

14 MARZO 2018

L'elemento soggettivo della
responsabilità amministrativa. Dialogo
a-sincrono tra Corte di giustizia e
giudici nazionali

di Chiara Feliziani

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Macerata

L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali *

di Chiara Feliziani

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi di Macerata

Sommario: 1. Notazioni preliminari - 2. Dall'irresponsabilità alla responsabilità per lesione di interessi legittimi - 3. Incertezze circa la colpa della P.A. nella giurisprudenza nazionale - 4. Argomenti per una responsabilità oggettiva della P.A. nella giurisprudenza della Corte di giustizia - 5. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali - 6. Considerazioni di sintesi.

1. Notazioni preliminari

Se si pone mente alle novità normative o, se si preferisce, alle "riforme"¹ che sono state introdotte o anche solo avviate nel campo del diritto amministrativo a far data all'incirca dal 2010, è facile avvedersi di come essenzialmente due siano le direttrici fondamentali lungo cui è sembrato e sembra tutt'ora volersi muovere il legislatore.

La gran parte dei provvedimenti normativi che negli ultimi anni hanno interessato il settore in argomento ha avuto infatti - quanto meno negli intenti - il duplice obiettivo, da un lato, di favorire la crescita economica, la ripresa degli investimenti (anche stranieri) e, più in generale, lo sviluppo del sistema Paese²

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Criticamente A. ROMANO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *L'azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, laddove l'illustre A. osserva: «il giurista di diritto positivo, in questi anni, (...) deve fare i conti con le incessanti, inflazionate e disordinate modificazioni, talvolta qualificate come riforme epocali. Modificazioni che hanno investito tali amministrazioni un pò sotto tutti i profili. E, in particolare, appunto, sulle loro attività».

In generale sul tema delle riforme amministrative nel nostro Paese, si v. M. SAVINO, *Le riforme amministrative: la parabola della modernizzazione dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 641. Per un'analisi in chiave comparata si v. inoltre G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 2, 611.

² A titolo esemplificativo si ricordano il d. l. 6 dicembre 2011, c.d. *Salva Italia*, conv. in L. 22 dicembre 2011 n. 214, recante *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici* o, ancora, il d. l. 12 settembre 2014 n. 133, c.d. *Sblocca Italia*, conv. in L. 11 novembre 2014 n. 164, recante *Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e la ripresa delle attività produttive*. In dottrina, su questi aspetti si v. specialmente G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

e, dall'altro lato, quello - per molti aspetti prodromico al primo - di rivitalizzare l'immagine della pubblica amministrazione, appannata da inefficienze, eccesso di burocrazia e, non ultimo, da episodi di corruttela³. In tale opera di "restauro" - quanto meno a rigor di logica - uno spazio fondamentale deve (*rectius*, dovrebbe) riconoscersi all'istituto della responsabilità amministrativa⁴. E tanto non solo perché così suggerisce il senso comune, bensì perché ciò è quanto sembra dato ricavare dalla lettura dei "classici"⁵ così come dagli studi di matrice gius-economica⁶ e, non ultimo, dal diritto europeo.

Anzi, forse è proprio quest'ultimo - che, come si avrà modo di mettere in evidenza nelle pagine che seguiranno, molto ha contribuito affinché fosse infranto il «dogma» dell'irresponsabilità del soggetto pubblico⁷ - ad offrirci gli argomenti più interessanti in ordine al ruolo da riservare alla responsabilità amministrativa nel presente momento storico.

Lo studio del diritto europeo e specialmente l'analisi della giurisprudenza di Lussemburgo - di cui si darà ampiamente conto nel prosieguo della trattazione - consentono infatti di apprezzare come in tale ordinamento l'istituto in esame svolga un ruolo assolutamente cruciale ai fini della tenuta dell'intero sistema⁸. Tanto che, non a caso, esso è a tutti gli effetti annoverato nell'alveo del diritto processuale (*rectius*,

³ Si pensi al d. lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, c.d. riforma Brunetta; alle novità in materia di trasparenza e diritto di accesso introdotte a partire dal d. lgs. 14 marzo 2013 n. 33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni* o, ancora, alla L. 6 novembre 2012 n. 190, recante *Disposizioni per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*. Su questi temi, *amplius*, F. FRACCHIA, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Ed. scientifica, Napoli, 2012; D. U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *Federalismi.it*, 2016; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *Federalismi.it*, 2016; AA. VV., *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione. Atti del LIX Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2014; C. E. GALLO, *Legge anticorruzione e funzione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013; F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli ed., Firenze, 2010; G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *Federalismi.it*, 2015.

⁴ Istituto che non a caso è stato ancora in questi anni al centro della attenzione della dottrina. Senza pretesa di esaustività alcuna, si ricordano in particolare M. ANDREIS - R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016 e S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1 53.

⁵ *Amplius*, specialmente G. CALABRESI, *The costs of accident*, Yale University Press, Yale, 1970 e poi rieditato a distanza oltre quarant'anni come ID., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico - giuridica*, Giuffrè, Milano, 2015.

⁶ Al riguardo si ricordano innanzitutto V. E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1883, III, 241; nonché F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 873; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 62; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, 24; G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892.

⁷ Parla espressamente di «dogma» R. BIFULCO, (voce) *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto U.E.*, in *Dig. disc. pubbl.*, aggiornamento, UTET, 2010. Inoltre sull'argomento, salvo quanto si dirà più diffusamente *infra*, sia qui sufficiente richiamare V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Diritto amministrativo e diritto comunitario. Riflessioni sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, Milano, 1998, 485 ss. e R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, cit., spec. 365 ss..

⁸ A mero titolo esemplificativo, si v. innanzitutto CGCE 19 novembre 1991, *Franconich*, C-6-9/90, ma anche le precedenti CGCE 22 gennaio 1976, *Russo v. AIM4*, C-60/75; CGCE 13 luglio 1989, *Enichem*, C-380/87

procedurale)⁹, in omaggio a una concezione di giustizia amministrativa ben più ampia di quella cui siamo soliti fare riferimento in base alle sole categorie di diritto interno¹⁰. Una concezione cioè in virtù della quale possono ritenersi ricompresi nell'idea di giustizia sia gli istituti *strictu sensu* processuali sia gli istituti che la nostra tradizione giuridica (o, per lo meno, una parte di essa) è solita ascrivere al diritto sostanziale, ma che dal punto di vista del diritto europeo assumono rilievo processuale (*rectius*, procedurale) perché parimenti volti ad assicurare il rispetto di regole aventi natura sostanziale e, dunque, più in generale la garanzia dell'effetto utile dello stesso diritto europeo¹¹.

Orbene, presupposto logico indefettibile perché la responsabilità amministrativa possa svolgere una funzione di garanzia o, se si preferisce, di tenuta del sistema del tipo di quella poc'anzi descritta è senz'altro che il suo statuto giuridico sia puntualmente definito.

Viceversa, per quel che concerne l'ordinamento italiano occorre osservare come alcuni dei tratti fondamentali dell'istituto presentino ancora oggi - sia sotto il profilo sostanziale¹², sia sotto il profilo processuale¹³ - un grado di incertezza e di indefinizione tale da rischiare di minarne la coerenza sistematica e - quel che più rileva dal punto di vista del cittadino - l'effettività¹⁴.

Tanto basta allora a spiegare l'esigenza di una rinnovata riflessione sul tema della responsabilità amministrativa capace di (ri)consegnarci un istituto il più possibile aderente al ruolo istituzionale che la

⁹ In tal senso, si v. specialmente R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 1992 e più di recente D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Giapichelli, Torino, 2009 e M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 1, 37.

¹⁰ Al riguardo si v. in particolare M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, cit., la quale parla di un oggetto del processo, che, anche in relazione alle nuove forme di tutela imposte dal diritto comunitario, si va progressivamente allargando e trasformando».

¹¹ D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit.. In giurisprudenza, si v. ad es. CGCE 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, C-453/00.

¹² Primo tra tutti quello relativo alla natura della responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Sul punto, e salvo quanto si dirà più diffusamente *infra*, sia qui sufficiente richiamare i contributi di G. D. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 241; M. G. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in AA. VV., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 379.

¹³ Basti pensare alle questioni interpretative che si legano al dettato del nuovo art. 30 c.p.a.. In proposito, si vedano ad esempio R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in ID., (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Zanichelli, Torino, 2011, 629 e ss.; P. CHIRULLI, *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile "di diritto pubblico" in una prospettiva di diritto comparato*, in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II, Jovene, Napoli, 2010, 1021 e ss.; G. D. COMPORITI, *La tutela risarcitoria "oltre" il Codice*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 10, 67; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 968.

¹⁴ Al riguardo, si v. *amplius* D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo?*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 521.

Pubblica amministrazione è chiamata a svolgere e alla realtà sociale in cui essa si trova oggi ad operare¹⁵. Una riflessione che - s'intende - dovrebbe muovere proprio da quelli che allo stato risultano essere i nodi gordiani della materia, nel tentativo di scioglierli e conferire così l'attesa coerenza sistematica ad un istituto che per molti aspetti appare ancora in attesa di ricevere adeguata collocazione nell'alveo del diritto amministrativo¹⁶.

Se è vero, infatti, che il passaggio dalla (sostanziale) irresponsabilità alla responsabilità della Pubblica amministrazione anche per lesione di interessi legittimi avvenuto nel 1999 ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione¹⁷ ha significato – almeno da un certo punto di vista¹⁸ - un momento non trascurabile di civiltà giuridica¹⁹, è altrettanto vero che tale transizione non è stata totalmente “indolore” nella misura in cui essa «ha posto giurisprudenza e dottrina di fronte alla necessità di dare vita concreta ed elaborazione teorica ad un istituto giuridico (quasi) del tutto nuovo»²⁰.

Tra gli insoluti di maggior rilievo certamente spicca tuttora quello del criterio giuridico di imputazione della responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa²¹. Tassello di non secondaria

¹⁵ In tal senso, ad esempio, E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 521 che osserva «l'apertura verso una più moderna concezione della responsabilità, sganciata dai retaggi storici e da un quadro di valori non più rispondente agli attuali contesti governati da principi di legalità, solidarietà, uguaglianza e ragionevolezza si impone oggi al giurista. Il quale si trova a reinterpretare un istituto che ha senz'altro abbandonato le coordinate tradizionali ma che non riesce ancora a trovare una sua chiara connotazione e che, al contempo, deve offrire risposte a questioni e problemi del tutto nuovi: come ad es. quelli legati alle semplificazioni, all'informatizzazione dell'attività amministrativa».

¹⁶ Ancora, E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit., 521.

¹⁷ Chiaramente il riferimento è a C. Cass., SS. UU., 22 luglio 1999 n. 500. In proposito più diffusamente, *infra*.

¹⁸ Si v. al riguardo le considerazioni critiche di A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1, 1 e ID., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 602.

