

Lesione degli interessi legittimi pretensivi

Alla ricerca della risarcibilità degli interessi pretensivi: il nodo dei vizi procedimentali

Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 252 - Pres. Maruotti - Est. Rocco - S.p.a. SPT Holding c. S.p.a. Auto Guidovie Italiane ed altri

Ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo per vizio procedimentale va distinta l'illegittimità di carattere c.d. "sostanziale" dall'illegittimità di natura "formale", in quanto solo nel primo caso il vizio del provvedimento amministrativo costituisce titolo per il risarcimento del danno subito dall'interessato, purché risulti comprovata, in modo certo, la spettanza del bene della vita da lui fatta valere e la correlata lesione derivante dal provvedimento illegittimo che, in quella particolare circostanza, contrasta in radice con i presupposti normativi per la sua adozione con un determinato contenuto; e, per contro, la pretesa risarcitoria non può trovare accoglimento qualora il vizio accertato non contenga alcuna valutazione definitiva in ordine al rapporto giuridico controverso, risolvendosi nel riscontro di una violazione del procedimento di formazione del provvedimento, il che avviene in particolare quando, in seguito all'annullamento dell'atto impugnato, l'Amministrazione conserva intatto il potere di rinnovare il procedimento, eliminando il vizio riscontrato.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2708; Cons. Stato, Sez. III, 9 giugno 2014, 2896; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405; Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439.
Difforme	Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323.

(Omissis).

IL COMMENTO *di Alfredo Moliterni*

La pronuncia si inserisce nel solco di un consolidato orientamento giurisprudenziale volto a limitare gli spazi per la domanda di risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi (specialmente "pretensivi") allorché si contestino vizi formali o procedimentali che non siano in grado di pregiudicare definitivamente l'attribuzione del bene della vita sotteso all'esercizio del potere amministrativo. Si tratta di un orientamento che appare logicamente consequenziale al modello di responsabilità aquiliana accolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalente nell'ultimo quindicennio, ma che, tuttavia, non sembra del tutto esente da critiche non solo dal punto di vista dell'efficacia del complessivo sistema di tutela giurisdizionale avverso i pubblici poteri, ma anche per le conseguenze che esso può determinare dal punto di vista dell'effettività delle regole procedimentali che disciplinano le concrete modalità di esercizio dell'azione amministrativa.

La vicenda processuale e le questioni di diritto

Il tema della risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi continua ad avere una indubbia rilevanza teorica, soprattutto ai fini della ricostruzione delle caratteristiche sostanziali che contraddistinguono la relazione tra cittadino e amministrazione. Ciò è confermato anche da una recente pronuncia del Consiglio di Stato che affronta la questione dei limiti alla tutela risarcitoria in caso di violazione da parte dell'amministrazione delle regole che disciplinano le "forme" della funzione amministrativa (1).

La vicenda trae spunto da una gara per l'individuazione del socio privato di minoranza di una società di trasporto pubblico locale, nell'ambito della quale la commissione giudicatrice aveva proceduto alla valutazione delle offerte riunendosi sempre in seduta riservata. La società seconda classificata impugnava dinanzi al Tar la decisione della Commissione contestando, tra le altre cose, la violazione del principio di pubblicità della gara, sia rispetto alla fase di apertura delle buste, sia rispetto alla fase di valutazione delle offerte economiche. Tuttavia, a causa di una lunga *querelle* riguardante l'individuazione della giurisdizione competente (2), la stessa ricorrente, in sede di riassunzione della domanda, decideva di rinunciare alla richiesta di annullamento della procedura, rilevando di avere interesse alla sola tutela risarcitoria, essendo ormai trascorsi tre anni dallo svolgimento della gara.

(1) Per riprendere l'immagine di F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, 118 ss.

(2) In primo grado il T.A.R. dichiarava infatti inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione. Tale tesi, tuttavia, veniva respinta in sede di gravame sia dal Consiglio di Stato, sia dalla Cassazione.

(3) Si tratta della sentenza non definitiva T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 599, la quale negava la possibilità di utilizzare parametri statistici sulla base del numero dei partecipanti e della percentuale probabilità di successo.

(4) Con sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 9 gennaio 2014, n. 63 veniva quindi respinta la domanda risarcitoria evidenziando che solo qualora "il C.T.U., al quale era stato affidato l'autonomo riscontro di entrambe le offerte tecniche, avesse constatato la loro sostanziale equipollenza alla luce di valutazioni, che sarebbero potute essere di dubbio fondamento alla luce della peculiarità di taluni aspetti dell'offerta tecnica ovvero di contrapposte, ma del pari attendibili conclusioni, non pare contestabile che sarebbe potuta emergere la chance perduta". Tuttavia, secondo il TAR, "avendo il C.T.U. accertato un rilevante divario a vantaggio delle controinteressate, pari a 6 punti, alcuna chance aveva la ricorrente di conseguire l'ag-

giudicazione".

Nonostante la rinuncia alla domanda di annullamento, il giudice di primo grado non escludeva la possibilità di riconoscere una tutela risarcitoria per la perdita della *chance*, quale bene giuridico distinto da quello finale conseguibile con l'aggiudicazione della gara. A tal fine, disponeva una consulenza tecnica d'ufficio per verificare se, alla luce di una valutazione comparativa delle offerte, la ricorrente avesse presentato un'offerta quantomeno equiparabile a quella dell'aggiudicataria (3). La consulenza tecnica, tuttavia, escludeva tale possibilità, con ciò venendo a negare qualsiasi spazio per il risarcimento (4).

In sede di appello il Consiglio di Stato, pur confermando la sentenza del Tar, precisava tuttavia che il tipo di vizio contestato dalla ricorrente in primo grado - e consistente nell'omessa pubblicità delle operazioni di gara - avrebbe potuto condurre, in caso di accoglimento, alla sola riedizione della gara, con conseguente potenziale attribuzione del bene della vita in forma specifica e non già all'ottenimento di un risarcimento per equivalente (5): e ciò, a maggiore ragione, alla luce del fatto che la ricorrente aveva rinunciato alla domanda di annullamento (6).

Il Supremo Giudice, quindi, rievoca anche a fini risarcitori la distinzione tra le "illegittimità di carattere c.d. 'sostanziale'" (che possono legittimare il risarcimento purché risulti "comprovata, in modo certo, la 'spettanza' del bene della vita") e le "illegittimità di natura 'formale'": e ciò al fine di precisare che, nelle ipotesi in cui è ancora possibile ottenere il bene della vita in forma specifica mediante un nuovo esercizio del potere, "la monetizzazione del-

giudicazione".

(5) Secondo Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 252, infatti, "la censura dell'omessa pubblicità delle operazioni di gara in genere", dedotta dall'appellante "assumeva una sua propria valenza *ab origine* in quanto essenzialmente sottesa, nell'ipotesi di un suo accoglimento, ad ottenere la riedizione dell'azione amministrativa mediante l'integrale rifacimento della gara: ossia disponendo in questo modo l'attribuzione del bene della vita in forma specifica, consistente - per l'appunto - in una nuova opportunità per il ricorrente di rendersi aggiudicatario in esito ad un nuovo procedimento di scelta del contraente".

