



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in “ *Processo di integrazione europea e diritto internazionale*”

Dipartimento di Scienze giuridiche, della società e dello sport

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10.

***"LE PROSPETTIVE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELL'
AMMINISTRAZIONE PUBBLICA TRA L'ORDINAMENTO
INTERNO E L'ORDINAMENTO EUROPEO"***

IL DOTTORE

CALOGERO UBALDO MARINO

IL COORDINATORE

PROF.SSA LAURA LORELLO

IL TUTOR

DOTT.CRISTIANO CELONE

CICLO XXIV -

ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2015

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

I DIVERSI MODELLI DI RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

**1. ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLA
RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

**2. I DIVERSI MODELLI DI RESPONSABILITÀ
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
DELINEATI IN SEDE DOTTRINARIA E
GIURISPRUDENZIALE**

2.1) LA RESPONSABILITÀ AQUILIANA

**2.2) LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE (DA
CONTATTO SOCIALE)**

2.3) LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

**2.4) LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA. CENNI E
RINVIO**

CAPITOLO SECONDO

IL MODELLO DI RESPONSABILITÀ DEGLI APPARATI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO DELINEATO DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

**1. LA DIRETTIVA 89/665/CEE IN MATERIA DI
APPALTI PUBBLICI: OGGETTO, MISURE E
FINALITÀ.**

**2. LA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA, CAUSA C-314/09 DEL**

30.09.21010

- 3. VERSO UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA?**
- 4. LA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, CAUSA C-314/09 DEL 30/09/2010;**
- 5. VERSO UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA?: E' POSSIBILE PARLARE DI UNA EVOLUZIONE IN ATTO CHE CONFIGURA LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME OGGETTIVA NON SOLO NEL SETTORE DEGLI APPALTI MA IN OGNI SETTORE?**

CAPITOLO TERZO

LE PROSPETTIVE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL SISTEMA ITALIANO ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

- 1. PRIME PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE CHE ADERISCONO ALL'ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**
- 2. È POSSIBILE IPOTIZZARE UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DEGLI APPARATI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO?**
- 3. CONCLUSIONI**

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni si è sviluppato in modo considerevole un processo di progressivo allargamento dei confini della responsabilità civile degli apparati pubblici, evoluzione che ha avuto un forte impulso nell'ambito del Diritto dell'Unione Europea.

Nel contesto di tale evoluzione nel nostro ordinamento un ruolo chiave è stato svolto dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 500 del 1999.

La superiore pronuncia, oltre a riconoscere il carattere extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c. della responsabilità della pubblica amministrazione, contiene un passaggio energicamente discusso concernente l'innovazione introdotta in tema di *elemento soggettivo dell'illecito*.

In particolare è stata superata la tradizionale impostazione che riteneva si potesse far derivare la prova della colpa della pubblica amministrazione dalla semplice dimostrazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo (*culpa in re ipsa*) e si è pretesa la dimostrazione della colpa dell'apparato amministrativo quale condizione necessaria per accedere alla tutela risarcitoria.

A ciò si è contrapposto un filone interpretativo, cui ha aderito seppur in via minoritaria parte della giurisprudenza amministrativa, il quale ha messo in discussione il fatto che la responsabilità degli apparati pubblici per attività provvedimentoale possa ricondursi all'alveo dell'illecito aquiliano, ipotizzando la possibilità che trovino applicazione i principi della responsabilità da inadempimento sul presupposto che tra cittadino e pubblica amministrazione si instauri in virtù di un "*contatto sociale*" un rapporto di tipo contrattuale.

Il ricorso ad una responsabilità da "contatto amministrativo" comporta la facilitazione dell'onere probatorio del danneggiato che dovrà provare il solo fatto dell'inadempimento e la nascita di un contatto partecipativo generatore della responsabilità, gravando la prova

liberatoria sulla pubblica amministrazione che dovrà dimostrare che il fatto dell'inadempimento non è imputabile a sua colpa.

Infine, alcuni autori (senza però aver trovato seguito nella giurisprudenza) hanno proposto il modello della responsabilità precontrattuale e del c.d. *tertium genus* (responsabilità mista) e della c.d. responsabilità oggettiva.

Il profilo dell'elemento soggettivo, oltre ad animare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nazionale, rappresenta anche l'aspetto più critico nel caso di raffronto tra il modello di responsabilità della pubblica amministrazione delineato dal diritto interno ed il modello di responsabilità elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Infine alcuni autori (senza però aver trovato seguito nella giurisprudenza) hanno proposto il modello della responsabilità precontrattuale, del c.d. *tertium genus* (responsabilità mista) e da ultimo della responsabilità c.d. oggettiva.

Quest'ultimo orientamento (sviluppatosi in modo costante nella giurisprudenza comunitaria ed in seguito anche in quella nazionale in materia di appalti pubblici) configura una fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione in presenza di un atto e/o comportamento illegittimo e di un evento dannoso, e prescinde dalla dimostrazione della sussistenza del c.d. elemento soggettivo ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria in favore del cittadino leso dalla p.a.

Ed invero il profilo dell'elemento soggettivo, oltre ad animare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale nazionale, rappresenta anche l'aspetto più critico nel caso di raffronto tra il modello di responsabilità della pubblica amministrazione delineato dal diritto interno ed il modello di responsabilità elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Infatti, il modello di responsabilità elaborato dalla giustizia comunitaria per i danni cagionati dagli apparati pubblici (legislatore e pubblica amministrazione), sebbene riferito ab origine al solo settore degli appalti

pubblici, sembra prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Quanto sopra potrebbe determinare una disparità di trattamento tra situazioni d'interesse legittimo, tutelate dalla normativa comunitaria, la cui risarcibilità sembra prescindere dalla prova dell'elemento soggettivo, e situazioni analoghe tutelate nel sistema nazionale a condizione della prova dell'elemento soggettivo.

Ciò posto, il presente lavoro di tesi, dopo avere svolto un breve excursus storico, si occuperà in primo luogo di analizzare l'ordinamento italiano al fine di individuare i diversi modelli di responsabilità civile della pubblica amministrazione (aquiliana, contrattuale, mista, obiettiva) delineati dalla giurisprudenza nazionale al fine di verificare se, e quale, tra i predetti modelli può ritenersi operante nel nostro ordinamento.

In secondo luogo si analizzerà il modello di responsabilità degli apparati pubblici delineato dalla giurisprudenza comunitaria.

Nell'ultimo capitolo si analizzeranno le prospettive future del sistema della responsabilità civile operante nel sistema italiano alla luce delle influenze derivanti dal modello delineato in sede comunitaria.

In conclusione, il presente lavoro prenderà atto del fatto che ad oggi la giurisprudenza nazionale maggioritaria, nonostante le spinte provenienti in sede comunitaria, continua ad affermare la natura aquiliana ex art. 2043 della responsabilità della pubblica amministrazione, riconoscendo la natura oggettiva della responsabilità dell'amministrazione pubblica soltanto nel settore degli appalti pubblici.

CAPITOLO PRIMO
LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

INDICE SOMMARIO: 1. Origine ed evoluzione delle responsabilità civile della pubblica amministrazione. – 2. I diversi modelli di responsabilità della pubblica amministrazione delineati in sede dottrinarie e giurisprudenziale: 2.1 La responsabilità aquiliana; 2.2 La responsabilità contrattuale (da contatto sociale); 2.3 La responsabilità precontrattuale; 2.4 La responsabilità oggettiva. Cenni e rinvio.

**1. ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLE
RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE**

La responsabilità della pubblica amministrazione italiana, intesa come responsabilità civile dinanzi alla legge nei confronti di un privato cittadino per danni o illeciti derivanti da un'attività materiale o autoritativa della p.a., da quando è stata ammessa, si è sempre rivelata di difficile soluzione.

Il problema, infatti, riguarda la conciliazione della tutela dei cittadini di fronte agli illeciti dannosi perpetrati dai poteri pubblici con la protezione della finanza pubblica da risarcimenti insostenibili.

L'evoluzione normativa, le spinte comunitarie, i mutamenti giurisprudenziali e, soprattutto, la recente codificazione del diritto processuale amministrativo, hanno dato nuova linfa al mai sopito dibattito circa la natura della responsabilità da lesione di interessi legittimi, l'esatta configurazione delle connesse questioni aventi ad oggetto il ruolo e la valenza della colpa nell'ambito della fattispecie e specularmente, sul piano processuale, la ripartizione dell'onere probatorio.

In particolare, la recente pronuncia della Corte di Giustizia UE,

Sez. III , del 30 settembre 2010 (C-314/09) , costituisce, in proposito, l'ennesimo segnale che i tempi sono ormai maturi per nuove e rinnovate riflessioni sul modello di responsabilità da attività provvedimento della pubblica amministrazione.

Prima ancora che la Costituzione del 1948 esprimesse la disposizione contenuta nell'art. 28¹, il legislatore *ante litteram* non aveva ritenuto di occuparsi né della responsabilità della pubblica amministrazione, né di quella civile dei suoi funzionari verso terzi.

La sola disciplina riguardante la materia proveniva dalla giurisprudenza, che inizialmente aveva applicato a tali fattispecie le norme del codice civile relative alla c.d. “*responsabilità indiretta o per fatti altrui*”, muovendo dalla visione che la persona giuridica è incapace di volere e di agire se non mediante la volontà e l'attività che sono proprie soltanto degli individui.

Ne derivava che una responsabilità a carico dell'ente pubblico potesse sorgere solo in base al “rapporto di servizio” che lega la persona fisica alla persona giuridica, in virtù del quale chi beneficia dei vantaggi dell'opera altrui ne deve sopportare anche le conseguenze sfavorevoli (*cuius commoda, eius incommoda*).

Verso la fine dell'800 si è invece affermata la c.d. “*teoria organica*”.

L'indirizzo portante di tale teoria è quello che unisce la capacità giuridica alla soggettività definendo una perfetta coincidenza tra le due nozioni. Ciò fa sì che l'originaria carenza di capacità di agire della persona giuridica può essere rimossa attraverso un principio organizzatorio.

Pertanto, il rapporto di servizio (o rapporto organico) che lega la persona fisica all'ente consente a quest'ultimo di fare propria la volontà e l'attività della persona fisica e di essere così posto in grado di volere e di

¹ Art. 28 Cost.: “funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”

agire e, quindi, anche di realizzare esso stesso la fattispecie d'illecito civile, con il conseguente obbligo di risarcimento del danno cagionato. Tale orientamento conduceva inevitabilmente a considerare la responsabilità come “*responsabilità diretta*” o per fatto proprio, e la disciplina applicabile era quella dell'art. 1151² e dell'art. 1153³ del c.c., del 1865.

Questo nuovo indirizzo risultava di notevole importanza, in quanto, se l'ente veniva ritenuto l'autore dell'illecito, la persona fisica del funzionario agente perdeva importanza nei confronti del terzo danneggiato, che aveva così la possibilità di agire contro un soggetto assai più solvibile, ossia l'ente pubblico.

La Costituzione repubblicana del 1948, con la nuova lettera dell'art. 28 mutava nuovamente prospettiva ponendo, invece, di fronte al terzo danneggiato la persona fisica dell'agente e ciò allo scopo di rafforzare il rispetto della legalità e, solo in via sussidiaria o solidale, quella dell'ente pubblico, a garanzia della solvibilità e/o concreta risarcibilità del danno subito.

Insomma, un quadro collimante con la “*responsabilità indiretta per fatti altrui*” sancita dall'art. 2049 c.c.⁴ i cui presupposti affinché ciascuno risponda dei danni cagionati a terzi dalle persone che impiega al proprio

² Art. 1151 del cod. civ. del 1865: “Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno”.

³ Art. 1153 del cod. civ. del 1865: “Ciascuno parimente è obbligato non solo pel danno che cagiona per fatto proprio, ma anche per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali deve rispondere, o colle cose che ha in custodia. Il padre e in sua mancanza la madre sono obbligati pei danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi. I tutori pei danni cagionati dai loro amministrati abitanti con essi. I padroni ed i committenti pei danni cagionati dai loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze alle quali li hanno destinati. I precettori e gli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza. La detta responsabilità non ha luogo, allorché i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani provano di non aver potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili.

⁴ Art. 2049 cod. civ.: “I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti”.

servizio, sono: il rapporto di preposizione fra l'autore del fatto dannoso (commesso o preposto) e il responsabile (committente o preponente), ed il danno cagionato dal preposto nell'esercizio delle incombenze alle quali è adibito.

È chiaro che la disciplina della responsabilità assumeva fisionomie affatto esaurienti.

Malgrado ciò anche se il dettato della norma dell'art. 28 Cost. non è certo perspicuo, il richiamo alle applicazioni delle "leggi civili" in esso contenuto avrebbe permesso di completare la fattispecie dell'illecito lacunosamente disciplinato con l'indicazione solo del requisito della "lesione dei diritti".

Così, per identificare gli altri requisiti, bastava riferirsi all'art. 2043 c.c. ove tali elementi sono contenuti.

Identificata, quindi, l'*iniuria* (la condotta imputabile all'agente; il danno, ossia il pregiudizio economico; la dolosità o colposità della condotta; il nesso di causalità tra la condotta e il danno) affinché sorga l'obbligo di risarcimento in capo alla pubblica amministrazione, è necessario che tra questa e l'agente ci sia un *rapporto di servizio* (o un *rapporto organico*, cioè una relazione di immedesimazione organica), presupposto necessario per l'estensione della responsabilità (intesa come solidale) agli enti pubblici di cui all'art. 28 Cost.; altro requisito necessario è che l'illecito sia stato commesso dalla persona fisica nell'esercizio delle incombenze inerenti al posto ricoperto.

Tale nuovo orientamento normativo dell'art. 28 Cost. non ha però distolto una parte della dottrina e della giurisprudenza dal continuare a sostenere la tesi della *responsabilità diretta*.

Ciò nonostante il legislatore ordinario che mai si era occupato di disciplinare la fattispecie della responsabilità dei funzionari pubblici, includeva nel T.U. dello "Statuto degli impiegati civili dello Stato" (DPR 3/57) un intero capo (il II del titolo II) dedicato alla responsabilità.

Inoltre, le disposizioni in esso contenute sono state in seguito estese, in via legislativa ed interpretativa, a tutti i soggetti contemplati

nell'art. 28 Cost (funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici); tale disciplina non è stata modificata, in punto di responsabilità, dal D.Lgs 30 marzo 2001, n.165 e dal D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

Così, sotto la rubrica “responsabilità verso terzi”, l'art. 22 del citato decreto, sancisce la responsabilità personale dell'impiegato che cagioni ad altri un danno ingiusto, definendo “*ingiusto*” (art. 23) il danno derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi commessa con dolo o colpa grave”.

Appare subito evidente che tale disciplina è rivolta ad alleggerire la responsabilità civile dei funzionari e dei dipendenti pubblici, attraverso la sostituzione del requisito della *colpa*, di cui all'art. 2043 c.c., con quello della *colpa grave* (che secondo la giurisprudenza, consiste in una “sprezzante trascuratezza dei doveri d'ufficio”), di più difficile prova da parte del terzo danneggiato; limitazione illusoria ed inutile oltre che sospetta *ictu oculi* d'illegittimità costituzionale, se è vera la tesi che il rinvio operato dall'art. 28 Cost. alle leggi civili significa la totale equiparazione di trattamento delle responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici a quella dei privati, che a sua volta contempla, per esempio, quella attenuata dell'art. 2236 c.c., concernenti le prestazioni di particolare difficoltà sotto il profilo tecnico, la c.d. *colpa professionale*.

Ma la giurisprudenza della Corte Cost. con la sentenza n.2 del 1968⁵ ha chiarito i termini della costituzionalità del predetto DPR 3/1957, stabilendo una diversa disciplina rispetto a quella originaria.

La portata di tale sentenza è stata tale che ha permesso l'estendersi della limitazione della responsabilità anche nei riguardi degli enti pubblici. Infatti, visto che era ormai consentito, in base all'interpretazione della Corte costituzionale, limitare mediante leggi

⁵ La Corte Cost con la sentenza n.2/1968, in ordine alla legittimità costituzionale del DPR 3/57, ha stabilito che se una norma legislativa sulla responsabilità del funzionario non la nega totalmente o non esclude del tutto quella dello Stato (o ente pubblico), essa è conforme alla Costituzione, con ciò ammettendo che qualsiasi legge possa sancire una disciplina diversa da quella delle leggi civili, e più favorevoli all'impiegato e all'ente da cui egli dipende, purché non l'annuli in toto.

amministrative la responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici, altrettante limitazioni in via di principio avrebbero dovuto *ex art. 28 Cost.* applicarsi alla responsabilità degli enti pubblici. In tal modo la tutela dei diritti dei terzi, pur garantita dalla Costituzione si sarebbe ridotta a livelli inferiori a quelli esistenti prima di essa⁶.

A correzione di tale “elemento distorsivo”, fu rafforzata la tesi (mai del resto abbandonata) della c.d. *responsabilità diretta* o per fatto proprio della pubblica amministrazione, da ricondursi ad una fattispecie d’illecito diversa rispetto a quella di cui all’art. 28 Cost. sulla responsabilità della persona fisica agente.

Tale fattispecie è individuata in quella prevista dall’art. 2043 c.c. (“*Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”, già del resto invocata prima dell’entrata in vigore della Costituzione), come fonte di obbligazione (risarcimento del danno).

La formulazione, molto ampia, non stabilisce in positivo quali sono i fatti dai quali deriva la responsabilità civile. Essendo una clausola generale alla quale corrisponde un sistema di atipicità dell’illecito civile, spetterà, quindi, al giudice stabilire in concreto quando si è di fronte ad un illecito e di conseguenza, quando il danno è risarcibile.

In tale formulazione l’elemento soggettivo non è quello della *colpa grave*, come stabilisce l’art. 23 del DPR 3/1957, bensì la *colpa dell’uomo medio* che è un grado più attenuato di colpa. Non solo: la *colpa grave* veniva richiesta soltanto ove si trattasse di attività c.d. *materiale* dell’ente pubblico, non invece quando il danno derivasse da un atto amministrativo o dalla sua esecuzione.

Tuttavia la motivazione della sentenza della Corte Costituzionale non convinceva.

Ed infatti quando si affermava che la colpa è nel caso di per sé ravvisabile nella violazione della norma operata consapevolmente con la

⁶ F. MERUSI, “*Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*”, Milano, Editore: Editoriale Scientifica

emanazione e con la esecuzione dell'atto amministrativo, senza che l'amministrazione possa giovare dell'*errore scusabile* dei propri funzionari⁷, si adottava una nozione di colpa abnorme, facendo coincidere la colpa con la volontarietà dell'atto, in palese contrasto con la definizione datane dall'art. 43 c.p.⁸.

La dottrina a tal proposito non ha lesinato riflessioni critiche⁹, osservando che una cosa è la colpa dell'amministrazione, un'altra è il comportamento colpevole dell'agente. Infatti, il comportamento colpevole dell'agente non è necessario per imputare la responsabilità della p.a., giacché sarebbe stato a tal fine sufficiente la semplice violazione di legge, regolamento, ordini, discipline (art.43 c.p.).

In sintesi, l'impostazione giurisprudenziale tradizionale, formatasi prima della sentenza delle Sezioni Unite n.500/1999, risolveva la questione ritenendo la colpa dell'amministrazione insita nell'esecuzione di un provvedimento amministrativo illegittimo¹⁰.

⁷ Cass. Sez. I°, n.3293/1994. L'orientamento, prima della svolta rappresentata dalla sentenza n. 500/99 della Corte di Cassazione, riteneva sufficiente, in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, la mera illegittimità dell'atto. La Suprema Corte (si veda, fra le altre, sent. n. 3293/1994) nel distinguere fra attività materiale ed attività provvedimentoale ha ritenuto che fosse sufficiente la sola illegittimità dell'atto per far sorgere la responsabilità ex art. 2043 cc. In Cass. n. 5883/91 si è statuito che, in ordine all'attività provvedimentoale, non occorre che sia ricercato un comportamento colpevole ascrivibile all'agente e si precisa che, così ragionando, non si afferma né la natura oggettiva – e perciò speciale - della responsabilità della pubblica amministrazione né si opera una restrizione delle condizioni normalmente richieste ai sensi dell'art. 2043 cc..

⁸ Art. 43 c.p. Elemento psicologico del reato: “Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico.

⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni problematiche su alcuni elementi dell'illecito* in Le responsabilità Pubbliche di Sorace, Padova, 1998, pagg.215 e ss. gg.

¹⁰ Per un analitico esame degli orientamenti della giurisprudenza v. F. GARRI, *La*

Pertanto, secondo tale ricostruzione, l'illegittimità dell'atto amministrativo portato ad esecuzione, integrava, di per sé, gli estremi della colpevolezza, postulata dall'art. 2043 c.c. per la costituzione dell'obbligazione risarcitoria.

La nozione di *culpa in re ipsa* si fondava, in particolare, sul rilievo che la semplice adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo da parte di un soggetto dotato di capacità istituzionale e di competenza funzionale concretasse quella consapevole violazione di leggi, regolamenti o norme di condotta non scritte nella quale si risolve la colpa, secondo la definizione del suo contenuto essenziale fornita dall'art. 43 c.p.¹¹.

Tali conclusioni non erano affatto isolate e si integravano perfettamente nel panorama europeo.

Infatti, ad esempio, fino alla fine degli anni 60 la giurisprudenza del Conseil d'Etat francese nel paese intento di agevolare forme di garanzia sociale a favore dell'amministrato, affermava la coincidenza tra illegittimità del provvedimento amministrativo e fatto illecito colposo della Pubblica amministrazione «toute illégalité constitue par elle-même une faute»¹².

La categoria concettuale della presunzione assoluta di colpa (di questo in sostanza si trattava), concepita dalla giurisprudenza anche per semplificare l'accertamento dell'illecito e per favorire la tutela risarcitoria del privato danneggiato (altrimenti onerato di una prova complessa e priva di parametri certi), è persa, con il passar del tempo, incompatibile con i principi generali della natura personale della responsabilità civile e del carattere eccezionale di quella oggettiva, risolvendosi, a ben vedere, nell'ingiusta assegnazione all'amministrazione di un trattamento peggiore

responsabilità civile della pubblica amministrazione, Torino, 2000

¹¹ La ricostruzione è operata in tali termini da Consiglio di Stato, sez. IV, 06 luglio 2004, n. 5012

¹² Sul punto v. G. MICARI, *Colpa della pubblica amministrazione, hoheitsverwaltung (attività autoritativa) e pericolosità del provvedimento amministrativo (art. 2050 c.c.)*, in *Giur. merito* 2006, 9

rispetto a quello degli altri soggetti di diritto¹³.

Siffatto orientamento, anche se aveva subito eccezioni (Cass., n.5883/1991¹⁴), è stato abbandonato con l'importante sentenza n.500 del 22 luglio 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁵, e con la l. n. 205/2000¹⁶, che hanno rispettivamente affermato e positivizzato la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo, inteso quale posizione giuridica di vantaggio di pari dignità rispetto al diritto soggettivo.

L'enorme espansione dell'area della risarcibilità che ne è conseguita ha in particolare stimolato la teorizzazione di quella che è stata definita "*rete di contenimento*"¹⁷ della responsabilità, inducendo la giurisprudenza e la dottrina ad individuare una peculiare nozione di "*colpa d'apparato*", concernente profili di imputabilità riferiti non già al funzionario agente (a titolo di negligenza o imperizia), ma alla pubblica amministrazione nella sua dimensione organizzativa e gestionale,

¹³ Corso G., La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza, (con G. Fares), Torino 2009;

¹⁴ Cass., n.5883/1991

¹⁵ Sentenza n.500 del 22 luglio 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione □ ove è affermato che il giudice dovrà effettuare, in tale ipotesi, un'indagine estesa alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza od imperizia), ma della pubblica amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile "nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limite esterni alla discrezionalità". Tale sentenza dalla portata storica ammette definitivamente ed in via generale la risarcibilità degli interessi legittimi attraverso una generale rimeditazione della portata dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 cc ed, in particolare, attraverso l'ampliamento della nozione di danno ingiusto originariamente limitata alla violazione di diritti soggettivi.

