

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/01/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36782-responsabilit-della-pubblica-amministrazione-da-provvedimento-illegittimo>

Autore: Maria Carmen Agnello

Responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo

Avv. Maria Carmen Agnello

Responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo

Consiglio di Stato , sez. VI, sentenza 27.06.2013 n° 3521, pres. L. Maruotti ed est. V. Loplilato¹

Responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo – natura della responsabilità– requisito soggettivo rimproverabilità dell'amministrazione –gravità del vizio – quantificazione del risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale – perdita di chance

Indice: 1. *Aspetti generali*- 2. *Le questioni di diritto: la natura della responsabilità della pubblica amministrazione verso un tertium genus*- 3.*La rimproverabilità dell'amministrazione e l'individuazione dell'errore scusabile* - 4. *I profili risarcitori e probatori*

1. Aspetti generali

La sentenza del Consiglio di Stato, sez.VI, 27 giugno 2013, n. 3521 presenta aspetti di rilievo, in quanto affronta in modo innovativo la questione della natura e dei presupposti della responsabilità della pubblica amministrazione e del conseguente obbligo di risarcimento in riferimento alle singole voci relative al danno patrimoniale e non patrimoniale.

La pronuncia in esame prende vita da una vicenda processuale, articolata in differenti fasi processuali, che ha inizio con un giudizio negativo, espresso dalla commissione in sede concorsuale nei confronti di un aspirante al ruolo di professore associato. Quest'ultimo ha contestato l'illegittimità della procedura selettiva per inosservanza dell'art. 44 del Decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica), secondo cui «*non possono fare parte delle commissioni coloro che siano stati membri della commissione di concorso associato immediatamente precedente per lo stesso raggruppamento di discipline*».

Il Consiglio di Stato, ha affrontato la questione ancora aperta, relativa alla natura della responsabilità da attività provvidenziale della pubblica amministrazione. Al riguardo, il collegio giudicante, in accoglimento dell'appello proposto dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha richiamato un precedente del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, secondo cui “*la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale*

¹ Il testo integrale è consultabile in www.giustizia-amministrativa.it.

*non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile*².

Al riguardo, il collegio giudicante ha aderito all'orientamento giurisprudenziale, che richiede la sussistenza di un vizio 'grave', per la configurabilità di una responsabilità della pubblica amministrazione. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha tipizzato le situazioni in cui è configurabile un errore scusabile, in grado di escludere la responsabilità della pubblica amministrazione nell'emanazione di un atto illegittimo. Al fine dell'accoglimento di una domanda risarcitoria, afferente all'emanazione di un provvedimento illegittimo, è necessaria una "*verifica (da parte del giudice amministrativo, sulla base della documentazione acquisita) della rimproverabilità dell'amministrazione.*".

In considerazione di tali argomentazioni, nel caso di specie, il Consiglio di Stato non ha rilevato una colpevolezza nell'attività della pubblica amministrazione e, dunque, la responsabilità della stessa, per la sussistenza di incertezze interpretative in ordine all'ambito applicativo della normativa sopra indicata.

2. Le questioni di diritto: la natura della responsabilità della pubblica amministrazione verso un tertium genus

In via preliminare, il collegio ha affrontato la vexata quaestio, relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione in relazione alla procedura di selezione, i cui atti sono stati oggetto d'impugnativa.

Secondo il Consiglio di Stato, "*la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile (Consiglio di Stato, VI, 14 marzo 2005, n. 1047)*".

Il Collegio perviene a tale conclusione dopo avere distinto la responsabilità extracontrattuale da quella contrattuale.

La prima, prevista dall'art. 2043 cod. civ., "*presuppone che l'agente non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata*". A tale stregua, la norma prevede una clausola generale da cui discende l'osservanza del dovere generale del neminem laedere "*a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica*". Sin dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite del 22 luglio 1999 n. 500, confermata dalla giurisprudenza successiva la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi è stata inquadrata nell'ambito dell'art. 2043 c.c.³.

Un diverso orientamento dottrinario ha espresso delle soluzioni differenti, fondate sugli istituti del diritto civile. Una prima impostazione pone al centro il rapporto sussistente tra l'amministrazione ed il cittadino ed individua una

² Si v. Consiglio di Stato, VI, n. 1047 del 2005, in Urb.app., 2005, 1060, nota di L. Garofolo, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*.

³ Si v. R.Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1993, 326; R.Chiappa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in Dir. proc. amm., 2003, 683; G.Corsò, *Intervento al convegno, La tutela risarcitoria delle situazioni giuridiche soggettive, alla luce della recente sentenza della Cassazione (Roma, novembre 1999)*, in Riv. giur. pubbl. servizi, 2000, pag. 47.

responsabilità per inadempimento degli obblighi nascenti dal procedimento. Secondo tale impostazione *“l'applicazione dello schema obbligatorio al rapporto procedimentale include il provvedimento”*⁴, espressione di una pretesa del privato e di un'obbligazione della p.a., il cui inadempimento dà diritto al risarcimento del danno.

Tuttavia, tale impostazione, seguita anche da parte della giurisprudenza amministrativa, non è stata seguita da altre decisioni, secondo cui non si può inquadrare ogni situazione di responsabilità della pubblica amministrazione, nell'alveo dei rapporti obbligatori⁵. Inoltre, si rilevano altri aspetti critici per il privato, quali l'accertamento dell'elemento soggettivo e la determinazione dei danni risarcibili. A tale stregua, secondo il collegio nella decisione in esame, l'espressione impiegata è *“una sineddoche, anche dalla legge o da contatto tra le parti che può generare un rapporto contrattuale di fatto”*.

