

## Capitolo Primo

# La responsabilità civile dell'amministrazione e le categorie del diritto amministrativo

SOMMARIO: 1. L'interesse legittimo quale oggetto di tutela risarcitoria. – 2. Responsabilità extracontrattuale e responsabilità per inadempimento di obblighi: ambiti di applicazione. – 3. La critica "interna" alla logica della sentenza n. 500: la questione della "meritevolezza" degli interessi. – 4. La critica radicale: il rapporto giuridico preesistente al fatto dannoso. – 5. Il regime della responsabilità nei rapporti di obbligazione senza prestazione.

### 1. *L'interesse legittimo quale oggetto di tutela risarcitoria*

La risarcibilità dei danni causati dalla lesione di interessi legittimi ha aperto un dibattito al centro del quale non stanno le questioni applicative, suscitate dalla natura dell'attività che costituisce l'elemento oggettivo dell'illecito civile, ma piuttosto il carattere dell'interesse protetto e della relazione entro la quale ha origine il fatto dannoso. La riflessione sulla responsabilità dell'amministrazione è l'occasione per riproporre la questione della consistenza dell'interesse legittimo nel suo rapporto con il potere amministrativo.

Se si accetta l'inquadramento della responsabilità per illecito provvedimento nell'art. 2043 c.c., il rapporto tra l'amministrazione ed i singoli, entro il quale ha origine la responsabilità, viene in considerazione come elemento del fatto, cosicché la specifica consistenza dell'interesse legittimo diviene secondaria. Del resto, proprio questa era la premessa che giustificava la richiesta che la responsabilità civile venisse estesa all'amministrazione anche quando questa avesse agito

nella sua veste di autorità: che l'esercizio della funzione amministrativa potesse essere valutato come comportamento dannoso in quanto lesivo di interessi protetti dal diritto. I connotati particolari dell'interesse legittimo quale espressione della situazione del singolo di fronte al potere amministrativo avrebbero cessato di porre ostacolo alla pretesa risarcitoria una volta che si fosse accettato di considerare l'interesse legittimo come interesse giuridicamente rilevante, al pari di altri. A sua volta l'azione (o l'omissione) all'origine del danno sarebbe venuta in considerazione nei suoi effetti lesivi dell'interesse protetto dall'ordinamento, e non come manifestazione dell'autorità.

È su queste basi, infatti, che si svolge l'argomentazione delle Sezioni Unite nella sentenza n. 500/1999 quando interpreta la dizione "danno ingiusto" come espressione che rende "aperta" la fattispecie dell'illecito, e che consente di includervi il danno prodotto dalla lesione di interessi che l'ordinamento protegge nella forma dell'interesse legittimo.

Certo, valutare il singolo episodio di esercizio della funzione amministrativa nella sua consistenza in quanto "fatto" implica il passaggio attraverso la disciplina del potere, per verificare la rispondenza a diritto dell'azione o omissione che si assume lesiva, ma questo passaggio richiede un'indagine non diversa da quella che si compie in generale, quando ci si chiede se la condotta dell'autore del danno fosse consentita dall'ordinamento. In questo quadro, la disciplina del potere può suscitare problemi applicativi quando si tratta di verificare il nesso tra l'illegittimità dell'azione o omissione e la lesione dell'interesse protetto, ma questo tipo di problema non mette in discussione l'idoneità del modello della responsabilità extracontrattuale a dare risposta alle domande che si pongono quando autore del fatto illecito è l'amministrazione nell'esercizio del potere.

Invece, come si sa, già all'indomani della svolta giurisprudenziale del '99, non sono mancate le critiche alla sistemazione che le Sezioni Unite hanno dato alla questione<sup>1</sup>. Le critiche provenivano da una

---

<sup>1</sup> Tra le prime quelle espresse da 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, pp. 487 ss. e 491-492; da

parte della dottrina amministrativistica, ma a queste critiche si sono unite quelle di studiosi del diritto civile, i quali hanno visto nella responsabilità dell'amministrazione un terreno al quale estendere argomenti elaborati per dare sistemazione ad ipotesi di danno nei rapporti tra privati, di incerta collocazione tra responsabilità extra contrattuale e responsabilità per inadempimento di obbligazioni<sup>2</sup>.