¹⁶ La l. n. 205/2000, all'art. 7, ha confermato la risarcibilità diffusa degli interessi legittimi, devolvendo però la giurisdizione in tema di risarcimento del danno derivante dalla loro lesione al giudice amministrativo, il giudice naturale dell'interesse legittimo indicato dalla Costituzione.

¹⁷ L'efficace espressione è proposta da F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 265 ss

ravvisabili “nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi”¹⁸.

Il significato di questo profilo di colpevolezza non ha convinto pienamente la dottrina¹⁹, e soprattutto non ha convinto la giurisprudenza amministrativa²⁰ che, stretta dalla concretezza delle problematiche relative all'*onus probandi* ed alla sua diabolicità²¹, è andata *oggettivizzando* (non già la responsabilità, ma) la nozione di *colpa*, ravvisandola nella gravità del contrasto con l'ordinamento desumibile da alcuni indici²².

Anche tale ricostruzione ha però prestato il fianco a serrate critiche,

¹⁸ L'espressione è quella utilizzata da Cass. SSUU, 22 luglio 1999, n. 500.

¹⁹ Le reazioni della dottrina ed i profili critici di siffatta impostazione sono efficacemente sintetizzati da M.A. SANDULLI, *La responsabilità della Pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2005.

²⁰ Si veda la serrata critica contenuta in Consiglio di Stato, sez. IV, 06 luglio 2004, n. 5012 cit. “La colpa d'apparato sembra, quindi, coincidere con la verifica di una disfunzione della funzione amministrativa, determinata dalla disorganizzazione nella gestione del personale, dei mezzi e delle risorse degli uffici cui è imputabile l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo. Senonchè, se tale è il carattere essenziale della colpa d'apparato la stessa si rivela impropriamente introdotta nella struttura dell'illecito, sia perché l'eventuale disorganizzazione amministrativa e gestionale non è necessariamente causa dell'illegittimità dell'atto, sia perché la stessa risulta essenzialmente estranea al profilo psicologico dell'azione amministrativa immediatamente produttiva del danno e, quindi, al campo d'indagine riservato al giudice chiamato a pronunciarsi sulla pretesa risarcitoria. Non solo, ma la descrizione (appena riferita) dei requisiti della colpa omette qualsiasi considerazione e valorizzazione di circostanze esimenti, con ciò precludendo, di fatto, proprio quella penetrante indagine della riferibilità soggettiva del danno alla colpevole azione amministrativa che si raccomanda contestualmente al giudice del risarcimento”

²¹ “Ancorata, sino agli anni '90, al concetto di *ingiustizia* e alla distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi, l'attenzione della dottrina e la giurisprudenza appare attualmente appuntarsi sull'analisi specifica di singoli aspetti della responsabilità: la colpa e la sua prova, l'ingiustizia e gli interessi risarcibili, gli interessi pretensivi e il giudizio prognostico, il rapporto tra vizi formali e sostanziali, tra procedimento e responsabilità”. La riflessione è di E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà ed uguaglianza*, in *Dir. Amm.*, 2009, 3, 251

²² Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2005 n. 32; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478 e Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006 n. 3981.

risultando evidente il rischio che l'agevolazione dell'onere probatorio potesse portare ad una restrizione dell'area della responsabilità alla sola *colpa grave*. Si è così iniziato a discorrere di “*scusabilità dell'errore*”, in una prospettiva tutta giuridica, per il caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata, etc.

Sotto il versante legislativo, prima della sent. 500/99, le norme comunitarie hanno concorso a formare nell'ordinamento italiano un'ipotesi di responsabilità per la lesione di interessi legittimi, che ha inferto un colpo al sistema basato sul principio che l'azione risarcitoria del privato nei confronti della pubblica amministrazione richiedeva atti o comportamenti di quest'ultima non solo illegittimi, ma anche illeciti, lesivi di diritti soggettivi.

L'impatto di tale previsioni sull'ordinamento nazionale ha fatto sì che oggi (dopo un processo graduale nato proprio a seguito dell'impulso comunitario) trovino tutela risarcitoria anche situazioni soggettive di *interesse legittimo pretensivo*²³, e posizioni di *interesse legittimo oppositivo*²⁴.

Ed infatti mentre la giurisprudenza nazionale ammetteva la risarcibilità delle situazioni soggettive lese dalla pubblica amministrazione con provvedimenti illegittimi, quali ad esempio l'espropriazione, l'annullamento o la revoca della licenza edilizia o della licenza di commercio o ancora la sospensione di attività economica già autorizzata, ecc, la normativa comunitaria sugli appalti estendeva la tutela risarcitoria a situazioni soggettive assimilabili a quelle rispetto alle

²³ L'interesse legittimo pretensivo consiste nel potere del soggetto di pretendere una utilità derivante dal legittimo esercizio di una pubblica potestà. Esso è diretto al conseguimento di uno specifico provvedimento amministrativo e della relativa e connessa utilità sostanziale..

²⁴ L' *interesse legittimo oppositivo* è volto ad impedire provvedimenti amministrativi lesivi delle proprie situazioni soggettive e ciò sia in via preventiva sia, in via successiva, con ricorsi amministrativi o giudiziali volti alla rimozione del provvedimento amministrativo illegittimamente adottato.

quali la giurisprudenza nazionale escludeva ancora la risarcibilità e di cui invece i singoli potevano usufruire a fronte di un provvedimento illegittimo di diniego di concessione edilizia o di licenza di commercio, di autorizzazione all'esportazione, ecc.

Ne è derivato, quindi, che l'esigenza di adeguare l'ordinamento nazionale al diritto produttivo comunitario ha fatto sì che venisse riconosciuto il diritto al risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, che tradizionalmente costituiva una fortissima *deminutio* nella tutela dei soggetti contrapposti all'esercizio di un potere pubblico.

In attuazione della direttiva ricorsi n. 665/1989, è stato introdotto l'art.13 della Legge n. 142/1992 in tema di appalti di lavori e forniture²⁵, che riconosceva il diritto al risarcimento del danno a seguito dell'annullamento di un'aggiudicazione illegittimamente disposta a favore di un altro concorrente.

L'introduzione dell'art. 13 ha in parte convinto la giurisprudenza, la quale ha ammesso che *“come risulta evidente dal testo della norma [...] e dal suo collegamento con la direttiva comunitaria cui essa ha dato attuazione, la disposizione di cui al primo comma ha natura sostanziale, attribuendo ai soggetti ai quali l'ente pubblico ha cagionato un danno, nelle circostanze ed alle condizioni indicate, il diritto al risarcimento. Viene così riconosciuta per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano la risarcibilità – sia pur nei limiti precisati dalla norma- del danno derivante da atti della pubblica amministrazione lesivi di interessi legittimi (quali sono di regola le posizioni soggettive di cui sono titolari i partecipanti ad una gara di appalto pubblico nel corso della relativa procedura, fino all'aggiudicazione dei lavori)”*²⁶.

²⁵ L'art. 13 della Legge n. 142/1992 ha previsto che *“i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno”*. Il secondo comma precisa che *“l'azione di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da parte di colui che ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo”*,

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 3480 del 1998.

A corroborare la posizione del privato nei riguardi dei pubblici poteri, il legislatore è intervenuto sia con la legge 7 agosto 1990, n. 241, mediante le norme sulla partecipazione procedimentale e sull'accesso agli atti, sia con la lettera dell'art. 32 "Definizione delle controversie" della legge 11 febbraio 1994, n. 109 "Legge quadro in materia di lavori pubblici"²⁷, allo scopo di tutelare in via risarcitoria l'interesse legittimo.

Tuttavia la giurisprudenza maggioritaria si orientava diversamente rispetto alla via intrapresa dal legislatore, ritenuta limitativa.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale *"il principio generale della irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo non può ritenersi superato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 13 della Legge 19 febbraio 1992, n. 142, che, in attuazione della direttiva del consiglio CE n. 665-89 del 21.12.1989, ha attribuito il risarcimento del danno ai soggetti lesi da atti compiuti dalla pubblica amministrazione, in violazione del diritto comunitario, in materia di aggiudicazione di appalti, trattandosi di innovazione espressamente limitata al settore della aggiudicazione degli appalti, come confermato dalla successiva legislazione in materia ed in particolare dall'art. 32, terzo comma, della Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di appalti pubblici) che estende espressamente il principio innovativo alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della nuova legge sui lavori pubblici e del relativo regolamento e dall'art. 11 lett. I della Legge 22 febbraio 1994, n. 146 (legge comunitaria per il 1993²⁸) che testualmente*

²⁷ Art. 32. "Definizione delle controversie": 1. Qualora insorgano controversie relative ai lavori pubblici le parti ne danno comunicazione al responsabile del procedimento che propone una conciliazione per l'immediata soluzione della controversia medesima. 2. Qualora le parti non raggiungano un accordo entro 60 gg. dalla comunicazione di cui al comma 1, la soluzione è attribuita al giudice competente; dinanzi al giudice ordinario, nel caso dei lavori in corso, si applicano gli articoli 413 e seguenti del c.p.c.. Nei capitolati generali o speciali non può essere previsto che la soluzione delle controversie sia deferita ad un collegio arbitrale ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile.

3. La procedura di cui all'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, si applica anche alle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della presente legge e del regolamento. L'ordinanza di sospensione di cui all'articolo 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, emessa a seguito di ricorsi relativi ad esclusioni da procedure di affidamento di lavori pubblici, non può avere durata superiore a sei mesi.

²⁸ L'art. 11 lett. I della Legge 22 febbraio 1994, n. 146

estende la disposizione anche agli appalti di servizio”.

Orbene, la diversa visione della succitata giurisprudenza faceva leva e valutava negativamente l'intervento legislativo ritenuto limitativo, giacché rivolto solo a settori delimitati e non di più ampia portata.

Un cambio di direzione si avrà solo con l'art. 35 del D.Lgs. n.80/1998²⁹, mediante il quale il diritto al risarcimento cominciava ad essere considerato come una “*forma di tutela*” sostanziale. Tale articolo estese l'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per “*blocchi di materie*”, ed affermò la competenza di tale giudice a disporre nelle controversie devolute a tale giurisdizione sul *risarcimento del danno ingiusto*.

Dal quadro normativo e giurisprudenziale prima delineato, nasce la rivoluzionaria sentenza n. 500/1999, con la quale la Corte ha eliminato ogni assioma sull'irrisarcibilità dell'interesse legittimo ed ha affermato

“Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee” - Legge comunitaria 1993, prevedere l'estensione delle disposizioni di cui agli articoli 12 e 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, anche agli appalti di servizi.

²⁹ L'art. 35 del D.Lgs. n.80/1998, prevede che “Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. 2. Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali la pubblica amministrazione o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, n. 4, del testo unico approvato col R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta. 3. Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al R.D. 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio. 4. L'articolo 7, terzo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e' sostituito dal seguente: "Il tribunale amministrativo regionale, nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conosce anche di tutte le questioni relative a diritti. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso". 5. Sono abrogati l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1.

che il diritto al risarcimento del danno è tutelabile davanti al giudice competente secondo il criterio tradizionale della *causa pretendi*. L'art. 2043 c.c. è stato, quindi, individuato come norma primaria a fondare la richiesta risarcitoria come forma ordinaria di tutela del diritto alla reintegrazione del patrimonio, e come tale affidata alla competenza del giudice ordinario³⁰.

Dopo che per decenni la stessa Corte aveva negato la risarcibilità della lesione all'interesse legittimo, con tale sentenza ribalta il tradizionale orientamento con un repentino cambiamento di opinione (*revirement*), riconoscendo così lo storico principio della risarcibilità dell'interesse legittimo³¹.

In tal modo la Corte di Cassazione riconosce la necessità di rivedere il proprio consolidato orientamento, anche alla luce della sensibilità dimostrata dal legislatore circa il problema del risarcimento del danno per violazione dell'interesse legittimo.

In particolare, viene esplicitato dalla Corte il significato di *danno*

³⁰ Come ha rilevato dal parte della dottrina, “*il ribaltamento del principio tradizionale era ormai nell'aria ed era comunque ineludibile; e ciò non soltanto sotto la spinta dell'incalzante diritto comunitario, ma anche per effetto dei poteri attribuiti al giudice amministrativo dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998 nelle nuove e vaste (ma generiche) materie ormai rientranti nella giurisdizione esclusiva*”.

³¹ Nella pronuncia si legge testualmente che “*Non possono, infatti, essere ignorati: a) il radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che ha criticato i presupposti dell'affermazioni, individuati nella tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. e denunciato come iniqua la sostanziale immunità della Pubblica Amministrazione per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina; b) il progressivo formarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l'area della risarcibilità ex art. 2043 c.c., sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, che nei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione, valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante (elevato ad interesse direttamente tutelato); c) le perplessità più volte espresse dalla Corte Costituzionale circa l'adeguatezza della tradizionale soluzione fornita dall'arduo problema (sent. 35/1980; ord. 165/1998); d) gli interventi legislativi di segno opposto alla risarcibilità, culminati nel D.Lgs. n. 80 del 1998, che nell'operare una cospicua redistribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, ha attribuito in significativi settori al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto*”.

ingiusto, il quale è configurabile in una qualsiasi conseguenza pregiudizievole che incide negativamente sulla sfera giuridica del soggetto danneggiato, e che trova causa nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento giuridico, sia che esso assuma la forma e la sostanza del diritto soggettivo, sia che esso si presenti come interesse legittimo.

Riguardo poi all'illecito per lesioni di interessi legittimi, la Corte introduceva il principio di parità tra i diversi interessi in gioco: quello individuale del privato rispetto all'interesse generale rappresentato dalla pubblica amministrazione³²

La suddetta affermazione sanciva il superamento di quelle teorie che nella dualità tra illegittimità e illiceità hanno individuato i confini della responsabilità della pubblica amministrazione, escludendola per la prima forma di anti-giuridicità, nel caso in cui sono violate norme di tutela dell'interesse pubblico (norme di azione che incidono sull'agire della pubblica amministrazione), e riconoscendola nella seconda forma di anti-giuridicità, quando invece sono violate norme il cui fine di tutela è l'interesse del singolo (norme di relazione, che individuando l'azione della pubblica amministrazione e gli interessi dei privati li mettono in relazione indicando le strade che la pubblica amministrazione deve seguire affinché tali interessi non vengano violati).

Pertanto, l'evidente conclusione è che nel caso di attività provvedimentoale l'anti-giuridicità del comportamento si sostanzia nella violazione delle norme e dei principi che disciplinano l'attività medesima, senza l'ulteriore necessità di accertamento di profili di anti-giuridicità.

Ma tale soluzione sembrava contraddetta dalla stessa Corte quando

³² Con specifico riferimento all'illecito per lesione di interessi legittimi, la Suprema Corte ha affermato che *“nel caso di conflitto tra interesse individuale perseguito dal privato ed interesse ultraindividuale perseguito dalla PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, la soluzione non è senz'altro determinata dalla diversa qualità dei contrapposti interessi, poiché la prevalenza dell'interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l'azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, e non anche quando è contraria a tali principi”*.

precisava che il risarcimento poteva avvenire solo se l'attività illegittima della pubblica amministrazione aveva creato un pregiudizio dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo era collegato. Significava che la lesione dell'interesse legittimo non era bastevole per l'accensione della tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché era indispensabile che risultasse leso anche l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che detto interesse al bene fosse meritevole di tutela dall'ordinamento positivo.

Dopo la sent. 500/99 la giurisprudenza, pur dibattendo della struttura della colpa e del relativo onere probatorio, ha sposato in via maggioritaria l'indirizzo volto ad affermare la natura aquiliana della responsabilità della p.a., anche se, specialmente nel periodo a cavallo del 2003, parte della stessa giurisprudenza amministrativa³³ ha mostrato una discreta apertura verso la “*responsabilità da contatto*”³⁴, spinta

³³ Il riferimento è a Cons. St., sez. VI, 20 gennaio 2003, n.204: ANNULLAMENTO STATALE DEL NULLA OSTA PAESAGGISTICO E RISARCIMENTO DEL DANNO (sulla natura e sulla estensione del potere statale di annullare il nulla osta paesaggistico rilasciato in sede regionale, sui presupposti per ritenere risarcibili gli interessi legittimi pretensivi e sull'insussistenza dell'elemento psicologico nel caso di errore scusabile della PUBBLICA AMMINISTRAZIONE)

Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n.157: dall'art. 35, comma 4, del D.Lgs 80/98, nel testo sostituito dall'art. 7 della legge 205/2000, è desumibile attese sia l'ampiezza della formulazione, sia in riferimento ai diritti consequenziali, che tradizionalmente emergono dopo l'annullamento dell'atto illegittimo, sia l'esiguità della riserva di giurisdizione ordinaria fatta salva nella seconda parte della disposizione, il riconoscimento legislativo del principio già operante nell'ordinamento e come tale affermato nella sentenza Cass. 500/99 S.U., della risarcibilità di interessi che, attribuita alla cognizione del giudice amministrativo, sono diversi dai diritti soggettivi.

³⁴ Il contatto sociale si pone nel nostro ordinamento come momento fattuale, prima ancora che giuridico, in grado di instaurare una relazione contrattuale fra soggetti a prescindere dalla sussistenza di un contratto in senso stretto. Con il termine “contatto sociale” ci si vuole riferire alle ipotesi di rapporto contrattuale di fatto, ossia a quelle ipotesi in cui un rapporto nasce sul piano sociale e nella sua fase fisiologica e funzionale rimane sul piano del fatto e in questo dovrebbe esaurirsi, ma che, a fronte di una patologia nel rapporto, viene portato a conoscenza dell'interprete che, dovendolo tradurre sul piano del diritto, lo qualifica come **rapporto di natura contrattuale**. In questi casi, appunto, si parla di rapporti contrattuali di fatto, ossia di rapporti contrattuali senza che, però, vi sia un contratto in senso proprio. Al riguardo, la giurisprudenza è orientata a favore dell'applicabilità ai danni sofferti da una delle parti del modello della responsabilità contrattuale, ritenendo che tra le stesse sorga comunque un rapporto obbligatorio da “contatto sociale”.

dall'esigenza di alleviare l'onere probatorio del danneggiante e di dare protezione ai c.d. *interessi procedurali*³⁵.

Tale apertura, tuttavia, è stata criticata da parte della dottrina e della giurisprudenza maggioritaria.

Ed invero, secondo tale orientamento, sostenere la possibilità di ammettere un'obbligazione senza prestazione primaria, rappresenterebbe una contraddizione in termini tra l'esistenza di obblighi collaterali o accessori (c.d. di protezione) e l'inesistenza stessa della prestazione³⁶.

La ricerca di un terzo tipo di responsabilità, ha invece portato a nuovi percorsi da parte della dottrina e da qualche isolata pronuncia giurisprudenziale. Si parla della tesi della "*responsabilità da esercizio di attività pericolosa*"³⁷, e della tesi della "*responsabilità speciale*"

La prima considera la responsabilità da attività provvedimento una sottospecie di quella aquiliana.

Secondo questa tesi, la responsabilità della pubblica

³⁵ Si parla di interessi procedurali con riferimento al complesso di poteri e facoltà, riconosciuti in via generalizzata dalla Legge n. 241/1990, rilevando quindi non solo l'interesse del privato alla tempestiva conclusione del procedimento mediante un'espressa determinazione della pubblica amministrazione, ma anche il complesso di facoltà preordinate ad assicurare la partecipazione procedimentale.

³⁶ L'elaborazione della categoria degli obblighi di protezione accessori alla obbligazione primaria di prestazione, si deve essenzialmente alla dottrina tedesca, a partire dal notissimo «congedo» di H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Archiv civ. Praxis*, 136, 1932, 258 ss. (poi ampliata in *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen 1936), e trova oggi un posto di rilievo nel sistema tedesco della responsabilità: per tutti, ESSER, *Schuldrecht I*, Heidelberg, 1995, 398 ss. Per la dottrina italiana si veda invece CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani* che così ricostruisce la fattispecie: «Secondo tale filone dottrinale, che in Germania costituisce la totalità della letteratura in tema di obbligazione e in Italia ha invece faticato ad attecchire, l'obbligazione non è un rapporto a struttura lineare ai cui poli si situano il debito e il credito dal lato attivo, bensì una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*) la cui funzione complessiva è di pilotare il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare. Poiché l'utilità del risultato non riguarda solo il creditore, in quanto se per quest'ultimo essa consiste nel conseguimento della prestazione, per il debitore coincide con l'estinzione del un *vinculum iuris*, tali obblighi, a differenza dell'obbligo principale (di prestazione), sono suscettibili di gravare su ambedue le parti del rapporto, sul debitore e sul creditore».

³⁷ G. MICARI, *Colpa della PA e pericolosità del provvedimento amministrativo*, *Giur. Merito*, 2006, 9

amministrazione rappresenterebbe un'ipotesi di *responsabilità oggettiva* configurabile nella situazione in cui la persona fisica agente può essere responsabile di un illecito, anche se questo non deriva direttamente da un suo comportamento e non è riconducibile al dolo o alla colpa del soggetto stesso.

Di contro, la tesi della “*responsabilità speciale*” è incline a propendere per la natura peculiare della responsabilità provvedimentoale, deducendone un *tertium genus*, diverso dal paradigma aquiliano e da quello contrattuale. Non è mancata qualche autorevole pronuncia giurisprudenziale in tale direzione³⁸.

Il modello della responsabilità speciale quale terzo tipo di responsabilità è stato criticato dalla dottrina prevalente, giacché ritenuto praticamente di scarsa utilità, non esistendo nessuna disciplina di riferimento per regolare il modello proposto.

Tuttavia, oggi tale conclusione deve essere riconsiderata dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (D.Lgs 2 luglio 2010, n. 104).

È emersa infatti una nuova struttura normativa della *colpa*, la vera chiave di lettura del processo³⁹.

³⁸ V. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, secondo il quale “quanto alla natura della responsabilità del Ministero ed alle sue conseguenze, ritiene la Sezione che, 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:

- 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 articoli 1218 e ss. del codice civile);

- 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).

³⁹ Il profilo della colpa “riveste un'importanza particolare non solo in sé considerato e per la sua incidenza in ordine alla concreta definizione dell'area del danno risarcibile ma anche per la sua centralità sistematica di fattore in grado di spiegare, in relazione a ciascun soggetto e alla sua posizione nell'ordinamento, i fondamenti e le ragioni della sua propria responsabilità Anche se riferito al più ristretto ambito dell'amministrazione il tema non può dunque essere sganciato da questo contesto, pena

La natura attizia del *facere* della pubblica amministrazione, l'assunto per il quale anche l'interesse legittimo è posizione giuridica la cui lesione merita ristoro, ha indotto il legislatore a definire la condotta tipica colpevole individuandola all'art. 30 del c.p.a. nell'"*illegittimo esercizio dell'attività*"⁴⁰.

In particolare al comma 2 del predetto articolo si sancisce che: "*Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*". Mentre al comma 3 si disciplina la modalità di richiesta del risarcimento del danno: "*La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di 120gg decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni*

la costruzione di un modello formale di responsabilità, indifferente al ruolo istituzionale dell'amministrazione e alle odierne caratteristiche della posizione del cittadino rispetto al potere pubblico". Così E. SCOTTI, *op. cit.*

⁴⁰ Art. 30 "Azione di condanna": 1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'art 2058 c.c., può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica. 3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a 120gg dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”.

Ebbene nessun riferimento al dolo o alla colpa generica è stato fatto dal legislatore e ciò a differenza di quanto previsto in materia di inerzia lesiva(Cfr. Art. 31 c.p.a.) , per la quale è invece espressamente richiesto che la violazione del termine sia “colpevole”⁴¹.