(6) E infatti, secondo il Consiglio di Stato, la rinuncia espressamente fatta valere dalla ricorrente ad ottenere l'annullamento degli atti impugnati (e, quindi, "anche di beneficiare della conseguente riedizione dell'azione amministrativa") viene radicalmente a mutare l'interesse della stessa ricorrente in primo grado "posto che la stessa al solo fine di ottenere il risarcimento del danno per equivalente non può, ragionevolmente, dedurre in via strumentale una censura che - ove pur accolta - non le avrebbe potuto comunque far conseguire il risultato dell'equivalente economico, ma solo - ed infungibilmente - la riedizione dell'azione amministrativa".

l'illegittimità del procedimento amministrativo risulta (...) ontologicamente esclusa" (7). Pertanto, là dove l'amministrazione conserva intatto il potere di rinnovare il procedimento eliminando il vizio riscontrato, non vi sarebbe spazio per risarcire la posizione di interesse legittimo del ricorrente, non essendo in gioco alcuna valutazione "finale" circa la spettanza del bene della vita.

La pronuncia si colloca nell'ambito di quell'orientamento del giudice amministrativo che, individuando il presupposto del risarcimento del danno nei confronti della P.A. nella lesione del "bene della vita finale" (inteso come "sostrato materiale della situazione soggettiva"), ha costantemente escluso la possibilità "di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi *contra ius*" (8).

Si tratta, tuttavia, di un orientamento che non appare del tutto esente da alcuni profili di criticità che (come si tenterà di mettere brevemente in luce nei paragrafi seguenti) incidono non solo sulla coerenza del modello di responsabilità della P.A. accolto nel nostro ordinamento, ma anche sulla stessa effettività della disciplina procedimentale che regola i "rapporti amministrativi".

Il giudizio sulla "spettanza del bene della vita" e la distinzione tra "vizi formali" e "vizi sostanziali"

La limitazione della risarcibilità degli interessi legittimi per violazioni *sensu lato* "procedimentali" appare coerente con il modello risarcitorio accolto sin dal 1999 nel nostro ordinamento e che, come è noto, si è fondato sulla netta distinzione tra la posizione soggettiva di interesse legittimo e il concreto interesse al conseguimento del bene della vita (9).

Il risarcimento degli interessi legittimi pretesivi, infatti, è stato subordinato alla dimostrazione della spettanza del bene della vita (10), non ritenendosi sufficiente, ai fini della configurazione di un danno ingiusto, il mero accertamento dell'illegittimità dell'esercizio della funzione amministrativa (11). Recentemente, peraltro, la valutazione sull'effettiva spettanza del bene della vita è stata valorizzata anche ai fini del risarcimento degli interessi legittimi oppositivi in caso di successivo annullamento in autotutela di un precedente provvedimento favorevole (12).

Molteplici - e non sempre univoci - sono stati i criteri a cui la giurisprudenza ha fatto riferimento per valutare, sulla base di un giudizio prognostico o

(7) Cons. Stato, n. 252/2015, cit.

(8) Così, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2708; Cons. Stato, Sez. III, 9 giugno 2014, n. 2896; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3405; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 10 ottobre 2013, n. 2109. Sul punto sia consentito il rinvio a M. Macchia - A. Moliterni, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2014, 12, 1189 ss.

(9) Come è noto la configurazione dell'interesse legittimo come situazione sostanziale diretta all'acquisizione di un bene della vita, ancorché secondo modalità diverse di protezione e tutela rispetto al diritto soggettivo, si deve a M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983, 115 ss., secondo cui l'interesse legittimo è "la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto del potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene" (126-127); sul punto si veda anche F.G. Scoca, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 24 ss. Tale nozione è stata posta alla base della stessa pronuncia della Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, ove si è riconosciuto che "la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della p.a., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo": su tale pronuncia, *ex multis*, A. Romano, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, III, 3222 ss.; F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4049 ss.; A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487 ss.; L. Torchia, *La ri-*

sarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam, in questa *Rivista*, 1999, n. 9, 843 ss.; F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335 ss.; A. Di Majo, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. giur.*, 1999, n. 11, 1376 ss.

(10) Come sottolineato da F.G. Scoca, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4049 ss., quindi, "non tutti gli interessi legittimi sono ritenuti situazioni giuridiche risarcibili, dal momento che la Cassazione ha sancito la risarcibilità dei soli interessi legittimi che rispondano ad un interesse meritevole di tutela".

(11) Si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez., IV, 20 gennaio 2015, n. 131; Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195; Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2388; Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439. In particolare, secondo Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195, uno dei presupposti per dimostrare l'esistenza dell'antigiuridicità del danno sarebbe rappresentato dalla presenza di una "rilevante probabilità di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a."

(12) Si veda, ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183 che, con riguardo al risarcimento dei danni cagionati dall'annullamento giurisdizionale di un rilascio del permesso di costruire previamente concesso, ha escluso il risarcimento là dove risulti che l'amministrazione, se avesse agito legittimamente *ab origine*, non avrebbe mai dovuto concedere il bene della vita in favore del privato: e infatti, in tali casi, "nonostante l'amministrazione abbia posto in essere una condotta non autorizzata, non vi è alcun interesse legittimo lesa e, dunque, suscettibile di ristoro", dal momento che la stessa "avrebbe dovuto respingere l'istanza volta a ottenere il permesso di costruire".

di “normalità”, la “spettanza del bene della vita”, a seconda che si trattasse di attività discrezionali (13), vincolata (14) o di natura tecnica: in particolare, anche rispetto a quest’ultima ipotesi, è stata solitamente esclusa la possibilità per il giudice di porre in essere in giudizio di spettanza (15), mentre solo in alcuni casi isolati è stata ammessa la nomina di un CTU (16). Generalmente, tuttavia, anche in ragione della limitata applicabilità del giudizio di spettanza, si è fatto riferimento soprattutto alla c.d. “perdita di *chance*”, intesa come perdita della possibilità di conseguire un risultato utile (17): essa è stata talvolta valutata sulla base di un “giudizio prognostico e statistico, fondato sugli elementi di fatto allegati dal danneggiato” (18); altre volte, mediante un “processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. ‘più probabile che non’” (19).

Proprio in virtù della centralità che ha assunto il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita (o, comunque, sulla perdita di *chance*) la giurisprudenza ha ampiamente valorizzato, anche a fini

risarcitori, la tanto discussa distinzione tra violazioni formali (o meramente procedimentali) e violazioni sostanziali (20). E infatti, secondo il giudice amministrativo, se il provvedimento “è viziato per ragioni attinenti alla sola forma oppure al solo procedimento, ma risulta ineccepibile sul piano sostanziale, la pubblica Amministrazione potrebbe adottare un provvedimento di identico contenuto sfavorevole per il privato”; in tali ipotesi, pertanto, “è difficile giustificare un diritto al risarcimento, salvo sganciare la responsabilità dell’Amministrazione dal paradigma aquiliano, con conseguente differente valutazione dei presupposti fondanti il diritto al ristoro e distinta quantificazione dei pregiudizi riparabili” (21). In sostanza, nel caso in cui i vizi di annullamento siano di ordine formale e consentano il riesercizio del potere, la domanda risarcitoria potrà essere valutata solo in termini di danno da ritardo a seguito della nuova attivazione del potere medesimo che, eventualmente, abbia attribuito l’utilità richiesta (22): in presenza di vizi di carattere formale, infatti, non si riscontrerebbe

(13) Si veda Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439, ove si è precisato che se è vero che in via generale “la domanda di risarcimento del danno causato da un illegittimo provvedimento, annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione, non può essere accolta ove persistano in capo all’Amministrazione significativi spazi di discrezionalità in sede di riesercizio del potere”, il privato può avere “titolo al risarcimento solo ove, sussistendo gli altri requisiti dell’illecito, riesca a dimostrare, e in questo caso proprio lui, che la propria aspirazione al provvedimento era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole”.

