

LA RESPONSABILITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Intervento programmato
Venezia, 28 settembre 2006

TESTO PROVVISORIO

1. L'oggetto della riflessione: il danno procurato con provvedimenti discrezionali viziati

Data la ricchezza degli argomenti e dei profili problematici compresi nell'area tematica della responsabilità dell'amministrazione, credo sia opportuna un'introduttiva delimitazione di campo, accompagnata dal chiarimento del percorso logico che intendo seguire.

Optando tra le molte questioni dibattute, vorrei spendere qualche considerazione sul danno causato nell'esercizio di poteri discrezionali.

Le numerose indagini comparatistiche dedite alla disciplina dell'illecito degli apparati pubblici attestano che molti ordinamenti – in Europa come altrove – sono propensi a temperare il rigore del regime risarcitorio, in materia di scelte discrezionali (1).

Un saggio emblematico della tendenza è offerto dal diritto comunitario.

E' risaputo che, secondo la Corte di Giustizia, provvedimenti discrezionali contrari alle norme europee valgono a rendere gli Stati o le istituzioni comunitarie civilmente responsabili a condizione che l'autorità sia incorsa in una "violazione qualificata", cioè seria e manifesta.

Tale presupposto non parrebbe viceversa richiesto quando il danno sia prodotto da atti vincolati sicchè, in questo caso, la semplice illegittimità sembrerebbe sufficiente ad integrare le premesse per una condanna (2).

(1) Tra i molti lavori, basti un rimando ad AA. VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, a cura di D. Fairgrieve, M. Andenas, J. Bell, The British Institute of International and Comparative Law, 2002; ivi, guardando alla situazione italiana, R. Caranta, *Public Law Illegality and Governmental Liability*, p. 271 ss.; P. Leyland, *Responsabilità "in tort" e Pubbliche Amministrazioni: ridefinizione dei limiti? Danno e resp. 2002*, II, 370 ss. ID., *La responsabilità in tort delle pubbliche amministrazioni*, Riv. dir. civ., 1999, I, 501; D. Sorace, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi, comparando*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, a cura di G. Falcon, Cedam, 2005, 227 ss.; ID., *La responsabilità pubblica nella esperienza giuridica europea*, Il Mulino, Bologna, 1994; G. Della Cananea, A. Sandulli, *La responsabilità dell'amministrazione per omessa vigilanza sugli operatori finanziari: Italia e Regno Unito*, in AA. VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Giuffrè, 2005, p. 53 ss. e 65 ss.; ivi anche J. Bell, *La responsabilità del Governo: alcune riflessioni comparate*, 27 ss. e 39 ss. in part.

(2) In linea con un orientamento consolidato, Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 7 settembre 2006, procedimento C-470/04, punto 64: "la Corte ha già affermato che, da un lato, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente qualificata quando uno Stato membro (...) ha violato in maniera grave e manifesta i limiti che sono imposti all'esercizio dei suoi poteri (v. citate sentenze *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, punto 55, e *Dillenkofer* e a., punto 25) e che, dall'altro, nell'ipotesi in cui lo Stato membro in argomento, nel momento in cui ha commesso la trasgressione, disponesse soltanto di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata (sentenza 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, Racc. pag. I-2553, punto 28)". I due precedenti che il passaggio richiama in forma incompleta, in quanto poco sopra menzionati per esteso, sono naturalmente le sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur* e

La giurisprudenza europea parrebbe in breve ispirarsi ad uno schema binario, che in qualche modo rievoca il raziocinio della *culpa in re ipsa*, in riferimento agli atti vincolati, mentre pretende la dimostrazione di qualcosa di più e di diverso rispetto alla illegittimità (ed alla semplice colpa), quando in gioco siano atti discrezionali (3).

Il panorama giurisprudenziale interno è diviso (4) e non sempre asseconda questa linea interpretativa, scostandosi talora a svantaggio dell'amministrazione (con irrigidimenti

Factortame, Racc. I-1029, e 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Dillenkofer e a., Racc. I-4845. Cfr. anche Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione), 12 luglio 2005, Commissione delle Comunità europee / CEVA Santé Animale SA, procedimento C-198/03 P, punti 63 – 66.

L'orientamento, inizialmente circoscritto al danno provocato nell'esercizio di poteri normativi, è stato poi esteso al pregiudizio causato da ogni funzione pubblica, sia essa legislativa, giurisdizionale o esecutiva; pare sufficiente rimandare sul punto alla Sentenza della Corte (Grande Sezione) 13 giugno 2006, Traghettil del Mediterraneo SpA / Repubblica italiana, causa C-173/03, p. 30 della motivazione. La pronuncia, scrutinando la legge 13 aprile 1988, n. 117, ha affermato che "il diritto comunitario osta (...) ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler". Si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, presentate il 23 settembre 2004, Causa C-198/03 P, Ceva Santé Animale SA e Pfizer Entreprises SARL, punti 71 ss., ove si commenta la svolta determinata dalla Sentenza della Corte 4 luglio 2000, causa C-352/98 P, Bergaderm e Goupil contro Commissione, Racc. I-5291

Tra le abbondanti opere dottrinali in materia di responsabilità degli Stati e degli apparati comunitari, secondo il diritto europeo, D. Sorace, Il risarcimento, cit., p. 266 ss.; A. Bartolini, Giudice amministrativo e standard comunitario di risarcibilità, in AA. VV., Il diritto amministrativo dei paesi europei, cit., p. 349 ss.; M. Andenas, D. Faigriève, Misfeasance in Public Office, Governmental Liability, and European Influences, in AA. VV., Tort Liability of Public Authorities, cit., 183 ss.; D. Sorace, Il risarcimento, cit., p. 266 ss.; A. Bartolini, Giudice amministrativo e standard comunitario di risarcibilità, in AA. VV., Il diritto amministrativo dei paesi europei, cit., p. 349 ss.

(3) Di primo acchito, ambedue le soluzioni applicate dalla Corte di Giustizia parrebbero discostarsi dalle direttrici di massima segnate dalla sentenza delle SS.UU. n. 500 del 1999, in tema di colpa della p.a., sebbene in direzioni opposte; è d'altra parte vero che i meccanismi di agevolazione probatoria in seguito prospettati da una parte della giurisprudenza interna in qualche misura accorciano le distanze, giacché da un lato permettono alla vittima di fondare le proprie rivendicazioni su di una presunzione semplice di colpa della p.a., quando essa sia incorsa nel travisamento palese di circostanze di fatto o di norme univoche e, d'altro lato, consentono all'amministrazione di appellarsi all'errore scusabile (o magari all'art. 2236 c.c.) quando il vizio colpisca scelte provvedimenti rese difficoltose da un quadro interpretativo oscuro o lacunoso o da situazioni di fatto particolarmente complesse; in proposito, basti un rinvio a Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, la cui motivazione contiene una disamina aggiornata ed organica dei vari orientamenti, stratificatisi nel tempo, in tema di colpa dell'amministrazione, soffermando in particolare l'attenzione sui precedenti costituiti da Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169 e Cons. St., sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239. Conviene comunque notare che il modello di responsabilità gravante sugli Stati, prospettato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, non si appella alla nozione di colpa – tantomeno dei singoli agenti (cfr. per tutte sentenza del 13 giugno 2006, Traghettil del Mediterraneo SpA, cit.) - ma fissa obiettivamente lo sguardo sulla natura della violazione perpetrata.

In dottrina, a proposito della problematica riferibilità del concetto di colpa alla p.a., F. G. Scoca, Per un'amministrazione responsabile, in Giur. Cost., 1999, 4052; G. D. Comporti, Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni, Torino, 2003, 44 ss.; F. Fracchia, Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima: riflessioni in tema di "selettori" e di "incentivi" elaborati dalla giurisprudenza, in AA. VV., Verso un'amministrazione responsabile, cit., 147 ss. e 151 ss.; L. Garofalo, Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione, Urb e app., 2005, 1067 ss. e in part. 1068 ss., con rif. bibl. ulteriori in n. 6 – 14; G. Montedoro, I danni provocati dalla P.A.: la violazione di interessi legittimi, in I danni risarcibili nella responsabilità civile, a cura di P. Cendon, Utet, 2005, vol. V, 14 ss.; G. Romeo, Gli umori della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione, Dir. Proc. Amm., 2003, 144 ss.; Vignoli, Il tormentato percorso d'individuazione della colpa organizzativa della pubblica amministrazione: un confronto tra sistema punitivo e modello risarcitorio, Giust.civ., 2006, I, 724 ss.

(4) Le soluzioni risentono ovviamente del modo di configurare la responsabilità nascente dallo scorretto esercizio della funzione amministrativa; manca ora lo spazio per un resoconto accurato delle divergenti posizioni teoriche che, nella letteratura nazionale ed in una prassi giudiziaria tuttora alla ricerca di assestamento, propongono uno spettro di soluzioni in inquietante crescendo, il quale va dal prototipo extracontrattuale, a quello precontrattuale, a quello contrattuale, da "contatto" qualificato, a schemi ibridi (che miscelano cioè elementi di categorie codistiche alternative) oppure speciali e derogatori, cioè retti da norme di diritto pubblico, che si assumono capaci di superare le disposizioni di diritto comune; si tornerà infra sul tema; al momento basti richiamare, per una rassegna critica aggiornata, con ampie indicazioni bibliografiche, A. Zito, La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica, in AA. VV., Verso

della cui opportunità sembrerebbe lecito dubitare) talaltra a suo beneficio (con allentamenti che la dottrina ha ragionevolmente criticato, sul piano della compatibilità coi vincoli europei) (5).