¹⁹ In tal senso già E. CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in ID. (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Utet, Torino, 1976 e R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale delle pubbliche amministrazioni. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993. Più di recente inoltre si v. A. POLICE, *Il principio di responsabilità nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni*, in *Il procedimento e la responsabilità. Atti del convegno*, Fano 8 e 9 maggio 2008, Cedam, Padova, 2013, 25 ss., il quale osserva come «il principio della responsabilità per gli atti compiuti costituisc[a] il fondamento di ogni vivere civile».

²⁰ In questi termini, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2.

²¹ Tra i contributi che – a far data dal 1999 – hanno analizzato la questione si ricordano senza pretesa di esaustività e senza tener conto delle molte note a sentenza, si ricordano A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 209 e ss.; O. CILIBERTI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*, in E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2004, 251; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2008; F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, Cedam, Padova, 2002, spec. pp. 185 e ss.; F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, 211; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Giappichelli, Torino, 2009, spec. 87 e ss.; S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 49. Ancor più di recente, inoltre, si vedano E. M. BARBIERI, *Provvedimenti*

importanza nella (ri)costruzione del mosaico della responsabilità, rispetto al quale tuttavia ancora oggi si registrano opinioni tra loro (anche molto) distanti, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza.

È proprio su tale questione, dunque, che intendono appuntarsi le riflessioni che di qui a breve seguiranno. Nel tentativo di proporre una lettura dell'elemento soggettivo della responsabilità quanto più possibile in linea con la funzione che l'istituto è chiamato a svolgere nel presente momento storico, particolare attenzione sarà dedicata all'analisi della giurisprudenza italiana e soprattutto di quella di Lussemburgo. Ciò non solo in quanto è dall'ordinamento europeo che - come in parte anticipato - sono arrivate le spinte (forse) più importanti nel senso di ammettere la responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa²², ma soprattutto in ragione della funzione di chiusura e di tenuta del sistema che - si è detto - il diritto europeo e la giurisprudenza della Corte di giustizia mostrano di ascrivere all'istituto della responsabilità amministrativa.

2. Dall'irresponsabilità alla responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi

Posto che - come si accennava poc'anzi - nel nostro ordinamento il problema del criterio giuridico di imputazione della responsabilità per illegittimo esercizio della funzione amministrativa è emerso in tutta la sua portata a seguito della generalizzata affermazione nel 1999, ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione²³, «dell'inesistenza di limiti astratti alla risarcibilità dei danni ingiusti cagionati dalla P.A. ai cittadini»²⁴, può essere opportuno da un punto di vista metodologico anteporre alle considerazioni circa la colpa della pubblica amministrazione, che di qui a poco si formuleranno, qualche breve osservazione di carattere ricostruttivo in ordine al tema della responsabilità amministrativa *tout court* intesa. Ciò in

illegittimi. Risarcimento del danno ed onere della prova della colpa della pubblica amministrazione, in *Riv. trim. app.*, 2012, 1, 17; G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 2, 521, nonché da ultimo - se si vuole - C. FELIZIANI, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa. Giurisprudenza europea e nazionale a confronto*, in M. ANDREIS - R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, cit., 169 ss..

²² In proposito, *amplius* V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Diritto amministrativo e diritto comunitario. Riflessioni sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., 485 ss. e R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, cit., spec. 365 ss..

²³ Il riferimento è alla già citata C. Cass., SS. UU., 22 luglio 1999 n. 500, per un commento alla quale si vedano R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 2487; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, I, 2487; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1108; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 2487; A. ORSI BATTAGLINI - C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, 3217; P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, 10; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832.

²⁴ E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit..

quanto, da un punto di vista logico, il tema dell'elemento soggettivo della responsabilità è legato a doppio filo a quello della natura della responsabilità che in certa misura lo precede²⁵.

Al riguardo, occorre innanzitutto ricordare come a mente della già citata pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, costituisce danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*, e come tale è meritevole di tutela, «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 esso un diritto soggettivo o un interesse legittimo»²⁶, tanto oppositivo quanto pretensivo²⁷.

Prima di allora, viceversa, il processo di affrancamento dal dogma dell'irresponsabilità nella materia *de qua* era stato lento e alquanto discontinuo. Affermatosi dapprima con riguardo alla sola attività di diritto privato dell'amministrazione, il principio di responsabilità è stato poi si esteso ai danni causati nell'esercizio di funzioni pubbliche ma solo limitatamente a quelle posizioni "forti" e come tali ritenute meritevoli «di una tutela assoluta contro gli atti espressione di sovranità»²⁸. Si pensi, in particolare, al diritto di proprietà. «Tale percorso – ci ricorda la dottrina – si è poi ingiustificatamente arrestato nel corso di tutto il novecento senza adeguarsi tempestivamente al nuovo baricentro dei diritti dei cittadini: la libertà di iniziativa economica e tutti gli interessi meritevoli di tutela ad essa collegati»²⁹.

Da un simile «immobilismo» sono dunque derivate «aree di vera e propria irresponsabilità riguardanti il variegato universo delle aspettative dei cittadini connesse all'esercizio dei poteri pubblici»³⁰. Se, infatti, la giurisprudenza della Cassazione a partire da un certo momento è giunta, attraverso la *fiction juriis* dei c.d. diritti affievoliti, ad apprestare tutela risarcitoria agli interessi legittimi oppositivi³¹, un sostanziale vuoto

²⁵ Sottolinea questo aspetto, ad esempio, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit. che – tra le altre cose – evidenzia come "l'alternativa tra i due tipi di responsabilità [contrattuale o extracontrattuale] sarebbe dunque (anche) l'alternativa tra addossare l'onere della prova della colpa al danneggiato o all'amministrazione".

²⁶ Così nella motivazione della sentenza C. Cass., SS. UU., 22 luglio 1999 n. 500, cit..

²⁷ Sul tema degli interessi c.d. pretensivi e della loro risarcibilità si vedano E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, spec. 106 ss. e più di recente F. DE LEONARDIS, *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 150.

²⁸ In tal senso E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit..

²⁹ E. SCOTTI, *op. ult. cit.*

³⁰ Così, ancora, E. SCOTTI, *op. ult. cit.*

³¹ Critico rispetto a tale *modus agendi* della giurisprudenza A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1, che osserva come, benché così facendo la Corte di Cassazione "riduc[a] di molto il divario (...) tra (la più limitata) area delle situazioni soggettive risarcibili secondo il nostro ordinamento, e quella (maggiore) delle medesime situazioni secondo gli ordinamenti degli altri Stati della Comunità, oltre che della Comunità, (...) da un lato, la situazione soggettiva che nella vicenda è stata lesa non è l'interesse legittimo che si correla al provvedimento ablativo, ma il ripristinato diritto soggettivo sul quale questo incideva: il risarcimento è per la lesione di un diritto soggettivo e non di un interesse legittimo. Dall'altro, il fattore che lo lede non è quel provvedimento, ma l'impossessamento del bene: e sia pure quell'impossessamento del bene che ne costituisce esecuzione".

di tutela si registrava ancora negli anni Novanta del secolo scorso con riguardo agli interessi legittimi pretensivi³².

A ben vedere, tuttavia, quella che nel 1999 è passata alla storia come una “rivoluzione copernicana” era stata anticipata alcuni anni prima da una norma – l’art. 13 della L. 19 febbraio del 1992 n. 142 – che, in attuazione della direttiva 89/665/Cee³³, prevedeva in capo a coloro che avessero subito una lesione a causa del diritto comunitario in materia di appalti la possibilità di chiedere il risarcimento del danno all’amministrazione aggiudicatrice³⁴.

Ciò non di meno, e nonostante parte della dottrina avesse intravisto in tale disposizione un pertugio per giungere alla generalizzata affermazione di una responsabilità della pubblica amministrazione per attività compiuta *iure imperii*³⁵, nei fatti è accaduto che la giurisprudenza successiva ne ha notevolmente sminuito

³² F. DE LEONARDIS, *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, cit..

³³ Direttiva del Consiglio del 21 dicembre 1999 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. In dottrina, per un commento, si v. G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1, 4.

Successivamente modifiche a tale direttiva sono state apportate per effetto della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell’ 11 dicembre 2007, 2007/66/Ce, che modifica la direttiva 89/665/Cee e 29/13/Cee del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici. Al riguardo, per tutti, G. GRECO, *La direttiva 2007/66/Cee: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 5, 1029.

³⁴ La L. 19 febbraio 1992 n. 142 (*Disposizioni per l’adempimento degli obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee*) all’art. 13 *Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture*, oggi abrogato, ai commi 1 e 2 prevedeva 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. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l’annullamento dell’atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo». Per una lettura critica sul punto si v. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 2 ss..

³⁵ In tal senso G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, cit., 4, il quale osservava: «il diritto vivente viene ora ad essere modificato dal diritto comunitario. Infatti le indicazioni della direttiva sono plurime e concordanti, nel senso di considerare risarcibili le posizioni soggettive dei concorrenti che, nel nostro ordinamento, sono qualificate come interessi legittimi». E ancora «la introduzione del principio del risarcimento danni nella materia degli appalti di lavori pubblici e forniture ha una *vis expansiva* che va al di là di tali materie (...)» poiché «l’ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l’ingiustizia del danno» e il principio del risarcimento sembra rispondere «all’esigenza di incrementare la legalità della P.A. e dunque il buon andamento». In senso analogo, anche A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea*, cit., 32.

Per un diverso punto di vista, si v. invece A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., che scrive: «vi sono delle disposizioni che positivamente impongono che vengano risarciti i danni provocati dalla violazione di determinate norme: il caso più noto (...) è costituito dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici. (...) Poiché dalle norme alla cui violazione esse fanno riferimento, tradizionalmente, per il nostro diritto interno, derivano degli interessi legittimi, solo interessi legittimi, la conclusione alla quale si arriva (...), è che la lesione di queste situazioni giuridiche è divenuta risarcibile. E se questa prospettiva fosse falsata?». Si osservi – prosegue l’A. – che «il sistema normativo comunitario tutela l’interesse degli imprenditori privati fino a porlo addirittura come limite di perseguibilità da parte dell’amministrazione di quello pubblico che le è istituzionale». Pertanto, può dirsi che esso lo tuteli «sul piano sostanziale come un diritto soggettivo, E, nei limiti nei quali impone il risarcimento dei danni conseguenti alla sua lesione (...) delinea un caso di risarcibilità di diritti soggettivi».

la portata sottolineando il carattere eccezionale della norma, giacché la stessa era riferita ad un settore specifico quale appunto quello degli appalti³⁶.

È anche per questa ragione, dunque, che solo a partire dal 1999 si è posto concretamente il problema della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi e, con esso, quello strettamente connesso di delineare lo statuto giuridico riferibile a tale fattispecie³⁷.