(14) Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792, solo nel caso in cui “la parte abbia proposto un’autonoma azione di responsabilità ovvero nel caso in cui l’attività amministrativa sia vincolata e pertanto la rinnovazione procedimentale si svolga nel solo rispetto di quanto stabilito dal giudice ovvero determinato dalla legge” potrà effettuarsi “un giudizio prognostico applicando la teoria condizionalistica e della causalità adeguata”.

(15) Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686; Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 29 agosto 2005, n. 574 con la quale è stata disposta “la rinnovazione (per cd. virtuale essendo stato l’appalto nel frattempo eseguito dalla controparte), esclusivamente preordinata alla verifica di una condizione per il risarcimento del danno, dovrà essere effettuata in contraddittorio”; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2005, n. 7337.

(16) Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, secondo cui il giudizio sulla spettanza non dovrebbe essere rinviato alla amministrazione “che, nel riesercizio del potere, si presenta paradossalmente scissa fra necessità di ottemperare al giudicato e timore di ingenerare i presupposti per l’esperimento dell’azione di danni” ma dovrebbe essere immediatamente svolto dal giudice. Ciò è avvenuto, in particolare, con riferimento alla materia di contratti pubblici ove il giudice ha rimesso ad un consulente tecnico d’ufficio l’attività di rinnovazione virtuale della gara e di comparazione delle offerte: si veda, ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 dicembre 2000, n. 7702; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 19 aprile 2007, n. 409 (con commento critico di M.L. Maddalena, *I limiti*

di ammissibilità della rinnovazione virtuale della gara mediante CTU a fini di tutela risarcitoria degli interessi legittimi pretensivi, in *Foro amm. TAR*, 2007, 12, 3711 ss.); più di recente, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 9 gennaio 2014, n. 63.

(17) Così, da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2015, n. 179, il quale ha precisato che “la perdita di *chances*, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio non attuale, ma soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile, nonché ascrivibile ad una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile, ma con quella della possibilità di conseguirlo”.

(18) Così, Cons. Stato, n. 179/2015, cit., ove è stato richiesto al danneggiato di dimostrare “anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto” al fine di provare “la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta”. Come chiarito soprattutto in materia di appalti, anche il danno da perdita di *chance* deve essere subordinato alla necessità di “fornire prova certa in ordine alla circostanza che l’offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l’attribuzione dell’aggiudicazione al concorrente medesimo” (Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435; più di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131).

(19) Così Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131, ove si è affermato che, a tal fine, si dovrebbe fare riferimento ad “una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali”.

(20) Come chiarito sin da Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7.

(21) Cons. Stato, Sez. VI, 11 dicembre 2013, n. 5944.

(22) E ciò, eventualmente, anche per ristorare il “danno da ritardo di provvedimento comunque negativo”: Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467.

“l'elemento dello spostamento patrimoniale” derivante dall'asserito illecito (23).

In questa prospettiva, pertanto, il risarcimento è venuto ad essere negato non solo nelle ipotesi di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento (24) o di mancata comunicazione di avvio dello stesso (25), ma anche in molte ipotesi di annullamento dell'atto per difetto di motivazione (26), come nel caso dell'incompleta individuazione dei “criteri di selezione delle offerte tecniche nelle gare pubbliche” (27). Più in generale, in molte circostanze la giurisprudenza ha fatto riferimento all'irrelevanza a fini risarcitori di tutte le ipotesi di “vizi del procedimento” (28), ivi compreso il “difetto di istruttoria” (29) o - come avvenuto nella controversia relativa alla sentenza da cui si è partiti - il mancato rispetto delle garanzie di pubblicità e trasparenza.

(23) Così Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467, secondo cui “la illegittimità provvedimento derivante da vizi meramente procedurali (o partecipativi) laddove consente il riesercizio del potere, impedisce di riscontrare l'elemento dello spostamento patrimoniale (secondo la nota teoria c.d. della differenza) derivante dall'asserito illecito, non riscontrandosi alcuna differenza patrimoniale nella parte lesa 'tra ciò che è stato e ciò che sarebbe stato in assenza del vizio', in quanto il riesercizio del potere e il potere-dovere di rinnovazione impone di reiterare il procedimento, emendato dai vizi procedurali e potendosi valutare soltanto all'esito del riesercizio la spettanza sostanziale del bene della vita oggetto del procedimento amministrativo”.

(24) T.A.R. Napoli, Campania, Sez. II, 27 giugno 2005, n. 8707 in materia di mancato rispetto del termine di trenta giorni dalla ricezione della Dia per l'inibitoria alla edificazione, che comunque “lascia impregiudicata la questione della legittimità sostanziale delle opere realizzate (...) e inibite dalla p.a.”.

(25) Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467; Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2014, n. 318 (relativo ad un caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento di sospensione della licenza).

(26) Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2015, n. 302; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 8 giugno 2015, n. 1327; Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3082; Cons. Stato, Sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3552; Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4868; Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 23 gennaio 2006, n. 463. Sul punto si veda F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2009, 81 ss., la quale mette in luce che, nelle ipotesi di difetto di motivazione, la domanda risarcitoria non viene ad essere esaminata “perché il carattere del vizio non permetterebbe di conoscere le ragioni della decisione”.

(27) Cons. Stato, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3082.

(28) Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5115; Cons. Stato, n. 302/2015, cit., secondo cui “l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali, tra i quali si può annoverare non solo il difetto di motivazione, ma anche e soprattutto i vizi del procedimento, non reca di per sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato ‘*ope iudicis*’ e non può pertanto costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno”.

Da ultimo, infine, il giudice amministrativo ha richiamato la distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali non solo rispetto agli interessi legittimi pretensivi, ma anche per limitare la risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi (30): e ciò al fine di evitare quella che è stata definita come una possibile “iperprotezione” dell'interesse oppositivo (31).

La sostanziale marginalità dello strumento risarcitorio per la tutela degli interessi legittimi pretensivi

Alla luce di tutto ciò, risulta evidente che l'ambito per il concreto esercizio della tutela risarcitoria per lesione degli interessi legittimi pretensivi appare ancora molto limitato nel nostro ordinamento (32). E infatti, a tacer delle difficoltà connesse alla dimostrazione dell'elemento sog-

(29) Secondo T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 23 gennaio 2008, n. 100 “l'annullamento di un atto amministrativo per vizi formali, quali la carenza di motivazione o il difetto di istruttoria, non può comportare il riconoscimento di un danno meritevole di ristoro, in aggiunta al naturale ripristino della situazione *quo ante*, rimanendo infatti impregiudicata la questione della legittimità sostanziale del diniego”.

(30) Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2187 secondo cui “la verifica in ordine alla sussistenza e all'ingiustizia del danno, secondo il modello aquiliano di cui all'articolo 2043 c.c., ripreso dall'art. 30 del codice del processo amministrativo, rende necessaria, anche con riguardo agli interessi oppositivi, in ordine alla sussistenza della lesione di un bene della vita (senza la quale mancherebbe il danno) e alla non illegittima acquisizione di detto bene (in assenza della quale farebbe difetto l'ingiustizia del danno)”.

(31) Così Cons. Stato, n. 2187/2014, cit., secondo cui andrebbe esclusa la risarcibilità nel caso in cui il ricorrente “miri alla protezione di un bene della vita conseguito *contra ius*”.

