

ADRIANA CIAFARDONI
Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Parma
adriana.ciafardoni@unipr.it

**IL PROBLEMA DEI MODELLI DI RESPONSABILITÀ:
CONSIDERAZIONI SULLA NATURA DEL RISARCIMENTO
DEL DANNO PER LESIONI DI INTERESSI LEGITTIMI**

**THE PROBLEM OF LIABILITY MODELS: CONSIDERATIONS ON
THE NATURE OF DAMAGES FOR INJURY TO LEGITIMATE
INTERESTS**

SINTESI

L'affermazione del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e la successiva attribuzione del potere di condanna al giudice amministrativo hanno posto il problema di individuare il modello di responsabilità da applicare in caso di azione illegittima dei pubblici poteri. Da una parte, l'art. 30 c.p.a. fissa alcuni degli elementi essenziali della fattispecie, senza però prevedere, al pari del codice civile, un sistema organico di tutela. Dall'altra, gli ondivaghi interventi della giurisprudenza, pur nella consapevolezza della diversità delle situazioni giuridiche di interesse legittimo e diritto soggettivo, sembrano ancorare la disciplina di diritto amministrativo a quella dell'illecito aquiliano. Si intenderà quindi analizzare benefici e problematicità connesse al ricorso ai modelli di responsabilità di derivazione civilistica (extracontrattuale e contrattuale, quest'ultima anche mitigata alla luce della teoria del contatto sociale qualificato) per valutare la possibilità di un'autonoma responsabilità di diritto pubblico.

ABSTRACT

The affirmation of compensation for damages for injury to legitimate interests and the subsequent attribution of the power of condemnation to the administrative judge have posed the problem of identifying the liability model to be applied in the case of unlawful action by public authorities. On the one hand, Article 30 c.p.a. establishes some of the essential elements of the case, but wi-

thout providing, like the Civil Code, an organic system of protection. On the other hand, the ambiguous interventions of jurisprudence, while being aware of the diversity of the legal situations of legitimate interest and subjective right, seem to anchor the discipline of administrative law to that of extra-contractual tort. Therefore, it will be intended to analyze benefits and problematic issues related to the use of civil-law-derived liability models (extra-contractual and contractual, the latter also mitigated in light of the theory of qualified social contact) in order to assess the possibility of an autonomous public law liability.

PAROLE CHIAVE: responsabilità, risarcimento del danno, interessi legittimi, tutela della persona
KEYWORDS: liability, damages, legitimate interests, protection of the person

INDICE: 1. La risarcibilità degli interessi legittimi e il problema dei modelli. – 2. Il modello di responsabilità extracontrattuale. – 3. Il modello di responsabilità da inadempimento. – 3.1 (segue). Il contatto amministrativo qualificato. – 4. Considerazioni sulla possibilità di una responsabilità autonoma di diritto pubblico. – 5. Una breve conclusione.

1. La risarcibilità dell'interesse legittimo e il problema dei modelli

Dalla risarcibilità dei danni provocati agli interessi legittimi è trascorso più di un ventennio durante il quale si sono verificati diversi cambiamenti che hanno portato all'affermarsi di una tutela se non piena, quantomeno soddisfacente¹.

¹ In generale, sulla risarcibilità degli interessi legittimi, cfr. Cass. civ. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro.it*, 1999, I, 1487, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI; in *Giur. cin.*, 1999, I, 2261, con nota di M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*. Sulla questione, senza pretesa di esaustività, G. ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Cons. Stato*, 2000, 11, 743 ss.; G. ALPA, *Sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Cin.*, 1999, II, 427 ss.; C.M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 689 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il «muro» degli interessi legittimi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, 335 ss.; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, 1, 3201 ss.; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262 ss.; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della responsabilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, 1, 3212 ss.; 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.*, 1999, 1126 ss.; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 55 ss.; A. ORSI

Infatti, l'interesse legittimo, pur *figlio di un dio minore*², continua a ritagliarsi un spazio autonomo di tutela, affrancandosi sempre più dall'idea di una protezione solo occasionale e condizionata³. Eppure ancora oggi la responsabilità resta terreno di ampio dibattito: il risarcimento rappresenta uno dei principali strumenti di tutela generale dell'ordinamento e, pertanto, su di esso «si riflettono tutte le 'tensioni' inerenti alla recezione e alla dinamica degli interessi nel diritto»⁴. In particolare, in tale settore, si mostra la dicotomia, ma anche il tentativo di un progressivo avvicinamento, tra diritto pubblico e diritto privato: l'idea, cioè, di poter applicare al diritto amministrativo le categorie elaborate dalla dottrina civilistica. La stessa costruzione dell'art. 30 c.p.a. è, in gran parte, incentrata sul modello aquiliano: ingiustizia del danno, reintegrazione in forma specifi-

BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 488 ss.; M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. app.*, 1999, 1067 ss.; ID., *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. civ.*, 1998, 985 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, 3222 ss.; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, 3233 ss.; F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.; L. TORCHIA, *Commento a Corte Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 848 ss.

2 Sostiene C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013*, Napoli, 2014, 134, che l'interesse legittimo è «sempre apparso, rispetto al diritto soggettivo, come figlio di un dio minore, meritevole di una tutela in qualche modo occasionale o condizionata».

Infatti, l'interesse legittimo è nato, nella concezione dello Stato assoluto, come un dono, non potendo il cittadino vantare alcuna pretesa nei confronti dello Stato ogni "bene della vita" riconosciuto non poteva che essere gentile concessione. Sul punto, cfr. A. PUBUSA, *L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)*, in *giustamm.it*, luglio 2018 e in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, Napoli, 2019, 66.

3 Le situazioni giuridiche soggettive hanno un grado di definizione diverso a seconda che si sviluppino nella relazione tra privati o con il potere. Sottolinea L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 850, che «non è disagevole osservare che gli interpreti, quando utilizzano i concetti di diritto soggettivo o di libertà negativa, pur nell'articolazione delle posizioni, si riferiscono ad una nozione il cui nucleo essenziale è ampiamente condiviso, quasi intuitivamente, per certi versi così consolidato da non richiedere spiegazioni. Lo scenario muta completamente quando lo sguardo si rivolga a diritti sociali o interessi legittimi; in generale, quando le posizioni soggettive si sostanziano in pretese rivolte verso il potere pubblico, il loro contenuto tende a diventare controverso ed indefinito».

4 In questi termini, A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Annuario Aipda 1999-2000*, Milano, 2001, 143.

ca, elemento soggettivo (quest'ultimo almeno in riferimento alla fattispecie di cui all'art. 2-*bis* l. n. 241/1990), sono tutti elementi della responsabilità *ex art.* 2043 c.c.