Quanto espresso, si collega all'orientamento espresso da parte della dottrina tedesca e da alcune pronunzie della Corte di Cassazione in materia di responsabilità dei servizi sanitari e degli esercenti le professioni mediche, che ha configurato un'altra forma di responsabilità, qualificata *«da contatto»*⁶. Secondo tale orientamento, per un verso tra la pubblica amministrazione e la parte lesa non è rinvenibile l'estraneità giuridica tipica della responsabilità extracontrattuale, che prescinde dall'esistenza di un previo legame di natura obbligatorio⁷. Per altro

⁴ Si v. F. Trimarchi Banfi, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009, 40 e D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁵ Ad es. Cassazione, Sezioni Unite, 23 aprile 2004, n. 7733, in Giust. Civ., 2004, I, 2000; Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, Urb.app., 2005, 825, nota di A. Mandarano, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, Giur.it., 2004, 416, nota di S. Rodriguez, *Dopo la sentenza «figlia» della 500/1999/SU, l'intervento del Consiglio di Stato*.

⁶ A livello dottrinario, la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è entrata in crisi, in quanto *“(...) è parsa ad un tempo arbitraria ed inesatta”* e *“sfumata”*, si v. G. Alpa, *La responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, pag. 17. In particolare, tale autore rileva come *“(...) l'obbligazione contrattuale tende a considerarsi come struttura complessa e pertanto coinvolge anche obblighi accessori; nel contempo la responsabilità civile tende a coinvolgere anche fenomeni contrattuali”*. Si v. F. Ferrari, *Responsabilità civile e danno (note comparative in occasione di una recente pubblicazione)*, in *Contratto e Impresa*, Cedam, Padova, 1993, n. 1, pag. 315, rileva un'interazione tra illecito contrattuale ed extracontrattuale ed effettua un confronto con l'ordinamento americano, che pur essendo *“impernato sul principio di tipicità dell'illecito civile”* presenta una *“distinzione tra contract e tort (...) labile ed ondivaga”*. Tali criticità sono rinvenute anche nell'ordinamento francese, ove *“nei manuali più accreditati si mette in guardia il lettore dalle illusioni di una classificazione tanto precisa quanto poco utilizzabile”*, si v. Alpa, cit.

⁷ Si v. C. Castronovo, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus* 1998, 653.; F. Protto, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 216; Id., In riferimento alla L. 11 febbraio 2005, n. 15, si v. A. Mandarano, *La colpa della p.a. nel danno da provvedimento*, in *Danno resp.*, 2005, 833 s.; Tale orientamento è stato seguito in Spagna: L. Meina Alcoz, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2005, in part. 225 ss. La teoria, accolta da Cass., 19 novembre 2002, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78, nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale*, e da Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Danno resp.*, 2001, 1211, nota di M. Passoni, *Responsabilità per «contatto» e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*; in *Resp. civ. prev.*, 2001, 956, nota di S. Verzaro, *L'azione di risarcimento del danno verso la pubblica amministrazione*. Il «contatto amministrativo» convince

verso, tale impostazione individua il fondamento normativo del «contatto» tra cittadino e pubblica amministrazione, nella legge 7 agosto 1990, n. 241, che consente ai privati di partecipare al procedimento amministrativo⁸. Sul piano processuale, tale ricostruzione presenta un vantaggio probatorio per il privato, in quanto consentirebbe di superare le criticità relative alla prova dell'elemento soggettivo della colpa del danneggiante, in virtù dell'applicazione dell'art. 1218 del codice civile⁹. A seguito delle criticità emerse dall'applicazione di tali categorie civilistiche, un orientamento dottrinario ha individuato “un tipo nuovo di responsabilità, che tenga conto delle peculiarità del rapporto pubblicistico dal quale essa nasce, ritenendo che non ci sia una regola codicistica che riguardi questa specie di responsabilità”¹⁰. Secondo l'orientamento espresso dal collegio, “la responsabilità della pubblica amministrazione ha natura speciale non riconducibile ai modelli normativi di responsabilità sopra indicati”¹¹. In precedenza, tale impostazione era stata espressa da parte della dottrina, che in adesione ad un orientamento giurisprudenziale risalente agli anni 40, aveva individuato un “nuovo microsistema di responsabilità dell'amministrazione», ossia una responsabilità della pubblica amministrazione «sganciata» dal codice civile, attraverso un richiamo al

il Consiglio di Stato: effetti sulla prova della colpa dell'amministrazione; in Giust. civ., 2002, I, 2673, nota di S. Morelli, *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o contrattuale da contatto sociale?*. In riferimento all'obiter dictum espresso da Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in Foro It., 2003, I, 78, nota di F. Fracchia, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in Resp. civ. prev., 2003, 735, nota di E. Rolando Perin, *Ancora un passo avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*.

⁸ Sulla legge di riforma si v. R. Carata, L. Ferrarsi, S. Rodriguez, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005.

⁹ Si v. G. Alpa, *La lesione di interessi legittimi: poche certezze, molti dubbi*, in Resp. civ. prev., 2004, 642, secondo cui tale teoria è rilevante ai fini della valutazione dell'elemento soggettivo; R. Chieppa, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in Dir..proc.amm., 2003, 705.

¹⁰ Si v. 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. Uno dei principali assertori di un modello autonomo di responsabilità della p.a., si v. L. Garofalo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in Dir. amm., 2005, 1, 1 ss.

¹¹ In dottrina, si v. C. Cacciavillani, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, nota a T.A.R. Sicilia, Catania, 18 gennaio 2000, n. 38, e T.A.R. Lombardia, Milano, 23 dicembre 1999, n. 5049, in GC, 5, 2000, 1573, secondo cui la lesione dell'interesse legittimo “può essere individuata con aderenza ai nuovi principi giuspubblicistici solo se si riesce ad uscire dal condizionamento classico della bipartizione delle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali, che male s'attaglia al rapporto pubblicistico”. In merito alla natura della responsabilità derivante da illegittima emanazione del provvedimento autoritativo, si v. L. Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in www.giustizia-amministrativa.it.2007, 1 rileva che “Per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo: non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale (...); non è assimilabile alla condotta di chi (...) cagioni un danno ingiusto (...”).

