio, l'amministrazione imponga l'applicazione di tariffe che non sono in grado di assicurare l'equilibrio economico-finanziario della gestione oltre all'ordinario utile d'impresa.

Anche in questo caso il regolamento ha la possibilità di disciplinare nel dettaglio l'individuazione del concessionario, stabilendo a quali procedure ricorrere – secondo l'art. 30 almeno a una gara informale tra non meno di cinque operatori qualificati –, le modalità per la pubblicazione della gara e per la stipula del contratto, i criteri di aggiudicazione, le garanzie per gli utenti e così via.

In sostanza dunque il regolamento può diventare un prezioso riferimento per i funzionari chiamati a stipulare contratti sempre più diffusi e complessi e per i quali non sempre la controparte è individuata attraverso procedure adeguatamente trasparenti.

\* Segue dal n. 7-8/2008 di questa Rivista.



**CAPO II – DISPOSIZIONI RELATIVE A SINGOLI CONTRATTI**

**Articolo 13 – Concessione di servizi**  
 Nelle concessioni di servizi la controprestazione del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio.  
 Il comune individua le modalità di gestione del servizio e le garanzie a favore degli utenti attraverso la predisposizione del capitolato e del successivo contratto di servizio.

**articolo 14 – Individuazione del concessionario**  
 Il concessionario viene individuato a seguito di procedura aperta ovvero, se lo richiedano particolari ragioni di natura tecnica, a seguito di gara informale tra non meno di cinque soggetti qualificati.  
 Gli atti della procedura aperta sono resi noti attraverso la pubblicazione all'Albo pretorio e sul sito internet comunale per una durata di 30 giorni.  
 Negli atti di gara sono predeterminati i criteri per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero quelli relativi agli aspetti economici e qualitativi del servizio.  
 Il soggetto individuato come concessionario stipula con il comune apposito contratto, che preveda anche le necessarie garanzie da prestare a favore dell'utenza e del comune concedente.

**ARTICOLO 15 – CORRISPETTIVO A FAVORE DEL CONCESSIONARIO**  
 Al diritto di sfruttare economicamente il servizio è associato anche un corrispettivo a favore del concessionario quando  
 a) la stazione appaltante imponga al concessionario di praticare all'utenza o a parte dell'utenza specifiche tariffe tali da non consentire l'equilibrio economico-finanziario della gestione;  
 b) quando la stazione appaltante si riservi la fruizione di una parte del servizio gestito dal concessionario. In tal caso il corrispettivo è oggetto di ribasso in sede di gara.

**ARTICOLO 16 – CONCESSIONE DI IMPIANTI SPORTIVI**  
 Per la concessione di impianti sportivi di proprietà comunale si applicano le disposizioni degli articoli precedenti. Il concessionario ha diritto di gestire economicamente l'impianto introitando dagli utenti i corrispettivi previsti per l'utilizzo e provvedendo alla gestione ordinaria dello stesso secondo le modalità stabilite ai sensi dell'art. 13, comma 2, del presente regolamento.  
 Il concessionario è altresì tenuto al pagamento di un canone annuo.  
 In sede di gara per l'individuazione del concessionario, in presenza di offerte giudicate equivalenti è data preferenza ai soggetti di cui all'art. 90, comma 25, della l. 289/2002.  
 L'uso degli impianti sportivi deve essere aperto a tutti i cittadini e deve essere garantito, sulla base di criteri oggettivi, a tutte le società e associazioni sportive.  
 Il comune prevede altresì l'utilizzo che intende fare degli impianti a fini istituzionali e per altre proprie iniziative, stabilendo il corrispettivo ai sensi del precedente art. 15, lett. b).

L'art. 30 del codice dei contratti esclude espressamente che alle concessioni di servizi si applichino le norme del codice; le concessioni di lavori pubblici sono invece disciplinate dagli artt. 143 e ss.

L'art. 30 impone almeno la gara informale tra non meno di cinque operatori, e al comma 4 fa salve forme più ampie di tutela della concorrenza.

Trattandosi di affidare un servizio in concessione, il criterio di aggiudicazione non può che essere quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. A titolo esemplificativo, i criteri di tipo economico possono riguardare le tariffe praticate agli utenti, l'eventuale canone di concessione dovuto al comune, gli eventuali investimenti per il miglioramento del servizio; i criteri di natura qualitativa sono quelli relativi al progetto di gestione del servizio, ai mezzi o strumenti messi a disposizione dell'utenza, ecc.

Sempre l'art. 30 del codice precisa che l'imposizione di tariffe che non consentano l'equilibrio economico della gestione comporta la previsione di un prezzo a favore del concessionario.

Il canone, come stabilito dall'Agenzia delle entrate con la risoluzione n. 292 del 10.7.2008, è soggetto a Iva.

Tale disposizione recita: "Ai fini del conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 29 della presente legge, nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari. Le regioni disciplinano, con propria legge, le modalità di affidamento".

Si veda il comma 24 dell'art. 90 l. 289/2002 (legge finanziaria per il 2003).

Poiché la gestione di un impianto sportivo comporta per il gestore l'onere di sostenere tutte le spese connesse alla manutenzione ordinaria dello stesso (utenze, manutenzioni, ecc.) è necessario che il comune proprietario che desidera utilizzare l'impianto per le proprie iniziative corrisponda al gestore un prezzo, che può essere fissato anche in via complessiva per un numero determinato di giornate annue di utilizzo.

**ARTICOLO 17 – CONTRATTI DI SPONSORIZZAZIONE**

Per il perseguimento degli obiettivi assegnati nell'ambito del Piano esecutivo di gestione i dirigenti possono concludere con soggetti privati contratti di sponsorizzazione.

Attraverso il contratto di sponsorizzazione lo sponsor si obbliga a corrispondere al comune (sponsee) somme di denaro ovvero a fornire beni o servizi, in cambio del diritto di promuovere, attraverso appositi spazi, il proprio marchio o la propria ragione sociale.

Ogni iniziativa o attività può essere destinataria di più sponsorizzazioni da parte di soggetti diversi purché tra loro non incompatibili e salvi i diritti di esclusiva che il comune intenda assicurare a fronte di sponsorizzazioni aventi una determinata entità.

**ARTICOLO 18 – INDIVIDUAZIONE DEGLI SPONSOR**

Per ogni tipo di sponsorizzazione il comune individua:

- gli spazi pubblicitari, ossia il supporto o il veicolo messo a disposizione dello sponsor per la promozione della propria immagine;
- l'entità e la tipologia della sponsorizzazione, proporzionale agli spazi concessi, prevedendo, per le sponsorizzazioni di maggiore entità, eventuali diritti di esclusiva o la qualifica di *main sponsor*, cui sia ricollegata una maggiore visibilità rispetto agli altri sponsor.

Qualora la sponsorizzazione consista nella fornitura diretta di beni o servizi, l'individuazione dello sponsor è effettuata in applicazione delle norme del codice e del presente Regolamento, con riferimento al valore economico della sponsorizzazione.

Il comune rende nota la ricerca degli sponsor attraverso appositi avvisi pubblicati all'Albo pretorio e sul proprio sito internet, assegnando un termine per la presentazione delle candidature e indicando i criteri per la scelta degli Sponsor. È fatto salvo il caso in cui, per la complessità o le caratteristiche dell'iniziativa da sponsorizzare, l'amministrazione provveda a incaricare soggetti terzi ai sensi dell'art. 22.

Le adesioni dei soggetti sponsor sono valutate dal dirigente, che provvede a respingere le candidature inammissibili ovvero incompatibili con quelle già ammesse.

Nei casi di maggiore complessità, la valutazione e la scelta fra più proposte di sponsorizzazione è effettuata da una commissione nominata ai sensi dell'art. 8.

**ARTICOLO 19 – CONTRATTO DI SPONSORIZZAZIONE**

Ciascuna sponsorizzazione è formalizzata attraverso la stipula di apposito contratto.

A fronte di qualsiasi sponsorizzazione l'amministrazione emette, a favore dello sponsor, regolare fattura per il valore della sponsorizzazione medesima.

Qualora la sponsorizzazione consista nella fornitura diretta di beni o servizi, anche lo sponsor emetterà fattura per le prestazioni erogate.

Il contratto di sponsorizzazione specifica tutti i diritti e gli obblighi delle parti, la durata del rapporto contrattuale e prevede altresì gli strumenti di tutela in caso di inadempimento.

**ARTICOLO 20 – SPONSORIZZAZIONI INAMMISSIBILI O INCOMPATIBILI**

Non sono ammesse sponsorizzazioni:

- che comportino la veicolazione di messaggi di natura politica, sindacale, religiosa, o che siano contrari alla legge, al buon costume o contengano espressioni offensive, denigratorie o incitanti al razzismo, all'odio, alla violenza o all'intolleranza di qualunque genere;
- che comportino la promozione del consumo di alcool, del tabacco o di ogni altro comportamento nocivo alla salute;
- che comportino un conflitto di interesse con l'amministrazione o ne danneggino l'immagine.

Sono considerate incompatibili le sponsorizzazioni che, rispetto a quelle accolte dal dirigente o dalla commissione, provengano da altri soggetti privati appartenenti al medesimo

L'istituto della sponsorizzazione in favore delle p.a. compare la prima volta all'art. 43 della l. 449/1997 (legge finanziaria per il 1998), poi viene trasfuso, con riferimento agli enti locali, nell'art. 119 del t.u.e.l.

Il *main sponsor*, o sponsor principale, è quello che, per l'entità della sponsorizzazione corrisposta ha diritto a una visibilità predominante.

Se così non fosse saremmo di fronte all'elusione delle norme del codice; per tale motivo è opportuno che l'acquisizione di beni o servizi da parte dello sponsor sia preceduta dall'individuazione dello sponsor medesimo attraverso l'evidenza pubblica, con la differenza che il corrispettivo a favore del contraente non consiste nel pagamento del prezzo ma nella possibilità per il medesimo di promuovere la propria immagine sui mezzi offerti dall'amministrazione Sponsee; per questo dunque per l'acquisizione di beni o servizi per un valore modesto, tale da giustificare la fornitura in economia, consentirà un'individuazione diretta dello sponsor o al massimo la preventiva indagine di mercato, mentre per importi più consistenti si dovrà ricorrere alle procedure aperte o ristrette, e a gare europee in caso di superamento delle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 28 del codice.

Qualora il contenuto della sponsorizzazione sia unicamente la corresponsione di una somma all'amministrazione si dovrà procedere comunque a comparare le eventuali candidature, nel rispetto del principio di trasparenza e non discriminazione.

Allo scopo di non evadere l'Iva, qualsiasi transazione ivi compreso il semplice "scambio merce" (fornitura diretta di beni o servizi) dovrà essere fatturato da una parte del contratto all'altra.

Ciascuna amministrazione potrà definire quali siano, ragionevolmente, le tipologie di messaggio promozionale che ritiene inopportuno siano veicolate all'interno dei propri spazi o delle proprie iniziative.



simo settore economico qualora, per l'entità della sponsorizzazione, lo sponsee abbia garantito allo sponsor anche il diritto di esclusiva. ←

**ARTICOLO 21 – PUBBLICITÀ DELLE SPONSORIZZAZIONI**

Entro il 28 febbraio di ogni anno il comune rende disponibile sulla propria rete civica l'elenco delle sponsorizzazioni ricevute nel precedente anno solare, indicando per ciascuna l'iniziativa o l'attività sponsorizzata, il nome delle sponsor e l'entità della sponsorizzazione. ←

**ARTICOLO 22 – INCARICHI A TERZI PER LA RICERCA DI SPONSOR**

Ove l'iniziativa o l'attività da sponsorizzare sia particolarmente complessa od onerosa l'amministrazione può affidare a un soggetto specializzato la ricerca di sponsor e la conclusione dei relativi contratti, prevedendo che il compenso spettante all'incaricato consista esclusivamente in una percentuale sulle sponsorizzazioni reperite. ←

Qualora a seguito della comparazione tra più candidature si sia individuato lo sponsor "principale", è possibile prevedere che questo goda di un diritto di esclusiva e pertanto non ammettere altri soggetti che, per esempio, commercino o producano prodotti dello stesso tipo, vanificando la visibilità cui ha diritto lo sponsor. Per sponsorizzazioni di piccola entità invece è possibile dare visibilità anche ad aziende del medesimo settore. Essenziale tuttavia è che queste scelte siano esplicitate negli avvisi di ricerca degli sponsor.

Sembra opportuno che tutti i dati relativi alle sponsorizzazioni siano resi accessibili, a fini di trasparenza.

I cosiddetti "procacciatori di sponsor", grazie al proprio bagaglio di relazioni, sono spesso in grado di stabilire contatti più proficui con le imprese interessate a sponsorizzare eventi sportivi, turistici o culturali; anche con costoro dovrà essere stipulato apposito contratto, che preveda in favore degli incaricati esclusivamente una sorta di "provvigione" sulle sponsorizzazioni reperite.

## Il dipendente pubblico, fuori dell'orario di lavoro, può prestare consulenza per imprese private?

**La sentenza:** Corte dei conti, sez. I giurisdizionale centrale, sentenza 2 febbraio 2008, n. 97

**La decisione:** **La Corte dei conti ha risposto negativamente**

Due funzionari delle dogane, dopo aver sottoposto ad accurate verifiche una società di *import-export* e aver rilevato numerose irregolarità, sanzionate con un accertamento assai oneroso, concordano successivamente di offrire alla medesima società la loro opera di consulenza da svolgere fuori dell'orario di servizio, in un apposito locale della società, con la piena disponibilità della completa documentazione contabile e per un periodo di circa sette mesi, pattuendo un corrispettivo pari al 4% del "risparmio" preventivato.

Assunto l'incarico con l'originario compito di "rimettere ordine" nella documentazione relativa alle operazioni valutarie, per consentire un corretto utilizzo del *plafond* esente da Iva e una regolare gestione contabile ai fini fiscali (questo era il manifestato intento del committente), i consulenti rilevarono che la società aveva *splafonato* e manifestarono all'amministratore delegato della stessa la possibilità di azzerare lo *splafonamento* utilizzando piccoli trucchi atti a evitare che i successivi verificatori se ne accorgessero, con conseguente notevolissimo risparmio di imposte.

Ebbero inizio, quindi, le attività e i comportamenti illeciti dei due consulenti (falsificazione di bollette; preavviso sulla data della successiva verifica; tentativi di contattare i colleghi incaricati della nuova verifica, che rifiutarono il colloquio dopo una prima scoperta delle falsificazioni; atteggiamenti minacciosi di ritorsione nei confronti della società, ecc.), in ordine ai quali venne iniziato un procedimento penale per i seguenti reati: falso in atto pubblico; rivelazione di segreto d'ufficio; frode finanziaria in tema di Iva; tentativo di violazione di sigilli.

La procura regionale avviava richiesta di condanna dei convenuti per il grave nocumento arrecato all'immagine e al prestigio dell'amministrazione di appartenenza la sezione giurisdizionale competente, in accoglimento della richiesta di parte attrice sul punto, condannava, in solido, quali funzionari del Dipartimento delle dogane all'epoca dei fatti, al risarcimento, a favore dell'erario (Ministero dell'economia e delle finanze), delle somme di euro 55.735,35 e di euro 37.184,90, per il danno all'immagine, sofferto dalla suddetta amministrazione, a seguito di attività illegittima e illecita svolta dagli stessi a favore di una società privata.

Avverso la citata sentenza è stato proposto appello e la Corte dei conti ha ritenuto infondata la assunta violazione del principio del *ne bis in idem*, giusta le pienamente condivisibili argomentazioni svolte nella sentenza appellata, sia in ordine alla indipendenza istituzionale reciproca tra la giurisdizione civile, penale e amministrativo-contabile, sia in ordine all'esclusione di una presunta consumazione dell'azione contabile in presenza di precedente azione civile o di costituzione di parte civile in sede penale.

Quanto detto è perfettamente coerente con i principi enucleabili dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 773/1988, in forza dei quali va affermato che non esiste una giurisdizione esclusiva in materia di danno arrecato alla p.a., ben potendo coesistere

Rubrica a cura di

# Euro P.A.

SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

Prodotti, tecnologie e servizi per la Pubblica Amministrazione

Fiera di Rimini  
4-7 Giugno 2008

VIII edizione

EuroP.A. è l'unico

appuntamento nazionale

interamente dedicato al mondo

delle Autonomie Locali, il punto

di incontro della P.A. Centrale

con la P.A. Locale

ed il luogo in cui le Aziende

ed i Consulenti incontrano

il grande mercato della Pubblica

Amministrazione.

EuroP.A. offre una ricca

rassegna espositiva e un articolato

programma di convegni e seminari

gratuiti per apprendere, confrontare

esperienze e conoscere strumenti per

"creare" innovazione

nelle Autonomie Locali.

# Euro P.A.

SALONE DELLE AUTONOMIE LOCALI

Prodotti, tecnologie e servizi  
per la Pubblica Amministrazione

**EuroP.A.** è l'unico

appuntamento nazionale

interamente dedicato al mondo

delle Autonomie Locali, il punto

di incontro della P.A. Centrale

con la P.A. Locale

ed il luogo in cui le Aziende

ed i Consulenti incontrano

il grande mercato della Pubblica

Amministrazione.

**EuroP.A.** offre una ricca

rassegna espositiva e un articolato

programma di convegni e seminari

gratuiti per apprendere, confrontare

esperienze e conoscere strumenti per

“creare” innovazione

nelle Autonomie Locali.

due diverse azioni risarcitorie esercitabili entrambe sino a quando, attraverso anche una sola delle due azioni, sia stato conseguito integralmente il bene della vita oggetto della domanda (Corte dei conti, sez. I, sentenza n. 331/A del 14.11.2000).