Ed infatti in quest’ultima ipotesi la violazione del termine traccia un comportamento negativo qualificato dall’ordinamento che tuttavia non incide sulla legittimità dell’atto tardivamente emesso, ma che può produrre responsabilità solo se frutto di negligenza, come previsto per ogni comportamento lesivo.

È chiaro che il legislatore ha voluto sottolineare che in tema di responsabilità per inerzia, pur essendo la stessa ascrivibile al mancato esercizio di un potere amministrativo, si è dinanzi ad un “comportamento” che deve essere vagliato secondo i canoni soggettivi del dolo e della colpa.

Viceversa la chiara affermazione che il danno può derivare “direttamente dal provvedimento” (comma 3 dell’art 30 cit.), impone al giudice di verificare, ai fini dell’accertamento della responsabilità, solo se il provvedimento dal quale il danno deriva sia o meno illegittimo.

In questo caso la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo, riguarda la *colpa specifica* per violazione di legge o regolamenti o dei principi di ragionevolezza e proporzionalità

41 Art. 31 C.P.A. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità

1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, (1) chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV

che governano l'esercizio dei poteri discrezionali.

Orbene, dinnanzi ad una tipizzazione della condotta colposa rilevante ai fini della responsabilità, occorre chiedersi a questo punto se la definizione stessa di colpa sia compatibile con il concetto di "esimente".

Il rischio è che la lacunosa disciplina pregiudichi ancor più la posizione del privato danneggiato, rendendo più difficoltosa la sua pretesa risarcitoria.

La giurisprudenza non aiuta certo a dissipare ogni dubbio interpretativo, poiché si fonda sul presupposto (coerente con l'impronta soggettiva della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione) che l'illegittimità del provvedimento è solo un indice presuntivo della colpa.

Infatti, secondo la giurisprudenza, *l'errore scusabile è rilevante e si configura nei seguenti casi: contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma; formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; rilevante complessità del fatto*⁴².

Allora occorrerebbe individuare dei casi in cui si profila una "illegittimità non colposa", la cui natura nega al soggetto leso nelle sue legittime aspettative il diritto al ristoro.

Quindi, l'attenzione dovrebbe essere posta non sulla condotta tipica colpevole ma sull'imputabilità della condotta tipica riferendola alla situazione giuridica dell'inevitabilità o della scusabilità dell'errore sulla norma.

In questa chiave giuridica solo l'errore interpretativo, se inevitabile

⁴² Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI - sentenza 9 giugno 2008 n. 2751. Nella sentenza il Consiglio di Stato, pur rimanendo fedele alla tesi della natura aquiliana della responsabilità è giunto ad affermare che la presunzione di colpa nasce sulla base della illegittimità del provvedimento amministrativo. In altri termini dimostrata la sussistenza di un vizio di legittimità, l'onere della prova sulla colpa si capovolge, e spetta all'amministrazione la dimostrazione della inevitabilità con la normale diligenza del vizio che affligge il provvedimento. In tal modo, il giudice amministrativo pone sostanzialmente a carico della pubblica amministrazione l'onere di dimostrare l'esistenza di un errore scusabile

o scusabile, potrebbe costituire un'esimente idonea ad escludere la responsabilità.

In altri termini, se l'amministrazione ha emanato un atto ritenuto dal giudice di legittimità lesivo di interessi privati, ma che l'amministrazione aveva emesso in coerenza con una consolidata interpretazione della norma, è evidente che non può esserci pretesa risarcitoria.

Lo stesso ragionamento vale anche nell'ipotesi in cui la norma è mal formulata od oscura, tanto che la stessa giurisprudenza ne ha fornito una interpretazione mutevole ed instabile.

Tutti i suddetti elementi riguardano la chiara delineazione del significato e dell'ambito di applicazione della norma, ed il criterio di giudizio secondo il quale è vagliata la fondatezza della colpa dell'amministrazione⁴³.

Non si è quindi al cospetto di una causa soggettiva di esclusione della colpa (cause in presenza delle quali viene meno la colpevolezza, cioè l'elemento soggettivo), ma dinanzi ad un'oggettiva incertezza del criterio normativo che delinea il comportamento diligente dovuto.

In conclusione, potremmo affermare che, ferma restando la *natura aquiliana della responsabilità provvedimentoale della pubblica amministrazione*, sono ormai intervenuti fattori che ne rendono del tutto speciale il regime: la giurisprudenza amministrativa ha iniziato ad *oggettivare la colpa*; il legislatore ha introdotto un peculiare statuto normativo della responsabilità provvedimentoale, in un'ottica tutta normativa della colpa, la Corte di Giustizia ha ricordato i motivi che giustificano ed impongono a livello comunitario un accertamento svincolato dai profili della colpa, in sé ravvisabile nella stessa violazione della norma da parte dell'amministrazione.

⁴³ La questione della scusabilità dell'errore interpretativo è trattata da M.A. SANDULLI, *La Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino? (note a margine di Cass. SS. UU. 13 giugno 2006 nn.13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di CGUE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati)*, in *Federalismi.it*, 2006. L'autrice in particolare sottolinea l'inevitabilità dell'errore in presenza di norme legislative spesso poco comprensibili.

In un quadro del genere, continuare a ragionare di fatto illecito e di colpa nella consueta accezione, salvo poi, nella concreta applicazione, dare rilievo a fattori oggettivi che attengono non già al comportamento della pubblica amministrazione ma al grado di chiarezza delle norme o alla instabilità degli orientamenti ermeneutici e continuare a sostenere che la responsabilità provvedimentoale è comune responsabilità aquiliana, significa rinunciare a leggere, nella giusta e nuova chiave, la metamorfosi già da tempo in atto.

2. I DIVERSI MODELLI DI RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE DELINEATI IN SEDE DOTTRINARIA E GIURISPRUDENZIALE

2.1 LA RESPONSABILITÀ AQUILIANA

Come sopra esposto, l'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza propende per la natura extracontrattuale della responsabilità della p.a.

Ed invero, in Italia, la responsabilità di diritto comune della pubblica amministrazione è regolata dagli stessi articoli del codice civile validi per i rapporti tra i privati.

La responsabilità è sempre diretta e mai indiretta, cioè si applica la responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e non la responsabilità dei padroni o committenti ex art. 2049 c.c. , e ciò in quanto i fatti compiuti dai funzionari o dagli uffici sono considerati come propri di tutta la pubblica amministrazione in virtù del rapporto di immedesimazione organica .

Un elemento che concorre all'individuazione della responsabilità è la sua imputazione ad un comportamento doloso o colposo della pubblica amministrazione. Infatti, la pubblica amministrazione può essere chiamata a rispondere del proprio agire o della propria inerzia qualora vengono accertati l'ingiustizia del danno, l'esistenza di un nesso causale tra l'evento ed il comportamento illegittimo dell'ente pubblico, e la

sussistenza di un comportamento doloso o colposo non del funzionario, bensì dell'amministrazione-apparato.

Orbene, l'elemento soggettivo, tra gli elementi della fattispecie prevista dall'art. 2043 c.c. è quello che presenta maggiori difficoltà di applicazione nel caso di responsabilità della pubblica amministrazione .

Sotto tale profilo giova rilevare come la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 500/99 abbia recuperato l'effettività dell'elemento soggettivo.

Prima della predetta sentenza , la giurisprudenza allora consolidata riscontrava la colpa *in re ipsa* nel fatto di dare esecuzione volontaria ad un atto amministrativo illegittimo.

Ed invero la giurisprudenza della Cassazione, a partire dagli anni '80, dopo aver introdotto un'importante distinzione in materia di responsabilità, tra attività di diritto comune ed attività provvedimento della pubblica amministrazione , specificava che in materia di attività provvedimento l'attore non era tenuto a dimostrare l'esistenza di un comportamento colpevole del singolo funzionario pubblico, dal momento che la sussistenza della colpa dell'ente pubblico è, di per sé, ravvisabile nella violazione della norma consapevolmente operata con l'emanazione o con l'esecuzione dell'atto amministrativo.

Si assiste così ad una svalutazione dell'atteggiamento psicologico delle persone fisiche intervenute nel processo di volontà dell'amministrazione, per sottolineare come l'elemento della imputabilità psicologica della condotta generatrice di un danno risarcibile valga nei confronti della pubblica amministrazione solo in caso di attività materiale della stessa.

Il suddetto orientamento giurisprudenziale era osteggiato da una parte della dottrina che, anche ai fini della responsabilità del soggetto pubblico, richiedeva invece la sussistenza della colpa dell'uomo medio secondo il disposto dell'art. 2043 c.c.

Agli inizi degli anni '90 , dunque, la Cassazione delineava una responsabilità civile da atto illecito della pubblica amministrazione vicina

ad una forma di responsabilità oggettiva in quanto del tutto simile a quella che, basata sul rischio d'impresa, riguarda le attività economiche. Nel caso di danni provocati da provvedimenti illegittimi, si è reputata (fino alla sentenza delle S.U. della Cassazione, n.500/99), superflua un'indagine sull'elemento psicologico.

Prima della storica sentenza n. 500/99 le Sezioni unite avevano rilevato che *“se è vero che anche per quanto attiene alla responsabilità della pubblica amministrazione per danni lesivi di diritti soggettivi arrecati a terzi con attività materiale o con attività provvedimento della stessa deve sussistere l'elemento soggettivo della imputabilità, per colpa o dolo, dell'attività medesima, è altrettanto vero che, per quanto concerne gli atti illegittimi, la colpa è, di per sé, ravvisabile nella violazione delle norme, operata con l'emissione dell'atto, e con la sua esecuzione. Non si vede, infatti, come l'esecuzione volontaria di un atto amministrativo, illegittimo per violazione di legge e che abbia inciso su un diritto soggettivo, possa non integrare, di per sé, gli estremi della colpa, anche in ipotesi lieve, specie se riferita direttamente ad una struttura pubblica, organizzata e qualificata per agire, nella sua attività vincolata, secondo il diritto”*⁴⁴.

A questo proposito si sono fatte valere, da un lato, le difficoltà che le indagini di tal specie avrebbero incontrato rispetto all'individuazione delle responsabilità nella formazione degli atti amministrativi, cui spesso partecipano, a vario titolo, numerosi soggetti. Dall'altro lato, è stato sottolineato che l'illegittimità acclarata di un atto, implicando un cattivo uso del potere e una violazione di una norma che l'amministrazione pubblica ha l'obbligo di applicare, manifestava quanto meno una negligenza o imperizia idonea a configurare la colpa.

Nel 1999 le Sezioni Unite mutano avviso in merito all'elemento soggettivo, affermando la necessità che esso debba sussistere e che venga accertato.

⁴⁴

Cass., Sez. un., 22 ottobre 1984, n. 5361, *Foro it.* 1985, I, 2358.

Viene, di conseguenza, identificata la colpa con la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione.

Ampliate le maglie della responsabilità, ammettendo al risarcimento anche le fattispecie lesive di interessi legittimi, le Sezioni Unite della Corte di cassazione nella sentenza n. 500/99 stringono i freni rispetto all'elemento soggettivo della fattispecie.

La sentenza indicata afferma che l'orientamento precedente non sarebbe conciliabile con la più ampia lettura dell'art. 2043 c.c., svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo.

Viene seguita quell'indicazione dottrinarica secondo la quale "occorre, in sostanza, recuperare sul versante della colpa, quello che si cede sul versante dell'ingiustizia"⁴⁵.

L'elemento soggettivo (dolo o colpa) rientra, dunque, in gioco, non senza complicazioni.

Il dolo può predicarsi solo rispetto al comportamento del funzionario agente⁴⁶; il problema sarà determinare quando tale comportamento sia riferibile alla pubblica amministrazione; tradizionalmente, si escludeva che un comportamento integrante una fattispecie criminosa possedesse tali caratteristiche, oggi si ragiona piuttosto in termini di nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento criminoso e le mansioni cui il dipendente è adibito⁴⁷;

⁴⁵ P.G. MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, in *Danno e resp.* 1997, 557. La prevalente dottrina era peraltro contraria alla valorizzazione dell'elemento soggettivo: si vedano ad es. E. SCODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro it.* 1994, I, 1860, e S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, in *Cons. St.* 1997, II, 1483, secondo il quale, "[p]oiché la volontà dell'Amministrazione decidente è [...] una semplice ipostasi, occorrerebbe prescindere da ogni considerazione di dolo o colpa, tenendo presente che di regola il comportamento illegittimo è frutto non di scarsa diligenza o di cattiva volontà ma dell'obiettiva oscurità e contraddittorietà dell'ordinamento; sicché ancorare il risarcimento all'elemento psicologico significherebbe, in pratica, togliere con la sinistra ciò che si è finto di concedere con la destra".

⁴⁶ Si veda anche L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*, in *Giorn. dir. amm.* 1999, 848.

⁴⁷ Tra le tante Cass., 26 giugno 1998, n. 6334, *Foro it.*, Rep. 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 226, e *Corriere giuridico* 1998, 1029, con nota di V. CARBONE, *Reato del sindaco e responsabilità dell'amministrazione comunale*; Cass., 14 maggio 1997, n.

qualche dubbio sussiste ancora circa la natura della responsabilità (vicaria?) della pubblica amministrazione in simili ipotesi⁴⁸.

Per quanto riguarda la colpa, le Sezioni unite precisano, in modo del tutto condivisibile ed in questo conforme ai precedenti, che essa non è riferita al funzionario agente, ma piuttosto alla stessa pubblica amministrazione intesa come apparato⁴⁹.

In conclusione, la responsabilità dell'amministrazione per i danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo, è una responsabilità riconducibile nell'alveo dell'art. 2043, c.c.

Tale responsabilità nasce, dunque, dalla violazione del precetto generale che fa divieto ai soggetti dell'ordinamento di recare danno ad altri, specificandosi propriamente come ipotesi di responsabilità extracontrattuale da cattivo uso del potere.

A conforto di questa conclusione, era stato messo in risalto l'elemento formale della coincidenza terminologica tra le norme generative della responsabilità pubblica (art. 35, d.lgs. n. 80/98 e art. 7, l. n. 1034/71) e la clausola generale del *neminem laedere* che, al pari delle precedenti due, nella sua traduzione in dettato positivo (art. 2043, c.c.) parlava inequivocabilmente di "danno ingiusto".

Attraverso il ricorso allo strumento tecnico-normativo dell'identità di nozione, il legislatore medesimo avrebbe mostrato di voler invocare, in

4232, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 181, e *Resp. civ. previdenza* 1998, 98, con osservazioni di M. PROTTO; Cass., 6 dicembre 1996, n. 10896, *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Responsabilità civile*, n. 180, e *Giur. it.* 1997, I, 1,1528; Cass., 13 dicembre 1995, n. 12786, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Responsabilità civile*, n. 133, *Resp. civ. previdenza* 1996, 616, con osservazioni di P. PASSERONE; Cass., 7 ottobre 1993, n. 9935, *Foro it.*, Rep. 1994, voce *Responsabilità civile*, n. 109, e *Giust. civ.* 1994, I, 1294. Nella giurisprudenza di merito Trib. Genova, 26 settembre 1997, *Riv. pen.* 1998, 607.

⁴⁸ Nel senso che la responsabilità civile dell'ente pubblico per il fatto delittuoso commesso dal dipendente, che abbia dolosamente agito abusando delle sue funzioni, ma pur sempre nell'esercizio della attività demandatagli, produttivo di danno per la persona offesa, è di natura "vicaria" e va inquadrata nell'ambito di quella indiretta del committente prevista dall'art. 2049 cod. civ., si veda Cass. pen., 27 aprile 1992, *Longo*, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Danni penali*, n. 3, *Giur. it.* 1993, II, 608

⁴⁹ Si veda anche F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni problematiche su alcuni elementi dell'illecito*, in D. SORACE, *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 217.

via sintetica, quale unico quadro di riferimento per dare risposta a questo *genus* di responsabilità della pubblica amministrazione, l'illecito extracontrattuale.

Seguendo la partizione tradizionale, una volta richiamati i contorni del torto aquiliano, anche gli elementi dell'illecito dell'amministrazione dovevano risultare ordinati secondo il seguente schema, mutuato proprio dall'art. 2043 c.c. e decodificato in modo coerente con le note dominanti di questa particolare tipologia d'illecito, secondo la quale è indispensabile:

- a) un provvedimento o un comportamento illegittimo dell'amministrazione pubblica (condotta);
- b) che da esso fosse scaturito un evento di danno, a sua volta connesso alla lesione di una posizione d'interesse legittimo (o, più precisamente, dell'interesse finale ad esso sotteso);
- c) che tale danno fosse ingiusto, ovvero realizzato in condizioni di antigiuridicità della condotta;
- d) che fosse rintracciabile un nesso di causalità che lega condotta ed evento;
- e) che il fatto dannoso fosse soggettivamente imputabile, a titolo di dolo o di colpa, all'autore del medesimo (elemento psicologico)⁵⁰.

La particolarità più evidente del modello aquiliano, come prospettato dalla dottrina e accolto dalla giurisprudenza prevalente, concerne, senz'altro, l'elemento della colpevolezza.

La necessità di individuare un compromesso che conciliasse l'esigenza di effettuare un giudizio di rimproverabilità dell'agente con la dimensione superindividuale dell'amministrazione-apparato cui giuridicamente viene ascritto l'illecito, ispirò la soluzione (inaugurata dalle Sezioni Unite) consistente nel prendere in considerazione non solo la condotta del singolo agente, ma della pubblica amministrazione nel suo complesso, *sub specie* di apparato organizzato.

⁵⁰ - Cavallaro M.C., Potere amministrativo e responsabilità civile, Torino 2004.

Trattandosi di apparato pubblico, inoltre, era la stessa nozione di colpa a dover essere integrata.

Essa si arricchiva di quelle regole d'imparzialità e buon andamento che l'art. 97 Cost. pone come limite esterno alla discrezionalità amministrativa e la cui violazione doveva concorrere a definire la colpa al pari dei precetti elencati dall'art. 43, c.p.

Alla luce di ciò, allora, la pubblica amministrazione deve ritenersi in colpa quando, dall'accertamento in concreto del suo assetto organizzativo e gestorio, emerga un'organizzazione inefficiente, al di sotto degli standard minimi di buona amministrazione e che tali disfunzioni abbiano reso possibile l'agire concreto del funzionario.

2.2 LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE E/O DA CONTATTO SOCIALE

In generale la *responsabilità contrattuale* si caratterizza per connettersi ad un illecito contrattuale che consiste nell'inadempimento di una obbligazione; ovvero alla base dell'illecito c'è un rapporto tra due soggetti, dove uno dei due soggetti si rende inadempiente ad una obbligazione.

Pertanto, la responsabilità per inadempimento dell'obbligazione dà luogo ed è espressiva di *responsabilità da inadempimento*.

Una particolare qualificazione della responsabilità da inadempimento contrattuale è quella della *responsabilità da contatto sociale*, figura che è emersa in vari campi e che si tende a proporre come una caratterizzazione della responsabilità contrattuale.

La *ratio* che accomuna tale tipo di responsabilità alla responsabilità contrattuale è data dal presupposto che anche se non è stato assunto un vincolo contrattuale alla base c'è comunque un rapporto sottostante, un *contatto sociale* tra l'autore del danno e il soggetto danneggiato, vuoi per ragioni di lavoro o anche per altre ragioni. C'è quindi una relazione

sociale (tecnicamente un contatto sociale) in ragione della quale è prodotto un danno. Questa ipotesi dà luogo ad una responsabilità da inadempimento come responsabilità di un dovere di condotta.

Ebbene in *subiecta materia* la natura contrattuale della responsabilità della p.a. è stata introdotta da parte della giurisprudenza e della dottrina al fine di attenuare l'onere probatorio della colpa della pubblica amministrazione in capo al cittadino.

Ad esempio, richiama il sistema della responsabilità contrattuale quella parte della dottrina, seguita da certa giurisprudenza amministrativa, secondo cui, in talune situazioni di particolare configurazione della funzione amministrativa, l'attività dei pubblici uffici presenterebbe profili tali da farla discostare dall'illecito di indole aquiliana, e farla approdare ad uno statuto di responsabilità più adeguato a rispondere alle peculiarità morfologiche delle fattispecie considerate.

In casi circoscritti, infatti, la dialettica interna tra soggetto privato e pubblica amministrazione, nel succedersi delle fasi che compongono l'esercizio del potere, dà vita ad un rovesciamento dei ruoli procedurali precostituiti, modificando la posizione soggettiva vantata dalla parte pubblica che, inizialmente connotata dal carattere dell'autoritarità, trasfigura progressivamente in una situazione giuridica soggettiva di stampo obbligatorio, non appiattita sullo schema degli obblighi di protezione dell'affidamento altrui, giacché caratterizzata dalla presenza, a carico dell'amministrazione, di una concreta obbligazione primaria di prestazione, consistente proprio nell'adozione di un provvedimento conforme all'interesse del richiedente.

Le caratteristiche rappresentative dell'inadempimento di obbligazioni sono state rinvenute, ad esempio, nell'invalidità dell'atto amministrativo derivante dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra parte pubblica e parte privata, assumendo la condotta dell'amministrazione, in tali casi, la consistenza di una trasgressione ad un impegno assunto consensualmente; oppure, nell'omessa o ritardata esecuzione del giudicato, per la circostanza che, la pretesa del ricorrente

vittorioso all'attuazione dello stesso avrebbe la natura di diritto (soggettivo) di credito ad una specifica prestazione.

A queste dovrebbe aggiungersi pure la responsabilità conseguente all'inadempimento dell'obbligo di concludere il procedimento entro un termine dato che, ricostruito in alcune prospettive dottrinali in termini di obbligo giuridico vero e proprio, nascente dalla legge sul procedimento, non può non essere sanzionato, ove venga in rilievo la sua mancata osservanza, mediante l'applicazione della disciplina sulla responsabilità contrattuale, alla stregua di qualsiasi altra violazione di un obbligo giuridico.

In linea con quest'orientamento, ancorché con adesione più radicale alla suddetta ipotesi ricostruttiva, è, ancora, quell'impostazione i cui insegnamenti convergono nell'indicare la pubblica amministrazione come un soggetto che non agisce esercitando lo strumento autoritativo del potere, ma prestando esecuzione o veri e propri obblighi di prestazione, aventi ad oggetto l'emanazione di un atto decisorio rispettoso dei vincoli di legge.

Tanto premesso va poi richiamato un ulteriore filone interpretativo che, facendo applicazione delle tesi evocate dalla moderna teoria del "contatto sociale", ha seguito una diversa ricostruzione dogmatica, tesa a regolare la responsabilità dell'amministrazione in modo più vicino a quello della responsabilità contrattuale che a quella aquiliana.

Il cambio di prospettiva poggia sulla considerazione che, a fronte dell'attività autoritativa dell'amministrazione, il privato non vanterebbe tanto (*rectius*, non vanterebbe soltanto) un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita, quanto, più propriamente, una pretesa a che l'amministrazione agisca nel rispetto delle regole che devono informare la sua attività procedimentale.

Il contatto che c'era tra pubblica amministrazione e privato, nell'ambito del procedimento, si porrebbe al limite tra contratto e contatto extraneoziale, finendo per collocarsi in quell'incerta categoria di rapporti che i civilisti definiscono "obbligazioni senza obbligo

primario di prestazione”.

Diversamente dal modello aquiliano, il legislatore avrebbe scandito dei veri e propri obblighi di salvaguardia della sfera giuridica della controparte, che si caratterizzano, rispetto all’obbligazione ordinaria, per l’assenza dell’elemento centrale del rapporto obbligatorio, la prestazione principale.