Vorrei mostrare che l'approccio al tema dell'illecito caldeggiato dagli studi di analisi economica suggerisce argomenti che depongono a favore dell'orientamento del giudice comunitario, nella misura in cui - col discrimine tra atti discrezionali ed atti non discrezionali - esso gradua la responsabilità parametrando al livello di incertezza degli standards legislativi imposti all'amministrazione, cioè distinguendo tra la violazione di norme univoche e puntuali e la violazione di norme parzialmente indeterminate, le quali preludono ad un'operazione di bilanciamento tra interessi antagonisti, influenzabile dalla comparazione dei rischi insiti nelle opzioni a confronto (6).

un'amministrazione responsabile, cit., p. 351 ss.; *ivi* anche M. Renna, Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione, p. 287 ss., nonché G. Napolitano, Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela, 235 ss.; si vedano inoltre, con argomentazioni a supporto delle varie ipotesi, E. Casetta, F. Fracchia, Responsabilità da contatto: profili problematici, Foro it. 2001, III, 18 ss.; F. Cintioli, I danni risarcibili nella giurisdizione di legittimità: presupposti e condizioni. L'alternativa tra provvedimento e attività amministrativa, in Giustizia amministrativa, 12/2005; C. Castronovo, Responsabilità civile per la pubblica amministrazione, Jus, 1998, 649 ss.; E. Follieri, Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico, Dir. proc. Amm., 2006, 18 ss.; L. Garofalo, Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione, cit.; G. Montedoro, I danni provocati dalla P.A., cit., 17 ss.; E. Picozza, Linee evolutive della responsabilità della p.a., Iustitia 2003, 204 ss.; M. Protto, Responsabilità della p.a. per la lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo, Resp. Civ. prev., 2001, 235 ss.; nuovamente D. Sorace, Il risarcimento dei danni, cit., p. 282 ss.; A. Romano Tassone, Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi. Enc. diritto Agg., VI, Milano, 2002; D. Vaiano, Quando arrivò non piacque: il danno da "lesione di interessi pretensivi" e la rete di contenimento giurisprudenziale, Dir. amm. 2004, II, 231.

(5) Commentando criticamente Tar Veneto, sez. II, 19 aprile 2004, n. 1094, in www.giustizia-amministrativa.it, A. Bartolini, Giudice amministrativo e standard comunitario, cit., 351 ss., rileva che il preliminare "giudizio di spettanza" - dal cui positivo esito una parte della giurisprudenza nazionale fa dipendere la possibilità di una condanna dell'amministrazione, in caso di lesione di interessi pretensivi - finisce con l'accordare all'amministrazione un'esenzione assai più generosa di quella contemplata dalla Corte di Giustizia, la quale ipotizza pur sempre la configurabilità di un illecito nascente da cattivo esercizio della discrezionalità, a fronte di violazioni normative qualificate; per constatare come l'indirizzo rischi di tradire i dettami comunitari basti considerare rapidamente (senza aprire ora il capitolo ugualmente tormentato del nesso causale) come sia ben possibile che la p.a., con l'atto e la condotta illeciti, sacrifichi in modo certo e concreto utilità spettanti al cittadino, sia pure diverse dal "bene della vita" oggetto di disposizione, nell'esercizio del potere discrezionale; si vedano, in tema A. Travi, Tutela risarcitoria e giudice amministrativo, Dir. amm. 2001, I, 7 ss., il quale pone in luce alcune delle forzature interpretative cui è andata soggetta la lettura della sentenza n. 500 del 1999, a proposito del giudizio di spettanza; L. Ferrara, Spunti critici in tema di danno da esercizio illegittimo del potere amministrativo, in AA. VV., Verso un'amministrazione responsabile, cit., p. 125 ss.; cfr. anche D. Sorace, ult. cit., p. 263 s..

(6) Sul tema specifico, H. B. Schäfer, R. van den Bergh, Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis, German Working Papers in Law and Economics, 2001, al momento reperibile online all'indirizzo internet www.bepress.com/gwp; sul tema più generale della responsabilità dei pubblici poteri (persone fisiche o persone giuridiche), a fronte di una letteratura giuridica davvero abbondantissima, italiana e straniera, la bibliografia specifica di Law and Economics rimane contenuta; tra i lavori in circolazione, propensi a compendiare elementi di letteratura giuridica, argomenti generali di analisi economica del diritto in tema di responsabilità e spunti offerti dalla corrente di pensiero di public choice, L. Kramer, A. O. Sykes, Municipal Liability Under par. 1983: A Legal and Economic Analysis, Supreme Court Review, 1987, 249 ss.; E. A. Posner, A. O. Sykes, An Economic Analysis of State and Individual Responsibility Under International Law, febbraio, 2006, Univ. Chicago Law and Economics, Olin Working Paper No. 279, disponibile presso il sito della Social Science Research Network Electronic Paper Collection, all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=885197>; J. L. Mashaw, Civil Liability of Government Officers: Property Rights and Official Accountability, Law and Contemporary Problems, 1978, vol 42., n. 1, 8 ss.; lo stesso volume della rivista riporta anche gli scritti di K. Shepsle, Official Errors and Official Liability, 35 ss., W. F. Baxter, Enterprise Liability, Public and Private, 45 ss., R. A. Epstein, Private - Law Models for Official Immunity, 53 ss., M. Olson, Official Liability and Its Less Legalistic Alternatives, 67 ss.; in coda agli articoli è pubblicato il rendiconto di una stimolante discussione seminariale, tra i vari autori, p. 80 ss.; si vedano poi D. R. Fischel, A. O. Sykes, Governmental Liability for Breach of Contract, Amer. L. Econ. Rev. 1999, v. 1, 313 ss., consultabile in formato paper all'indirizzo www.ssrn.com; D. J. Levinson, Making Governments Pay: Markets, Politics and the Allocation of Constitutional Costs, Working Paper No. 00-4, gennaio 2000, consultabile all'indirizzo

Il chiarimento dell'idea, incentrato sulle possibili debolezze dei rimedi risarcitori, sotto il profilo del governo degli incentivi, darà incidentalmente modo, in chiusura, di dedicare alcune telegrafiche parole di commento al recente indirizzo delle Sezioni Unite, in tema di pregiudiziale amministrativa (7).

E' quasi superfluo avvertire che, nello spazio di un breve intervento, il ragionamento non aspira affatto alla completezza, né intende aggredire frontalmente l'argomento generale del rapporto tra illegittimità dell'atto ed illiceità della condotta (8).

Il meno ambizioso obiettivo dell'esposizione è quello di proporre alcuni spunti utili alla razionalizzazione del punto di vista espresso dal giudice europeo. Per divenire conclusivi essi andrebbero poi aggiustati e raccordati, nel quadro di un'analisi assai più articolata, alla soluzione dei molti dubbi interpretativi che animano il dibattito sulla fisionomia dell'illecito della p.a. e sui criteri di composizione delle mete (in qualche misura discordanti) della disciplina risarcitoria (9).

http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=186309; tra i lavori italiani attenti al punto di vista dell'analisi economica del diritto, M. T. Fiocca, G. Montedoro, Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere, Urbanistica e Appalti, 2004, n. 10, p. 1132 ss.; F. Fracchia, Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima: riflessioni in tema di "selettori" e di "incentivi" elaborati dalla giurisprudenza, cit., p. 147 ss.; A. Piazza, Responsabilità civile ed efficienza amministrativa, Giuffrè, 2001, cap. II in part., 42 ss.; si consenta anche un rimando ad M. Cafagno, La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato, Milano, 1996; si veda anche G. Napolitano, Analisi economica del diritto pubblico, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Giuffrè, 2006; sulle problematiche per certi aspetti prossime di natura indennitaria ("takings"), tra i molti lavori, B. E. Hermalin, An Economic Analysis of Takings, Journal of Law, Economics, Org., 1995, vol. 11, 64 ss.; J. J. Cordes, B. A. Weisbrod, Government Behavior in Response to Compensation Requirements, Journal of Public Economics, 1979, 11, 47 ss.; T.J. Miceli, K. Segerson, Takings, General, in Encyclopedia of Law and Economics, a cura di Bouckaert - De Geest, Edward Elgar e University of Ghent ed., 1996-2000, all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com>, con ulteriore bibl. ivi; vastissima è invece la letteratura di Law and Economics sul tema generale della responsabilità, contenente modelli e teorie passibili di applicazione e di estensione alle singole fattispecie; fornire indicazioni esaustive sarebbe qui impossibile; limitando i riferimenti ad una minima parte delle opere esistenti, basti un rimando agli scritti raccolti nell'antologia Analisi economica del diritto privato, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulletti, S. Rodotà, F. Romani, Giuffrè, 1998, passim e 231 ss.; G. Calabresi, Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica., (trad. it.) Giuffrè, 1975; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, Il mercato delle regole, Il Mulino, 1999, passim e 367 ss.; F. Denozza, Norme efficienti, Giuffrè, 2002, passim e 12 ss.; U. Mattei, Tutela Inibitoria e Tutela Risarcitoria, Giuffrè, 1987; R. Posner, Economic Analysis of Law, 2002; H. B. Schäfer, Tort Law: General, in Encyclopedia of Law and Economics, cit., bibl. ivi, all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com>; ivi anche J. Arlen, Tort Damages; S. Shavell, Fondamenti dell'analisi economica del diritto, ed. it. a cura di D. Porrini, Giappichelli, 2005, 153 ss., 451 ss. e passim; P. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Giuffrè, 1961; ID., Causalità e danno, Giuffrè, 1967; ID., Illecito, in Enc. dir., XX, Milano, 1970, p. 93 ss.; utile piattaforma di partenza per la ricerca in rete di ulteriori materiali la pagina web <http://www.stanford.edu/~tstanley/lawecon.html>.

