

# La responsabilità “speciale” della Pubblica Amministrazione alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti

**Autore:** Antonella Aloia

**In:** Diritto amministrativo

La qualificazione giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione rientra tra le questioni più aspramente discusse nel corso degli anni sia in dottrina che in giurisprudenza.

Gli orientamenti che costituiscono l'epilogo essenziale della suddetta querelle sono riconducibili a quattro distinte e ormai consolidate tipologie di responsabilità: extracontrattuale, contrattuale da “contatto sociale qualificato”, precontrattuale e “speciale”.

Come noto, la responsabilità extracontrattuale o aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., è pacificamente ammessa nei confronti della pubblica amministrazione in presenza di un'attività priva di connotati provvedimentali. Secondo la primissima impostazione tracciata dalla storica sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, questa forma di responsabilità si configura una volta accertata: la sussistenza di un evento dannoso; la qualificazione del danno come “danno ingiusto” in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; la riferibilità, sotto il profilo causale, dell'evento dannoso ad una condotta (omissiva o commissiva) della pubblica amministrazione; la colpa o il dolo (elemento soggettivo). Ma la vera svolta ha riguardato il riconoscimento **della tutela aquiliana anche in caso di lesione di interessi legittimi**, posto che il “danno ingiusto” di cui all'art. 2043 c.c. deve essere inteso come clausola generale tale da abbracciare ogni situazione di interesse ad un bene della vita che risulti meritevole di tutela sulla base di una valutazione da effettuarsi caso per caso.

La teoria della responsabilità da “contatto sociale qualificato” presuppone invece l'instaurazione di un

“contatto” tra amministrazione e privato conseguente all'avvio del procedimento; questo comporta, a carico del soggetto pubblico, l'insorgenza di obblighi di protezione, la cui fonte viene individuata nell'art. 1173 c.c. che rinvia “ad ogni atto o fatto idoneo secondo l'ordinamento giuridico”.

In altre parole, la violazione di questi obblighi configura una **responsabilità contrattuale e non già una responsabilità extracontrattuale**, dal momento che l'avvio di un procedimento d'ufficio o su istanza di parte, determina una relazione giuridica che lega i soggetti coinvolti e che impone il rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Quanto detto è stato peraltro confermato in una recente pronuncia della Suprema Corte nella quale gli ermellini hanno ritenuto essenziale, per la configurabilità della responsabilità in esame, “la violazione di obblighi preesistenti di comportamento posti a carico di un soggetto dalla legge per la tutela di specifici interessi di coloro che entrano in contatto con l'attività di quel soggetto. Tanto più c'è essenzialità di tale elemento ove il fondamento normativo della responsabilità in esame si individui - come da taluni si ritiene - nel riferimento, contenuto nell'art. 1173 cod. civ., agli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico”, (Cass. Civ., sez. I, 11642/2012). Il contatto procedimentale, dunque, investendo il soggetto pubblico di un preciso onere di diligenza, lo rende garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione. “La misura della diligenza è definita dalle regole che governano il procedimento amministrativo ed è attualizzata in funzione del concreto nesso tra le parti originato dall'iter provvedimento e dal suo stato di attuazione”. (così Cons. St., sez. V, 4239/2001).

Quanto alla teoria della responsabilità precontrattuale, è stata riconosciuta, a seguito di numerose resistenze, la soggezione dell'amministrazione ai principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1337 c.c. (obbligo di buona fede durante le trattative e la formulazione del contratto) e 1338 c.c. (concernente l'obbligo di rendere noto all'altra parte i motivi che invalidano il contratto).

Sul punto, il Consiglio di Stato ha osservato a più riprese che “la responsabilità precontrattuale non discende infatti dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della

pubblica amministrazione e dalla cui violazione discende l'illegittimità dell'atto. Essa, al contrario, deriva dalla violazione delle regole comuni (in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 Cod. civ..) che trattano del "comportamento" precontrattuale, ponendo in capo alla pubblica amministrazione doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali. Invero, nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'Amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le norme dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento del provvedimento ed una eventuale responsabilità da attività provvedimentale illegittima), ma anche le norme generali sulla correttezza di cui all'art. 1337 Cod. civ. prescritte dal diritto comune (la violazione delle quali fa nascere appunto la responsabilità precontrattuale) (cfr. in questi termini Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6). Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità precontrattuale sussista nonostante la legittimità del provvedimento con cui si revocano (o si annullano) in autotutela gli atti di gara. Del resto, come la giurisprudenza ha ulteriormente chiarito (cfr. Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656), la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza". (Cons. St., sez. VI, 633/2013).

Con la recentissima sentenza n. 5611/2015, la sezione VI del Consiglio di Stato, ricostruendo i tratti tipici delle tipologie appena descritte, ha individuato gli aspetti che caratterizzano la responsabilità della p.a. da attività illegittima.

Già con la sentenza n. 1047 del 2005, i giudici di Palazzo Spada avevano chiarito che questa "speciale" forma di responsabilità, di fatto non riconducibile né all'art. 2043 c.c. né all'art. 1218 c.c., ha natura sussidiaria rispetto all'annullamento ed è subordinata non solo alla verifica dell'incidenza della condotta di tutti i soggetti coinvolti (amministrazione, soggetto leso, soggetti che hanno tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo), ma anche della colpevolezza, da parte del giudice amministrativo, secondo le risultanze giudiziali e senza che incomba ad alcuno l'onere della relativa prova (Cons. St., sent. 1047/2005; sul punto Tramontano, 2008).