(32) Sul punto, L. Torchia, *L'espansione della risarcibilità dei diritti e degli interessi negli anni '80-'90: la giurisprudenza ordinaria nell'ultimo ventennio del XX secolo*, Atti del convegno del Consiglio Superiore della Magistratura “La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita” - Torino, 6 marzo 2012, in www.irpa.eu, la quale sottolinea la difficile risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi sia perché “non è certa, e va verificata, la cosiddetta ‘spettanza’, reale o potenziale, del bene della vita, sia perché l'azionabilità della tutela risarcitoria comporta una pressione verso la trasformazione delle obbligazioni di mezzi in obbligazioni di risultato, spesso difficilmente declinabili a fronte del potere amministrativo”. Tale limitazione, peraltro, secondo alcuni sarebbe pienamente coerente con la stessa “logica” di un ordinamento pubblicistico fondato sulla centralità della tutela costitutiva: si veda, in particolare, M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46 ss., secondo cui “la primaria importanza attribuita alla tutela risarcitoria si comprende nella logica propria del sistema civilistico, che è un sistema informato al rispetto dell'autonomia privata, mentre non ha ragion d'essere nell'ordinamento pubblicistico, che gode già di una generale e ben più potente tutela, cioè quella costitutiva (comprensiva ovviamente dei suoi vari attributi: effetto ripristinatorio, effetto conformativo, ottemperanza etc.)” (73).

gettivo (33), proprio il requisito relativo alla dimostrazione dell'effettiva spettanza del bene della vita - talvolta inteso dalla giurisprudenza come giudizio sulla "definitività del rapporto" (34) - ha contribuito, di fatto, a limitare notevolmente gli spazi che sembravano potersi essere dischiusi a seguito della pronuncia della Cassazione del 1999 (35).

D'altronde, anche in dottrina il giudizio risarcitorio è stato ricostruito talvolta come un vero e proprio giudizio di spettanza (36). In altri casi si è ritenuto di limitare l'ambito del giudizio prognostico ai soli casi di potere vincolato (37). Altre volte ancora, si è ritenuta giustificata l'esclusione del risarcimento là dove siano stati fatti valere solo vizi formali che "non consentono al giudice di indicare la successiva azione amministrativa cui l'amministrazione deve conformarsi" (38).

(33) Su cui S. Cimini, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; per i più recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di elemento soggettivo, si veda anche M. Macchia - A. Moliterni, *La responsabilità civile*, cit., 1192 ss.

(34) Così, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6 maggio 2010, n. 9915. Si tratta di un profilo che, tuttavia, è stato oggetto di alcuni (isolati) rilievi critici anche in giurisprudenza: si veda, ad esempio, Cons. Stato, n. 5323/2006, cit., ove si è sostenuto che "il giudizio sulla spettanza ossifica eccessivamente, in tali casi, l'azione amministrativa e posticipa irragionevolmente le possibilità di ottenere il risarcimento, costringendo il giudice a pronunciare una sentenza di inammissibilità dell'azione risarcitoria per difetto di presupposti".

(35) D'altronde, la stessa Cass. n. 500/1999, cit., non aveva mancato di precisare che la "lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto"; ma "ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale". In chiave critica rispetto alla mancata soddisfazione dell'esigenza della "risarcibilità del danno riferibile non alla spettanza del bene della vita (...) ma al pregiudizio subito in relazione ad aspetti rispetto a questi ulteriori e diversi", si vedano A. Orsi Battaglini - C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno*, cit., 490. Seppur da una prospettiva diversa, si vedano anche i rilievi di A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273, il quale sottolinea che "l'affermazione secondo cui la responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi esige la contemporanea lesione dell'interesse materiale di base del titolare, appare subito eccessiva, ed in larga misura contraddittoria con l'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo in sé e per sé". Anche secondo A. Zito, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *AA.VV.*, *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 384, "è evidente come la spettanza del bene della vita quale elemento che, in via generale, funge da spartiacque ai fini del riconoscimento della tutela del privato non può essere accettato".

(36) G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss.

(37) Secondo F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile*, cit., 81 ss., infatti, l'ambito del giudizio prognostico dovrebbe coin-

In questo contesto, l'azione risarcitoria si è quindi venuta a configurare, di fatto, come un rimedio del tutto marginale ai fini della tutela degli interessi legittimi pretensivi (39), posto che nella maggior parte dei casi di annullamento per vizi del procedimento "la restaurazione dell'ordine violato avviene a mezzo della reiterazione e rinnovazione dell'iter procedimentale, emendato dal vizio formale riscontrato dal giudice" (40).

Come dimostra la sentenza dalla quale siamo partiti (41), inoltre, il giudice non ha riconosciuto al cittadino una effettiva "libertà di scelta" tra i diversi rimedi giurisdizionali, a differenza di quanto talvolta ammesso per gli interessi legittimi oppositivi (42). Solo nei limitati casi in cui non era più possibile ottenere una tutela costitutiva è stato riconosciuto uno spazio per la tutela risarcitoria degli

cidere con le ipotesi di potere vincolato cui sono correlati quelli che la dottrina ha definitivamente come "interessi legittimi a risultato garantito".

(38) Così, 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 *Dir. proc. amm.*, 2006, 31 s., secondo cui "il risarcimento dei danni, pur in presenza di un atto illegittimo della pubblica amministrazione, non è dovuto quando l'effetto ripristinatorio dell'annullamento non è idoneo a soddisfare l'interesse al bene della vita, alla base dell'interesse legittimo, sia quando vi siano interessi legittimi pretensivi e la sentenza di annullamento sia priva del pregnante effetto conformativo, sia quando gli interessi legittimi oppositivi, pur lesi da un atto amministrativo illegittimo, non consentano di ottenere l'annullamento perché ricorrono le condizioni di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990".

(39) Sul difficile sviluppo della tutela risarcitoria nel giudizio amministrativo, D. Vaiano, *Quando arrivò non piacque: il danno da "lesione di interessi pretensivi" e la rete di contenimento giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2004, 231 ss.; sottolinea la scarsa diffusione delle condanne risarcitorie da parte del giudice amministrativo (con riferimento al triennio 2006-2008) M. Cafagno, *Efficienze e inefficienze nei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2008, 719 ss.; sul punto, più di recente, H. Simonetti, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità?*, in *Foro amm. TAR*, 2013, n. 2, 731 ss., ove si evidenzia il "numero quantitativamente modesto di risarcimenti del danno accordati dal giudice amministrativo nel primo decennio" (751).

(40) Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467 secondo cui in tali ipotesi si può soltanto all'esito di tale attività "valutare la sussistenza degli estremi del fatto illecito (per esempio, per i danni eventualmente medio tempore subiti in caso di spettanza *ab origine* del bene della vita preteso oggetto del procedimento)".

(41) Secondo cui nelle ipotesi in cui è ancora possibile ottenere il bene della vita in forma specifica "la monetizzazione dell'illegittimità del procedimento amministrativo risulta (...) ontologicamente esclusa".

(42) Su cui si veda Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2005, n. 209 ove è stata ammessa la possibilità per il danneggiato di scegliere tra il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente.

interessi legittimi indipendentemente dall'effettivo annullamento dell'atto (43).

Tale prospettiva di sostanziale subalternità della tutela risarcitoria a quella costitutiva non risulta essere stata superata neanche dalla (tanto dibattuta) affermazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria nel Codice del processo amministrativo (44): e infatti, la previsione di cui all'art 30, comma 3, c.p.a. - che consente di limitare l'ammontare del risarcimento (sino o escluderlo nel merito) per mancata attivazione di altri rimedi giurisdizionali - è venuta di fatto a imporre, anche per la tutela degli interessi pretensivi, la preventiva attivazione dei rimedi volti ad assicurare la tutela in forma specifica mediante il riesercizio del potere (là dove ancora astrattamente possibile) (45).