Decreto Legislativo del 30 marzo 1998, n. 80, e successive modificazioni e integrazioni¹².

Una parte della giurisprudenza amministrativa, pur negando l'applicabilità dello *“schema del rapporto privatistico”*, avverte la necessità *“(...) di una disciplina propria che sia modellata sulle caratteristiche proprie di questa responsabilità”*, al fine di semplificare taluni aspetti processuali¹³. Alcune conseguenze di tale impostazione hanno inciso in merito alle modalità di liquidazione del danno, attraverso l'applicazione delle presunzioni semplici ex art. 2727 e 2729 c.c. e delle percentuali fisse, al fine di semplificare l'onere della prova a carico del ricorrente e l'attività istruttoria del giudice amministrativo.¹⁴

Una parte della dottrina, di segno opposto, rileva come tali criticità potrebbero condurre *“a chi tratta di sottrarsi in buona fede al vincolo giuridico prima della conclusione del contratto”*. A tale stregua, un orientamento dottrinario ha rilevato *“come tali criticità possano essere agevolmente risolte in altri modi che non implicano la creazione di nuove categorie”*¹⁵. In tale contesto, si condivide con quanto espresso da parte della dottrina che attribuisce un *“ruolo determinante”* all'attività dell'interprete¹⁶.

Il collegio perviene a queste conclusioni attraverso le seguenti argomentazioni. In primo luogo, rispetto alla responsabilità civile, quella in esame presuppone che il comportamento illecito si inserisca

¹² Si v. A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in Dir. Amm., 2001, 20; R. Caranta, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993, 44 ss; L. Garofolo, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in Dir. amm., 2005, 16 s.

¹³ Si v. T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 21 aprile 2006, n. 391, FA TAR, 2006, 10, 3175. Secondo Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1346, UA, 2007, 5, 653, secondo cui *“Le esigenze di semplificazione probatoria possono essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela (...).”*

¹⁴ Si v. G. M. Racca, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, rileva l'adeguatezza di tale modello nell'ipotesi di responsabilità nella scelta del contraente da parte di una stazione appaltante: Cons. Stato, *Ad. Plen.*, 5 settembre 2005, n. 6, in *Urb.app.*, 2006, 72, con note di I. Franco - E. Raganella, *La responsabilità precontrattuale della p.a. nei «lavori in corso» per l'assestamento dei criteri di riparto della giurisdizione, per i casi nei quali il comportamento dell'amministrazione non è qualificabile in termini di illegittimità*. Si v. Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urb.App.*, 2003, 566, nota di R. Caranta, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*.

¹⁵ Si v. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, cit., secondo cui *“le condivisibili esigenze di semplificazione probatorie [...] possono essere parimenti soddisfatte restando all'interno dei più sicuri confini dello schema e della disciplina della responsabilità aquiliana, che rivelano una maggiore coerenza della struttura e delle regole di accertamento dell'illecito extracontrattuale con i caratteri oggettivi della lesione di interessi legittimi e con le connesse esigenze di tutela, ma utilizzando, per la verifica dell'elemento soggettivo, le presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c.”*

¹⁶ Si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici. Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, parte IV, capo qu 10.1, pag. 194; C. Cacciavillani, *Il risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo*, nota a T.A.R. Sicilia, Catania, 18 gennaio 2000, n. 38, e T.A.R. Lombardia, Milano, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *GC*, 5, 2000, 1573, secondo cui tale *“responsabilità sui generis”* è *“regolata da principi propri che devono essere enucleati dall'interprete”*.

nell'ambito di un procedimento amministrativo. L'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve osservare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione. L'esercizio del potere autoritativo «non è assimilabile alla condotta di chi con un comportamento materiale o di natura negoziale – cagioni un danno ingiusto a cose, a persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori erga omnes dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli articoli 2043 e ss. del codice civile)»¹⁷.

In secondo luogo, rispetto alla responsabilità contrattuale, sono diverse le posizioni soggettive a confronto: da un lato, dovere di prestazione (o di protezione) e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o diritto soggettivo.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il collegio rileva “la peculiarità dell'attività amministrativa, che deve svolgersi nel rispetto di regole procedurali e sostanziali a tutela dell'interesse pubblico rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima”¹⁸.

Occorre rilevare che tale impostazione ermeneutica è stata oggetto di critiche da parte della dottrina che ha rilevato come “la creazione di categorie sui generis, se non strettamente necessaria, va contro il principio di semplicità; in qualche caso, anche contro i principi fondamentali dell'ordinamento, quali quello di legalità e di certezza del diritto”¹⁹.

¹⁷ Si v. Cons. Stato, VI, n. 1047 del 2005, cit., punto 18.1 della motivazione, secondo cui «nel diritto pubblico e per il caso di lesione arrecata all'interesse legittimo, si è in presenza di una peculiare figura di illecito, qualificato dall'illegittimo esercizio del potere autoritativo (il che preclude che possa essere senz'altro trasposta la summa divisio tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale, storicamente affermatasi nel diritto privato). Infatti, per ragioni ontologiche, storiche, normative e istituzionali, l'esercizio del potere autoritativo: a) non è assimilabile alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, caratterizzato da diritti, obblighi o altre posizioni tutelate dal diritto privato (la cui tutela è prevista dagli artt. 1218 ss. del c.c.); b) non è assimilabile alla condotta di chi - con un comportamento materiale o di natura negoziale - cagioni un danno ingiusto a cose, persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori erga omnes dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli artt. 2043 ss. Del c.c.)».