Negli sviluppi successivi, il dibattito tra gli studiosi del diritto amministrativo intorno alla responsabilità dell'amministrazione è alimentato più dall'interesse a ripensare le categorie fondamentali del diritto amministrativo che non dal proposito di risolvere specifici problemi applicativi. La responsabilità dell'amministrazione per l'attività provvedimentale è l'occasione per riproporre con nuovi argomenti le sempre aperte questioni del potere amministrativo nella sua relazione con i destinatari dell'azione amministrativa. Se ne ha testimonianza non soltanto negli scritti specificamente dedicati al tema della responsabilità<sup>3</sup>, ma anche negli studi che trattano della giustizia amministrativa<sup>4</sup> e, più in generale, dei concetti di base del diritto amministrativo<sup>5</sup>.

Ciò che viene messo in discussione in questi studi è il punto di approdo della riflessione sull'interesse legittimo, così come esso è sintetizzato nella definizione fatta propria dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 500<sup>6</sup>. Questa definizione coglie la peculiarità dell'interesse

---

A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3222 ss., e da F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 13 ss.

<sup>2</sup> Le critiche all'inquadramento della responsabilità per esercizio della funzione amministrativa nello schema dell'art. 2043 erano state anticipate da C. CASTRONOVO in *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 647 ss.

<sup>3</sup> Si vedano le monografie di G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2003, e di M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006, p. 29 ss.

<sup>4</sup> L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003.

<sup>5</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

<sup>6</sup> Si tratta della definizione proposta da Nigro, che la Cassazione riprende quasi

legittimo nella coesistenza del carattere individuale dell'interesse fatto oggetto di protezione, con la portata ultra individuale dell'azione che soddisfa l'interesse medesimo. L'interposizione del potere, quale tramite per il soddisfacimento dell'interesse materiale del singolo, segna la rilevanza ultra individuale della relazione amministrativa, non riducibile alla logica del rapporto tra diritti ed obblighi. Al tempo stesso la definizione accolta dalle Sezioni Unite, correlando l'interesse legittimo al conseguimento o alla conservazione di un'utilità sostanziale, emancipa la posizione giuridica del singolo dalla funzione servente rispetto alla tutela della legalità amministrativa, che la dottrina del passato gli assegnava, e realizza così il carattere soggettivo della tutela dell'interesse legittimo, postulato dalle disposizioni costituzionali.

Non solo: individuando nell'interesse ad un "bene della vita" l'oggetto della protezione assicurata per mezzo dell'interesse legittimo, la definizione accolta dalle Sezioni Unite pone in evidenza l'omogeneità strutturale degli interessi "pretensivi" ed "oppositivi", che li accomuna agli effetti della tutela risarcitoria e permette di superare la differenza di trattamento che, nel passato, veniva ricavata dal diverso substrato sostanziale degli uni e degli altri. Gli interessi legittimi sono tutti ugualmente suscettibili di tutela risarcitoria, poiché l'interesse materiale protetto può essere, indifferentemente, la conservazione di ciò che già si ha o l'acquisizione di ciò che si potrebbe avere.

Infine, così individuata la comune struttura dell'interesse legittimo, diviene anche possibile ottenere la tutela risarcitoria senza passare attraverso l'annullamento del provvedimento, giacché la lesività di

---

alla lettera al punto 5 della motivazione: l'interesse legittimo "è la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un'utilità oggetto di 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 della pretesa all'utilità" (*Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pp. 127-128). La definizione è messa in discussione da chi critica come estraneo alla struttura dell'interesse legittimo il riferimento al bene della vita (F.G. SCOCA, *op. cit.*, p. 33); ma proprio questo riferimento si mostra appropriato nella prospettiva della tutela risarcitoria.

questo e la risarcibilità del danno sussistono allo stesso modo quando il bene è sottratto o, invece, negato.

Le critiche mosse all'inquadramento della lesione dell'interesse legittimo all'interno della fattispecie dell'illecito extracontrattuale si collocano entro logiche diverse tra loro. Da un lato, tenendo fede alla peculiare sostanza che la sistemazione tradizionale attribuisce all'interesse legittimo, se ne afferma l'irrisarcibilità e si smonta il ragionamento delle Sezioni Unite come frutto di un equivoco. Da opposto punto di vista, si rifiuta la premessa secondo la quale l'esercizio del potere amministrativo nel singolo caso concreto assolve ad un dovere obiettivo e non costituisce invece (in tutto o in parte) adempimento di obblighi nei confronti di coloro che risentiranno gli effetti di quel potere: questa sarebbe l'errata premessa dell'applicazione dell'art. 2043 c.c., quale fattispecie di responsabilità che presuppone l'assenza di un preesistente rapporto giuridico tra danneggiante e danneggiato.