D'altronde, il Consiglio di Stato ha di recente escluso che lo stesso giudice amministrativo possa autonomamente decidere di concedere solo il risarcimento dinanzi ad una domanda del cittadino avente ad oggetto *anche* la richiesta di annullamento degli atti (46).

Infine, va evidenziato che lo stesso ampliamento del novero di azioni proponibili - tra cui quelle volte ad ottenere il sostanziale rilascio di un provvedimento da parte della pubblica amministrazione - ha di fatto contribuito a ridurre lo spazio effettivo per il ricorso alla tutela "per equivalente" in presenza di interessi pretensivi: e infatti, se anche il giudizio sul risarcimento del danno viene ad essere

inteso come un giudizio di spettanza, nell'ipotesi in cui il cittadino riesca a dimostrare l'effettiva titolarità del bene della vita (in virtù dell'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione), l'azione di adempimento risulterà una misura più utile per l'amministrato rispetto alla tutela per equivalente (47).

L'auspicabile allargamento della tutela risarcitoria degli interessi legittimi pretensivi a presidio delle garanzie procedurali

L'ampia limitazione dei concreti spazi di esercizio dell'azione di risarcimento degli interessi legittimi pretensivi, se può apparire coerente con l'accoglimento di un modello aquiliano di responsabilità (e, più in generale, con la logica di "spettanza" e "sostanzialista" che si va affermando nel sistema di tutela nei confronti dei pubblici poteri (48)), pone, tuttavia, alcuni interrogativi, soprattutto dal punto di vista dell'effettività delle norme che statuiscono dei veri e propri obblighi procedurali in capo all'amministrazione (49).

In primo luogo, desta una serie di incertezze proprio l'eccessivo ambito di estensione del concetto di "vizio formale", soprattutto a seguito della previsione di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, L. n. 241/1990, la quale ha attribuito un amplissimo potere discrezionale in favore del giudice (50). In

(43) Ad esempio, nel caso in cui una successiva modifica normativa avrebbe comunque impedito l'ottenimento del bene della vita nonostante l'ottenimento dell'annullamento: in questo senso, Cons. Stato, Ad. Plen. 3 dicembre 2008, n. 13 rispetto ad un caso in cui l'annullamento della variante di P.R.G. "non poteva più determinare alcun effetto utile sul piano dell'attualità di una pretesa al rilascio di concessioni edificatorie".

(44) Sancita dall'art. 30 del Codice del processo amministrativo e su cui, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3.

(45) Sul punto, F. Cortese, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 968 ss., il quale, sottolineando la "connotazione *debole*" dell'autonomia dell'azione risarcitoria (998), mette in evidenza che tale forma di tutela si pone, come in altri ordinamenti europei, "in un ruolo sussidiario o secondario rispetto alla tutela costitutiva" (1000). Nello stesso senso, H. Simonetti, *La parabola del risarcimento*, cit., 740, secondo cui nell'art. 30 c.p.a. "formalmente si invoca l'art. 1227 e quindi si resta all'interno del diritto civile. Nella sostanza si forza il dato normativo, sino a configurare l'azione impugnatoria (e persino l'istanza cautelare) come un diritto-dovere".

(46) Si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4, secondo cui "sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può *ex officio* limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in

ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita".

(47) Viceversa, là dove non si riesca a dimostrare tale spettanza, non potrà trovare spazio né la tutela risarcitoria, né quella in forma specifica, ma si dovrà solo attendere il riesercizio del potere a seguito dell'annullamento.

(48) Come evidenziato da F.G. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379 ss., anche in virtù della disciplina sui vizi non invalidanti, "si rende evidente che la tutela (e il processo) non hanno lo scopo di garantire (sempre e comunque) la legittimità dell'azione dell'amministrazione: l'annullamento viene escluso quando l'illegittimità non ridonda in lesione dell'interesse che costituisce il sostrato materiale della situazione soggettiva di interesse legittimo".

(49) In particolare, la possibilità di ricostruire alcune pretese procedurali nei confronti della P.A. come diritti soggettivi, cui corrisponderebbero degli obblighi dell'amministrazione, è stata ad esempio già sottolineata da M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995 e A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996.

(50) Sui vizi formali dopo le modifiche del 2005 all'art. 21 *octies*, si veda, *ex multis*, F. Fracchia - M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990*, in *www.giustamm.it*; D. Sorace, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 385 ss. In gen-

questo senso, risulta assai difficile negare - come avviene sovente anche in sede risarcitoria - la natura "sostanziale" di illegittimità quali la carenza di istruttoria e il vizio di motivazione; parimenti controversa appare la qualificazione, in termini formali, di illegittimità riguardanti la violazione delle garanzie procedurali e di partecipazione (51).

Da questo punto di vista, l'estensione e l'incertezza applicativa di tale distinzione può venire a minare la stessa "tenuta" di una disciplina che, lungi dall'essere un ostacolo *formale* per l'efficacia della macchina amministrativa, risulta strettamente funzionale al raggiungimento del migliore risultato *sostanziale* da parte dell'amministrazione (52). Ciò risulta ancor più evidente se si considera che, in virtù del "combinato disposto" tra la limitazione della rilevanza del vizio formale sul piano dell'invalidità e la limitazione della rilevanza dello stesso sul piano risarcitorio, la violazione da parte della P.A. dell'intera disciplina che regola le forme e le modalità di esercizio del potere potrebbe ipoteticamente venire ad essere privata di qualsiasi tipo di sanzione giuridica (53).

Ma al di là di tale profilo, non è affatto escluso - come evidenziato già da Franco Ledda - che la stessa violazione di regole formali possa comunque causare di per sé un danno in capo all'amministrato (54). Si pensi, ad esempio, al pregiudizio deri-

vante dall'incertezza sui tempi di esercizio dell'azione amministrativa, che contribuisce a indebolire la posizione dell'amministrato dinanzi ai pubblici poteri, indipendentemente dalla spettanza o meno del bene della vita; ma anche all'ipotesi di (ingiusta) limitazione delle garanzie di partecipazione che, al di là dell'effettiva spettanza dell'utilità finale, costringono il cittadino a doversi "difendere" successivamente all'esercizio del potere, con un chiaro svantaggio della "posizione conoscitiva" di partenza rispetto all'amministrazione; e, ancora, si pensi al sicuro pregiudizio per gli interessi pubblici e privati in gioco derivante dalla presenza di lacune od omissioni in sede istruttoria o anche dal mancato rispetto di garanzie di trasparenza e pubblicità; e, infine, si pensi al pregiudizio - in termini di effettiva controllabilità del potere - derivante dalla possibilità di "rimediare" *ex post* a motivazioni carenti, perplesse o contraddittorie (55).

Dinanzi a simili incertezze andrebbe forse ripensata la stessa prospettiva che fa dipendere la tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione dalla effettiva lesione del bene della vita finale (56): e ciò sia al fine di ampliare gli spazi di tutela del cittadino, sia al fine di attribuire maggiore rilevanza e serietà alle norme che disciplinano le forme e le modalità di esercizio della funzione amministrativa.

nerale, sulla problematica distinzione tra vizi formali e sostanziali, anche prima della novella legislativa, A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 735 ss.; F. Luciani, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; D.U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003; S. Civitarese Mattucci, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.

(51) Sul punto, M. D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 343, il quale evidenzia che "la logica sostanzialista del risultato si deve conciliare con l'effettivo rispetto del principio di partecipazione e con la compiuta valutazione degli interessi coinvolti".