(7) A giudizio delle Sezioni Unite, secondo le ordinanze n. 13659 e n. 13660 del 13 giugno 2006, l'ordinamento vigente lascerebbe il soggetto leso da un provvedimento illegittimo libero di scegliere se promuovere un giudizio di impugnazione, nel termine decadenziale, con o senza richiesta di danni, oppure agire per il solo risarcimento, nel termine di prescrizione, prescindendo dal preventivo ricorso d'annullamento; il problema della pregiudiziale amministrativa è anch'esso al centro di una letteratura vastissima, che non è qui possibile richiamare organicamente; basti un rinvio a G. D. Comporti, Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile, in AA. VV., Verso un'amministrazione responsabile, cit., p. 73 ss., e bibl. ivi; L. Garofalo, Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione, cit., 1074 ss.; G. Montedoro, Il danno civile fatto valere in sede amministrativa, in I danni risarcibili nella responsabilità civile, a cura di P. Cendon, Utet, 2005, vol. VIII, p. 519 ss.; F. G. Scoca, Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo, www.giustamm.it, 3/2004; F.F. Tuccari, Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio, Napoli, Jovene, 2004; A. Travi, Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità, Resp. civ. e prev. 2003, 3, 661 ss.

(8) In tema M. Clarich, Termine del procedimento e potere amministrativo, Torino, 1995, passim; G. Racca, Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica, in R. Garofoli, G. Racca, M. De Palma, Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo, Milano, 2003, 171 ss.; A. Romano, Sono risarcibili: ma perchè devono essere legittimi?, Foro it. 1999, I, 3222

(9) La percezione di questo virtuale conflitto emerge ad esempio nitida nell'economia dell'attuale dibattito sulle prospettive di allargamento della tutela risarcitoria in materia antitrust; testimonianza eloquente delle incertezze che pervadono la ricerca di un difficile compromesso tra funzioni dissuasive e compensative della disciplina della responsabilità è offerta dal Libro Verde della Commissione CE in tema di "Azioni di risarcimento del danno per

2. Brevi cenni introduttivi sull'approccio dell'AED al tema della responsabilità

L'analisi economica del diritto assegna alla responsabilità civile un obiettivo di massima che, con parole di Guido Calabresi (10), può essere così riassunto: minimizzare la somma dei costi del danno e dei costi della sua prevenzione o, più analiticamente, abbattere i costi primari, secondari e terziari dei fatti lesivi (11).

Poiché si tratta di una linea di pensiero molto conosciuta, basti qui ricordare sinteticamente che la riduzione dei costi primari si esprime nel controllo del numero e della gravità degli eventi dannosi, dunque, se vogliamo, nell'effetto preventivo e deterrente dell'istituto. La disciplina risarcitoria "internalizza" la più emblematica forma di "costo esterno" - il danno - inducendo chi si trovi ad assumere una decisione a tener conto degli effetti negativi che la propria condotta potrebbe cagionare ad altri.

La funzione di contenimento dei costi secondari si rapporta invece al danno come ad un fatto storico; una volta che la prevenzione, malgrado tutto, sia fallita, il problema che l'ordinamento si trova ad affrontare è quello di ripartire la perdita tra i consociati in modo tale che essa pesi il meno possibile.

I costi terziari sono, in breve, i costi di esercizio del sistema di responsabilità, tra i quali campeggiano i costi di funzionamento della macchina della giustizia (12).

E' facile constatare che le tre funzioni, nell'insieme preordinate all'abbattimento del costo complessivo degli atti dannosi, spesso entrano in conflitto; una ricca casistica legislativa e giudiziaria riflette chiaramente la percezione del fatto che criteri risarcitori desiderabili sul piano della riduzione dei costi primari possono dimostrarsi insoddisfacenti sul piano della riduzione dei costi secondari e terziari o, viceversa, che regole atte a mitigare l'impatto dell'evento dannoso, ex post, sono inadeguate sul piano dell'amministrazione degli incentivi, ex ante.

Alle prese con questa virtuale tensione, l'analisi economica tende a vagliare le opzioni interpretative antepoendo la dimensione preventiva alle altre (13).

La predilezione per questa angolatura - posto l'accento sull'obiettivo di minimizzare i costi sociali - dipende dal fatto che il risarcimento non cancella il danno, ma più semplicemente lo disloca.

violazione delle norme antitrust comunitarie", Bruxelles, 19.12.2005, COM (2005) 672 def.; per una rapida introduzione al problema, in generale, P. G. Monateri, Le funzioni del risarcimento, in I danni risarcibili nella responsabilità civile, a cura di P. Cendon, Utet, 2005, vol. I, p. 167 ss.; C. Salvi, Danno, in Digesto (Disc. priv.), 1989, Utet, 62 ss.

(10) G. Calabresi, Costo degli incidenti, cit., 53

(11) Coerente alla visione relativa e circolare dei rapporti causali suggerita dal contributo miliare di R. Coase, The Problem of Social Cost, J. of Law and Ec., 1960, vol. 3, p. 1 ss., l'analisi economica del diritto guarda alla responsabilità aquiliana come ad un surrogato debole dello strumento contrattuale, del quale si assume essa debba condividere gli scopi. In presenza di attività o di iniziative che possono interferire, ostacolando a vicenda, e di costi transattivi troppo elevati per consentire negoziazioni ex ante tra i soggetti desiderosi di intraprenderle, la responsabilità dovrebbe comunque premere per un efficiente coordinamento. Scopo dell'istituto dovrebbe dunque essere quello di ridurre i costi, per i singoli e per la società, del reciproco disturbo che scelte ed azioni individuali, non armonizzate dallo strumento pattizio, sono in grado di arrecarsi. Nell'ambito della vastissima letteratura, basti per ora un rinvio allo scritto celebre di G. Calabresi, A. D. Melamed, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral', Harvard Law Review, 1972, 85, 1089 ss.; si veda anche F. Denozza, Norme efficienti, cit., 12 ss., 61 ss. e 74 ss.

(12) Calabresi, Costo degli incidenti, 53; v. anche S. Shavell, Fondamenti, cit., 154

(13) S. Shavell, Fondamenti, cit., 248 s.; R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, Il mercato delle regole, 279 s.; una riflessione critica, improntata al realismo, è proposta da G. Schwartz, Reality in the Economic Analysis of Tort Law: Does Tort Law Really Deter?, UCLA Law Review, 1994, (42), 377 ss.

Il trasferimento è però in se stesso oneroso, sicchè esso non riduce, bensì aumenta, le perdite che il fatto lesivo arreca alla società nel suo complesso (14).

Ciò non dipende soltanto dai costi di funzionamento del sistema giudiziario (che pure hanno importanza), quanto soprattutto dalla circostanza che il risarcimento moltiplica il turbamento di attività organizzate, associando disinvestimento a disinvestimento: all'urto sopportato dalla vittima a causa dell'evento lesivo si aggiungono infatti le diseconomie imprevedute che la riparazione impone al danneggiante (15).

Il costo collettivo di questo disordine addizionale tanto più si accentua quando si tratti di rimediare ad un mancato guadagno poiché, in questo caso, il risarcimento tende - di regola - a pesare sul danneggiante, in termini di *disruption*, più di quanto la perdita di opportunità redditizie non nuoccia alla vittima (16).

Su queste basi, la stima dell'utilità sociale dello spostamento del danno viene a dipendere innanzitutto dalla sua attitudine a promuovere effetti vantaggiosi, sul piano della riduzione dei costi primari, che siano capaci di bilanciare i tendenziali inconvenienti, sul piano dell'amministrazione dei costi secondari e terziari.

Naturalmente l'analisi economica non sollecita una sconsiderata sottovalutazione delle istanze di giustizia; nondimeno - ancorando ai confini dell'intervento una riflessione che altrimenti porterebbe troppo lontano - è bene tener conto del fatto che le opzioni sulla dislocazione del danno procurato dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica pongono a confronto, in ultima battuta, due categorie di soggetti egualmente incolpevoli: le vittime ed i contribuenti.

Questa cornice - tratteggiata in forma a dir poco schematica - invita dunque l'interprete ad interrogarsi sulle proprietà degli incentivi alimentati dalla responsabilità nascente da provvedimenti amministrativi viziati.