Di fronte all'esigenza di forgiare un istituto sostanzialmente nuovo – esigenza resa ancora più impellente attesa la peculiare «qualità della fonte» che ha innovato la materia *de qua*³⁸ – dottrina e, soprattutto, giurisprudenza non hanno però saputo trovare un punto di convergenza univoco, finendo per delineare non uno bensì plurimi «modelli di responsabilità»³⁹ e per l'effetto portando all'affermazione di quella che efficacemente è stata definita come la «signoria della giurisprudenza sulla materia»⁴⁰.

In tal senso ha probabilmente contribuito la circostanza che, dopo l'arresto delle SS. UU. del 1999, è intervenuta la L. n. 205 del 2000 a spostare la giurisdizione sul risarcimento del danno dal giudice ordinario al giudice amministrativo⁴¹, con ciò impedendo – di fatto – alla Corte di cassazione di proseguire

³⁶ Si vedano, ad esempio, C. Cass., S.S. U.U., 5 marzo 1993 n. 2667; C. Cass., S.S. U.U., 20 aprile 1994 n. 3732; C. Cass., S.S. U.U., 16 dicembre 1994 n. 10800.

³⁷ Peraltro, parte della dottrina (A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 134 e ss.) ha osservato come sia abbastanza singolare il fatto che «il diritto comunitario, pur essendo, in genere, considerato uno dei formanti che hanno contribuito al *revirement*, non è indicato, dall'estensore della pronunzia, come un fattore decisivo dell'*overruling* [i.e. SS. UU. n. 500/1999]. Nella sentenza viene, infatti, precisato che a favore del ripensamento [circa l'irrisarcibilità degli interessi legittimi] hanno contribuito il deciso dissenso della dottrina (p. 5), l'ampliamento da parte della giurisprudenza dell'area delle situazioni risarcibili (p. 4), gli interventi della Consulta (p. 7), e soprattutto la riforma del sistema di giustizia amministrativa, avvenuto con le c.d. Bassanini (p. 6.3). Al diritto europeo – viceversa, prosegue l'A. – non viene dato l'adeguato spazio che si sarebbe meritato, poiché, da un lato, la pronunzia si limita a ricordare l'interpretazione *de minimis*, data in passato, alla direttiva ricorsi, e, dall'altro, non si preoccupa di fare neanche un minimo cenno alla giurisprudenza *post Francovich*».

³⁸ Aspetto questo chiaramente sottolineato da F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, II ed., Ed. Scientifica, Napoli, 2010, 139 e ss. che scrive: «particolarmente interessante e degna di riflessione la circostanza che la svolta in tema di responsabilità sia stata operata dalle S. U. della Cassazione». E ancora, «sarebbe certo auspicabile – anche per rendere più agevole il lavoro degli interpreti – che i rapporti tra cittadini e p.a. (con le considerevoli implicazioni in tema di responsabilità) fossero determinati nelle loro linee essenziali con leggi chiare. Epperò modernità, complessità, potere normativo dei corpi sociali, crisi nei rapporti tra diversi poteri ci portano lontano dalle (presunte) perfette simmetrie proprie del ben ordinato Stato di diritto e rendono il nostro compito più difficile (...). In altre parole – prosegue l'A. – nel mentre ci si copre, per così dire, dall'attacco del legislatore, si rischia di scoprire le spalle al giudice, nei fatti abilitato a individuare nuove regole giuste (o ritenute tali)».

³⁹ Parlano espressamente di «modelli» di responsabilità P. CHIRULLI, *Risarcimento del danno da bando di gara illegittimo e modelli di responsabilità*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 4 ed E. FOLLIERI, *Pluralità di modelli di responsabilità e possibile unificazione sotto il modello comunitario*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 3, 703.

⁴⁰ G. D. COMPORTI, (voce) *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto pubblico*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2006, 5133.

⁴¹ Il riferimento è a L. 21 luglio 2000 n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa. Sul punto, in dottrina, si vedano specialmente A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del*

nell'applicazione della soluzione prospettata con la sentenza n. 500 e di meglio precisare i principi di diritto ivi affermati⁴².

Anche per tale ragione, dunque, la giurisprudenza successiva ha assunto posizioni tra le più varie, ritenendo di accedere, a seconda dei casi, alla tesi della responsabilità aquiliana⁴³ o a quella contrattuale⁴⁴, senza peraltro tralasciare di sperimentare anche modelli "spuri" quali quello della responsabilità

2000 (*epitaffio per un sistema*), cit., 610 ed E. CANNADA BARTOLI, *Osservazioni minime sul cumulo di azioni nella L. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Giur. it.*, 2001, 1514.

⁴² Tale osservazione come si vedrà vale forse ancor di più per quel che concerne l'elemento soggettivo della responsabilità. Come osservato da parte della dottrina (F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo della responsabilità dell'amministrazione*, in *Atti del Convegno di Varenna 2008*, Giuffrè, Milano, 2009, 262) infatti, «le difficoltà evidenziate in ordine all'esatta individuazione del carattere della colpa dell'amministrazione hanno trovato una sorta di moltiplicatore nel fatto che, in relazione alla responsabilità dell'amministrazione, si è sterilizzata la spinta uniformatrice prodotta dalla Suprema Corte, atteso che la traslazione delle vertenze nell'area della giurisdizione amministrativa impedisce alla Cassazione, competente a verificare unicamente il difetto di giurisdizione, di imporre un proprio modello di illecito. In questo contesto il Consiglio di Stato non sempre riesce a esprimere una linea unitaria, soprattutto nei confronti dei giudici di primo grado (...)».

Più in generale, sul tema cfr. per tutti A. TRAVI, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle Sez. Un. 22 luglio 1999 n. 500*, in *Foro it.*, 2004, I, 794.

⁴³ Soluzione questa già da tempo auspicata da parte della dottrina, specie nell'ottica di un allineamento rispetto al modello comune prospettato dalla Corte di giustizia. In tal senso si v. in particolare R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit..

⁴⁴ Sul punto, D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi", comparando*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Cedam, Padova, 2005, 282 osserva: «la problematica della responsabilità delle pubbliche amministrazioni in Italia (...) presenta un aspetto in qualche modo paradossale. Infatti, dopo che è stata ritenuta in proposito ammissibile la responsabilità extracontrattuale per i danni da lesione di interessi legittimi, ha cominciato ad avere successo tra gli amministratori la tesi che tale responsabilità avrebbe invece natura contrattuale o paracontrattuale (...)». Eppure – prosegue l'A. – «la proposta di trasferire questa responsabilità dal campo dell'illecito aquiliano a quello dell'inadempimento non può accettarsi senza dubbi». L'A. richiama in proposito i contributi di G. D. COMPORTI, *Torto e contratto nella responsabilità contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2003, 129; M. PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, 105; M. G. RACCA, *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo*, in R. GAROFOLI E a., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno di fronte al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, 171.

precontrattuale⁴⁵ o da c.d. contatto sociale⁴⁶ e persino di una responsabilità "speciale"⁴⁷, salvo poi non riuscire ad intendersi sul significato da attribuire a tale "specialità"⁴⁸.

Va detto, tuttavia, come nel pur complesso dibattito abbia sostanzialmente «prevalso la prima tesi [- vale a dire quella extracontrattuale -] in continuità con l'orientamento precedentemente seguito dalla giurisprudenza in relazione alla responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi oppositivi»⁴⁹, nonché in adesione al modello sposato sia dalle Sezioni Unite nel 1999 sia dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁰ e dalla maggior parte degli altri ordinamenti europei⁵¹.

⁴⁵ In argomento, si vedano ad esempio TAR Lombardia, III, 9 marzo 2000 n. 1869; TAR Lombardia, III, 31 luglio 2000 n. 5130; TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001 n. 609; Cons. Stato, IV, 19 marzo 2003 n. 1457 e Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005 n. 6.

In dottrina, per tutti, M. G. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, nonché più di recente ID., *La responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni nella stipulazione dei contratti pubblici*, in Atti dell'incontro di studio *Conclusione del contratto preliminare e responsabilità precontrattuale*, Roma 19 – 21 gennaio 2009.

⁴⁶ Sul punto si vedano Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2003 n. 204; Cons. Stato, V, 6 agosto 2001 n. 4239; TAR Puglia; Bari; I, 17 maggio 2001 n. 1761.

In dottrina, V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, 4; E. CASETTA – F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. previd.*, 2001, 1.

⁴⁷ Si veda, ad esempio, Cons. Stato, VI, 14 marzo 2005 n. 1047. In dottrina, sembra propendere per questa tesi A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa*, Ed. scientifica, Napoli, 2003.

⁴⁸ In proposito, G. D. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit., osserva: «che vi siano elementi di specialità sembra fuori di dubbio». Basti pensare al fatto che si discute «di responsabilità da provvedimento illegittimo, e non da mero comportamento illecito». Il punto, però, «non è 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 tale responsabilità dal tipo della responsabilità extracontrattuale, fino al punto da non farla rientrare neppure nell'ampia categoria della responsabilità da fatto illecito, come contrapposta alla responsabilità da inadempimento (...)».

⁴⁹ In questi termini D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2. Ancor più di recente, ritiene che il Codice del processo amministrativo confermi l'adesione ad un modello di responsabilità extracontrattuale R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 59 che, a proposito dell'art. 30 c.p.a., parla «di una disciplina dell'azione risarcitoria del provvedimento illegittimo che indirizza verso la qualificazione come extracontrattuale della stessa».

⁵⁰ Al riguardo si vedano A. BARTOLINI, *Il Risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, cit.; R. BIFULCO, (voce) *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto U.E.*, in *Dig. disc. pubbl.*, aggiornamento, UTET, 2010; R. CARANTA, (voce) *Responsabilità extracontrattuale* (dir. com.), in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006; M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3 – 4.

⁵¹ In proposito, R. CARANTA, *Il Conseil d'Etat e la responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1993; Id., *La responsabilità extracontrattuale della P.A. nel diritto inglese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992; B. DELFINO, *La responsabilità extracontrattuale dei soggetti pubblici in Francia*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 554; F. FRACCHIA (a cura di), *Materiali per una comparazione in tema di responsabilità civile e amministrativa*, Ed. scientifica, Napoli, 2011; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi", comparando*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*,

3. Incertezze circa la colpa della P.A. nella giurisprudenza nazionale

Ciò non di meno, la mancanza di univocità circa la natura della responsabilità amministrativa per lesione di interessi legittimi si è giocoforza riverberata su alcuni aspetti di non secondario momento dell'istituto. Tra questi, come anticipato, quello del titolo di imputazione della responsabilità, la cui importanza riposa, non solo nella capacità di incidere «in ordine alla concreta definizione dell'area del danno risarcibile, ma anche [nella] 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 responsabilità»⁵².