¹⁸ Secondo il Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, cit., punto 18.1, le norme processuali previste nell'art. 35 del d.lgs. 30 marzo 1998, n. 80, avrebbero «attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo, verificando anche se - nel caso al suo esame - un principio affermatosi nel diritto privato risulti compatibile con quello da applicare dal diritto pubblico (in ragione delle regole organizzative, sostanziali e procedurali che l'Amministrazione è tenuta a rispettare, nonché delle regole che caratterizzano il processo amministrativo)».

¹⁹ Si v. Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, *il Rasoio di Occam, la responsabilità della pubblica amministrazione*, nota di R. Caranta, in Urb. App., n. 2 del 2006, pag. 193, secondo cui “è certamente dubbia la compatibilità con i principi di legalità e di certezza del diritto di una simile ricostruzione di un diritto della responsabilità interamente disponibile, caso per caso, dal giudice amministrativo, e quindi del tutto arbitrario. Ne è la prova la soluzione data dalla sentenza in discorso alle questione dell'elemento soggettivo della responsabilità. Secondo l'autore “Il moltiplicarsi delle categorie della responsabilità non è accettabile dal punto di vista logico e non serve a risolvere i problemi della pratica. Aumenta solo la confusione”. Jus enim simplex est et rerum causis superfluis non luxuriat. O, se si preferisce (...), keep it simple!. Si v. L. Garofolo, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, nota a Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo, 1047, in Urb.app., cit., 1060 .

3. La rimproverabilità dell'amministrazione e l'individuazione dell'errore scusabile

Nelle situazioni di lesione dell'interesse legittimo, il Consiglio di Stato ha individuato i seguenti elementi costitutivi della responsabilità della pubblica amministrazione, quali l'elemento oggettivo; l'elemento soggettivo (la 'rimproverabilità'); il nesso di causalità materiale o strutturale; il danno ingiusto, quale lesione della situazione giuridica soggettiva. In particolare, il collegio giudicante nella sentenza in commento si è soffermato sull'elemento soggettivo della colpevolezza.

Per quanto riguarda la sussistenza della responsabilità della pubblica amministrazione, la giurisprudenza amministrativa, ritiene sulle orme tracciate dalla sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, che sia necessario l'accertamento della colpa dell'amministrazione. A tale stregua, tale orientamento giurisprudenziale ha chiarito, che non è sufficiente l'emanazione di un atti illegittimo per imputare una responsabilità in capo alla Pubblica Amministrazione in quanto²⁰. Invero, a seguito dell'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa, sarà onere della Pubblica Amministrazione provare l'assenza di colpa o l'errore scusabile in cui è incorsa. Tale errore è individuabile nelle situazioni di contrasti giurisprudenziali, oscurità normative, complessità dei fatti, ed in condotte dei terzi. Secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, la colpa oggetto di accertamento processuale, assume una connotazione oggettiva e diventa una "*violazione grave e manifesta*", al pari quanto espresso dalla Corte di Giustizia nelle ipotesi di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario²¹.

A tale stregua, secondo il collegio giudicante "*Devono, pertanto, essere mantenute separate le regole di validità dell'atto dalle regole di responsabilità*"²².

²⁰ In senso contrario, parte della dottrina aveva osservato che "[u]na delle conseguenze della concezione, per cosi` dire, psicologica e` l'irresponsabilità della pubblica amministrazione nell'ipotesi di errore scusabile del funzionario; di contro si osserva che l'errore scusabile, se puo` avere efficacia scriminante quanto alla responsabilità della persona fisica dell'organo, tale effetto non puo` avere nei confronti della diretta responsabilità della pubblica amministrazione per la sua attivita` provvedimentale, ove la colpa non e` dissociabile dalla violazione delle regole di esercizio della funzione", si v. E.Scoditti, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in Foro it., 1994, I, 1860. Essa è riproposta da G. Alpa, *Il revirement della Corte di cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in Nuova giur.civ. comm., 1999, II, 920, secondo cui «dimostrata la violazione perpetrata dalla p.a., si potrebbe convenire sulla conclusione che e` la violazione in se` che comporta la responsabilità dell'amministrazione».

²¹ Si v. Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 483, nota di R.Caranta, *Diritto UE e diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*, in Urb.app., 2012, 969. La natura della responsabilità per violazione del diritto UE, se colposa od oggettiva, è stata oggetto di rilievi, simili a quelli espressi dalla dottrina italiana in merito alla responsabilità contrattuale ed al rapporto tra gli artt. 1218 e 1177 del Codice civile.

²² Si v. G. Vacirca, *Appunti sul risarcimento del danno nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in Giust. civ., 2001, I, 356 ss., il quale ritiene che il riferimento alle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione abbia il significato di far ritenere rilevanti ai fini della responsabilità solo taluni vizi (ad esclusione dei vizi formali e procedimentali).

In particolare, la pronunzia in esame afferma che *“Quando è proposta una domanda risarcitoria a seguito dell’emanazione di un provvedimento autoritativo risultato illegittimo, il suo accoglimento è subordinato alla verifica (da parte del giudice amministrativo, sulla base della documentazione acquisita) della rimproverabilità dell’amministrazione”*²³. Dalla casistica emerge come la giurisprudenza amministrativa richieda la sussistenza di un vizio ‘grave’, in considerazione anche della valutazione della natura, formale o sostanziale, della violazione commessa e l’eventuale presenza di una pluralità di destinatari dell’atto illegittimo.

Al riguardo, parte della dottrina ha espresso quale *“modello di riferimento”* della responsabilità per attività illegittima ai parametri espressi dalla giurisprudenza comunitaria nel caso *Brasserie du pe’cheur e Factortame III*²⁴, relativa alla responsabilità di organi nazionali o istituzioni comunitarie per inosservanza della normativa europea. A livello di giurisprudenza europea, condivisa dalla nostra giurisprudenza, tale responsabilità è ricondotta nell’ambito della responsabilità extracontrattuale, soltanto in presenza di una violazione grave²⁵.