Le riflessioni sulla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo conducono dunque una parte degli studiosi a trovare nuove ragioni per impostare su basi diverse il rapporto tra il titolare dell'interesse protetto e l'amministrazione, utilizzando lo schema del rapporto di obbligazione. La strada in questa direzione è aperta dall'analisi delle posizioni giuridiche procedimentali, delle quali si ipotizza la tutela in via autonoma<sup>7</sup>, indipendentemente dalla vicenda del provvedimento alla cui formazione sono strumentali.

Sganciate dal provvedimento e, così, dal potere stesso, le posizioni giuridiche di coloro che partecipano al procedimento si prestano ad essere considerate come pretese, cui corrispondono obblighi dell'amministrazione procedente; questo è il primo passo, ma in alcuni autori il discorso tende alla generalizzazione, e investe l'intero contenuto della relazione tra l'amministrazione e coloro che risentono gli effetti del provvedimento, facendo di quest'ultimo l'oggetto della prestazione dovuta<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> V. G.D. COMPORTI, *op. cit.*, p. 70 ss.; L. FERRARA, *op. cit.*, pp. 145-146; A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, pp. 161-162.

<sup>8</sup> V. L. FERRARA, *op. cit.*; A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*

L'inquadramento della responsabilità dell'amministrazione entro lo schema della responsabilità per inadempimento di obblighi ha conseguenze rilevanti sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito, in quanto l'amministrazione può andare esente da responsabilità solo dimostrando che l'inadempimento è dovuto a causa che non le è imputabile (art. 1218 c.c.). Questa è forse la conseguenza più significativa della contrattualizzazione della responsabilità dell'amministrazione; ma negli autori che teorizzano il modello contrattuale, essa si presenta come il risultato apprezzabile di un'operazione che ha altra giustificazione e più vasta portata: costruire il rapporto amministrativo secondo le categorie del diritto comune e liberare la situazione giuridica del singolo nei confronti dell'amministrazione dal condizionamento che deriva dal potere di quest'ultima riguardo alla sorte dell'utilità sostanziale.

Come si vedrà<sup>9</sup>, la posizione più radicale – quella che fa del provvedimento la prestazione dovuta dall'amministrazione nell'ambito del rapporto di obbligazione – si congiunge nei suoi esiti alla posizione tradizionale, che considera la tutela risarcitoria come incompatibile con la struttura dell'interesse legittimo: in entrambi i casi la tutela risarcitoria del medesimo diviene simbolica.

Il marcato dottrinarismo che segna la riflessione sul tema della responsabilità dell'amministrazione la rende distante dalle questioni reali e non favorisce il dialogo costruttivo con la giurisprudenza che, dal canto suo, non è aliena dall'adattare la responsabilità da illecito a quelle che essa ritiene le esigenze dell'ambientazione pubblicistica<sup>10</sup>.

La responsabilità civile dell'amministrazione per l'attività provvedimento si presenta dunque come problema in un duplice senso: per le questioni applicative che derivano dai peculiari caratteri della condotta che viene in considerazione come causa di danno ingiusto, e perché sul tema si riflettono scelte di fondo i cui postulati condizionano impostazioni e soluzioni, con scarsa attenzione per l'attitudi-

---

<sup>9</sup> V. p. 44.

<sup>10</sup> L'adesione all'inquadramento contrattualista che si legge in alcune sentenze, suona come un omaggio verbale, privo di conseguenze applicative; per riferimenti puntuali si veda la nota 47, p. 22.

ne di queste a dare risposta alla domanda di riparazione dei danni causati dall'esercizio della funzione amministrativa.

L'inquadramento extracontrattuale della responsabilità pare oggi consolidato, ma prima di esaminarne le questioni applicative, conviene considerare l'alternativa tra inquadramento contrattuale e extracontrattuale della responsabilità per l'esercizio della funzione amministrativa, tuttora presente nella riflessione della dottrina.

