

Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo

di Giancarlo Montedoro

Il contributo mira a dare conto dell'evoluzione giurisprudenziale prima e normativa poi della responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione di interessi legittimi. Si registra una marcia di avvicinamento fra la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione e quella del Supremo consesso della magistratura amministrativa, dopo le divergenze iniziali sul tema della pregiudizialità. L'arbitrato costituzionale intervenuto fra le giurisdizioni ad opera del giudice delle leggi ha consentito di configurare la responsabilità della pubblica amministrazione per provvedimento illegittimo come una tecnica di tutela dell'interesse legittimo. Tanto dovrebbe comportare la piena giustificazione costituzionale del breve termine decadenziale previsto per le azioni di condanna nel codice del processo amministrativo. L'analisi poi si sofferma sui principali orientamenti giurisprudenziali della nomoflanchia amministrativa intervenuti di recente e sulla delicata questione, rimessa di recente all'adunanza plenaria del risarcimento per perdita di *chance*.

Premessa

La sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione ha determinato una svolta epocale nella vita della giustizia amministrativa¹.

Con essa è stato superato, come icasticamente si usa dire, il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

Sono note, e non occorre ripercorrerle, le vicende che hanno condotto, attraverso anche un intervento del giudice delle leggi², all'equilibrio in materia sancito dal legislatore con la disciplina dell'azione risarcitoria contenuta nel codice del processo amministrativo³.

La questione risolta sul piano del diritto positivo, pone non pochi problemi di carattere dommatico ed è

1. Vedila in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487, n. Palmieri, Pardolesi, *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 (m), n. Caranta, Fracchia, Romano, *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 (m), n. Scoditti, *Giornale dir. amm.*, 1999, p. 832, n. Torchia, *Nuovo dir.*, 1999, p. 691, n. Finucci, *Contratti*, 1999, p. 869, n. Moscarini, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261, n. Morelli, *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1067, n. Protto, *Trib. amm. reg.*, 1999, II, p. 225, n. Bonanni, *Arch. civ.*, 1999, p. 1107, *Danno e resp.*, 1999, p. 965, n. Carbone, Monateri, Palmieri, *Danno e resp.*, 1999, p. 965, n. Pardolesi, Ponzanelli, Roppo, *Corriere giur.*, 1999, p. 1367, n. Di Majo, Mariconda, *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1272, *Gius.*, 1999, p. 2760, n. Berruti, *Rass. giur. energia elettrica*, 1999, p. 433, *Nuove autonomie*, 1999, p. 563, n. Scaglione, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 35, p. 42, *Guida al dir.*, 1999, fasc. 31, 36, n. Mezzacapo, Caruso, De Paola, *Guida al dir.*, 1999, fasc. 31, p. 36, n. Finocchiaro, *Dir. e pratica società*, 1999, fasc. 21, p. 65, *Ammin. it.*, 1999, p. 1399, *Dir. pubbl.*, 1999, p. 463, n. Orsi Battaglini, Marzuli, *Rass. amm. sic.*, 1999, p. 9.

2. Si tratta di Corte costituzionale n. 204 del 2004, vedila *Foro it.*, 2004, I, p. 2594, n. Benini, Travi, Fracchia *Corriere giur.*, 2004, p. 1167, *Nuove autonomie*, 2004, p. 545, n. Teresi, *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1031, n. Conti, *Fisco* 1, 2004, p. 6080, *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 969 (m), n. Clarich, Police, Mattarella, Pajno, *Bollettino trib.*, 2004, p. 1606, n. Voglino, *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1275, n. Lotti, *Funzione pubbl.*, 2004, fasc. 2, 271 *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 1211, n. Sandulli, *Dir. proc. ammin.*, 2004, 799, n. Cerulli Irelli, Villata, Cons. Stato, 2004, II, p. 1357, *Guida al dir.*, 2004, fasc. 29, p. 88, n. Forlenza, *Resp. civ.*, 2004, p. 1003, n. Angeletti, *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207, n. Sandulli, *Delle Donne, Mondo bancario*, 2004, fasc. 4, p. 65 (m), n. Siclari, *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 29, p. 16, n. Rossetti, Medici, *Giur. it.*, 2004, p. 2255.

3. Sul tema cfr. anche G. Montedoro, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale* in *Dir. proc. ammin.*, 2005, p. 75 sia pure in un'ottica antecedente il codice del processo amministrativo.

connotata dalla presenza di nodi irrisolti di carattere teorico nella ricostruzione dell'istituto.