La Corte dei conti ha ribadito, altresì, la conferma ulteriore dell'autonomia dell'azione contabile rispetto a quella civile di danno inserita nel processo penale.

Nella sostanza, da un unico atto o fatto possono conseguire effetti giuridici diversi, ciascuno dei quali rilevante sotto differenziati profili giuridici; pertanto, da un unico fatto possono nascere una responsabilità penale, una responsabilità disciplinare, una responsabilità civile di natura extra-contrattuale, una responsabilità contabile di natura contrattuale. In conclusione, quando il comportamento di amministratori e dipendenti pubblici venga in rilievo in sede penale per reati contro la p.a., nasce in capo all'amministrazione un'azione di responsabilità extra-contrattuale *ex art.* 2043 c.c. da esercitarsi innanzi al giudice civile o al giudice penale come in qualsiasi altra ipotesi di danno patrimoniale da reato, indipendentemente dalla sua qualificazione in sede penale, allorché viene in rilievo come inadempimento di obblighi di servizio da ingresso a un'azione di responsabilità amministrativo-contabile.

Ne consegue che non vi è sovrapposibilità tra azione civile nascente da reato e l'azione di responsabilità amministrativo-contabile conseguente all'inadempimento colposo di obblighi di servizio: diversi sono i presupposti, diversi gli effetti, diverse le discipline giuridiche delle due azioni. Trattandosi, quindi, di due distinte azioni, la preclusione all'esperibilità dell'una, per essere stata esercitata l'altra, può sussistere solo se stabilita dall'ordinamento; ciò che non è né può essere, secondo la logica giuridica, stante la diversa area di tutela data da ciascuna delle due azioni al soggetto leso.

In forza di quanto detto (autonomia dell'azione di responsabilità amministrativo-contabile rispetto all'azione civile di danno; diversa titolarità delle due azioni, l'una intestata al procuratore generale/regionale presso la Corte dei conti, l'altra all'amministrazione danneggiata), il rapporto tra le due azioni può esplicarsi in termini di preclusione o di improcedibilità solo quando con l'una sia stato ottenuto l'integrale ristoro del danno patito, e cioè il medesimo bene della vita oggetto dell'azione.

Gli *ex* funzionari “infedeli” sono stati quindi condannati a risarcire il danno all'immagine arrecato all'amministrazione per aver violato i principi di cui al t.u. n. 3 del 1957, art. 13, commi 2 e 3, avendo leso proprio quegli interessi che, in virtù del loro *status* di dipendenti pubblici, avrebbero dovuto salvaguardare.



a cura del dott. **Francesco Savelli** e dell'avv. **Francesca Palazzi**

**normativa**  
**giurisprudenza**  
**circolari & pareri**  
**quesiti**

# normativa

G.U. DAL 1° AL 31 LUGLIO 2008

## **Provvedimento Garante per la protezione dei dati personali 19 giugno 2008**

Semplificazioni rispetto a trattamenti di dati per finalità amministrative e contabili (G.U. dell'1 luglio 2008, n. 152)

## **Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 115**

Attuazione della direttiva 2006/32/Ce relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/Cee (G.U. del 3 luglio 2008, n. 154)

## **Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 116**

Attuazione della direttiva 2006/7/Ce relativa alla gestione della qualità delle acque di balneazione e abrogazione della direttiva 76/160/Cee (G.U. del 4 luglio 2008, n. 155)

## **Decreto Ministero dell'interno 19 giugno 2008**

Rimborso, a titolo di anticipazione a favore dei comuni, della minore imposta derivante dalla esclusione dall'Ici dell'unità immobiliare adibita ad abitazione principale del soggetto passivo (G.U. del 4 luglio 2008, n. 155)

## **Circolare Presidenza del Consiglio dei Ministri 18 aprile 2008, n. 5**

Linee di indirizzo in merito all'interpretazione ed all'applicazione dell'articolo 3, commi da 90 a 95 e comma 106, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. (Legge finanziaria 2008) (G.U. del 4 luglio 2008, n. 155)

## **Circolare Ministero dello sviluppo economico 26 giugno 2008, n. 1418**

Zone franche urbane previste dall'articolo 1, commi 340 e seguenti, della legge

27 dicembre 2006, n. 296, come modificato dall'articolo 1, commi 561 e seguenti, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Circolare recante i contenuti e le modalità di presentazione delle proposte progettuali delle amministrazioni comunali

(G.U. del 4 luglio 2008, n. 155)

## **Circolare Ministero dello sviluppo economico 27 giugno 2008, n. 43901**

Disposizioni per l'attuazione da parte di amministrazioni e altri soggetti diversi dal Ministero dello sviluppo economico dell'articolo 9 del decreto del Ministro dello sviluppo economico del 27 marzo 2008, recante istituzione del regime di aiuti a favore delle attività di ricerca, sviluppo e innovazione

(G.U. del 4 luglio 2008, n. 155)

## **Decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2008**

Autorizzazione all'attualizzazione di contributi pluriennali ai sensi dell'articolo 1, commi 511 e 512, della legge 27 dicembre 2006, n. 296

(G.U. del 5 luglio 2008, n. 156)

## **Decreto Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 29 maggio 2008**

Approvazione della metodologia di calcolo per la determinazione delle fasce di rispetto per gli elettrodotti

(Suppl. ord. n. 160 alla G.U. del 5 luglio 2008, n. 156)

## **Decreto legislativo 30 maggio 2008, n. 117**

Attuazione della direttiva 2006/21/Ce relativa alla gestione dei rifiuti delle industrie e che modifica la direttiva 2004/35/Ce

(G.U. del 7 luglio 2008, n. 157)

## **Decreto Ministero dell'interno 23 febbraio 2008**

Approvazione della modulistica per le esigenze dello Sportello unico per l'immigrazione

(Suppl. ord. n. 161 alla G.U. del 7 luglio 2008, n. 157)

## **Comunicato Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione**

Avviso concernente la nuova procedura comparativa adottata per il conferimento di incarichi di collaborazione esterna di natura occasionale o coordinata e continuativa

(G.U. dell'8 luglio 2008, n. 158)

## **Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 4 luglio 2008**

Tasso di riferimento determinato per il periodo 1° luglio-31 dicembre 2008, relativamente alle operazioni a tasso variabile, effettuate dagli enti locali ai sensi dei decreti-legge 1° luglio 1986, n. 318, 31 agosto 1987, n. 359, 2 marzo 1989, n. 66, nonché della legge 11 marzo 1988, n. 67

(G.U. del 9 luglio 2008, n. 159)

## **Ordinanza Presidente del Consiglio dei Ministri 1° luglio 2008**

Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e per la definizione delle attività delle pregresse gestioni commissariali. (Ordinanza n. 3686)

(G.U. del 10 luglio 2008, n. 160)

## **Ordinanza Presidente del Consiglio dei Ministri 2 luglio 2008**

Costituzione della Struttura di consulenza giuridico-amministrativa del Sot-

tosegretario di Stato presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nominato ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90, per la soluzione dell'emergenza rifiuti nella Regione Campania. (Ordinanza n. 3687)  
(G.U. del 10 luglio 2008, n. 160)

#### **Decreto legislativo 26 giugno 2008, n. 120**

Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 3 agosto 2007, n. 152, di attuazione della direttiva 2004/107/Ce relativa all'arsenico, il cadmio, il mercurio, il nichel e gli idrocarburi policiclici aromatici nell'aria ambiente  
(G.U. del 12 luglio 2008, n. 162)

#### **Decreto Ministero dell'economia e delle finanze 7 luglio 2008**

Determinazione del tasso di interesse da applicarsi, per il periodo 1° luglio-31 dicembre 2008, ai mutui stipulati, nell'ambito degli interventi di ristrutturazione ed ammodernamento del patrimonio sanitario pubblico, in data anteriore al 29 marzo 1999.  
(G.U. del 14 luglio 2008, n. 163)

#### **Circolare Ministero dello sviluppo economico 1° luglio 2008, n. 5244**

Circolare applicativa dell'accordo per l'internazionalizzazione del sistema fieristico italiano firmato il 20 luglio 2004 tra il Ministero dello sviluppo economico (già Ministero delle attività produttive), la Conferenza dei presidenti delle regioni e province autonome, l'Associazione esposizioni e fiere italiane, il Comitato fiere industria e il Comitato fiere terziario  
(G.U. del 14 luglio 2008, n. 163)

#### **Legge 14 luglio 2008, n. 121**

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 maggio 2008,

n. 85, recante disposizioni urgenti per l'adeguamento delle strutture di Governo in applicazione dell'articolo 1, commi 376 e 377, della legge 24 dicembre 2007, n. 244  
(G.U. del 15 luglio 2008, n. 164)

#### **Decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 6 maggio 2008**

Approvazione del "Modello unico digitale per l'edilizia"  
(G.U. del 15 luglio 2008, n. 164)

#### **Legge 14 luglio 2008, n. 123**

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90, recante misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile  
(G.U. del 16 luglio 2008, n. 165)

#### **Decreto Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione 23 aprile 2008**

Finanziamento di infrastrutture nazionali e regionali del sistema pubblico di connettività (SPC) e dei servizi «Voce tramite protocollo internet» (VoIP)  
(G.U. del 16 luglio 2008, n. 165)

#### **Decreto Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 9 luglio 2008**

Programmi concernenti la rivitalizzazione economica e sociale delle città e delle zone adiacenti in crisi, per promuoverne uno sviluppo urbano sostenibile con l'assegnazione delle risorse URBAN-ITALIA, riprogrammate ai sensi del decreto 7 agosto 2003, articolo 2, comma 2, a valere sui fondi di cui alla legge n. 388/2000  
(G.U. del 17 luglio 2008, n. 166)

#### **Comunicato Ministero dell'interno**

Comunicato di rettifica relativo al termine di presentazione delle domande di contributo presentate dagli enti locali per l'accesso alla ripartizione delle risorse del Fondo nazionale per le politiche e i servizi dell'asilo riservate al sostegno finanziario dei servizi di accoglienza  
(G.U. del 20 luglio 2008, n. 168)

#### **Ordinanza Presidente del Consiglio dei Ministri 16 luglio 2008**

Ulteriori disposizioni urgenti per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella Regione Campania. (Ordinanza n. 3693)  
(G.U. del 21 luglio 2008, n. 169)

#### **Decreto Ministero dell'interno 15 luglio 2008**

Contenimento di spese degli enti locali  
(G.U. del 22 luglio 2008, n. 170)

#### **Legge 24 luglio 2008, n. 125**

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica  
(G.U. del 25 luglio 2008, n. 173)

#### **Legge 24 luglio 2008, n. 126**

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 maggio 2008, n. 93, recante disposizioni urgenti per salvaguardare il potere di acquisto delle famiglie  
(G.U. del 26 luglio 2008, n. 174)

#### **Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 25 luglio 2008**

Proroga dello stato di emergenza per proseguire le attività di contrasto all'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari  
(G.U. del 28 luglio 2008, n. 175)

# giurisprudenza

**Corte Costituzionale,  
sentenza 23 maggio 2008, n. 166**

**1. Edilizia residenziale pubblica – Competenza legislativa dello Stato – Ambito – Individuazione**

**2. Edilizia residenziale pubblica – Art. 3, comma 1, legge n. 9 del 2007 (Interventi per la riduzione del disagio abitativo per particolari categorie sociali) – Predisposizione da parte delle regioni di piani straordinari destinati a soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza – Ragioni**

**3. Edilizia residenziale pubblica – art. 3, comma 2, legge n. 9 del 2007 (Interventi per la riduzione del disagio abitativo per particolari categorie sociali) – Possibilità per i comuni di istituire apposite commissioni per l'eventuale graduazione delle azioni di rilascio – Illegittimità costituzionale – Va dichiarata**

1. Anche dopo la riforma del titolo V della parte II della Costituzione, continua a spettare allo Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione "la determinazione dell'offerta minima di alloggi destinati a soddisfare le esigenze dei ceti meno abbienti" (sentenza n. 94 del 2007). Del pari, la programmazione degli insediamenti di edilizia residenziale pubblica, in quanto ricadenti nella materia "governo del territorio", appartiene alla competenza legislativa concorrente di cui al terzo comma dell'art. 117 Cost. (sentenza n. 451 del 2006). Alla luce degli indirizzi giurisprudenziali richiamati, si può stabilire che gli spazi normativi coperti dalla potestà legislativa dello Stato sono da una parte la determinazione di quei livelli minimali di fabbisogno abitativo che siano strettamente inerenti al nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana e dall'altra parte la fissazione di principi generali, entro

i quali le regioni possono esercitare validamente la loro competenza a programmare e realizzare in concreto insediamenti di edilizia residenziale pubblica o mediante la costruzione di nuovi alloggi o mediante il recupero e il risanamento di immobili esistenti. L'una e l'altra competenza (la prima ricadente nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, la seconda in quella concorrente) si integrano e si completano a vicenda, giacché la determinazione dei livelli minimi di offerta abitativa per specifiche categorie di soggetti deboli non può essere disgiunta dalla fissazione su scala nazionale degli interventi, allo scopo di evitare squilibri e disparità nel godimento del diritto alla casa da parte delle categorie sociali disagiate.

2. Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, della legge 8 febbraio 2007, n. 9 (Interventi per la riduzione del disagio abitativo per particolari categorie sociali), considerato che tale norma – che richiede alle regioni la predisposizione, in base alle proposte dei comuni interessati, di un piano straordinario, articolato in tre annualità, destinato a soddisfare il fabbisogno di edilizia residenziale pubblica – si presenta come la prima fase di un programma generale di interventi nel settore dell'edilizia residenziale pubblica, nell'ambito del quale lo Stato, da una parte, si riserva il potere di individuare le categorie particolarmente disagiate, da considerare con priorità su tutto il territorio nazionale, dall'altra parte, detta i principi fondamentali che dovranno presiedere all'elaborazione dei piani specifici, di competenza delle regioni. A queste ultime spetta sia l'individuazione del fabbisogno abitativo, sia l'articolazione degli interventi e delle realizzazioni conseguenti. Per entrambi i profili, l'estensione della competenza statale non supera i limiti di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *m*), e terzo comma, Cost. La

determinazione dei livelli minimi di offerta abitativa per categorie di soggetti particolarmente disagiate, da garantire su tutto il territorio nazionale, viene concretamente realizzata attribuendo a tali soggetti una posizione preferenziale, che possa assicurare agli stessi il soddisfacimento del diritto sociale alla casa compatibilmente con la effettiva disponibilità di alloggi nei diversi territori, resa palese dai piani straordinari previsti dalla norma.

3. Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, della legge 8 febbraio 2007, n. 9 (Interventi per la riduzione del disagio abitativo per particolari categorie sociali), che riconosce ai comuni la possibilità di istituire "apposite commissioni", con durata di diciotto mesi, per l'eventuale graduazione, fatte salve le competenze dell'autorità giudiziaria ordinaria, delle azioni di rilascio, allo scopo di favorire il passaggio "da casa a casa" per le categorie individuate all'art. 1, nonché per le famiglie collocate utilmente nelle graduatorie comunali per l'accesso agli alloggi di edilizia residenziale pubblica. Attribuire ai comuni la possibilità di istituire tali commissioni lede la competenza residuale delle regioni in materia di politiche sociali. Né si può ritenere che la norma si limiti a conferire ai comuni una semplice facoltà, giacché ciò non è consentito in materie riservate alla competenza regionale. Trattandosi di materia sociale e non potendosi configurare nella specie alcuna competenza statale costituzionalmente consentita, la norma censurata è illegittima per violazione dell'art. 117, quarto comma, Cost.

**Consiglio di Stato, sez. V,  
sentenza 13 giugno 2008, n. 2971**

**1. Ricorso giurisdizionale – Regolamenti di determinazione delle tariffe e delle tasse dovute per la gestione di servizi locali – Im-**

9/08

**pugnazione – Termine – Decorrenza**

**2. Ricorso giurisdizionale – Atti di natura normativa secondaria – Notifica personale ai destinatari – Necessità – Non sussiste**

**3. Ricorso giurisdizionale – Controversie in materia di gestione di servizi pubblici – Art. 23-bis, lett. c), l. T.A.R. – Dimidiazione dei termini processuali – Ambito di applicazione – Fattispecie**

1. Il termine per impugnare i regolamenti di determinazione delle tariffe e delle tasse dovute per la gestione di servizi locali decorre dal giorno in cui scade il termine per la pubblicazione, trattandosi di atti per i quali non è richiesta la notifica individuale; tanto nel presupposto della immediata lesività dei regolamenti in questione e della loro conseguente autonoma impugnazione rispetto ai successivi provvedimenti di accertamento e riscossione dei corrispettivi (1).

2. Gli atti di natura normativa secondaria, in quanto aventi destinatari indeterminati, non vanno notificati personalmente ai fini della decorrenza del termine per impugnare.

3. L'art. 23-bis, lett. c), l. T.A.R., che dimezza tutti i termini processuali concernenti i giudizi aventi come oggetto "provvedimenti relativi alle procedure di esecuzione di servizi pubblici", si applica alle controversie in materia di gestione dei servizi pubblici ove venga in contestazione un provvedimento autoritativo (2). Ne consegue l'applicabilità di tale dimidiazione dei termini a una controversia avente per oggetto il regolamento di determinazione della tariffa rifiuti, posto che non può dubitarsi che il servizio di smaltimento dei rifiuti non costituisca servizio pubblico in senso proprio.