(52) Come evidenziato già da F. Ledda, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss., infatti, "proprio il momento dello scopo pone al legislatore, (quale "legislatore" non è dato intendere nel tempo delle delegificazioni selvagge e scriteriate) un vincolo stringente nella stessa ricerca e prescrizione della forma del procedere"; in una prospettiva non dissimile, 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, 149, secondo cui "gli obblighi formali sono legati da un nesso di strumentalità con l'obbligo di esercitare il potere discrezionale"; sottolinea la rilevanza della "forma" per la "tutela sostanziale" degli amministrati anche M. De Benedetto, *Istruttoria amministrativa e ordine di mercato*, Torino, 2008, 205 ss.

(53) Come evidenziato da F.G. Scoca, *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e diritto privato*, in *AIPDA, Annua-*

rio 2002, Milano, 2003, 54, se "le regole formali, riguardanti il comportamento dell'amministrazione, sono regole cogenti, ma la loro violazione non porta a nessuna conseguenza (in termini di invalidità, o almeno in termini di risarcimento o di sanzioni disciplinari), la effettività delle medesime perde ogni consistenza".

(54) F. Ledda, *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Foro amm.*, 1999, 2713, secondo cui "non riesco ad intendere, tra l'altro, perché la responsabilità dell'amministrazione debba essere esclusa per il caso di annullamento determinato dalla rilevazione di vizi d'ordine procedimentale (...): anche in codesta ipotesi, prima del passaggio in giudicato della pronuncia del giudice amministrativo può aversi un danno rilevante, e spesso solo in parte riparabile, cagionato dal ritardo".

(55) Sul problema della scarsa effettività del dovere di motivazione, B. Marchetti, *Il principio di motivazione*, in M. Renna - F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, spec. p. 526 ss.; con particolare rilievo al pregiudizio rispetto alle esigenze di trasparenza e di controllabilità del potere, sia consentito il rinvio a A. Moliterni, *La trasparenza amministrativa: recenti tendenze e prospettive future*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2014 (Numero speciale su "I principi nell'esperienza giuridica" - *Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza - Roma, 14-15 Novembre 2014*), 500.

(56) D'altronde, lo stesso Nigro evidenziava che l'interesse materiale "costituisce il *quid*, che può intendersi come esterno (fine) o anche come elemento costitutivo della situazione di interesse o di diritto, ma che in ogni caso non costituisce il baricentro di essa, posizione la quale spetta invece al complesso di strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento" (M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., 127).

Lo strumento risarcitorio, infatti, potrebbe risultare funzionale anche ad un rafforzamento dell'effettività delle regole che disciplinano le modalità di esercizio del potere amministrativo, mediante una maggiore responsabilizzazione dell'amministrazione e dei funzionari pubblici.

Da questo punto di vista, ad esempio, la tutela risarcitoria dovrebbe essere accordata innanzitutto nelle ipotesi in cui il vizio formale non ha avuto delle conseguenze sul piano dell'invalidità ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2 (57): e infatti, proprio la garanzia del risarcimento del danno potrebbe contribuire ad attenuare i "pericoli" insiti nella disciplina in materia di vizi non invalidanti (58). Il risarcimento, in questo caso, verrebbe ad assumere una funzione sostitutiva della tutela impugnatoria per assicurare un minimo livello di effettività alle regole "formali" e, quindi, per garantire la stessa "chiusura" del sistema di tutela nei confronti della P.A. (59).

Ma al di là di tale ipotesi, andrebbero valorizzati maggiormente i casi in cui il mancato rispetto di una norma procedimentale abbia determinato una

grave violazione dei principi di buona amministrazione, correttezza e buona fede e, quindi, venendo a pregiudicare l'integrità del rapporto amministrativo, abbia comunque arrecato un danno (anche non patrimoniale) al cittadino (60). In tali circostanze, il risarcimento dovrebbe poter essere assicurato indipendentemente dalla proposizione di una contestuale domanda di annullamento (61): l'astratta possibilità di pervenire ad un riesercizio del potere, infatti, non dovrebbe precludere totalmente gli spazi per accordare un risarcimento del danno.

Al fine di pervenire a tale risultato, tuttavia, occorrerebbe verificare se, nell'ambito del sistema costituzionale di responsabilità dei pubblici poteri, sia possibile assicurare lo spazio per un risarcimento che sia parametrato non solo al danno emergente sofferto per l'errore dell'amministrazione (in termini di perdita tempo, ovvero di spese e costi sostenuti), ma anche tenendo conto della lesione dell'aspettativa al risultato utile (magari sulla base di una valutazione meramente equitativa), nonché dei danni non patrimoniali subiti (62). Natu-

(57) Sottolinea la rilevanza degli obblighi procedurali sul versante della tutela risarcitoria, A. Police, *Riflessi processuali della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 457; sul punto, L. Ferrara, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm.*, 2006, 604.

(58) Come è stato sottolineato da F.G. Scoca, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 27, "ove dovesse ritenersi utile introdurre nell'ordinamento la distinzione tra illegittimità formali e illegittimità sostanziali, si dovrebbe, come è stato opportunamente suggerito, escluderne per le prime la tutela costitutiva di annullamento lasciando la (sola) tutela risarcitoria". Sull'interscambiabilità tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria, F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 416, la quale sottolinea che "l'esigenza di presidiare comunque il carattere vincolante delle regole formali può essere soddisfatta in altro modo, rivolgendo la reazione dell'ordinamento contro l'autore dell'illecito".

(59) D'altronde nelle ricostruzioni civilistiche (A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, 170), la tutela risarcitoria assume rilievo generale poiché è "espressione dell'esigenza di garantire ogni diritto o situazione giuridicamente rilevante, a prescindere dalla sua effettiva consistenza o natura, contro violazioni o ingerenze che siano fonte o occasione di danni concretamente apprezzabili per la sfera del soggetto"; siamo dinanzi ad una "tutela minima" che viene ad essere assicurata "dal rimedio del risarcimento del danno, come il più idoneo a risolvere in termini di 'valori di mercato' (e di corrispondenti forme di collaborazione dei soggetti) situazioni di conflitto di interesse".

(60) Sul punto, M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss., il quale propone una distinzione tra le norme procedurali che attribuiscono diritti in capo all'amministrato e le "disposizioni normative procedurali che non costituiscono pretese immediate in capo ai soggetti privati, poiché non proteggono un valore

autonomo e distinto da quello dell'efficacia e dell'imparzialità del procedimento amministrativo (si pensi, per esempio, alla mancata richiesta di un parere obbligatorio o alla mancata acquisizione di una prevista valutazione tecnica)" (560-561); d'altra parte, secondo l'A., "non tutti i vizi di legittimità sostanziali e procedurali dei provvedimenti amministrativi sembrano oggettivamente riconducibili alla violazione di obblighi di buona fede e di correttezza o di obblighi di protezione da parte dell'amministrazione" (562-563).

(61) E infatti, come evidenziato da M. Renna, *Obblighi procedurali*, cit., 570, "il soggetto privato direttamente leso dalla violazione di un obbligo procedurale da parte dell'amministrazione procedente si può trovare non soltanto nella condizione di preferire il risarcimento dei danni o, meglio, di accontentarsi del risarcimento dei danni rispetto all'annullamento del provvedimento illegittimo, ma persino nell'impossibilità di ottenere l'annullamento ovvero in una situazione di totale carenza di interesse all'annullamento del provvedimento finale emanato dall'amministrazione".