Più precisamente, i caratteri che valgono a tenere distinta questa forma di responsabilità dalle altre tipologie possono essere così individuati:

-

il comportamento illecito deve inserirsi nell'ambito di un procedimento amministrativo nel quale il soggetto pubblico è tenuto al rispetto di determinate regole procedurali e sostanziali;

-

le posizioni giuridiche che vengono in rilievo sono da una parte il potere pubblico e dall'altra l'interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, il diritto soggettivo;

-

il giudice amministrativo, qualora sia stata proposta l'azione di annullamento o di nullità, non può compiere valutazioni espressamente riservate alla pubblica amministrazione.

Dunque, dopo aver ribadito gli elementi costitutivi della responsabilità della p.a. (elemento oggettivo, elemento soggettivo, nesso di causalità materiale o strutturale, danno ingiusto), la pronuncia si concentra in particolar modo sulla ricostruzione del nesso di causalità, che sembra non essere perfettamente riconducibile alla teorie elaborate in ambito civilistico.

Nella richiamata sentenza n. 2792/2014, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato aveva chiarito che "la normale esistenza di un rapporto, che si instaura nell'ambito di un procedimento amministrativo, tra pubblica amministrazione e privato induce a ritenere che anche in questo caso, come in presenza di illeciti contrattuali, non sia necessario individuare l'autore del fatto lesivo. La rilevanza delle teorie della causalità materiale si apprezza sotto altro aspetto: la ricostruzione del nesso eziologico è necessaria al fine di valutare se la condotta della p.a. sia stata idonea a ledere la posizione soggettiva di interesse legittimo. L'accertamento della lesione dell'interesse legittimo - in ragione della stretta connessione con il potere pubblico - richiede, infatti, l'effettuazione di un giudizio prognostico mediante il ricorso alla teoria condizionalistica, integrata, ove occorra, dal modello della sussunzione sotto leggi scientifiche e corretta dalla teoria della causalità adeguata".

Orbene, qualora sia stata proposta l'azione di invalidità o di responsabilità, il cui esito abbia consentito il "riesercizio di poteri amministrativi discrezionali", al giudice amministrativo non è consentito di invadere sfere di competenze riservate alla pubblica amministrazione attraverso l'effettuazione del suddetto giudizio prognostico. Potrà riconoscersi il risarcimento del danno e quindi trovare applicazione la regola probatoria della certezza, solo se la p.a., in sede di rinnovo del procedimento dopo la dichiarazione di invalidità in sede giudiziale, accerti che "il privato aveva diritto a quel bene della vita".

Per contro, nel caso in cui il privato abbia proposto autonoma azione di responsabilità e la p.a. conservato un potere discrezionale, la valutazione dell'autorità giudiziaria - in ordine all'accertamento del nesso eziologico - deve fondarsi sul criterio del "più probabile che non"; viceversa, la regola probatoria è quella

della “certezza” qualora la p.a. sia titolare di un potere vincolato o abbia esaurito la propria discrezionalità. Ad ogni modo “la rinnovazione procedimentale deve svolgersi nel solo rispetto di quanto stabilito dal giudice ovvero determinato dalla legge”.

Nel caso di specie, il Collegio ha accolto la pretesa risarcitoria avanzata da una società per mancata stipulazione di un contratto di aggiudicazione di un appalto di lavori per volontà della p.a.: si tratta di un’ipotesi di responsabilità della p.a. da attività illegittima, in quanto l’amministrazione, una volta adottato il provvedimento di aggiudicazione, aveva “esaurito” la propria discrezionalità. Ne deriva l’applicazione della regola probatoria della certezza in sede di accertamento dell’idoneità della condotta a cagionare il danno ingiusto.

Il giudicante dunque è chiamato ad affermare la responsabilità della pubblica amministrazione per danni da provvedimento illegittimo allorquando la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede (alla cui osservanza il soggetto pubblico è chiamato), risulti grave e inserita in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l’imperizia dell’organo nell’assunzione del provvedimento viziato (così Cons. St., Sez. VI, 1669/2013).

Sembra quasi che questo tipo di responsabilità possa in qualche modo inquadrarsi nell’alveo della responsabilità da “contatto sociale qualificato”, vista “l’esistenza di un contatto” tra le parti, pubbliche e private, che viene ad istaurarsi in sede procedimentale.

Una interpretazione questa che non può reggersi attesa la netta demarcazione operata dalla sentenza rispetto alle altre forme di responsabilità riconducibili all’ambito civilistico. Invero, oltre alla diversità delle posizioni giuridiche in rilievo, “è la stessa peculiarità dell’attività amministrativa - che deve svolgersi nel rispetto di determinate regole procedimentali, sostanziali e processuali - che rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima (cfr.

Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2014, n. 2792).

<https://www.diritto.it/la-responsabilita-speciale-della-pubblica-amministrazione-alla-luce-degli-sviluppi-giurisprudenziali-piu-recenti/>