Cionondimeno, il modello di responsabilità da applicare al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi resta probabilmente la questione su cui si riversa la maggiore sensibilità degli studiosi. La valutazione sulla spettanza del bene della vita, il ruolo della *chance*, la possibilità di ricorrere a modelli di responsabilità oggettiva, laddove non richieda la valutazione sul dolo o la colpa, sono tutti aspetti, oggi, lasciati all'intervento dell'attività creativa della giurisprudenza⁵ e che permettono di interrogarsi sull'idoneità delle categorie di responsabilità del diritto privato a disciplinare il risarcimento da illegittima attività provvedimentale. Infatti, l'illecito della pubblica amministrazione si colloca in una terra di nessuno tra il contratto e il torto⁶, ove appare incerto tanto il regime della responsabilità aquiliana che quello dell'inadempimento, a cui, a sua volta, è ricondotta la responsabilità da contatto. Il primo, in quanto la condotta dannosa si iscrive in una relazione giuridica preesistente tra il danneggiante e il danneggiato; il secondo, poiché la disciplina della responsabilità contrattuale sembra costituire una forzatura del sistema e del diritto delle obbligazioni⁷. Pe-

5 La dottrina ha evidenziato la «vocazione del nostro tempo per la giurisdizione» (N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2004, 41-72). Questa impostazione trae origine da una serie di fattori tra loro eterogenei: la globalizzazione, il crescente ruolo del diritto e della giurisprudenza comunitaria, le moderne tendenze del legislatore nazionale... fattori, questi, che seppur eterogenei sono raggruppabili sotto un denominatore comune: la crisi della legge. Osserva A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, *passim*, spec. 76 ss., come «Se da un lato la riconsiderazione del portato tradizionale del principio di legalità della pubblica amministrazione dischiude una complessiva valorizzazione del ruolo della funzione amministrativa, dall'altro il differente atteggiarsi del rapporto tra legislazione e giurisdizione costituisce il *leit motiv* alla base della rivalutazione dell'attività del giudice». Secondo l'Autore la crisi della legge si manifesta in diversi modi: la progressiva perdita delle caratteristiche della generalità e dell'astrattezza, in favore di processi di amministrativizzazione della legge (su cui, peraltro, cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007); la progressiva delegiferazione a favore di forme di normazione di livello inferiore; l'eccesso di produzione normativa che finisce per provocare un calo dell'effettività della legge e un aumento delle contraddizioni interne all'ordinamento.

6 L'espressione è di F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 107 ss.

7 Sul problema rispetto al diritto amministrativo, cfr. M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 143 ss.

raltro, atteso che le norme di diritto pubblico che disciplinano la responsabilità risultano ben lontane dall'essere unanimemente interpretate, non vi è ragione di escludere a priori l'idea di una responsabilità autonoma, in modo da poter ricostruire il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi sulla base delle caratteristiche proprie del diritto amministrativo.

Tanto premesso, per semplificazione che qui si rende necessaria, le posizioni che si intenderà valutare sono riconducibili a due schemi: extracontrattuale e contrattuale, quest'ultimo oggi temperato alla luce della responsabilità da contatto sociale qualificato. L'inquadramento nei citati modelli non è, comunque, esente da forzature e spesso racchiude al suo interno soluzioni non del tutto sovrapponibili, ma comunque raggruppabili in un unico orientamento di fondo.

2. Il modello di responsabilità extracontrattuale

La soluzione oggi maggiormente accreditata inquadra la responsabilità dell'amministrazione nel modello dell'illecito aquiliano⁸. Tale ricostruzione trova fondamento nella sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 e, in particolare, sul presupposto che l'esercizio di poteri autoritativi non richieda alcun rapporto pregresso tra cittadini e amministrazione. Pertanto, la lesione causata da quest'ultima comporterebbe un danno ingiusto nella sfera giuridica soggettiva altrui, in violazione del generale dovere di *neminem laedere* gravante su tutti i soggetti dell'ordinamento. La giurisprudenza successiva alla sentenza del 1999 si è, in gran parte, conformata a tale impostazione⁹.

In generale, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, 521 ss., anche per la letteratura ivi richiamata.

⁸ Tra i sostenitori della responsabilità extracontrattuale, R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, 360-395; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2007, 317. L'autore ritiene "stimolante" la tesi della responsabilità contrattuale, ma precisa che a suo giudizio non vale la pena «di insistere su questa linea» perché la giurisprudenza amministrativa ormai è consolidata nel qualificare come aquiliana la responsabilità per lesione di interessi legittimi. Più di recente, M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, cit., 143 ss.;

⁹ *Ex multis*: T.A.R. Campania, Sez. I, 4 ottobre 2001, n. 4485; T.A.R. Calabria, 2 agosto 2002, n. 839; Cons. Stato, Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500; Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7449.

Alle stesse conclusioni sembra, almeno formalmente, essersi orientato il legislatore che, come anticipato, all'art. 30 c.p.a, in tema di azione di condanna, permette di chiedere al giudice amministrativo il risarcimento del «danno ingiusto derivante all'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o al mancato esercizio di quella obbligatoria» (comma 2). Allo stesso modo, anche l'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990 prevede che i soggetti pubblici e privati, chiamati ad agire secondo le regole del procedimento, siano «tenuti al risarcimento del danno ingiusto» a condizione che il ricorrente comproui di aver subito il danno «in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento». L'espressione «danno ingiusto» a cui fanno riferimento entrambe le disposizioni, richiama l'art. 2043 c.c., vincolando il modello di responsabilità alla prova di un elemento, appunto l'ingiustizia, estraneo all'indempimento. E, inoltre, la previsione contenuta nell'art. 2-*bis* della legge sul procedimento riecheggia la valutazione sull'elemento soggettivo, tipica dell'illecito aquiliano. Sembrerebbe quindi, almeno sul piano sistematico, che le disposizioni che prevedono la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi improntino l'azione di condanna al risarcimento sulla base del modello extracontrattuale¹⁰.

Della questione è stata investita, in tempi relativamente recenti, l'Adunanza Plenaria, intervenuta con la sentenza n. 7 del 2021¹¹ che, in tema di ritar-

¹⁰ Critica la posizione di chi sostiene che vada applicata la disciplina dell'illecito aquiliano per la sola presenza dell'espressione *danno ingiusto* nelle disposizioni di diritto amministrativo L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 3, che, invero, si riferisce alla clausola *danno ingiusto* contenuta nell'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, ma nulla cambia ai fini della presente ricostruzione. Secondo l'Autore, una siffatta teoria postula che il legislatore abbia introdotto due disposizioni sostanziali per la disciplina del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (appunto, quella contenuta nell'art. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, nonché la previsione di cui all'art. 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971). Tuttavia, illogicamente, tali norme, anziché dettare direttamente una disciplina, si limiterebbero a rimandare al diritto civile, rappresentando, quindi, «rispetto alla fattispecie in considerazione, meta-norme o norme su norme, le quali, attraverso la tecnica del rinvio (giocata su pregnanti omologie linguistiche), imporrebbero l'utilizzazione dello schema, tipico del campo privatistico, dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c.».

¹¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7. In dottrina si veda M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile?*, cit., 143 ss.; A.

do nella conclusione del procedimento¹², sembra abbia tentato di mettere un punto fermo al dibattito, accogliendo il modello della responsabilità extracontrattuale. Secondo la ricostruzione dei giudici, la risarcibilità dell'interesse legittimo dipende dalla progressiva espansione ai casi d'illegittimo esercizio del potere pubblico di cui è titolare l'amministrazione, della tutela prevista dall'art. 2043 c.c.¹³.