Fra i problemi di carattere dommatico occorre menzionare la questione del rapporto fra azione di annullamento ed azione risarcitoria che finisce per incidere sulla stessa consistenza del potere amministrativo di fronte al giudice, nonché la questione relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione, mediante un provvedimento od un contegno, di un interesse legittimo ossia la questione relativa alla natura aquiliana, contrattuale o autonoma (cd. teoria del *tertium genus*) della responsabilità della pubblica amministrazione a tale titolo.

Fra le questioni di carattere teorico, nodali per la esatta ricostruzione dei profili anche applicativi dell'istituto, giova menzionare quella della spettanza del bene della vita e del connesso problema della risarcibilità della *chance* di aggiudicazione del medesimo, la questione della colpa e la connessa problematica della configurabilità di una colpa d'apparato o di una, all'opposto, valutazione della mera esistenza di una illegittimità inescusabile, la questione del nesso causale fra provvedimento e danno risarcibile ed, in ultimo, la questione dei parametri ai quali ancorare la concreta quantificazione del risarcimento danni.

Si tratta di temi e problemi potenzialmente tutti incidenti sull'area dei danni risarcibili e, quindi, sugli effetti erariali, mai del tutto ben considerati, della scelta fatta a suo tempo dalle giurisdizioni superiori e solo sanzionata dal legislatore prendendo atto della complessa evoluzione giurisprudenziale verificatasi dopo l'arresto delle Sezioni unite n. 500 del 1999.

Deve invece considerarsi risolta definitivamente la *vaexata quaestio* della cd. pregiudiziale amministrativa che divide a suo tempo, immediatamente dopo il trasferimento dell'azione risarcitoria al giudice amministrativo, Cassazione e Consiglio di Stato.

Come si vedrà l'attuale disciplina è ben lungi dall'essere un ancoraggio ad un porto sicuro, poiché il risarcimento solleva un tal numero di questioni sistematiche, da poter essere considerato "l'inizio di una navigazione avventurosa"⁴, al cui termine, sia consentito dirlo, si pone lo stesso concezione del potere pubblico, come si è cercato di dimostrare in un lavoro di prossima uscita⁵.

Non si ritiene qui che la sfida sia ad impostare su nuove basi il sistema di giustizia amministrativa, quanto piuttosto ad intendere che la tutela nei confronti del potere si è fatta più integrale e completa, con esistenza, tuttavia, di risvolti che non possono essere ignorati sul piano della politica del diritto.

1. La questione del rapporto fra azione risarcitoria ed azione di annullamento

All'indomani della sentenza n. 500 del 1999 la dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate su una serie di questioni che possono così sintetizzarsi quale sia il giudice dotato di giurisdizione sulla controversia, se quello ordinario o quello amministrativo, se, nel caso in cui si trattasse del giudice amministrativo, la cognizione sulla questione risarcitoria avvenisse in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di giurisdizione esclusiva, oppure nel solo giudizio di ottemperanza, se fosse comunque necessario prima di esperire l'azione risarcitoria ottenere previamente l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo, se l'azione risarcitoria e quella di annullamento fossero concorrenti, se fossero equiparabili ai fini della tutela risarcitoria interessi oppositivi (quelli emergenti ad es. in relazione a poteri ablatori dell'amministrazione) ed interessi pretensivi (quelli emergenti in relazione a provvedimenti ampliativi delle facoltà dei privati).

La sentenza n. 500 del 1999 dava alcune indicazioni importanti, l'art. 2043 del codice civile, ove parla di "danno ingiusto", comprende in tale espressione anche i fatti dannosi lesivi della posizione giuridica soggettiva denominata interesse legittimo; ciò comporta, in capo al danneggiato, un diritto al risarcimento del danno; l'azione quindi, in assenza di diversa disposizione (poi intervenuta) spetta alla giurisdizione del giudice ordinario; non basta l'illegittimità dell'atto amministrativo ad integrare l'illecito; occorre la lesione dell'interesse materiale del cittadino (ed altresì l'elemento soggettivo della colpa dell'amministrazione definita colpa di apparato); la lesione è in *re ipsa* nel caso di interessi oppositivi; nel caso di interessi pretensivi spetta solo se il cittadino è in grado di dimostrare che il bene della vita sottostante la vicenda amministrativa sarebbe stato di sua spettanza in assenza del provvedimento lesivo; non v'è alcuna pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento; nelle materie di giurisdizione esclusiva la giurisdizione sul risarcimento spetta al giudice amministrativo.

A partire dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 il riparto di giurisdizione veniva modificato attribuendo la giurisdizione sul risarcimento danni in modo pressoché integrale al giudice amministrativo.