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2003, n. 751; *idem*, 17 marzo 2003, n. 1379.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3268 del 2003; ad. plen. 31 maggio 2005, n. 5.

**Consiglio di Stato, sez. V,  
sentenza 13 giugno 2008, n. 2970**

**1. Ricorso giurisdizionale – Consiglieri comunali con obbligo di astensione – Deliberazione assunta con la loro partecipazione – Giudizio di annullamento – Veste di controinteressati – Va esclusa**

**2. Enti locali – Consiglieri comunali – Obbligo di astensione – Sussistenza – Presupposti – Possibilità di partecipare alla discussione – Va esclusa**

**3. Atti e provvedimenti amministrativi – Atto assunto in violazione dell'obbligo di astensione – Annullabilità in toto – Va affermata**

**4. Enti locali – Consiglieri comunali – Obbligo di astensione – Ex art. 78, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 – Ambito di applicazione – Individuazione**

**5. Enti locali – Consiglieri comunali – Obbligo di astensione – Ex art. 78, comma 2, d.lgs. n. 267 del 2000 – "Interesse" del consigliere – Nozione – Individuazione**

1. I componenti del consiglio comunale, che hanno l'obbligo di astensione, non assumono la veste di controinteressati nel giudizio in cui si fa valere l'illegittimità della deliberazione assunta con la loro partecipazione (1). In casi del genere non si riscontrano i due presupposti essenziali che integrano la nozione di controinteressato in senso proprio: l'elemento formale (ovvero la menzione espressa della persona nell'atto impugnato o la sua immediata rintracciabilità); l'elemento sostanziale, ovvero l'interesse immediato e differenziato rispetto a quello del *quavis de populo* a mantenere gli effetti del provvedimento impugnato che è riferibile in via esclusiva all'ente.

2. L'obbligo di astensione ricorre per il solo fatto che i membri del collegio amministrativo siano portatori di interessi divergenti rispetto a quello generale affidato alle cure dell'organo di cui fanno parte, risultando irrilevante, a tal fine, la circostanza che la votazione non avrebbe potuto avere altro apprezzabile esito, che la scelta sia stata in concreto la più utile e la più opportuna per lo stesso interesse pubblico, ovvero che non sia stato dimostrato il fine specifico di realizzare l'interesse privato o il concreto pregiudizio dell'amministrazione (2); i soggetti interessati alle deliberazioni assunte dagli organi collegiali di cui fanno parte devono evitare di partecipare finanche alla discussione, potendo condizionare nel complesso la formazione della volontà assembleare, sicché è irrilevante l'esito della prova di resistenza (3).

3. L'atto assunto in violazione dell'obbligo di astensione è annullabile *in toto* e non solo per la parte eventuale del provvedimento che riguarda il solo componente incompatibile (4).

4. Come emerge dal tenore letterale dell'art. 78, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000 e dalla sua ratio, la regola generale è che l'amministratore debba astenersi al minimo sentore di conflitto di interessi, reale o potenziale che sia; la deroga divisata per gli atti generali e normativi, oltre a non essere assoluta (perché qualora si profili il concreto interesse personale si ripristina l'obbligo di astensione), è da considerarsi tassativa ed incapace quindi, di incidere sul perimetro della fattispecie ampliandola internamente (5).

5. La regola della astensione del consigliere comunale deve trovare applicazione in tutti i casi in cui il consigliere, per ragioni obiettive, non si trovi in posizione di assoluta serenità rispetto alle decisioni da adottare di natura discrezionale; in tal senso il concetto di «interesse» del consigliere alla deliberazione comprende ogni situazione di conflitto o di contrasto di situazioni personali, comportante una tensione della volontà, verso una qualsiasi utilità che si possa ricavare dal contribuire alla adozione di una delibera (6). È dunque evidente che allorché una delibera consiliare abbia ad oggetto una persona ben individuata (da nominare, revocare, designare ecc.), in quanto tale non può mai essere considerata espressione di indirizzo politico generale ai fini dell'obbligo sancito dall'art. 78 t.u.e.l.

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2007, n. 3385; *idem*, sez. V, 9 ottobre 2006, n. 6005.

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2003, n. 2826.

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291.

(4) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2007, n. 3385.

(5) Cfr. Cons. Stato, sez. II, 26 gennaio 2005, n. 8525/2004, secondo cui l'art. 78 cit., deve essere applicato con rigore da ogni amministratore.

(6) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 novembre 2003, n. 7050.

**Consiglio di Stato, sez. V,  
sentenza 9 giugno 2008, n. 2840**

**1. Circolazione stradale – Sosta autoveicoli all'interno dei centri abitati – Sindaco – Potere di regolazione – Ex art. 7 d.lgs. 258 del 1992 – Divieto di sosta nel periodo estivo per i non residenti – Possibilità**

**2. Circolazione stradale – Sosta autoveicoli all'interno dei centri abitati – Provvedimento del sindaco che consente la sosta ai soli residenti muniti di apposito contrassegno – Motivazione – Limitazione al periodo estivo e collocazione geografica del comune – Legittimità**

1. In base all'art. 7 d.lgs. 258 del 1992 il sindaco ha il potere (ovviamente secondo criteri passibili di sindacato giurisdizionale) di regolare la sosta dei veicoli all'interno dei centri abitati, sicché il sindaco di un comune ben può escludere la possibilità di sosta, per il limitato periodo estivo, ai non residenti nel territorio comunale.

2. È legittimo il provvedimento con il quale il sindaco ha regolato la sosta nel territorio comunale consentendola, limitatamente al periodo estivo, ai soli cittadini, muniti di apposito contrassegno, qualora l'atto sindacale,

ancorché in maniera assai sintetica, renda comprensibile la ragione del provvedere, oltretutto desumibile dal periodo di tempo al quale risultava circoscritta la limitazione della sosta (periodo estivo) e dalla collocazione geografica del comune interessato.

**Consiglio di Stato,  
sez. V, sentenza 9 giugno 2008, n. 2872**

**1. Ricorso giurisdizionale – Regolamento per l'elezione dei consiglieri provinciali stranieri aggiunti – consiglieri provinciali – Interesse al ricorso – Sussiste**

**2. Atti amministrativi – Azione di nullità – Ex art. 21-septies l. n. 241 del 1990 – Termine di decadenza o di prescrizione – Carenza di disciplina – Applicazione in via analogica della regola civilistica della imprescrittibilità dell'azione di nullità – Va affermata**

**3. Enti locali – Statuto provinciale – Istituzione della figura del “consigliere straniero aggiunto” – Nullità per difetto assoluto di attribuzione – Esclusione – Fattispecie**

1. I consiglieri provinciali hanno certamente interesse a contestare le disposizioni statutarie e regolamentari che disciplinano le modalità di funzionamento e l'articolazione strutturale dell'organo di governo assembleare. In tal modo, essi non fanno valere un generico interesse al rispetto della legalità amministrativa, ma agiscono per tutelare la propria posizione direttamente connessa allo svolgimento dell'ufficio pubblico elettivo al quale sono preposti. In conseguenza l'ammissibilità del ricorso di alcuni consiglieri provinciali avverso la deliberazione di approvazione del regolamento per l'elezione dei consiglieri provinciali stranieri aggiunti, in base al quale i “consiglieri aggiunti” entrano a far parte, formalmente, del consiglio provinciale, seppure con poteri meramente consultivi e senza funzioni deliberative. È indiscutibile, quindi, che la disciplina regolamentare introdotta dalla Provincia è potenzialmente idonea ad incidere sulle modalità di svolgimento dei lavori del consiglio, toccando la sfera degli interessi dei consiglieri provinciali. Pertanto, questi hanno un interesse differenziato a contestare i provvedimenti amministrativi che disciplinano la composizione del collegio di cui fanno parte e definiscono le competenze dei consiglieri aggiunti.

2. Il nuovo articolo 21-septies della legge n. 241/1990, recependo i risultati di una ricca elaborazione interpretativa, ha codificato la categoria concettuale del provvedimento amministrativo nullo, definendone i caratteri sostanziali. La disposizione, tuttavia, non ha

espressamente indicato la disciplina dell'azione di nullità, con particolare riguardo ai termini di decadenza o di prescrizione. La carenza di disciplina espressa, variamente criticata dalla dottrina, non impedisce di applicare, analogicamente, il nucleo essenziale delle norme contenute nel codice civile, riguardanti la nullità del contratto, nella parte in cui esse riflettono principi sistematici di portata più generale. In particolare, trova applicazione la regola della imprescrittibilità dell'azione di nullità. La gravità delle patologie elencate dall'articolo 21-septies comporta che l'atto sia, in radice, inidoneo a produrre effetti giuridici. Questa assoluta inidoneità strutturale dell'atto comporta che l'interessato possa fare accertere la nullità, senza limitazioni temporali, ferma restando l'eventuale prescrizione delle connesse azioni di condanna.

3. La norma statutaria che istituisce la figura del “consigliere straniero aggiunto” e ne chiarisce i compiti – prevedendo che i consiglieri aggiunti non votano alcuna delibera, non esercitano poteri di “veto”, non entrano a far parte del quorum strutturale e funzionale del consiglio – non altera, nella sostanza, il potere spettante al consiglio provinciale, modificando significativamente il corretto esercizio della funzione di governo dell'ente locale. Dunque, le determinazioni adottate dalla Provincia non toccano materie affidate alla legislazione esclusiva statale (ex art. 117, comma 2, lett. p), Cost.). Pertanto, non è configurabile la nullità degli atti per difetto assoluto di attribuzione.

**Consiglio di Stato,  
sez. VI, sentenza 6 giugno 2008, n. 2743**

**Procedimento amministrativo – Piano cave – Approvazione – Omessa acquisizione del parere di un comune interessato dalla proposta di piano – Illegittimità – Fattispecie**  
È illegittima la delibera regionale di approvazione del nuovo piano cave di una provincia nel caso in cui non sia stato acquisito il parere di un comune interessato dalla proposta di piano; in particolare, la regione, una volta constatata l'opportunità di destinare alla creazione di una cava un territorio, trascurato dalla provincia competente, che quindi non ha acquisito il parere del comune interessato, ha l'onere di coinvolgere gli enti locali nella scelta, rimettendo, a tale scopo, gli atti alla provincia perché acquisisca il parere del comune interessato e formuli le proprie osservazioni al riguardo (1).

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7261

**Corte dei conti,  
sez. regionale di controllo Lombardia,  
deliberazione n. 25/pareri/2008**

**Enti locali – Unioni di comuni – Componenti del consiglio e della giunta che rivestono la carica di membri degli organi esecutivi dei comuni aderenti – Indennità di funzione percepita dal comune di appartenenza e gettone di presenza per la partecipazione alle sedute del consiglio dell'unione – Divieto di cumulo**

L'abrogazione del comma 6 dell'art. 82 del t.u.e.l. comporta necessariamente la non cumulabilità di indennità e gettoni di presenza per mandati elettivi ricoperti dalla stessa persona presso enti diversi, pur in assenza di una specifica esclusione. Ne consegue che non è possibile riconoscere ai componenti del consiglio e della giunta dell'unione, che rivestono la carica di membri degli organi esecutivi dei comuni aderenti – e che, quindi, percepiscono l'indennità di funzione dal comune di appartenenza – il gettone di presenza per la partecipazione alle sedute del consiglio dell'unione.

**T.A.R. Veneto,  
sez. III, sentenza 18 giugno 2008, n. 1799**

**1. Silenzio della p.a. – Pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande – Apertura – Autorizzazione – Silenzio-assenso – Applicabilità – Va affermata**

**2. Silenzio della p.a. – Legge n. 80/2005 – Silenzio-assenso – Costituisce la regola generale – Eccezioni – Tassatività**

1. L'art. 20, comma 4, della l. n. 241 del 1990 stabilisce che la disciplina sul silenzio-assenso non si applica agli atti e ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti. I procedimenti che riguardano le autorizzazioni all'insediamento di pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande non rientrano in nessuna delle materie appena indicate. Neppure risulta che il Presidente del Consiglio dei Ministri, con uno o più decreti, abbia stabilito che ai procedimenti suddetti non si applicano le

disposizioni del citato art. 20. Il fatto che nel caso in esame si faccia questione di provvedimenti assoggettati a "contingentamento" o a "parametri numerici" o a "criteri di programmazione" non preclude certo l'applicazione della disciplina relativa al silenzio-assenso: sul piano letterale, perché l'art. 20 si riferisce ai "procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi", con un richiamo quindi alla macro categoria dei provvedimenti amministrativi che appare comprensivo di tutti gli atti di natura autorizzatoria (ad eccezione delle materie di cui all'art. 20, comma 4, e fatto salvo, ovviamente, il campo d'intervento dell'art. 19 sulla attività private sottoposte a regime di liberalizzazione); sul piano logico, perché non si spiegherebbe come mai l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 consideri anche casi nei quali per il rilascio di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato sono previsti limiti o contingenti complessivi, o specifici strumenti di programmazione settoriale, allo scopo di escludere esplicitamente detti casi dall'ambito di applicazione della disciplina in tema di Dia, e viceversa all'art. 20 il legislatore, ove intenzionato, a negare l'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso ai procedimenti soggetti a contingentamento, non abbia ritenuto di introdurre una previsione analoga menzionandola: il fatto è che se si raffrontano le formulazioni degli articoli 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, su questo aspetto specifico, non sembrano esservi ragioni per concludere che ai casi soggetti a contingentamento non si applica non solo la Dia ma neppure il silenzio-assenso.

2. La generale applicazione del silenzio-assenso introdotta con la novella della legge n. 80/2005 ha capovolto la prospettiva risultante dal quadro normativo precedente, nel quale si era demandato ad un atto di normazione secondaria (il d.P.R. n. 300/1992, appunto) la individuazione delle fattispecie alle quali applicare il meccanismo di semplificazione amministrativa di cui si tratta, con la conseguenza che, nelle ipotesi non espressamente previste, il privato che aspirasse ad un provvedimento esplicito, a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, conservava la possibilità di proporre ricorso avverso il c.d. "silenzio-rifiuto" (o silenzio-inadempimento). Se prima delle modifiche alla l. n. 241 del 1990 sopravvenute nel 2005, infatti, il meccanismo di cui all'art. 20 poteva essere considerato un'eccezione al principio della conclusione del procedimento mediante provvedimento espresso (cfr. art. 2, comma 1, legge n. 241/1990) ed era ammesso solo in

ipotesi tassativamente determinate, ora con la legge n. 80/2005 esso diviene una regola generale, mentre sono divenute tassative le eccezioni a tale regola.

#### **T.A.R. Lombardia, Brescia,**

#### **sez. I, sentenza 16 giugno 2008, n. 645**

**1. Pubblico impiego - Mobilità - Natura - Procedure - Modalità**

**2. Diritto di accesso ai documenti amministrativi - Procedure di mobilità - Dipendente che ha presentato specifica istanza - Diritto di accedere alle domande di mobilità presentate da altri soggetti - Sussiste**

1. La mobilità non è un istituto previsto nell'esclusivo interesse dell'amministrazione ma uno strumento di reclutamento che ex art. 30 del d.lgs. 165/2001 (applicabile alle agenzie fiscali ex art. 71 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300) prevale sul concorso pubblico perché considerato idoneo a garantire economie di spesa e dunque nei limiti necessari a conseguire tale obiettivo. L'amministrazione (intesa nel suo complesso come area del pubblico impiego) è obbligata a fare ricorso alle risorse interne utilizzando i dipendenti nel modo più razionale ed evitando di effettuare nuove assunzioni quando sia possibile riallocare diversamente i dipendenti non più indispensabili in un determinato ente o comparto. Tra tutti gli aspiranti all'inquadramento in un medesimo posto viene operata una sola distinzione rilevante: da un lato vi sono (con diritto di precedenza) quelli che sono già inseriti nella struttura di destinazione in posizione di comando o di fuori ruolo, dall'altro vi sono quanti aspirano a transitare presso una struttura diversa da quella dove sono impiegati. Per questi ultimi si riespande il criterio della comparazione di natura concorsuale e dunque gli accordi collettivi (o in via sussidiaria i singoli enti) devono prevedere delle procedure trasparenti per consentire a tutti gli interessati di presentare domanda di partecipazione e dei criteri di selezione su base meritocratica per individuare il soggetto più idoneo. L'unica eccezione a una procedura aperta può essere costituita dalla mobilità per compensazione, dove gli enti si scambiano i dipendenti (su iniziativa o con il consenso degli stessi) realizzando una scelta organizzativa a somma zero che non lascia margini alle aspettative di altri soggetti.

2. L'istanza di accesso ai documenti relativi ad una procedura di mobilità non può essere qualificata come istanza diretta a un controllo generalizzato dell'organizzazione del personale in contrasto con l'art. 24, comma 3, della

legge 241/1990. Al contrario la conoscenza degli atti delle procedure di mobilità soddisfa un interesse ben definito e individualizzato. Si tratta di informazioni che hanno per oggetto una precisa forma di reclutamento del personale, entro un periodo di tempo limitato, e sono collegabili in modo chiaro alla necessità del soggetto interessato di difendere in sede giudiziaria le aspettative circa la possibile evoluzione del proprio rapporto di lavoro. Ne consegue che al dipendente che abbia partecipato ad una procedura di mobilità, avanzando specifica istanza, deve essere riconosciuto il diritto di accesso a tutti gli atti della relativa procedura, incluse le domande di mobilità presentate da altri soggetti.