All'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021 va riconosciuto il merito di tentare di concludere il dibattito sulla natura della responsabilità civile dell'amministrazione¹⁴; almeno sul piano teorico, però, tale diatriba risulta ben lontana dall'essere giunta a una soluzione definitiva, anche sul presupposto che il modello in concreto applicato è una versione non del tutto coincidente con quello dell'illecito aquiliano conosciuto in sede civile. In ogni caso, non può non segnalarsi come la giurisprudenza successiva alla sentenza n. 7 del 2021, pur con

PALMIERI-R. PARDOLESI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: così è se vi pare*, in *Foro it.*, 7-8, 2021, 406 ss.; E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, *Giustizia insieme*, 30 luglio 2021.

12 Il caso riguarda il danno subito da un'impresa a seguito del rilascio di autorizzazioni per la realizzazione di impianti fotovoltaici oltre i limiti temporali previsti dalla legge. Infatti, a causa del ritardo dell'amministrazione, *medio tempore*, erano intervenute sopravvenienze normative che, sopprimendo gli incentivi a investire nel fotovoltaico, rendevano non più economici gli impianti che si intendevano costruire. Per tale ragione, l'impresa aveva proposto azione risarcitoria per il ristoro del danno dipendente dal mancato guadagno, nella forma di lucro cessante, subito a causa del ritardo nel rilascio delle autorizzazioni da parte dell'amministrazione. Il T.A.R. dichiarava inammissibile la domanda di risarcimento del danno e la decisione veniva appellata innanzi al Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana che, ritenuta ammissibile la domanda, sosteneva la natura contrattuale della responsabilità e investiva la Plenaria della questione. In dottrina cfr. M. TRIMARCHI, *Natura e regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione al vaglio dell'adunanza plenaria*, in *Giustizia insieme*, 17 febbraio 2021.

13 M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Torino, 2022, 45, ha sottolineato come, per l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021, tanto l'attività provvedimentale, quanto l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, siano da ricondurre al modello di responsabilità extracontrattuale.

14 Con l'avvento del codice del processo amministrativo, la funzione nomofilattica del Consiglio di Stato è stata significativamente rafforzata, sulla falsariga di quanto il processo civile già prevedeva all'art. 374 c.p.c. In particolare, il vincolo del precedente opera, nel nostro ordinamento, in via orizzontale, nel senso di stabilire un obbligo di conformarsi delle Sezioni semplici nei riguardi delle decisioni assunte dall'Adunanza Plenaria. Sulla questione cfr. E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 4, 1237 ss.; S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011.

qualche forzatura, si sia sostanzialmente conformata al modello aquiliano¹⁵, peraltro anche in tema di responsabilità precontrattuale¹⁶.

Se si costruisce in questi termini la responsabilità per danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica, si pone il problema di provare in giudizio gli elementi della fattispecie aquiliana, tanto sotto il profilo oggettivo – e, dunque, nesso di causa e danno ingiusto – quanto sotto il profilo soggettivo della colpa (anche rispetto alle ipotesi diverse dal danno da ritardo, in cui non vi sono richiami all'elemento soggettivo). Ed ancora, sempre sul piano delle conseguenze, è necessario dimostrare che il fatto lesivo sia collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, alla lesione patrimoniale o non patrimoniale del titolare dell'interesse legittimo¹⁷.

Dall'applicazione di tale modello può, dunque, risultare lesa la qualità della tutela, in ragione degli oneri probatori del modello aquiliano e, in particolare modo, della necessità di provare l'elemento soggettivo, con tutte le difficoltà di operare tale giudizio rispetto a un'organizzazione complessa quale la pubblica amministrazione, ancor di più da quando la giurisprudenza ha abbandonato

15 Tra le tante pronunce, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 gennaio 2024, n. 219; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6958; Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2023, n. 4453; Cons. Stato, Sez. VII, 30 marzo 2023, n. 3314; Cons. Stato, Sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094; Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2022, n. 8410; Cons. Stato, Sez. VI, 1 agosto 2022, n. 6742; Cons. Stato, Sez. VII, 26 aprile 2022, n. 3187; Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2021, n. 7428.

16 Sul punto e, in generale, sull'Adunanza Plenaria 21 novembre 2021, n. 21, cfr. M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, cit., 43-49, spec. 45; M. BALDARI, *Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a.* (Nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21), in *Giustizia Insieme*, 17 marzo 2022; cfr., altresì, M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2022, 3, 725 ss. spec. 727. Per l'Autore, sul piano funzionale, la responsabilità precontrattuale tende ad avvicinarsi al modello aquiliano; infatti, questa, «ponendosi a presidio del pericolo di perdere possibilità alternative in ragione dell'altrui scorrettezza, esibisce la funzione conservativa della ricchezza che è propria della responsabilità aquiliana, non quella, propria della responsabilità da inadempimento, di attribuire l'equivalente monetario di una prestazione dovuta e mancante, tanto che il risarcimento non riguarda il c.d. interesse positivo, cioè il valore della prestazione contrattuale inadempita, bensì il c.d. interesse negativo».

17 Cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 27 marzo 2023, n. 3094; Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6958, Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 17 ottobre 2022, n. 1050; Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6349 Nella giurisprudenza meno recente si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4337; T.A.R. Campania, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 1350; T.A.R. Campania, Sez. I, 25 settembre 2017 n. 4483.

la tesi della colpa in *re ipsa*¹⁸. Peraltro, la logica di monetizzazione del danno, tipica della responsabilità aquiliana, mal si concilia con l'esercizio della funzione pubblica, stante la subordinazione della tutela al giudizio di rilevanza dell'interesse e alla prova della spettanza del bene della vita¹⁹. Venendo, così, depotenziata la tutela nelle ipotesi di esercizio di potere discrezionale ancor di più nel caso di titolarità di interessi legittimi pretensivi. D'altro canto, è pur vero che taluni aspetti della disciplina assicurerebbero al privato alcuni vantaggi, si pensi alla risarcibilità dei danni non prevedibili.

Non manca, comunque, chi sostiene come il modello della responsabilità extracontrattuale si sia imposto ai rapporti tra cittadini e amministrazione «per una sorta di forza propria, che gli deriva dal peso della tradizione, dalla compiutezza della sua millenaria elaborazione e dalla larghissima utilizzazione del medesimo da parte della dottrina e della giurisprudenza»²⁰; e, dunque, non in quanto modello idoneo a regolare le conseguenze dannose del rapporto tra pubblico e privato.

3. Il modello della responsabilità da inadempimento

Tra le soluzioni proposte è possibile ravvisare anche orientamenti che permettono all'amministrazione di rispondere a titolo contrattuale. In via generale, risulta pacifico che l'amministrazione possa essere inadempiente nell'ambito della sua attività di diritto privato²¹, tuttavia si è cercato di estendere l'applicazione

18 T.A.R. Roma, Sez. I, 19 gennaio 2024, n. 945; T.A.R. Roma, Sez. I, 3 luglio 2023, n. 11039; T.A.R. Napoli, Sez. IV, 15 febbraio 2021, n. 976; Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2022, n. 3408; Cons. giust. amm. Reg. Sicilia, Sez. giurisd., 27 ottobre 2020, n. 994; Cons. Stato, Sez. III, 18 giugno 2020, n. 3903. Diversamente si reputa applicabile un modello oggettivo solo in casi di danni derivanti dall'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici: così, T.A.R. Calabria, Sez. I, 27 dicembre 2023, n. 1708; Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8148; Cons. Stato, Sez. V, 19 maggio 2021, n. 3892; Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912.