Tale attribuzione incidendo profondamente sulle tipologie di azioni esperibili innanzi a tale giudice

4. A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno* in *Enc. Dir. Aggiornamento VI*, pp. 983 ss.

5. Si tratta del saggio *Il diritto pubblico fra ordine e caos. I poteri pubblici nell'età della responsabilità* in uscita per i tipi della Luiss.

non poteva restare senza conseguenze; la conseguenza principale è consistita nell'approvazione del codice del processo amministrativo (d.lgs n. 104 del 2010) che contiene una completa disciplina delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo fra cui vi sono le azioni di condanna, esperibili in via autonoma rispetto alle azioni di annullamento, anche se con sottoposizione delle stesse a termine decadenziale sia pure più lungo rispetto a quello previsto per ottenere l'annullamento di un provvedimento amministrativo in sede giurisdizionale.

Un punto fermo nella questione nota come pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento è stato posto da Cass. civ., sez. un., 23-12-2008, n. 30254 secondo cui «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione – dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. - e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento; infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, 8° comma, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la Suprema corte può compiere anche sulle sentenze

del giudice amministrativo (fattispecie relativa a domanda di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, avendo la Suprema corte considerato che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e perciò necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato)».

Tale dilatazione delle questioni di giurisdizione è stata criticata in dottrina, ma il legislatore ha raggiunto un compromesso significativo.

Il codice del processo amministrativo, all'art. 30, ha accolto la prospettiva dell'autonomia delle due azioni, sottoponendo tuttavia l'azione risarcitoria ad un termine decadenziale e non prescrizione per evidenti esigenze di certezza del diritto legate al farsi dell'azione amministrativa (gli amministrati non possono rimanere per troppo tempo senza stabilità del provvedimento e l'amministrazione non può essere esposta per anni ad incertezze sulle conseguenze patrimoniali dei propri atti).

Per questo Cass. civ., sez. un., 16-12-2010, n. 25395⁶ ha statuito che «in tema di azione avanti all'autorità giudiziaria amministrativa tendente ad ottenere, nei confronti della Pa, il risarcimento del danno da attività provvedimentale illegittima, il principio della non necessità della pregiudiziale impugnativa del provvedimento amministrativo, già affermato dalle Sezioni unite della Cassazione con riferimento al sistema normativo conseguente alla l. 21 luglio 2000, n. 205, è confermato dall'art. 30 dl. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. codice del processo amministrativo) secondo cui: a) l'azione di condanna della Pa può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (1 comma); b) può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (2 comma); c) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (3 comma)».

Data l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, va cassata la sentenza del Consiglio di Stato la quale respinga la domanda di risarcimento del danno avanzata dal ricorrente sulla sola base dell'inammissibilità del ricorso impugnatorio, senza entrare nel merito della responsabilità della Pa (Cass. civ. [ord.], Sez. un., 02-07-2010, n. 15689)⁷.

6. *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2849 (m), n. Fimiani.

7. *Giur. it.*, 2010, 2183; *Ammin. it.*, 2010, p. 1695.

L'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo tuttavia non è senza conseguenza anche sotto altri profili: la sentenza n. 500 del 1999 qualificava la posizione giuridica azionata con l'azione risarcitoria come un diritto soggettivo di competenza del giudice ordinario per evitare la solita impasse della mancanza di un giudice dell'azione risarcitoria diretta a proteggere l'interesse legittimo, infatti, a tale altezza di tempo, il giudice amministrativo non avrebbe potuto condannare al risarcimento danni ed il giudice ordinario, in presenza di un risarcimento strettamente derivante dall'interesse legittimo (senza la mediazione del diritto soggettivo al risarcimento) sarebbe stato carente di giurisdizione.

Ora invece l'azione, devoluta al giudice amministrativo, appare sganciata da tale teoria, appare espressione di una *tecnica di tutela dell'interesse legittimo*, come affermato dalla sentenza della Corte costituzionale che si è occupata del tema in chiave "arbitrale" fra le diverse giurisdizioni, nella sentenza n. 204 del 20048.

In tale sentenza il giudice delle leggi ha avuto modo di precisare, dichiarando l'incostituzionalità di una scelta del legislatore portata a dilatare la giurisdizione esclusiva oltre gli ambiti costituzionali che le sono propri, che «la dichiarazione d'incostituzionalità non investe in alcun modo — nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure — l'art. 7 l. n. 205 del 2000, nella parte in cui (lett. c) sostituisce l'art. 35 dl. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica».

Per la Corte costituzionale «il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia"» attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, bensì «uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

Ne consegue che «l'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al

giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 l. 19 febbraio 1992 n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.».

A stretto rigore se ne deve desumere che il risarcimento è una tecnica di tutela del giudice amministrativo in giurisdizione generale di legittimità, che ad essere azionato per tale via, è l'interesse legittimo e non il diritto soggettivo.