Per disimpegnare il compito in modo esauriente occorrerebbe allargare lo sguardo ad una quantità di variabili, soppesando sia il modo con cui la disciplina dell'illecito suddivide il rischio tra amministrazione ed amministrati, sia l'influenza dei meccanismi che, all'interno degli apparati pubblici, sono concepiti per tradurre la responsabilità dell'ente in bilanciate ripercussioni sui singoli agenti, ripartendo il rischio tra amministrazione ed amministratori (17).

(14) P. Trimarchi, *Illecito*, cit., 108

(15) P. Trimarchi, ult. cit.; ID, *Transfers, Uncertainty and the Cost of Disruption*, in *International Review of Law and Economics*, 2003, vol. 23 p. 49 ss.

(16) Ancora P. Trimarchi, *Causalità*, cit., 107

(17) La presunzione di trattare un argomento così complesso in modo indistinto e sommario - senza discernere tra le molte ed eterogenee situazioni di vita abbracciate dalla casistica dei danni causati da atti illegittimi - condurrebbe a sicure inesattezze o banalizzazioni. Come giustamente nota P. Trimarchi, *Illecito*, cit.; la ricostruzione dell'illecito non può proporsi di raggruppare e uniformare se non ipotesi che presentino conflitti di interessi simili, risolvibili in forza di direttive economiche o valori sociali omogenei

L'analisi di efficienza dei criteri di ripartizione del rischio è sensibile a parecchie variabili. Gli studi generali di law and economics sulla responsabilità civile invitano ad accuratamente distinguere a seconda che, ad esempio, si discuta di incidenti unilaterali o bilaterali, di danni puramente economici o di lesioni arrecate a persone o cose, di responsabilità gravanti su persone giuridiche o su persone fisiche, a seconda della facilità di accesso al mercato assicurativo, della probabilità di errore nella quantificazione del danno atteso o nella identificazione degli standards di diligenza dovuti, cui siano esposte le potenziali vittime, gli offensori, il giudice (basti un rimando all'articolazione del lavoro di S. Shavell, *Fondamenti*, cit., 154 - 268). A complicare il quadro, quando si ragiona sull'illecito da provvedimento, concorrono le peculiarità dei tratti organizzativi delle amministrazioni pubbliche, la specificità delle loro funzioni di preferenza (perlomeno se paragonate alla struttura motivazionale di un comune operatore economico), l'architettura procedimentalizzata e segmentata dell'attività lesiva, alla cui formazione concorrono di regola più soggetti.

Poiché alla fin fine la prevenzione deve tradursi in variazione dei comportamenti, una misurazione accurata della pressione dissuasiva della minaccia risarcitoria applicata alla p.a. presupporrebbe che si appurasse con quale efficacia ed attraverso quali dispositivi la prospettiva di un esborso monetario a carico dell'ente abbia modo di tradursi in

Con una selezione drastica, d'altra parte inevitabile, intendo nel prossimo paragrafo soffermarmi su di una sola questione, tra le molte influenti.

Essa prescinde dal tema del governo e dell'affinamento degli incentivi all'interno della macchina amministrativa e cade invece sull'altro polo del ragionamento: se la responsabilità opera come strumento di internalizzazione di effetti esterni, presupposto in linea di principio necessario affinché la minaccia risarcitoria espliciti un'efficiente azione dissuasiva è che il danno passibile di valutazione, ai sensi della vigente disciplina codicistica, ritragga il costo sociale dell'azione dannosa (18).

Mi ripropongo di mostrare che il soddisfacimento di questa condizione logica, quando in gioco siano gli effetti provocati da provvedimenti amministrativi viziati, diviene spesso incerto e problematico, più di quanto non accada nell'economia dei rapporti interprivati.

3. Danno risarcibile e costo sociale dell'azione illegittima

“Al fine di evitare il rischio di incorrere in responsabilità [...] non vi è sempre e solo la via di una maggiore diligenza nella decisione; spesso vi è anche la via di scegliere, nel dubbio, quella decisione che, pur quando possa essere ingiusta e socialmente dannosa, sia meno idonea a cagionare quel tipo di danno che solo può dar luogo ad un'azione di responsabilità civile: un danno, cioè, che si

proporzionati incentivi o disincentivi trasmessi ai singoli agenti, a dispetto delle asimmetrie informative di vario tipo e genere che endemicamente caratterizzano la macchinosa catena di comando, all'interno delle strutture pubbliche (per un'utile introduzione ai problemi di organizzazione pubblica, in chiave economica, si vedano i contributi raccolti in AA. VV., *La Teoria economica dell'organizzazione*, Problemi di Amministrazione Pubblica, Formez, Quaderno n. 13, Il Mulino, 1989, ed ivi, in part. T. M. Moe, *La nuova economia dell'organizzazione*, 25 ss., nonché C. M. Lindsay, *Una teoria degli enti pubblici*, 377 ss.)

Così impostata, l'indagine sull'efficacia deterrente della responsabilità civile esigerebbe l'impegnativo studio delle complesse interdipendenze con istituti e rimedi giuridici (tra di essi, la responsabilità amministrativa, quella dirigenziale, i controlli sui risultati e sulla gestione finanziaria, i sistemi di reclutamento, il trattamento economico del personale) che distribuiscono penalità e gratificazioni all'interno della variegata struttura amministrativa.

Il campo e la densità dei problemi sono chiaramente esorbitanti, rispetto agli scopi dell'odierno intervento. Mi limito ad osservare a margine che, su queste basi, divengono piuttosto incerte, perlomeno nella dimensione preventiva, le affinità ed i parallelismi tra la responsabilità vicaria dell'impresa per il fatto del preposto, ai sensi dell'art. 2049 c.c. (inteso come norma disciplinatrice di un modello di responsabilità oggettiva) e la responsabilità della p.a. per gli illeciti commessi dai suoi dipendenti, nell'esercizio di funzioni provvedimentali.

Un interessante approfondimento del tema, teso alla ricerca di soluzioni innovative, è reperibile in F. Fracchia, *Colpa dell'amministrazione e "autoprotezione"*, cit., passim e 157 ss.; tra i numerosi scritti giuridici in tema di rapporti tra illecito del funzionario e responsabilità della persona giuridica, E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953; F. Merusi, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1986, p. 41 ss.; attenti alla correlazione tra responsabilità della p.a. e specificità organizzative, M. Occhiena, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici ed il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, cit., p. 245 ss.; M. Spasiano, *Forme di irresponsabilità nei nuovi modelli di amministrazione*, ivi, p. 336 ss.

Nell'ambito della vasta letteratura di analisi economica del diritto sulla responsabilità vicaria, basti un rimando a P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità*, cit.; G. D. Mattiacci, F. Parisi, *The Cost of Delegated Control: Vicarious Liability, Secondary Liability and Mandatory Insurance*, *International Review of Law and Economics*, 2004, (23), 453 ss.; R. H. Kraakman, *Vicarious and Corporate Civil Liability*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, cit., all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com>, bibl. ivi; J. Arlen, W. B. MacLeod, *Beyond Master-Servant: A Critique of Vicarious Liability*, disponibile all'indirizzo <http://lsr.nellco.org/nyu/lewp/papers/1/>; A. O. Sykes, *An Efficiency Analysis of Vicarious Liability Under the Law of Agency*, *Yale Law Journal*, 1981, 168 ss.; ID., *The Economics of Vicarious Liability*, *Yale Law Journal*, 1984, (93), 1231 ss.

(18) I. Gilead, *Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost*, *International Review of Law and Economics*, 1997, 589 ss.; W. Bishop, J. Sutton, *Efficiency and Justice in Tort Damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule*, *Journal of Legal Studies*, 1986, v. 15, 347 ss.; H. B. Schäfer, R. van den Bergh, *Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis*, cit.

produca in capo ad un soggetto specifico, che sia di natura patrimoniale e di cui sia facile provare la causalità e la misura. In molte cause, infatti, le diverse decisioni possibili non sono ugualmente idonee a cagionare un danno con le caratteristiche ora accennate: di conseguenza, la minaccia della responsabilità civile eserciterebbe una pressione asimmetrica, idonea a determinare una distorsione nel procedimento decisorio”.

Il passo, tratto dalle riflessioni di Pietro Trimarchi sulla responsabilità del magistrato (19), introduce un argomento che ritengo ammetta persuasive estensioni (20).

Un provvedimento amministrativo, funzionale alla cura di interessi paesaggistici od urbanistici, che indebitamente negasse l'autorizzazione all'installazione di un impianto produttivo od all'avvio di un'attività economica, potrebbe arrecare danni all'impresa per loro natura rilevanti e molto visibili, alla lentezza del codice civile.

Un provvedimento favorevole, a sua volta illegittimo, tenderebbe viceversa a generare un costo diffuso e collettivo, in larga misura difficilmente apprezzabile in un giudizio risarcitorio (21)

L'esemplificativa contrapposizione – una tra le molte in cui sarebbe facile effondersi – intende rimarcare, nella sua didascalica angolosità, che i vari portatori degli interessi esposti all'azione amministrativa illegittima di regola non godono, allo stato attuale della disciplina, di eguali opportunità di fruizione dei rimedi risarcitori, sicché la minaccia della sanzione civile tende ad esaltare la posizione degli uni senza incidere sul peso specifico di quella degli altri.