19 In questo senso, cfr. A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 108.

20 L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 4.

21 Le obbligazioni pubbliche rappresentano una categoria dagli incerti confini che racchiude i rapporti tra amministrazione e privato gravati da obblighi aventi contenuto patrimoniale. In questo senso, M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 5, mentre, più in generale, sul tema, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 108; G.

cabilità di tale modello anche alle ipotesi di responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica²². Sul piano pratico, l'applicazione all'amministrazione della responsabilità da inadempimento – del contratto o degli obblighi derivanti dal contatto – ha l'obiettivo di semplificare gli oneri probatori in capo al privato.

Ovviamente, non si vuole sostenere che l'attività provvedimentale possa in qualche modo essere ricondotta all'attività negoziale dei privati o che il rapporto tra potere e cittadino possa essere inserito nelle maglie di un contatto. Al contrario, poiché la qualifica contrattuale «è intesa a designare la responsabilità connessa all'inadempimento di un'obbligazione, qualunque sia il fatto da cui l'obbligazione deriva»²³, si vuole ricondurre l'obbligo di adottare un provvedimento (legittimo) tra le *varie causarum figurae* idonee a produrre un'obbligazione. In questo modo, il modello di responsabilità a cui ci si riferisce, si inserirebbe nella previsione di cui all'articolo 1173 c.c. Così facendo, l'amministrazione sarebbe tenuta ad adottare, nei termini e in modo conforme alla legge, un provvedimento espresso: tanto rappresenta un'obbligazione e non un mero obbligo²⁴.

L'adozione del provvedimento, da una parte, soddisfa l'obbligazione e, dall'altra, regola per il futuro i rapporti tra parte pubblica e privata. Laddove, invece, il provvedimento non venga emanato o risulti illegittimo l'amministrazione sarà responsabile nei confronti del privato per inadempimento o inesatto adempimento. In tal modo, viene prospettata la conversione dei vincoli legali del potere in vincoli di natura obbligatoria nei confronti di quei soggetti rispet-

FALCON, *Obbligazioni pubbliche* (voce), in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni pubbliche* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1979, 383.

22 In dottrina *ex multis*: C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; G.D. COMPORITI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003.

23 L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, 360.

24 Così, M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 191.

to ai quali l'attività amministrativa è destinata a produrre i suoi effetti. Il mancato rispetto di tali obblighi comporta, appunto, il risarcimento per inadempimento. Tuttavia, poiché l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione è difficilmente riconducibile a un rapporto obbligo-dovere, oggetto di prestazione è la legittimità del provvedimento e non il suo concreto contenuto, relativo, invece, all'attribuzione dell'utilità finale²⁵. La premessa del rapporto così strutturato è che ogni vincolo di legge posto all'esercizio della funzione amministrativa costituisce un obbligo per l'amministrazione e una pretesa per il privato²⁶. Ragionando in questo modo, l'inadempimento sussiste a prescindere dal nesso tra i motivi che causano l'illegittimità e il contenuto del provvedimento²⁷. Così facendo, titolari della pretesa, a prescindere dalla divergenza dei rispettivi interessi, sono i soggetti che partecipano al procedimento²⁸.

25 Il riferimento è alle teorie di L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, 178 ss. e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa* (Sonntagsgedanken), Milano, 2005, 170 ss.

26 L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 133 e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa* (Sonntagsgedanken), cit., 158 secondo cui «qualunque limite al potere di un soggetto riguarda la tutela di un interesse contrapposto».

27 F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 40.

28 Infatti, l'intervento del privato assolve a finalità garantistiche ovvero collaborative nei confronti dell'Amministrazione «in vista del migliore esercizio dell'attività svolta ovvero anche a finalità sociali, di controllo diffuso e generalizzato sulle forme e modalità di gestione degli interessi della comunità amministrata»: così, M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 202. Osserva F. PATRONI GRIFFI, *La responsabilità dell'amministrazione: danno da ritardo e class action*, in *Federalismi.it.*, 2009, 2, che la parziale trasformazione del ruolo della pubblica amministrazione da funzione a servizio comporta due possibili conseguenze. Sotto un primo profilo, «una sostanziale trasformazione dell'approccio alla tematica della responsabilità: nella logica della funzione, il cittadino, certo non più suddito, è il "destinatario" dell'esercizio, garantito e spesso anche partecipato, di una potestà; nella logica dell'esercizio assume carattere centrale la "prestazione" resa dall'amministrazione cui è correlata una posizione soggettiva del cittadino che, senza arrivare a inserirsi in una struttura sinallagmatica, configura il cittadino come utente del servizio, o, per usare un termine che ha del trendy, come cliente». Dal secondo ordine di conseguenze, che attiene al versante dell'amministrazione verso l'esterno, dipende, invece, «il tema degli strumenti di responsabilizzazione dell'attività amministrativa [...] (responsabilità civile in relazione ipotesi di malfunzionamento quale il danno da omessa o ritardata emanazione di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei cittadini)».

Secondo F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995, 140, «la partecipazione oscilla, così, anche nella L. n. 241, tra esigenza di tutela anticipata

Sulla natura contrattuale della responsabilità per lesione di interessi legittimi, si segnala, inoltre, la ricostruzione teorica di chi ha tentato di avvicinare l'interesse legittimo al diritto di credito²⁹, in ragione della comune necessità dell'intervento di un soggetto terzo (pubblica amministrazione o debitore) per il soddisfacimento tanto del credito quanto dell'interesse legittimo pretensivo³⁰. Tuttavia, la qualificazione dell'interesse legittimo come aspettativa di un bene della vita il cui soddisfacimento passa, tanto per gli interessi legittimi pretensivi che per quelli oppositivi, dall'esercizio del potere, ha permesso di ampliare la portata di tale ricostruzione. In particolare, è stato osservato che il soddisfacimento dell'interesse legittimo possa essere definito in termini di pretesa del destinatario all'emissione o alla non emissione di un determinato provvedimento³¹: nel primo caso «la pretesa all'emissione di un atto amministrativo riguarda

del privato ed introduzione degli interessi. Nel primo senso, essa riproduce lo schema classico di un'amministrazione autoritativa, che ammette la partecipazione come garanzia preventiva delle situazioni giuridiche dei soggetti destinatari del potere. Nell'altro senso, però, costituisce attuazione di un modo diverso di realizzazione degli interessi pubblici, poiché dalla possibile partecipazione al procedimento di qualsiasi soggetto che abbia un qualche interesse allo svolgimento dell'attività amministrativa consegue che l'amministrazione non è più l'unica titolare della funzione». In generale, cfr. P. M. VIPIANA-F. FRACCHIA, *Osservazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e tutela del privato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 171 ss.; S. COGNETTI, *Partecipazione al procedimento e ponderazione degli interessi*, in G. SCIULLO (a cura di), *L'attuazione della legge 241/90, risultati e prospettive*, Milano, 1997; G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; A. BARONE, *Recensione al Volume di R. Caranta e L. Ferraris, La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano 2000, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 2000, 1211; M.R. SPASIANO, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 283 ss.; M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 1 ss.; M. OCCHIENA, *Voce Partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, I, 2006; F. SAITTA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV. (a cura di), *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 247 ss.

29 In questo senso si segnalano le considerazioni di: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 127; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 29 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, cit., 175.