Ciò spiega l'autonomia delle azioni che si muoverebbero su piani assiologici differenti, il consolidarsi dell'assetto degli interessi non vietando affatto la riparazione per equivalente ma solo rendendo inammissibile la reintegrazione in forma specifica.

Certo l'autonomia delle azioni toglie all'amministrazione il potere di decidere se risarcire in forma specifica o per equivalente, ma la previsione di un termine decadenziale e la possibilità di fare ricorso all'istituto del concorso del fatto colposo del creditore al fine di ridurre l'entità dell'illecito, moralizzano la vicenda risarcitoria ed evitano richieste esorbitanti da parte dei privati.

Per C. Stato, ad. plen., 23-03-2011, n. 3 non sussiste più la pregiudiziale di rito, secondo cui l'azione risarcitoria era inammissibile ove non preceduta o accompagnata dall'azione demolitoria; tuttavia il comportamento del danneggiato che non esperisce l'azione demolitoria deve essere valutato, ai sensi dell'art. 1227 cc e del principio di buona fede, ai fini della quantificazione del danno risarcibile.

Questa saggia composizione degli interessi ha avvicinato le giurisdizioni ed ha dato un assetto stabile a questioni assai controverse in passato, per cui sarebbe lungimirante evitare di riaprire controversie interpretative fra le diverse nomofilachie.

Non si può tuttavia non fare cenno a quella coerente impostazione dottrinale che ritiene — muovendo obiezioni radicali alla evoluzione della giurisprudenza ed alle scelte legislative conseguenti appena illustrate — incompatibile la figura dell'interesse legittimo con la tutela risarcitoria, essendo alla prima collegata una tutela di annullamento ed alla seconda una tutela di spettanza del tutto inconciliabili.

Si tratta di un'impostazione che muove dalla distinzione chiara fra ordinamento giuridico generale (nel quale si rinvengono diritti risarcibili) ed ordinamento speciale (nel quale operano poteri pubblici sindacabili con l'azione di annullamento)⁹.

8. *Foro it.*, 2004, I, p. 2594, n. Benini, Travi, Fracchia.

9. Romano Alb. *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi, Se sono risarcibili sono diritti soggettivi* in *Dir amm.* 1998, I e ss.

Tale chiarezza concettuale è stata superata in concreto dall'ordinamento, dopo la sentenza n. 500 del 1999, con scelte compromissorie, non dicotomiche, avvenute non tanto nel senso della prevalenza dell'annullamento quanto nel senso della affermazione di una logica della spettanza, ma temperata (da termine decadenziale e dall'istituto del fatto colposo del creditore).

Al giudice amministrativo il compito di concretizzare queste scelte legislative nella vita del diritto, nella inesauribilità dell'esperienza giuridica.

2. La natura contrattuale o aquiliana della responsabilità

Della natura della responsabilità da violazione dell'interesse legittimo si è discusso a lungo, in connessione anche alla questione della colpa.

Il regime della colpa infatti si configura diversamente a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale (o pre-contrattuale ove si accolga la tesi per cui la responsabilità precontrattuale è un'ipotesi di responsabilità contrattuale) o extracontrattuale.

Il regime della responsabilità contrattuale risulta assai più favorevole per il danneggiato, infatti, l'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 incombe sul debitore una volta provato l'inadempimento.

In tal caso al debitore è rimessa la prova che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile.

La giurisprudenza più recente è incline alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità, anche in coerenza con l'impostazione della Corte di cassazione che ha fondato la sua svolta in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo sull'art. 2043 cod. civ.

Per C. Stato, sez. V, 20-10-2008, n. 5124¹⁰ «in tema di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimento illegittima e all'elemento soggettivo della colpa, va esclusa l'applicabilità dei principi concernenti la responsabilità contrattuale per inadempimento in ordine alla presunzione relativa di colpa e l'ascrizione all'amministrazione dell'onere di dimostrare la propria incolpevolezza, e, mentre il privato può limitarsi a fornire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento e il proprio apporto partecipativo al procedimento, dal canto suo l'amministrazione può allegare elementi rientranti nello schema dell'errore scusabile, spettando poi al giudice

apprezzarne e valutarne l'idoneità a comprovare o a escludere la colpevolezza dell'amministrazione stessa, senza che possa considerarsi valida l'equazione "illegittimità dell'atto-colpa dell'apparato pubblico"; pertanto, la responsabilità patrimoniale della Pa conseguente all'annullamento giurisdizionale di atti illegittimi dev'essere inserita nel sistema dell'accertamento dell'illecito extracontrattuale, alla stregua del quale l'imputazione non può avvenire sulla base del dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento».