#### **T.A.R. Puglia, Bari,**

#### **sez. III, sentenza 4 giugno 2008, n. 1388**

**1. Procedimento amministrativo - Accesso ai documenti amministrativi - Art. 10-bis l. n. 241/1990 - Applicabilità**

**2. Diritto di accesso ai documenti amministrativi - Società seconda classificata nella graduatoria delle imprese ammesse alla gara per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione gas naturale - Interesse ad accedere agli atti relativi alla esecuzione del contratto stipulato tra il comune e la prima aggiudicataria - Esclusione**

1. L'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 deve ritenersi applicabile anche ai procedimenti finalizzati all'accesso agli atti. E invero l'art. 25 della l. 241/1990, là ove dispone che "Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta questa si intende respinta", non intende affermare che il termine di trenta giorni non possa essere in alcun modo interrotto, avendo invece la funzione di chiarire: a) che il termine per la conclusione di questo tipo di procedimento è di trenta giorni; b) che in mancanza di provvedimento espresso l'inerzia della amministrazione deve qualificarsi nella specie come provvedimento a contenuto negativo. Si deve quindi ritenere che il termine di trenta giorni per la conclusione del procedimento per l'accesso agli atti possa essere interrotto per effetto della comunicazione di cui all'art. 10-bis della l. 241/1990, norma generale da ritenersi applicabile anche ai procedimenti di che trattasi.

2. La società risultata seconda classificata nella graduatoria delle imprese ammesse alla gara per l'aggiudicazione del servizio di distribuzione gas naturale nel territorio comunale non vanta un interesse a verificare l'andamento della esecuzione del contratto relativo al servizio stesso stipulato tra

il comune e la prima aggiudicataria, basato sul presupposto di dover essere chiamata a sostituire questa ultima in caso di risoluzione del contratto per inadempimento; ammettere tale società all'accesso agli atti relativi alla esecuzione del contratto stipulato tra il comune e la prima aggiudicataria significa metterla in posizione tale da interferire con la azione amministrativa, condizionando le valutazioni e decisioni della stazione appaltante di fronte ad eventuali inadempimenti della concessionaria. E ciò è esattamente quanto il legislatore si propone di evitare laddove, all'art. 24, comma 3, l. 241/1990, statuisce la inammissibilità delle istanze di accesso finalizzate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

**T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, sentenza 4 giugno 2008, n. 1359**  
*Edilizia e urbanistica - Opere abusive - Ordinanza di demolizione adottata dal sindaco - Art. 21-octies l. n. 241 del 1990 - Applicabilità - Va affermata*

È legittima l'ordinanza di demolizione di opere abusive adottata dal Sindaco anziché dal dirigente, in quanto trova applicazione l'art. 21-octies della legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 della l. n. 15/2005, che statuisce la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento qualora, per la sua natura vincolata, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato (1).

(1) Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 8 febbraio 2006, n. 902; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 febbraio 2006, n. 1965; T.A.R. Piemonte, sez. I, 10 maggio 2006, n. 2021.

**T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, sentenza 3 giugno 2008, n. 287**  
*Competenza e giurisdizione - Atto di iscrizione anagrafica - Controversia - Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario - Fattispecie*

Le controversie relative ad un'iscrizione anagrafica rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, non esercitando il comune, riguardo a tali fattispecie, alcun potere discrezionale, dovendosi limitare unicamente ad accertare la sussistenza di determinate situazioni in capo ai soggetti richiedenti (1). Tali cause coinvolgono, infatti, situazioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo del destinatario dell'iscrizione, con conseguente de-

voluzione delle stesse al giudice dei diritti (2). D'altra parte, nemmeno può sostenersi che il quadro di riferimento cambi a causa del fatto che il destinatario dell'iscrizione anagrafica, in quanto minore d'età, è soggetto diverso dal richiedente (padre naturale del minore). Anche nei confronti di tale soggetto, infatti, le verifiche di competenza del comune in materia anagrafica sono regolate da norme di relazione di rapporti intersoggettivi dettate nell'interesse diretto della popolazione residente che, in quanto tali, sono del tutto inidonee ad imporsi autoritativamente e conseguentemente a far degradare la posizione di diritto soggettivo del privato.

(1) Cfr. Cass., ss.uu., 19 giugno 2000, n. 449.  
(2) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, 10 maggio 2006, n. 4055; T.A.R. Liguria, sez. I, 25 giugno 2007, n. 1231; T.A.R. Toscana, sez. I, 4 dicembre 2006, n. 7042.

**T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, sentenza 20 maggio 2008, n. 1814**  
*Enti locali - Ordinanze contingibili e urgenti - Adozione da parte del vice-sindaco - Possibilità*

La figura del vice-sindaco, prevista espressamente dalla legge (art. 46, comma 2, d.lgs. 267/2000), è destinata, in via generale, alla sostituzione del sindaco nei compiti di quest'ultimo; con riguardo poi alle attribuzioni del Sindaco nei servizi di competenza statale, è espressamente previsto (art. 54, comma 5, d.lgs. 267/2000), che chi sostituisce il sindaco possa esercitarne le relative funzioni. Ne consegue la generale possibilità, per il Vice Sindaco, di sostituire il sindaco, anche nell'adozione delle ordinanze contingibili ed urgenti (1).

(1) Cfr. T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6.6.2007, n. 288.

**T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, sentenza 16 maggio 2008, n. 519**  
*Enti locali - Consiglieri comunali - Dimissioni ultra dimidium - Presentazione lo stesso giorno ma in due momenti diversi e con atti separati - Decreto prefettizio di scioglimento del consiglio comunale - Illegittimità*

È illegittimo il decreto prefettizio di scioglimento del consiglio comunale e di nomina del commissario prefettizio, motivato con la presentazione di contestuali dimissioni della maggioranza dei consiglieri comunali, nel caso in cui le dimissioni siano state presentate lo stesso giorno ma in due momenti

diversi e con atti separati, considerato che in base all'art. 39, comma 1, lettera b), n. 2 della l. n. 142 del 1990, come modificato dall'art. 5, comma 2, della l. n. 127 del 1997 (il quale dispone che lo scioglimento vada disposto, tra l'altro, nel caso di "cessazione dalla carica per dimissioni contestuali ovvero rese anche con atti separati purché contemporaneamente presentati al protocollo dell'ente, della metà più uno dei membri assegnati") devono essere presenti entrambi i requisiti per potersi dar luogo allo scioglimento del consiglio comunale per dimissioni *ultra dimidium*: la contestualità e la contemporaneità di presentazione al protocollo dell'ente, altrimenti non perfezionandosi la fattispecie normativa.

**T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, sentenza 16 maggio 2008, n. 1921**

*1. Enti locali - Dirigenti comunali - Indennità di funzione - Individuazione del quantum attraverso coefficienti numerici - Motivazione - Sufficienza*

*2. Enti locali - Dirigenti comunali - Indennità di funzione - Attribuzione - Deliberazione della giunta comunale - Illegittimità - Fattispecie*

1. La individuazione del *quantum* della indennità di funzione è espressione di amplissima discrezionalità (1), che in quanto tale non necessita di altra motivazione oltre l'espressione di un coefficiente numerico (2).

2. È illegittima la deliberazione della giunta comunale recante l'attribuzione dell'indennità dirigenziale, nel caso in cui l'amministrazione, dovendo ridurre il punteggio di quei dirigenti che, sommando le varie categorie in valutazione, avevano ottenuto un coefficiente più elevato del massimo consentito, abbia riparametrato, riducendolo secondo criteri di proporzionalità, anche il punteggio di quei dirigenti che non avevano ottenuto il limite massimo. La proporzionale riduzione dei punteggi inferiori per assunte esigenze perequative che devono ritenersi comunque già valutate e assorbite in sede di predeterminazione dei criteri, non può essere arbitrariamente introdotta in sede applicativa senza concretare una palese violazione degli stessi.

(1) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 3348/2005 e 6024/2004; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 1343/2004; T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 201/1999.

(2) Cons. Stato, sez. V, 2372/2006; sez. VI, 6835/2006.

# circolari & pareri

## **Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento della funzione pubblica, circolare 17 luglio 2008, n. 7**

**Decreto-legge n. 112 del 2008 - "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" - Art. 71 - Assenze dal servizio dei pubblici dipendenti**

Come noto, con il decreto-legge n. 112 del 2008 sono state adottate delle misure normative finalizzate ad incrementare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni anche mediante interventi in materia di trattamento del personale.

Considerato che sono pervenuti numerosi quesiti dalle amministrazioni per conoscere l'interpretazione delle norme soprattutto in relazione alle disposizioni di cui all'art. 71 del decreto (Assenze per malattia e per permesso retribuito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni), si ritiene opportuno fornire delle indicazioni anche nelle more della conversione in legge del provvedimento.

Il decreto legge, pubblicato sul supplemento ordinario della *Gazzetta Ufficiale* del 25 giugno 2008, n. 147, è entrato in vigore il 26 giugno scorso. Quindi, l'applicazione del regime legale si riferisce alle assenze che si verificano a decorrere da tale data.

In linea generale, la nuova disciplina trova applicazione nei confronti dei dipendenti a tempo indeterminato contrattualizzati e non contrattualizzati nonché, in quanto compatibile, anche ai dipendenti assunti con forme di impiego flessibile del personale.

### **1. Le assenze per malattia**

Il provvedimento legislativo innanzi tutto contiene una nuova disciplina in materia di assenze per malattia.

La normativa stabilisce il trattamento economico spettante al dipendente in caso di assenza per malattia (comma 1), definisce le modalità per la presentazione della certificazione medica a giustificazione dell'assenza (comma 2) e per i controlli che le amministrazioni debbono disporre (comma 3).

Quanto al trattamento economico, la disposizione stabilisce che "nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento economico accessorio", con le eccezioni previste nello stesso comma (trattamenti più favorevoli eventualmente previsti per le assenze dovute ad infortuni sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a *day ospital* o a terapie salvavita).

In proposito, si considerano rientranti nel trattamento fondamentale le voci del trattamento economico tabellare iniziale e di sviluppo economico, della tredicesima mensilità, della retribuzione individuale di anzianità, ove acquisita, degli eventuali assegni *ad personam* per il personale del comparto ministeri e analoghe voci per il personale dipendente da altri comparti; inoltre, per il personale dell'area I si considerano lo stipendio tabellare, la retribuzione di posizione di parte fissa, la tredicesima mensilità, la retribuzione individuale di anzianità ove acquisita, eventuali assegni *ad personam* e analoghe voci per il personale dirigenziale appartenente ad altre aree.

Per la qualificazione delle voci retributive, le amministrazioni dovranno comunque far riferimento alle eventuali definizioni fornite dai contratti collettivi per ciascun comparto o area di riferimento (art. 45 del

d.lgs. n. 165 del 2001: "Il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi").

La disciplina in esame, a mente dell'ultimo comma dell'art. 71, non può essere derogata dai contratti collettivi. Naturalmente, per le parti non incompatibili con il nuovo regime legale, continueranno ad applicarsi le clausole dei contratti collettivi e degli accordi negoziali di riferimento.

Si segnala che i risparmi conseguenti all'attuazione della norma costituiscono economie di bilancio per le amministrazioni dello Stato e per gli enti diversi dalle amministrazioni statali concorrono al miglioramento dei saldi di bilancio. Secondo la norma tali risparmi "non possono essere utilizzati per incrementare i fondi destinati alla contrattazione collettiva".

Particolari problemi interpretativi si sono posti in riferimento al comma 2 dell'articolo in questione il quale stabilisce: "2. Nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante presentazione di certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica."

La norma individua le modalità con cui i pubblici dipendenti debbono giustificare le assenze per malattia. Essa fa riferimento alternativamente alla giustificazione delle assenze che in generale si propongono per un periodo superiore a dieci giorni e - a prescindere dalla durata - alla giustificazione delle assenze che riguardano il terzo episodio di assenza in ciascun anno solare.

Quanto all'individuazione del "periodo superiore a dieci giorni", la fattispecie si realizza sia nel caso di attestazione me-

dante un unico certificato dell'intera assenza sia nell'ipotesi in cui in occasione dell'evento originario sia stata indicata una prognosi successivamente protratta mediante altro/i certificato/i, sempre che l'assenza sia continuativa ("malattia protratta").

Si chiarisce che, in base alla norma, nella nozione di "secondo evento" rientra anche l'ipotesi di un solo giorno di malattia successivo ad un precedente e distinto "evento" di un solo giorno.

Nei casi sopra visti "l'assenza viene giustificata esclusivamente mediante presentazione di certificazione medica rilasciata da struttura sanitaria pubblica".

La norma sicuramente esclude che nelle ipotesi descritte la certificazione a giustificazione dell'assenza possa essere rilasciata da un medico libero professionista non convenzionato con il Servizio sanitario nazionale. Le amministrazioni pertanto non potranno considerare come assenze giustificate quelle avvenute per malattia per le quali il dipendente produca un certificato di un medico libero professionista non convenzionato.

Ciò detto, la lettura della disposizione va operata nel più ampio quadro delle norme costituzionali e dell'organizzazione dell'assistenza sanitaria delineata dal d.lgs. n. 502 del 1992.

Tale ottica conduce ad un'interpretazione che supera il dato meramente testuale della disposizione, per cui deve ritenersi ugualmente ammissibile la certificazione rilasciata dalle persone fisiche che comunque fanno parte del Servizio in questione e, cioè, dai medici convenzionati con il Servizio sanitario nazionale (art. 8, d.lgs. n. 502 del 1992), i quali in base alla convenzione stipulata con le A.s.l. e all'Accordo collettivo nazionale vigente sono tenuti al rilascio della certificazione (Accordo del 23 marzo 2005, art. 45). Anche in questo caso la qualità del medico - ossia l'evidenza del rapporto con il Servizio sanitario nazionale - dovrà risultare dalla certificazione.

Si coglie l'occasione per ricordare in questa sede che, in osservanza dei principi della necessità e dell'indispensabilità che improntano la disciplina in materia di trattamento dei dati personali, in linea generale (salvo specifiche previsioni) le pubbliche amministrazioni non possono chiedere che sui certificati prodotti a giustificazione dell'assenza per malattia sia indicata la diagnosi, essendo sufficien-

te l'enunciazione della prognosi (si veda in proposito anche la delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 14 giugno 2007, relativa a "Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico.", pubblicata nel supplemento ordinario della G.U. del 13 luglio 2007, n. 161).

Si segnala all'attenzione la previsione del comma 3 dell'art. 71. La norma impone la richiesta della visita fiscale da parte delle amministrazioni anche nel caso in cui l'assenza sia limitata ad un solo giorno e, innovando rispetto alle attuali previsioni negoziali, stabilisce un regime orario più ampio per la reperibilità al fine di agevolare i controlli. La norma specifica che la richiesta per l'attivazione della visita fiscale dovrà essere presentata "tenuto conto delle esigenze funzionali ed organizzative". Ciò significa che la richiesta di visita fiscale è sempre obbligatoria, anche nelle ipotesi di prognosi di un solo giorno, salvo particolari impedimenti del servizio del personale derivanti da un eccezionale carico di lavoro o urgenze della giornata.

## **2. L'incidenza delle assenze dal servizio ai fini della distribuzione dei fondi per la contrattazione collettiva**

Il comma 5 dell'art. 71 in esame stabilisce che "5. Le assenze dal servizio dei dipendenti di cui al comma 1 non sono equiparate alla presenza in servizio ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrativa. Fanno eccezione le assenze per congedo di maternità, compresa l'interdizione anticipata dal lavoro, e per congedo di paternità, le assenze dovute alla fruizione di permessi per lutto, per citazione a testimoniare e per l'espletamento delle funzioni di giudice popolare, nonché le assenze previste dall'articolo 4, comma 1, della legge 8 marzo 2000, n. 53, e per i soli dipendenti portatori di handicap grave, i permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104."

La norma vuole rispondere ad un criterio di efficienza ed economicità poiché impedisce che le amministrazioni possano considerare l'assenza dal servizio come presenza ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrativa.

Essa riguarda in generale tutte le assenze, con esclusione delle assenze individuate nel medesimo comma 5, le quali - in ra-

gione della causale - non possono tradursi in una penalizzazione per il dipendente (maternità, compresa l'interdizione anticipata dal lavoro, e paternità, permessi per lutto, per citazione a testimoniare e per l'espletamento delle funzioni di giudice popolare, assenze previste dall'articolo 4, comma 1, della legge 8 marzo 2000, n. 53, e per i dipendenti portatori di handicap grave i permessi di cui all'articolo 33, commi 6 e 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104).

Nell'interpretazione della disposizione acquista un particolare significato la parola "distribuzione", dovendosi quindi far riferimento a quelle somme (il cui finanziamento avviene mediante i fondi per la contrattazione collettiva) che sono destinate ad essere distribuite mediante contrattazione integrativa, vale a dire alle somme destinate a remunerare la produttività, l'incentivazione ed i risultati. In buona sostanza, la norma - che ha una forte valenza di principio - vincola le amministrazioni in sede negoziale e, in particolare, in sede di contrattazione integrativa impedendo di considerare allo stesso modo la presenza e l'assenza dal servizio ai fini dell'assegnazione di premi di produttività o altri incentivi comunque denominati, delle progressioni professionali ed economiche, dell'attribuzione della retribuzione di risultato per i dirigenti (la norma non riguarda invece la retribuzione di posizione, che non ha carattere di incentivo ma di corrispettivo connesso alle responsabilità derivanti dalla titolarità dell'incarico).

Quanto ai permessi "per citazione a testimoniare" si chiarisce che la disposizione non ha inteso disciplinare una nuova tipologia di permesso, ma solo attribuire rilievo alla particolare causale considerata, nell'ambito dell'utilizzo delle ordinarie forme di assenza giustificata dal lavoro già esistenti (permessi retribuiti per documentati motivi personali, ferie o permessi da recuperare o, se la testimonianza è resa a favore dell'amministrazione, permessi per motivi di servizio).