30 Cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 197 s., secondo cui «il regime della responsabilità contrattuale potrebbe invocarsi nel solo caso in cui la lesione ricada su un interesse legittimo pretensivo, atteso che a fronte della incisione su un interesse legittimo oppositivo sopravviverebbe l'illecito di stampo aquiliano».

31 G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 152.

la categoria di interessi legittimi che sono stati definiti [...] come interessi legittimi dinamici: il punto di riferimento sarà ovviamente rappresentato da un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del possibile destinatario, che è poi il titolare (eventuale) dell'interesse legittimo stesso. La pretesa alla non emissione dell'atto amministrativo riguarda, viceversa e correlativamente, gli interessi legittimi statici, il cui punto di riferimento è rappresentato, com'è ovvio, dal provvedimento ablatorio»³². Per questo, sia gli interessi legittimi pretensivi che oppositivi possono essere assimilati alla struttura del credito, poiché anche «nel caso di interesse legittimo statico la posizione dell'amministrazione è ben differenziata dal dovere generale di astensione che incombe in tutti i consociati; in questo caso il potere ablatorio sussiste, sia pure in astratto, in capo alla Pubblica Amministrazione, ma non può essere esercitato in concreto, perché ciò comporterebbe (in ipotesi) il superamento dei limiti sostanziali di esercizio del potere: si tratta dunque di un'astensione a cui meglio si adatta il modulo della obbligazione negativa»³³.

Tale soluzione non è stata esente da critiche. Sotto diversi profili l'accostamento tra diritto di credito e interesse legittimo è risultato una forzatura: nel diverso destinatario dell'interesse finale che per i diritti di credito è il debitore e per l'interesse legittimo la collettività³⁴; nel differente momento in cui le due situazioni operano, infatti, mentre «l'interesse legittimo presuppone che l'assetto definitivo degli interessi sostanziali non sia stato ancora determinato (e infatti lo sarà soltanto con il provvedimento, che è a fattispecie precettiva); il diritto di credito tende essenzialmente alla realizzazione di un assetto di interessi già integralmente disegnato e giuridicamente vincolante»³⁵ ed, infine, nelle differenti si-

32 G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit., 152.

33 G. GRECO, *ult. op. cit.*, 154.

34 Osserva F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 29, che, se il comportamento del debitore «è giuridicamente necessitato e funzionalmente collegato solo al soddisfacimento dell'interesse del creditore», il comportamento dell'amministrazione «può essere più o meno discrezionale, ma anche ove fosse interamente vincolato, non sarebbe mai funzionale al solo soddisfacimento dell'interesse del privato titolare dell'interesse legittimo».

35 F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 30.

tuaioni giuridiche che al credito e all'interesse legittimo si contrappongono: nel primo caso un obbligo e nel secondo un potere³⁶.

3.1 (segue). Il contatto amministrativo qualificato

Nella ricostruzione della responsabilità civile della pubblica amministrazione in termini contrattuali non può non segnalarsi la soluzione, prospettata in tempi relativamente recenti, di chi ha presentato la possibilità di mitigare la responsabilità da inadempimento alla luce della teoria del c.d. contatto sociale qualificato³⁷ che sottolinea l'esistenza di una relazione particolare nel rapporto

36 F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, cit., 30. Invero, tali contestazioni vengono superate da M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, cit., 211 ss. In relazione alla differenza di interessi finali tutelati, l'A. osserva che al fine di qualificare un dovere come obbligazione è necessario che soddisfi l'interesse di un soggetto, ciò tuttavia non preclude che tale dovere sia anche funzionale alla cura di un interesse pubblico. Con riguardo all'idea che il credito intervenga solo nelle ipotesi di assetto di interessi già costituitosi, l'A. ricorda che il vincolo obbligatorio non nasce solo *ex contractu* e proprio per l'amministrazione non troverebbe fondamento nel contratto, ma in un *altro atto o fatto* idoneo a produrre un'obbligazione ai sensi dell'art. 1173 c.c., ipotesi questa che non richiede un assetto di interessi definitivo come nel contratto. Infine, anche l'idea per cui al credito sia contrapposto un dovere e all'interesse legittimo un potere viene superata dall'Autrice sostenendo che l'amministrazione, pur dotata di un potere autoritativo, ha anche un dovere di agire per la cura di un interesse pubblico e non vi sono particolari limiti nel poter inquadrare tale dovere in un vincolo obbligatorio.

37 Sviluppatisi a partire dalla dottrina tedesca, l'introduzione nel nostro ordinamento della teoria del contatto sociale qualificato si deve a L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss. Un contributo significativo sulla questione è, altresì, riconducibile a C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, cit., 647 ss. e a E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, in ID., (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, 235 ss., in relazione al rapporto con gli interessi procedurali. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3897; Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421. Senza dubbio più cospicua in tema la giurisprudenza ordinaria: Cass. civ., Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236; Cass. civ., Sez. un., 17 dicembre 2020, n. 28979; Cass. civ., Sez. un., 25 maggio 2021, n. 14324; Cass. civ., Sez. un., 29 aprile 2022, n. 13595; Cass. civ., Sez. un., 18 gennaio 2022, n. 1391. Sulla responsabilità da contatto cfr., altresì, S. CATTANEO, *Responsabilità da contatto sociale qualificato*, in *Urb. app.*, 2001, 1226; V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, 4 ss.; V. FANTI, *Nota alla sentenza Tar Puglia-Bari, Sezione I, 17 maggio 2001, n. 1761*, in *Le Corti di Bari, Lecce e Potenza*, 2002, 3-4, 158; E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18 ss.; S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 69 ss.; V. ANTONELLI, *Dal contatto sociale al rapporto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 601 ss.; ID., *Contatto e rapporto nell'agire amministrativo*, Padova, 2007; F. CIMBALI, *La responsabilità da contratto*, Milano 2006. Peraltro, la teoria del contatto sociale qualificato nasce per merito della dottrina tedesca del *Faktisches Vertragsverhältnis* (c.d. rapporti contrattuali di fatto, espressione coniata da G.

tra cittadino e amministrazione tale da escludere la totale estraneità delle parti³⁸. La dottrina che la propone non individua una terza forma di responsabilità, in aggiunta alle due previste dal codice civile, ma suggerisce di estendere l'applicazione della responsabilità da inadempimento alle ipotesi in cui tra il danneggiato e danneggiante sussista un contatto qualificato, malgrado la relazione non sia riconducibile allo schema dell'obbligazione come tradizionalmente inteso³⁹.

Peraltro, la teoria del contatto sociale qualificato, elaborato a partire dalla dottrina tedesca del *Faktisches Vertragsverhältnis* della prima metà del Novecento, trae origine dal rapporto senza obbligo di prestazione⁴⁰, caratterizzato per l'affidamento reciproco tra le parti da cui scaturiscono doveri di informazione e protezione. Questo orientamento ha trovato accoglimento nella dottrina civilistica italiana, la quale ha sostenuto che dal primo contatto tra cittadino e amministrazione discenda un rapporto obbligatorio finalizzato alla protezione dell'affidamento reciproco. Tale rapporto si sviluppa, per una parte della dottrina⁴¹, proprio nella forma di obbligazione senza prestazione. Si ritiene, infatti, che dal primo contatto tra il cittadino e la pubblica amministrazione discenda un rapporto finalizzato alla protezione dell'affidamento reciproco. Inoltre, la ri-

HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941), risalente alla prima metà del Novecento. Tale teoria trae origine dal rapporto senza obbligo di prestazione (R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urb. app.*, 2021, 3, 320), caratterizzato per l'affidamento reciproco tra le parti da cui scaturiscono doveri reciproci di informazione e protezione.