Sul punto è innanzitutto d'uopo ricordare come, prima dell'avvento della più volte citata sentenza delle SS. UU. n. 500 del 1999, la Corte di cassazione nel vagliare la sussistenza della responsabilità dell'amministrazione derivante da provvedimenti adottati *iure imperii* fosse solita applicare il criterio della colpa *in re ipsa*⁵³. Criterio in forza del quale si arrivava ad affermare la sostanziale coincidenza tra l'illegittimità del provvedimento e la colpa dell'amministrazione che aveva adottato e/o dato esecuzione a tale provvedimento⁵⁴.

Nel 1999 si è assistito invece ad un cambio di rotta, dal momento che - quasi a voler controbilanciare la dilatazione del perimetro delle situazioni giuridiche risarcibili⁵⁵ - la Suprema Corte arriva ad affermare come all'illegittimità del provvedimento non consegua *de plano* l'illiceità della condotta e, dunque, la responsabilità della pubblica amministrazione. Viceversa, quest'ultima è chiamata ora a rispondere *come apparato* e la colpa «sarà configurabile nel caso in cui l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo

Cedam, Padova, 2005, 226 e ss.; ID., (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea*, Il Mulino, Bologna, 1994.

⁵² In questi termini E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit..

⁵³ Parte della dottrina (S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1, 60) ricorda, tuttavia, che ancor prima della sentenza della Cassazione n. 500/1999 «alcune [sparate] pronunce dei giudici ordinari (...) già dichiaravano la necessità della prova del dolo o della colpa dell'amministrazione ai fini del risarcimento del danno». Tra queste l'A. ricorda Tribunale di Massa Carrara 3 agosto 1993 n. 451, in *Arch. civ.*, 1993, 1171.

⁵⁴ Tuttavia preme osservare che - come ricorda attenta dottrina (F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedi mentale*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 67) - «la giurisprudenza della Cassazione che ravvisava la colpa nel fatto stesso di aver emanato un provvedimento illegittimo si collocava in un contesto diverso dall'attuale. A quel tempo la questione dell'illiceità della condotta si poneva in relazione a provvedimenti lesivi di diritti soggettivi, spesso lesivi del diritto di proprietà. La tutela risarcitoria aveva quindi un'estensione limitata, ed il suo oggetto appariva tra i più meritevoli di tutela (...). Si può comprendere che, in questo contesto, il giudice ravvisasse gli estremi della colpa specifica nel fatto stesso della violazione delle regole che devono essere osservate nell'azione amministrativa».

⁵⁵ In tal senso F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 338, nonché S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, 62, che scrive: «la necessità di individuare un criterio di imputazione della responsabilità aquiliana per l'illecito dell'amministrazione e, quindi, il superamento del criterio della c.d. culpa in re ipsa sono presentati non tanto come conseguenza dell'inquadramento della responsabilità da provvedimento nell'ambito dell'art. 2043 c.c., quanto piuttosto come una conseguenza, inversamente proporzionale, all'ampliamento dei confini dell'ingiustizia del danno».

dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione (...) che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni della discrezionalità»⁵⁶.

Orbene, se è vero che l'aver indicato detti canoni quali limiti esterni alla discrezionalità rispondeva alla volontà della Suprema Corte di «sgombrare il campo dalle possibili obiezioni alla cognizione del provvedimento da parte [di quello che allora era il] giudice ordinario»⁵⁷, è altrettanto vero che la ricostruzione prospettata dalle Sezioni Unite ha prestato il fianco ad alcune critiche⁵⁸.

È stato osservato, ad esempio, che la c.d. "dottrina dei tre canoni" non chiariva «in quali casi la violazione di singole regole di diritto si sarebbe convertita nella violazione di uno dei tre principi fondamentali dell'azione amministrativa»⁵⁹. In secondo luogo - si è detto - così argomentando la Cassazione è sembrata incorrere «nella tautologica affermazione della coincidenza della colpa con l'illegittimità del provvedimento, con surrettizia reintroduzione della tesi»⁶⁰ che la stessa ha espressamente dichiarato di voler abbandonare. E ancora, in termini più generali, si è rilevato come sarebbe stato più coerente, oltre che più semplice, affermare l'applicabilità dell'intero modello desumibile ex art. 2043 c.c. anche alla responsabilità dell'amministrazione, invece che dare corso a surrettizi adattamenti⁶¹.

E in effetti proprio tali adattamenti sono stati alla base delle incertezze e delle oscillazioni della giurisprudenza successiva al noto arresto delle Sezioni Unite del 1999. Una giurisprudenza talvolta anche molto "creativa"⁶² che, pur non mancando di sottolineare l'importanza della ricerca della colpa, da un lato, ha finito per desumere la stessa dalla illegittimità del provvedimento pregiudizievole⁶³ e, dall'altro, ha escluso la responsabilità dell'amministrazione attraverso il ricorso a strumenti (*rectius*, espedienti) quali

⁵⁶ Così letteralmente C. Cass., SS. UU., 22 luglio 1999 n. 500, p. 11 della motivazione.

⁵⁷ In questi termini F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 67.

⁵⁸ Oltre a quelle indicate *infra*, cfr. l'opinione di F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, *cit.*, secondo cui tale ricostruzione si porrebbe in contrasto con l'art. 28 Cost..

⁵⁹ Ancora, F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 67, ma considerazioni analoghe si rinvencono anche in R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, *cit.*, 3208.

⁶⁰ In questo senso E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, *cit.*, che richiama quanto osservato da Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012. Ma anche D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo dieci anni*, *cit.*.

⁶¹ Si veda in proposito quanto osservato, tra gli altri, da F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045, secondo il quale «la motivazione del mutamento non appare completa e comunque non sembra convincente: sarebbe stato più semplice affermare la inesistenza di ragioni generali o specifiche per la non applicazione alla responsabilità della pubblica amministrazione dell'intera disciplina dettata dall'art. 2043 c.c.».

In senso analogo, inoltre, A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 355.

⁶² È quanto sembra emergere, in particolare, dal quadro fornito da G. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni*, *cit.*, spec. 527. Nonché dalle osservazioni di F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi illegittimi? Responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, *cit.* e di F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo della responsabilità dell'amministrazione*, *cit.*.

⁶³ Si v. ad es. Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004 n. 5012.

la colpa professionale, la gravità della violazione o il richiamo all'errore scusabile⁶⁴. Concetto, quest'ultimo, i cui confini sono stati di fatto dilatati al punto tale da farvi rientrare una serie estremamente variegata di situazioni concrete fino quasi a vanificare la *ratio* stessa dell'istituto in esame⁶⁵.

Peraltro, tenuto conto che i giudici quasi mai si sono spesi nel motivare diffusamente le ragioni delle proprie decisioni, preferendo piuttosto ricorrere alla ripetizione di formule tanto late da aggiungere ben poco al dibattito sulla ricostruzione dell'elemento soggettivo dell'illecito amministrativo⁶⁶ o, al più, spostando la questione sul terreno processuale, attraverso il richiamo ai c.d. indici presuntivi e il ricorso all'inversione dell'onere della prova, si capisce perché parte della dottrina abbia definito l'atteggiamento della giurisprudenza come di «netta semplificazione»⁶⁷.

Così come applicato dalla giurisprudenza successiva al 1999 (e, ancor di più, da quella successiva al 2000), in effetti, il modello elaborato dalle Sezioni Unite è parso tanto trasfigurato da «non rappresenta[re] un vero recupero dell'elemento soggettivo»⁶⁸, finendo per contro per deporre nel senso di avallare «il giudizio di marginalità e al tempo stesso di duttilità della colpa come elemento selettore della responsabilità [della P.A.] per attività provvedimentale illegittima»⁶⁹.

Né, peraltro, indicazioni di natura chiarificatrice si sono avute da parte del legislatore. Neppure nel 2010 quando con l'adozione del Codice del processo amministrativo è stata introdotta nel nostro ordinamento una norma *ad hoc* per l'azione di responsabilità, ora esercitabile anche in via autonoma⁷⁰. Anzi, da un

⁶⁴ Si v. ad es. Cons. Stato, IV, 14 giugno 2001 n. 3169.

⁶⁵ Osserva, ad esempio, S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, cit., 72: «è ovvio che, quasi in ogni vicenda patologica dell'azione amministrativa, è possibile individuare dei motivi che giustificano, in qualche modo, il ritardo o attenuino la gravità della violazione di legge. Resta a questo punto da chiedersi se non si arrivi, procedendo di questo passo, a tradire lo spirito che ha portato all'eliminazione di quell'«odioso privilegio» che ha indotto l'ordinamento a riconoscere la risarcibilità degli interessi legittimi».

In giurisprudenza, per una interpretazione molto lata del concetto di «errore scusabile» cfr., ad esempio, Cons. Stato, IV, 14 giugno 2001 n. 3169. Viceversa, per una lettura più consona di tale concetto cfr., *inter alia*, Cons. Stato, V, 6 agosto 2001 n. 4239.

⁶⁶ In tal senso, ad esempio, S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, cit., 72, nonché A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, cit., 179, che scrive: «la mancata convergenza su una posizione unitaria non ha consentito alla giurisprudenza, specie quella di merito, di prendere una scelta netta sul punto. Tanto che gran parte delle decisioni dettate in materia di responsabilità della p.a. trascuri e trascuri, nel proprio iter argomentativo, il problema della colpevolezza, non curandosi di approfondire minimamente la questione: è difficile capire il senso di quest'atteggiamento, anche se presumibilmente sta ad indicare un'adesione al pregresso orientamento sulla colpa *in re ipsa*».

⁶⁷ In questi termini, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit..

⁶⁸ Così F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, cit..

⁶⁹ Ancora, F. ELEFANTE, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimentale*, cit..

⁷⁰ Quanto all'art. 30 c.p.a. si v. innanzitutto R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie* e M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, entrambi in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., spec. pp. 596 e ss. e B. SASSANI, *Le azioni*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. pp. 356 e ss..

esame della giurisprudenza successiva all'entrata in vigore dell'All. 1 al d. lgs. n. 104 del 2010 sembra emergere, paradossalmente, come l'azione risarcitoria rappresenti «una frazione percentuale minima delle domande introdotte nei processi»⁷¹ e come in tal senso pesi l'atteggiamento di quella giurisprudenza «pietrificata»⁷² nel cogliere la colpa «sul versante del danneggiato, in funzione del contenimento delle sue possibilità di reazione ad un illecito mediante l'azione risarcitoria»⁷³ medesima.

È, dunque, in ragione del quadro appena tratteggiato e in particolare alla luce degli esiti in larga parte insoddisfacenti cui è pervenuta la giurisprudenza che più di una voce ha osservato come «l'adozione di un modello di responsabilità per colpa [specie, se concepito e applicato nei termini sin qui descritti, rischi] di implicare il sostanziale svuotamento del principio di responsabilità»⁷⁴. Ancora prima, inoltre, la medesima dottrina ha sottolineato come un tale modello sembri non essere «coerente con il ruolo istituzionale dell'amministrazione e con i suoi doveri (...), oltre che con il [suo] modo di essere *oggettivato* e con l'assoluta irrilevanza di ogni profilo soggettivo e volontaristico nell'applicazione delle regole che ne governano l'azione e l'organizzazione (...)»⁷⁵.