Tali obblighi, che normalmente si legano all’obbligo principale di prestazione al fine di massimizzare l’utilità creditoria, in un contesto come quello pubblicistico, segnato dall’assenza di un obbligo di prestazione avente ad oggetto il provvedimento favorevole in capo alla pubblica amministrazione, andrebbero comunque ad innestarsi (con sovrapposizione del rapporto obbligatorio a quello amministrativo) nella dinamica procedimentale con lo scopo di garantire il rispetto della sfera giuridica degli amministrati portatori di un interesse legittimo.

Sotto quest’altra luce, allora, la responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimentale non sarebbe altro che un’evoluta forma di responsabilità contrattuale nascente dall’inadempimento di un’obbligazione di salvaguardia (o senza prestazione).

Fonte indiretta di quest’articolazione protettiva, che accompagna il privato lungo tutto il percorso procedimentale, sarebbe l’art. 1173 c.c., che nel sancire il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, ricomprendendo tra queste la legge, nonché ogni atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l’ordinamento giuridico, non consente di escludere a priori dall’elenco delle vicende produttive di obblighi giuridici le norme che regolano l’azione amministrativa ed i suoi comportamenti.

Ricondotta la lesione di un interesse legittimo a causa dell’amministrazione nell’alveo della responsabilità per inadempimento di un obbligo, non sorprendono le conseguenze in termini di disciplina: il criterio di riparto dell’onere probatorio sotto il profilo della colpa, i termini di prescrizione e l’area del danno risarcibile, nonché il tema della

mora e il computo degli interessi e la rivalutazione monetaria, seguiranno le regole precipue della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c., e ss.

2.3 LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE

Una terza opzione ermeneutica è stata proposta dai fautori della responsabilità precontrattuale, riservata tuttavia esclusivamente ad alcune ipotesi tipiche dell'agire funzionalizzato della pubblica amministrazione (attività negoziale), quale modello generale di responsabilità dell'amministrazione per danni comunque prodotti dall'uso scorretto del potere.

Dallo studio comparativo condotto tra le trattative che preludono alla conclusione del contratto ed il rapporto procedimentale tra privato e pubblica amministrazione, emerse che era possibile rinvenire tra i due fenomeni giuridici più punti di contatto che profili di diversità.

Comune ad entrambe le fattispecie sarebbe stata la dimensione relazionale che assume il contatto qualificato tra i soggetti coinvolti nel procedimento di formazione di un atto giuridico (negoziale in un caso, imperativo nell'altro), nonché la natura giuridica delle posizioni soggettive che fanno capo ai titolari stessi del rapporto.

Secondo l'orientamento in questione, la figura civilistica del contatto pre-negoziale doveva essere riletta in un'ottica "procedimentalizzata" che fosse in grado di spiegare l'incontro tra le parti di un futuro accordo non in termini di diritto soggettivo dei contraenti (che ancora non possono dirsi sorti), né di diritto assoluto pertinente alla sfera della libera autodeterminazione degli individui, quanto piuttosto come interesse patrimonialmente rilevante all'ottenimento di un bene della vita.

A queste condizioni il raffronto tra lo *status* di contraente in divenire e di titolare dell'interesse legittimo di diritto pubblico non poteva che concludersi in termini d'identità o, quantomeno, di stretta

somiglianza.

Il che era sufficiente a far sì che anche la vicenda del rapporto in formazione, caratteristica distintiva della gestione accentrata degli interessi generali, dovesse adeguarsi al modello deontologico-comportamentale prefigurato dal legislatore a proposito delle trattative tra privati.

Al pari di questo, cioè, anche nel rapporto tra privato e amministrazione precedente la condotta dei soggetti interessati doveva essere improntata ai canoni della correttezza e della buona fede consacrati negli artt. 1337 e 1338, c.c., la cui trasgressione avrebbe costituito - come nell'ambito di provenienza - fonte di responsabilità per i danni arrecati all'altra parte.

A favore di una simile opzione interpretativa militava un dato tecnico ulteriore, ovvero la tipologia di pregiudizio risarcibile che ne sarebbe derivata per il soggetto leso; tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'incertezza circa la spettanza del bene della vita giustificava, se non l'integrale riparazione del danno stesso, ossia la perdita dell'utilità sostanziale avuta originariamente di mira, un ristoro ridotto, ma in ogni caso commisurato alle conseguenze dannose derivate con certezza al patrimonio del ricorrente: il cd. interesse negativo.

2.4 LA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA. CENNI E RINVIO

Ed infine giova richiamare le ulteriori ricostruzioni avanzate in dottrina circa la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione.

Alcuni autori parlano di un c.d. *tertium genus* di responsabilità, di natura "mista", ottenuta dalla combinazione di elementi afferenti sia allo schema aquiliano sia a quello contrattuale.

In particolare si è cercato di supplire all'assenza di una regolamentazione positiva soddisfacente, con l'effetto di ricavare una sorta di statuto speciale di responsabilità da illecito della pubblica

amministrazione

Un diverso filone dottrinale, infine, ha proposto un ulteriore modello di responsabilità, la c.d. responsabilità oggettiva, che prescinde dalla dimostrazione della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa della pubblica amministrazione e che richiede il semplice accertamento dell'illegittimità provvedimentale e/o comportamentale della pubblica amministrazione.

Il suddetto modello, come meglio si vedrà nei capitoli successivi, è stato adottato in alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che sebbene siano state rese con riferimento allo specifico settore degli appalti, hanno tuttavia introdotto dei principi e delle argomentazioni mutuabili ad ogni altra fattispecie di responsabilità degli apparati pubblici.

CAPITOLO SECONDO
IL MODELLO DI RESPONSABILITÀ DEGLI APPARATI
PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO EUROPEO DELINEATO
DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

INDICE SOMMARIO 2.1. La direttiva ricorsi 89/665/cee in materia di appalti pubblici: oggetto , misure e finalità. - 2. La prima codificazione di una forma di responsabilità' oggettiva ?. - 3. Il modello di responsabilità dei pubblici apparati delineata dalla giurisprudenza della corte di giustizia dell'unione europea. - 4. La pronuncia della corte di giustizia dell'unione europea, causa c-314/09 del 30/09/2010 5. Verso un modello di responsabilità oggettiva?: E' possibile parlare di una evoluzione in atto che configura la responsabilità della pubblica amministrazione come oggettiva non solo nel settore degli appalti ma in ogni settore?

1. LA DIRETTIVA RICORSI 89/665/CEE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI: OGGETTO, MISURE E FINALITÀ.

Principio costitutivo su cui si basa la stessa essenza dello Stato è quello della legalità secondo il quale tutti gli organi dello Stato (quindi nella sua ampia accezione la pubblica amministrazione) sono tenuti ad agire secondo la legge. Lo stesso principio ammette che l'esercizio del potere della pubblica amministrazione può essere esercitato in modo discrezionale, escludendo, però, ogni forma di arbitrarietà.

Ne deriva che la violazione della legge da parte dell'ente pubblico mediante atti od omissioni, le quali arrechino danni a soggetti terzi, dà luogo ad un'obbligazione risarcitoria.

La materia della tutela risarcitoria nei confronti dell'illegittimo esercizio del potere pubblico è quella in cui maggiore è stata l'influenza del diritto comunitario, con particolare riguardo ai principi del Trattato

CEE, alle norme contenute nelle direttive(in special modo nella direttiva ricorsi come meglio si vedrà nel prosieguo) ed ai principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, specialmente quello dell'*effettività* della tutela⁵¹.

In particolare la Direttiva CEE 89/665 (c.d. direttiva ricorsi) si proponeva di assicurare in materia di appalti pubblici garanzie giurisdizionali efficaci e rapide, e ciò allo scopo di incoraggiare le imprese a concorrere per gli appalti nei Paesi della comunità.

Un altro fine, non meno importante, della direttiva in parola, era la necessità di precisare ed integrare precedenti direttive che non contenevano disposizioni specifiche atte a garantire l'effettiva applicazione delle stesse, e ciò al fine di realizzare una concreta applicazione del principio stesso dell'*effettività*.

L'art.1 della direttiva ricorsi 89/665/CEE, rubricato "*Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso*", prescrive che gli Stati membri:

- prevedano in concreto una procedura dei ricorsi rapidi ed efficaci contro le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici in violazione del diritto comunitario e delle norme nazionali di recepimento;
- garantiscano l'assenza di discriminazioni, quanto alla partecipazione agli appalti, e garantiscano l'accesso ai rimedi giurisdizionali a chiunque, avendo interesse all'aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto comunitario.

L'art. 2 "*Requisiti per le procedure di ricorso*", riguarda, invece, la tutela cautelare e dispone che gli Stati membri stabiliscano

⁵¹ Il principio dell'*effettività* prevede la concreta esecuzione di quanto statuito dal diritto sostanziale, ovvero dalle norme che fanno parte nell'ordinamento. Tale principio è di fondamentale importanza nel diritto comunitario, giacché può considerarsi come diritto sovranazionale. Infatti, considerato che lo stesso Trattato CE riserva una rilevanza fondamentale alle legislazioni statali, è necessario, allora, l'individuazione di meccanismi atti a rendere effettiva l'applicazione delle norme del diritto comunitario. Detto principio si è affermato in ambito comunitario grazie alla giurisprudenza, non essendo codificato da nessuna norma del Trattato. La Corte di Giustizia ha utilizzato come base normativa l'art. 10 T.C.E., che stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di adottare i provvedimenti idonei a rendere effettiva l'applicazione del diritto comunitario, evitando tutti quei comportamenti che possano esserne di ostacolo.

norme finalizzate a disciplinare la materia dei ricorsi prevedendo con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori atti a riparare la violazione o ad impedire il verificarsi di ulteriori danni nei confronti degli interessi coinvolti, mediante provvedimenti sospensivi della procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico.

Ed ancora, che gli Stati membri prevedano l'ipotesi del “*risarcimento del danno*” nei confronti delle imprese lese da violazioni del diritto comunitario⁵².

In termini analoghi dispone anche la Direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992, per i settori speciali.

Affinché sia salvaguardata l'applicazione di dette direttive, l'art. 81 della direttiva 2004/18 e l'art. 72 della direttiva 2004/17, impongono agli Stati membri di assicurarne l'attuazione entro termini prestabiliti (le summenzionate direttive vengono recepite nell'ordinamento italiano col D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163 “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture”, in seguito modificato con il D.Lgs. 20 marzo 2010, n.53).

Infine la Direttiva 2007/66/CE modifica le succitate direttive allo scopo di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici,

Va osservato che le direttive in esame, per quanto riguarda la “*tutela cautelare*”, dispongono come uno dei possibili rimedi la sospensione dell'aggiudicazione. In generale, però, è richiesta la previsione di provvedimenti provvisori idonei a riparare la violazione o che impediscano il proseguimento di altre conseguenze negative.

La stessa direttiva acconsente poi che l'organo decisore nell'accogliere la richiesta del terzo danneggiato dall'atto amministrativo illegittimo possa operare un bilanciamento degli interessi coinvolti, di modo che si può negare la tutela cautelare ove gli effetti negativi di essa superino quelli

⁵² Per una rassegna della giurisprudenza della Corte di Giustizia CEE in ordine alle modalità di attuazione, da parte degli Stati membri, della direttiva ricorsi, v. M. Protto, *Sui mezzi di tutela cautelari negli appalti pubblici di rilevanza comunitaria*, Giust. amm

positivi.

L'introduzione nel nostro ordinamento di norme attuative di detti principi comunitari in tema di tutela cautelare, avviene dapprima con la legge 19 febbraio 1992, n.142, la quale accoglie però solo parte della direttiva 89/665/CEE, con riferimento alla sola previsione della *tutela risarcitoria* delle imprese lese da violazione del diritto comunitario, introducendo per la prima volta a livello normativo una forma di *tutela risarcitoria degli interessi legittimi*⁵³.

Secondo la dottrina maggioritaria, si può ritenere che il diritto comunitario, allo stesso modo dell'ordinamento italiano, legghi la tutela cautelare al duplice presupposto del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Mentre secondo altra parte della dottrina il diritto comunitario fisserebbe la tutela cautelare al ricorrere del solo *fumus boni iuris*.

È innegabile che la tutela cautelare nella materia degli appalti pubblici abbia avuto un significato rilevante nel diritto comunitario, ipotizzando non solo una tutela cautelare esperibile nei confronti di provvedimenti positivi, quale l'aggiudicazione, di cui è prevista la possibilità di sospensione, ma una tutela interinale più generale, riguardo a qualsivoglia tipo di provvedimento, come ad esempio i provvedimenti negativi, concernenti i dinieghi di ammissione alle gare, le esclusioni, i mancati inviti⁵⁴.

53 Art. 13 "Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture", legge n.142/92: 1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'Amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. 2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo. 3. Gli oneri derivanti dall'attuazione del presente articolo sono imputati ad apposito capitolo da istituire «per memoria» nello stato di previsione del Ministero del tesoro, alla cui dotazione si provvede, in considerazione della natura della spesa, mediante prelevamento dal fondo di riserva per le spese obbligatorie e d'ordine iscritto nel medesimo stato di previsione. 4. Il Ministro del tesoro è autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio".

⁵⁴PUGLIESE F., *Appalti di lavori, forniture e servizi: nel processo cautelare e nelle recenti disposizioni sul contenzioso*, in Riv. Trim. app., 1995; PUGLIESE, *Movenze del processo cautelare tra direttive, pronunce comunitarie e recenti norme interne sugli appalti*, in AA.VV, *Appalti pubblici fra disciplina comunitaria e nuovi modelli di*

Nell'ordinamento nazionale, è il legislatore del 2000 che con la legge n. 205/2000 "Legge di riforma del processo amministrativo", introduce il principio dell'*atipicità della tutela cautelare* nel processo amministrativo, in materia di appalti pubblici⁵⁵.

Ma ancora una volta, ad ampliare la garanzia della tutela, è la Corte di Giustizia, sez. VI, 15 maggio 2003, in causa C-214/00, Commissione/Regno di Spagna⁵⁶, attraverso l'introduzione del di un nuovo concetto, quello della tutela cautelare *ante causam*. Decidendo un ricorso per infrazione proposto dalla Commissione delle Comunità Europee, la Corte ha deliberato che il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva 89/665/CEE in quanto ha condizionato la possibilità di "adottare misure cautelari", in

gestione:; regole, controlli e contenzioso – Atti del Convegno 15-16 novembre 1996, Firenze, 1998, 194 ss.

⁵⁵ Nella disciplina sul processo cautelare introdotta dall'art. 3 della L. n. 205/2000, il nuovo sistema abbandona il meccanismo, tipico della visione impugnatoria tradizionale, consistente nella sospensione degli effetti dell'atto, per delineare una misura di contenuto atipico, modellata sul caso concreto, caratterizzata unicamente dalla idoneità ad assicurare interinalmente gli effetti della futura decisione sul ricorso (c.d. *tutela d'urgenza innominata*). Si tratta, in sostanza, della trasposizione nel processo amministrativo dell'istituto di carattere generale in tema di misure cautelari previsto dall'art. 700 c.p.c.. Il contenuto della misura cautelare si modella in rapporto al risultato da raggiungere, la tutela cautelare diventa *additiva* e si concreta in un provvedimento più incisivo di quanto non sia la semplice sospensiva.

56 La Corte nella causa C-214/00, CEE ricorrente, contro il Regno di Spagna, convenuto, avente ad oggetto un ricorso diretto a far dichiarare che non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni degli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e avendo omesso di: a) estendere il sistema di ricorsi garantiti dalla citata direttiva alle decisioni adottate da tutte le amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi delle direttive del 92/50 e 93/36/CEE, e 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, b) consentire la proposizione di ricorsi contro tutte le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici; c) prevedere la possibilità di adottare qualsiasi tipo di misura cautelare utile in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva. La Corte dichiara: 1) Non avendo adottato le misure necessarie per conformarsi alle disposizioni degli artt. 1 e 2 della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 92/50/CEE; 2)avendo omesso di estendere il sistema di ricorsi garantiti alle decisioni adottate dalle società di diritto privato (...); 3) subordinando la possibilità di adottare misure cautelari in relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici alla necessità di proporre previamente un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della citata direttiva.

relazione alle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, alla necessaria preventiva proposizione di un ricorso contro la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice⁵⁷.

Dalla statuizione giurisprudenziale così posta che, ovviamente, vale anche in tutti gli ordinamenti degli altri Stati membri, ne è derivato l'obbligo per i giudici nazionali di disapplicare la normativa interna contrastante (nel caso nostro, la legge n. 1034/1971, come modificata dalla l. n. 205/2000, nella parte in cui non prevede una tutela cautelare *ante causam*), sino a quando la materia non sarebbe stata regolata dal legislatore in conformità al nuovo principio⁵⁸.

La fattispecie della tutela cautelare è stata delineata e resa effettiva nell'ordinamento italiano grazie all'opera congiunta della giurisprudenza e del legislatore nazionale con la pubblicazione del codice dei contratti pubblici (D.Lgs 163/2006), che ha introdotto la tutela *ante causam* nel processo amministrativo in materia di pubblici appalti.⁵⁹

Riguardo poi al risarcimento dei danni la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha indicato un suo percorso attraverso una serie di pronunce, che tuttavia non hanno trovato nel breve periodo sponda nella giurisprudenza italiana, mostrando invece un indirizzo per certi versi difforme da quello comunitario. Una serie di sentenze dei giudici amministrativi e ordinari di primo e secondo danno la misura di come sia dibattuto ancora di recente il problema.

Una delle tante sentenze della Corte di Giustizia Europea,

⁵⁷ La sentenza si origina da un altro tema di grande interesse ed ancora discusso, ovvero la nozione di organismo di diritto pubblico, su cui conferma con nuove argomentazioni alcuni precedenti della stessa Corte circa la qualificabilità come organismi di diritto pubblico anche di soggetti di diritto privato, alle condizioni ivi indicate. Per maggiore approfondimento, v. Mario P. Chiti "L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione", Bologna, 2000.

⁵⁸ La dottrina è d'accordo nel ritenere che la l. n. 205/2000 non consente questa forma di tutela (*ante causam*), non essendo stata prevista a differenza delle ipotesi di tutela cautelare che trovano ora una nuova disciplina. Così A. Travi, Lezioni di giustizia amministrativa, Torino, 2002, 261; A. Panzarola, Il processo cautelare, in B. Sassani-R. Villata, a cura di, Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000, Torino, 2001, 19 ss.

⁵⁹ ANGELETTI, Commento all'art. 31-bis, *legge Merloni*, in ANGELETTI (a cura di), *La riforma dei lavori pubblici*, II, Torino, 2000, 641.

rilevante e chiarificatrice del tipo di giurisprudenza da essa stessa prodotta, è quella del 5 marzo 96 nei procedimenti riuniti n. C-46/93 e C-48/93⁶⁰, aventi ad oggetto due domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CEE, dal Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federale Tedesca, nel procedimento C-46/93) e dalla High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (nel procedimento C-48/93), vertenti sull'interpretazione del principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili.

La Corte, confermando il consolidato orientamento giurisprudenziale, nella motivazione della sentenza ha riaffermato che *“il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da*

⁶⁰ La Corte con ordinanza 18/11/1992 dichiarava: 1) principio in forza del quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili trova applicazione allorché l'inadempimento contestato è riconducibile al legislatore nazionale; 2) Nell'ipotesi in cui una violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro sia imputabile al legislatore nazionale che operi in un settore nel quale dispone un ampio potere discrezionale in ordine alle scelte normative, i singoli lesi hanno diritto al risarcimento qualora la norma comunitaria violata sia preordinata ad attribuire loro diritti, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione ed il danno subito dai singoli. Con questa riserva, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato dalla violazione del diritto comunitari o a desso imputabile, fermo restando che le condizioni stabilite dalla normativa nazionale applicabile non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento; 3) Il giudice nazionale non può nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario; 4) Il risarcimento, a carico degli Stati membri dei danni da essi causati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario deve essere adeguato al danno subito. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno né possono in nessun caso tali da rendere praticamente impossibile o difficile il risarcimento. Non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli; 5) L'obbligo, a carico degli Stati membri, di risarcire i danni causati ai singoli delle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che accerti l'inadempimento contestato.

violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili è inerente al sistema dei trattati sui quali quest'ultima è fondata". Da tale giurisprudenza deriva che detto obbligo si applica ad ogni ipotesi di violazione del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso la violazione.

Così, la Corte ha stabilito che ai singoli lesi è riconosciuto un "diritto al risarcimento" purché siano soddisfatte tre condizioni:

- che la norma giuridica violata sia predeterminata a conferire loro diritti,
- che la violazione di tale norma sia sufficientemente definita;
- che vi sia un nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito dai singoli.

Ancora nel 2010 la Corte di Giustizia è tornata sul problema del diritto di risarcimento per violazione della disciplina sugli appalti pubblici con due sentenze.

Con la prima, sulla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberster Gerichtshof (Suprema Corte Austriaca)⁶¹ in cui appare chiaro l'indirizzo giurisprudenziale sulla materia oggetto di pronuncia, la Corte si esprime nel seguente modo: *"La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per*

⁶¹ Corte di Giustizia , sez. III, 30 novembre 2010, proc. C-314/09, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dall'Oberster Gerichtshof (Austria), con decisione 2 luglio 2009.

quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata”.

Con la seconda, sempre nel settembre 2010 (sentenza proc. C-314/09), la Corte afferma: che “*l’art. 1 della Direttiva 89/665/CEE impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire l’esistenza di procedure di ricorsi efficaci e più rapide possibili contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici*”. In tal modo la Corte ha statuito che la succitata direttiva deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che disattenda tale disposto normativo dell’art. 1. La citata sentenza indica chiaramente che il risarcimento “*per equivalente*”, in difetto esecuzione in forma specifica⁶², conseguente alla violazione della normativa sugli appalti

⁶² La reintegrazione in forma specifica: Il risarcimento del danno è diretto alla completa *restitutio in integrum, per equivalente* o in *forma specifica*, del patrimonio leso. La reintegrazione in *forma specifica* rappresenta una modalità risarcitoria alternativa al risarcimento *per equivalente* e si concreta in un *facere* oggetto di condanna. La sua funzione è quella di ripristinare la situazione antecedente al fatto illecito. In tema di reintegrazione in forma specifica si percepisce una certa confusione nella giurisprudenza, non solo dei Tribunali amministrativi regionali ma anche del Consiglio di Stato. Le tendenze giurisprudenziali sono sostanzialmente ispirate a due indirizzi: uno di tipo pubblicistico e l’altro di tipo civilistico. L’indirizzo pubblicistico riconnette la reintegrazione in forma specifica all’annullamento dell’atto piuttosto che all’area del risarcimento: sarebbe, quindi, implicita in ogni domanda di annullamento, la quale si ritiene che contiene in sé la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante il rinnovo, legittimo, dell’atto annullato (Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2676). La reintegrazione in forma specifica, date le peculiarità del giudizio amministrativo, viene vista come un istituto speciale, con caratteri propri, del diritto processuale amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1304). Così che l’eccessiva onerosità per il debitore, prevista dall’art. 2058 c.c., deve essere valutata alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività (T.A.R. Lazio, sez. III ter, 13 febbraio 2003, n. 962, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 957). Altra parte della giurisprudenza la considera come il medesimo istituto di cui all’art. 2058 c.c. (T.A.R. Lazio, sez. III ter, 13 febbraio 2003, n. 962, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 957). Ed è questa la soluzione che sembra più confacente alla natura giuridica della reintegrazione in forma specifica. Si inserisce poi un ulteriore filone giurisprudenziale, che intravede nella reintegrazione in forma specifica una sorta di anticipazione dell’attività di conformazione dell’amministrazione (Indicativa in tal senso è la sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 27 febbraio 2002, n. 1108, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 65). Una volta accertata l’illegittimità della lesione dell’*interesse legittimo pretensivo* del ricorrente al conseguimento del bene della vita, il carattere vincolato e dovuto dell’attività ulteriore da svolgere da parte dell’amministrazione consente al giudice amministrativo di disporre la reintegrazione in *forma specifica*, e soddisfare così l’interesse sottostante al rapporto del privato con l’amministrazione; ordinando conseguentemente a quest’ultima di disporre l’aggiudicazione della gara di appalto in favore del ricorrente che, se non fosse

pubblici, prescinde dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della pubblica amministrazione.