38 Ciò permetterebbe di ricondurre il rapporto nelle maglie della responsabilità contrattuale. Infatti, si avrebbe responsabilità ex art. 1218 cod. civ. anche «nell'ambito di quelle relazioni particolarmente qualificate non propriamente riconducibili al rapporto contrattuale, ma che pur sempre implicano il compimento di un'attività che coinvolge le parti della relazione»: così E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, cit.

39 C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, cit., 540.

40 Così R. CIPPITANI, *Responsabilità da mero comportamento nella "dimensione relazionale complessiva" tra amministrazione pubblica e privato*, in *Urb. app.*, 2021, 3, 320.

41 Il rimando è a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione, ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 679 ss.

conducibilità della responsabilità al contatto qualificato comporterebbe la presunzione della colpa dell'amministrazione⁴².

L'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, seppur non sia intervenuta esplicitamente in relazione al dibattito sulla natura della responsabilità, ha mostrato di apprezzare la teoria del contatto sociale qualificato. A questa teoria viene riconosciuto il merito di valorizzare «il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo generato, dall'altro»⁴³. Infatti, risulta particolarmente idonea a descrivere la relazione tra amministrazione e cittadino⁴⁴. Nel diritto amministrativo, la disparità tra le parti è fisiologica, come naturale è la generale fiducia che si crea in chi entri in relazione con il soggetto pubblico, che difficilmente può essere considerato parte estranea.

Al contrario, non sembra ragionevole sostenere che il danno faccia nascere *ex abrupto* un rapporto tra danneggiante (l'amministrazione) e danneggiato (il cittadino), alla stregua di ciò che si realizza con il modello aquiliano, che regola l'illecito derivante dall'incontro tra due soggetti fino a quel momento estranei⁴⁵. Certamente, però, non ogni contatto sociale è idoneo a far sorgere un'obbligazione, essendo necessario un *punto d'innesto normativo*⁴⁶ che trasformi il mero contatto in un fatto idoneo a produrre un'obbligazione.

42 Così, E. FOLLIERI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. app.*, 2012, 6, 696-697, il quale precisa come all'amministrazione sarebbe, invece, garantita la possibilità di produrre elementi di fatto o di diritto idonei a documentare l'assenza di colpa o la presenza di un errore scusabile.

43 Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, par. 24. Cfr., altresì, V. FANTI, *L'autonomia sostanziale e processuale degli interessi procedurali quali diritti fondamentali*, in *P.A. Persona e amministrazione*, 2023, 2, 233 ss.; ID., *Nota alla sentenza Tar Puglia-Bari, Sezione I, 17 maggio 2001, n. 1761*, cit., 158.

44 In tal senso viene garantita la tutela dell'affidamento alla legittimità dell'azione amministrativa che prescinde sia dalla spettanza del bene della vita sia dall'esercizio di attività discrezionale. Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal Consiglio di Stato*, cit., 237 ss.; V. FANTI, *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, 2006, 322.

45 In questi termini si è espresso, C. CASTRONOVO, *La «civiltà» della Pubblica Amministrazione*, in *Europa e diritto privato*, 2013, 3, 638.

In ogni caso, al di là della costruzione teorica che si accoglie, le conseguenze dell'applicazione della responsabilità da inadempimento in tema di elementi costitutivi della fattispecie sarebbero notevoli: oltre all'inversione dell'onere probatorio, troverebbe applicazione il principio della presunzione della colpa, che semplificherebbe gli oneri in capo al privato e risolverebbe ogni perplessità circa l'applicazione della giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità oggettiva, anche al di là della materia dei contratti pubblici.

Tuttavia, lo schema della responsabilità da contatto è di per sé invocabile solo in presenza di una relazione qualificata tra privato e amministrazione, lasciando potenzialmente escluse una serie di ipotesi in cui la sfera del privato sia lesa da una condotta dei pubblici poteri non rispettosa dei doveri – procedurali e non – sanciti dalla legge. Ipotesi rispetto alle quali, allora, si renderebbe necessario elaborare ulteriori soluzioni teoriche in grado di legittimare il ricorso alla responsabilità da inadempimento, al fine di garantire un'omogeneità di tutela. Il riferimento è, ad esempio, ai casi in cui il contatto venga rifiutato proprio dall'amministrazione, che, per esempio, abbia omesso di comunicare all'interessato l'avviso di avvio di un procedimento⁴⁷.

4. Considerazioni sulla possibilità di una responsabilità autonoma di diritto pubblico

Le oscillazioni in merito alla natura della responsabilità dell'amministrazione non escludono la possibilità di un *tertium genus*, accanto alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, tale da permettere una ricostruzione autonoma della disciplina. Questa soluzione, rimasta comunque piuttosto isolata, tende a qualificare il risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione pubblica come un diverso modello di responsabilità, proprio del diritto pubblico, escludendo, quindi, che si tratti di una fattispecie che trovi disciplina nel co-

⁴⁶ L'espressione è riconducibile a C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, in NGCC, 2020, 5, 1165.

⁴⁷ L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 13.

dice civile. Ciò in quanto la responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica risente almeno di due elementi di specialità: il carattere della situazione protetta e la natura dell'attività da cui dipende il danno. Entrambi espressioni delle due situazioni giuridiche, l'interesse legittimo e il potere, di cui sono titolari i due poli che costituiscono il rapporto giuridico amministrativo, quali rispettivamente il privato e l'amministrazione⁴⁸.

La ricostruzione di un'autonoma responsabilità ha, comunque, da tempo trovato l'appoggio di autorevole dottrina che ha dato un'importante spinta verso l'autonomia e la completezza del sistema: «il diritto pubblico al pari del diritto privato va assumendo forme sistematiche e costituisce un completo organismo, che i principi di sovranità, di governo, di amministrazione, di bene pubblico vengono a dar vita a funzioni e rapporti giuridici, i quali non si possono ridurre per naturale incoerenza ai principii del diritto privato»⁴⁹. La responsabilità

48 Sulla ricostruzione del rapporto giuridico amministrativo si veda approfonditamente E. FOLLIERI, *Il Rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, 12, 2017. L'Autore fissa le caratteristiche di tale rapporto. In particolare, il rapporto giuridico amministrativo dinamico si sviluppa nel procedimento ed è funzionale a determinare l'assetto degli interessi che viene stabilito nel provvedimento, tale assetto può essere prevedibile o probabile, ma non è certo. Il rapporto dinamico è, altresì, temporaneo e transitorio e la temporaneità si evince dalla previsione del dovere del centro attivo di interessi di concludere il procedimento in un termine predefinito; multipolare, infatti nel singolo procedimento possono esservi più centri attivi e più centri passivi di interessi ed è retto dai principi di buona fede e di affidamento. Inoltre, il rapporto giuridico amministrativo si compone di un rapporto principale, che è quello nel quale il privato è titolare di un interesse legittimo e il suo obiettivo è la realizzazione del bene della vita e si conclude con il provvedimento, e un rapporto strumentale o ancillare relativo riferito al rispetto delle regole procedurali. Mentre, però, l'interesse legittimo non è sempre a soddisfazione garantita, l'interesse procedimentale è sempre a soddisfazione garantita, poiché in presenza di regole precise stabilite nella l. n. 241/1990 che l'amministrazione è tenuta a rispettare.