Per C. Stato, sez. IV, 03-03-2009, n. 1206¹¹ sempre sullo stesso presupposto teorico (ossia la natura extracontrattuale della responsabilità già affermata da Cass. Sez. Un. n. 500 del 1999), «in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, il risarcimento del danno è ascrivibile in capo all'amministrazione esclusivamente a titolo di responsabilità extra-contrattuale e pertanto, la quantificazione dello stesso deve essere determinata in forma equitativa e non sulla base del criterio di cui all'art. 134 dl. n. 163/2006, che disciplina la diversa fattispecie relativa al diritto potestativo dell'appaltante di recedere unilateralmente da un contratto in corso».

Un diverso orientamento valorizzava la teorica della responsabilità da contatto sociale per arrivare a qualificare la responsabilità da violazione di interesse legittimo come ipotesi di responsabilità contrattuale.

Così per C. Stato, sez. V, 06-08-2001, n. 4239 «la natura della responsabilità derivante dall'adozione di un atto illegittimo (nella specie, diniego di concessione edilizia) assume connotazioni concretamente avvicinati all'inadempimento di una precedente obbligazione quando l'invalidità dell'atto amministrativo deriva dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra l'amministrazione ed il privato (in motivazione, si precisa che le recenti elaborazioni dottrinarie in materia di responsabilità da *contatto amministrativo qualificato* possono essere condivise nella misura in cui, senza affermare la generale operatività delle regole proprie della responsabilità contrattuale, forniscono utili criteri applicativi in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, sicché l'adeguata valorizzazione del rapporto procedimentale consente di affermare che il relativo onere della prova va ripartito tra le parti secondo criteri sostanzialmente corrispondenti a quelli codificati dall'art. 1218 cc).

Per C. Stato, sez. VI, 15-04-2003, n. 1945 la responsabilità contrattuale è evocabile anche nel caso di obblighi di correttezza procedimentale che condu-

10. *Resp. e risarcimento*, 2008, fasc. 10, p. 94 (m); *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 386, n. Baiona.

11. *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 535 (m).

ce anche ad un risarcimento in via equitativa senza un necessario giudizio sulla spettanza.

È risarcibile in via equitativa - ma non nel caso in specie per mancanza di domanda - la sola violazione degli obblighi di correttezza procedimentale, indipendentemente dalla valutazione circa la spettanza del bene della vita a cui il ricorrente aspira.

Il procedimento amministrativo – la legge n. 241 del 1990 – diviene in questa ottica una fonte di obblighi di correttezza che poi, a cascata, si riverberano sul piano risarcitorio.

In dottrina è stata affacciata anche l'ipotesi di un *tertium genus* di responsabilità, dotata di regole sue proprie, che devono ricavarsi coerentemente dalla circostanza che il potere e l'obbligo sono, romanianamente, figure incompatibili¹².

L'ipotesi ha una sua interna coerenza, anche sul piano sistematico e costituzionale, come la tesi di Alberto Romano prima riportata, ma a fronte della parabola giurisprudenziale e legislativa già verificatasi, vale, al più per suggerire in futuro al legislatore che voglia garantire un risarcimento conforme alla logica dell'annullamento, per limitare i poteri privati, di dettare regole specifiche vadano ben oltre la spettanza temperata, in fondo re-introducendo, ma *expressis verbis* la pregiudizialità alla quale legare una fattispecie peculiare di responsabilità da esercizio illegittimo del potere, accertato dal giudice amministrativo, precisando legislativamente i criteri di imputazione del danno all'apparato ed ai funzionari e rendendo tali regole speciali rilevanti nell'ordinamento giuridico generale.

Il diritto vivente sta percorrendo un'altra strada.

3. Bene della vita e perdita di *chance*

Ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento, non basta la dichiarazione di illegittimità dell'atto e l'accertamento della colpa dell'amministrazione, ma occorre che sia comprovata in modo certo *la spettanza del bene della vita* e la correlata lesione derivante dal provvedimento illegittimo e va verificato se l'annullamento per vizio del procedimento sia avvenuto a seguito di una illegittimità di natura formale o di carattere sostanziale (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 16-07-2015, n. 555).¹³

A tale rilevanza del giudizio sulla spettanza non si rinuncia nemmeno in caso di *danno da ritardo*.

Per C. Stato, sez. IV, 02-11-2016, n. 4580¹⁴ «il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, quindi, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse; l'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* l. 7 agosto 1990 n. 241 non ha, infatti, elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della Pa per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione, nonché la prova del danno lamentato».

Sono fuori dall'area del risarcibile *i vizi formali e procedurali* superabili con la rinnovazione del procedimento.