Restano comunque fermi gli ordinari principi in materia di premialità, cosicché è chiaro che la norma non intende in alcun modo introdurre degli automatismi legati alla presenza in servizio.

La nuova previsione legislativa, infatti, non vuole derogare alla natura e ai contenuti dei progetti e dei programmi di produttività e alla conseguente necessità

di valutare comunque l'effettivo apporto partecipativo dei lavoratori coinvolti negli stessi, attraverso l'introduzione di un nuovo criterio, automatico e generalizzato, di erogazione dei relativi compensi incentivanti, incentrato sulla sola presenza in servizio. Neppure tale criterio può ritenersi valido ed efficace per le sole tipologie di assenza considerate dal legislatore come assimilate alla presenza in servizio. Infatti, nelle suddette ipotesi di assenza, i lavoratori e le lavoratrici hanno titolo ad essere valutati per l'attività di servizio svolta e per i risultati effettivamente conseguiti ed hanno titolo a percepire i compensi di produttività, secondo le previsioni dei contratti integrativi vigenti presso le amministrazioni, solo in misura corrispondente alle attività effettivamente svolte ed ai risultati concretamente conseguiti dagli stessi, mentre l'assenza dal servizio non può riverberarsi in una penalizzazione rispetto agli altri dipendenti. In altri termini, e secondo i consolidati orientamenti della magistratura contabile (es.: Corte dei conti, sez II centrale, sentenza n. 44 del 2003), nell'erogazione dei compensi incentivanti deve essere esclusa ogni forma di automatica determinazione del compenso o di "erogazione a pioggia".

Resta inoltre fermo che le indennità o le retribuzioni connesse a determinate modalità della prestazione lavorativa (ad es. turno, reperibilità, rischio, disagio, trattamento per lavoro straordinario, ecc.) possono essere erogate soltanto in quanto la prestazione sia stata effettivamente svolta.

### 3. Il calcolo ad ore dei permessi retribuiti

Il comma 4 dell'art. 71 contiene dei criteri per la contrattazione collettiva. In particolare, si esprime la direttiva che i permessi retribuiti che possono essere fruiti a giorni o alternativamente ad ore debbano essere quantificati comunque ad ore. Inoltre, si stabilisce che "Nel caso di fruizione dell'intera giornata lavorativa, l'incidenza dell'assenza sul monte ore a disposizione del dipendente, per ciascuna tipologia, viene computata con riferimento all'orario di lavoro che il medesimo avrebbe dovuto osservare nella giornata di assenza."

La norma risponde all'evidente esigenza di impedire distorsioni nell'applicazione delle clausole e delle disposizioni che prevedono permessi retribuiti, evitando che i permessi siano chiesti e fruiti sempre nelle giornate in cui il dipendente do-

vrebbe recuperare l'orario. La norma è rivolta alle parti negoziali e sarà applicata in sede di contrattazione integrativa; tuttavia, lì dove i contratti collettivi vigenti prevedono l'alternatività tra la fruizione a giornate e quella ad ore dei permessi, fissando già il monte ore, le amministrazioni sono tenute ad applicare direttamente il secondo periodo del comma 4 in esame a partire dall'entrata in vigore del decreto legge.

Si segnala infine che, come previsto dal comma 6 dell'art. 71 in esame, le nuove norme assumono carattere imperativo non potendo essere derogate dai contratti o dagli accordi collettivi.

### Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della funzione pubblica, parere Uppa 11 luglio 2008, n. 46

#### *Collocamento in disponibilità dei segretari comunali e provinciali e possibilità di assumere la titolarità di sede di segreteria*

Con lettera del 17 giugno scorso il segretario comunale dott. xxxxx xxxxxx, collocato in disponibilità con decorrenza xx xxxx xxxxx e conseguentemente iscritto con la stessa decorrenza nell'elenco di cui all'art. 34, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, ha trasmesso la lettera n. 53679 (P) del 13 giugno 2008 con la quale codesta Agenzia ha fornito i chiarimenti da Egli richiesti, anche in ordine alla preclusione dei segretari collocati in disponibilità ai sensi degli artt. 33 e seguenti del precitato d.lgs. n. 165/2001 dalla possibilità di essere assegnati in qualità di titolari presso una sede di segreteria (nonché dalla possibilità di essere utilizzati per incarichi di reggenza e/o supplenza). Questa conclusione è basata sull'assunto della sospensione delle obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro per effetto del collocamento in disponibilità (art. 33, comma 8, d.lgs. n. 165/2001).

Si espongono al riguardo le seguenti considerazioni.

A norma degli artt. 97 e 98 del d.lgs. n. 267 del 2000 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), il comune e la provincia hanno un segretario titolare, dipendente dall'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali ed iscritto all'albo nazionale. Il successivo art. 99 affida al sindaco e al presidente della provincia la nomina del segretario - che dipende funzional-

mente dal capo dell'amministrazione -, da scegliere tra gli iscritti all'albo.

A seguito del collocamento in disponibilità - che sospende ma non fa cessare il rapporto di lavoro e pertanto non incide sulla posizione di dipendenza dall'Agenzia - il segretario continua ad essere iscritto all'albo e dunque, l'asserita preclusione in ordine alla possibilità di nomina, con la conseguente compressione delle prerogative del sindaco e del presidente della provincia intenzionati a conferire l'incarico, è in contrasto con le precitate disposizioni del t.u.e.l.

Deve poi considerarsi che la posizione del segretario comunale in disponibilità ai sensi degli artt. 33 e seguenti del d.lgs. n. 165/2001 compendia la fattispecie descritta dall'art. 101, comma 4, del t.u.e.l. sul collocamento in mobilità d'ufficio presso altre pubbliche amministrazioni del segretario, decorsi due anni senza che abbia preso servizio in qualità di titolare in altra sede, nella piena salvaguardia della posizione giuridica ed economica.

A tal riguardo soccorrono i chiarimenti resi dal Consiglio di Stato, sez. I, nel noto parere n. 2903/2003, proprio in ordine al significato della "piena salvaguardia della posizione giuridica ed economica" del segretario, che secondo l'altissimo consenso "esaurisce i propri effetti nel garantire ai segretari posti in mobilità d'ufficio la possibilità di essere chiamati a riassumere la titolarità di sedi comunali o provinciali, pur essendo stati cancellati dall'albo...".

Sussistono pertanto a parere dello scrivente, che conferma la propria collaborazione in ordine alle problematiche interpretative e gestionali dei segretari in disponibilità, margini apprezzabili per il riesame della questione da parte di codesta Agenzia.

### Ministero dell'interno-Dipartimento per gli affari interni e territoriali, circolare 26 giugno 2008, n. 8

#### *Decreto-legge 24 giugno 2008, recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico e la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria". Nuove disposizioni in materia di Carte di identità*

Nel supplemento ordinario n. 152 alla Gazzetta Ufficiale n. 147 del 25 giugno u.s., è stato pubblicato il decreto-legge n. 112, recante "Disposizioni urgenti per lo

sviluppo economico e la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria”.

In particolare, l'art. 31 del predetto d.l., che reca “Durata e rinnovo della carta d'identità”, ha previsto che la carta d'identità benefici di una validità temporale corrispondente a dieci anni, a fronte della previgente disposizione, di cui all'art. 3 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, che come noto prevedeva, invece, una validità quinquennale.

Pertanto, la lettera della norma indica inequivocabilmente che tale quadro riformatore trova applicazione anche per le carte in corso di validità alla data di entrata in vigore della legge di cui è questione.

Inoltre, viene espressamente stabilito che, ai fini del rinnovo, i comuni informino i titolari del documento della sua data di scadenza tra il centoottantesimo e il novantesimo giorno antecedente la medesima data.

Tanto premesso, considerato che il disposto normativo entra in vigore dal giorno di pubblicazione, si ritiene che, allo stato, le ss.ll. debbano procedere alla più capillare sensibilizzazione dei comuni, soprattutto al fine di scongiurare possibili incertezze che potrebbero riverberarsi sul cittadino, ovvero provocare difformi-

tà di atteggiamenti sul territorio.

In ogni caso, si ritiene opportuno svolgere talune considerazioni di profilo operativo. Preliminarmente, preme ribadire che chiunque, a far data dal 26 giugno 2008, si rechi presso l'ufficio anagrafe di residenza per il rilascio o il rinnovo della carta d'identità vedrà applicarsi il nuovo regime di durata decennale, ciò sia per quanto concerne la carta di identità cartacea che per quella elettronica.

In particolare, per quanto riguarda la carta d'identità in formato cartaceo:

nel caso di primo rilascio si apporrà automaticamente la scadenza decennale.

nel caso di carte che compiano la scadenza quinquennale a far data dal 26 giugno 2008 il comune dovrà procedere con la convalida del documento originario per gli ulteriori cinque anni, apponendo la seguente postilla: “validità prorogata ai sensi dell'art. 31 del d.l. 25.6.2008, n.112 fino al ...”.

In particolare, per quanto riguarda la Cie: i comuni che abbiano in uso il vecchio software di emissione e che debbano provvedere al primo rilascio di una Cie dovranno modificare manualmente la scadenza della Cie medesima portandola da 5 a 10 anni. Per effettuare tale modifica è sufficiente, durante la procedura di emissione, modificare il campo “DATA SCADENZA”

all'interno del pannello di acquisizione dati (che di default è impostato a 5 anni dalla data di emissione) impostandolo a 10 anni dalla data in cui si emette la carta di identità.

I comuni sperimentatori ai quali sia stato installato il nuovo software di emissione e che debbano provvedere al primo rilascio di una Cie non dovranno operare alcun cambiamento, poiché in tale versione l'aggiornamento è effettuato in modo automatico dai server centrali e sarà già presente all'atto di ricezione di questa circolare.

Nel caso di Cie che compiano la scadenza quinquennale a far data dal 26 giugno 2008, i comuni sperimentatori, sia che abbiano il vecchio software che il nuovo, riceveranno in modo automatico una nuova versione del software Veris e una nuova versione dell'attuale software di emissione su cui sarà presente una nuova funzionalità che consentirà di attestare, attraverso un apposito modulo da stampare e da consegnare al titolare della carta, l'estensione di validità a 10 anni delle Cie. Si allega un fac-simile del modulo.

Per eventuali problemi o chiarimenti i comuni sono pregati di contattare l'*help desk* di II livello a i numeri 0646527308-0646527309.

Si fa riserva di ulteriori comunicazioni.

# quesiti

## Ente locale – Patto di stabilità – Mancato rispetto – Conseguenze

**QUESITO** *In un ente dove non è stato rispettato il patto di stabilità per l'anno 2007 è possibile assumere nuovo personale, (attraverso la mobilità o con l'indizione di concorsi) considerato che se così fosse comporterebbe un aumento della spesa?*

**RISPOSTA** Gli enti che non rispettano il patto di stabilità, anche per uno solo degli obiettivi, non possono procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsiasi tipo di contratto. Si rafforza, in tal modo, il divieto di assunzioni in quanto gli enti inadempienti non possono effettuare assunzioni sia a tempo indeterminato che determinato, neanche per le categorie protette, né mobilità in ingresso né disporre progressioni verticali tra le categorie. Questa è l'unica sanzione applicabile anche agli enti che non hanno rispettato il patto di stabilità interno.

## Piscina scoperta – Agibilità – Verifica – Modalità

**QUESITO** *Si chiede gentilmente se è necessaria la verifica di agibilità di cui all'art. 80 t.u.l.p.s. per una piscina scoperta aperta al pubblico (pagamento del biglietto d'ingresso) nella quale non vengono realizzate gare sportive, ma occasionalmente corsi di nuoto. Se è necessaria la verifica di agibilità è possibile sostituire il sopralluogo della commissione di vigilanza sui locali di pubblico spettacolo con la relazione del tecnico professionale come disposto dal d.P.R. n.311/2001 limitando l'accesso alle 200 persone? La relazione del tecnico deve essere presentata ogni anno?*

**RISPOSTA** Il Ministero dell'interno, con circolare n 559/c del 28.11.1994, ha

precisato che vanno considerate pubbliche e, quindi, devono essere sottoposte al controllo della C.v.l.p.s. le piscine che consentono l'ingresso a una pluralità indistinta di persone, previo pagamento o meno del prezzo del biglietto. Nel caso prospettato nel quesito, si verifica la condizione dell'ingresso indiscriminato del pubblico, previo pagamento del biglietto di ingresso, che fa scattare l'obbligo del controllo della C.v.l.p.s. A nostro avviso, la verifica della solidità, sicurezza, in senso lato, igienicità dell'impianto, va fatta in relazione al complesso strutturale nel suo insieme, indipendentemente dalla volontà di limitarlo a un determinato numero massimo di fruitori. Ci spieghiamo con un esempio: non si può dire che, nello stadio olimpico di Roma o in quello di Milano-S. Siro, si fanno accedere soltanto 200 persone e, con questo, evitare i controlli della C.v.l.p.s.! Non si capisce poi, perché, si voglia evitare il controllo della C.v.l.p.s. che, mirando a garantire la sicurezza delle strutture, dovrebbe essere richiesto, auspicato e accettato proprio dai titolari, nel loro e nel pubblico interesse. Se il locale e l'impianto ha una capienza complessiva, oggettiva, pari o inferiore a 200 persone, le verifiche di cui alle lettere b)-e) del d.P.R. 311/2001, possono essere sostituite da una relazione tecnica di professionista abilitato iscritto all'albo, ferme restando le disposizioni sanitarie vigenti, mentre il "progetto dell'impianto" deve essere comunque verificato dalla C.v.l.p.s. Poiché non si tratta di impianto temporaneo, si ritiene che l'agibilità, una volta ottenuta, perduri fino a quanto non venga modificato lo stato dei luoghi o il funzionamento delle attrezzature di servizio. Sarà comunque la C.v.l.p.s., nella sua decisione, a giudicare la necessità o meno di effettuare controlli nonché la loro periodicità, e a prescrivere, se del

caso, limiti temporali alla validità dell'agibilità, ben motivati in fatto e in diritto, da inserire eventualmente, come condizioni, nell'autorizzazione d'esercizio.

## Segretari comunali – Diritti di segreteria per atti stipulati mediante scrittura privata – Compartecipazione – Disciplina

**QUESITO** *Si chiedono chiarimenti circa la riscossione dei diritti di segreteria sugli atti stipulati mediante scrittura privata dai responsabili degli uffici e ai quali il segretario comunale non partecipa.*

**RISPOSTA** In risposta al succitato quesito, l'Agenzia dei segretari ritiene opportuno, innanzitutto, premettere che all'interno dell'ampio *genus* dei diritti di segreteria è possibile distinguere tra diritti di segreteria veri e propri e diritti di rogito.

I primi costituiscono i proventi derivanti al comune e alla provincia per la prestazione di servizi o attività svolti nell'interesse generale o per prestazioni rese ai singoli che, come indicato nella tabella D allegata alla legge n. 604/1962 non si esauriscono nell'emissione di atti sostituibili da autocertificazioni, ma necessitano di un'attività insostituibile da parte della pubblica amministrazione. I secondi sono i proventi derivanti dalla stipulazione in forma pubblico-amministrativa di contratti o dall'autenticazione di scritture private e atti unilaterali da parte del segretario comunale ai sensi dell'art. 97, comma 4, d.lgs. 267/2000.

Al pari dei diritti di segreteria in generale, anch'essi sono dovuti a fronte di un'attività amministrativa compiuta dall'ente nello svolgimento delle sue funzioni di diritto pubblico, hanno natura tributaria e comportano l'obbligo e non la mera facoltà dell'ente di riscuoterli.

In questa ultima fattispecie è soltanto la

partecipazione del segretario comunale quale ufficiale rogante che legittima la sua compartecipazione alla ripartizione di quanto incassato dall'ente.

Ciò detto, appare opportuno, inoltre, riaffermare le modalità di ripartizione dei diritti di segreteria: il 10% di quanto incassato complessivamente (diritti di segreteria in senso stretto più diritti di rogito) deve essere corrisposto all'Agenzia, mentre il restante 90% è attribuito al comune.

Al segretario comunale rogante, ai sensi dell'art. 41 della legge n. 312 del 1980, è attribuita una quota del provento spettante al comune, in misura pari al 75% e fino a un massimo di un terzo dello stipendio in godimento (si tratta esclusivamente di diritti di rogito).

Tutto ciò premesso, con riferimento ai pareri del Consiglio di Stato n. 892/1987 e della Corte dei conti, sez. Emilia-Romagna, n. 10/2007, l'Agenzia non ritiene che la posizione espressa sia in disaccordo con gli stessi.

A un'attenta lettura, infatti, si può notare come nei citati pareri vengano denominati "diritti di segreteria" quelli che in realtà sono "diritti di rogito". Ciò si evince dal fatto che in essi, in sede di conclusioni, il pagamento di quelli che sono chiamati diritti di segreteria è subordinato all'intervento del segretario comunale in qualità di ufficiale rogante e quindi trattasi di diritti di rogito.

In conclusione, si ritiene corretto che, nel caso di atti stipulati mediante scrittura privata dai responsabili degli uffici e tenendo conto di quanto contenuto nei regolamenti dell'ente, è dovuta la corresponsione dei soli diritti di segreteria e non dei diritti di rogito in quanto viene a mancare l'intervento del segretario rogante.