In Italia, tuttavia, nonostante le varie pronunce della Corte Europea, la giurisprudenza amministrativa non ha mai assorbito pienamente i principi cardine su cui si fonda il diritto comunitario nella materia in oggetto ed ha costantemente tenuto una condotta “oscillante” tra il collocarsi pienamente in concordanza con la giurisprudenza comunitaria e il discostarsene indicando una via nazionale diversa e peculiare.

Enunciativa di quest’altalenante giurisprudenza è la sentenza della Sez. IV del Consiglio di Stato, n.483/2012.

Attraverso tale pronuncia Il Consiglio ha cercato di far rientrare un presupposto *soggettivo* (soppresso dalla Corte di Giustizia per l’attestazione della responsabilità della pubblica amministrazione nel risarcimento del danno derivante da una violazione delle norme comunitarie sugli appalti pubblici), richiamando la giurisprudenza successiva alla sentenza 500/99 sviluppatasi in ordine al regime probatorio della responsabilità, la quale ha inteso bilanciare la necessità di introdurre un filtro alla prevedibile sovrabbondanza di azioni risarcitorie, con l’esigenza di attenuare l’onere della prova del danno a carico del ricorrente⁶³.

Malgrado ciò, nella maggioranza delle pronunce i TAR e il Consiglio di Stato hanno generalmente ritenuto che debba darsi piena esecuzione al principio espresso dalla Corte di Giustizia Europea che non ammette che il diritto di ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice sia subordinato al carattere colpevole

stato illegittimamente escluso, se la sarebbe aggiudicata.

⁶³ È evidente che la Suprema Corte di Cassazione con tale digressione ha voluto in qualche modo salvaguardare le pubbliche finanze dall’impatto estremamente gravoso derivante da condanne risarcitorie destinate ad aumentare in modo vertiginoso.

di tale violazione⁶⁴.

Dall'altro versante, quello legislativo, sarà con l'introduzione del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n.104 del 2010) che l'orientamento della Corte di Giustizia ha piena collocazione nell'ordinamento nazionale. Si legge all'art. 1 *“La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”*. Di conseguenza l'art. 30 *“Azione di condanna”*, comma 2 *“Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa”*, va interpretato in linea con quanto deciso dalla Corte di Giustizia Europea con la citata sentenza 30 settembre 2010, proc. C-314/09.

Inoltre, anche per un altro verso, la disciplina contenuta nel codice del processo amministrativo induce ad aderire al principio affermato dalla Corte di Giustizia; sul punto giova richiamare, in particolare, l'art. 124 *“Tutela in forma specifica e per equivalente”*, che al comma 1 stabilisce *“L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121 (inefficacia del contratto nei casi di grave violazione), comma 1, e 122 (inefficacia del contratto negli altri casi). Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”*.

A ben vedere, in tale disposizione emerge anche in modo evidente che il *risarcimento per equivalente* è un surrogato residuale nel caso in cui non sia possibile conseguire all'aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza n.5686 del 2012, oltre ad aver consolidato l'impostazione che ai fini della configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione non occorre l'accertamento dell'elemento soggettivo, alleggerendo così il carico

⁶⁴ Nel senso indicato Cfr: T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 4552/2010 e n. 1675/2012 T.A.R. Campania, n. 1069/2010, T.A.R. Sicilia, Catania, n. 4624/2010, T.A.R. Lazio n. 8171/2012, TAR Sardegna n. 778/2012, Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4355/2011, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1193/2011, n. 6919/2011, n. 5527/2011, n. 2256/2012, n. 2518/2012, n. 4438/2012, n. 5686/2012

probatorio in capo al privato, ha esteso la tutela prevista per gli appalti comunitari a tutto il campo degli appalti pubblici nei quali i principi di diritto comunitario ha incidenza, precisando che la via del risarcimento per equivalente è percorsa quando risulti preclusa quella della tutela in forma specifica.

Cosicché, la reintegrazione in forma specifica rappresenta l'obiettivo primario da perseguire ed il risarcimento per equivalente è solo una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo.

Lo stesso Consiglio di Stato con un'altra pronuncia tiene a rilevare che pur essendo ormai consolidata la necessità di non accertare più la componente soggettiva dell'illecito, *“ciò non significa prescindere del tutto da un accertamento della rimproverabilità del comportamento dell'amministrazione, tuttavia questo accertamento deve essere apprezzato sulla scorta del parametro oggettivo, enucleato in sede europea, al fine di stabilire la responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario, il carattere di gravità ed evidenza dell'illegittimità, implicante un'indagine sul grado di chiarezza e precisione delle norme violate”*⁶⁵.

2. LA PRIMA CODIFICAZIONE DI UNA FORMA DI RESPONSABILITA' OGGETTIVA ?

Secondo la giurisprudenza comunitaria, la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi non consente che il diritto di terzi ad ottenere il risarcimento del danno causato da un'amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al *carattere colpevole* di tale violazione. Logica conseguenza è che in materia di appalti pubblici, da un lato non

⁶⁵ Consiglio di Stato , Sez. IV sent. N.482/2012; Sez. V, sent. n.2256/2012

può gravare sul ricorrente danneggiato l'onere della prova che il danno derivante dal provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza di una colpa dell'amministrazione; dall'altro lato, che non possa l'amministrazione sottrarsi all'obbligo di risarcire i danni cagionati da un suo provvedimento illegittimo adducendo a proprio scarico l'inesistenza di elementi di dolo o di colpa.

È dunque la normativa sulla responsabilità che deve modellarsi sull'esistenza del danno, poiché è lo stesso, come fattore "*oggettivamente esistente*", che deve legittimare il risarcimento. Ciò porta a ritenere che ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici possa definirsi "*ingiusto*" e, come tale, meritevole di adeguato ristoro.

Su tale materia, la giurisprudenza nazionale ha manifestato posizioni mutevoli e alquanto discordanti rispetto all'orientamento della Corte di Giustizia Europea. Gran parte della giurisprudenza nazionale, anche se con posizioni di poco difformi tra i vari giudizi, si è orientata verso l'indispensabilità della prova nelle domande di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme sugli appalti pubblici, ed, al contempo, non si è conformata alle recenti indicazioni che, in senso contrario, provengono dalla giurisprudenza comunitaria⁶⁶.

Rispetto al dibattito giurisprudenziale nazionale la Corte di Giustizia Europea si è posta in una posizione contrastante, interpretando la direttiva ricorsi n.89/665/CEE, nell'accezione che la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice per i danni derivanti dalla violazione della normativa sugli appalti pubblici, prescinde dalla prova della colpa, risolvendosi, di conseguenza, in una forma di responsabilità oggettiva.

⁶⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011 n. 1184. Il Cons. St. ha affrontato la questione della necessità o meno della prova della colpa nelle domande di risarcimento dei danni derivanti dalla violazione delle norme sugli appalti pubblici, proposte nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice mostrando di confermare l'orientamento espresso dalla giurisprudenza nazionale e, al contempo, di disattendere le recenti indicazioni che, in senso contrario, provengono dalla giurisprudenza comunitarie

In un primo momento la Corte di Giustizia Europea aveva ritenuto incompatibile con la direttiva CE 89/665 ogni normativa nazionale che prevedesse l'onere per il ricorrente di provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice (Corte di Giustizia 14 ottobre 2004, causa C-275/03 Commissione c/ Portogallo).⁶⁷

In seguito, la stessa Corte ha affermato che il contrasto con il diritto comunitario sussiste anche nel caso in cui la disciplina nazionale preveda che il carattere colpevole del comportamento formi oggetto di una presunzione di colpevolezza (Corte di Giustizia 30.09.2010 causa C-314/09)⁶⁸.

L'orientamento adottato dalla Corte di Giustizia era del tutto aderente allo spirito costituente della succitata direttiva CEE/89/665; ed infatti per esserci maggiore apertura negli appalti pubblici alla concorrenza delle imprese comunitarie, è necessaria una più ampia garanzia d'imparzialità e trasparenza. Affinché tale presupposto possa concretarsi, è indispensabile una previsione normativa idonea a porre in essere strumenti di ricorso, anche cautelari, che siano efficaci, rapidi e funzionali all'annullamento dell'aggiudicazione della gara e/o al risarcimento dei danni, quali rimedi alla violazione del diritto

⁶⁷ Corte di Giustizia 14.10.2004, causa C-275/03 Commissione c/ Portogallo. Con sentenza tale sentenza la Corte condanna per inadempimento la Repubblica portoghese per mancata abrogazione del decreto-legge n. 48051 del 21 novembre 1967. Ad avviso della Corte, la citata disposizione subordina la concessione di un risarcimento a coloro che siano stati lesi da una violazione del diritto comunitario che disciplina l'aggiudicazione di appalti pubblici o delle norme nazionali che lo traspongono alla prova che gli atti illegittimi dello Stato o dei soggetti di diritto pubblico siano stati commessi in modo colposo o doloso; cosicché, la difficoltà ed a volte anche l'impossibilità di produrre tale prova nella misura in cui l'autore della violazione non possa essere individuato, fa rischiare al concorrente leso la privazione del diritto di chiedere un risarcimento o, almeno, che l'ottenga tardivamente. Ipotesi questa palesemente in contrasto con le disposizioni previste dalla suindicata direttiva, che, tra l'altro: - al primo e secondo considerando, mira a rafforzare i meccanismi di applicazione delle direttive comunitarie in materia di aggiudicazione di appalti pubblici; - all'articolo 1, paragrafo 1, impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano formare oggetto di ricorsi efficaci ed il più possibile veloci; - all'articolo 2, paragrafo 1, prevede un risarcimento danni ai soggetti lesi da una violazione delle norme comunitarie in parola.

⁶⁸ Corte di Giustizia 30.09.2010 causa C-314/09. In conseguenza della sentenza opera la regola della responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione.

comunitario o nazionale di recepimento in materia di appalti pubblici.

Continuando nella sua argomentazione, la C.G.U.E. reputa che la previsione normativa del risarcimento del danno debba garantire effettività ed efficienza al ricorrente.

Per tale ragione il principio del risarcimento sarebbe compresso da una normativa che faccia dipendere l'accoglimento della domanda risarcitoria alla prova del comportamento colpevole dell'amministrazione aggiudicatrice, sia nel caso in cui l'onere della prova spetta al ricorrente, sia nell'ipotesi in cui sussista una *presunzione normativa di colpevolezza*.

Ed invero risulterebbe eccessivamente gravoso per il privato danneggiato dover dimostrare in giudizio la sussistenza dell'elemento soggettivo della pubblica amministrazione ai fini dell'ottenimento della tutela risarcitoria, e ciò in special modo laddove risulti già ampiamente comprovata l'illegittimità della condotta posta in essere dalla p.a.

3. IL MODELLO DI RESPONSABILITÀ DEI PUBBLICI APPARATI DELINEATA DALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Da quanto esposto in precedenza, è evidente che le fonti dell'ordinamento comunitario non precisano in modo compiuto il regime della responsabilità degli Stati membri per i danni da questi causati ai singoli per l'inosservanza delle norme comunitarie. Ciò nonostante, è fondamentale dare protezione alle posizioni giuridiche che lo stesso ordinamento comunitario riconosce e tutela.

Ne deriva l'indispensabilità di un regime comunitario che disciplini la responsabilità degli Stati allo scopo di garantire le posizioni giuridiche dei singoli anche quando gli ordinamenti nazionali non prevedano la loro tutela; in aggiunta a quanto sopra rappresentato emerge, altresì, in materia evidente la necessità di regolamentare in modo unitario ed uniforme l'intero quadro giuridico comunitario.

Ebbene, come abbiamo avuto modo di vedere, a completare la

materia giuridica prevedendo fattispecie diverse e dettando principi applicativi a corollario del diritto positivo è stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la quale, facendo leva sui principi generali dell'ordinamento comunitario, ha elaborato una giurisprudenza ormai consolidata con la quale esprimendo il primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri, ha permesso ai singoli lesi da un atto illegittimo da parte della pubblica amministrazione di adire i giudici.

La norma che richiama la responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario è basata sull'art. 10 CE⁶⁹, che impone agli Stati membri di adottare “*tutte le misure di carattere generale e particolare*” indirizzate agli scopi del Trattato e, nel contempo, di astenersi “da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione” di detti scopi.

Sempre lo stesso articolo richiamando il principio della *leale cooperazione*⁷⁰, precisa che gli Stati devono facilitare l'adempimento dei compiti della Comunità. Affinché gli Stati membri rispettino gli obblighi comunitari, è previsto un meccanismo giurisdizionale di controllo dettato dagli artt. 226 CE⁷¹ (oggi art. 258 TFUE) e 141 CEEA (Comunità

⁶⁹ Art. 10 del Trattato CE: “Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato.

⁷⁰ È noto, ed è stato ribadito anche in documenti ufficiali (art. 51 della Carta di Nizza “Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”) dopo numerose anticipazioni giurisprudenziali che il diritto europeo è idoneo a condizionare la condotta dei soggetti pubblici nazionali quando questi agiscono in attuazione di un compito comunitario. Attraverso la chiave interpretativa costituita dal riferimento ai principi comuni del diritto amministrativo, tali regole appaiono capaci di imporsi all'osservanza dell'azione convenzionale pubblicistica degli organismi amministrativi interni che risulti obiettivamente legata, per la funzione di concreto assolta, a interessi comunitari. Per quanto riguarda gli strumenti consensuali, che cioè legano fra loro i soggetti pubblici, non può essere sottaciuta la rilevanza del principio di leale collaborazione. Sul punto, v. soprattutto M. Blanquet, *L'article 5 du traité CEE*, Parigi, 1994.

⁷¹ Articolo 226: La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato

Europea per l'Energia Atomica)⁷², i quali stabiliscono una procedura d'infrazione con la quale la Commissione europea primariamente invia allo Stato inadempiente un proprio parere motivato, e nel caso in cui lo Stato non adegua il proprio comportamento al richiamo, la Commissione può adire la Corte di Giustizia per una sentenza dichiarativa dell'inadempimento⁷³.

Sia il Trattato della CEE all'art. 228⁷⁴, (oggi art. 260 TFUE), sia il Trattato CEEA all'art. 143⁷⁵, prevedono che, nelle fattispecie in cui lo

a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla commissione, questa può adire la Corte di giustizia.

⁷² Articolo 141: La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù del presente Trattato, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di Giustizia.

⁷³ CHITI M. P., Diritto amministrativo europeo, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 439 e ss;

⁷⁴ Trattato della CEE, art. 228: 1. Quando la Corte di giustizia riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù del presente trattato, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta. 2. Se ritiene che lo Stato membro in questione non abbia preso detti provvedimenti, la Commissione, dopo aver dato a tale Stato la possibilità di presentare le sue osservazioni, formula un parere

motivato che precisa i punti sui quali lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza della Corte di giustizia. Qualora lo Stato membro in questione non abbia preso entro il termine fissato dalla Commissione i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte comporta, la Commissione può adire la Corte di giustizia. In questa azione essa precisa l'importo della somma forfetaria o della penalità, da versare da parte dello Stato membro in questione, che consideri adeguato alle circostanze. La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità.

⁷⁵ Trattato CEEA, art. 143: Quando la Corte di Giustizia riconosca che uno Stato membro ha mancato a uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù del presente Trattato, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza

Stato sia rimasto inadempiente dopo una sentenza e non abbia uniformato il proprio comportamento alla suddetta sentenza, la Corte può infliggergli una penalità oppure il pagamento di una somma di denaro.

Riguardo all'accertamento dell'inottemperanza agli obblighi derivanti dal diritto comunitario, il sistema “*riconosce lo Stato come unico interlocutore delle istituzioni o degli altri Stati membri*”⁷⁶.

Anche tale disciplina è la conseguenza di un principio ormai consolidato della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo il quale uno Stato membro non può invocare la responsabilità di un suo ente territoriale o di diritto pubblico per giustificare il mancato rispetto di obblighi comunitari, giacché per questi non ha alcuna rilevanza la responsabilità ascrivibile all'infrazione⁷⁷.

Per quanto invece attiene agli effetti giuridici sul piano del diritto nazionale della sentenza dichiarativa dell'inadempimento, la Corte ha confermato con pronunce costanti che tale sentenza ha rilevanza come fondamento della responsabilità derivante dall'inadempimento dello

della Corte di Giustizia importa.

⁷⁶ Così G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 184.

⁷⁷ Nell'ambito del contenzioso di annullamento, la Corte ha avuto modo di affermare quanto segue: «emerge con chiarezza dal sistema generale dei Trattati che la nozione di Stato membro, ai sensi delle norme istituzionali e, in particolare, di quelle relative ai ricorsi giurisdizionali, comprende le sole autorità di governo degli Stati membri delle Comunità europee e non può estendersi agli esecutivi di regioni o di comunità autonome, indipendentemente dalla portata delle competenze attribuite a questi ultimi. Ammettere il contrario equivarrebbe a mettere in pericolo l'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati, i quali determinano in particolare le condizioni alle quali gli Stati membri, vale a dire gli Stati contraenti dei Trattati istitutivi e di quelli di adesione, partecipano al funzionamento delle istituzioni comunitarie. Le Comunità europee non possono infatti comprendere un numero di Stati membri superiore a quello degli Stati membri che le hanno costituite». Si vedano le ordinanze della Corte 21 marzo 1997, causa n. C-95/97, *Région Wallonie c. Commissione*, in *Racc.* 1997, I-1787, punto 6 della motivazione, e 1° ottobre 1997, causa n. C-180/97, *Regione Toscana c. Commissione*, in *Racc.* 1997, I-5245, punto 6 della motivazione. Si noti che di recente il Tribunale ha riconosciuto il diritto degli enti substatali di impugnare un atto comunitario che pretendano illegale, ai sensi e con le limitazioni di cui all'art. 230 CE, comma 4, considerando che l'interesse ad agire dei medesimi non poteva ritenersi «ricompreso nell'interesse dello Stato» e, nel caso della regione Friuli-Venezia Giulia, che la ricorrente era «un ente territoriale autonomo rispetto [allo] Stato, titolare di diritti ed interessi specifici». Si vedano le sentenze del Tribunale 30 aprile 1998, causa n. T-214/95, *Wlaamse Gewest c. Commissione*, in *Racc.* 1998, II-717, e 15 giugno 1999, causa n. T-288/97, *Friuli-Venezia Giulia c. Commissione*, in *Racc.* 1999, II-1871.

Stato membro nei confronti di altri Stati membri, della Comunità o dei singoli⁷⁸.

Il riferimento alla responsabilità dello Stato anche nei confronti dei “singoli” ha una portata storica, poiché si tratta della prima formulazione secondo la quale i singoli che hanno avuto violato un diritto loro riconosciuto da una norma comunitaria da parte dello Stato possono avere pretesa nei confronti di questo.

Il modello di responsabilità delineato dalla giurisprudenza della Corte non è casuale, ma deriva dalla considerazione e dalla necessità di proteggere i singoli nei confronti dello Stato responsabile di violazione di un interesse tutelato loro dal diritto comunitario. La Corte facendo leva sugli artt. 235 e 288⁷⁹, comma 2, del Trattato CEE⁸⁰ (oggi artt. 268 e 340 TFUE) e sull’art. 151⁸¹ e 188⁸² del Trattato CEEA, ha statuito come tali

⁷⁸ Sentenza della Corte di Giustizia Europea del 7 febbraio 1973 nella causa 39-72: Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana. Nella causa 39-72, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana (agenti: sigg. Adolfo Maresca e Giorgio Zagari), avente ad oggetto la dichiarazione dell’inadempimento, da parte della Repubblica italiana, degli obblighi imposti dal regolamento del Consiglio 6 ottobre 1969, n. 1975, “che istituisce un regime di premi di macellazione delle vacche e di premi di non commercializzazione del latte e dei prodotti lattiero-caseari”, nonché del regolamento della Commissione 4 novembre 1969, n. 2195, “che stabilisce le modalità di applicazione relative al regime di premi di macellazione delle vacche e di premi di non commercializzazione del latte e dei prodotti lattiero-caseari”, la Corte, ha pronunciato, il 7 febbraio 1973, una sentenza il cui dispositivo è del seguente tenore: *1. La Repubblica italiana — non adottando i provvedimenti necessari per consentire l’effettiva e tempestiva applicazione sul suo territorio del regime di premi per la macellazione delle vacche da latte e per la rinuncia a mettere in commercio il latte e i suoi derivati, è venuta meno agli obblighi imposti dal regolamento del Consiglio 6 ottobre 1969 n. 1975 e dal regolamento della Commissione 4 novembre 1969 n. 2195.2. La convenuta è condannata alle spese di causa.*

⁷⁹ Trattato CEE, art. 288, comma 2: In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni.

⁸⁰ Trattato CEE, Art. 235: La Corte di giustizia è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all’articolo 288, comma 2[^].

⁸¹ Trattato CEEA, art. 151: La Corte di Giustizia è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all’articolo 188, secondo comma.

⁸² Trattato CEEA, art. 151: La responsabilità contrattuale della Comunità è regolata dalla legge applicabile al contratto in causa. In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni. La responsabilità personale degli agenti nei confronti della Comunità è regolata dalle disposizioni che stabiliscono il loro statuto o il

norme sono la testimonianza della penetrazione reciproca tra diritto comunitario e nazionale, voluta e riconosciuta dagli Stati facenti parte della Comunità europea, per ciò che attiene la disciplina della responsabilità e il conseguente istituto della risarcibilità per i danni causati ai terzi danneggiati dagli atti o dalle azioni degli enti pubblici ritenute illegittime.

Tuttavia, precisa la stessa Corte, affinché sussista la responsabilità è necessario che devono essere presenti alcune condizioni con riferimento ai vari ordinamenti nazionali: l'illecito comportamento dell'istituzione pubblica o del suo agente, un danno effettivo e un nesso di causalità fra comportamento commissivo (od omissivo) e il danno subito dal terzo danneggiato.

Inoltre, sempre la stessa Corte ha elaborato un criterio pratico, definito “*della compenetrazione efficiente*”⁸³, al fine di superare eventuali questioni che potrebbero emergere dall'intreccio tra la “responsabilità comunitaria” e quella prevista negli ordinamenti dei singoli Stati membri.

Tale criterio stabilisce che la competenza spetta sempre al giudice nazionale quando questi è in grado di decidere sulla controversia allo scopo di offrire protezione giuridica al soggetto leso (si veda ad esempio, la sentenza 29 settembre 1987, causa n. 81/86, *De Boer Buizen*, in *Racc.* 1987, 3677)⁸⁴.

Nel caso di decisione avversa al ricorrente, questi può adire alla Corte di giustizia europea per ottenere la condanna delle istituzioni

regime loro applicabile.

83

L'espressione è di G. Tesauro, *op. cit.*, 165.

⁸⁴ Sentenza della Corte di Giustizia Europea, Sez. VI, del 29 settembre 1987 nella causa 81/86: *De Boer Buizen BV* contro Consiglio delle Comunità europee (*Responsabilità extracontrattuale — regime di esportazione dei tubi di acciaio*) (87/C 282/05). Nella causa 81/86, *De Boer Buizen BV*, società di diritto olandese, contro Consiglio delle Comunità europee e Commissione delle Comunità europee, avente ad oggetto, ai sensi dell'articolo 215 del trattato CEE, una dichiarazione di responsabilità extracontrattuale della Comunità per il pregiudizio subito dalla ricorrente a seguito dell'esecuzione data dalle istituzioni comunitarie all'accordo con gli Stati Uniti d'America in materia di scambi di tubi di acciaio del 7 gennaio 1987, la Corte ha pronunciato, il 29 settembre 1987, una sentenza il cui dispositivo è del seguente tenore: 1. *ricorso è respinto e la ricorrente è condannata alle spese.*

pubbliche cui sia ascrivibile il danno sofferto; ciò in conformità al criterio della sussidiarietà.