## 2. *Responsabilità extracontrattuale e responsabilità per inadempimento di obblighi: ambiti di applicazione*

L'alternativa tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità per inadempimento di obblighi trasferisce sul terreno della responsabilità dell'amministrazione un dibattito tuttora aperto tra gli studiosi del diritto civile.

Non sempre all'accordo sull'esistenza di un danno che si stima meritevole di risarcimento corrisponde uguale accordo riguardo alla qualificazione del fatto che ha causato il danno: se esso presenti i caratteri dell'illecito secondo la fattispecie dell'art. 2043 c.c. o, invece, trovi più adeguata sistemazione entro la categoria della responsabilità per inadempimento di obblighi<sup>11</sup>. La soluzione della questione è dettata da considerazioni riferite agli elementi del caso concreto, ma essa è influenzata da orientamenti di carattere generale, diversi tra loro, le cui direttrici possono essere sintetizzate come segue: l'una (cui aderiscono le Sezioni Unite nella sentenza n. 500/1999) rende "aperta" la fattispecie dell'art. 2043, intendendo come "danno ingiusto" quello arrecato ad interessi giuridicamente rilevanti, così da ammettere anche il risarcimento di danni che non sono conseguenza della violazione di diritti<sup>12</sup>; l'altra utilizza, agli stessi fini, la clausola

---

<sup>11</sup> L'alternativa è stata oggetto di dibattito tra F.D. Busnelli e C. Castronovo, alle cui tesi si fa riferimento nel testo, per illustrare gli aspetti della questione che paiono maggiormente rilevanti per il tema della responsabilità dell'amministrazione.

<sup>12</sup> Si tratta dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 500/1999. In dottrina v. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra*

generale di buona fede-correttezza, assunta come regola dei “rapporti obbligatori senza obbligo primario di prestazione”, e qualifica come contrattuale la responsabilità per i danni che trovano origine nell'ambito dei rapporti anzidetti.

Il modello sul quale è costruita la categoria dei rapporti di obbligazione senza prestazione è quello della trattativa precontrattuale (art. 1337 c.c.) esteso, in virtù dell'atipicità delle fonti delle obbligazioni (art. 1173 c.c.), ai casi nei quali tra i soggetti si stabilisce una relazione la cui giuridicità deriva dall'affidamento. Dall'affidamento viene ricavato l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, che l'art. 1337 dispone, per l'appunto, a protezione dell'affidamento<sup>13</sup>.

L'una e l'altra ipotesi interpretativa dà risposta allo stesso tipo di problema, vale a dire all'esigenza che sia accordata tutela risarcitoria a situazioni che ne appaiono meritevoli, pur non presentando né i caratteri richiesti dall'interpretazione tradizionale della clausola dell'ingiustizia del danno, né i caratteri del rapporto contrattuale o precontrattuale.

La premessa di carattere generale dell'ipotesi che, per brevità, diremo “contrattualista” è che il danno è ingiusto nel senso dell'art. 2043 solo se è violato un diritto (tipicità dell'illecito extracontrattuale). L'interpretazione “aperta” della fattispecie dell'illecito extracontrattuale sarebbe da respingere, perché essa rende il giudice arbitro della meritevolezza degli interessi agli effetti della tutela risarcitoria<sup>14</sup>. Di questo rischio sono peraltro consapevoli gli stessi studiosi dell'opposto orientamento, i quali precisano, infatti, che l'espressione “danno ingiusto” non è da intendere come clausola generale, che

---

*contratto e fatto illecito*: la responsabilità da informazioni inesatte, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 561. Si vedano però le precisazioni di C. CASTRONOVO riguardo alle situazioni soggettive suscettibili di tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., in *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, p. 256.

<sup>13</sup> V. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 196 ss.

<sup>14</sup> La tesi della tipicità delle ipotesi di “danno ingiusto”, in contrapposizione all'interpretazione che di fatto trae dall'espressione anzidetta una clausola generale, è svolta ampiamente da C. CASTRONOVO in *La nuova responsabilità civile*, cit. ed è ripresa in *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, p. 667.



rimetterebbe al giudice la selezione degli interessi tutelabili in via risarcitoria: l'ingiustizia è qualità che deve essere ricavata da indici normativi, i quali pongono un limite obiettivo all'apprezzamento del giudice<sup>15</sup>.