#### **Servizi demografici – Cittadini dell'Unione europea – Iscrizione anagrafica – Modalità**

**QUESITO** *Come ci si deve comportare per l'iscrizione anagrafica superiore a 3 mesi dei cittadini dell'Unione ai sensi del*

*d.lgs. n. 30/2007? Gli interessati, al momento della richiesta dell'iscrizione anagrafica, sono tenuti o meno a produrre una documentazione inerente l'attività lavorativa esercitata (contratto di lavoro, autocertificazione dalla quale si evinca che il dichiarante è alle dipendenze della ditta tal dei tali, ecc.)?*

**RISPOSTA** I cittadini comunitari, tutti indistintamente, possono essere iscritti in anagrafe (anche prima dei tre mesi dal loro ingresso in Italia) se intendono stabilire nel nostro Paese la loro residenza (= dimora abituale). Devono tuttavia dimostrare di essere in una delle condizioni previste dall'art. 7, comma 1, lettere a) o b) o c) o d) del d.lgs. n. 30/2007. Nel caso si tratti di lavoratori subordinati o autonomi, dovranno presentare la prova dell'esistenza di un contratto di lavoro (copia del contratto o iscrizione al S.s.n. o dichiarazione del datore di lavoro che dichiara di "averli assunti con regolare contratto" – non basta certo la "promessa di assunzione").

Per i lavoratori autonomi serve il certificato di iscrizione alla camera di commercio. Non va bene l'autodichiarazione di essere lavoratori subordinati o autonomi!

#### **Servizi demografici – Stato civile – Sentenze relative alla data di riferimento – Inviduazione**

**QUESITO** *Con riferimento all'annotazione relativa alla formula 175 d.P.R. 396/2000: "Con sentenza del tribunale di n. in data , ecc." molti colleghi inseriscono la data di deposito in tribunale della sentenza e non quella in cui la decisione è stata pronunciata in Camera di Consiglio. Seppure questa linea di condotta sembra trovare conferma al cap. XIV, comma 3, della "Guida per l'applicazione del regolamento dello stato civile" edita dal Ministero dell'interno nell'anno 2005, si ritiene che la data della pronuncia del collegio deliberante abbia una sua autonoma rilevanza giuridica, e non può coincidere con la data di deposito in cancelleria, la quale ha lo scopo di rendere pubblica la sentenza*

*e può essere diversa e anche posteriore a quella dell'atto. Vi sono pronunce che, riferendosi alla omissione del deposito di una sentenza, ne dichiarano la validità sin dal momento della decisione. Si chiede dunque di conoscere a quale data debba far riferimento l'ufficiale dello stato civile nell'annotazione delle sentenze.*

**RISPOSTA** In risposta alla sua richiesta di parere le comunico che per principi processualistici gli effetti di una sentenza di divorzio decorrono, tra le parti, retroattivamente dalla data della pronuncia, data che coincide con quella di pubblicazione che si identifica con la data del deposito in cancelleria. A sua volta, la definitività della sentenza, sopravvenuta con la inutile decorrenza dei termini per l'impugnazione, sta a significare che la sentenza stessa non è più impugnabile. Pertanto, non si può che confermare quanto menzionato nella "Guida per l'applicazione del Regolamento dello stato civile", precisando che la data a cui deve fare riferimento l'ufficiale dello stato civile è quella del deposito (pubblicazione) in cancelleria. Si riporta un esempio pratico.

1) Cassazione civile, sez. I, ordinanza 11.3.2006, n. 5376. Così deciso in Roma, il 19 gennaio 2006. Depositato in cancelleria l'11 marzo 2006.

2) Cassazione civile, sez. I, 23.1.2004, n. 1155. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della sez. I il 15 dicembre 2003. Depositato in cancelleria il 23 gennaio 2004.

Come è possibile notare, la sentenza/ordinanza nel frontespizio è individuato con un numero e con la data corrispondente al suo deposito in cancelleria e non con quella della decisione o del passaggio in giudicato. Fino a quando la sentenza non sia esternata, essa ha solo rilevanza interna e potrebbe essere rivista, rimaneggiata, subire addirittura un cambiamento del dispositivo. Inoltre, solo al momento della sua pubblicazione la sentenza assume una connotazione giuridica autonoma, ben individuabile, tanto è che solo in quella data viene contraddistinta con un numero d'ordine progressivo.

## Modello unico digitale in edilizia

Arriva il modello unico digitale per l'edilizia. Dovrà essere messo a punto entro il 31 dicembre prossimo e servirà non solo per presentare le istanze in materia di attività edilizia, ma anche per fornire le informazioni necessarie per l'aggiornamento degli atti catastali.

Il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri di approvazione del modello (d.P.C.M. 6 maggio 2008, uno degli ultimi firmati dall'*ex pre-*

*mier* Romano Prodi) è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 164/2008 e dà attuazione al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, cioè il codice dell'amministrazione digitale, e alla legge 80/2006 di conversione del d.l. 4/2006.

In particolare, all'articolo 34-*quinquies* della legge, dedicato alle disposizioni di semplificazione in materia edilizia, in cui si prevede che siano stabilite le modalità tecniche e operative per l'istituzione

di un modello unico digitale per l'edilizia da introdurre gradualmente per la presentazione in via telematica ai comuni di denunce di inizio attività, di domande per il rilascio di permessi di costruire e di ogni altro atto di assenso comunque denominato in materia di attività edilizia. Modello unico comprendente anche le informazioni necessarie per le dichiarazioni di variazione catastale e di nuova costruzione.

## Federalismo, il piano Calderoli

Il Ministro per la semplificazione normativa, Roberto Calderoli, ha presentato il 17 luglio scorso alla Conferenza unificata la proposta di riforma del federalismo fiscale e di codice delle autonomie. Un testo che diventerà una serie di collegati alla sessione di bilancio e verrà quindi presentato in Consiglio dei Ministri a settembre. Calderoli ha illustrato il testo e ha spiegato che "si vuole chiudere con la finanza derivata" e anche con "la spesa storica".

Il Ministro del Carroccio ha spiegato che si farà una ricognizione dei costi e in base a questa indicazione si fisserà un *paniere* di tributi propri di regioni ed enti locali "con percentuali flessibili che ogni regione deciderà di indicare". Saranno anche fissati "i livelli minimi, come vuole la Costituzione per assistenza sociale, sanità e istruzione" e su questi interverrà un meccanismo di perequazione.

Calderoli ha annunciato l'istituzione di una cabina di regia per stabilire i costi standard, poi il varo del testo da parte di un Consiglio dei Ministri a settembre. Il testo diverrà dunque un collegato alla sessione di bilancio e sarà esaminato entro la fine dell'anno.

## Via solo le province delle città metropolitane

Il codice delle autonomie, messo a punto dal precedente Governo per iniziativa dei Ministri Amato e Lanzillotta, prevede l'applicazione di quanto contenuto già nella Costituzione, e cioè l'istituzione delle aree metropolitane e delle città metropolitane. Il Ministro Maroni, che intende portare il testo sul tavolo del Consiglio dei Ministri entro il mese di settembre, ha spiegato, nel corso del *question time* svoltosi alla Camera dei deputati il 16 luglio scorso, che intende eliminare solo le province inutili, quelle cioè che rientrano nelle nove aree metropolitane previste. "Le province che rientrano in queste zone – ha riferito alla Camera – saranno sostituite dalle nuove realtà. Per le altre province, che svolgono funzioni importanti e insostituibili soprattutto nei confronti dei piccoli comuni, il programma di Governo non parla di abolizione". Il loro ruolo, invece, "deve essere rafforzato – ha detto – eliminando gli enti intermedi tra comuni e province che sono spesso una duplicazione di livelli di governo e una complicazione nella gestione del territorio". "Tutto ciò – ha assicurato Maroni – sarà fatto con la collaborazione delle comunità locali, dell'Anci e dell'Upi".

## Consulenze, continua l'operazione trasparenza

Sulle consulenze delle p.a. continua l'operazione trasparenza del Ministero dell'innovazione e per la pubblica amministrazione. Sul sito internet del dicastero guidato da Renato Brunetta ([www.innovazionepa.gov.it](http://www.innovazionepa.gov.it)) è stato infatti riportato l'elenco delle amministrazioni che hanno comunicato all'Anagrafe delle prestazioni gli incarichi conferiti nell'anno 2007. I dati sono aggiornati alla data del 16 luglio 2008, ovvero, spiega il dicastero, 15 giorni dopo il termine di scadenza per le comunicazioni (fissato al 30 giugno 2008).

Da sottolineare che Brunetta ha voluto mettere *on line* anche gli elenchi delle amministrazioni che per il 2006 non hanno ancora comunicato all'Anagrafe delle prestazioni gli incarichi di consulenza e di collaborazioni esterne, non ottemperando all'adempimento previsto dall'art. 53 del decreto legislativo 165/2001. E qui la

questione diventa calda. È vero che, come riconosce lo stesso dicastero, la mancata comunicazione può essere dovuta a non conferimento di incarichi di consulenza o collaborazione, ma tra le cause c'è anche l'omessa dichiarazione o trasmissione dei dati con modalità non conformi alla circolare n. 198 del 31 maggio 2001, la quale prevede come modalità esclusiva di trasmissione quella telematica al fine di uniformare i dati. Ebbene, si ricorda sul sito internet, il comma 15 dell'art. 53 del decreto legislativo 165/2001 prevede che "le amministrazioni che omettono gli adempimenti (...) non possono conferire nuovi incarichi fino a quando non adempiono".

In questo elenco figurano 6 regioni, 12 province, 289 unioni di comuni e ben 5.286 comuni, oltre a enti di ricerca, magistratura, ministeri.

## Carta dei servizi al 100% in Lombardia

La Carta regionale dei servizi – C.r.s. – della Regione Lombardia entra nella sua piena operatività con la diffusione dei lettori a partire dal prossimo autunno nell'intero territorio regionale. Dal prossimo autunno verrà distribuito un milione di lettori per la *smart card* lombarda utilizzando un canale estremamente capillare sul territorio come quello delle edicole. I lettori saranno venduti a un costo di circa 6 euro, ovvero una cifra assolutamente ridotta rispetto all'usuale valore di mercato. Con l'utilizzo dei lettori i cittadini della regione Lombardia potranno utilizzare in tutte le sue funzioni la C.r.s. che è stata già distribuita al 99% della popolazione. Esiste anche una mappa dei servizi esistenti, e già oltre 300 comuni hanno allestito servizi on line.

## Rifiuti elettrici, fondi per i comuni

Con l'Accordo di programma siglato nel luglio scorso da Anci e Centro di coordinamento RAEE viene definito il futuro del sistema nazionale di gestione dei rifiuti derivanti da apparecchiature elettriche ed elettroniche (RAEE). Come previsto dal d.lgs. 151/2005 ai comuni resterà l'obbligo della raccolta differenziata dei RAEE domestici e della gestione dei centri di raccolta, mentre i Sistemi collettivi dei produttori dovranno assicurare il loro ritiro gratuito dai centri comunali, il loro trasporto e trattamento, nel rispetto delle normative ambientali e massimizzando il recupero dei materiali. Al fine di incentivare l'ottimizzazione dei centri di raccolta in grado di gestire in modo efficiente ed ef-

ficace i RAEE, l'Accordo prevede "premi di efficienza" crescenti all'aumentare della popolazione servita da ciascun centro di raccolta. Tali premi sono compresi fra 25 e 50 euro a tonnellata; è previsto, inoltre, un compenso maggiore per quei centri di raccolta che saranno disponibili ad accettare i RAEE ritirati dai Distributori per effetto dell'obbligo di ritiro "1 contro 1" previsto dal d.lgs. 152/2005; a tal riguardo, si ricorda che è attesa la pubblicazione di un apposito decreto del Ministero dell'ambiente. L'Accordo prevede, infine, un corrispettivo pari a 300 euro a tonnellata (320 euro per le isole minori) per i quantitativi di RAEE che i comuni hanno gestito dal 1° gennaio 2008.

## Patto per la sicurezza a Roma

Gli enti locali e il Governo hanno raggiunto l'accordo sul testo del patto per la sicurezza di Roma.

È il risultato della riunione svoltasi il 22 luglio scorso del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza. All'incontro hanno partecipato il presidente della regione, Piero Marrazzo, il presidente della provincia, Nicola Zingaretti, il sindaco Gianni Alemanno, il sottosegretario all'interno Alfredo Mantovano e il prefetto Carlo Mosca. Il testo prevede uno stanziamento complessivo di 24 milioni di euro: 11 da parte della regione spalmati su tre anni, 10 da parte del Campidoglio e 3 della Provincia. È infatti aumentato il contributo del comune, che inizialmente era previsto in soli 8 milioni di euro. L'altra novità di rilievo riguarda l'impiego dei militari: saranno 900 e non 300 come inizialmente ipotizzato.

## Censimento nomadi al via

Il Ministro dell'interno, Roberto Maroni, ha diramato ai prefetti di Roma, Milano e Napoli le linee guida per l'attuazione delle ordinanze con le quali sono stati nominati commissari delegati per l'emergenza relativa agli insediamenti di comunità nomadi nelle regioni Lazio, Lombardia e Campania.

Le linee guida ribadiscono che le ordinanze sono finalizzate a rimuovere le situazioni di degrado esistenti nei campi e a promuovere condizioni di vivibilità nella legalità per le comunità nomadi, consentendo l'accesso ai servizi di carattere sociale, assistenziale, sanitario e scolastico, soprattutto per i minori, maggiormente esposti a rischi di abuso e di sfruttamento.

Per assicurare l'uniformità dei comportamenti e il rispetto delle norme nazionali e internazionali che regolano la tutela della privacy, si forniscono, poi, ai commissari delegati indicazioni per procedere al censimento degli insediamenti, delle persone e dei nuclei familiari, nonché all'identificazione delle persone che non siano in grado di dimostrare la loro identità.

## Sicurezza, il decreto diventa legge

Il 23 luglio scorso con 161 voti a favore, 120 contrari e 8 astenuti l'aula del Senato ha approvato in via definitiva il decreto-legge 92/2008 sulla sicurezza pubblica.

A favore del provvedimento hanno votato il Pdl, la Lega Nord, l'Mpa, contrari Pd, Idv, astenuto l'Udc. Diverse le novità per gli enti locali. Sono ampliati i poteri dei sindaci e dei prefetti in tema di ordine pubblico e sicurezza urbana, prevedendo inoltre una collaborazione tra polizia locale e statale. Il sindaco potrà adottare provvedimenti "contingenti e urgenti" per fronteggiare ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Il prefetto può intervenire con propri provvedimenti in caso di inerzia del sindaco e predisporre gli strumenti necessari all'attuazione delle iniziative adottate dal sindaco per la sicurezza pubblica. Il sindaco segnala alle autorità competenti gli stranieri irregolari da espellere. E ancora, 3.000 soldati avranno compiti di pubblica sicurezza nelle grandi città per "specifiche ed ec-

cezionali esigenze di prevenzione della criminalità", per un periodo di sei mesi (al massimo rinnovabile per un anno). I soldati saranno a disposizione dei prefetti e saranno impiegati in 10 città e affiancheranno forze di polizia nel controllo del territorio, in aree metropolitane o comunque densamente popolate, per servizi di vigilanza a siti e obiettivi sensibili, perlustrazione e pattugliamento.

Saranno utilizzati principalmente carabinieri già impiegati in compiti militari all'estero o comunque volontari specificamente addestrati. Per finire gli immigrati: tutti gli stranieri che siano stati condannati a una pena superiore a due anni (fino a oggi era di 10 anni) saranno espulsi, ed espulsione immediata per gli stranieri comunitari o clandestini che delinquono o (comunitari, dopo due mesi di permanenza nel nostro Paese) che non sono in grado di dimostrare una fonte lecita di guadagno. Per questi è previsto il rito per direttissima ed è abolito il patteggiamento in fase di appello.

## Assenteismo, intesa Corte dei conti-Ministero

Giro di vite contro l'eccessivo ricorso a costosissime consulenze esterne della pubblica amministrazione e contro i dipendenti fannulloni. Con questo obiettivo il Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione e la Corte dei conti lavoreranno insieme per il controllo e la progressiva riduzione sia delle consulenze esterne presso la p.a., sia delle violazioni delle norme disciplinari da parte dei dipendenti pubblici. È stato, infatti, firmato un protocollo d'intesa per realizzare strategie comuni in questi due settori dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Renato Brunetta, e il presidente della Corte dei conti, Tullio Lazzaro. "Per le violazioni delle norme disciplinari - si legge in una nota della Funzione pubblica - si presterà particolare attenzione alla gestione delle assenze dai luoghi di lavoro e al comportamento delle amministrazioni in tema di provvedimenti disciplinari riguardanti i dipendenti oggetto

di procedimenti penali". L'accordo, che si inserisce in una linea di collaborazione tra le due istituzioni che dura già da alcuni anni, prevede un costante scambio di informazioni, realizzato anche tramite la condivisione delle rispettive banche dati informatiche e una comune attività di monitoraggio e coordinamento delle pubbliche amministrazioni. "Inoltre - sottolinea la nota - in caso di indagini di controllo sulla gestione da parte della Corte dei conti, in merito a violazioni disciplinari nell'ambito della pubblica amministrazione, sarà sempre ascoltato un rappresentante del dipartimento della Funzione pubblica". Sempre in base al protocollo, le sinergie che saranno avviate dalle due istituzioni "hanno anche lo scopo di favorire una più stretta vigilanza sul corretto operato dei dirigenti pubblici, anche in previsione delle future normative attualmente in corso di esame presso il Parlamento".