Ma l'aspetto sostanziale del regime della responsabilità riguarda il caso in cui il danno derivi dall'adozione (o dalla mancata adozione) di un atto comunitario, normativo o meno.

La Corte di giustizia UE ha mutato la propria giurisprudenza nel corso degli anni.

In un primo momento essa era orientata verso la necessità della dichiarazione di illegittimità dell'atto produttivo del danno⁸⁵, in seguito, con una serie di pronunce, ha mutato orientamento, indicando l'autonomia della "*dichiarazione di responsabilità*", e distinguendo quindi l'azione risarcitoria gli altri mezzi di tutela, quali "l'azione di annullamento di un atto".⁸⁶

Con una sentenza successiva, 17 maggio 1990, causa n. C-87/90, *Sonito*, in *Racc.* 1990, I-1981, la Corte ha pure esplicitato che l'azione di responsabilità non è diretta all'eliminazione di un determinato provvedimento, bensì al risarcimento del danno cagionato da un ente pubblico, volendo intendere con ciò che la pronuncia dichiarativa del giudice di illegittimità dell'atto che ha prodotto il danno rimane *incidentale* e non ha effetti *erga omnes* tipici dell'azione di annullamento⁸⁷.

A completamento della disciplina, occorre aggiungere che l'azione di responsabilità è proponibile sia per gli atti amministrativi diretti a specifici destinatari, sia per atti di portata generale. Mentre, per quanto riguarda il danno risarcibile, esso deve essere certo ed attuale.

Infine, con la sentenza 3 febbraio 1994, causa n. C-308/87 la Corte ha precisato che possono essere presi in considerazione sia il danno

⁸⁵ Nella sentenza 15 luglio 1963, causa n. 25/62, *Plaumann*, in *Racc.* 1963, 195. La Corte ha dichiarato l'inammissibilità di una domanda risarcitoria basata sulla pretesa invalidità di un atto il cui annullamento non era stato preliminarmente richiesto

⁸⁶ Corte di Giustizia Europea, sentenze 28 aprile 1971, causa n. 4/69 *Lütticke*, in *Racc.* 1971, 325, e 2 dicembre 1971, causa n. 5/71, *Zuckerfabrik Schöppenstedt* in *Racc.* 1971, 975.

⁸⁷ Sul punto si veda anche M. Migliazza, *op. cit.*, 760 ss.

emergente sia il lucro cessante, e che è risarcibile il pregiudizio materiale e morale, comprendendo nell'eventuale somma da liquidare anche gli interessi moratori e la svalutazione monetaria.

La disciplina sull'imputabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è chiara una volta individuati gli elementi su cui la stessa si basa.

Resta invece da chiarire se l'ordinamento comunitario consente di individuare un soggetto pubblico responsabile diverso dallo Stato.

Il punto di partenza dell'analisi riguarda l'individuazione degli interessi generali che giustificano la struttura della responsabilità dello Stato. Il fondamento di tale responsabilità è rinvenibile nell'art. 10 del Trattato CEE, secondo il quale gli Stati hanno il dovere di adottare misure di carattere generale e particolare idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato CE o da fonti di diritto derivato e di facilitare alla Comunità l'adempimento dei propri compiti (art. 10, comma 1, CE)⁸⁸.

Detta regola che impone un dovere di reciproca collaborazione tra istituzioni comunitarie e Stati membri, nasce dall'esigenza di garantire l'“effettività” dell'ordinamento comunitario. Ne deriva che la base giuridica della responsabilità per violazione di regole comunitarie di un ente “substatale” deve essere ricondotta all'ordinamento comunitario, poiché in nessun modo si deve rendere debole l'“effettività” della tutela dei soggetti i cui interessi sono tutelati dal diritto comunitario.

Riguardo all'argomento testè esposto, la Corte di Giustizia nella sentenza *Konle* del 1999⁸⁹, ha dato una prima indicazione in merito

⁸⁸ Articolo 10, Trattato CEE: Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato.

⁸⁹ Sentenza 1° giugno 1999, causa n. C-312/97, *Konle c. Repubblica d'Austria*, in *Racc.* 1999, I-3099. Nel quadro di una controversia tra un privato e l'amministrazione austriaca relativa all'autorizzazione alla vendita di un terreno situato nel Land del Tirolo, il giudice adito si rivolgeva alla Corte nelle forme dell'art. 234 CE chiedendo, se, in base al regime comunitario della responsabilità degli Stati membri per violazione

affermando che il privato può esperire l'azione risarcitoria nei confronti di un Land e non dello Stato Federale nel suo insieme, qualora la violazione sia imputabile al solo Land. E questo perché non siano poste regole sostanziali e procedurali discriminatorie e tali da incidere negativamente sull'effettiva possibilità di ottenere il risarcimento.

Tale sentenza sembra indicare chiaramente che, negli Stati a struttura federale, l'obbligo di risarcimento in capo ad uno Stato facente parte della Federazione va considerato, alla presenza di certe condizioni, conforme al diritto comunitario e che, pertanto, si può ritenere esclusa l'obbligazione dello Stato Federale.

Tuttavia, a ben vedere la sentenza fa riferimento alla struttura degli Stati Federali e non a qualsiasi altra entità pubblica, lasciando così dubbi interpretativi se ritenere legittima un'estensione del principio applicato ad altre entità, al fine di garantire comunque l'effettività del risarcimento dei danni cagionati da violazione del diritto comunitario ed assicurare in tal modo il corretto funzionamento dell'ordinamento comunitario nel suo insieme.

In seguito, la stessa Corte nella sentenza 4 luglio 2000, causa n. C-424/97, *Haim*⁹⁰, ha sviluppato i principi espressi nella sentenza *Konle*, esplicitando un alto principio di responsabilità, quello della *“concorrenza della responsabilità dello Stato membro con quella dell'ente pubblico diverso dallo Stato che ha originato il pregiudizio”*.

Il caso in esame riguardava la domanda di un cittadino che aveva chiesto ad un ente pubblico tedesco l'accoglimento dell'istanza di

di regole comunitarie, l'obbligo di cooperazione tra Stati membri e istituzioni di cui all'art. 10 CE poteva considerarsi adempiuto allorché secondo il diritto interno la responsabilità di un Land parte di una struttura federale prevede che, nel caso di violazioni imputabili al Land, il danneggiato possa rivolgersi per il risarcimento unicamente nei confronti di detto Land e non anche nei confronti dello Stato federale nel suo insieme.

⁹⁰ Sentenza 4 luglio 2000, causa n. C-424/97, *Haim*. Salomone Haim contro Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. - Domanda di pronuncia pregiudiziale: Landgericht Düsseldorf - Germania. - Principio della responsabilità di uno Stato membro in caso di violazione - Violazioni imputabili ad un ente di diritto pubblico di uno Stato membro Presupposti della responsabilità dello Stato membro e di un ente di diritto pubblico di questo stesso Stato Compatibilità di un requisito linguistico con la libertà di stabilimento.

convenzione all'esercizio della professione di dentista ; detta istanza era stata rigettata dall'ente in base al fatto che l'istante non aveva effettuato in Germania il tirocinio alla professione imposto dalla legislazione locale.

L'interessato reclamava, quindi, il risarcimento dei danni subiti a causa del mancato esercizio della professione.

La Corte nella sentenza in commento, oltre a riconfermare i concetti già espressi nella sentenza *Konle* (gli Stati membri devono garantire che i singoli ottengano il risarcimento del danno loro cagionato da soggetti pubblici a causa), richiamando alcune sue precedenti pronunce⁹¹, osservava che la responsabilità per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili ad una pubblica autorità nazionale costituisce un principio, inerente al sistema del Trattato, che crea obblighi in capo agli Stati membri.

In tal modo la Corte introduceva un principio di portata ampia che di fatto sviluppava ulteriormente le indicazioni contenute nella sentenza *Konle*.

Inoltre, ricorda che dalla propria giurisprudenza risulta che “*il risarcimento non deve necessariamente provenire dallo Stato federale, a condizione però che «le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quelli derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno»*”.

La Corte poi introduce nuovi criteri derivanti dalla sentenza *Konle*, e precisa che il decentramento della responsabilità vale anche per gli Stati non federali, qualora in tali Stati le funzioni legislative e amministrative sono assunte da enti locali o enti di diritto pubblico diversi dallo Stato. Pertanto, in tali Stati il risarcimento dei danni causati ai terzi da provvedimenti adottati in violazione del diritto comunitario da un ente

⁹¹ La Corte si richiama in particolare alle sentenze *Francovich*, *Brasserie du pêcheur*, *British Telecommunications*, *Hedley Lomas*, *Dillenkofer* e *Norbrook Laboratories*, tutte citate.

pubblico può essere garantito da quest'ultimo.⁹² Dall'analisi riguardo la responsabilità degli Stati verso i singoli per violazione di regole comunitarie emerge una disciplina alquanto articolata, nel senso che le linee generali sono stabilite dall'ordinamento generale, mentre per il resto occorre riferirsi al diritto nazionale dei vari Stati che vengono in considerazione secondo i criteri di collegamento applicabili.

Tuttavia, è la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che con le sue formulazioni ha fornito un complesso di regole che si impongono agli Stati membri, derivandone da tutto ciò che il diritto nazionale ha in materia un ruolo subordinato, vale a dire si applica nei limiti in cui è coerente con le regole comunitarie.

4. LA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, CAUSA C-314/09 DEL 30/09/2010.

Con la sentenza del 30 settembre 2010, causa C-314/09, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione ed in particolar modo sul problema della compatibilità con la direttiva 89/665/CEE di una normativa nazionale che fa dipendere la tutela risarcitoria, per i danni derivanti dalla violazione della disciplina sugli appalti pubblici, alla previa prova della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice.

In particolare la Corte europea, nella sentenza del 30.9.2010, C314/09, afferma che: *“La direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta”*.

⁹² Sentenza *Haim*, punti 31 e 32 della motivazione

È chiaro che l'autorevole contenuto della sentenza riguarda la questione circa la possibilità o meno di includere l'elemento della *colpa* tra le premesse necessarie per l'attribuzione della responsabilità all'amministrazione aggiudicatrice e pone il tema controverso del contenuto e della ripartizione dell'onere di provare la colpa, non soltanto nell'ordinamento degli Stati in causa (Austria e Portogallo), bensì in tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

La sentenza in specie (causa C-314/09) indica palesemente che il risarcimento "*per equivalente*", nella circostanza di non eseguibilità in *forma specifica*, determinato dalla violazione della normativa sugli appalti pubblici, prescinde dalla valutazione di una condotta colposa della pubblica amministrazione.

5. VERSO UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA?: E' POSSIBILE PARLARE DI UNA EVOLUZIONE IN ATTO CHE CONFIGURA LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE COME OGGETTIVA NON SOLO NEL SETTORE DEGLI APPALTI MA IN OGNI SETTORE?

Alla luce delle suesposte considerazioni sembra si possa sostenere, in ragione dell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale espresso dalla CGUE, che la responsabilità della pubblica amministrazione in materia di appalti pubblici debba configurarsi come *responsabilità oggettiva*, svincolata dal carattere colpevole della violazione.

A tal punto, è doveroso tentare di rispondere al seguente interrogativo: si sta costruendo un modello legislativo, sostenuto dalla giurisprudenza, di una responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione anche per altri ambiti di azione oltre la materia degli appalti pubblici?

In modo particolare occorre chiedersi se quanto enucleato in

precedenza valga riguardo solo i danni provocati da attività illegittima della pubblica amministrazione nel settore degli appalti, o, invece, i medesimi principi debbano valere per tutte le ipotesi in cui è accertata la responsabilità della pubblica amministrazione.

Fermo restando che la Corte di Giustizia si è occupata solo dei danni arrecati in violazione del diritto comunitario, concernente la procedura di gara per l'affidamento di un appalto pubblico, occorre chiedersi se il principio della natura oggettiva e non colposa della responsabilità debba vedersi riconosciuta una *vis expansiva*.⁹³

Ebbene da quanto sopra esposto sembra che i principi espressi dalla CGUE con la summenzionata sentenza del 30 settembre 2011 per il loro carattere generale e potenzialmente omnicomprensivo siano in grado di configurare in generale un modello di responsabilità (oggettiva) dei pubblici apparati il quale, lungi dall'essere circoscritto al solo settore degli appalti pubblici, possa invece operare in ogni altro settore in cui si trova ad operare la pubblica amministrazione.

Sulla scorta dei superiori interrogativi il successivo capitolo si occuperà di analizzare il modello di responsabilità della p.a. di recente delineato dalla giurisprudenza amministrativa nazionale al fine di :

- Verificare se il modello di responsabilità oggettiva nel settore degli appalti pubblici ha avuto ingresso anche nel nostro ordinamento;
- Verificare se è vieppiù possibile ipotizzare nel nostro sistema l'affermazione di un modello generale di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione che non risulti confinato al solo settore degli appalti pubblici.

⁹³ M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 439 e ss; R. GRECO, *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7.6.2011; G. VELTRI, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*.

CAPITOLO TERZO

LE PROSPETTIVE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL SISTEMA ITALIANO ALLA LUCE DELL'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

INDICE SOMMARIO 3.1. *Prime pronunce della giurisprudenza nazionale che aderiscono all'orientamento della corte di giustizia dell'unione europea* 3.2. *E' possibile ipotizzare un modello di responsabilità oggettiva degli apparati pubblici nell'ordinamento italiano?* 3.3. *Conclusioni*

1. PRIME PRONUNCE DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE CHE ADERISCONO ALL'ORIENTAMENTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

L'orientamento inaugurato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di responsabilità della P.A. per le violazioni della normativa sugli appalti pubblici ha portato nuova linfa anche allo storico dibattito, tutto interno alla giurisprudenza e dottrina italiana, intorno alla natura della responsabilità de quo, contrattuale, precontrattuale, extracontrattuale, e da ultimo oggettiva.

La dottrina e la giurisprudenza si sono interrogate in ordine alla vis espansiva da attribuire alla sentenza della Corte di Giustizia, ovvero, al ruolo che la colpa può assumere anche al di fuori del settore degli appalti pubblici come sopra delineati.

Se si dovesse concludere per l'estensione di un modello oggettivo di responsabilità da provvedimento illegittimo a tutti i settori della Pubblica amministrazione, occorrerebbe individuare quale sia

effettivamente il regime da applicare nei siffatti casi⁹⁴.

Proprio le difficoltà riscontrate nel far rientrare un accertamento oggettivo della colpa dell'Amministrazione nell'ambito delle categorie civilistiche tradizionali, ha spinto taluni in dottrina⁹⁵ a ritenere necessaria una riforma del sistema della responsabilità della P.A., anche alla luce della ricostruzione dell'elemento soggettivo effettuata dalla Corte di Giustizia in materia di responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario.

Altri ancora pretendono per un modello di responsabilità di diritto pubblico completamente sganciato da qualsiasi accertamento dell'elemento soggettivo e parametrato all'esigenza di fornire un complemento alla tutela di annullamento⁹⁶.

In questo modo il risarcimento costituirebbe un rimedio all'insufficienza della tutela reintegratoria, con il rischio però di introdurre ineludibilmente la c.d. pregiudizialità amministrativa, che è stata oggi formalmente superata dall'art. 30 del c.p.a e anche dalla giurisprudenza amministrativa.

Ed invero, a fronte dell'indirizzo giurisprudenziale proposto dalla Corte di Giustizia Europea, la condotta del giudice nazionale è stata alquanto "oscillante" tra il collocarsi inizialmente in concordanza con la giurisprudenza comunitaria e il discostarsene in seguito indicando una

⁹⁴ Alfonsi D. Nuovi spunti in tema di responsabilità dell'amministrazione in materia di contratti pubblici, *Foro Amministrativo* (II), fasc.1, 2014, pag. 89

⁹⁵ Chiti M.P, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 621 ss; G. Greco, *Il diritto comunitario europeo dopo il trattato di Lisbona*, in www.giustamm.it; 2011, G. Veltri, *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, in lexitalia.it, 2011; L. Garofolo, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'Amministrazione*, in *Urb. e app*, 2005, 1060; Id., *La Responsabilità dell'Amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1 e ss.; S. Valaguzza, *Percorsi verso una responsabilità oggettiva della Pubblica amministrazione*, cit., 50 e ss.

⁹⁶ Follieri E., *L'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, cit., 689 e ss.; Falcon G, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit, il quale protende per la tesi della responsabilità speciale, pertanto il vero problema che si pone è « non tanto se nella responsabilità dell'amministrazione da provvedimento illegittimo vi siano o meno elementi di specialità, ma se la presenza di questi elementi sia tale da distaccare questa responsabilità dal tipo della responsabilità extracontrattuale, fino al punto da non farla rientrare nell'ampia categoria della responsabilità da fatto illecito, come contrapposta alla responsabilità da inadempimento (...)».

via nazionale diversa e peculiare.

Le prime manifestazioni di parziale assimilazione della giurisprudenza comunitaria della Corte di Giustizia si sono avute da parte dei giuridici amministrativi di prime cure; tendenza confermata in alcune sentenze dallo stesso Consiglio di Stato, che poi ha mutato orientamento in seguito.

Nel 2010 con le sentenze dei T.A.R., rispettivamente della Lombardia, della Campania e della Sicilia (quasi a voler palesare una distribuzione omogenea di un intendimento univoco su tutto il territorio nazionale), sembrava si aprisse un nuovo percorso riguardo alla materia della responsabilità della pubblica amministrazione aperta anche in altri ambiti diversi dagli appalti pubblici.

Il T.A.R. Lombardia, Brescia, sent. n. 4552/2010⁹⁷, statui, con riferimento all'accertamento della fondatezza della colpa, che lo stesso “è destinato a perdere consistenza alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia CE, Sez. III – 30 settembre 2010, Causa C-314/209”. Il giudice, conformandosi alla giurisprudenza della Corte, ritenne che gli Stati membri non possano assoggettare l'individuazione di un risarcimento al riconoscimento del carattere di colpevolezza dell'amministrazione aggiudicatrice di una gara pubblica in violazione di

97 Con la sentenza n. 4552/2010 il TAR Brescia ha dato applicazione agli artt. 122 e 124 del Codice del Processo Amministrativo sulla tutela per equivalente, nel caso in cui l'aggiudicazione definitiva sia annullata e il Giudice abbia deciso di non dichiarare l'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato. La ricorrente (seconda classificata) contestava i punteggi assegnati alla prima classificata in una gara d'appalto per la fornitura e posa in opera di filtri meccanici per il trattamento delle acque in uscita di un impianto di depurazione e dimostrava, altresì, che, se il punteggio fosse stato correttamente assegnato, l'esito della selezione sarebbe stato diverso ed il piazzamento invertito: essa sarebbe risultata prima classificata e l'aggiudicataria seconda classificata. Il TAR ha accolto le doglianze della ricorrente, annullando l'aggiudicazione. Ha quindi dovuto affrontare la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente unitamente alla domanda di annullamento. Innanzitutto il TAR ha verificato “lo stato di esecuzione del contratto”: dai documenti prodotti è emerso che la fornitura oggetto dell'appalto era già stata integralmente eseguita dalla originaria aggiudicataria. Osserva il TAR che “tale circostanza preclude alla Sezione, nel presente giudizio, la dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato e di subentro della parte vittoriosa”, ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo. Chiarito che, nel caso di specie, si deve propendere per la soluzione della riparazione pecuniaria, il TAR passa quindi ad analizzare gli aspetti della tutela risarcitoria per equivalente, ai sensi dell'art. 124, comma 1, del Codice del processo amministrativo.

una norma sugli appalti pubblici.

Per quanto sopra, nella sentenza d'interesse il giudice del T.A.R. avvalora la tesi che il rimedio risarcitorio può rispondere al principio di *effettività* come voluto dalla "direttiva ricorsi" a condizione che la circostanza per riconoscerlo "*non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice*".

Continuando nella sua dissertazione il giudice fissa un altro punto base, quello dell'inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ritenuto non accettabile, poiché potrebbe originare "*il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione riesca a vincere la presunzione di colpevolezza gravante su di essa*".

Ed ancora il T.A.R. Campania, sent. n. 1069/2010⁹⁸, dopo aver richiamato la pronuncia della Corte di Giustizia del 2010, si è espresso nel seguente modo: "*la richiamata giurisprudenza comunitaria sembra produrre nel nostro ordinamento l'effetto, sia pure circoscritto al settore degli appalti pubblici, di svincolare la responsabilità dell'amministrazione dall'accertamento della colpa, quand'anche*

⁹⁸ T.A.R. Campania, sent. n. 1069/2010, sul ricorso proposto da Petecca Grazia contro l'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1, per l'accertamento:

- del diritto del ricorrente a conseguire il trattamento economico corrispondente al VII livello retributivo, dal 12.6.1985;

- dell'obbligo dell'A.S.L. Napoli 1 di nominare la ricorrente nel posto di operatore professionale di 1a categoria - coordinatore, con funzioni di caposala, essendo risultata la prima idonea nel pubblico concorso per titoli ed esami pubblicato sulla G.U. n. 14 del 19.2.1993;

Per la condanna:

- conseguente, in solido, del Commissario liquidatore dell'U.S.L. n. 44 e del Direttore Generale dell'A.S.L. Napoli 1 al pagamento delle differenze retributive maturate a far data dal 12.6.1985 (già detratte i 60 giorni previsti dall'art. 29 del D.P.R. n. 761/1979), oltre interessi legali e rivalutazione monetaria,

- in via gradata per la condanna delle suddette Amministrazioni al pagamento dell'equa indennità ex art. 2041 cod. civ.;

e per l'annullamento per quanto occorra, del silenzio-inadempimento formatosi sull'atto di diffida notificato il 6.9.1996 in ordine all'istanza di pagamento delle differenze retributive e della nomina giuridica a Caposala.

ricavata presuntivamente dalla illegittimità degli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione” e “nella fattispecie in esame, il rilievo della violazione delle regole di imparzialità e buon andamento, nonché di buona fede e correttezza qualificano il comportamento dell’amministrazione resistente in modo tale da concretarne la responsabilità per danno consequenziale all’annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo”.

La portata di tale sentenza sembrava un’occasione per espandere nel nostro sistema ordinamentale e giudiziario i principi espressi in materia dalla giurisprudenza comunitaria, liberando la responsabilità dell’amministrazione dalla ristretta area del settore degli appalti pubblici, ed ampliando la stessa anche in altri ambiti ed a qualsiasi provvedimento illegittimo che cagioni danno ingiusto a terzi; ma soprattutto affrancando la responsabilità dell’amministrazione dall’accertamento della colpa.