In verità, la critica rivolta al giudizio di meritevolezza degli interessi quale criterio per accordare la tutela *ex art. 2043 c.c.* non implica di per sé il rifiuto dell'inquadramento della responsabilità civile dell'amministrazione nell'articolo citato. Nella sua formulazione più recente, la tesi della tipicità dell'illecito extracontrattuale identifica l'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.* nella lesione di situazioni soggettive riconosciute dall'ordinamento, anche diverse dal diritto soggettivo, e tra queste indubbiamente rientra l'interesse legittimo<sup>16</sup>. L'applicazione del modello contrattuale alla relazione che si stabilisce con l'apertura del procedimento amministrativo pare suggerita, nella dottrina del rapporto di obbligazione senza prestazione primaria, dall'esigenza di tenere ferma l'irresponsabilità dell'amministrazione per la lesione di interessi legittimi e, insieme, di dare fondamento ad una sia pur limitata tutela risarcitoria di chi entra in una relazione con l'amministrazione-autorità. Questo sembra il senso della proposta formulata, prima della svolta giurisprudenziale del '99, dallo studioso cui si deve la teorizzazione della categoria generale dei rapporti di obbligazione senza prestazione<sup>17</sup>.

L'orientamento contrattualista ha incontrato l'adesione di una parte degli studiosi del diritto amministrativo, e di essa si sente l'eco anche in qualche sentenza, sia del giudice ordinario<sup>18</sup> che del giudice amministrativo<sup>19</sup> in materia di responsabilità dell'amministrazione.

---

<sup>15</sup> F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"?*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 271. Sulla distinzione, in relazione alla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite, si tornerà più avanti.

<sup>16</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., p. 647 ss.

<sup>17</sup> C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, cit., pp. 653-654.

<sup>18</sup> Cass., n. 157/2003.

<sup>19</sup> Nel 2002 il CGARS (ord. 267) ha sottoposto la questione della natura della responsabilità dell'amministrazione all'Adunanza plenaria, la quale non si è pronunciata sul punto per motivi processuali (dec. 2/2003).

Nell'esperienza civilistica, la scelta tra le alternative suddette ha importanti conseguenze pratiche, a cominciare dal termine di prescrizione: in alcuni casi si direbbe che la propensione del giudice civile per l'inquadramento contrattualistico sia dettata proprio dall'esigenza di accordare il risarcimento in situazioni nelle quali la scadenza del termine quinquennale, stabilito per l'azione di responsabilità extracontrattuale, gli avrebbe impedito di pronunciarsi sul fatto dannoso<sup>20</sup>. È comunque certo che la contrattualizzazione favorisce la posizione del danneggiato, fornendogli una tutela più "forte", anche a causa delle diverse condizioni stabilite, rispettivamente, per l'imputabilità dell'inadempimento e per l'imputabilità del fatto illecito.

La fortuna dello schema contrattualistico presso gli studiosi del diritto amministrativo, risponde soprattutto ad esigenze di carattere teorico, dettate dall'intento di costruire i rapporti tra amministrazione e cittadini sulla base paritaria offerta dalle categorie del diritto privato. Nelle sue implicazioni estreme la contrattualizzazione della responsabilità per l'esercizio della funzione amministrativa mette in discussione la stessa consistenza giuridica dell'interesse legittimo e la tradizionale configurazione della relazione del singolo con il potere amministrativo<sup>21</sup>.

### 3. *La critica "interna" alla logica della sentenza n. 500: la questione della "meritevolezza" degli interessi*

L'inquadramento della responsabilità dell'amministrazione nella fattispecie dell'illecito extracontrattuale, quale risulta dalla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite, è stato messo in dubbio da punti di vista diversi: l'uno, che potremmo dire "interno" alla logica del ragionamento seguito dalle Sezioni Unite, ne contesta la coerenza; l'altro rifiuta le

---

<sup>20</sup> Ne è esempio il caso deciso dalle S.U. con la sentenza n. 14712/2007, in materia di responsabilità della banca negoziatrice di assegni bancari per aver consentito l'incasso di assegni non trasferibili a persone diverse dai beneficiari dei titoli. La sentenza è annotata da L. BUFFONI, in *Giur. it.*, 2008, p. 867 ss.

<sup>21</sup> Si veda oltre, p. 40 ss.