(62) La domanda di risarcimento, quindi, dovrebbe avere ad oggetto non già l'intero pregiudizio derivante dal mancato conseguimento del bene della vita ma solo "il mero danno subito per effetto di un'illegittimità procedimentale sintomatica di una modalità comportamentale non improntata alla regola della correttezza" (per riprendere la distinzione che sembra emergere da T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 19 aprile 2010, n. 1147). Sul punto, chiaramente, D. Sorace, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, 2009, 379 ss., secondo cui "così come si riconosce il diritto al risarcimento per la violazione di norme poste a tutela di interessi connessi a 'beni della vita' materiali, analogamente una tutela risarcitoria appare teoricamente concepibile nel caso di violazione di norme poste a tutela di interessi anche non materiali. Del resto, oltre che teoricamente, il risarcimento della lesione di tali interessi sembrerebbe oggi concretamente possibile anche alla luce del diritto vivente, dopo che la giurisprudenza ha riscritto le norme sul danno morale andando ben oltre quanto previsto dall'art. 2059 c.c. Naturalmente in

ralmente (al fine di assicurare la coerenza e la razionalità del sistema di tutela nei confronti dei pubblici poteri) andrebbero scongiurati i possibili abusi del ricorso alla tutela risarcitoria, sia nel caso in cui sussistano altri strumenti maggiormente soddisfattivi della posizione del privato (come sovente avviene in materia di appalti), sia là dove risulti evidente la capziosità della posizione fatta valere dallo stesso in ragione del sostanziale disinteresse per l'ottenimento del risultato sostanziale (63).

È chiaro che una simile prospettiva potrebbe favorire un sostanziale allontanamento del sistema di responsabilità civile della P.A. dall'attuale modello fondato sul giudizio di spettanza del bene della vita (64).

tal caso la misura del risarcimento non potrà che essere determinata in misura equitativa (ed eventualmente anche solo simbolica), in mancanza di una legge che contenga specifiche disposizioni" (394). In una prospettiva simile, di recente, G. Clemente di San Luca, *La risarcibilità dei danni ingiusti derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa*, in *www.giustamm.it*, secondo cui in tali casi, pur dovendosi escludere il danno per il mancato conseguimento del bene della vita, "può ritenersi senz'altro risarcibile il danno, derivante da atto illegittimo, per il tempo impiegato e le spese sostenute invano dal titolare di interesse legittimo, potendo giungersi (tuttalpiù) a ricomprendervi anche il risarcimento per il 'lucro cessante' consistente nella perdita di *chances* dovuta all'attesa (anche non 'patologica') della decisione amministrativa (sempre che, però, sia dimostrabile che la relativa richiesta fosse obiettivamente incompatibile con l'intrapresa di altre iniziative), e persino il risarcimento per i danni patiti da una esclusione dalla partecipazione procedimentale, illegittima perché basata su un infondato giudizio di non pertinenza (rilevanza) ai sensi dell'art. 10, L. 241/1990". Fa riferimento alla perdita di *chances*, C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. Giust.*, 2009, 42, secondo cui "se si ragiona in termini di *chance*, allora non è più vero che l'interesse legittimo non garantisce un risultato: non garantisce un certo bene (il risultato finale) ma garantisce un altro bene (la *chance*)"; non diversamente, parla di "possibilità normativa di un risultato favorevole" con riguardo alla *chance*, L. Ferrara, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 644 secondo cui l'amministrazione sarebbe comunque tenuta nei confronti del privato "a garantire o dare siffatta possibilità".

(63) E ciò soprattutto al fine di evitare che, mediante la tutela risarcitoria, le parti ottengano un risultato più favorevole rispetto al danno effettivamente prodotto, in spregio ai principi basilari che ispirano l'analisi economica dei sistemi di responsabilità civile (su cui G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica* (trad. it.), Milano, 1975): in questo senso, M. Cafagno, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica*, cit., *passim*, secondo cui la disciplina non dovrebbe comunque contenere regole che determinino costi superiori a quelli del danno che si intende riparare.

(64) Il che presupporrebbe anche una evoluzione della stessa nozione di "interesse legittimo" da prendere a riferimento: come evidenziato da G. Clemente di San Luca, *La risarcibilità dei danni ingiusti*, cit., infatti, se tale figura soggettiva (come ritenuto dalla Cassazione) consiste "nella combinazione - per

Non a caso coloro che in dottrina hanno più duramente criticato il vigente sistema di responsabilità in ragione della scarsa tutela delle aspettative procedurali dei cittadini talvolta hanno messo in dubbio la stessa possibilità di ricondurre tale modello allo schema dell'art. 2043 c.c., suggerendo ricostruzioni più vicine alla responsabilità di tipo contrattuale o obbligatorio, anche facendo riferimento alla c.d. "responsabilità da contatto" (65). Altre volte, invece, al fine di valorizzare maggiormente la posizione soggettiva del cittadino, è stata contestata soprattutto la separazione tra l'interesse legittimo e l'interesse materiale, nell'ambito di un percorso di riconsiderazione della stessa attualità della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (66).

così dire - dell'interesse sostanziale ad un bene della vita con la pretesa giuridicamente assistita alla legittimità dell'azione amministrativa necessaria per conseguire detto bene, allora l'interesse legittimo non può che definirsi *ontologicamente non risarcibile*"; se, al contrario, "per interesse legittimo si intenda altro, segnatamente che esso consista *anche* dell'interesse alla integrità patrimoniale del suo titolare, ovvero che il bene della vita al quale ci si riferisce, non corrisponde alla utilità sostanziale cui si aspira in ultima analisi (c.d. interesse *finale*), bensì coincide, più limitatamente, con l'interesse al mero partecipare all'esercizio del potere (c.d. interesse *strumentale*), allora si potrà anche convenire che esso sia (quantunque in parte nel primo caso) risarcibile".

(65) In particolare, tra coloro che, pur da diverse prospettive, hanno fatto riferimento al modello della responsabilità obbligatoria o da contatto, valorizzando la clausola di buona fede e gli obblighi di protezione, C. Castronovo, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 ss.; G.P. Cirillo, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2003; G.D. Comporti, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 203 ss. La giurisprudenza solo in limitati casi ha tentato di percorrere ipotesi ricostruttive alternative al modello di responsabilità aquiliana: si veda, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157; Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521. In chiave critica rispetto alla "responsabilità da contatto", E. Casetta - F. Fracchia, *Responsabilità da contatto, profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18 ss.; in una prospettiva non dissimile, F.G. Scoca, *Interesse legittimo come situazione risarcibile*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale*, *Atti del Convegno di Catania del 23-25 aprile 2003*, Roma, 2004, 92, il quale sottolinea l'impossibilità di far riferimento alle categorie civilistiche della responsabilità in virtù della "peculiarità del rapporto pubblicistico dal quale essa nasce"; nello stesso senso, E. Follieri, *Il modello di responsabilità*, cit., 20 s., secondo cui "le responsabilità previste dal codice civile sono manifestazioni di rapporti che si svolgono all'insegna dei diritti soggettivi, dei doveri e degli obblighi in un contesto diverso da quello proprio del diritto amministrativo"; per questo motivo, "il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, liberatosi dalle problematiche legate al riparto di giurisdizioni in conseguenza dell'attribuzione al giudice amministrativo del corrispondente potere di condanna, necessita di una disciplina propria che sia modellata sulle caratteristiche proprie di questa responsabilità".