Per C. Stato, sez. V, 22-01-2015, n. 252¹⁵ «ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo per vizio procedimentale va distinta l'illegittimità di carattere cd. "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

12. L. Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo* in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 37.

13. *Foro amm.*, 2015, 2020 (m).

14. *Foro amm.*, 2016, p. 2644 (m).

15. *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 817 (m), n. Moliterni.

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».

Così secondo C. Stato, sez. V, 10-02-2015, n. 675¹⁶ «il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno».

In via generale va detto che il danno conseguente alla lesione di interessi legittimi pretensivi può essere riconosciuto solo con la dimostrazione della spettanza al ricorrente del bene della vita preteso nella lite, con un rilevante grado di probabilità; tale prova non può essere fornita allorché rimane integro il potere discrezionale della Pa; infatti l'annullamento di un atto dal quale consegue la riedizione del potere amministrativo ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove persistano in capo all'amministrazione significativi spazi di discrezionalità amministrativa; in tale caso, dall'annullamento dell'atto non possono farsi derivare conseguenze ulteriori rispetto al ripristino della situazione preesistente e dell'attività rinnovativa dell'amministrazione.

Il potere e la sua inesauribilità si riflettono sulla questione della spettanza del bene della vita a fini risarcitori, in modo ontologico ed inevitabile.

È tuttavia risarcibile la *perdita di chance*.

Per C. Stato, sez. VI, 14-09-2006, n. 5323¹⁷ «ove, a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara, come nei casi di appalti ad aggiudicazione non automatica, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di *chance*, quale perdita, definitiva, di un'occasione favorevole di cui il soggetto danneggiato si sarebbe avvalso con ragionevole certezza, ossia nella elisione di un bene, giuridicamente ed economicamente rilevante, già esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'evento dannoso, il cui valore, però, è dato dalle sue utilità future, ovvero dalla sua idoneità strumentale a far sorgere in capo al dominus dello stesso una data e specifica situazione di vantaggio; l'illegittimità dell'atto attraverso cui si manifesta la condotta

illecita non è sufficiente per fondare la responsabilità dell'amministrazione, ma è altresì necessario che l'agire della Pa sia connotato dall'elemento soggettivo della colpa, che non può essere considerato *in re ipsa* nella violazione della legge o nell'eccesso di potere estrinsecatesi nell'adozione ed esecuzione dell'atto illegittimo».

Da tale pronuncia è scaturita una complessa evoluzione di recente rimessa all'esame dell'adunanza plenaria da Cons. Stato V, n. 118 del 2018.

Secondo un primo orientamento (ritenuto come esemplificato dalle seguenti pronunce: sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559; sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4592) il risarcimento della *chance*, a fronte della mancata indizione di una gara, è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Secondo un diverso approccio (ritenuto come esemplificato dalle seguenti decisioni: sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450; id. 8 aprile 2014, n. 1672, id. 2 novembre 2011, n. 5837), in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, va riconosciuto il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore.

Ciò sulla base del rilievo che, in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza), non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso è titolare deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica dell'ipotetico esito della gara.

All'esito del confronto ricostruttivo, la discriminante tra le due opposte configurazioni viene individuata nel rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione e, in particolare, sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo.

In tale contesto, mentre la teoria della *chance* ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio, la teoria eziologica intende la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile,

16. *Riv. nel diritto*, 2015, p. 1033, n. Galati; *Riv. nel diritto*, 2015, p. 804.

17. *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 1355 (m); *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 686.

con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

Resta dubbio a quali condizioni il giudice impegnato in un'attività prognostica possa operare senza impingere nel merito amministrativo.

E la *chance* è risarcibile se il provvedimento è diventato definitivo?

E se l'amministrazione è ancora in grado di riparare al danno procurato all'interessato?

4. La colpa

L'elemento soggettivo è quello della colpa in particolare della colpa di apparato come sancito dalla Cassazione n. 500 del 1999.

Per C. Stato, sez. IV, 21-09-2015, n. 4375¹⁸ «in sede di risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, ai fini dell'ammissibilità della relativa domanda, non è sufficiente il mero annullamento del provvedimento amministrativo, ma è necessario che sia fornita la prova dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'amministrazione; in particolare, la colpa è la cd. "colpa di apparato", la quale è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, quanto a ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza».

Il risarcimento non è escluso in caso di *colpa lieve*, secondo una certa giurisprudenza.

Per C. Stato, sez. IV, 18-11-2013, n. 5458¹⁹: «l'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità; in ogni caso, perché possa configurarsi la responsabilità della Pa è sufficiente la colpa, anche lieve, dell'apparato amministrativo».