Un’eccezione a quanto espresso è presente nel settore degli appalti pubblici, in cui la Corte di Giustizia ha, invece, sancito il principio della sovrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità (sentenza 30 settembre 2010). Non rileva, pertanto, ai fini della configurabilità della responsabilità della stazione appaltante, l’elemento soggettivo della colpevolezza²⁶. La giurisprudenza europea, imponendo il rispetto di tale

²³ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, cit., punto 18.2 ritiene il requisito della colpevolezza «indefettibile per accertare una responsabilità in assenza di una contraria determinazione del legislatore».

²⁴ Si v. Corte Giust. CE, 5 marzo 1996 in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pe’cheur e Factortame III*, in Foro it., 1996, IV, 321, nota di G. Catalano, Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo; in Foro amm., 1997, 3, nota di R. Caranta, Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario; in Resp. Civ. Prev., 1996, 1123, nota di S. Tassone, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in materia di responsabilità del legislatore nazionale per violazione del diritto comunitario*. In senso critico, si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, parte IV, capo qu 10.2, pag. 194, rileva le differenze *“perchè la responsabilità dello Stato dovrebbe interessare il potere legislativo, mentre la responsabilità per lesione di interessi legittimi riguarda l’esercizio del potere esecutivo”*.

²⁵ Cfr. punti 76 ss. della motivazione. Ad es. W. Van Gerven, J. Lever - P. Larouche, *Tort Law*, Oxford, Hart, 2000; F. Fines, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté Economique Européenne*, Paris, LGDJ, 1990, i contributi in D. Fairgrieve - M. Andenas - J. Bell (edds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002.

²⁶ Questo orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833; Id., 8 novembre 2012, n. 5686, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. Corte Giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, in Urb.app., 2005, 36, nota di M. Protto, Per il diritto europeo la responsabilità della pubblica amministrazione non richiede la prova dell’elemento soggettivo e quindi non è subordinata alla dimostrazione del dolo o della colpa dell’amministrazione nel caso di violazione di disposizioni comunitarie in materia di appalti, con il diritto comunitario. Tale orientamento è coerente con la decisione emessa in riferimento al caso *Brasserie du pe’cheur e Factortame III*, in Corte Giust. CE, 5 marzo 1996 in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pe’cheur e Factortame III*, in Foro it., 1996, IV, 321, nota di G. Catalano, Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo; che non ha richiesto la dimostrazione della colpa, intesa in senso soggettivo, per fondare la responsabilità di organi nazionali o istituzioni comunitarie che abbiano disatteso norme del diritto europeo. Per quanto riguarda la responsabilità dello Stato per inosservanza del Diritto Comunitario,

interpretazione, ha derogato al principio generale che, in ossequio alla regola dell'autonomia processuale degli Stati membri, demanda ad essi di stabilire gli elementi costitutivi delle singole azioni proponibili nel processo.

La deroga si giustifica in osservanza dei principi a tutela della concorrenza e dunque dei valori sottesi di libera circolazione delle persone e delle merci. In tal modo, si persegue il fine che nel settore degli appalti gli operatori economici non incontrino ostacoli all'accesso al mercato in ragione delle modalità di tutela assicurate nei singoli Stati membri. La ragione giustificativa della deroga, connessa al settore dei contratti pubblici, impedisce che l'orientamento della Corte di giustizia sia suscettibile di generalizzazione mediante applicazione anche in altri ambiti del diritto pubblico.

A questo punto dell'analisi, giova individuare le situazioni, in cui è configurabile un errore scusabile, che come tale esclude la configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione. Nel giudizio di prevedibilità o evitabilità dell'errore scusabile, secondo un orientamento espresso dalla dottrina occorre considerare *"la condizione soggettiva dell'agente, per paragonarla a quella di un ideale agente-modello che ponga in essere una certa attività"*. In particolare riferimento all'attività della pubblica amministrazione, è necessario considerare il ruolo di *"soggetto chiamato ad applicare le norme per realizzare il pubblico interesse:(...), sicché dovrebbe pretendersi una rigorosità massima"*²⁷. Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa ha tipizzato le situazioni, in cui si può ritenere che l'emanazione dell'atto illegittimo sia stata determinata da un errore scusabile. In particolare, secondo il costante espresso dalla giurisprudenza amministrativa rinviene gli estremi dell'esimente da responsabilità nell'esistenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; di una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; di una rilevante complessità del fatto ed in un'illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata²⁸

Ai fini della nostra analisi, si rileva come le più frequenti situazioni di configurabilità dell'errore scusabile riguardano le questioni di applicazione delle norme giuridiche, derivanti da difficoltà interpretativa che ha determinato la violazione normativa.

²⁶ L'orientamento prevalente della dottrina rileva una responsabilità extracontrattuale. F. Fines, *E' tude de la responsabilite' extracontractuelle de la Communauta' Economique Europe'enne*, Paris, LGDJ, 1990, nonché i contributi raccolti in D. Fairgrieve - M. Andenas - J. Bell (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, BIICL, 2002, ed ivi, 132, in part. W. Van Gerven, *The Emergence of a Common European Law in the Area of Tort Law: The EU Contribution*.

²⁷ Si v. S. Ruscica, *Colpa della pubblica amministrazione*, in *Digesto*, 2008, UTET; Goggihamani, *Colpa dell'amministrazione ed errore scusabile*, nota a T.A.R. Campania, sez. II Napoli, 7-2-2002, n. 733, Foro amm. Tar, 2002, 2, 633.

²⁸ Tale orientamento espresso dal Consiglio di Stato, Sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 febbraio 2013, n. 798; Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in www.giustizia-amministrativa.it si pone in linea con quanto espresso dalla Corte di Giustizia, in merito di *"violazione grave e manifesta"*.