Inoltre, quanto ai risvolti pratici di tale disposizione si v. Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011 n. 3, per un commento alla quale cfr. F. G. COCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 990. E poi, ancora, le osservazioni di P. CHIRULLI, *In giudice civile "di diritto pubblico" in una prospettiva comparata*, cit.; G. D. COMPORTI, *La tutela risarcitoria "oltre" il Codice*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 10, 67; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La "nuova" responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo*, cit..

Infine, per una ricostruzione del dibattito circa la c.d. pregiudiziale amministrativa e i suoi riflessi in ordine alla effettività dell'istituto della responsabilità amministrativa, cfr. P. CHIRULLI, (voce) *Pregiudiziale amministrativa*, cit. e D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, cit..

⁷¹ G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, cit., 526. Più diffusamente, inoltre, H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, 752.

⁷² Espressione come è noto presa in prestito da Mario Nigro. Sul punto si v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il Mulino, Bologna, VI ed., 2002, 102 ss..

⁷³ In questi termini G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, cit., 528.

⁷⁴ Così letteralmente E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit.. Nello stesso senso inoltre F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo nella responsabilità dell'amministrazione*, cit. e S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, cit..

⁷⁵ Ancora, E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit..

4. Argomenti per una responsabilità oggettiva della P.A. nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Sulla base di tali considerazioni, dunque, ampia parte della dottrina ha preso da tempo a sottolineare l'opportunità di accedere ad una lettura oggettiva della responsabilità amministrativa o, per lo meno, di "oggettivizzare" l'elemento soggettivo ancorandolo a parametri certi ed oggettivi, appunto⁷⁶.

D'altra parte, suggestioni in tal senso si rintracciano già nei contributi di alcuni importanti autori "classici"⁷⁷, oltre che - venendo ai giorni nostri - nei più recenti studi di matrice gius-economica⁷⁸. Ma è forse, soprattutto, dal diritto europeo e, ancor di più, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che è possibile trarre qualche argomento utile circa la natura della responsabilità amministrativa e circa il volto da dare al suo criterio di imputazione.

Orbene, su punto occorre innanzitutto osservare come, a far data dalla nota sentenza *Franovich* del 1991⁷⁹, i giudici di Lussemburgo abbiano costruito l'istituto della responsabilità degli Stati membri nei confronti di soggetti terzi per violazione del diritto europeo aderendo convintamente al modello aquiliano⁸⁰. Più

⁷⁶ In questo senso, oltre a E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit. e S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, cit., si ricordano - ad esempio - i contributi di G. D. COMPORTI, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, cit.; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti costituzionali*, cit.; D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, cit..

⁷⁷ Oltre agli autori già citati alla nota n., retro, si vedano E. CANNADA BARTOLI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in Italia*, in ID. (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit.; E. CASETTA, (voce) *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997; ID. (voce) *Responsabilità civile (della pubblica amministrazione)*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 975, 289; F. SATTA, (voce) *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, 1998; ID., *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di S. Satta*, vol. I, Cedam, Padova, 1980.

⁷⁸ Per tutti, oltre al già citato G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico - giuridica*, cit., si v. ID., *The complexity of torts. The case of punitive damages*, in AA.VV., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008.

⁷⁹ CGCE 19 novembre 1991, *Franovich*, C-6 e 9/90, per un commento alla quale si vedano M. CAFAGNO, *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 1, 147; R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1169; M. CARTABIA, *Omissioni del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza Francovich della Corte di giustizia delle Comunità europee)*, in *GIC*, 1992, 505; A. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, IV, 150.

⁸⁰ Prodrumi di tale assunto sono rinvenibili in precedenti pronunce del giudice europeo, prima tra tutte CGCE 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, dove la Corte ha affermato che con Trattato Cee è stato istituito un ordinamento "di nuovo genere", i cui soggetti non sono solo gli Stati membri, ma anche i singoli cittadini ai quali il diritto comunitario attribuisce veri e propri diritti. *Ex multis*, la dottrina ricorda CGCE 16 dicembre 1960, *Humblet*, C-6/60; CGCE 7 febbraio 1973, *Commissione c. Italia*, C-39/72; CGCE 22 gennaio 1976, *Russo*, C-60/75; CGCE 13 febbraio 1979, *Gravaria BV*, C-101/78.

Ancora più interessante, però, il *post - Francovich*, vale a dire come i singoli ordinamenti nazionali hanno reagito di fronte a tale pronuncia della Corte di giustizia. Ebbene, al riguardo, parte della dottrina (A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, cit., 124) evidenzia che «da una lettura comparata delle varie tradizioni giuridiche emerge che in alcuni ordinamenti non vi è

nel dettaglio, in tale circostanza, la Corte di giustizia ha condannato l'Italia per fatto del legislatore, avendo questo omesso di recepire una direttiva attributiva di diritti nei confronti dei cittadini, i quali proprio in ragione di tale omissione avevano subito un pregiudizio. Tale condanna, tuttavia, non è stata subordinata ad un'indagine circa l'elemento soggettivo della responsabilità, posto che - a parere della Corte - quest'ultima discendeva *ipso facto* dal ricorrere di tre condizioni, vale a dire: a) il fatto che le disposizioni della direttiva attribuissero diritti nei confronti dei cittadini; b) il fatto che il contenuto di tali diritti fosse chiaramente evincibile dalla direttiva e, infine, c) l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai singoli⁸¹.

L'indirizzo inaugurato in tale circostanza è stato poi costantemente confermato nei successivi arresti giurisprudenziali, dove la Corte ha ripetutamente sottolineato che «il giudice nazionale non può (...) subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento»⁸². E ciò a prescindere dal fatto che l'organo interno la cui azione od omissione è *sub judice* sia espressione del potere legislativo, giudiziario o amministrativo.

Anzi, quanto all'ipotesi di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per comportamento illecito dell'amministrazione, l'esame della giurisprudenza europea mostra come questa si caratterizzi per il fatto di «non essere circondata da quelle particolari limitazioni che sono state definite per evitare un uso eccessivo delle relative azioni di responsabilità nei confronti del legislatore» e soprattutto del potere giudiziario⁸³. Infatti, mentre quando è del fatto di quest'ultimo che si discute la responsabilità dello Stato ricorre solo nel «caso eccezionale di violazioni gravi e manifeste»⁸⁴, qualora ad essere *sub judice* è l'azione della pubblica amministrazione sembra essere sufficiente la mera inottemperanza al diritto europeo, «senza necessità di dimostrare la gravità particolare della violazione e senza rilievo per l'elemento della colpa»⁸⁵.

stata neppure la necessità di adeguarsi ai presupposti indicati dalla Corte di giustizia (...) sono questi i casi offerti dall'esperienza francese, greca e spagnola». Laddove, invece, tradizionalmente *the King can do no wrong* «vi sono e vi sono state naturalmente delle forti resistenze, come del resto dimostrano i casi *Franco v. Italy*, *Brasserie du pecheur*, per la Germania, e *Factortame*, per la Gran Bretagna».

⁸¹ Sul punto *amplius* R. BIFULCO, (voce) *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto U.E.*

⁸² Così in CGCE 6 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur - Factortame*, C-46/93 e C-48/93, p. 79.

⁸³ Così M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3 - 4.

⁸⁴ In questi termini, ad esempio, CGCE 30 settembre 2003, *Koebler*, C-224/01 e CGCE 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03.

⁸⁵ Di questo avviso M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit..

Si discosta, invece, almeno in parte da tale avviso, G. GREGO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., il quale - muovendo dalla tesi della «equivalenza verticale» tra sistema processuale europeo e sistemi nazionali - alla nota n. 49 osserva come, essendo «il carattere quanto meno colposo dell'illecito (...) ampiamente riconosciuto a livello di responsabilità degli organi comunitari (...), non si vede perché non possa esserlo altrettanto per quella delle amministrazioni degli Stati membri».

Di tale indirizzo sono certamente espressione due noti arresti, rispettivamente del 2004⁸⁶ e del 2008⁸⁷, che hanno visto come parte in causa la Repubblica portoghese, condannata per violazione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea (i.e. direttiva 89/665/Ce), attesa la presenza nel proprio ordinamento giuridico di una norma che subordinava il diritto del privato al risarcimento del danno in materia di appalti alla dimostrazione della colpa o del dolo della stazione appaltante.

Più di recente, inoltre, la Corte di giustizia ha ribadito il proprio orientamento in occasione del caso *Stadt Graz v. Strabag AG et al.*⁸⁸, dove l'oggetto del contendere era ancora una volta l'affidamento di un appalto pubblico. Nel dettaglio: una società lamentava di essere stata illegittimamente esclusa da una gara di appalto e chiedeva la condanna della stazione appaltante, affermando come quest'ultima avesse «agito colpevolmente astenendosi dal constatare l'incompatibilità dell'offerta [presentata da un'altra società concorrente, poi risultata vincitrice,] con le clausole del bando di gara»⁸⁹.

Il giudice di ultima istanza, dubitando della compatibilità della normativa interna con la direttiva 89/665/Ce, ha operato un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, chiedendo a quest'ultima di chiarire se «se gli artt. 1, n. 1 e 2, n. 1, lett. c) della direttiva 89/665/Ce ostino ad una disciplina nazionale [quale quella austriaca] che subordini il diritto dell'offerente al risarcimento del danno per violazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici all'esistenza di una colpevolezza in capo all'amministrazione aggiudicatrice».

La Corte, nel risolvere la questione, ha preso le mosse dalla *ratio* della direttiva in argomento - vale a dire «garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici»⁹⁰ - e ha concluso affermando come essa osti «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 (...)»⁹¹. Non solo. I giudici di Lussemburgo, infatti, hanno espressamente precisato che tale incompatibilità tra legislazione nazionale e

⁸⁶ CGCE 14 ottobre 2004, *Commissione v. Repubblica Portoghese*, C-275/03, per un commento alla quale si veda M. PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della P.A. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*, in *Urb. e app.*, 2005, 1, 36.

⁸⁷ CGCE 10 gennaio 2008, *Commissione v. Repubblica Portoghese*, C-70/06.

⁸⁸ CGUE, III sez., 30 settembre 2010, *Stadt Graz v. Strabag e a.*, C- 314/09, per un commento alla quale si vedano E. M. BARBIERI, *Sulla inutile ricerca della colpa della pubblica amministrazione in caso di lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 5, 1083; S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?*, in *Giur. it.*, 2011, 3, 664; nonché - se si vuole - anche C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 10, 3015.