Il danno passibile di valutazione pecca sotto questo profilo in difetto, internalizza cioè alcune esternalità negative ma rimane indifferente ad altre.

Più avanti tenterò di trarre alcune implicazioni dall'osservazione, che per il momento conserva un tono neutralmente ricognitivo.

Proseguendo in questa direzione, non è difficile isolare episodi di illegittimità che sollevano un problema speculare.

Poiché spesso l'amministrazione assume il ruolo di “agente” chiamato ad operare nell'interesse di più “principali”, in concorrenza tra loro (22), accade che la decisione dannosa ad un destinatario arrechi per ciò stesso vantaggio ad altro soggetto.

Si pensi alla graduatoria di un concorso, al provvedimento che attribuisca una sovvenzione, scegliendo tra i vari aspiranti legittimati alla richiesta, troppi per essere tutti esauditi, all'atto amministrativo che impedisca ad un produttore di accedere ad un mercato geografico o ad un ambito merceologico, spingendo la domanda nelle braccia dei concorrenti, alla decisione che aggravi i costi di esercizio di un'attività industriale, a beneficio dei consumatori, al bando di gara che, prevedendo requisiti di qualificazione o

(19) P. Trimarchi, *La responsabilità del giudice*, Quadrimestre, 1985, 367.

(20) Un avvicinamento tra fattispecie della responsabilità del giudice e fattispecie della responsabilità dell'amministrazione, nel caso specifico di danno causato da provvedimenti delle autorità garanti, intesi come espressione di attività “quasi-giudiziale”, è suggerito da P. G. Monateri, *La responsabilità civile delle autorità garanti*, *Danno e resp.*, 4/2000, 361 ss.; in tema di responsabilità delle authorities si veda anche S. Mazzamuto, *Verso una responsabilità civile delle authorities ?* *Danno e resp.*, 4/2000, 364 ss.

(21) Pur tenendo conto della svolta segnata nel 2003 dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in tema di danno non patrimoniale; in tema, basti un rinvio ad E. Guerinoni, *La nozione generale di danno*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, Utet, 2005, vol. I, p. 95 ss.

(22) Sui problemi generali che l'amministrazione degli incentivi incontra, quando relazioni di questa natura siano affette da asimmetria informativa, P. Milgrom, J. Roberts, *Economia, organizzazione e management*, Il Mulino, 1994, 344 ss.; K. J. Arrow, *L'agenzia e il mercato*, in *AA. VV., Informazione e Teoria Economica*, a cura di E. Saltari, 1990, Il Mulino, Bologna, p. 173 ss. e 178 ss.; per un tentativo di utilizzazione del modello nell'analisi della responsabilità dell'amministrazione, M. Cafagno, *La tutela*, cit.

criteri di valutazione delle offerte propedeutici alla maggior tutela dell'ambiente, introduca restrizioni alla partecipazione.

In tutti questi casi, ove tipicamente sono in gioco posizioni pretensive, il danno occasionato da provvedimenti viziati, valutabile in giudizio, registrerebbe le perdite lamentate dall'attore, ovviamente non i benefici acquisiti da altri.

Un'eventuale condanna dell'amministrazione - in ipotesi svincolata dal preventivo annullamento dell'atto viziato, secondo lo schema di recente avallato dalle Sezioni Unite - si limiterebbe a porre il risarcimento della parte lesa a carico dei contribuenti, senza tener conto dei benefici acquisiti da terzi.

L'idea generale che vorrei trasmettere - sulla falsariga degli studi di law and economics che sono rubricati sotto l'intitolazione un po' sviante delle "pure economic losses" (23) - è che, quando l'illegittimità amministrativa, in virtù di una difettosa assegnazione di utilità, produca effetti parzialmente redistributivi, non è affatto scontato che il costo subito dal destinatario penalizzato rispecchi attendibilmente il costo sociale dell'azione viziata, cioè la perdita totale inferta alla collettività.

Il metro di misura offerto dal danno risarcibile può risultare manchevole ma anche eccedente (24).

Un caso di fantasia, volutamente semplificato, può chiarire.

Si supponga che, affacciandosi ad un mercato concorrenziale, una stazione pubblica, sulla scorta di una lettura incongrua delle norme di legge o del bando, aggiudichi un'ingente commessa all'impresa Beta, anziché all'impresa Alfa, artefice di un'offerta appena più vantaggiosa.

Immaginiamo, per semplicità, che Alfa sia in condizioni di provare che avrebbe certamente vinto la gara, se la committenza non fosse incorsa in una stima viziata.

Alla stregua di un orientamento giurisprudenziale non isolato, l'impresa discriminata avrebbe titolo ad ottenere il risarcimento del danno emergente, cioè delle spese inutilmente affrontate per partecipare al concorso, nonché del lucro cessante, calcolabile forfettariamente - secondo varie sentenze - nel decimo del valore del contratto ingiustamente perduto (25).

(23) W. Bishop, J. Sutton, Efficiency and Justice in Tort Damages: The Shortcomings of the Pecuniary Loss Rule, *ct.*; I. Gilead, Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost, *cit.*; F. Parisi, Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine, destinato alla pubblicazione in AA. VV., Liability for Pure Economic Loss in Europe: Frontiers of Tort Law, a cura di M. Bussani, V. Palmer, Cambridge University Press, al momento consultabile presso il sito della Social Science Research Network, all'indirizzo <http://ssrn.com>; ivi anche G. Dari-Mattiacci, H. B. Schäfer, The Core of Pure Economic Losses, Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper No. 2005-03, nonché D.B. Feldthusen, Pure Economic Loss and Statutory Public Authority Liability after Cooper v. Hobart, Faculty of Law Common Law Section University of Ottawa, marzo 2005; si vedano poi V. P. Goldberg, 1994, Recovery for Economic Loss following the Exxon Valdez Oil Spill, *Journal of Legal Studies*, 1994, 23, 1 ss.; per interessanti accenni alla correlazione tra il tema della responsabilità nascente da lesione di interesse legittimo e l'argomento delle "pure economic losses", M. Maggiolo, Il risarcimento della pura perdita patrimoniale, *Giuffrè*, 2003, p. 30 ss.; M. Bussani, La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività illegittima. Note di diritto comparato, *Resp. civ. e prev.* 2000, 3, 547 ss.

(24) Cfr. H. B. Schäfer, R. van den Bergh, Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis, *cit.*; Jeong-Yoo Kim, Strict liability versus negligence when the injurer's activity involves positive externalities, *Eur. J. Law. Econ.* 2006, 22, 95 ss.

(25) V. ad es. Consiglio Stato, sez. V, 11 maggio 2004, n. 2962, in *Foro amm.* CDS 2004, 1423, secondo cui "il danno per mancata aggiudicazione di un contratto d'appalto di lavori pubblici, ove non possa essere provato nel suo preciso ammontare, va determinato in via equitativa nel dieci per cento del corrispettivo contenuto nell'offerta con riferimento al criterio indicato negli art. 345, l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F sui lavori pubblici, che fissa nella decima parte del valore delle opere non eseguite il corrispettivo a carico dell'amministrazione per il recesso anticipato dal contratto, e 37 septies, l. 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'art. 11, l. 18 novembre 1998 n. 415, che fissa nella stessa misura l'indennizzo a titolo di risarcimento per mancato guadagno nel caso di risoluzione del rapporto di concessione di opera pubblica per inadempimento del concedente"; v. ancora T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 15

Esistono tuttavia motivi ragionevoli per dubitare che, nella vicenda immaginata, tale ammontare peserebbe affidabilmente il costo sociale del provvedimento viziato.

Per misurare l'impatto cumulativo dell'illegittimità occorrerebbe tener conto delle sue externalità positive, oltre che di quelle negative.

Nell'esempio, il guadagno sottratto ad Alfa sarebbe realizzato da Beta, che però il giudizio per equivalente affrancherebbe da ogni onere riparatorio.

La perdita inferta dalla scelta illegittima alla collettività nel suo complesso andrebbe rapportata allo spreco di risorse verificatosi ed all'inefficienza dell'aggiudicazione e, pertanto, al margine di distacco tra le due offerte in competizione, misura che ha poco a che vedere col 10 % del corrispettivo proposto dall'impresa discriminata ⁽²⁶⁾.

Se la decisione viziata avesse indebolito la concorrenza, dovrebbe teoricamente rilevare anche l'intralcio arrecato al funzionamento del mercato, ma si tratterebbe, ancora una volta, di costo diffuso, estraneo all'ambito valutativo del giudizio di responsabilità e, comunque, alla quantificazione delle pretese monetarie dell'aspirante deluso.

La casistica illustrativamente evocata, suscettibile di integrazione con modesto sforzo immaginativo, intende in sintesi segnalare che i criteri di commisurazione del danno rilevante - perlomeno alla stregua del codice e delle vigenti regole di legittimazione al giudizio - possono non di rado condurre a "sottointernalizzazioni" o a "sovrainternalizzazioni", possono cioè peccare in eccesso o in difetto, rispetto alla meta di rappresentare fedelmente all'amministrazione il costo sociale netto delle proprie eventuali mancanze.

Si tratta ora di vedere come questo divario possa influire sulla funzione preventiva della responsabilità civile.