49 G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892, 61. A tali studi sulla responsabilità fu dato seguito da V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pub.*, 1894, 241 ss.; S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, 1903, ora in *Scritti minori*, II, 1990, 158; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 214-215. Cfr., altresì, E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Giustamm*, 2005, 12; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, cit., 172 ss.; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 1 ss. Più di recente, M.C. CAVALLARO, *L'azione di condanna nel codice del processo amministrativo: spunti per una diversa ricostruzione*, in *Il processo*, 2022, 2, 315 ss., sostiene la possibilità che la responsabilità da illegittimo esercizio del potere amministrativo possa essere ricostruita non in termini

derivante da rapporti di diritto pubblico non può, quindi, essere importata *sic et simpliciter* dal diritto privato, ma richiede una rimodulazione tale da dar luogo, secondo una risalente dottrina, a diritto privato speciale⁵⁰, se non, addirittura, a una riqualificazione, cioè alla configurazione di una responsabilità come modello autonomo. Questa soluzione sembra aver trovato un pur minimo appoggio anche in giurisprudenza⁵¹: infatti, secondo un orientamento del Consiglio di Stato, «la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo ha natura speciale non riconducibile ai modelli normativi di responsabilità extracontrattuale e contrattuale»⁵². Osserva la giurisprudenza, ancorché minoritaria, che, rispetto alla responsabilità aquiliana, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo, escludendo che si possa parlare di rapporto tra soggetti estranei e, quindi, di una «responsabilità del passante»⁵³, tipica del modello extracontrattuale. Ciò, comunque, non consente di ricondurre tale ipotesi alla responsabilità contrattuale, poiché, in quest'ultimo caso, sono diverse le posizioni soggettive che si contrappongono: «da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo»⁵⁴.

Inoltre, per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo «non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, caratterizzato da diritti, obblighi o altre posizioni tutelate dal diritto privato (la cui tutela è prevista dagli articoli 1218 e ss. del codice civile)», ma allo stesso modo «non è assimilabile alla condotta di chi – con un com-

extracontrattuali, ma ricalcando il modello previsto dall'art. 2-*bis*, comma 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990.

50 Fu questa inizialmente la tesi più prudente di V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, cit., 241 ss.

51 Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611, punto 8 della motivazione; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2793; Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521; Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047.

52 Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611, punto 8 della motivazione.

53 F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 542 s.

54 Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611, punto 8 della motivazione.

portamento materiale o di natura negoziale – cagioni un danno ingiusto a cose, a persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori *erga omnes* dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli articoli 2043 e ss. del codice civile)»⁵⁵.

Al di là dei più recenti tentativi di avvicinamento, la profonda differenza esistente fra le due situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo – distinzione, questa, peraltro tutta italiana –, nonché il diverso sindacato operato da ciascuna delle due giurisdizioni – ordinaria e amministrativa – si riflette inevitabilmente sulla tutela risarcitoria accordata da ciascun giudice. Infatti, la giurisprudenza del giudice amministrativo in materia risarcitoria è solita far prevalere il sindacato sull'attività della pubblica amministrazione e il rispetto delle regole che presiedono ad essa, mentre quella del giudice ordinario ha posto al centro della tutela la situazione giuridica soggettiva del danneggiato, che lamenta una lesione in senso lato “patrimoniale” (*neminem ledere*).

Sul versante normativo, si evidenzia come il legislatore, nell'affrontare il tema del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, abbia cercato di dettarne una pur embrionale disciplina: infatti è proprio nella ricostruzione

⁵⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047. Sulla «natura speciale» della responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo si veda, inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611. La decisione individua le regioni della specialità di tale responsabilità: in particolare «in primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve rispettare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esistenza di un contatto tra le parti, pubbliche e private, impedisce di ritenere che si sia in presenza della responsabilità di un soggetto non avente alcun rapporto con la parte danneggiata. In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: da un lato, dovere di prestazione o di protezione e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo. Infine, rispetto ad entrambe le responsabilità civilistiche, la stretta connessione esistente tra sindacato di validità sul potere discrezionale e sindacato di responsabilità sul comportamento impone al giudice amministrativo, nel caso in cui sia proposta anche l'azione di annullamento o di nullità, di non sovrapporre, nell'accertare la sussistenza del fatto illecito, proprie valutazioni a quelle riservate alla pubblica amministrazione». Pertanto, la peculiarità dell'attività amministrativa – che deve svolgersi nel rispetto di determinate regole procedurali, sostanziali e processuali – rende speciale anche il sistema della responsabilità da attività illegittima. Cfr., altresì, Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521; Cons. Stato, Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047.

dell'art. 30 c.p.a. che possono trovarsi alcuni elementi a sostegno di una responsabilità autonoma, tanto di natura processuale che sostanziale, nonostante si tenda a considerarla una norma di rinvio all'art. 2043 c.c. Si pensi alla pregiudizialità mascherata, al termine breve di decadenza di soli 120 giorni⁵⁶, così come anche al perimetro della responsabilità ai casi di esercizio dell'attività amministrativa o di mancato esercizio di quella obbligatoria, fattispecie entro cui viene fatto rientrare anche il c.d. danno da ritardo (art. 2-*bis* l. n. 241/1990)⁵⁷.

⁵⁶ La decisione è stata impugnata innanzi a Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 94, che ha precisato che «le due situazioni giuridiche soggettive [di diritto soggettivo e di interesse legittimo] poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela». La decisione non è stata esente da critiche: si veda AA. VV., *Incontro di studio sulla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 2017 n. 94 tenuto presso la Cattedra di Diritto Amministrativo II del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia il 12 giugno 2017 e il 14 settembre 2017*, in *Giustamm.it*, 2017. In particolare, vengono affrontate le censure che il T.A.R. Piemonte, Sez. II, ordinanza 17 dicembre 2015, n. 1747, ha sollevato all'attenzione della Corte Costituzionale, con riguardo a: l'irragionevolezza del termine; la violazione del principio di uguaglianza; la violazione del diritto di difesa e del principio di generalità ed effettività della tutela; e la violazione del principio del giusto processo.

Critica anche la posizione di P.M. CALDARERA, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa?*, in *Giustamm.it*, 2011, ove si sottolinea come il termine di decadenza ex art. 30 c.p.a. rispecchi la diversità di tutela dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, rendendo le due situazioni giuridiche profondamente diverse.

⁵⁷ Tale previsione presta il fianco ad alcune osservazioni sui confini della responsabilità: potendovi rientrare senza dubbio i danni da provvedimento, da esecuzione di questo e il danno da ritardo, mentre risulta ancora aperta la questione relativa all'ammissibilità del c.d. danno da comportamento. In generale in dottrina cfr. A. ROMANO, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss., secondo cui un provvedimento ablativo, pur illegittimo, non può provocare un danno se non eseguito, non essendo la sola esistenza idonea a produrlo. La tesi è ravvisabile prima in più di recente in G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 233 ss., a sua volta intervenuto sul tema del trasferimento dell'antigiuridicità dall'atto illegittimo (efficace e inoppugnabile) al fatto illecito, da intendersi come comportamento esecutivo produttivo di danni.