Ma la questione non è pacifica, per C. Stato, sez. V, 13-01-2014, n. 63²⁰, invero persuasiva più per l'articolazione degli indici di colpevolezza che per il riferimento apodittico alla gravità della colpa: «la sussistenza della colpa dell'amministrazione per il ritardo con il quale ha adottato il provvedimento chiesto dal privato non può essere affermata in base al solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che essa abbia agito *con dolo o colpa grave*, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente od ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.; segue da ciò che, ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria, deve accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se, al contrario, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto.

Nello stesso senso C. Stato, sez. V, 08-04-2014, n. 1651²¹ per cui «la sussistenza della colpa dell'amministrazione per il ritardo con il quale ha adottato il provvedimento chiesto dal privato non può essere affermata in base al solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che l'amministrazione medesima abbia agito *con dolo o colpa grave*, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente od ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.; segue da ciò che, ai fini della fondatezza dell'azione risarcitoria, deve accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e

18. *Foro amm.*, 2015, p. 2253 (m).

19. *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, p. 3027 (m).

20. *Foro amm.*, 2014, p. 69.

21. *Foro amm.*, 2014, p. 1077 (m).

buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se, al contrario, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto».

Non rileva la colpa del funzionario.

Così C. Stato, sez. V, 20-08-2013, n. 4189²² «L'imputazione ex art. 2043 cc alla Pa di una responsabilità extracontrattuale (in materia diversa da quella degli appalti pubblici) non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi».

In conclusione in tema di responsabilità della Pa, ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un danno risarcibile occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato (così anche C. Stato, sez. IV, 10-01-2012, n. 14)²³.

5. Il nesso causale e la quantificazione del danno

Come è noto le norme civilistiche in tema di nesso causale sono scarse ed insufficienti e dalla loro scarsità possono derivare incertezze applicative.

I danni risarcibili (art. 1223 cod. civ.) devono essere conseguenza immediata e diretta dell'illecito.

L'art. 2043 prevede la tutela risarcitoria e la pone a carico di chi cagiona ad altri un danno ingiusto.

L'art. 2043 si riferisce al danno evento (ossia all'evento lesivo, alla lesione di un interesse meritevole di tutela).

L'art. 1223 al danno conseguenza ossia alle conseguenze economiche del danno.

Il danno evento viene valutato ai sensi degli artt. 40 e 41 del codice penale, l'altro viene imputato secondo un diverso schema di accertamento della diretta ed immediata consequenzialità.

Si tratta della nota fra causalità materiale (riguardante il danno evento) e causalità giuridica (riguardante il danno conseguenza).

Le domande sono diverse: chi è stato? che cosa deve risarcire per equivalente?

La quantificazione poi è la terza domanda, strettamente legata alla prima ed alla seconda: quanto deve pagare?

Anche fra primo e secondo comma dell'art. 1227 si rintraccia solitamente la distinzione fra danno evento e danno conseguenza.

Tale distinzione è recepita anche dalla giurisprudenza amministrativa.

Per C. Stato, sez. VI, 30-06-2011, n. 3887 «la domanda di risarcimento dei danni è anche nel processo amministrativo regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cc, in base al quale chi vuole far valere un diritto in giudizio deve indicare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; grava, quindi, sul danneggiato l'onere di allegare e provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa); la presenza di un danno risarcibile e la condanna al suo risarcimento non sono, infatti, una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento e richiedono la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa e del dolo dell'amministrazione e del nesso causale tra l'illecito e il danno subito; in particolare, poi, il risarcimento del danno conseguente a una lesione di interesse legittimo pretenso è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito aquiliano (condotta, colpa, nesso di causalità ed evento dannoso), all'effettiva dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia in concreto destinata ad avere esito favorevole, quindi all'avvenuta e concludente dimostrazione della spettanza definitiva e ragionevolmente certa, mediante il corretto sviluppo dell'azione amministrativa, del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse, e comunque fermo l'ambito proprio della discrezionalità amministrativa»²⁴.

22. *Foro amm.* Cons. Stato, 2013, p. 2102 (m).

23. *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, p. 8.

24. *Foro amm.*- Cons. Stato, 2011, p. 2099 (m).

In modo specifico Tar Veneto, sez. II, 31-03-2003, n. 2166²⁵ ha ritenuto che «per l'accertamento del nesso di causalità del danno, deve effettuarsi, analogamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza civile, una duplice verifica: a) nell'accertare il collegamento materiale tra condotta ed evento può farsi riferimento alle disposizioni contenute negli articoli 40 e 41 cp, b) nel verificare la sussistenza del collegamento giuridico tra il fatto illecito (valutato unitariamente come condotta ed evento) e l'entità del danno, possono applicarsi gli art. 1223 e 1227, 2° comma, cc, richiamati espressamente dall'art. 2056, 1° comma».