⁸⁹ Così al p. della sentenza *Stadt Graz*, cit..

⁹⁰ Così ai pp. 31 e 43 della sentenza *Stadt Graz*, cit..

⁹¹ Così al p. 45 della sentenza *Stadt Graz*, cit..

diritto europeo si ha «anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione (...)»⁹².

In disparte ogni valutazione circa il rispetto nel caso di specie del principio di autonomia procedurale degli Stati membri⁹³, commentando quella sentenza ci si chiese se la soluzione prospettata dai giudici di Lussemburgo dovesse essere letta come necessariamente circoscritta al settore degli appalti pubblici⁹⁴ o se, viceversa, alla stessa potesse riconoscersi una portata più generale. E in secondo luogo se tale *dictum* (*rectius*, l'orientamento di cui tale *dictum* è espressione), pur non riguardando direttamente l'ordinamento italiano, sarebbe stato ciò non di meno capace di fare breccia in quella giurisprudenza nazionale da tempo "pietrificata" nell'affermare come la responsabilità dell'amministrazione dovesse essere subordinata al previo positivo riscontro della colpa dell'amministrazione danneggiante⁹⁵.

⁹² Ancora p. 45 della sentenza in esame. Tale precisazione da parte della Corte di giustizia assume grande rilievo perché, come evidenziato da parte della dottrina (S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?*, cit., 665), a seguito della citata sentenza CGCE 14 ottobre 2004, *Commissione v. Repubblica Portoghese*, C-275/03, la giurisprudenza (anche) italiana si era orientata «nel senso di ritenere compatibile con la responsabilità comunitaria l'utilizzo di presunzioni semplici, che ammettono la prova contraria». In altri termini, per i giudici amministrativi «la semplificazione dell'onere probatorio, attraverso l'utilizzo di presunzioni semplici, è in grado di rendere i ricorsi rapidi ed efficaci e perciò di superare le limitazioni poste a livello europeo con la Dir. 89(665/Cee (...)). Viceversa, con la sentenza in argomento la Corte di giustizia è stata chiara e perentoria «nel precisare che si pone in contrasto con la normativa comunitaria anche l'utilizzo di presunzioni di colpevolezza in capo all'amministrazione danneggiante». Per un esempio del descritto orientamento invalso nella giurisprudenza nazionale dopo il 2004 si vedano - *inter alia* - Cons. Stato, VI, 9 marzo 2007 n. 1114 e Cons. Stato, VI, 9 novembre 2006 n. 6607.

⁹³ Osservazioni critiche sul punto si possono leggere in G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., il quale sottolinea che «la peculiarità del caso derivava dalla circostanza che in materia sussisteva da tempo la già citata normativa di armonizzazione sui c.d. mezzi di ricorso (Direttiva 89/665/Cee), che non imponeva affatto l'illecito oggettivo. Il che lasciava intendere – trattandosi, appunto, di una normativa di armonizzazione – che non sussistesse alcuna necessità comunitaria nel configurare la responsabilità dell'Amministrazione in un modo, anziché in un altro. Viceversa, con un singolare capovolgimento logico rispetto a detta premessa, la Corte ha tratto argomento proprio da tale silenzio, per evidenziare che la Direttiva non prevedeva il requisito della colpevolezza. (...) Il capovolgimento logico è sorprendente, perché il silenzio della Direttiva in ordine al carattere soggettivo o oggettivo dell'illecito doveva essere interpretato alla luce del principio di sussidiarietà (...): sicché gli aspetti da essa non trattati, neppure implicitamente, avrebbero potuto essere considerati irrilevanti per il sistema dell'Unione e tali da non poter incidere sull'autonomia procedimentale degli Stati membri».

⁹⁴ Non manca infatti anche in dottrina chi tende a sottolineare profili di specialità del diritto amministrativo in materia di appalti pubblici con riguardo al profilo de qua. Si v. ad es. S. CIMINI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 3, 508 e C. E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, in ID. E A. (a cura di), *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2015, 1 ss..

⁹⁵ Sia consentito rinviare a C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 10, spec. 3039 e ss..

5. Dialogo a-sincrono tra Corte di giustizia e giudici nazionali

Orbene, provando a rispondere a posteriori a tali interrogativi e iniziando proprio dall'ultimo, è possibile osservare come, benché la giurisprudenza italiana non sia rimasta totalmente impermeabile a tale pronuncia e, più in generale, all'orientamento di cui essa è espressione, di fatto quest'ultimo non sembra tuttavia aver avuto la forza di impartire un vero e proprio *revirement*⁹⁶. Almeno non in maniera univoca.

Come si anticipava, qualche apertura certamente si è registrata. Dapprima più timidamente, allorché il Consiglio di Stato ha ritenuto di doversi spendere nel tentativo di ridurre - almeno a livello teorico - le distanze tra l'orientamento invalso nella giurisprudenza nazionale e quello proprio della Corte di giustizia e lo ha fatto cercando di offrire del primo una (ri)lettura in chiave europea.

È quanto accaduto, ad esempio, in un caso del 2012 avente ad oggetto l'annullamento di un decreto che imponeva il prezzo minimo per la vendita di sigarette e la relativa domanda di risarcimento danni⁹⁷. Qui i giudici di Palazzo Spada, pur confermando la sentenza di primo grado che aveva negato il risarcimento del danno sull'assunto della mancanza dell'elemento soggettivo in capo alla P.A., hanno messo in evidenza «lo sforzo [a parere del supremo consesso, comune tanto al giudice amministrativo italiano quanto alla Corte di Lussemburgo] di individuare a livello oggettivo una serie di elementi destinati ad agire come presupposti o condizioni per il riconoscimento di una responsabilità del soggetto pubblico che non discenda sempre e comunque in modo automatico dalla mera illegittimità del suo operato»⁹⁸. E ciò sulla base di una pretesa assonanza tra il requisito della "violazione grave e manifesta" al cui positivo riscontro la Corte di giustizia è solita subordinare la responsabilità e l'istituto dell' "errore scusabile" utilizzato dalla giurisprudenza nazionale⁹⁹. A parere del Consiglio di Stato, infatti, «le conclusioni [cui è pervenuta la giurisprudenza interna] in null'altro consistono che nel ricorso a parametri di natura oggettiva per la

⁹⁶ Di diverso avviso C. E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, cit., 1, allorché parla di «un radicale mutamento di opinione nel Consiglio di Stato» e ciò sebbene l'A. circoscriva tale *revirement* alla sola ipotesi di «responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi nei procedimenti di aggiudicazione». A tal fine l'A. richiama - *inter alia* - Cons. Stato, V, 8 novembre 2012 n. 5686; Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013 n. 966; Cons. Stato, V, 27 marzo 2013 n. 1833.

⁹⁷ Il riferimento è a Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2012 n. 482, per un commento alla quale si vedano V. CARBONE, *Inadempimento dello Stato all'obbligo da direttiva: responsabilità ex art. 1218 o 2043 c.c.?*, in *Danno e resp.*, 2012, 73; F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della P.A. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. civ. prev.*, 2012, 5, 1613 e E. FOLLIERI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in *Urb. e app.*, 2012, 6, 689.

⁹⁸ Così Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2012 n. 482.

⁹⁹ *Contra*, M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., nonché E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit., che scrive: «il richiamo all'errore scusabile o alla colpa professionale non appare (...) coerente con il ruolo istituzionale dell'amministrazione e con i suoi doveri (...). E così anche il riferimento alla gravità della violazione, finisce per importare la logica comunitaria della responsabilità del legislatore e del giudiziario, ma non quella dell'amministrazione che anche a livello comunitario corre, stando a una recente rilettura della giurisprudenza della Corte di giustizia, su binari strettamente oggettivi (...)».

risoluzione dei problemi che si pongono (...) in ordine all'individuazione e alla prova di quello che - in applicazione del regime normativo dell'art. 2043 c.c. (...) - è qualificato come l'elemento "soggettivo" dell'illecito, ossia la colpa della p.a.»¹⁰⁰.

Orbene - anche a voler tacere il fatto che, quando è in discussione l'*agere* della pubblica amministrazione, non sempre la Corte di giustizia ritiene indispensabile un'indagine circa la gravità della violazione¹⁰¹ - detto parallelo non convince a pieno¹⁰². Non fosse altro per la diversa finalità che Corte di giustizia e giudice amministrativo italiano sembrano nei fatti ricollegare al concetto di "violazione grave e manifesta". Come osservato da parte della dottrina, infatti, da un attento esame della giurisprudenza sembrerebbe possibile evincere che «nel diritto comunitario, con detta regola, si tende ad allargare la responsabilità delle autorità, mentre nel nostro ordinamento, tramite l'uso fattone dalla giurisprudenza amministrativa, si circoscrive la colpa dell'amministrazione, reputandola sempre [o quasi] scusabile»¹⁰³.

In ogni caso, e al di là di questa che può essere descritta come una (ardita) lettura "comunitariamente orientata" del diritto interno, una maggiore apertura da parte del giudice amministrativo nei confronti del modello di responsabilità "senza colpa" propugnato dalla Corte di giustizia si rintraccia in alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici, sia sopra sia sotto soglia¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Ancora, Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2012 n. 482. Sul punto, E. FOLLIERI, *L'elemento soggettivo nella responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, cit., 696, scrive: «la posizione prevalente della giurisprudenza del giudice amministrativo può così sintetizzarsi: l'illegittimità dell'atto amministrativo (...) fa presumere (*iuris tantum*) la presenza dell'elemento soggettivo che l'amministrazione può vincere dimostrando l'errore scusabile». Pertanto - prosegue l'A. - «può dirsi che l'elemento soggettivo è relativamente oggettivato, sulla falsa riga dell'ordinamento comunitario che richiede la illegittimità "grave e manifesta" per affermare la responsabilità».

¹⁰¹ In proposito, per tutti, CGCE 3 maggio 1996, *Lomas*, C-5/94. In dottrina tale aspetto è sottolineato da M. P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit., nonché da A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, cit., 215, il quale osserva come nel richiamare il concetto di "violazione grave e manifesta" il giudice amministrativo italiano sembri dimenticare il fatto che "in ambito europeo si è discusso se, in taluni casi la mera trasgressione comporti una presunzione di responsabilità dell'autorità agente. In altri termini, si fa passare come il <<tutto>> (cioè, il giudizio sulla violazione grave e manifesta) ciò che in realtà è una <<parte>> del formante giurisprudenziale comunitario".

¹⁰² Oltre alle posizioni critiche degli autori citati nelle note nn. 91 e 93, *retro*. Si segnala, ad esempio, la posizione di F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, cit., il quale evidenzia come così argomentando «il giudice amministrativo italiano giunga e sancire, dal punto di vista concettuale, una particolare forma di *coincidentia oppositorum* (...). L'*oppositio* in parola (...) è dovuta al modo con cui il giudice amministrativo italiano, diversamente da quello civile e da quello europeo, mantiene fermo il riferimento generale al modello extracontrattuale. La <<bussola>> di questa rotta, infatti, segna *direzioni* che non sono affatto sovrapponibili».