Non ultimo, ma di ragguardevole importanza, il T.A.R. Sicilia-Catania, con la sent. n. 4624/2010⁹⁹, aderendo in linea di principio con le due precedenti pronunce, si spinse oltre, precisando che *“il collegio ritiene che il principio espresso dalla citata sentenza della Corte di Giustizia del 30 settembre 2010 – circa l’irrilevanza, al fine di riconoscere il risarcimento in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, della colpevolezza della riscontrata violazione di legge – non possa che essere applicato anche in relazione agli appalti il cui importo*

⁹⁹ T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, n 4624 del 7/12/2010 : in materia di appalti, nel riconoscere il risarcimento danni deve prescindere dall'accertamento della colpa dell'Amministrazione, per non violare le direttive comunitarie in materia in attuazione di Corte Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010. La sentenza nasce sul ricorso proposto da..... S.r.l. contro il Comune di, nei confronti diCostruzioni Srl, per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del verbale di gara del 28.07.2009, con il quale la Stazione appaltante ha proceduto all'ammissione e all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore dell'impresa ** Costruzioni srl; della nota n. 11620 del 29.07.2009, con la quale il Comune di ** ha comunicato che i lavori de quo sono stati aggiudicati all'impresa ** Costruzioni srl, mentre la ricorrente è risultata seconda sorteggiata; nonché per la condanna del Comune intimato al risarcimento del danno, in forma specifica, mediante l'affidamento dell'appalto alla ricorrente, nonché, in forma generica, per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con la condanna della P.A. al pagamento delle somme che verranno quantificate in corso di causa, ovvero saranno liquidate in via equitativa ex art. 1226 c.c., con interessi legali e rivalutazione monetaria come per legge.

si collochi al di sotto della c.d. soglia comunitaria, pena una ingiustificabile disparità di trattamento tra imprese che partecipano a gare sopra la soglia, che si vedrebbero riconoscere il risarcimento in base a tale nuovo principio, ed imprese che, partecipando a gare sotto quella soglia, se lo vedrebbero invece negare a causa di difficoltà interpretative della normativa, o della riscontrata esistenza di un qualsivoglia errore scusabile dell'amministrazione". In verità, per la stessa necessità di garantire la parità di trattamento, nonché l'uguaglianza tra situazioni giuridiche soggettive aventi pari consistenza e dignità, il principio di cui sopra non può che essere esteso anche ad ambiti diversi da quelli concernenti le procedure di affidamento di appalti nei vari settori. D'altra parte, nell'ordinamento giuridico italiano un fenomeno interpretativo analogo si è già riscontrato, ad esempio con riferimento alla risarcibilità del danno da violazione di interessi legittimi ...".

Dalla portata di tale sentenza se ne deduce che per la stessa ragione di garantire la parità di trattamento *"anche in altri appalti il cui importo si collochi al di sotto della c.d. soglia comunitaria"*, nonché per le ragioni di uguaglianza tra situazioni giuridiche soggettive aventi pari consistenza e dignità, detto principio espresso deve essere esteso anche ad ambiti diversi da quelli concernenti le procedure di affidamento di appalti nei vari settori.

Orbene, le due pronunce dei T.A.R. Campania e Sicilia aprono un panorama nuovo e diverso rispetto alla giurisprudenza amministrativa consolidata, affermando, pur con le dovute differenze, ma con la stessa enfasi, che *"il principio di parità di trattamento nonché l'uguaglianza tra situazioni giuridiche soggettive aventi pari consistenza e dignità"*, debba essere esteso anche ad ambiti diversi del settore degli appalti pubblici.

Il superiore orientamento giurisprudenziale ha trovato inizialmente conferma in alcune pronunce del Consiglio di Stato.

In particolare la Sez. V, nella sentenza n. 1193/2011¹⁰⁰, ha

¹⁰⁰ Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1193 del 24 febbraio 2011, sul ricorso da Fater S.p.A.,

“rilevato, anzitutto, che non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell’illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria. Con riferimento alla misura del risarcimento del danno spettante all’appellante, è sufficiente osservare che, qualora la procedura fosse stata svolta correttamente, la Soc. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura e l’appalto avrebbe dovuto essere assegnato alla attuale appellante, collocata al secondo posto della graduatoria. Pertanto, all’interessata compete il diritto al risarcimento dei danni costituiti dal mancato utile derivante dall’appalto in contestazione”.

Ed ancora, la stessa Sez. V, con la sentenza n. 5527/2011¹⁰¹, ha ripetuto testualmente quanto già rilevato nella sentenza n. 1193/2011, nel senso che *“non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell’illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria”.*

Mentre , più di recente, sempre la Sez. V, con la sentenza 8 novembre 2012, n.5686¹⁰², in linea con le pronunce dei T.A.R. Lombardia, Campania e soprattutto Sicilia, afferma che la previsione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici”.

Continuando poi nella lettura della sentenza, emerge che *“la regola*

contro Centro Servizi Condivisi, Federico Rosati, nei confronti di Santex S.p.A., per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, n. 198/2010.

¹⁰¹ Consiglio di stato, Sez. V, sent. n.5527 del 12 ottobre 2011, sul ricorso proposto da Smet S.r.l., contro Azienda Comunale Centrale del Latte di Roma per la riforma della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, concernente “Risarcimento danni per mancata aggiudicazione appalto servizio pulizia”.

¹⁰² Consiglio di stato, Sez. V – sent. 8 novembre 2012, n.5686. sul ricorso proposto da All System S.p.A. in proprio e quale mandataria R.T.I., contro Comune di Milano, Comune di Milano nei confronti di BTV S.p.A., per la riforma della sentenza del T.A.R. Lombardia Milano, n. 01811/2010, concernente aggiudicazione appalto servizio di sorveglianza presso palazzo di giustizia.

comunitaria di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici, rappresenta una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici”, pertanto “tale regola non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, anche alla luce dell’art. 2, d. lgs. n. 163 del 2006”.

Dunque, non può essere la normativa ad individuare i presupposti per la risarcibilità del danno, poiché è il danno come fattore oggettivamente esistente, che deve legittimare il risarcimento.

Ciò porta a credere che ogni danno cagionato da violazione di norme di diritto comunitario in tema di appalti pubblici possa definirsi “ingiusto” e, quindi, meritevole di ristoro.

Ed infine, sempre il Consiglio di Stato, tornato a pronunciarsi sul tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione nella materia degli appalti pubblici con la sentenza n. 966 del 18 febbraio 2013, in occasione di un ricorso presentato avverso la sentenza del T.A.R. Veneto, n. 87/2009, riguardo alla richiesta di risarcimento danni per mancata aggiudicazione di lavori, ha affermato l'erroneità della pronuncia di primo grado *“laddove ha ritenuto che nella specie la colpa della stazione appaltante sia da escludere, in quanto i profili di illegittimità che hanno comportato l'annullamento degli atti impugnati in primo grado sarebbero da addebitare ad un errore scusabile”.*

Il Collegio si pronuncia applicando in modo rigoroso la regola comunitaria ed affermando il principio secondo cui in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi nel campo dei pubblici appalti si *“configurerebbe una responsabilità non avente natura*

nè contrattuale nè extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poichè derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici”.

Ne consegue, in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, che in materia di appalti pubblici il ricorrente danneggiato non è gravato dall'onere di provare che il danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza della colpa dell'Amministrazione; d'altra parte, questa non può esimersi dal risarcire il danno, adducendo l'inesistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Nel suo argomentare il Consiglio di Stato evidenzia che : *“poco importa, per il giudice comunitario, che un ordinamento nazionale non faccia gravare sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma la presuma a carico della stessa; infatti, dal momento in cui si consente a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, si genera ugualmente il rischio che il ricorrente pregiudicato da una decisione illegittima di un'Amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'Amministrazione riesca a vincere la suddetta eventuale presunzione di colpevolezza”.*

A fondamento di tale rigoroso indirizzo viene indicata la necessità di dare piena attuazione ai principi di *equivalenza*, di *effettività* della tutela e di uniformità nell'applicazione della disciplina degli appalti pubblici in tutto il territorio dell'Unione, a garanzia della massima concorrenza e non discriminazione.

La conclusione, cui perviene il Collegio è quella di prescindere da qualsiasi considerazione della colpa al fine di configurare la risarcibilità dei danni *per equivalente* in materia di appalti pubblici, ferma restando la necessità di individuare le altre componenti dell'illecito, vale a dire l'illegittimità dell'azione amministrativa, il nesso causale ed il danno.

Viene, inoltre, precisato l'ambito di applicazione della regola comunitaria della *responsabilità oggettiva*, che “*non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza*”

La sentenza 966/2013 riproduce l'orientamento già espresso, con ampia motivazione, dalla summenzionata sentenza n. 5686 dell'8.11.2012 della stessa Sezione V, la quale, come sopra esposto, seguendo lo stesso percorso argomentativo, sottolinea come la sistematica della colpa della pubblica amministrazione debba oggi essere rimeditata, nel campo degli appalti pubblici, con riferimento all'ordinamento comunitario, giungendo per tale via alla conclusione che “*ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici possa, per ciò solo, definirsi ingiusto e, come tale, meritevole di adeguato ristoro*”. (¹⁰³, ¹⁰⁴, ¹⁰⁵).

¹⁰³ Consiglio di Stato, Sez. V, n. 240 del 16 gennaio 2013. Ricorso proposto da Rillo Costruzioni s.r.l. contro Comune di Faicchio, Società Termotetti Costruzioni S.r.l., per la ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 00546/2012, di accoglimento dell'appello proposto per la riforma della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 07639/2009, con conseguente reiezione del ricorso originario proposto da Termotetti Costruzioni s.r.l. dinanzi a detto T.A.R.; inoltre per il risarcimento del danno. Nella pronuncia del Consiglio si evince che in tema di gare pubbliche, non è necessaria alcuna particolare indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità civile della pubblica amministrazione; trattandosi di violazione della normativa sugli appalti pubblici da parte dell'Amministrazione, la conseguente concessione di un risarcimento danni non può essere (infatti) subordinata al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice.

In senso analogo, si rinvia anche a Sez. V n. 240 del 16.01.2013¹⁰³, n. 3314 del 5.06.2012¹⁰³, n. 661¹⁰³ del 7.02.2012).

¹⁰⁴ Consiglio di Stato, n.3314 del 5 giugno 2012. Ricorso proposto da Pica Ciamarra Massimo, in proprio e nella qualità di amministratore unico e legale rappresentante “pro tempore” della PCAint Pica Ciamarra Associati srl, la quale agisce anche come capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con RPA s.p.a. , CSM Ingegneri Associati Calligaro e Maltese –MEDIF s.r.l. –arch. Massimo Locci, contro il Comune di Torino, per la riforma della sentenza del T.A.R. PIEMONTE - TORINO -SEZIONE I, n. 303/2008, resa tra le parti, concernente risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo affidamento dell'incarico di progettazione del restauro e adeguamento funzionale delle Officine Grandi Riparazioni a sede espositiva, museale ed Urban Center Torino in favore del R.T. SO.TEC. srl.

¹⁰⁵ Consiglio di Stato, n.661 del 7 febbraio 2012. Ricorso proposto da ZH -

2. È POSSIBILE IPOTIZZARE UN MODELLO DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA DEGLI APPARATI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO?

Il superiore orientamento giurisprudenziale volto ad affermare la natura oggettiva della responsabilità della pubblica amministrazione, tuttavia si presenta come minoritario ed isolato rispetto all'approdo raggiunto costantemente dalla giurisprudenza amministrativa in generale e dal Consiglio di Stato in particolare nelle numerosissime pronunce rese sul punto.

Ad esempio giova richiamare quanto affermato in materia sempre dalla summenzionata Sez. V del Consiglio di Stato che, nella motivazione della sentenza n. 1184/2011¹⁰⁶, ha per intero ignorato la sentenza della Corte di Giustizia del 30 settembre 2010, continuando a sostenere che nella materia degli appalti pubblici *“la colpa, insieme al dolo, sono elementi imprescindibili ai sensi dell'art. 2043 c.c. perché si*

General Construction Company S. P. A. , in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con la s. p. a. Gaetano Paolin, e dalla s. p. a. Gaetano Paolin, in proprio e quale mandante della costituenda ATI con ZH (in seguito, ATI ZH -Paolin), contro la Provincia Autonoma di Bolzano; Cle-Cooperativa Lavoratori Edili Società Cooperativa e Unionbau srl, n. c. ; per l'ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato – Sez. V, n. 4533/2010, resa tra le parti, con la quale è stato accolto il ricorso in appello proposto dalla Ati Zh - Gaetano Paolin contro la sentenza del TRGA -sezione autonoma di Bolzano, n. 82/09 e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, e' stato accolto il ricorso proposto in primo grado e sono stati annullati i provvedimenti di esclusione dell'ATI ZH - Gaetano Paolin dalla gara per l'appalto di lavori di sistemazione del liceo classico "Beda Weber" di Merano e di aggiudicazione dell'appalto suddetto all'ATI CLE -UNIONBAU srl; e per il risarcimento del danno per equivalente (per la parte di lavori già eseguita o comunque nel caso di impossibilità di subentro nei lavori);

¹⁰⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1184 del 24 febbraio 2011, sul ricorso proposto da: Sarda Appalti Srl, contro Provincia di Cagliari, per la riforma della sentenza del T.A.R. Sardegna – Cagliari, Sez. I n. 00688/2010, resa tra le parti, concernente “Aggiudicazione appalto lavori - accertamento diritto al risarcimento danno ingiusto”.

formi una fattispecie che possa dar luogo al danno ingiusto”.

Ed ancora la Sez. IV, con la sentenza n. 483 del 2012¹⁰⁷, adeguandosi alla giurisprudenza nazionale prevalente afferma che “*il principio enunciato (dalla Corte di giustizia) deve restare circoscritto al settore degli appalti pubblici*”.

Per di più, ripercorrendo l’excursus dottrinale e giurisprudenziale dell’*elemento soggettivo* della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione, il Consiglio di Stato afferma nella predetta sentenza che la responsabilità della pubblica amministrazione, senza che ciò confligga con la normativa comunitaria, debba essere necessariamente costruita sul paradigma dell’art. 2043 c.c..

Il Consiglio di Stato, in tal modo, ha reintrodotta un *presupposto soggettivo*, che era stato definitivamente espunto dalla Corte di giustizia per l’affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione nel risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme della Comunità europea sugli appalti.

La ragione sulla quale il Consiglio basa il proprio convincimento è che in presenza dell’illegittimità dell’atto, versandosi in una ipotesi di colpa grave della pubblica amministrazione, si possa ricorrere alle presunzioni di responsabilità *ex artt. 2727 e 2729 c.c.*

Trattasi di *presunzioni semplici*, per cui la prova dell’illegittimità del provvedimento amministrativo rappresenta solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri, vale a dire “il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell’azione amministrativa”.

¹⁰⁷ Consiglio di Stato, Sez. IV – sent. 31 gennaio 2012, n.483, sul ricorso in appello proposto da Yesmoke Tabacco S.p.a., contro l’Azienda Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), nei confronti di Philip Morris Italia S.r.l., per l’annullamento della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sez. II, nr. 850/2011, resa nel ricorso nr. 12468/08 R.G.

L'applicabilità alle fattispecie risarcitorie in esame delle suddette previsioni determina un alleggerimento del carico probatorio a carico del danneggiato. Ed è questo è l'elemento atipico rispetto all'art. 2043 c.c..

Dunque, accertata l'illegittimità del provvedimento amministrativo e quindi dell'azione della pubblica amministrazione, spetterà ad essa provare che l'azione posta in essere è priva di colpa, mediante elementi integranti l'*errore scusabile* (contrastanti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, rilevante complessità del fatto, influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata).

E, per ultimo, nel 2013, una serie di recenti pronunce del Consiglio di Stato ed anche dei T.A.R., hanno offuscato, forse definitivamente, quella flebile apertura mostrata dalla giurisprudenza amministrativa nel 2010 riguardo alla ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ed ai principi espressi dal diritto comunitario.

Ad esempio, il T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste, sent. n. 310/2013, pur fornendo prova in alcune parti della sentenza di legare la propria pronuncia ai principi giurisprudenziali comunitari riguardo al riconoscimento dell'*elemento oggettivo* correlato all'illegittimo provvedimento amministrativo, ha poi riconosciuto quale elemento fondamentale per determinare la responsabilità della pubblica amministrazione, il *presupposto soggettivo*.

Siffatto indirizzo il suddetto TAR ha adottato in ordine al ricorso proposto da Torneria Manzanese F.Lli Zuodar S.n.c., contro il Comune di Manzano, per il risarcimento del danno, derivante da illegittima attività dell'Amministrazione. Infatti, il giudice ha argomentato statuendo che la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi deve essere ricondotta al modello aquiliano, ex art. 2043 c.c..

Di conseguenza è necessario accertare la sussistenza dell'*elemento oggettivo* rappresentato dall'illegittimità del provvedimento emesso

dall'amministrazione comunale e quindi dall'illegittimità derivante dall'azione amministrativa, ma anche dell'*elemento soggettivo* riguardante la colpa o il dolo ed il nesso di causalità tra l'illegittimità dell'atto amministrativo e il danno cagionato, quest'ultimo da ritenersi valido tutte le volte in cui, senza l'attività amministrativa illegittima, il danno non si sarebbe verificato.

Ed allora , alla luce di tutto quanto sopra esposto appare evidente che l'affermazione della natura oggettiva della responsabilità della pubblica amministrazione non è affatto concorde nella giurisprudenza amministrativa (risultando al contrario espressione di un indirizzo minoritario) ponendosi il problema di raccordare i principi ricavabili dall'ordinamento comunitario con la tradizionale ricostruzione della responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi.

L'orientamento prevalente, infatti, la inquadra nello schema della responsabilità extracontrattuale, ricollegandola, in tal modo, anche all'accertamento dell'elemento soggettivo; al fine, poi, di alleggerire l'onere probatorio incombente sul privato, si è afferma che, una volta acclarata l'illegittimità del provvedimento amministrativo, alla pubblica amministrazione spetta di provare l'assenza di colpa mediante l'allegazione di circostanze integranti il c.d. "*errore scusabile*".

Da ultimo , sempre nello stesso senso, va richiamata la recentissima sentenza del Consiglio di Stato n. 1357 del 19.03.2014, con la quale il Supremo Consesso Amministrativo, confermando che ai fini della sussistenza della responsabilità della pubblica amministrazione debba essere comprovata la configurabilità dell'elemento soggettivo, ha avuto modo di osservare che "*Incombe sul ricorrente l'onere di allegazione e dimostrazione di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione (condotta, evento, nesso di causalità, colpa e danno), sicché, ove egli agisca in via risarcitoria a seguito dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo e non dimostri in particolare l'esistenza del danno, del nesso*

di causalità e dell'elemento soggettivo (violenza grave e manifesta o segno tangibile di un atteggiamento di parzialità addebitabile alla pubblica amministrazione), la domanda va respinta”.

Dunque appare ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale volto ad inquadrare la responsabilità della pubblica amministrazione nell'alveo dello schema aquiliano ex art. 2043 c.c.

Ed invero, come sopra esposto, la dottrina¹⁰⁸ e la giurisprudenza prevalente sono concordi nel circoscrivere la portata dei principi espressi dalla Corte di Giustizia in materia di responsabilità al solo settore degli appalti pubblici.

Si ritiene infatti che il sistema risarcitorio così come ricostruito dalla Corte di Giustizia presenti delle peculiari caratteristiche tali per cui è possibile ritenere che si tratti di un vero e proprio microsistema.

Ad avviso dei Giudici è infatti ragionevole che i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria rimangano circoscritti al settore degli appalti pubblici, così come affermato esplicitamente della direttiva ricorsi 89/665/CEE in materia di procedure di aggiudicazione e come è facilmente deducibile dalla costante esigenza della Corte di Giustizia di garantire l'effettività della tutela in un settore particolarmente oggetto di attenzione da parte delle istituzioni comunitarie proprio per la sua capacità di alterare il mercato e l'equilibrio concorrenziale.

Nei suddetti casi infatti, il risarcimento assume una connotazione diversa, propriamente «riparatorio-compensativa», oltre che sanzionatoria, più che retributiva.

Laddove dunque si versi in situazioni che esulano dagli appalti

¹⁰⁸ Cimini S., La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.? cit., a riguardo l'A. afferma che solo in tale campo è possibile giustificare una responsabilità aggravata della P.A. in virtù della necessità di tutelare il preminente interesse comunitario alla concorrenza fra imprese mediante ricorsi rapidi ed efficaci. Negli altri settori in cui l'interesse alla concorrenza non risulta così rilevante non sembra possibile ricorrere allo schema della responsabilità oggettiva; v. altresì B. Delfino, Responsabilità e socializzazione del rischio, in www.giustamm.it; P. Trimarchi, Rischio e responsabilità oggettiva, Milano, 1961, nonché G. Calabresi, Costo degli incidenti e responsabilità civile, Milano 1975; E. Santoro, Il risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima prescinde dall'accertamento della colpa? Riflessioni alla luce della giurisprudenza europea e del codice del processo amministrativo, cit., 700 ss.

pubblici dovranno tornare ad operare le tradizionali regole in materia di responsabilità della P.A.

Molti sono poi gli inconvenienti legati ad un modello di responsabilità oggettiva della P.A., come ad esempio l'ingente esborso di risorse pubbliche o l'effetto di overdeterrence, che porterebbe probabilmente al blocco dell'attività amministrativa.

Tuttavia, per quanto il Consiglio di Stato abbia inteso circoscrivere il proprio ragionamento sulla responsabilità oggettiva al campo degli appalti pubblici, allo stesso tempo, non ha potuto fare a meno di notare che la sistematica della colpa si trova oggi a “ *dover essere rimeditata in generale alla luce della novella azione di condanna al risarcimento, positivizzata dal codice del processo amministrativo (ex. art. 30) ¹⁰⁹”*.

3. CONCLUSIONI

Dall'analisi delle pronunce rese dalla giurisprudenza nazionale in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per atti provvedimenti illegittimi, emerge una peculiarità e/o differenza rispetto alla giurisprudenza comunitaria sviluppatasi in *subiecta materia*.

Ed infatti sebbene la Corte di giustizia abbia affrontato la questione nell'ambito dei degli appalti pubblici, la stessa ha comunque espresso dei principi talmente generali da essere estendibili a tutti gli altri settori dell'attività amministrativa.

La specificità è riferibile alla diversa struttura della colpa, individuata dalla Corte di Giustizia nel presupposto oggettivo, in modo da prescindere dalla ricerca dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, richiedendosi come premessa dell'illecito la semplice violazione della norma.

Tale struttura, come abbiamo visto nei capitoli precedenti, non è stata accolta pienamente dalla giurisprudenza nazionale che ha, invece,

¹⁰⁹ Comporti G.D., “ *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*”, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, n. 2, pp 1210 e ss

seguito un percorso derivante dalla tradizione italiana che a partire dal punto cruciale della sentenza 500/99 sul regime probatorio della responsabilità, ha inteso sempre bilanciare la necessità di introdurre un filtro volto a contenere le azioni risarcitorie, con l'esigenza di soddisfare l'interesse legittimo violato del danneggiato.

A ben vedere, a tutt'oggi, il rischio per il danneggiato di non essere ristorato del danno causato dalla pubblica amministrazione per atto illegittimo, è alquanto reale.

Difatti, se l'elemento soggettivo, che la giurisprudenza nazionale pone come presupposto fondamentale nella determinazione della colpa da addebitare alla pubblica amministrazione, non è ben disciplinato soprattutto con norme sostanziali e procedurali che indicano chiaramente le modalità di applicazione delle prime, e che alleggeriscano l'onere probatorio a carico dell'attore circa i fatti non nella sua disponibilità, è ragionevole pensare che il riferimento all'elemento soggettivo possa trasformarsi in un incrollabile e preoccupante ostacolo affinché abbiano successo le domande risarcitorie.

Ciò nonostante, se per la responsabilità della pubblica amministrazione in violazione di una norma del diritto comunitario riguardo agli appalti pubblici si è raggiunta una completa ed esaustiva disciplina determinata dal legislatore con il Codice degli Appalti (D.Lgs n. 163/2006) e l'introduzione nel 2010 del Codice del processo amministrativo (D.Lgs n.104/2010), e dalla giurisprudenza nazionale che ha codificato una serie di principi (anche se con una caratteristica nazionale) volti a regolare la materia e dare eventualmente ristoro al danneggiato, viceversa, appare insormontabile il muro elevato intorno all'estensione della *responsabilità oggettiva*, riguardo alle altre fattispecie diverse dall'ambito degli appalti pubblici.

Tutto ciò crea un'ineguaglianza nel trattamento di fattispecie che in ogni caso attengono a provvedimenti illegittimi della pubblica amministrazione.