In riferimento a quest'ultime, l'errore scusabile dell'amministrazione è individuato nelle ipotesi di discrasie tra pronunce del Consiglio di Stato, o il contrasto tra quest'ultimo ed il T.A.R. o nelle situazioni di assenza di pronunce relative ad una fattispecie oggetto di un giudizio.

Tuttavia, si è osservato come tale interpretazione può creare delle criticità, relative all'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Invero, si è osservato come in tale giudizio si fonda anche su valutazioni soggettive, che possono variare dall'organo giudicante che le compie. Tuttavia, una parte della dottrina, non ha condiviso l'impostazione fondata sulla responsabilità oggettiva della Pubblica amministrazione, in quanto l'inammissibilità di una prova contraria, farebbe gravare soltanto sul privato l'interpretazione di una normativa di incerta comprensione²⁹.

A seguito, di tali considerazioni, il collegio giudicante ha valutato come, *“nella fattispecie, in esame il Ministero (e non anche l’Università che è estranea a questa parte della vicenda) abbia tenuto un comportamento colposo o rimproverabile e dunque abbia posto in essere una violazione grave delle norme di disciplina della sua azione”*. L'art. 44 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica) ha previsto che *«per ciascun raggruppamento di discipline è nominata, con decreto del Ministro della pubblica istruzione, una commissione giudicatrice composta da cinque membri effettivi e da altri cinque membri per eventuali surroghe in caso occorra sostituire un membro effettivo»*, stabilisce che *«non possono far parte delle commissioni coloro che siano stati membri della commissione del concorso associato immediatamente precedente per lo stesso raggruppamento di discipline»*. La ratio della disposizione è di evitare una cristallizzazione nella composizione delle commissioni, che potrebbe favorire una determinata scuola scientifica.

Il Consiglio di Stato, con parere 11 gennaio 1984, n. 32, su richiesta del Ministero, ha individuato le situazione di fatto, che possono portare a ritenere variato o immutato il raggruppamento. In particolare, *«il concetto di stesso raggruppamento ricomprende, oltre il caso di perfetta identità tra gli insegnamenti inclusi nei due gruppi presi in considerazione, anche l'ipotesi in cui il nuovo gruppo risulti dalla somma di tutti gli insegnamenti inclusi in un gruppo precedente e di altri di nuova istituzione»*. L'aggiunta di discipline di nuova istituzione, per le quali non esistono professori di ruolo, non incide sull'elettorato. Lo stesso parere rileva la diversità nel caso in cui un nuovo raggruppamento derivi dalla fusione o scissione di precedenti gruppi³⁰. Nella fattispecie in esame, un professore aveva fatto parte sia della commissione relativa al concorso relativo al gruppo *«258 Economico estimativo»* nel 1984 sia della commissione relativa al raggruppamento, che rileva in questa sede, *«G010 Economico estimativo»* nel 1990. In sede di giudizio di primo grado, il Tar, dopo avere disposto una istruttoria con ordinanza n. 3522 del 1998, ha accolto il ricorso, rilevando la sostanziale

²⁹ Si v. C. Papetti, *Colpa della p.a.: la soglia dell'errore scusabile*, Foro amm.Tar, 2005, 11, 3726.

³⁰ In senso analogo Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 ottobre 1994, n. 1475, in www.giustamm..it

identità dei due raggruppamenti, in quanto il Ministero avrebbe modificato la sola denominazione di alcuni insegnamenti e raggruppato in un'unica disciplina un insegnamento frazionato in quattro. In sede di appello, con decisione interlocutoria 31 marzo 2005, n. 1362, il Consiglio di Stato ha chiesto alla direzione del Ministero dell'Università e della Ricerca scientifica una documentata relazione relativa alla composizione analitica dei raggruppamenti oggetto delle due tornate concorsuali (G 010 e 258), in particolare affermando che: «*la relazione dovrà chiarire la rispettiva collocazione delle tre materie indicate nel gravame proposto dal ministero («Pianificazione ed organizzazione territoriale», «Tecnica amministrativa e contabilità dell'azienda agraria» e «Tecnica commerciale dei prodotti agricoli»), e il peso relativo dei corrispondenti elettorati in relazione a quello assoluto proprio di ciascuno dei due raggruppamenti; dovrà indicare la posizione dei docenti nominativamente indicati nel ricorso del Ministero».*

Il Consiglio di Stato, dopo avere rilevato che la controversia non coinvolgeva problemi interpretativi essendo una «questione di fatto», ha rigettato l'appello, non ritenendo convincente la «seconda risposta istruttoria», in quanto: 1) non era stato chiarito, come richiesto, il peso relativo dei corrispondenti elettorati in relazione a quello assoluto proprio di ciascuno dei due raggruppamenti; 2) non era stata precisata la variazione che i due raggruppamenti avevano subito; 3) alcune materie di insegnamento (quelle specificate dal ministero per dimostrare la diversità dei due raggruppamenti) avevano mutato solo denominazione.

La sentenza d'appello ha concluso ritenendo che «*nessuna variazione significativa è intervenuta nella composizione dei due raggruppamenti*».

Al punto 4.1 il collegio giudicante rileva «*come non possa ritenersi che la violazione – effettuata in sede di giustizia amministrativa sulla base di una valutazione complessa e opinabile – sia stata grave, sia guardando al contenuto precettivo della norma, sia guardando alla situazione di fatto*

In relazione al primo aspetto, le difficoltà interpretative poste dalla disposizione in esame hanno indotto l'amministrazione a chiedere un parere al Consiglio di Stato, che ha individuato la sussistenza di singole ipotesi riconducibili nell'ambito applicativo della disposizione. Inoltre, la composizione della commissione di concorso, come risulta dal decreto ministeriale di indizione del concorso, è stata effettuata in conformità al parere reso dal Consiglio universitario nazionale.