## È legge la manovra d'estate

È legge la manovra d'estate. Il Parlamento ha infatti convertito il decreto-legge 112/2008 da 13 miliardi che anticipa di fatto la finanza. Molte le novità contenute nel provvedimento: dalla "Robin Hood Tax" alla cancellazione dei ticket sanitari, dalla *social card* per i poveri alla riforma dei servizi pubblici locali, dagli statali alla sicurezza, dal piano casa alla stretta per enti locali e ministeri. Il decreto è il primo pezzetto della novità procedurale inaugurata da Tremonti: la manovra economica triennale da quasi 35 miliardi di euro, di cui circa 30 di tagli alla spesa dal 2009 al 2011. A settembre, quindi, la legge finanziaria dovrebbe contenere soltanto le tabelle e comunque essere priva di contenuti politici. Il Governo punta così a conseguire il pareggio di bilancio alla fine del triennio, come concordato con Bruxelles. Tra le novità, ricordiamo l'estensione agli enti locali che svolgono attività di riscossione delle imposte della possibilità di accesso alla banca dati dell'Agenzia delle entrate e lo stanziamento per la sicurezza di 300 milioni nel 2009. Del totale, 100 milioni verranno destinati al potenziamento della sicurezza urbana e la tutela dell'ordine pubblico.

## Contenimento spese, ecco il decreto

Con decreto del Ministero dell'interno del 15 luglio 2008, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 170 del 22 luglio 2008, sono state dettate le norme relative al "Contenimento di spese degli enti locali". Il d.m. approva il modello di certificazione che, redatto in doppio originale, è sottoscritto dal segretario e dal responsabile del servizio finanziario dell'ente locale, i quali attestano le minori spese conseguibili al 31 dicembre 2008, in relazione all'applicazione

dell'art. 2, commi da 23 a 30, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Gli enti interessati, entro il termine del 31 ottobre 2008, inoltrano, in duplice copia, la certificazione alla Prefettura-Ufficio territoriale del Governo competente, la quale provvede a trasmettere, anche per via telematica, una copia della certificazione al Ministero dell'interno - Dipartimento per gli affari interni e territoriali - Direzione centrale della finanza locale.

Visita  
[www.lagazzettadeglientilocali.it](http://www.lagazzettadeglientilocali.it)

## Responsabilità e risarcibilità

Anche in questo numero della Rivista, la rassegna di giurisprudenza che si propone all'attenzione dei lettori è suddivisa in due parti: la prima, dedicata alla c.d. "pregiudiziale amministrativa", pone in evidenza l'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa, che subordina ancora la tutela risarcitoria al previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo tempestivamente impugnato. La seconda parte è invece dedicata al tema della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici.

### ➤ Parte I – La pregiudiziale amministrativa

#### Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 17 luglio 2008, n. 3592

1. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Domanda – Previa domanda demolitoria di un provvedimento (in forza della c.d. "pregiudiziale amministrativa") – Necessità
2. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Domanda – Pronuncia del giudice in caso di improcedibilità della domanda principale per effetto di un provvedimento sopravvenuto in corso di causa – Possibilità
3. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Domanda – Dimostrazione ed esatta quantificazione del danno da risarcire – Necessità

1. In forza del principio della c.d. "pregiudiziale amministrativa" deve escludersi che possa essere introdotta, davanti al giudice amministrativo, una domanda risarcitoria che non sia collegata alla domanda demolitoria di un provvedimento, anche silenzioso, dal momento che l'art. 7 della legge n. 205 del 2000 qualifica le questioni relative al risarcimento del danno come eventuali e consequenziali a quelle

rientranti nell'ambito della sua giurisdizione (Cons. Stato, adunanza plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12).

2. In forza del principio della c.d. "pregiudiziale amministrativa" non può ritenersi preclusa al giudice la pronuncia sulla parte risarcitoria laddove riconosca l'improcedibilità della domanda principale per effetto di un provvedimento sopravvenuto in corso di causa. Una tale ricostruzione, a ben vedere, priverebbe di significato la regola della pregiudizialità, e la tutela stessa degli interessi dedotti in giudizio, tutte le volte in cui sia in discussione il danno derivante dal silenzio dell'amministrazione: giacché sarebbe sufficiente un provvedimento espresso per determinare, con l'improcedibilità della domanda impugnatoria, l'impossibilità dell'esame di quella risarcitoria. E poiché nel campo degli interessi legittimi non può darsi la tutela del giudice ordinario, neppure con riguardo al risarcimento del danno, una intera categoria di posizioni soggettive ritenute dal legislatore degne di tutela rimarrebbe sguarnita.

3. Deve essere riformata la sentenza che ha accolto la domanda di risarcimento del danno, pur dichiarando improcedibile il contestuale ricorso avverso il silenzio-rifiuto serbato

dall'amministrazione, in caso di mancata dimostrazione (e mancata esatta quantificazione) del danno da risarcire.

#### Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 13 giugno 2008, n. 2967

1. Giustizia amministrativa – Gara d'appalto – Provvedimento di esclusione rimasto inoppugnato – Richiesta di risarcimento danni – Accoglimento – Impossibilità – Rinvio alla tesi della c.d. "pregiudiziale amministrativa"
2. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Derivante da lesione di interessi legittimi – Obbligo di fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno – Necessità – Possibilità di invocare il c.d. "principio acquisitivo" – Va esclusa
3. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Derivante da lesione di interessi legittimi – Domanda – Formulazione in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi – Inammissibilità

1. Nel caso in cui una ditta venga dichiarata esclusa da una gara e decaduta dall'affidamento dell'appalto per non aver dimostrato di possedere i requisiti tecnici per svolgere il servizio, e il provvedimento di

esclusione è rimasto inoppugnato, è impossibile configurare qualsivoglia aspettativa risarcitoria. Sul punto la sezione aderisce alla tesi della c.d. “pregiudizialità amministrativa” e rinvia, a mente dell’art. 9, l. n. 205 del 2000, alle recenti conclusioni cui è giunta l’adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. 22 ottobre 2007, n. 12) che recepisce integralmente.

2. Nel rispetto del principio generale sancito dall’art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda, si è affermato in linea generale che ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo il ricorrente debba fornire in modo rigoroso la prova dell’esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. “principio acquisitivo” perché tale principio attiene allo svolgimento dell’istruttoria e non all’allegazione dei fatti (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973).

3. È inammissibile e comunque infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306).

## **Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 marzo 2008, n. 1137**

Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Provvedimento lesivo caducato dall’amministrazione in via di autotutela – Interesse a ricorrere a fini risarcitori – Sussiste

Non può individuarsi alcuna preclusione per il risarcimento del danno, quando il provvedimento lesivo –

lungi dal consolidarsi – sia già stato caducato dall’amministrazione in via di autotutela, con efficacia sia *ex nunc*, che *ex tunc* (ovvero con effetti retroattivi o meno, a seconda che l’atto rimosso sia giudicato ab origine invalido, o venga semplicemente revocato per sopravvenuta insussistenza dei relativi presupposti). È in effetti pacifico in giurisprudenza che – quando venga meno l’interesse attuale all’annullamento, per intervenuti atti successivi – possa ravvisarsi un interesse residuale a ricorrere, a fini risarcitori, per gli effetti negativi già prodotti dal provvedimento originario, o per fattori di non corretta conduzione del relativo procedimento.

## **Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 22 ottobre 2007, n. 12**

Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Conseguente all’annullamento di atti amministrativi – Pregiudiziale amministrativa – Finalità – Necessità

Il carattere consequenziale e ulteriore della tutela risarcitoria, espressamente e inequivocamente posto, in armonia con gli artt. 103 e 113, comma 3, Cost., dall’art. 35, commi 1 e 4, del d.lgs. 31 marzo 1988, n. 80 e confermato dal successivo comma 5 che comunque abroga “ogni disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario della controversie sul risarcimento del danno” ancora una volta visto come “conseguente all’annullamento di atti amministrativi”, sembra invero incontestabile. Ed è confermato dalla ritenuta riferibilità della pronuncia di condanna all’insieme dei pote-

ri strumentali attribuiti al giudice per rimediare compiutamente alla lesione della situazione soggettiva concettualmente, prima ancora che positivamente, unica e ciò sia che l’esercizio dei poteri del giudice sia chiesto contestualmente sia che, giudizialmente accertatasi la illegittimità, sia richiesto, per vero con condivisa interpretazione estensiva non del tutto allineata, tuttavia, con le convenienze della “con testualità”, l’esercizio di ulteriori poteri prima non sollecitati. La c.d. “pregiudiziale amministrativa”, in effetti, da un lato corrisponde ad avvertite esigenze di controllo, convenientemente sollecitate dalle azioni impugnatorie, della legittimità e della trasparenza dell’azione autoritativa e, d’altra parte, consente il compiuto rilievo degli interessi collettivi e generali coinvolti, rilievo certamente monco e claudicante anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva, pur sempre relativa anche a interessi legittimi e a diritti “degradati”, nell’ambito di un processo di solo tipo risarcitorio, nel quale, per altro, gli interessi economici coinvolti appaiono non più rilevanti degli interessi spesso anche di libertà che si fanno valere, senza che la relativa decadenza sia motivo di censura, nel processo di annullamento. Lo stesso soggetto leso sembra avere convenienza, a fronte dei non gravissimi disagi correlati alla previsione di decadenza, agevolmente superabili con il doveroso uso della diligenza media e certamente più ridotti rispetto a quelli che la legislazione consente o impone in altre anche se diverse materie, a sperimentare preventivamente l’azione di annullamento, nella cui procedura e nella cui finalità strumentale, gli è consentito rilevare vizi e ap-

profondirne lo spessore con risultati ben utili ai fini dell'accertamento compiuto dell'*an* e del *quantum* della richiesta riparazione.

## **T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, sentenza 1 agosto 2007, n. 432**

Giustizia amministrativa – Pregiudiziale amministrativa – Richiesta di risarcimento del danno c.d. “pura” in quanto non collegata con vincolo di strumentalità a un'azione principale di tipo impugnatorio – Inammissibilità – Ragioni

Sulla base di quanto disposto dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000, non può ritenersi ammissibile una azione risarcitoria in riferimento alla quale il soggetto che chiede di essere risarcito da un danno derivante dalla ritenuta lesione di un proprio interesse legittimo da parte di un provvedimento della p.a. non abbia tempestivamente impugnato detto provvedimento dinanzi al giudice. Occorre rilevare che nel vigente sistema di giustizia amministrativa, nel quale sono previsti rigidi termini per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi ed è tassativamente preclusa – a eccezione dei regolamenti – la possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare tutti gli altri atti amministrativi, non è consentito un accertamento *incidenter tantum* – ai soli fini di un giudizio risarcitorio – sulla legittimità dell'atto amministrativo. A ciò consegue che l'azione risarcitoria risulterà ammissibile e resterà procedibile solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento rite-

nuto illegittimo e che, all'esito del giudizio impugnatorio il giudice abbia annullato lo stesso. Inoltre, il vigente ordinamento come risultante dall'introduzione dell'art. 23-*bis* e dalla modifica dell'art. 7, comma 3, l. n. 205 del 2000, configura l'azione di risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi da parte della p.a. quale forma di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione ulteriore rispetto a quella ordinaria diretta all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, con conseguente sussistenza *ope legis* di vincolo di strumentalità tra la subordinata azione risarcitoria e la principale azione impugnatoria.

## **T.A.R. Calabria, Reggio-Calabria, sentenza 23 luglio 2007, n. 746**

Giustizia amministrativa – Responsabilità della p.a. – Risarcimento del danno – Previo esperimento della domanda di annullamento – C.d. “pregiudiziale amministrativa” – Necessità

Il risarcimento del danno è tuttora condizionato dal principio della necessaria pregiudizialità, per cui la responsabilità dell'amministrazione può sorgere solamente a condizione che il provvedimento lesivo sia stato previamente impugnato e annullato. In verità le sezioni unite (ordinanze 13.6.2006, nn. 13659 e 13660; 15.6.2006, n. 13911) hanno di recente affermato che la parte potrebbe chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, senza dover osservare il termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento, facendo venir meno l'“ostacolo” della cd.

“pregiudiziale amministrativa”; in sostanza non sarebbe precluso il ricorso alla sola tutela risarcitoria, in quanto, in un sistema nel quale al cittadino sono riconosciute sia la tutela di annullamento che quella risarcitoria, non necessariamente le due forme di tutela dovrebbero essere spese entrambe. Tuttavia la giurisprudenza amministrativa, anche in epoca successiva (Cons. Stato, sez. IV, 8.5.2007, n. 2136; sez. V, 30.8.2006, n. 5063; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3.8.2006, n. 7797; T.A.R. Puglia, Lecce, 4.7.2006, n. 3710; T.A.R. Sicilia, Palermo, 20.6.2006, n. 1500), ha ribadito l'orientamento (Cons. Stato, sez. V, 8.3.2005, n. 946; 12.8.2004, n. 5558; ad. plen., 26.3.2003, n. 4) secondo cui, premesso che per fondare la giurisdizione deve trattarsi di risarcimento del danno collegato a un'attività rispetto alla quale il giudice amministrativo può conoscere della legittimità del suo esercizio, la formula dell'art. 7, comma 4, della legge n. 205 del 2000 lascerebbe sottendere che, finché il ricorso per il riconoscimento del diritto è ammissibile, esso non può che seguire all'intervenuto annullamento del provvedimento dall'adozione del quale il ricorrente pretende sia derivato il danno. E finché l'adunanza plenaria non riterrà di mutare orientamento nel senso di prescindere dall'utile previo esperimento della domanda di annullamento e di fare propria la natura “rimediale” della tutela risarcitoria quale rimarcata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004, il tribunale continua a propendere per l'esistenza della pregiudiziale amministrativa.

## **Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 maggio 2007, n. 2822**

Giustizia amministrativa – Lesione di interessi legittimi – Risarcimento danni – Previo esperimento della domanda di annullamento (c.d. “pregiudiziale amministrativa”) – Necessità – Va esclusa – Termini e limiti di esperibilità del rimedio risarcitorio

L'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo è proponibile innanzi al g.a., a prescindere dall'utile previo esperimento della domanda di annullamento; e, come tale, deve essere delibata dal g.a. all'uopo investito il quale, da un lato, deve esercitare la competenza giurisdizionale sull'azione autonoma di risarcimento, dall'altro cercare di individuare gli ulteriori elementi necessari a completare l'integrato sistema di tutela che viene a determinarsi, anche nella prospettiva di un meditato e definito intervento legislativo. Si tratta in particolare di stabilire in primo luogo se il “rimedio” risarcitorio da lesione di interesse legittimi debba ritenersi sottoposto a decadenza (come è per il “rimedio” demolitorio/di annullamento) o a prescrizione (come è per l'azione risarcitoria da lesione di diritto soggettivo). E se, dunque, sia soggetto a termine di decadenza di sessanta giorni come è per il rimedio demolitorio (ma sul punto la Corte di Cassazione, ss.uu., sentenze nn. 13659 e 13660 del 2006 – ha avvertito in ordine al carattere eccessivo di tale contingentamento del termine che per l'azione di annullamento trova invece piena giustificazione nell'esigenza di stabilizzare la “regola” rinveniente dall'atto amministrativo, sulla base pertanto di esigenza non riproducibile in termini simmetrici, avendo

riguardo al “rimedio” solo risarcitorio); ovvero a termine di prescrizione quinquennale (come è per la prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria da illecito aquiliano), con il rischio di un eccessivo dilatamento dei tempi di definizione di fattispecie che mantengono la peculiare importanza connessa all'esercizio del pubblico potere. Peraltro dovrebbe restare quale punto fermo che, in assenza del tempestivo esperimento del rimedio demolitorio/annullatorio, non sia possibile contemplare il risarcimento in forma specifica, atteso che ciò integrerebbe una fattispecie, essa sì, elusiva del termine normativamente previsto per l'esperimento dell'azione di annullamento.

## **T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna sez. I, sentenza 12 febbraio 2007, n. 158**

1. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Pregiudizialità amministrativa – Continua a operare nel processo amministrativo – Legittimità provvedimento impugnato – Esclusione risarcimento

2. Giustizia amministrativa – Risarcimento del danno – Responsabilità della p.a. – Responsabilità da contatto amministrativo – Va esclusa – Ragioni

1. Continua a valere nel processo amministrativo la regola della c.d. “pregiudizialità amministrativa”, ribadita di recente dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (9 febbraio 2006, n. 2), nonché dall'ultima giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Puglia, Lecce, n. 3710/2006; T.A.R. Abruzzo, n. 581/2006; T.A.R. Campania, n. 7797/2006, T.A.R. Piemonte, n.

4130/2006), che è andata motivatamente di diverso avviso rispetto ai successivi e contrari arresti delle ss.uu. della Corte di Cassazione (ordinanze 13.6.2006, n. 13659 e n. 13660). Di modo che, una volta accertata la legittimità del provvedimento impugnato, non può esservi spazio alcuno per il risarcimento dei danni a esso consequenziali.

2. La teoria del c.d. “contatto qualificato”, sorta nell'ordinamento tedesco e la cui introduzione nel campo del nostro diritto civile è stata caldeggiata in alcuni contributi dottrinari italiani, a metà degli anni '90 del secolo scorso; per poi essere affacciata, quale possibile ipotesi ricostruttiva della precipua responsabilità della p.a., in taluni studi di stampo amministrativistico e in qualche isolata pronuncia del g.a. dei primi anni di questo millennio, non risulta, però, meritevole di essere seguita, in quanto il giudice amministrativo d'appello (Consiglio giustizia amministrativa Regione Sicilia, 18 aprile 2006, n. 153) ha recentemente escluso che quella della pubblica amministrazione sia una “responsabilità da contatto amministrativo”, ribadendo che il rapporto intersoggettivo p.a.-cittadini resta regolato (al di fuori dell'eventuale conclusione di un accordo *ex art.* 1321 c.c.) dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. E, qui, il cerchio si chiude, in quanto, ai fini dell'accertamento della responsabilità aquiliana nel giudizio amministrativo (e in specifico degli elementi dell'antigiuridicità e della colpa) costituisce *condicio sine qua non* il previo annullamento dell'atto amministrativo (pregiudiziale amministrativa).