Sul danno da ritardo cfr., ex plurimis, M.C. CAVALLARO, *Brevi considerazioni sul danno da ritardo della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.* T.A.R., 2005, 2, 489 ss.; S.S. COCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *Giustamm.it*, 30 settembre 2005; G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 251 ss.; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 135 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm.* TAR, 2007, 10, 3329 ss.; G. FARES, *Meri comportamenti e riparto di giurisdizione: il contributo delle Sezioni Unite sul danno da ritardo*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 5, 987 ss.; P. QUINTO, *Problemi vecchi e nuovi del risarcimento del danno da ritardo: commento ad una sentenza del Tar Lombardia*, in *Foro amm.* TAR, 2011, 1, 16 ss.; F. CORTESE, *Il danno da ritardo nel risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giur. It.*, 2013, 1932 ss.; S. SCREPANTI, *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 3, 378.

Tutti elementi, questi, di una diversa responsabilità da quella che trova la sua disciplina nel codice civile.

Infatti, è possibile sostenere come la disciplina legislativa della responsabilità, pur nonostante alcuni richiami alla responsabilità aquiliana, rappresenti un pur debole tentativo di prevedere una disciplina processuale, ma anche in parte sostanziale, che è propria del diritto amministrativo e che risente delle sue specifiche peculiarità. E se risulta innegabile che tale impostazione sia lontana dalla compiuta e organica formulazione che il codice civile prevede in tema di risarcimento del danno, altrettanto vero è che, per il diritto amministrativo, è la giurisprudenza che ha dato forma e sostanza ai vizi e che ora è attesa a cristallizzare gli elementi dell'autonoma responsabilità di diritto pubblico.

5. Una breve conclusione

Si può osservare come, a più di vent'anni dalla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione, risulti abbastanza esiguo il numero di sentenze di condanna al risarcimento, come esiguo sia anche l'entità dei

Sul danno da comportamento cfr., senza pretesa di esaustività, A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., 291-296; G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, 56 s., secondo cui le norme che regolano il procedimento «per un verso pongono a carico dell'autorità procedente un vero e proprio obbligo di “presa in considerazione” degli interessi coinvolti, per altro verso – e in misura corrispettiva – configurano in capo ai rispettivi titolari “una sorta di diritto all'incolumità personale e patrimoniale”, che costituisce la sintesi di una serie nutrita ed articolata di più puntuali diritti procedurali: quello alla comunicazione di avvio del procedimento, alla presentazione di memorie e documenti ed al loro esame da parte dell'amministrazione, all'accesso agli atti del procedimento ed ai documenti amministrativi in generale, al non aggravamento degli adempimenti istruttori ed alla collaborazione tra le parti nella acquisizione dei relativi dati, alla motivazione della decisione finale, ad una risposta certa e tempestiva, ad un rapporto funzionalmente unitario con le amministrazioni competenti a provvedere, alla stabilità della disciplina procedimentale»; A. DI MAJO, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra tutela dell'interesse pubblico e privato*, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, 4, 291, secondo cui gli obblighi di protezione che operano in applicazione di regole di responsabilità non si ricollegano, direttamente o indirettamente, all'esercizio del pubblico potere. Tale affermazione suscita qualche perplessità in relazione alla difficoltà di considerare queste regole in modo del tutto indipendente dall'esercizio del potere, riguardando le condotte assunte dall'amministrazione nell'esercizio dello stesso. Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza plenaria n. 5 del 2018*, cit., 1559, nella responsabilità da comportamento il danno sorge con l'esercizio della funzione amministrativa, ma non si concretizza in atti amministrativi; di conseguenza, ciò rende la tutela risarcitoria l'unica esperibile.

relativi risarcimenti⁵⁸. L'attuale modello di responsabilità da illegittima attività provvedimentale – costruito dalla giurisprudenza in termini extracontrattuali – mostra, così, tutti i suoi limiti in merito all'effettiva tutela del cittadino. Tale fenomeno è spiegabile sotto diversi profili: sicuramente rilevano le barriere normative introdotte, quali le conseguenze della pregiudizialità amministrativa (pur se mascherata), il termine di decadenza breve, il concorso di colpa del danneggiato e il rigore degli standard probatori; tutti fattori, questi, che riversano effetti sulla tutela del privato. D'altro canto, anche la costruzione giurisprudenziale della responsabilità in termini extracontrattuali non ha portato i benefici sperati. Se l'applicazione delle stesse regole del diritto privato avrebbe come obiettivo quello di garantire una maggiore protezione al cittadino, in tema di responsabilità l'applicazione del modello aquiliano ha finito per aggiungere ai limiti previsti dal diritto pubblico quelli tipici della costruzione civilistica. Ne è esempio il tema dell'elemento soggettivo: la valutazione sulla sussistenza della colpa è legislativamente richiesta unicamente nel caso del danno da ritardo (art. 30, comma 4, c.p.a. e art. 2-*bis* l. 241 del 1990). Al contrario, uniformandosi alla previsione contenuta nell'art. 2043 c.c., la giurisprudenza è solita richiederne sempre la dimostrazione.

A questo punto sorge qualche dubbio sull'idoneità delle categorie esistenti – e ancor di più sulla scelta giurisprudenziale di ricostruire il danno in termini aquilani – a poter risolvere il problema della responsabilità. Infatti, contestualizzare il fenomeno del risarcimento del danno richiede di tener conto delle caratteristiche proprie dell'esercizio della funzione pubblica. L'esercizio della funzione amministrativa, nel rapporto con i destinatari dell'attività, si muove all'interno di una logica del tutto peculiare⁵⁹: l'esercizio di tale attività non è espressione di libertà, quanto, piuttosto, di doverosità e, in ragione del

58 F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, 2018, 2, 493

59 La questione è sollevata da A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, cit., 14.

perseguimento del pubblico interesse, comporta una distribuzione di oneri e benefici eterogenei e non uno scambio incentrato (necessariamente) sul metro monetario. Le scelte del legislatore, non diversamente da quelle del giudice amministrativo, sono chiamate a operare all'interno di uno schema molto più complesso del mero danno-risarcimento, dovendo tener conto di tutta una serie di ulteriori elementi, primo fra tutti il perseguimento del pubblico interesse. L'esercizio del potere discrezionale, inoltre, complica la possibilità di esercitare il tradizionale giudizio di responsabilità sulla base dei parametri del diritto civile.

Proprio per questo, se è pur vero che un'autonoma forma di responsabilità di diritto pubblico (ancora) non c'è, è necessario interrogarsi su una sua necessità; ciò anche alla luce di un elemento: l'art. 30 c.p.a., che è una norma processuale, fissa alcuni degli elementi di questa responsabilità (anche sostanziali). Tuttavia, come è stato sopra evidenziato, essa non è da sola sufficiente per costruire una responsabilità che permetta un'effettività della tutela giurisdizionale. Il ruolo della *chance*, la portata del concetto di ingiustizia, la costruzione del nesso di causa, la valutazione sulla titolarità della bene della vita e l'oggettivizzazione della responsabilità rappresentano questioni che, in base a come saranno dibattute e risolte, potrebbero incidere significativamente sul grado dell'effettiva della tutela del cittadino.