4. Il risarcimento tra prezzo e pena

Gli studi di analisi economica del diritto spiegano che errori o imprecisioni nel dimensionamento del danno risarcibile, ad opera del potenziale offensore o magari del giudice, non sempre e non necessariamente falsano gli incentivi, in regime di responsabilità nascente dalla violazione di vincoli normativi (27).

Molto dipende dalle caratteristiche degli standards prescritti.

Quando la responsabilità colpisca la violazione di norme chiare e puntuali (è questo, se vogliamo, il caso dell'attività vincolata), un sovradimensionamento non abnorme del danno passibile di ristoro per lo più intensifica lo stimolo alla condotta osservante.

Ciò dipende dal fatto ovvio ed intuitivo che discostarsi dall'unico corso di azione ammesso, esattamente indicato dalla norma, diviene opzione ancora più dispendiosa, agli occhi del potenziale offensore, a causa dell'aggravamento della penalità attesa. Per giunta, le eventuali infrazioni sono in questo caso facilmente identificabili (28).

maggio 2003, n. 2817, Foro amm. TAR 2003, 1571; Consiglio Stato, sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036, Foro it. 2004, III, 223; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 04 aprile 2000, n. 1401, Foro it. 2001, II, 479, con nota di F. Fracchia

(26) In questa linea, si vedano le considerazioni di G. Bottino, L'evidenza pubblica, necessaria ed ineffettiva: se all'annullamento delle procedure di affidamento delle opere pubbliche di rilevante interesse nazionale non consegue né la caducazione del relativo contratto, né la previsione di effetti restitutori o risarcitori, Foro amm. TAR 2004, I, 2845, par. conclusivo in part..

(27) Cfr. R. Cooter ed altri, Il mercato delle regole, cit., p. 406 ss.; W. F. Schwartz, Legal Error, in Encyclopedia of Law and Economics, cit., all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com>, S. Shavell, Fondamenti dell'analisi economica del diritto, cit., 203 ss. e 396 ss.; in generale, si vedano le osservazioni svolte da G. Calabresi, Costo, cit., passim e 101 ss., comparando strumenti di prevenzione generale, specifica e mista

(28) Cfr. R. Cooter, Prices and Sanctions, Columbia Law Rev., 1984, vol. 84, 1523

La quota di risarcimento sovrabbondante rispetto al costo sociale del contegno lesivo assume, alle condizioni prospettate, una valenza punitiva, che accentua l'impatto repressivo e sanzionatorio della condanna alla riparazione pecuniaria (29).

Quando al contrario il risarcimento previsto pecchi in difetto, rispetto all'entità del costo sociale, a causa della mancata incorporazione di tutte le esternalità negative dell'azione contraria o norma puntuale, gli impulsi al comportamento adempiente trasmessi al decisore risultano chiaramente indeboliti, sollecitandolo meno energicamente di quanto non sarebbe desiderabile.

Nondimeno - trasferendo subito il ragionamento al più specifico versante di interesse - una simile prospettiva certo non depone, di per se stessa, a favore di un temperamento della responsabilità della p.a., attuabile con l'introduzione di presupposti di colpevolezza supplementari o di oneri probatori aggiuntivi alla semplice dimostrazione della trasgressione della norma e, quindi, dell'illegittimità del provvedimento lesivo.

In linea teorica, questa incompleta rappresentazione dei costi sociali porrebbe semmai l'esigenza di rivedere i criteri di accesso alla tutela per equivalente, così da offrire spazio ai portatori di quegli interessi generali e dispersi, vulnerabili alle scelte viziate dell'amministrazione, che al momento non sono apprezzabili, in chiave risarcitoria.

In breve, le due eventualità simmetriche considerate (scarti in eccesso e scarti in difetto) non parrebbero preludio - nella prospettiva di valutazione qui pertinente e, naturalmente, entro certi limiti - a distorsioni gravi degli incentivi, quando siano separatamente considerate e quando la responsabilità penalizzi la trasgressione di norme puntuali.

Congetture diverse vanno a mio avviso desunte quando la disciplina risarcitoria cumuli le due imperfezioni, colpendo l'attività discrezionale.

Il fatto che il danno rilevante, alla stregua del codice, non sempre raffiguri fedelmente il costo sociale delle illegittimità provvedimentali diviene cioè meno innocuo, sul piano della deterrenza, nel caso la responsabilità colpisca la violazione di norme o principi vaghi e parzialmente indeterminati, la cui traduzione in atti applicativi comporti un bilanciamento di interessi, ad opera di un'amministrazione obiettivamente dubbiosa (o di un'amministrazione che, per valide ragioni, calcoli che il giudice potrebbe in seguito non condividere il suo punto di vista) (30).

In via generale, gli studi di analisi economica consigliano di mitigare i criteri di responsabilità, laddove le norme che tracciano il confine tra colpa e diligenza siano imprecise ed ambigue.

Il ragionamento intuitivo alla base del suggerimento è semplice (31): proprio a causa della discontinuità che la sanzione risarcitoria crea nella funzione di costo atteso del potenziale offensore (32), un eccesso di ottimismo, riguardo all'esatto posizionamento della soglia che separa l'osservanza dall'inosservanza, rappresenta in via di massima una possibilità di errore più insidiosa di un eccesso in precauzione; un decisore incerto è perciò razionalmente portato a premunirsi nella direzione più rassicurante.

(29) Per una più ampia disamina dei danni punitivi, nella prospettiva economica, A. M. Polinsky, S. Shavell, Punitive Damages, in Encyclopedia of Law and Economics, online all'indirizzo <http://encyclo.findlaw.com>; bibl. ivi

(30) v. H. B. Schäfer, R. van den Bergh, Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis, cit.

(31) Una più sofisticata formalizzazione è offerta da H. B. Schäfer, R. van den Bergh, ult. cit.; J. E. Calfee, R. Craswell, Some Effects of Uncertainty on Compliance with Legal Standards, Virginia Law Review, 1984, v. 70, 965 ss.

(32) R. Cooter, Prices and Sanctions, cit; R. Cooter ed altri, Il mercato delle regole, cit., p. 385 ss. e grafico in fig. 6.4 in part.

I fenomeni di *overdeterrence*, all'origine di un atteggiamento cautelativo più marcato di quanto non sarebbe efficiente, suscettibile di tradursi in sperpero di risorse o in ingiustificata contrazione di attività e di iniziative utili, derivano dal fatto che il potenziale danneggiante, in caso di incertezza, tende a calcolare i costi attesi delle proprie scelte attraverso una sorta di media ponderata delle perdite che subirebbe nel caso fosse giudicato responsabile e di quelle che sosterebbe nel caso fosse ritenuto diligente (33).

L'eventuale sovradimensionamento del danno risarcibile, in congiunzione a standards imprecisi, è fattore chiaramente destinato ad aggravare l'esuberanza di deterrenza.

Quando si passi a ragionare dell'attività discrezionale dell'amministrazione, i motivi di scetticismo sulla capacità orientativa della responsabilità civile si moltiplicano.

Influendo sulle scelte discrezionali, la configurazione delle perdite risarcibili non si limita ad aumentare o ad affievolire la forza repressiva della sanzione civile ma, cambiando il peso relativo degli interessi a confronto, agli occhi del decisore pubblico, finisce col conformare le operazioni di bilanciamento, concorrendo alla formazione della regola valida per il caso concreto, obiettivata nel provvedimento applicativo dello standard legale parzialmente indistinto.

Il fatto però che la particolare conformazione del danno passibile di ristoro incoraggi non di rado una sopravvalutazione di alcuni possibili effetti (quelli virtualmente sfavorevoli a coloro che potrebbero rivendicare un tutela risarcitoria) e, nel contempo, induca la simmetrica sottovalutazione delle conseguenze associabili a linee alternative di azione (il sacrificio di interessi contrapposti, irraggiungibili dalla tutela per equivalente), rende tangibile il pericolo che l'istituto della responsabilità si traduca in fattore distorsivo delle scelte discrezionali.

Un calcolo del tutto razionale dei rischi può alterare valutazioni comparative che si vorrebbero appannaggio degli apparati pubblici proprio in vista di una ponderazione neutrale.

Laddove la discrezionalità amministrativa cadesse sull'an, oltre che sui contenuti, non stupirebbe se una squilibrata graduazione degli interessi in conflitto, causata da un metro di valutazione parziale, ipersensibile ad alcuni effetti ed insensibile ad altri, innescasse per giunta una sottaciuta propensione a ridurre attività od iniziative socialmente proficue ma rischiose, in quanto destinate a colpire posizioni patrimonialmente rilevanti per assicurare benefici diffusi.

In definitiva, non è scontato, nel campo dell'attività discrezionale, che l'incentivo alla riduzione dei costi passibili di risarcimento si traduca in incentivo alla corretta composizione degli interessi in gioco; se vogliamo, la linea di confine che, all'ombra della responsabilità civile, separa i comportamenti convenienti da quelli sconvenienti, in termini di minimizzazione dei rischi, può trovarsi a non coincidere affatto con lo steccato che separa l'illegittimità dalla illegittimità (34).