## ➤ Parte II – La responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici

### Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 6 giugno 2008, n. 2720

1. Procedimento disciplinare – Provvedimento sanzionatorio – Valutazione sulla gravità dei fatti addebitati – Sindacabilità in sede giurisdizionale – Limiti
2. Procedimento disciplinare – Provvedimento sanzionatorio – Rapporto tra infrazione e fatto – Apprezzamento discrezionale della p.a.
3. Procedimento disciplinare – Accuse di disfunzione e di disorganizzazione rivolte al superiore – Denigrazione – Esclusione – Condizioni

1. La valutazione in ordine alla gravità dei fatti addebitati in relazione all'applicazione di una sanzione disciplinare, costituisce espressione di discrezionalità amministrativa, non sindacabile in via generale dal giudice della legittimità salvo che in ipotesi di eccesso di potere, nelle sue varie forme sintomatiche, quali la manifesta illogicità, la manifesta irragionevolezza, l'evidente sproporzionalità e il travisamento" (*ex multis*, si veda Cons. Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2830).

2. Le norme relative al procedimento disciplinare sono necessariamente comprensive di diverse ipotesi e, pertanto, spetta all'amministrazione, in sede di formazione del provvedimento sanzionatorio, stabilire il rapporto tra l'infrazione e il fatto, il quale assume rilevanza disciplinare in base a un apprezzamento di larga discrezionalità (l'amministrazione dispone, infatti, di un ampio potere discrezionale

nell'apprezzare autonomamente le varie ipotesi disciplinari, con una valutazione insindacabile nel merito da parte del giudice amministrativo) (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1350).

3. Non costituiscono ipotesi di denigrazione le accuse di disfunzione e di disorganizzazione rivolte all'amministrazione di appartenenza, qualora tali accuse appaiono inserite in un discorso più ampio che nel suo complesso non travalichi i limiti di intento critico, di sollecitazione, di impegno civile e riformatore nei confronti dell'amministrazione stessa, e ciò anche alla luce dei principi costituzionali di libera manifestazione del pensiero, di attiva partecipazione democratica, di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione. Tuttavia, al fine di non scadere nel più deleterio pettegolezzo, nocivo alla concordia del personale e al buon andamento degli uffici, è necessario che la denuncia sia fondata su elementi di fatto concreti e sufficientemente circostanziati, facilmente accertabili in sede di indagini successive e accompagnate da elementi di riscontro, con conseguente assunzione di responsabilità quanto alla sussistenza dei fatti denunciati. (Cons. Stato, sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2799). In particolare, deve ritenersi fondata la contestazione dell'illecito disciplinare riconducibile a una condotta di natura denigratoria, allorché, per le espressioni utilizzate, i toni, le modalità di esternazione della critica, si finisca con il nuocere al prestigio o all'autorevolezza interna (nei confronti degli altri subordinati, cioè) ed esterna (quella percepibile dai cittadini terzi) dell'istituzione o del superiore o collega di ufficio.

### Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 14 febbraio 2008, n. 512

Procedimento disciplinare – Valutazione dei fatti addebitati al dipendente – Ampia discrezionalità della p.a. – Provvedimento disciplinare – Sindacabilità in s.g. – Limiti

Nel procedimento disciplinare nei confronti dei pubblici dipendenti (ivi compreso il personale militare), l'amministrazione è titolare di un'ampia discrezionalità in ordine alla valutazione dei fatti addebitati al dipendente, circa il convincimento sulla gravità delle infrazioni addebitate e sulla conseguente sanzione da infliggere: ciò in considerazione degli interessi pubblici che devono essere attraverso tale procedimento tutelati. A ciò consegue che il provvedimento disciplinare sfugge al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, non potendo in nessun caso quest'ultimo sostituire le proprie valutazioni a quelle operate dall'amministrazione, salvo che le valutazioni siano inficiate da travisamento dei fatti ovvero il convincimento non risulti formato sulla base di un processo logico e coerente (*ex pluribus*, Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4841; 30 giugno 2005, n. 3544; 16 gennaio 1990, n. 21) ovvero sia inficiato da palese irrazionalità (Cons. Stato, sez. IV, 30 gennaio 2005, n. 3544).

### Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 settembre 2007, n. 4984

1. Procedimento disciplinare – Estinzione – Per decorrenza del termine di novanta giorni di cui all'art. 120 del

t.u. n. 3 del 1957 – *Ratio* – Individuazione

2. Procedimento disciplinare – Estinzione – Termine di novanta giorni – *Ex art. 120 t.u. n. 3 del 1957* – Atti interni – Efficacia interruttiva – Possibilità – Condizioni

3. Procedimento disciplinare – Provvedimento di licenziamento senza preavviso – Illegittimità – Fattispecie

1. L'estinzione del procedimento disciplinare per decorrenza del termine di novanta giorni di cui all'art. 120 del t.u. n. 3 del 1957 è automatica e indipendente dalle cause che ne hanno determinato la stasi, essendo rivolta alla finalità di evitare che il procedimento medesimo possa protrarsi oltre un ragionevole limite di tempo. Detto termine trova, invece, la sua *ratio* nell'esigenza che sia prontamente definita la particolare situazione in cui versa il pubblico dipendente, tanto a tutela di questo che dell'amministrazione, nel rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che debbono connotarne l'azione. Ebbene non è ammissibile che, in una materia così sensibile, nella quale sono in gioco aspetti particolarmente delicati attinenti alla personalità del dipendente e alla prosecuzione della sua attività lavorativa, possa, di volta in volta, il giudice amministrativo essere chiamato ad apprezzare, sulla base di canoni non definiti, fatti e circostanze, i più disparati, che possano avere in vario modo influenzato l'operato dell'amministrazione e averne determinato, se del caso, l'incolpevole ritardo nell'adozione dell'atto risolutivo del rapporto di lavoro (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2003, n. 2566).

2. L'attività idonea a evitare l'estin-

zione del procedimento disciplinare è esclusivamente quella contemplata dalla legge, che costituisce una fase dello stesso procedimento. E se è vero che può attribuirsi efficacia interruttiva anche ad atti interni, non può, però, riconoscersi tale effetto a qualsiasi atto compiuto nell'ambito del procedimento senza in alcun modo valutarne natura e finalità (Cons. Stato, sez. VI, 27 maggio 2005, n. 2722).

3. È illegittimo, per violazione dell'art. 120 del t.u. n. 3 del 1957 (a norma del quale il procedimento disciplinare si estingue quando siano decorsi novanta giorni dall'ultimo atto del procedimento medesimo senza che nessun altro atto sia stato compiuto), il provvedimento di licenziamento senza preavviso, nel caso in cui dalla data di deferimento del dipendente al giudizio disciplinare sia decorso il termine di novanta giorni senza che la commissione di disciplina si sia riunita per assumere la decisione. In particolare, non può attribuirsi efficacia interruttiva alla convocazione di una nuova riunione della commissione di disciplina, nel caso in cui lo svolgimento di quella di prima convocazione sia stato impedito dall'indisponibilità del presidente, considerato che, altrimenti opinando, si finirebbe per rimettere all'amministrazione la possibilità di far luogo arbitrariamente a una dilatazione dei tempi procedurali del tutto disancorata dalle effettive e tipiche esigenze proprie del procedimento disciplinare. In tal modo, infatti, si finirebbe per ritenere idonei a interrompere il termine anche gli eventuali ulteriori rinvii che si fossero resi necessari alla data stabilita per la seduta.

**Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 25 settembre 2007, n. 4960**

Responsabilità disciplinare – Procedimento – Conclusione – Termine – *Ex art. 10 legge n. 10/1990* – Decorrenza

Il termine perentorio di cui all'art. 10 della legge n. 19/1990 (come riconosciuto dalla sentenza n. 197/1997 in relazione all'analogo termine di cui all'art. 9 della stessa legge) inizia a decorrere non dalla data dell'effettivo avvio del procedimento disciplinare, ma dalla scadenza dei primi centottanta giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna. Sulla base di tale interpretazione, una volta contestati tempestivamente gli addebiti, l'amministrazione dispone, per la conclusione del procedimento, di un periodo complessivo di centottanta giorni a partire dalla data di presentazione della istanza di riammissione in servizio ai sensi dell'art. 10 della legge n. 19/1990.

**Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 aprile 2007, n. 1761**

Enti locali – Segretari comunali e provinciali – Svolgimento dell'incarico di giudice conciliatore senza la preventiva autorizzazione – Sanzione disciplinare della censura – Legittimità

È legittimo il provvedimento con il quale viene irrogata a un segretario comunale la sanzione disciplinare della censura per aver svolto l'incarico di giudice conciliatore senza la preventiva autorizzazione.

## **Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 gennaio 2007, n. 382**

1. Procedimento disciplinare – Sospensione per la concomitanza di un procedimento penale – Riassunzione – Termine – Individuazione

2. Enti locali – Procedimento disciplinare – Destituzione dal servizio – Provvedimento adottato dal segretario comunale in base a norma regolamentare introdotta successivamente all'inizio del procedimento disciplinare – Legittimità – Ragioni

1. Il termine perentorio di centotanta giorni per la riassunzione del procedimento disciplinare, sospeso dalla concomitanza di un procedimento penale – stabilito dall'art. 97, comma 3, del d.P.R. 10.1.1957, n. 3 e decorrente dalla data di irrevocabilità della sentenza emessa in sede penale – è applicabile solo nelle ipotesi di assoluzione o di proscioglimento (Cons. Stato, sez. VI, 18 aprile 2000, n. 2313). Mentre, nelle ipotesi di sentenza di condanna è applicabile l'art. 9, comma 2, della legge 7 febbraio 1990, n. 19, secondo il quale “la destituzione può sempre essere inflitta all'esito del procedimento disciplinare che deve essere proseguito o promosso entro centotanta giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna e concluso nei successivi novanta giorni”.

2. È legittimo il provvedimento di destituzione dal servizio di un dipendente comunale adottato dal segretario in base alla norma regolamentare, che ha stabilito tale competenza, introdotta con provvedimenti adottati successiva-

mente all'inizio del procedimento disciplinare; occorre al riguardo considerare che l'applicazione della norma sopravvenuta attributiva della competenza è coerente con il principio secondo cui ogni atto del procedimento amministrativo deve essere regolato dalla legge del tempo in cui è emanato, perché lo *ius superveniens* contiene una diversa valutazione degli interessi pubblici, col solo limite, avuto riguardo al giudizio disciplinare, dell'applicazione della norma più favorevole per l'incolpato (che può tranquillamente escludersi nel caso di specie). Senza considerare, poi, che la disciplina del procedimento applicata dall'amministrazione rappresenta una mera attuazione della norma organizzativa contenuta nell'art. 59 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, antecedente alla contestazione degli addebiti, la quale, nell'ambito di una radicale trasformazione del rapporto di pubblico impiego secondo moduli privatistici, stabilisce che “ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari”.

## **T.A.R. Veneto, sez. III, sentenza 9 gennaio 2007, n. 7**

Sanzione disciplinare – Riduzione dello stipendio – Assenza per malattia per un giorno – Omessa produzione del certificato medico – Legittimità

È legittima la sanzione disciplinare della riduzione stipendiale di un decimo, per cinque mesi irrogata al dipendente di una Usl, assentatosi

dal lavoro, per malattia, per un solo giorno, motivata con riferimento al fatto che il dipendente stesso ha ommesso di produrre il certificato medico giustificativo richiesto espressamente dalla p.a.; infatti, sia l'art. 28 del d.P.R. 270/1987 che l'art. 8 del d.P.R. 348/1983, che fissano il termine per la presentazione del certificato medico entro il terzo giorno di assenza, non escludono che il dipendente non sia tenuto a produrre, se la p.a. lo richieda, il certificato medico anche per un'assenza più breve.

## **T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sentenza 25 ottobre 2006, n. 478**

1. Enti locali – Competenze degli organi – Procedimento disciplinare – Atto di contestazione degli addebiti – Competenza esclusiva dell'organo burocratico – esclusione

2. Atti e provvedimenti – Sanzioni disciplinari – Censura – Motivazione – Criterio di sufficienza

1. Deve escludersi che l'atto di contestazione degli addebiti in sede disciplinare, in ragione della sua natura di atto dovuto e vincolato, sia rimesso in via esclusiva alla competenza dell'organo burocratico, ben potendo concorrervi l'organo di vertice dell'amministrazione, deputato – per la sua qualità di legale rappresentante dell'ente – a manifestare in via generale all'esterno la volontà dell'amministrazione medesima (v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 21 giugno 1999, n. 2311; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 22 febbraio 1996, n. 46).

2. Benché non sia necessaria

per l'irrogazione della censura un'analitica confutazione delle ragioni addotte dall'incolpato e si consideri sufficiente anche una motivazione succinta, la motivazione non può tuttavia limitarsi a una sorta di postulato circa l'intera vicenda, onde va considerata carente di idonea motivazione la misura sanzionatoria basata sulla mera affermazione dell'insufficienza delle giustificazioni addotte dall'interessato, senza indicazione alcuna degli aspetti eventualmente rivelatori di una loro mancanza di veridicità o credibilità; l'amministrazione, insomma, deve tenere conto delle circostanziate difese dell'incolpato e deve esplicitare le ragioni per le quali dette difese si presentino irrilevanti o comunque inidonee a scagionarlo (v. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 31 maggio 2000, n. 637; T.A.R. Toscana, sez. II, 10 settembre 1999, n. 786), atteso che, formulando le proprie giustificazioni, il dipendente apporta ulteriori argomenti, anche di fatto, che vanno attentamente scrutinati dall'organo disciplinare, e quindi confutati – anche solo in modo succinto –, non invece assoggettati a un giudizio di valore (sufficienza o meno) che attiene più propriamente all'atto conclusivo della procedura (v. T.A.R. Piemonte, sez. II, 31 marzo 1999, n. 144).

## **T.A.R. Toscana, sez. I, sentenza 3 ottobre 2005, n. 4566**

Procedimento disciplinare – Regolamento organico dell'ente locale – Competenza in tema di iniziativa disciplinare – Attribuzione alla giunta municipale – Avvio del procedimento

– Nota del sindaco – Irrogazione della sanzione – Illegittimità – Fattispecie

Deve ritenersi illegittima, per violazione del regolamento organico dell'ente locale che prevede la necessità dell'iniziativa della giunta municipale ai fini dell'avvio del procedimento disciplinare, la deliberazione con la quale il consiglio comunale ha irrogato a un dipendente la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio e dallo stipendio per venti giorni, nel caso in cui l'avvio del procedimento sia derivato da una nota del sindaco avente per oggetto la relazione sul rendimento in servizio e sullo svolgimento dei doveri d'ufficio. Tale nota del sindaco non può formalmente costituire la contestazione degli addebiti, atto preliminare del procedimento disciplinare. Neppure costituisce contestazione degli addebiti la relazione redatta dal sindaco trasmessa con la nota in questione, relazione che, pur ricostruendo, sinteticamente, la carriera e il rendimento del dipendente, non esprime l'intenzione di addivenire a un procedimento disciplinare, concludendosi con la ravvisata opportunità, "sentiti anche gli assessori interessati," di portare a conoscenza del dipendente "le susesposte valutazioni, assegnandogli un congruo termine per le eventuali deduzioni." Né può, ovviamente, in presenza di una disposizione regolamentare tanto chiara nell'individuare la competenza in tema di iniziativa disciplinare, ritenersi sostitutivo ed equiparabile alla determinazione dell'organo collegiale di governo del comune l'avviso espresso dagli "assessori interessati".

## **Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 5 settembre 2005, n. 4486**

Procedimento disciplinare – Sanzione della sospensione dalla qualifica – Procedimento originato da dissidi personali fra l'incolpato e il sindaco – Dovere del sindaco di astenersi – Sussiste

Più che su di una rigorosa applicazione dell'obbligo di astensione e la ricusazione del giudice desumibili dagli artt. 51 e 52 c.p.c., il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti della p.a. è governato dal principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.: qualora l'autorità agente sia un organo collegiale, l'obbligo di astenersi del singolo componente trova perciò espressione nell'interesse a partecipare alla deliberazione cui questi sia direttamente interessato, per la presunzione che il soggetto coinvolto nella situazione oggetto del provvedimento non possa determinarsi con la dovuta serenità (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1998, n. 1617). Deve ritenersi, pertanto, illegittima la delibera della giunta municipale con cui viene inflitta la sanzione disciplinare della sospensione dalla qualifica, nel caso in cui il procedimento tragga origine da dissidi personali insorti fra l'incolpato e il sindaco e il provvedimento sia stato assunto in violazione del dovere del sindaco di astenersi dal partecipare alla commissione di disciplina data l'inimicizia grave, la quale poteva lasciar supporre un suo interesse alla deliberazione, per la presunzione che il coinvolgimento nella situazione oggetto del provvedimento non lo inducesse a determinarsi con la dovuta imparzialità in relazione a circostanze concernenti i rapporti personali con l'interessato (Cons. Stato, sez. VI, 18 gennaio 1977, n. 7).