(66) L'estensione della responsabilità civile della pubblica

Tuttavia, ai fini di un allargamento della risarcibilità delle pretese procedurali potrebbe rivelarsi sufficiente elevare - sulla base di un rinnovato giudizio sulla meritevolezza degli interessi risarcibili ai sensi dell'art. 2043 c.c. (67) - alcuni istituti e alcune garanzie procedurali a veri e propri autonomi beni della vita suscettibili di ristoro in caso di violazione da parte dei pubblici poteri (68): e ciò sulla falsariga di quanto talvolta riconosciuto per il danno da ritardo (69). Una simile prospettiva - tesa a valorizzare il contenuto sostanziale degli "obblighi di protezione" del cittadino dinanzi allo stesso svolgimento dell'azione amministrativa - potrebbe bene inserirsi nel solco di quel lungo e faticoso percorso di "emancipazione" della responsabilità civile dagli angusti confini della protezione esclusiva di diritti assoluti, al fine di dare risposta all'incremento delle aspettative della persona e al corrispondente ampliamento degli obblighi di protezione dal danno e

dal rischio in una società sempre più complessa (70).

In ogni caso, a prescindere dal problema della ricostruzione teorica del modello di responsabilità dell'amministrazione e dalla nozione di interesse legittimo ad esso sotteso - che non può di certo essere affrontata in questa sede -, ciò che appare indispensabile è assicurare un ampliamento dello spazio di tutela per gli amministrati e, soprattutto, attribuire un rilievo maggiore, anche a fini risarcitori, alle norme che disciplinano le "forme della funzione amministrativa": ciò, in particolare, consentirebbe di superare quella che può essere definita come una sorta di "cortocircuito" tra la "serietà" del processo di rafforzamento sul piano sostanziale dello statuto giuridico dell'amministrazione - e che costituisce ormai uno dei capisaldi dello stesso diritto sovranazionale alla "buona amministrazione" (71) - e la "debolezza" che tale statuto rischia di avere dal punto di vista delle conseguenze giurisdizionali (72).

amministrazione al di là del giudizio sulla spettanza del bene della vita passa soprattutto per l'affermazione della rilevanza ed autonomia dell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa (o, comunque, al rispetto delle norme di legge a presidio del corretto svolgimento dell'iter procedimentale) a prescindere dall'interesse all'utilità finale: in questo senso, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*. Per una giustizia "non amministrativa" (*Sonntagsgedanken*), Milano, 2005, 170, secondo cui anche dinanzi all'attività discrezionale sussisterebbe il diritto alla legittimità del comportamento dal momento che il privato verrebbe ad essere titolare di "diritti soggettivi 'autonomi', svincolati, cioè, dall'interesse all'utilità finale e da questa del tutto indipendenti" cui corrisponderebbero sul versante dell'amministrazione dei doveri procedurali di comportamento; nella stessa prospettiva, C. Marzuoli, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Quest. Giust.*, 2009, 41 ss. e C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 349 ss., secondo la quale "non è necessaria l'attribuzione del bene della vita ai fini della qualificazione del vincolo della p.a. come obbligo, e della situazione di vantaggio del cittadino come diritto: è la pretesa ad un certo comportamento che rileva in quanto tale". In chiave critica rispetto a tale prospettiva, E. Follieri, *Il modello di responsabilità*, cit., 32, secondo cui "l'interesse legittimo è situazione complessa che si articola nell'interesse sostanziale e nell'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa".

(67) Tenendo conto che, come messo in luce da C.M. Bianca, *Diritto Civile*, V, Milano, 1994, 544, "la norma generale sull'illecito civile non indica i singoli diritti da rispettare" e che quindi occorre "accertare quali sono gli interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione, la cui lesione integra il danno ingiusto".

(68) Sul punto, M. Renna, *Obblighi procedurali*, cit., 560, secondo cui "gli interessi protetti dall'ordinamento nel riconoscere ai soggetti privati la titolarità di diritti procedurali non si risolvono in meri interessi strumentali all'esito sostanziale della procedura, ma hanno in radice un rilievo loro proprio e autonomo, legandosi anche a beni della vita diversi da (seppure connessi a) quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo".

(69) Ad esempio, una giurisprudenza minoritaria, traendo

argomenti dall'art. 2 bis, comma 1, L. n. 241/1990 introdotto dalla L. n. 69/2009, ha sostenuto che il danno da ritardo sussiste anche se il procedimento autorizzatorio non sia ancora concluso e finanche se l'esito sia stato negativo (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 4 novembre 2010, n. 1368); l'orientamento dominante, tuttavia, a partire da Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, pare escludere la configurabilità di un autonomo danno da ritardo in caso di provvedimento tardivo ma sfavorevole. Sul tema, *ex multis*, G. Napolitano, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., 235 ss.

(70) Sull'apertura del sistema di responsabilità civile oltre i diritti soggettivi, al fine di dare risposta alle mutevoli esigenze di protezione dei cittadini, rimangono fondamentali le pagine di F.D. Busnelli, *La lesione del diritto del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 105 ss. e di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, il quale, facendo riferimento anche al principio costituzionale di solidarietà, evidenzia la necessità di ancorare il risarcimento alla "lesione di una qualsiasi situazione giuridica rilevante" (195); sul tema, più di recente, G. Alpa (a cura di), *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 358 ss. il quale evidenzia l'evoluzione dello stesso concetto di "patrimonio" dell'individuo a cui far riferimento per riconoscere l'esistenza di un danno.

(71) Su cui S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *www.irpa.eu*; G. della Cananea - C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 101 ss.; J. Wakefield (ed.), *The right to good administration*, Kluwer Law International, 2007; F. Trimarchi Banfi, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M. P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, 49 ss.; D.U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, 819 ss.; Lord Millett, *The right to good administration in European law*, in *Public Law*, 2002, 309 ss.

(72) D'altronde, come evidenziato da D. Sorace, *La responsabilità risarcitoria*, cit., 394 le stesse norme procedurali costituiscono "il risultato di una concezione dei rapporti fra Stato e privati tale per cui questi ultimi, non più sudditi, né amministrati, ma cittadini di uno Stato democratico (dei cui poteri essi

Diversamente, peraltro, non solo verrebbe ad essere indebolito il sistema delle garanzie procedurali nei confronti dei pubblici poteri, ma, soprattutto, verrebbe ad essere fortemente limitata la stessa possibilità di considerare effettivamente risarcibili gli interessi legittimi pretensivi, posto

che (di fatto) la tutela risarcitoria continuerebbe a “coprire” solamente quegli interessi la cui meritevolezza è stata ritenuta tale da far sorgere in capo all’amministrato la sicura titolarità dell’utilità finale e, quindi, ... dei veri diritti e propri soggettivi (73).

stessi sono all’origine), debbono vedersi riconosciuta da quest’ultimo la dignità di cittadini anche quando la realizzazione o il sacrificio di loro interessi materiali dipendono dall’esercizio di un potere attribuito dalla legge all’amministrazione”. Sul punto, si veda anche A. Travi, *Introduzione a un colloquio sull’interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 1 ss., secondo cui “anche se l’interesse legittimo, a mio parere, non può essere confuso con una pretesa all’osservanza delle regole, la dimensione rappresentata dalla possibilità di verificare la legittimità nella produzione dell’effetto giuridico è importante anche sul piano dei valori, di cui in fondo siamo tutti consapevoli, perché dà

il senso del principio di legalità” (6).

(73) Con ciò venendosi quindi a confermare la tesi di quella dottrina che, muovendo dalla strutturale incompatibilità tra interesse legittimo e risarcimento del danno, ha sostenuto che nel momento in cui gli interessi legittimi vengono ad essere considerati risarcibili essi sarebbero, alla fine dei conti, dei veri e propri diritti soggettivi: A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; Id., *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, cit., 3222 ss.