E d'altro canto, se, come si è sostenuto nel secondo capitolo, la

rilevanza dell'elemento soggettivo nella fattispecie generativa di responsabilità si traduce poi nella possibilità per la pubblica amministrazione di eccepire la scusabilità del proprio errore, è allora inevitabile la modesta incidenza percentuale del rinvenimento della colpa.

Sarebbe allora desiderabile un intervento del legislatore volto ad eliminare quelle aree “grigie” in cui il dubbio, la fumosità e la difformità interpretativa di una regola conducono ad una riproduzione di principi giudiziari, “tradendo” così quel valore costituzionale che affida al legislatore il compito di porre in essere discipline chiare, manifeste e soprattutto afferenti agli aspetti culturali ed economici che evolvono nella società civile posta alla base dello Stato moderno.

Ciò delimiterebbe l'eccessiva e deviante incidenza delle pronunce giudiziali, che, viceversa, dovrebbero essere limitate alla corretta applicazione della volontà del legislatore, quest'ultimo quale rappresentante ed interprete di una manifesta volontà proveniente della società che muta ed evolve in altre forme culturali. Sarà allora compito di un legislatore attento, sensibile ai mutamenti sociali ed economici statuire norme sostanziali e procedurali idonee a disciplinare non solo la materia degli appalti pubblici, bensì intervenire in ogni altro ambito in cui vengono a confrontarsi o ad essere in contrasto l'interesse dello Stato, come massima accezione di pubblica amministrazione, e quello dei singoli.

Ma quanto sopra auspicabile è puntualmente disatteso dalla suprema giustizia amministrativa. Con la recente sentenza 27 giugno 2013 , n.3521, il Consiglio di Stato, tornando a pronunciarsi sul tema della natura della responsabilità della pubblica amministrazione e sull'individuazione dei requisiti necessari affinché una tale responsabilità (ed il conseguente obbligo risarcitorio) possa sorgere, conferma l'orientamento prevalente e ormai consolidato della giurisprudenza nazionale¹¹⁰, chiudendo ogni possibilità di estensione della *responsabilità*

¹¹⁰ Un breve excursus sulla vicenda della sentenza espressa testè citata del

oggettiva al di fuori dell'ambito degli appalti pubblici.

Quello che dalla pronuncia del giudice di prime cure appare degno di spessore riguarda l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno a causa di un provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione sul presupposto che fosse riscontrabile la colpa dell'amministrazione, derivante dalla sola illegittimità degli atti e dall'assenza di elementi volti a dimostrare la sussistenza di un errore scusabile.

Ma il Consiglio di Stato, accogliendo l'appello dell'amministrazione in veste di convenuto, col quale si contestava la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa e del nesso di causalità fra fatto e danno, e sostenendo argomentazioni volte a destituire di fondamento la premessa giuridica da cui era partito il giudice del T.A.R., ribalta ogni decisione precedente, ricostruendo a sua volta l'elemento su cui basare la responsabilità della pubblica amministrazione.

Il Supremo Consesso amministrativo riprende, nello specifico, una sua precedente sentenza della Sez. VI, la n. 1047 del 14 marzo 2005¹¹¹,

Consiglio ci offre in misura maggiore la possibilità di capirne la portata. La motivo del contendere nasce da un processo in cui un concorrente in un concorso pubblico per professore associato aveva contestato la sua bocciatura, giacché lamentava che in violazione dell'art. 44, D.P.R. n. 382/1980[□] un membro della commissione aveva preso parte a due a due commissioni consecutive relative allo stesso raggruppamento di discipline. Il giudice amministrativo di primo e secondo grado aveva dato ragione al ricorrente, disponendo nuovi esami solo per il ricorrente. Svolti gli esami, il soggetto in questione superava le prove. Ma poco tempo dopo per limiti di età era collocato in quiescenza. Il ricorrente adiva al T.A.R. proponendo un nuovo ricorso al fine di ottenere l'annullamento di una serie di provvedimenti da parte del Ministero e dall'Università in cui insegnava lamentando era una palese difformità tra il riconoscimento giuridico di professore associato a datare 1992 e gli effetti economici che gli erano concessi a decorrere dall'effettivo esercizio dell'attività di professore associato; il ricorrente contestualmente avanzava domanda di risarcimento del danno per la tardiva esecuzione del giudicato, per danni patrimoniali, alla salute, il danno esistenziale, ed infine il ristoro di tutte le spese processuali sopportate nel corso dei molti giudizi instaurati. Il T.A.R. non ritenendole ammissibile, rigettava la domanda di risarcimento del danno da tardiva esecuzione del giudicato (motivando la complessità della vicenda amministrativa), e la domanda volta ad ottenere la ricostruzione economica della carriera, in ragione del fatto che la ricorrente non aveva prestato servizio. Mentre accoglieva in giudizio la domanda per risarcimento del danno patrimoniale in via equitativa nella misura del 50% delle retribuzioni che le spettavano, quelle del danno patrimoniale per le spese mediche sostenute, del danno non patrimoniale per la lesione della salute, del danno non patrimoniale, cosiddetto "esistenziale", per la dequalificazione professionale subita per oltre 20 anni

¹¹¹

Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1047 del 14 marzo 2005, decisione sul ricorso

secondo la quale *“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”*.

È ovvio che secondo tale modo di intendere, la responsabilità della pubblica amministrazione non può essere riconducibile né al modello della responsabilità extracontrattuale, la quale presuppone, ai sensi dell'art. 2043 c.c., che l'agente non abbia alcun rapporto con il danneggiato, né col modello della responsabilità contrattuale, che è conseguenza di una violazione di una obbligazione contrattuale. Ciò perché nella fattispecie in esame rispetto alla responsabilità extracontrattuale, l'operato della pubblica amministrazione si sostanzia all'interno di un procedimento i cui valori e principi di riferimento sono la legalità e il buon andamento, mentre, rispetto alla responsabilità contrattuale, vengono a fronteggiarsi potere amministrativo e interessi legittimi (e non diritto di credito e obbligo).

Ne deriva secondo il Consiglio di Stato, l'individuazione di elementi costitutivi della responsabilità della pubblica amministrazione, quali l'elemento soggettivo e oggettivo, il nesso di causalità ed il danno ingiusto conseguente alla lesione alla posizione d'interesse legittimo tutelato dall'ordinamento giuridico.

in appello n. 7875 del 2004, proposto dalla s.r.l. Solco (in proprio e quale capogruppo dell'ATI con la s.r.l. Eko Group, l'Università la Sapienza – Dipartimento sociologia e comunicazione, la CONFISAL, l'Anapia Nazionale, la s.p.a. Ancitel, la Casa di Carità arti e mestieri) contro il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Dipartimento per le politiche del lavoro e dell'occupazione e tutela dei lavoratori e nei confronti della IAL Nazionale (Istituto Addestramento Lavoratori), della ENAIP Nazionale, della s.r.l. ENTOUR, della ACLI, per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. III bis, 23 luglio 2004, n. 7294 (sentenza sul ricorso n. 1675/2004 R.G. proposto da SOLCO s.r.l.,contro Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nei confronti della IAL Nazionale, della ENAIP Nazionale, della s.r.l. ENTOUR, della ACLI per l'annullamento del decreto 6.10.2003 n. 265 del Direttore generale dell'Ufficio centrale per l'orientamento e la formazione professionale dei lavoratori del Dipartimento per le politiche del lavoro e dell'occupazione e la tutela dei lavoratori (Ministero del lavoro e delle politiche sociali) ha aggiudicato al raggruppamento temporaneo d'impresе guidato da IAL Nazionale una gara per l'appalto di un servizio per valorizzazione e trasferibilità di esperienze d'eccellenza nel campo dell'apprendistato e dei tirocini, dell'obbligo formativo, della formazione permanente e della formazione integrata superiore attraverso la promozione, l'organizzazione, l'animazione e la valutazione di visite guidate

Ma è proprio sul punto della colpevolezza che il Consiglio di Stato, evidenzia come la giurisprudenza amministrativa ormai consolidata (distaccandosi così da quella comunitaria della Corte di Giustizia), abbia chiarito che *“non è sufficiente che l’amministrazione emani un atto illegittimo perché possa ritenersi anche responsabile dei danni subiti dal privato destinatario dell’atto”*.

Ciò significa che le regole sulla validità degli atti amministrativi non devono essere confuse con quelle sulla responsabilità per l’emanazione degli stessi atti.

Pertanto, quando è proposta una domanda risarcitoria a seguito dell’emanazione di un provvedimento illegittimo, *“il suo accoglimento è subordinato alla verifica (da parte del giudice amministrativo, sulla base della documentazione acquisita) della rimproverabilità dell’amministrazione.”*

Continuando il Consiglio di Stato argomenta che la regola della necessaria colpevolezza della pubblica amministrazione ai fini del conseguimento del risarcimento del danno subito a causa dell’emanazione di un atto illegittimo, pur non essendo applicabile al settore degli appalti pubblici in forza dei principi di diritto comunitario vigenti nella materia, non può invece essere derogata in tutti gli altri settori dell’azione amministrativa.

Pertanto, solo nel settore degli appalti pubblici si può ottenere la condanna della p.a. al risarcimento del danno senza che occorra dimostrare l’esistenza della colpevolezza della pubblica amministrazione, e ciò in ragione della necessità di salvaguardare il principio della concorrenza; di contro lo stesso ragionamento non può essere esteso agli altri rami dell’ordinamento interno.

Ecco che allora per determinare la colpevolezza dell’ente pubblico è fondamentale individuare dei criteri di giudizio con cui misurare se nella singola fattispecie la condotta tenuta dalla pubblica amministrazione sia suscettibile di generare una responsabilità risarcitoria.

Continuando il Consiglio di Stato, che riprende alcuni suoi precedenti¹¹², ricorda ed enuclea come la giurisprudenza abbia “tipizzato” alcune situazioni tali da ritenere che l’emanazione dell’atto illegittimo sia stata determinata da un *errore scusabile* (quando vi siano contrasti giurisprudenziali sull’interpretazione di una norma; si tratti di interpretare la formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore; vi sia una rilevante complessità del fatto; l’illegittimità del provvedimento derivi da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata).

Orbene, dopo quest’ultima recentissima pronuncia è ormai chiaro che lo spazio per estendere la responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, così come proposto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e non solo nell’ambito degli appalti pubblici ma anche in altri settori, appare residuale se non impossibile.

Se invece si condivide l’impostazione della Corte di Giustizia che obiettivizza la responsabilità della pubblica amministrazione, e si ritiene che questo modello sia configurabile in tutti gli altri ambiti in cui vengono in contrasto gli interessi dello Stato e quello dei singoli, occorre riflettere su due ordini di questioni che attengono al rapporto tra i poteri dello Stato (tra organo legislativo e giudiziario) e tra lo Stato membro e l’Unione Europea.

Ed invero, pur non volendosi allontanare troppo dall’oggetto dell’elaborato, appare tuttavia doveroso a conclusione del ragionamento fin qui esposto un accenno allo sviluppo, “distorsivo“, della smodata

¹¹² Cons. Stato, Sez. III, 6 maggio 2013, n. 2452 (La sentenza in rassegna accoglie la domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* per effetto di illegittima esclusione da concorso pubblico. Il Collegio ritiene che il danno debba essere quantificato nella misura del 10% del trattamento retributivo che sarebbe spettato al concorrente escluso se fosse risultato assegnatario del posto messo a concorso, in riferimento al periodo che va dalla data in cui la procedura concorsuale si è conclusa con l’assunzione in servizio di altro concorrente e fino alla data in cui il ricorrente è stato effettivamente assunto); Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2013, n. 798 (Risarcimento del danno per illegittima esclusione. Il Consiglio evidenzia un danno erariale riferibile amministrazione e annulla la sentenza di primo grado del T.A.R. . La sentenza del Consiglio dà atto ampiamente delle ragioni che consentono di ritenere negligente l’operato della stazione appaltante nel disporre, in contrasto con la legge all’epoca vigente e con il proprio disciplinare di gara, l’esclusione dell’A.T.I.).

espansione del giudizio rispetto al fare del legislatore.

Se le democrazie parlamentari nascono sul presupposto di rappresentare e interpretare la volontà popolare in forma mediata mediante la legge, allora “abdicare” al proprio ruolo di legislatore non intervenendo compiutamente in determinate materie cruciali per il presidio di quell’originario “contratto sociale” che fonda la stessa istituzione Stato, significa rinunciare a capire i mutamenti sociali, economici e culturali che nel tempo attraversano la società, mortificando così il proprio ruolo e liberando nello stesso tempo nuovi spazi che saranno inevitabilmente ricoperti da altri Organi i cui compiti appartengono a finalità costituzionali diverse, modificandone in tal modo l’intero assetto costituzionale.

È naturale che anche negli ordinamenti di *civil law* la giurisprudenza ha anch’essa una funzione sostanziale nella formazione del diritto.

Accogliendo l’idea che il giudice è un soggetto capace di cogliere un determinato fenomeno, non si nega in tal modo che l’esperienza entri nel procedimento d’interpretazione e quindi di creazione di nuove norme diverse da quelle introdotte.

Ma se la fisiologia è quella appena descritta, la deviazione di essa conduce, invece, ad una proliferazione del diritto prodotto dai giudici e alla distorsione dello stesso assetto costituzionale (le leggi appartengono al legislatore, il giudizio e l’interpretazione della volontà del legislatore al giudice).

Effettivamente, in questo sistema , oramai radicato, ha preso sempre maggiore autorevolezza la giurisprudenza, in particolare quella delle Supreme Corti, le cui decisioni, pur non avendo forza di legge, sono diventate il vero fondamento nella disciplina di alcune materie di interesse giuridico.

Il nostro ordinamento, ispirato alla tradizione romanistica e codicistica e, soprattutto, fondato sulla fonte legislativa, dove ai giudici e alla giurisprudenza è demandato il compito (subordinato) di applicare la

legge attraverso la sua corretta interpretazione, sta subendo una progressiva involuzione avvicinandosi sempre più ed in modo surrettizio al modello di *common law*, basato, viceversa, sul principio giurisprudenziale dello *stare decisis*, vale a dire sul carattere vincolante del precedente giudiziario (estraneo alla nostra cultura giuridica).

L'elemento distintivo dei sistemi di *civil law* è la presenza di codici di diritto sostanziale, che disciplinano in astratto tutti i casi che possono esser portati davanti al giudice, cui si affiancano quelli strumentali, che regolano gli aspetti procedurali. È chiaro che tale sistema, basato sulla creazione parlamentare del diritto, assicura una maggiore certezza e democraticità, vincolando il giudice a decidere solo in base alla legge.

Tuttavia, si osserva ogni giorno che le regole generali si rivelano poco adeguate ai casi concreti. Nel contempo la lentezza della procedura parlamentare e l'inerzia del legislatore impediscono di modificare o adeguare tempestivamente le norme in vigore.

Allora, quello che preoccupa è l'incapacità, l'eccessivo vuoto legislativo, colmato dalla produzione giurisprudenziale: è la giurisprudenza a disciplinare fattispecie nuove, attingendo a regole poste ma inadeguate per disciplinare i mutamenti sociali ed economici sviluppatisi.

Ebbene questo è accaduto nel settore della responsabilità della pubblica amministrazione nell'ambito del quale il vuoto normativo e l'assenza di una chiara ed esaustiva disciplina legislativa è stato coperto attraverso l'interpretazione e la ricostruzione operata dalla molto spesso ondivaga giurisprudenza amministrativa.

Ancor più cogente diventa il problema se allarghiamo la questione al rapporto tra Comunità Europea e Stati membri.

Può definirsi l'Unione Europea, uno Stato Federale o confederale?

La risposta è scontata.

Una struttura di Stato federale ha tra le tante altre cose, una base normativa unica su materie fondamentali e d'interesse generale: la stessa fattispecie quindi non può essere disciplinata difformemente nei diversi

Stati membri.

Orbene, nel caso in specie della responsabilità della pubblica amministrazione derivante da provvedimento illecito, è alquanto sconveniente vedere un'organizzazione sovranazionale che non ha poteri impositivi (se non per alcune materie e competenze) su delle norme che dovrebbero invece avere un'unica matrice positiva ed interpretativa, applicando uniformemente i principi su tutto il territorio dell'Unione Europea; viceversa le direttive sembrano quasi delle dichiarazioni d'intenti e nulla di più.

Ad esempio, nel caso della direttiva 665/89, voluta dal diritto comunitario quale norma atta a dare stabilità ed a favorire lo sviluppo della concorrenza tra le imprese all'interno della Comunità Europea, il risultato tangibile per ogni territorio nazionale, è all'opposto, un'applicazione singolare, peculiare e per certi versi difforme rispetto allo spirito ed alle finalità per le quali la stessa direttiva è stata introdotta.

Pertanto, a conclusione del presente lavoro, in considerazione della mancanza di un quadro uniforme sia a livello nazionale che a livello europeo idoneo a regolare i caratteri ed i confini della responsabilità della pubblica amministrazione, emerge l'auspicio che intervenga in materia sia il legislatore nazionale, attraverso l'introduzione di una compiuta disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione italiana che la distingua in ragione delle sue peculiarità dagli schemi civilistici delineati nel codice civile, sia del legislatore comunitario anche attraverso l'introduzione, ove necessario, finanche di una modifica dei Trattati comunitari al fine di riconoscere all'U.E. una espressa e/o esclusiva competenza in tale materia.

O quanto meno si potrebbe auspicare l'introduzione di una disciplina comunitaria più dettagliata che chiarisca e conformi i presupposti dell'azione risarcitoria e specialmente le modalità di applicazione del profilo soggettivo della colpa.

BIBLIOGRAFIA

- Alfonsi D. , *Nuovi spunti in tema di responsabilità dell'amministrazione in materia di contratti pubblici* , in Foro Amministrativo , fasc.1, 2014, pag. 89
- Busnelli F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in Danno e responsabilità, 1997, 265 ss;
- Carbone V., *Reato del sindaco e responsabilità dell'amministrazione comunale*; Cass., 14 maggio 1997, n. 4232, Foro it., Rep. 1997, voce Responsabilità civile, n. 181, e Resp. civ. previdenza 1998, 98, con osservazioni di M. PROTTO;
- Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2005;
- Carrà M. , *L'esercizio illecito della funzione pubblica ex art. 2043 c.c.*, Milano, 2006PP. 102;
- Castronovo C., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in Eur. e dir. priv., 1999; p. 89 e ss.
- Castronovo C, *voce Obblighi di protezione*, in Enc. Giur. Treccanip. 76 e ss;
- Cavallaro M.C., *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino 2004.
- Chiti M P. “*L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*”, Bologna, 2000 p. 21;
- Chiti M. P., *Diritto amministrativo europeo*, , Milano, 2013, pp. 44 e ss;
- Comporti G.D., “ *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*”, in Giurisprudenza Italiana, 2013, n. 2, pp 1210 e ss;
- Cimini S., *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentoale della P.A*, Milano, 2011, p. 45.
- Corso G. (con Fares G.) , *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, Torino 2009, p. 34 e ss;

- De Pretis D., *Il diritto amministrativo nella prospettiva europea*, in *Fabio Merusi: I sentieri di un magistero*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2012;
- Falcon G., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, p. 34
- Follieri E., *L'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, cit., 689 e ss
- Fracchia F., *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*;
- Garofalo L., *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, Urb e app., 2005,;
- Garofoli R.-Racca G.- De Palma G., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003;
- Garri F., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 2000;
- Giacchetti S., *La risarcibilità degli interessi legittimi e Don Ferrante*, in Cons. St. 1997, II, 1483 ;
- Goggiamani F., *Colpa dell'amministrazione ed errore scusabile*, in FA TAR 2002, 2,;
- Greco R., *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7.6.2011
- Liberati A. , *Il risarcimento del danno cagionato dalla pubblica amministrazione*, Padova, 2005;
- Mengoni L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm., II, 1956.
- Mengoni L., *voce Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in Enc. Del dir., XXXIX,1988;
- Merusi F. *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Lezioni magistrali, Collana diretta da De Fsantis F. e Fichera R., Napoli, 2011;

- Merusi F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 47;
- Micari G., *La colpa della pubblica amministrazione -autorità tra normativa comunitaria e ingiustificati privilegi intertemporali. Proposte ricostruttive*, GC, 2006, 9;
- Micari G., *Colpa della p.a., hoheitsverwaltung (attività autoritativa) e pericolosità del provvedimento amministrativo (art. 2050 c.c.)*, in GM 2006, 9, 2002, in CM 2006;
- Micari G., *Colpa della PA e pericolosità del provvedimento amministrativo*, Giur. Merito, 2006, 9;
- Monateri P.G., *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, in Danno e resp. 1997, 557
- Montedoro G., *I danni provocati dalla P.A.: la violazione di interessi legittimi*, in *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, a cura di P. Cendon, 2005, vol. V.;
- Papetti C., *Colpa della p.a.: la soglia dell'errore scusabile*. in FA TAR 2005, 11,;
- Papetti C., *La colpa della pubblica amministrazione in relazione alla natura della responsabilità civile da attività provvedimento illegittima*, in FA, Tar, 2005;
- Patroni Griffi F., *Riflessioni problematiche su alcuni elementi dell'illecito*, in Sorace D., *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, pagg.215.
- Pennisi M., *Il presupposto della colpa nella responsabilità civile della p.a.*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2011 ;
- Pugliese F., *Appalti di lavori, forniture e servizi: nel processo cautelare e nelle recenti disposizioni sul contenzioso*, in Riv. Trim. app., 1995;
- Pugliese F., *Movenze del processo cautelare tra direttive, pronunce comunitarie e recenti norme interne sugli appalti*, in AA.VV., *Appalti pubblici fra disciplina comunitaria e nuovi modelli di gestione: regole, controlli e contenzioso – Atti del Convegno 15-16 novembre 1996*,

- Firenze, 1998, 194 ss.;
- Protto M., *Sui mezzi di tutela cautelari negli appalti pubblici di rilevanza comunitaria*, Giust. Amm.;
 - Rodotà S., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in Riv. crit. dir. priv., 1984;
 - Romeo G., *Gli umori della giurisprudenza amministrativa in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, Dir. Proc. Amm., 2003.;
 - Ruscica S., *Colpa della pubblica amministrazione* in Noviss. DI. 2008;
 - Ruscica S., *Spunti di riflessione sulle prospettive di responsabilità civile della P. A.*;
 - Salvi C., voce *Responsabilità extracontrattuale* (diritto vigente), in Enc. del dir., XXXIX, 1988;
 - Sandulli M.A., *La responsabilità della Pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in Federalismi.it, 2005, n. 23;
 - Sandulli M.A., *La Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino?* (note a margine di Cass. SS. UU. 13 giugno 2006 nn.13659 e 13660 e 15 giugno 2006 n. 13911 sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e di CGUE 13 giugno 2006 in C-173/03, sulla responsabilità civile dei magistrati), in Federalismi.it, 2006;
 - Scoca F. G., *Per un'amministrazione responsabile*, in Giur. Cost., 1999;
 - Scoditti E., *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in Foro it. 1994, I, 1860;
 - Scognamiglio R., voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in Noviss. Dig. It., XV;
 - Scotti E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà ed uguaglianza*, in Dir. Amm., 2009, 3, 251;
 - Stoll H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Archiv civ. Praxis*, 136, 1932, 258 ss. (poi ampliata in *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen 1936);

- Tesauro G., *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 184.
- Torchia L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*, in *Giorn. dir. amm.* 1999, 848.
- Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2002, 261; A. Panzarola, *Il processo cautelare*, in B. Sassani-R. Villata, a cura di, *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, Torino, 2001, 19 ss;
- Veltri G., *La parabola della colpa nella responsabilità da provvedimento illegittimo: riflessioni a seguito del codice del processo e della recente giurisprudenza*, Torino, 2005;
- Vignoli G., *Il tormentato percorso d'individuazione della colpa organizzativa della pubblica amministrazione: un confronto tra sistema punitivo e modello risarcitorio*, *Giust.civ.*, 2006, I;