In relazione al secondo aspetto, la complessità della vicenda derivava dalla circostanza che non vi fosse identità tra i due raggruppamenti, ma una diversità tale da richiedere un accertamento istruttorio. Nel primo e nel secondo grado di giudizio, per stabilire se tali diversità potessero o meno rientrare nella griglia, indicate dal Consiglio di Stato, nel citato parere l'organo giudicante ha ritenuto rilevanti, anche se poi nel corso del giudizio, in un'ottica di tutela dell'interessata risultata inidonea nel corso del procedimento e per consentirle di essere rivalutata – i giudici hanno ritenuto che il prof. Cassano non avrebbe dovuto far parte della commissione.

Infine, rileva sul piano della rimproverabilità del comportamento, che la violazione commessa avesse natura formale e incidesse su una pluralità

di destinatari. Al riguardo, il collegio rileva che *“L'illegittimità (...) non si è diretta contra personam, né è stata la conseguenza di un esercizio anomalo, deviato o persecutorio del potere pubblico (ciò che avrebbe senz'altro comportato anche in questa sede l'accertamento delle relative responsabilità): più semplicemente, e come sovente avviene nel diritto pubblico, l'amministrazione ha interpretato la normativa applicabile (concernente un atto infraprocedimentale) in modo diverso da quanto ha poi ritenuto corretto il giudice amministrativo”*.

Inoltre, la composizione della commissione di concorso è stata considerata illegittima in sede giurisdizionale, anche se il commissario risultato incompatibile avesse espresso un giudizio positivo nei confronti dell'appellata, ciò conferma secondo il collegio che *“sotto nessun profilo sono rimproverabili le amministrazioni appellanti”*. A tale stregua, gli appelli principali sono stati accolti.

4. I profili risarcitori e probatori

A completamento di quanto esposto, occorre analizzare un altro profilo di rilievo relativo all'onere probatorio, ad oggetto l'errore scusabile della pubblica amministrazione.

In particolare riferimento alla prova relativa alla scusabilità dell'errore, nelle ipotesi di interpretazione controversa della normativa, parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa hanno espresso come *“il profilo probatorio resta in larga parte assorbito dalla quaestio iuris, che il giudice risolve autonomamente con i propri strumenti di cognizione in base al principio iura novit curia”*³¹. Tale impostazione intende superare lo svantaggio processuale del ricorrente, che *“non dovrà fornire una plena probatio circa l'inequivocità e la assoluta chiarezza della normativa da applicarsi al caso di specie, ovvero del carattere vincolato dell'azione provvedimentale pubblica, ma solo, al limite, allegarla”*.

I tasselli della vicenda esposta si ricompongono in riferimento al risarcimento del danno da perdita di chance³². Al riguardo, il profilo della rimproverabilità della pubblica amministrazione, sopra esposto ha delle

³¹ Si v. S. Ruscica, *Colpa della pubblica amministrazione*, in Digesto, 2008 e Consiglio di Stato, sez. VI, 3.4.2007, n. 1514. In particolare, T.A.R. Calabria - Catanzaro, sez. II, 25-6-2007, n. 855, Foro amm. TAR, 2007, 6, attribuisce al giudice il compito di accertare *“se la norma da applicare sia di oscura fattura, di incerta e dubbia esegesi dottrinale e/o giurisprudenziale, anche in relazione alla sua confezione grammaticale e a riconoscere, conseguentemente, la scusabilità o meno dell'errore della pubblica amministrazione; così pure nell'ipotesi di determinazione dell'efficacia di una legge ordinaria nel tempo, ex tunc/ex nunc, e della natura autoesecutiva o meno di una direttiva comunitaria, qualora detti elementi di giudizio abbiano rilevanza al fine della integrazione dell'elemento soggettivo della fattispecie risarcitoria”*.

³² Si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici*, Danni patrimoniali e non patrimoniali, Utet, Milano, 2009, cap. 8.1 e 8.3, pag. 161 e ss., definisce la *“chance”*, quale *“ strumento artificialmente elaborato dalla giurisprudenza e dagli studiosi, per quantificare un danno non altrimenti definibile”*. In particolare, *“La chance”* si definisce quale *“ la perdita della probabilità effettiva di conseguire un risultato utile, come previsto in base a calcoli probabilistici o per via presuntiva”*. Secondo l'autore *“l'attività illegittima della pubblica amministrazione può determinare sia una perdita patrimoniale immediata e diretta del danneggiato, sia l'impossibilità di conseguire ulteriori utilità, che sarebbero entrate a far parte del patrimonio”*.

conseguenze in merito all' accoglimento della richiesta risarcitoria dell'appellante.

Al riguardo, al punto 5.3. della sentenza in esame, l'appellante incidentale ha assunto l'erroneità della sentenza per non avere il primo giudice riconosciuto, il danno da perdita di chance, da determinarsi in via equitativa, per non avere potuto partecipare ai momenti decisionali della vita accademica e al concorso per diventare professore di prima fascia ed il danno biologico nella maggiore misura determinata correttamente dalla perizia di parte depositata in giudizio ed infine il danno esistenziale in una misura superiore al 20%³³.

Il Consiglio di stato non ha ammesso la richiesta di risarcimento del danno da perdita di chance, in quanto ha rilevato l'infondatezza dei motivi dell'appello, in base alle seguenti argomentazioni³⁴. In primo luogo, il collegio rileva che *"Il mancato perfezionamento, sul piano della fattispecie, del fatto lesivo per mancanza della colpevolezza comporta la impossibilità di configurare conseguenze pregiudizievoli patrimoniali e non patrimoniali addebitabili all'amministrazione. L'assenza di un comportamento rimproverabile anche in ambito processuale da parte dell'amministrazione rende priva di fondamento la domanda risarcitoria proposta"*.