¹⁰³ In questi termini A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, cit., 216. Ma anche V. MAZZARELLI, *Eccesso di potere per colpa dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 1, 150.

¹⁰⁴ In un passaggio di Cons. Stato, V sez., 8 novembre 2012 n. 5686, *infra* si legge, infatti, che «tale regola [quella cioè di una responsabilità oggettiva] 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

Ad esempio, sempre nel 2012 la V sezione di Palazzo Spada in riforma di una sentenza del T.A.R. Lombardia¹⁰⁵ ha ritenuto di poter accordare il risarcimento del danno ad un'impresa illegittimamente esclusa da un appalto a prescindere dall'accertamento della colpa della stazione appaltante¹⁰⁶, con ciò mostrando di aderire all'idea di una responsabilità oggettiva, «sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante dal principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza»¹⁰⁷.

Tale apertura è stata nel complesso salutata con favore da parte della dottrina¹⁰⁸. Tuttavia, anche in questo caso, non si può fare a meno di evidenziare alcuni aspetti problematici che emergono dalla lettura della sentenza citata.

Innanzitutto, risulta assai poco convincente la qualificazione della responsabilità oggettiva come *tertium genus* rispetto a quella contrattuale e a quella extracontrattuale¹⁰⁹, essendo per converso pacifico che «il

pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel codice degli appalti (art. 2 d.lgs. n. 163/06)».

¹⁰⁵ Il riferimento è a T.A.R. Lombardia, Milano, I sez., 14 giugno 2010 n. 1181.

¹⁰⁶ Cons. Stato, V sez., 8 novembre 2012 n. 5686, per un commento alla quale si vedano B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e app.*, 2013, 2, 162; G. D. COMPORITI, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, in *Giur. it.*, 2013, 5, 1207; A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, in *Riv. amm. app.*, 2013.

¹⁰⁷ G. D. COMPORITI, *La responsabilità oggettiva per esercizio illegittimo della funzione amministrativa alla ricerca di un modello*, *cit.*, 1209.

¹⁰⁸ Sul punto cfr. i riferimenti bibliografici indicati alla nota, *supra*, nonché – se si vuole – C. FELIZIANI, *Whose fault is it?*, in Conference Book *The Interaction of Nationale Legal Systems: Convergence or Divergence?*, Law School, University of Vilnius, 25 – 26 April 2013. Tra le ragioni per cui tale apertura è stata apprezzata, sicuramente il fatto che il principio di diritto ivi affermato sembra spianare la strada per il superamento delle difficoltà tradizionalmente connesse all'indagine circa l'elemento soggettivo nel caso di illecito provvedimento. Come osservato da parte della dottrina (F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 67), infatti, «l'aspetto cruciale nella questione della colpevolezza applicata all'attività provvedi mentale [è il fatto che] quando non entra in gioco la discrezionalità, il giudice che risolve la questione di legittimità compie la stessa attività che è stata compiuta dall'amministrazione, cioè applica il diritto al caso concreto. E l'applicazione del diritto al caso concreto può dar luogo a risultati diversi (...)», come testimoniato – tra gli altri – dal caso oggetto della pronuncia Cons. Stato n. 1114/2007.

¹⁰⁹ In un passaggio della sentenza in esame si legge infatti che «la regola comunitaria vigente in materia risarcimento dei danni per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi configurerebbe 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».. Per contro, commentando tale pronuncia attenta dottrina (A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, *cit.*) sottolinea come tale passaggio motivazionale non convinca, ma che anzi detta affermazione stupisce essendo pacifica nella dottrina civilistica «la qualificazione della responsabilità oggettiva come un criterio d'imputazione della responsabilità, e in particolar modo della responsabilità extra contrattuale».

Sul punto *amplius* G. ALPA, *Manuale di Diritto privato*, Cedam, Padova, 2015, 646 e ss.; ID., *La responsabilità oggettiva*, in *Rass. Forense*, 2006, 516; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1994, 685 e ss.; C. CASTRONOVO, (voce) *Responsabilità oggettiva. II) disciplina privatistica – diritto comparato e straniero*, in *Dig. disc. priv.*, XVII, Torino, 1998;

sintagma "responsabilità oggettiva" accompagna da più di un secolo la discussione sui criteri di imputazione della responsabilità» in materia civile (allorché si discute di responsabilità extracontrattuale) e, prima ancora, in materia penale¹¹⁰.

La stessa cosa, dunque, non può che valere per il diritto amministrativo, almeno nella misura in cui si scelga di accedere al modello di responsabilità *ex art.* 2043 c.c., come sembra invitare a fare la Corte di giustizia e come del resto sembra accadere nel caso di specie. Probabile, allora, che l'equivoco – ammesso che di un equivoco si tratti – nasca semplicemente da una «mancata ricognizione dei significati»¹¹¹ tra diritto civile, diritto amministrativo e giurisprudenza europea.

Vi è però un altro aspetto problematico che emerge con tutta evidenza dalla lettura della sentenza in argomento. Vale a dire il fatto che il Consiglio di Stato ha espressamente circoscritto la riferibilità della soluzione prospettata al solo caso degli appalti pubblici, argomentando sia sulla base del fatto che gli arresti della Corte di Lussemburgo richiamati nella motivazione avevano riguardo di vicende in tema di appalti, sia soprattutto sulla base di una pretesa diversità strutturale tra il modello di azione risarcitoria dettato dall'art. 30 c.p.a.¹¹² e quello descritto dall'art. 124 c.p.a.¹¹³ con specifico riguardo alla materia degli appalti.

In altri termini, nel caso in esame la V sezione di Palazzo Spada giunge a riconoscere «l'autonomia del modello risarcitorio disciplinato dall'art. 124 c.p.a.»¹¹⁴ in virtù dell'assunto secondo cui nel settore degli appalti le esigenze di certezza del diritto e di effettività della tutela sono tali e tante da giustificare l'adesione ad un modello di responsabilità (*rectius*, di imputazione della responsabilità) di tipo oggettivo. Solo nel settore degli appalti, però, e non anche altrove.

V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2010, 600 e ss.; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961.

¹¹⁰ Così, per tutti, G. ALPA, *Manuale di Diritto privato*, Cedam, Padova, 2015, 653.

¹¹¹ Prendendo in prestito le parole di S. VALAGUZZA, *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, 552.

¹¹² Sul punto, per tutti, R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, cit., 629..

¹¹³ Al riguardo *amplius* A. BARTOLINI, *Il contenzioso in materia di contratti pubblici*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 1009; F. FIGORILLI, *Tratti peculiari del rito speciale in materia di appalti*, in B. SASSANI - R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 1027; E. FOLLIERI, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120 - 124 del Codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1072; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di pubblici appalti da rito speciale a giudizio speciale*, in G. GRECO - M. ANTONIOLI, *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano, 2010, 127.

¹¹⁴ B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, cit., 174.

Così facendo, tuttavia, il giudice amministrativo, da un lato, appare avallare quella trasformazione (*rectius*, trasfigurazione) del rito speciale sugli appalti in un vero e proprio giudizio speciale¹¹⁵, di cui ha parlato attenta dottrina. Dall'altro lato, inoltre, lo stesso sembra alimentare quella pericolosa «disgregazione»¹¹⁶ o «frammentazione dei modelli normativi di responsabilità pubblica per danni»¹¹⁷ di cui si è detto in precedenza, poiché mostra di dare la stura ad «un regime duale di responsabilità della P.A. da provvedimento illegittimo» rispetto al quale è plausibile avanzare dubbi di compatibilità (anche) costituzionale.

È abbastanza difficile, infatti, individuare una diversità ontologica di fondo tra il *proprium* dell'aspettativa che un cittadino vanta nei confronti dell'amministrazione quando si verta in materia di appalti e l'aspettativa che quello stesso cittadino nutre quando si confronta con la P.A. in altri ambiti dell'agire pubblico¹¹⁸. Né in senso contrario sembrerebbe potersi considerare argomento davvero dirimente la presenza nell'articolato del codice dell'art. 124, posto che questa si giustifica per ragioni "storiche" e, in certa misura, "sistematiche", ma «la responsabilità della pubblica amministrazione potendo anche in questa materia essere retta dalle disposizioni generali di cui all'art. 30 del codice»¹¹⁹.

Ciò non di meno, la soluzione poc'anzi descritta, benché non sia affatto pacifica, «neppure all'interno della stessa sezione»¹²⁰, è stata ribadita in alcune pronunce successive¹²¹ e talvolta è stata persino utilizzata come argomento *a contrario* per negare il risarcimento dei danni patiti dal ricorrente.

È quanto accaduto, ad esempio, nel 2014 in un caso avente ad oggetto la mancata disapplicazione da parte dell'amministrazione nazionale di norme interne in contrasto con il diritto europeo della concorrenza¹²². In tale circostanza, infatti, la VI sezione del Consiglio di Stato, pur dando conto

¹¹⁵ M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di pubblici appalti da rito speciale a giudizio speciale*, cit..

¹¹⁶ V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, cit..

¹¹⁷ Ancora, B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, cit., 174. Contrario a tale frammentazione anche G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, cit..

¹¹⁸ In tal senso A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, cit..

¹¹⁹ Così R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in ID., (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 661, il quale si mostra molto critico nei confronti dell'art. 124 c.p.a. dubitando anche della sua compatibilità con le norme europee in tema di mezzi di ricorso in materia di appalti. Critico sul punto anche F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della P.A. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, cit., che scrive: «una dissociazione siffatta non sembra molto coerente. Ed è per queste ragioni che la via dell'oggettivizzazione della colpa dovrebbe tramutarsi, progressivamente, nella via dell'oggettivizzazione del modello di responsabilità (...)».

¹²⁰ G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, cit., 531.

¹²¹ Si vedano, ad esempio, Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013 n. 966 e Cons. Stato, V, 27 marzo 2013 n. 1833.

¹²² Il riferimento è a Cons. Stato, VI, 31 marzo 2014 n. 1508, per un commento alla quale si veda L. LORENZONI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione diretta del diritto europeo della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 11, 1076.

dell'orientamento invalso nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema criterio soggettivo di imputazione della responsabilità e pur richiamando espressamente la già citata pronuncia relativa al caso *Stadt Graz*, ha ritenuto di doverne considerare la portata applicativa come esclusivamente circoscritta alla materia degli appalti pubblici. Così argomentando, dunque, i giudici di Palazzo Spada sono giunti ad escludere il risarcimento sostenendo che nel caso di specie «il danneggiato non [aveva] adeguatamente provato la colpa grave dell'amministrazione, colpa che la pronuncia identifica con la non scusabilità della condotta»¹²³.