5. Alcune osservazioni conclusive

Il ragionamento svolto, per le ragioni indicate in apertura, si è concentrato sul tema della deterrenza. E' emerso che il potenziale *gap* tra perdite risarcibili e costo sociale

(33) Cfr. R. Cooter ed altri, *Il mercato delle regole*, cit., p.426, con illustrazione grafica in figg. 7.1. e 7.2

(34) Per una prosecuzione del ragionamento, M. Cafagno, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit.

dell'illegittimità può rendere inaffidabile il contributo della minaccia risarcitoria alla formazione delle scelte discrezionali, attuative di norme parzialmente indeterminate.

L'epilogo parrebbe trovare la ricercata sintonia con gli orientamenti della Corte di Giustizia.

Gli studiosi di economia spiegano che la forza dissuasiva di uno strumento sanzionatorio è correlata ad alcune variabili, tra cui decisive sono la severità della sanzione e la probabilità della sua applicazione (35).

In questa prospettiva, gli inconvenienti di un dimensionamento incongruo del danno risarcibile possono perciò essere corretti rivedendo i criteri di quantificazione oppure intervenendo sul secondo parametro (36).

Il giudice europeo, con l'indirizzo in esame, parrebbe seguire la seconda strada, aumentando o diminuendo la probabilità di una condanna a seconda che il danno sia stato provocato da atti vincolati o da atti discrezionali (37).

In quest'ultimo caso l'insorgere della responsabilità viene prudentemente subordinato al riscontro di violazioni qualificate, per loro natura più scoperte, più semplici da evitare e, pertanto, meno giustificabili.

L'argomentazione condotta, nella sommarietà imposta dai limiti di spazio, pecca senz'altro di schematismo.

La piatta cesura tra attività vincolata ed attività discrezionale, tra norme incerte e norme chiare, per quanto comoda sul piano espositivo, è ancora naïve e certamente rude, giacchè, come tutti sanno, il panorama dei provvedimenti e delle norme disciplinatrici dell'azione amministrativa è nella realtà molto più frastagliato e ricco di sfumature di grigio.

Opportunamente la Corte di Giustizia ne tiene conto, invitando il giudice nazionale, nel misurare la serietà della violazione, a valorizzare una ricca gamma di indicatori e di elementi sintomatici (38).

Rimane, sullo sfondo del discorso, un'irrisolta tensione tra gli argomenti suggeriti dallo studio della funzione deterrente e le ragioni della giustizia correttiva.

Il problema è troppo ampio e complesso perché gli accenni introduttivi, valse a motivare la traiettoria seguita, trovino adeguato svolgimento in queste battute conclusive.

Siano però consentite due rapide notazioni.

Molti pensano, non senza fondamento, che il razio cinio dell'efficienza non abbia l'ultima parola, quando si tratti di stabilire, in nome di accezioni alternative dei valori di giustizia, se sia prioritario presidiare i singoli, punire l'incuria, compensare la vittima, oppure socializzare i costi dell'azione pubblica o magari scongiurare l'aumento della pressione fiscale o impedire politiche di disinvestimento atte a colpire categorie deboli di cittadini.

(35) Per tutti, G. S. Becker, *Delitto e castigo: un'analisi economica*, in ID., *L'approccio economico al comportamento umano* (trad. it.), Il Mulino, 1998, 141 ss.; S. Shavell, *Fondamenti*, cit., p. 397

(36) I. Gilead, *Tort Law and Internalization: The Gap between Private Loss and Social Cost*, *International Review of Law and Economics*, 1997, 589 ss.; G. Dari-Mattiacci, H. B. Schäfer, *The Core of Pure Economic Losses*, cit.

(37) Cfr. H. B. Schäfer, R. van den Bergh, *Member States Liability for Infringement of the Free Movement of Goods in the EC: An Economic Analysis*, cit.

(38) Come "il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario"; così, avallando un orientamento ormai pacifico, Corte di Giustizia, seconda Sezione, 7 settembre 2006, procedimento C-470/04, cit, punto 65; ulteriori richiami giurisprudenziali *ivi*.

Una simile premessa non sminuisce tuttavia l'utilità dell'armamentario concettuale messo a disposizione dagli studi di law and economics, una volta accettata l'idea – troppo ragionevole per incontrare dissenso - che l'affinamento delle capacità previsionali dell'interprete e la neutrale presa di coscienza degli effetti che le modalità applicative degli istituti giuridici sono realisticamente destinate a produrre favoriscono comunque la razionalizzazione dei problemi ed il vaglio critico delle soluzioni possibili (39).

L'ultima breve postilla.

Alla luce di quanto abbiamo visto, l'idea che la tutela per equivalente possa candidarsi al ruolo di strumento generalmente alternativo e surrogatorio della tutela costitutiva suscita legittime esitazioni, quantomeno entro lo spazio delle garanzie sostanziali che anche l'annullamento ed i suoi effetti ultracostitutivi possono offrire alla vittima.

Lasciare, ad esempio, che sia lo strumento risarcitorio a colpire gli esiti viziati di una procedura di gara, sormontando la tutela costitutiva, è opzione che prospetta risultati per certi aspetti paradossali: può accadere che un contratto inefficiente sia perfezionato e conservato, a vantaggio di un contraente diverso da quello meritevole; la collettività si trova in questo caso a subire il costo dell'inefficienza e poi a sopportare anche il costo del risarcimento; tutto ciò senza che vi siano ragioni persuasive per supporre che questi inconvenienti, in termini di amministrazione dei costi attuali, siano sistematicamente bilanciati da vantaggi, in termini di riduzione dei costi primari (40).

La sanzione dell'annullamento verosimilmente non innesca i problemi di sviamento degli incentivi che abbiamo sin qui discusso e, per giunta, nel concorrere al tempestivo ripristino della legalità oggettiva, a beneficio della collettività nel suo insieme, impedisce l'aggravarsi del danno (41) e pone spesso una parte del costo della tutela del danneggiato a carico del soggetto ingiustamente avvantaggiato, emendando gli effetti distributivi dell'errore iniziale della p.a. con un'azione correttiva speculare e, perciò, internalizzando, al contempo, le esternalità negative e quelle positive della decisione illegittima.

Non casualmente, il testo della recente proposta di modifica delle direttive ricorsi, in tema di appalti pubblici, dopo aver registrato l'insoddisfacente impatto delle vigenti previsioni risarcitorie, alla luce dell'esperienza sin qui maturata, concentra lo sforzo

(39) L'approfondimento della questione esigerebbe divagazioni che ora sarebbero fuori luogo; mi limito perciò a rinviare, per considerazioni stimolanti, a G. Calabresi, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, in AA. VV. *Ragioni del diritto e ragioni dell'economia*, a cura di A. Pocar, N. Velicogna, Franco Angeli, 1990; ivi anche G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, p. 109 ss.; S. Cassese, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, *Giorn. Dir. amm.*, 2002, 3, 341 ss.; F. Denozza, *Norme efficienti*, cit. passim; F. De Leonardis, *Il principio di precauzione*, *Giuffrè*, 2005, 202; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002; L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, I, 1; G.U. Rescigno, *Il giurista come scienziato*, *Dir. pubbl.*, 2003, 833 ss. e 861 e ss.; D. Sorace, *Considerazioni conclusive*, in AA. VV. *Ambiente e diritto*, a cura di S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio, Leo S. Olschki ed., Firenze, 1999, 125; A. Travi, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri saperi*, *Dir. Pubbl.*, 2003, n. 3, 865 ss.

(40) Per un'interessante prospettiva di applicazione della teoria dei giochi alla disciplina risarcitoria contenuta nell'art. 14 del D. Lgs 20 agosto 2002, n. 190, si veda lo scritto di M. T. Fiocca, G. Montedoro, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, cit.

(41) Riflessioni sull'opportunità di ricondurre l'esercizio dell'azione di annullamento all'ambito delle cautele prescritte dal comma secondo dell'art. 1227 c.c. sono state di recente svolte da G. Romeo, *Gli umori della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 167 ss.; cfr. anche G. Duni, *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, 279.

innovativo quasi esclusivamente sui meccanismi di tutela preventivi, di sollecita rettifica o sospensione dei provvedimenti viziati (42).

Queste osservazioni – che nella loro inevitabile sommarietà non pretendono di essere minimamente conclusive – portano però acqua al mulino della teoria che propugna una tutela per equivalente ancillare e complementare alla tutela costitutiva, con le sue proiezioni conformative e ripristinatorie (43).

Indubbiamente è possibile replicare, all'esempio proposto, che non di rado il rimedio della riedizione della gara prospetta vantaggi complessivi per la collettività paradossalmente inferiori ai costi del rinnovo (si pensi all'annullamento di una graduatoria destinato a premiare l'autore di un'offerta solo marginalmente superiore a quella inizialmente selezionata).

E' tuttavia improbabile che questo tipo di stima valga ad orientare l'impresa discriminata, nello scegliere se agire per l'annullamento o per il solo risarcimento.

L'argomentazione complessiva non necessariamente pone l'indirizzo della Corte di Giustizia in antitesi col recente orientamento delle Sezioni Unite, in tema di pregiudiziale, poiché, una volta circoscritta l'operatività della tutela per equivalente, sul piano sostanziale, è giocoforza che la tutela costitutiva riacquisisca di fatto una primazia, sul piano processuale, senza necessità di smentire l'indipendenza delle azioni (44).