Infine può menzionarsi C. Stato, sez. VI, 15-09-2015, n. 4286²⁶ secondo cui è da accogliersi la distinzione civilistica ed il danno conseguenza può essere anche non patrimoniale; per cui «il danno non patrimoniale, configurabile quale danno-conseguenza derivante dall'effettiva lesione di specifici beni/valori oggetto di tutela (e non quale mero danno-evento), deve essere puntualmente allegato e dimostrato nella sua consistenza, se del caso attraverso il ricorso a presunzioni, purché plurime, precise e concordanti; pertanto, per conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale, il richiedente è tenuto ad allegare e provare in termini reali, sia nell'*an* che nel *quantum*, il pregiudizio subito, anche se collegato a valori riconosciuti a livello costituzionale, e ciò perché la categoria del danno non patrimoniale *ex art. 2059 cc*, pur nei casi in cui la sua applicazione consegua alla violazione di diritti inviolabili della persona, costituisce pur sempre un'ipotesi di danno-conseguenza, il cui ristoro è in concreto possibile solo a seguito dell'integrale allegazione e prova in ordine alla sua consistenza e riferibilità eziologica alla condotta del soggetto indicato come autore dell'illecito; il danno non patrimoniale, quindi, anche quando discende dalla violazione di diritti fondamentali della persona, non è mai *in re ipsa*, ma deve essere sempre allegato e provato da chi ne chiede il risarcimento».

Il rischio di un eccessivo allargamento della responsabilità derivante dalle regole di equivalenza causale penalistiche, condurrebbe ad un'amministrazione, incerta, titubante, paralizzata, inefficiente; tale rischio viene superato o governato mediante la costruzione delle reti di contenimento già menzionate fra cui il concorso del fatto colposo del creditore.

Così C. Stato, sez. V, 09-10-2013, n. 4968 che ha sancito la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tute-

la previsti dall'ordinamento, sancita dall'art. 30, 3° comma, c.p.a., è ricognitiva dei principi già contenuti nell'art. 1227 cc: di conseguenza, l'omessa attivazione degli strumenti di tutela giurisdizionale costituisce, condotta valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con la ordinaria diligenza, non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio della sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (nella specie – in cui, da un lato, la tempestiva impugnazione da parte dell'interessato del silenzio-rifiuto sulla richiesta di concessione edilizia presentata nel febbraio 1989 non avrebbe ragionevolmente potuto impedire il danno, costringendo, eventualmente, anche attraverso un non implausibile provvedimento cautelare sollecitatorio o propulsivo, l'amministrazione a rilasciare il titolo edilizio ovvero costringendola a riesaminare il provvedimento illegittimo e/o ad indicare le eventuali ragioni ostative a tale rilascio, prima del dicembre 1989, allorché, essendo stata adottata una variante al piano regolatore generale vigente e alle relative norme tecniche di attuazione, è sopravvenuta la doverosa applicazione delle misure di salvaguardia e, dall'altro lato, il privato per effetto delle informazioni ottenute dall'amministrazione nel febbraio 1992, ben poteva conoscere la data della scadenza triennale di validità delle misure di salvaguardia ovvero informarsi sull'effettiva scadenza delle stesse usando l'ordinaria diligenza, così che non era giustificata la sua inerzia protrattasi fino al giugno 1996 – si è deciso che l'omissione del privato ha inciso nella verifica dell'evento dannoso nella misura del cinquanta per cento)²⁷.

Frequente è anche la limitazione del ricorso a presunzioni giurisprudenziali.

Per C. Stato, sez. V, 28-04-2014, n. 2195 «il danno, inteso sia come danno evento che come danno conseguenza, e la sua qualificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni solo in relazione ai danni non patrimoniali».

Sul piano della quantificazione essa è determinata in concreto, con ampio ricorso a criteri equitativi nei casi in cui ciò è possibile, ma spesso è anche demandata all'amministrazione che deve trovare un accordo con l'interessato (art. 34 comma 4 del c.p.a.; ciò toglie alla questione drammaticità).

25. *Giust. amm.*, 2003, p. 517, *Trib. amm. reg.*, 2003, II, p. 323, n. Mazzia, *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 129.

26. *Foro amm.*, 2015, p. 2279 (m).

27. *Vita not.*, 2013, p. 1243, *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 108, *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 316 (m), n. Savatteri, *Danno e resp.*, 2014, p. 104 (m), *Riv. giur. edilizia*, 2013, I, p. 1127, *Guida al dir.*, 2014, fasc. 1, p. 62, n. Corrado.