Del pari, ancora di recente il Consiglio di Stato ha ritenuto di non poter prescindere da un'indagine circa l'esistenza dell'elemento soggettivo in una serie di casi aventi ad oggetto, ad esempio, il danno da ritardo¹²⁴, la violazione del giudicato¹²⁵ e l'illegittima esclusione da un pubblico concorso¹²⁶. Nonché proprio in materia di appalti¹²⁷. E così, similmente, anche la giurisprudenza di primo grado¹²⁸.

È del maggio 2016, infine, una sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato che - sviluppando alcune idee presenti, più o meno sottotraccia, in alcune precedenti pronunce¹²⁹ - dapprima afferma come la colpa costituisca necessariamente elemento costitutivo dell'illecito extracontrattuale della P.A., in ossequio al modello di cui all'art. 2043 c.c.¹³⁰. E poi, in ragione del principio di effettività della tutela, esclude il bisogno di un'indagine al riguardo tutte le volte in cui, come nel caso di specie, «il risarcimento funga da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica»¹³¹.

¹²³ L. LORENZONI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione diretta del diritto europeo della concorrenza*, cit., 1081, la quale tuttavia sottolinea come le Sezioni Unite nel 1999 abbiano «impiegato, tra gli argomenti volti a dimostrare l'evoluzione dell'ordinamento verso il superamento del dogma dell'irrisarcibilità del danno da attività discrezionale della pubblica amministrazione, proprio l'esistenza dell'azione risarcitoria nella disciplina europea sugli appalti pubblici». Le celebri sentenze del 1999 - prosegue l'A. - hanno affermato che attribuendo alla suddetta previsione valore ultrasettoriale si sarebbe conformato l'ordinamento interno a quello comunitario (il cui primato è oramai incontrovertito), evitando disparità di trattamento nell'ambito della generale figura dell'interesse legittimo».

¹²⁴ Cons. Stato, IV, 7 marzo 2013 n. 1406; Cons. Stato, IV, 9 maggio 2013 n. 2531

¹²⁵ Cons. Stato, IV, 17 gennaio 2013 n. 23; Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013 n. 2419.

¹²⁶ Cons. Stato, III, 6 maggio 2013 n. 2452.

¹²⁷ Cons. Stato, V, 12 febbraio 2013 n. 798, dove i giudici di Palazzo Spada mostrano di prendere le distanze dalla pronuncia poc'anzi analizzata e richiamano espressamente un precedente di segno contrario, ossia Cons. Stato, V, 12 giugno 2012 n. 3444..

¹²⁸ A mero titolo esemplificativo e senza pretesa alcuna di esaustività, si ricordano TAR Puglia, Bari II sez., 7 novembre 2012 n. 1883; TAR Liguria, II sez., 13 novembre 2012 n. 1438; TAR Valle d'Aosta, I sez., 4 dicembre 2012 n. 105; TAR Campania, VII sez., 25 gennaio 2013 n. 605; TAR Lazio, III sez., 20 febbraio 2013 n. 1874; TAR Lombardia, IV sez., 5 febbraio 2013 n. 341.

¹²⁹ Pronunce peraltro richiamate nella stessa sentenza in argomento. Vale a dire: Cons. Stato, V, 28 dicembre 2011 n. 6919; Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2012 n. 482 e Cons. Stato, V, 31 dicembre 2014 n. 6450.

¹³⁰ Cons. Stato, IV, 23 maggio 2016 n. 2111, p. 18.

¹³¹ p. 19 della sentenza in argomento.

Benché l'analisi della sentenza citata meriterebbe forse una riflessione forse più approfondita, viene agevole osservare sin da subito come in realtà «la prospettiva prioritaria a seguito della lesione di un interesse individuale connesso ad interessi generali [sia sempre quella] della sua, pur tardiva, attuazione sempreché possibile e utile», mentre solo in secondo luogo dovrebbe farsi ricorso al meccanismo risarcitorio¹³². E come qui, inoltre, soluzione preferibile - anche dal punto di vista dello stesso danneggiato - sia (*rectius*, dovrebbe essere) sempre quella del risarcimento in forma specifica, viceversa spettando *naturaliter* al risarcimento per equivalente il ruolo di *ultima ratio*¹³³.

6. Riflessioni di sintesi

Orbene, le considerazioni poc'anzi riportate lasciano intendere come ad oggi nel nostro Paese con riguardo all'istituto della responsabilità amministrativa e, conseguentemente, di quel suo profilo peculiare che è dato dell'elemento soggettivo continui a pesare la «mancanza di un chiaro modello di riferimento»¹³⁴, cui neppure la giurisprudenza della Corte di giustizia con il suo effetto di *spill over* sembrerebbe essere riuscita *in toto* a sopperire.

Allo stato, dunque, permangono una serie di incertezze, che trovano sicuro alimento nell'atteggiamento "ondivago" del giudice amministrativo e che si riverberano giocoforza sul grado di certezza del diritto e - per l'effetto - sull'effettività della tutela accordata al cittadino. È di tutta evidenza, infatti, che «navigare a vista nel periglioso mare [della responsabilità e] dei danni, animati soltanto dall'esigenza del contenimento dei rischi ed immersi nella logica meramente fattuale degli eventi, non rappresenti quella conquista in termini di effettività delle forme di tutela suggerita dalla giurisprudenza comunitaria e perseguita attraverso il recente codice del processo amministrativo, perché, tanto più ci si allontana dall'obiettivo di un risarcimento giusto e certo, tanto più si lascia spazio ad una casualità liquidatoria che alimenta soltanto rendite di posizione».¹³⁵

Ciò non di meno, la ragione prima di tali incertezze non sembra possa imputarsi al modo in cui le azioni, ed in specie quella risarcitoria, sono congegnate nel processo amministrativo e/o ai poteri riconosciuti al giudice in tale sede. Al contrario, «la pienezza della tutela giurisdizionale [dovendo essere] misurata sul grado e modo di protezione da parte del diritto sostanziale della situazione soggettiva dedotta o, se così si preferisce esprimersi, della pretesa avanzata»¹³⁶.

¹³² In tal senso E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit..

¹³³ Sul punto *amplius* A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 1, 7.

¹³⁴ G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, cit., 535.

¹³⁵ G. D. COMPORTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra colpa e danni: la difficile ricerca di un filtro*, cit., 555.

¹³⁶ In questi termini R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, cit., 63.

Non a torto, quindi, in dottrina più di una voce ha preso ad invocare da tempo un intervento chiarificatore da parte del legislatore, capace di dipanare i nodi irrisolti della materia, primo tra tutti proprio quello dell'elemento soggettivo della responsabilità¹³⁷. Un intervento cioè che compia una scelta univoca per un ben preciso modello di responsabilità¹³⁸ e che ne chiarisca il connesso titolo di imputazione, preferibilmente in senso oggettivo. O, per lo meno, che epuri «la colpa di apparato da ogni implicazione soggettiva e la [identifichi] con la violazione delle regole» che presiedono all'azione della pubblica amministrazione¹³⁹.

In tal senso del resto sembrano deporre ragioni di equità, legate tra l'altro alla c.d. socializzazione del rischio¹⁴⁰, nonché prima ancora il bisogno di adeguare l'istituto della responsabilità al ruolo istituzionale che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere e, infine, la necessità di non pregiudicare la funzione dell'azione risarcitoria quale strumento di chiusura del sistema di tutela del cittadino verso l'amministrazione¹⁴¹.

Nell'attesa che ciò avvenga, la «signoria»¹⁴² sulla materia spetta ancora all'interprete ed *in primis* al giudice, il quale ben potrebbe cogliere l'invito avanzato da parte della dottrina a «valorizzare l'assenza testuale

¹³⁷ In tal senso, ad esempio, A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, cit..

¹³⁸ Auspicano da tempo alla costruzione di unico e ben definito modello di responsabilità P. CHIRULLI, *Il giudice amministrativo alla prova delle riforme: l'azione risarcitoria autonoma e la difficile costruzione di una responsabilità civile "di diritto pubblico" in una prospettiva di diritto comparato*, cit. e E. FOLLIERI, *Pluralità di modelli di responsabilità amministrativa e possibile unificazione sotto il modello comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, 703,

¹³⁹ In questi termini E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit., che puntualizza: "epurazione di ogni connotazione soggettiva vuol dire, per quel che di soggettivo sopravvive nel diritto vivente della responsabilità dell'amministrazione, irrilevanza dell'errore scusabile e di ogni altro parametro teso ad attribuire rilievo giuridico all'esigibilità dell'adeguamento alle regole violate cui, si ripete, l'amministrazione è istituzionalmente tenuta".

¹⁴⁰ Sul punto *amplius* B. DELFINO, *Responsabilità e socializzazione del rischio*, in *www.giustamm.it*, 2012 e A. DOMINICI, *La responsabilità oggettiva in materia di appalti: il Consiglio di Stato si allinea alle pronunce del giudice comunitario*, cit.. Quest'ultima, in particolare, osserva come un valido fondamento per la costruzione di una responsabilità oggettiva da provvedimento illegittimo sia rinvenibile nella teoria dei c.d. costi benefici, posto che non è affatto peregrino "ritenere che in relazione ai danni prodotti dall'azione dei provvedimenti illegittimi la P.A. rivesta effettivamente il ruolo di <<cheaper cost avoider>>. A ben vedere, infatti, la pubblica amministrazione, grazie anche al contributo arrecato dalla partecipazione degli interessati, ha durante la fase istruttoria del procedimento una visione completa di quali sono i costi e i benefici per la collettività e per i singoli del provvedimento che si accinge ad adottare. In quella sede ha il dovere di scegliere la soluzione che meglio soddisfi l'interesse pubblico con il minor sacrificio di quello provato. Qualora tale valutazione non venga compiuta in modo corretto appare logico che sia la stessa amministrazione procedente a sopportarne i costi". A ciò si aggiunga - prosegue l'A. - che "il costo del danno prodotto da un provvedimento illegittimo non viene sopportato da un ente estraneo alla collettività ma dalla stessa comunità dei cittadini che finanziano le casse dello Stato con i tributi, di cui fa parte lo stesso danneggiato. Si realizza così una socializzazione del rischio nascente dal provvedimento illegittimo".

¹⁴¹ In tal senso E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, cit..

¹⁴² G. D. COMPORTI, (voce) *Responsabilità della pubblica amministrazione*, cit..

[nell'art. 30 c.p.a.] di un riferimento ad un rimprovero di colpevolezza»¹⁴³ e imboccare così definitivamente e in maniera univoca la strada della responsabilità oggettiva, in ossequio alla «natura delle cose»¹⁴⁴ e più in generale alle ragioni di effettività della tutela.

¹⁴³ Così F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della p.a. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, cit..

¹⁴⁴ F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, cit..