Emerge piuttosto che la rosa delle variabili influenti sulla funzionalità della tutela risarcitoria (e, dunque, sul rapporto con la tutela costitutiva) comprende le prerogative e le indiscusse esigenze di protezione del danneggiato, ma non si esaurisce in esse.

(42) Commissione delle Comunità Europee, "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici", Bruxelles, 4.5.2006, COM(2006) 195 def.; si veda anche il documento di lavoro della Commissione, SEC(2006) 557, che ha preparato la proposta. Per un commento alle norme vigenti, G. Morbidelli, Note introduttive sulla direttiva ricorsi, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 829 ss.

(43) Un ragionamento critico sulla posizione dal ultimo assunta dalle Sezioni Unite, giudicata sorretta da argomenti testuali e sistematici non irresistibili, è svolto da TAR Puglia - Lecce – sez. II - 18 luglio 2006, n. 4013; la motivazione della pronuncia percorre le varie fasi dell'evoluzione giurisprudenziale e richiama puntualmente i precedenti del Consiglio di Stato (e, in particolare, la A. P. n. 4/2003) che teorizzano il rapporto di pregiudizialità negato dalla Cassazione. In dottrina, tra i primi a suggerire il ruolo ancillare ed integrativo della tutela risarcitoria, rispetto a quella costitutiva, E. Follieri, Risarcimento dei danni per lesione degli interessi legittimi, Chieti, 1984; l'angolatura è contigua alle più recenti proposte di inquadramento della responsabilità da lesione di interesse legittimo come fattispecie irriducibile alle previsioni codicistiche, i cui primi tratti di disciplina – non solo sul piano processuale, ma anche su quello sostanziale – sarebbero offerti dagli artt. 7 c. 3 della L. 1034/1971, come mod. dalla L. 205/2000, e 35 c. 1 del D.Lgs 80/1998; in questo senso appunto E. Follieri, Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico, cit., 18 ss., nonché L. Garofalo, Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione, cit., a commento di Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in Urb e app., 2005, 1060, la cui parte motiva, nel percorso argomentativo a supporto della tesi dello sganciamento dalla disciplina codicistica, rievoca il passaggio della pronuncia della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204 che, nel sottrarre a censura l'art. 35 del D.Lgs 80/98, ha caratterizzato la tutela risarcitoria ivi contemplata come strumento "rimediale", di tutela "ulteriore" dell'interesse legittimo; di diverso avviso F. Cintioli, I danni risarcibili nella giurisdizione di legittimità: presupposti e condizioni, cit; propenso ad una ricostruzione autonoma della responsabilità dell'amministrazione, ben prima dei rivolgimenti legislativi dell'ultimo decennio, lo scritto di E. Ferrari, Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso, in Studi in onore di Antonio Amorth, Vol. I, Milano, 1982, 179 ss.; tra i moltissimi lavori dedicati alla sentenza della Corte costituzionale, M. Clarich, La tribunalizzazione del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204, in giustizia-amministrativa.it; R. Villata, Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale, Dir. proc. amm. 2004, f. 4, 832 ss.

(44) In effetti, come si desume dal combinato disposto degli artt. 230 (ex 173), 235 (ex 178) e 288 (ex 215) del Trattato Istitutivo, strumento generale di reazione agli atti illegittimi degli apparati comunitari è l'azione di annullamento, mentre il campo d'influenza della tutela risarcitoria, non subordinata ad alcuna pregiudiziale, è confinato proprio dagli orientamenti della Corte di Giustizia qui in discussione; si vedano in tema le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, presentate il 10 luglio 2003, in causa C-263/02 P, punto 44 in part.

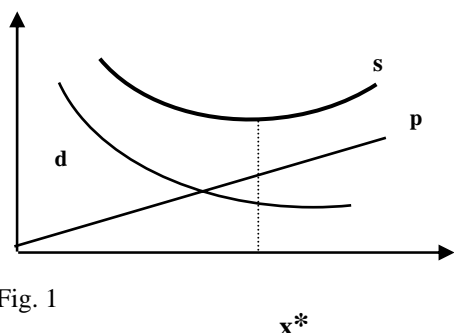


Fig. 1

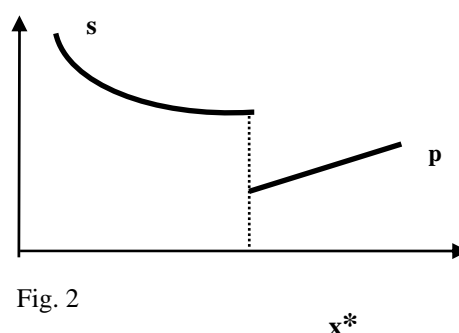


Fig. 2

Nelle quattro figure, l'asse delle ascisse indica il livello di precauzione imposto dagli standards legali, mentre l'asse delle ordinate indica livelli di costo.

Il grafico in figura 1 riassume la consueta costruzione della curva dei costi sociali attesi dell'attività dannosa (per approfondire, Cooter ed altri, *Il mercato*, cit., p. 383, fig. 6.3); la curva *s*, più alta, è ottenuta sommando verticalmente i valori della curva *d*, indicativa del danno atteso (essa è decrescente, di pari passo con l'aumento dello sforzo di prevenzione) ai valori della retta *P*, indicativa dei costi di prevenzione (la retta ha ovviamente un andamento crescente, man mano che la prevenzione aumenta); su queste basi, un'ipotetica scelta legislativa ottimale fisserebbe lo standard di diligenza richiesto nel punto di minimo della parabola *s*; è facile dimostrare, anche algebricamente, che in corrispondenza del punto di minimo la derivata prima dell'equazione che descrive la curva *s* si annulla ed è soddisfatta la condizione di eguaglianza tra costo marginale della prevenzione e beneficio marginale della prevenzione, in termini di riduzione del danno atteso (per la dimostrazione v. ancora R. Cooter ed altri, ult. cit., 384).

Il grafico in figura 2 descrive di conseguenza la curva dei costi annessi allo svolgimento dell'attività potenzialmente dannosa, agli occhi di chi intendesse praticarla, in regime di responsabilità per negligenza; essa, ricavata dal semplice ritaglio della figura precedente, è costituita dalla curva *s* (che somma i costi di prevenzione ed il danno atteso) a sinistra di x^* , e dalla retta *p* (indicativa dei soli costi di prevenzione), a destra di x^* (cfr. R. Cooter ed altri, ult. cit., 386, fig. 6.4)

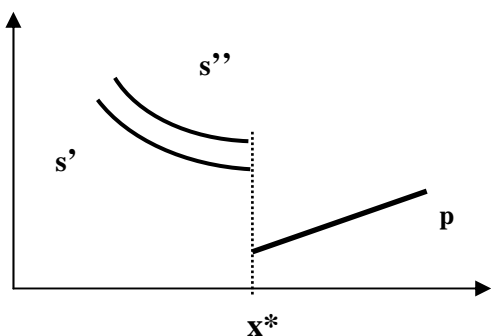


Fig. 3

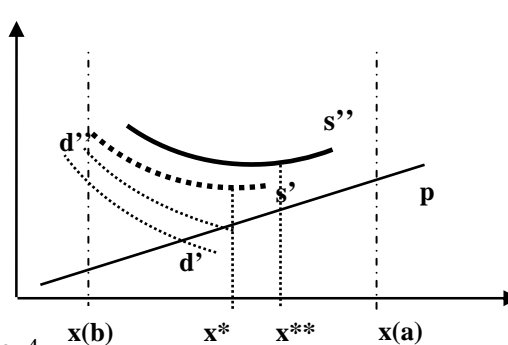


Fig. 4

La figura 3 vale a segnalare che errori non troppo gravi nel dimensionamento dei danni risarcibili non innescano incentivi a deviare, quando lo standard legislativo sia fissato in modo chiaro e puntuale (x^*); com'è agevole dedurre dal grafico, l'eventuale passaggio da *s'* ad *s''* (e viceversa) non dissuade il potenziale danneggiante dall'aderenza al vincolo legale, se precisamente indicato (cfr. R. Cooter ed altri, ult. cit., 408, fig. 6.6).

Il grafico in figura 4 si ripromette invece una rappresentazione molto semplificata ed intuitiva di quanto potrebbe accadere in caso di vaghezza dello standard normativo alla cui violazione fossero associati obblighi risarcitori; ciò accadrebbe, ad esempio, se la disciplina ponesse il potenziale danneggiante nella necessità di scegliere, allo scopo di sfuggire alla sanzione risarcitoria, tra un intervallo di soluzioni dubbie, anziché di conformarsi ad un preciso parametro; un'amministrazione che fosse ragionevolmente sicura di incorrere in responsabilità a sinistra $x(b)$ ed altrettanto certa di andarne esente, a destra di $x(a)$, ma fosse incerta quanto allo standard corretto, all'interno dell'intervallo $[x(b) - x(a)]$, sarebbe sospinta a scegliere x^{**} , anziché x^* , dalla prospettiva di un danno risarcibile atteso sovradimensionato (il passaggio da *d'* a *d''* determinerebbe quello da *s'* ad *s''*); in pratica l'amministrazione, all'interno dell'intervallo, si troverebbe a compiere il tipo di operazione descritta in figura 1, in luogo di un ipotetico regolatore, ma sotto la pressione sviante di un risarcimento impropriamente quantificato.