Al punto 6, il collegio rileva come non sussista alcun danno da perdita di chance risarcibile in quanto l'appellata ricorrente in primo grado ha ottenuto una tutela effettiva a seguito dell'esito positivo dell'originario

³³ Si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, cap. 8.4, pag. 163e ss., L'autore rileva come la chance è applicata dalla giurisprudenza amministrativa con dei limiti, a seguito della distinzione tra chance risarcibile, ossia quale *"mera possibilità di conseguire l'utilità sperata"* e chance irrisarcibile, quale *"mera possibilità di conseguire l'utilità sperata"*. Secondo Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323, Foro amm. Cons. Stato, 2006, 9, 2585, *"La chance, ove si configuri quale mera possibilità di ottenere un risultato favorevole, non è idonea ad assumere rilevanza per il mondo del diritto, dando vita ad un interesse di fatto, insuscettibile di ricevere tutela per la propria esigua consistenza"*. Secondo autorevole dottrina e la giurisprudenza di legittimità, *"la chance, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, id est la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale"* (Cass. Civile, sez.III, 4 marzo 2004, n.4440, in *Danno resp. n. 1 del 2005*, pag. 47; *ex pluribus* Cass. 10 novembre 1998, n. 11340; Cass. 15 marzo 1996, n. 2167; Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506). L'orientamento giurisprudenziale afferma che tale danno non può essere considerato *"ipotetico o eventuale (quale sarebbe stato se correlato al raggiungimento del risultato utile), bensì concreto ed attuale (perdita di una consistente possibilità di conseguire quel risultato), non va commisurato alla perdita del risultato, ma alla mera possibilità di conseguirlo. Tale principio è stato espresso nell'ambito del risarcimento del danno subito da un lavoratore dipendente non ammesso dal datore di lavoro a partecipare ad una procedura concorsuale (ex multi, Cass. 19 novembre 1997, n. 11522; Cass. 10 novembre 1998, n. 11340; Cass. 22 aprile 1993, n. 4725).*

³⁴ Secondo parte della dottrina, si v. M. Franzoni, *Risarcimento per lesione di interessi legittimi*, in *Contratto e Impresa*, n.1 del 1993, pag. 290-292, la perdita di chance *"consiste nel vedere sfumare la occasione da concludere un affare vantaggioso dal quale deriverebbero vantaggi economici"* ed il *"(...) danno non può essere pari a quei vantaggi economici perduti, ma deve limitarsi al valore della occasione sfumata in sé; dunque non si configura quale lucro cessante, ma come danno emergente"* ossia *"(...) pari alla perdita patrimoniale dovuta da quell'evento"*. Per un confronto con la casistica giurisprudenziale in Francia, si v. Princigalli, P, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315.

ricorso avverso gli atti, relativi alla valutazione negativa di inidoneità. In tale sede, la statuizione del giudice amministrativo ha riconosciuto la qualifica di professore associato all'esito dell'attuazione di un "accordo transattivo", che ha consentito un'altra valutazione della commissione nominata ad hoc. A seguito di ciò, la ricorrente di I grado con decreto del rettore dell'università, comunque ha ottenuto l'utilità finale ossia la nomina a professore associato con decorrenza retroattiva a partire dal 1° novembre 1992³⁵.

Inoltre, a seguito di tale decisione, l'appellante ricorrente ha ottenuto il riconoscimento del diritto alla determinazione del trattamento economico giuridicamente spettante l'ultimo giorno di servizio, parametrato allo status di professore associato avente anzianità nella qualifica dalla medesima data.

Infine, il Consiglio di Stato non ha riconosciuto all'appellante né il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali connessi alla illegittima composizione della commissione, per l'insussistenza di un comportamento rimproverabile del ministero, né il risarcimento per eccessiva durata della fase di esecuzione, in quanto tale fase, per un verso ha riguardato una sentenza non passata in giudicato, per altro verso nella sentenza passata in giudicato, non sussistono né l'antigiuridicità, né il danno lamentato³⁶.

Avv. Maria Carmen Agnello

³⁵ In merito all'individuazione della chance risarcibile, si v. A. Liberati, *Responsabilità precontrattuale nei contratti pubblici, Danni patrimoniali e non patrimoniali*, Utet, Milano, 2009, cap. 8.4, pag. 165e ss., l'autore rileva come la soglia di rilevanza della chance risarcibile si basa su " (...) un giudizio statistico fondato su un metodo scientifico". In particolare, secondo una sentenza del T.A.R. Veneto Venezia, sez. III, 9 maggio 2007, n. 1457, www.giustiziamministrativa.it distingue la probabilità di riuscita che " (...)deve essere statisticamente valutabile con un giudizio sintetico, che ammetta, con giudizio *ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al cinquanta per cento" dall'ipotesi in cui si riconosca alla pubblica amministrazione una potestà di natura discrezionale, in cui si " (...) elide, nella maggior parte dei casi, la possibilità di com piere un giudizio prognostico in parola in termini di preciso calcolo percentuale, ma non eslude di poter riconoscere una perdita di chance, nella base del grado di approssimazione al bene della vita raggiunto dal ricorrente".

³⁶ In riferimento alla quantificazione del danno non patrimoniale, si v. P. Ziviz, *Il quantum del danno non patrimoniale*, in Danno Resp., n.8-9/2005, pag. 922, secondo cui "Ecco allora che la quantificazione del danno non patrimoniale discenderà dalla combinazione di (...) distinti meccanismi: (a) conversione di una determinata perdita non patrimoniale in una somma di denaro attraverso criteri condivisi di monetizzazione; (b) personalizzazione della somma così ottenuta in considerazione delle caratteristiche della fattispecie concreta".