

TEORIA E PRATICA DEL DIRITTO

Sez. IV - 70. DIRITTO AMMINISTRATIVO

ROBERTO GAROFOLI - GABRIELLA M. RACCA
MICHELE DE PALMA

RESPONSABILITÀ
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
E RISARCIMENTO DEL DANNO
INNANZI AL GIUDICE
AMMINISTRATIVO

GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-10352-6

TUTTE LE COPIE DEVONO RECARE IL CONTRASSEGNO DELLA S.I.A.E.

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2003

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INDICE SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	<i>pag.</i> XV
-------------------------	-------------------

PARTE PRIMA

LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di *Gabriella M. Racca*

1. Attività amministrativa, responsabilità e risarcimento del danno. Dal rapporto fra la pubblica amministrazione e il singolo cittadino al rapporto con le organizzazioni complesse	4
1.1. Evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione	7
1.2. La responsabilità del pubblico funzionario	14
2. La naturale giurisdizione del giudice ordinario come giudice dei diritti	20
3. La responsabilità per l'emanazione di provvedimenti ablativi illegittimi, la revoca illegittima di provvedimenti ampliativi, il diniego illegittimo di provvedimenti ampliativi	27
4. La responsabilità della pubblica amministrazione nella stipulazione dei contratti. Il ruolo di supplenza del giudice amministrativo . . .	32
4.1. La giurisdizione amministrativa sulla trattativa privata . . .	35
4.2. La sollecitazione europea verso il risarcimento del danno . . .	38
4.3. L'estensione della giurisdizione amministrativa mediante la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari	41

	<i>pag.</i>
4.4. L'estensione della giurisdizione amministrativa ad operatori economici privati tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente	50
4.5. La nuova giurisdizione esclusiva ed il riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi	60
4.6. I contratti privi di rilevanza europea ed il risarcimento del danno	67
5. La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo	76
5.1. Le questioni di legittimità costituzionale della riforma	79
6. La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione	95

CAPITOLO II

IL RISARCIMENTO DEL DANNO
E L'INTERESSE LEGITTIMOdi *Gabriella M. Racca*

1. Dal giudizio sull'illegittimità dell'atto al giudizio sull'illiceità, l'inadempimento o la scorrettezza del comportamento	99
2. Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo. I rapporti con i privati, persone fisiche e organizzazioni complesse	105
2.1. L'interesse legittimo e il risarcimento in forma specifica come evoluzione della tutela di annullamento. I poteri del giudice ed i limiti all'autonomia della pubblica amministrazione	124
3. Le prospettive di evoluzione del rapporto tra illegittimità ed illiceità, inadempimento e scorrettezza	129

CAPITOLO III

GLI ELEMENTI DELLA RESPONSABILITÀ
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
E LA SUA NATURA GIURIDICAdi *Gabriella M. Racca*

1. Il comportamento della pubblica amministrazione	133
2. L'elemento soggettivo della parte pubblica. La gravità della violazione e l'errore scusabile	138

	<i>pag.</i>
2.1. La "colpa" delle istituzioni europee. Il sindacato sul comportamento anche mediante prova testimoniale	160
2.2. La "colpa" degli Stati membri e l'imputabilità dell'inadempimento degli obblighi derivanti dal trattato Ce	167
3. La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione conseguente ad attività giuridica	171
3.1. Dall'ingiustizia alla scorrettezza come inadempimento della pubblica amministrazione	172
3.2. La complessità del rapporto giuridico e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia	175
3.3. Il principio di correttezza come regola di comportamento della pubblica amministrazione, dei cittadini e delle organizzazioni complesse	179
3.4. La distinzione rispetto alla cosiddetta responsabilità da "contatto sociale qualificato" per lesione di interessi legittimi	194
4. Il nesso di causalità fra comportamento e danno	199
5. Il danno conseguente all'inadempimento di obblighi rilevanti nel rapporto fra privato e pubblica amministrazione. Il danno emergente ed il lucro cessante come componenti dell'interesse positivo e negativo	203
5.1. I criteri per la quantificazione dei danni da scorrettezza. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. L'annullamento dell'aggiudicazione ed il riconoscimento del solo arricchimento senza causa. I danni causati alla pubblica amministrazione dai privati	215
6. Il rapporto con la responsabilità amministrativa del funzionario responsabile	230

PARTE SECONDA

IL PROCESSO RISARCITORIO
INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

CAPITOLO I

GIURISDIZIONE E RISARCIMENTO DEL DANNO

di *Roberto Garofoli*

1. Premessa	235
2. I due Giudici del risarcimento nella ricostruzione delle Sezioni unite (sent. 500/99): i dubbi teorici e gli inconvenienti applicativi	238

	<i>pag.</i>
3. Il nuovo quadro normativo: l'art. 7, co. 3°, l. n. 1034/71	250
4. I casi dubbi. Ipotesi in relazione alle quali residua la giurisdizione del giudice ordinario: danno da attività materiale. Le implicazioni in punto di giurisdizione risarcitoria derivanti dall'art. 34, d.lgs. n. 80/98: occupazione, acquisitiva e usurpativa, denuncia di inizio attività	270
4.1. Danno da attività giuridica di tipo ricognitivo	281
4.2. Risarcimento del danno nel settore del pubblico impiego	282
4.3. Danno da omessa vigilanza e art. 33, d.lgs. n. 80/98: la responsabilità delle Autorità indipendenti	304
4.4. Danno da illegittimo esercizio di potestà sanzionatoria e art. 33, d.lgs. n. 80/98	311
4.5. Danno alla persona e giurisdizione. Il c.d. danno esistenziale e la sua risarcibilità in ipotesi di illegittimo diniego di accesso	316

CAPITOLO II

I RAPPORTI TRA LE AZIONI:
PREGIUDIZIALITÀ INTERNA O AUTONOMIA?di *Roberto Garofoli*

1. Premessa	329
2. La posizione comunitaria	336
3. La soluzione negli altri ordinamenti	347
4. I termini del dibattito	350
5. Imposizione in via legislativa della percorribilità del solo rimedio risarcitorio: l'art. 14 del d.lgs. n. 190/2002.	367

CAPITOLO III

IL PROCESSO RISARCITORIO
INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVOdi *Roberto Garofoli*

1. Il carattere unitario del giudizio risarcitorio, nella giurisdizione di legittimità ed in quella esclusiva	383
2. Le lacune nella disciplina del processo amministrativo: i precedenti della giurisdizione esclusiva e del processo di accesso	388
3. Il processo risarcitorio: la competenza territoriale e l'ammissibilità del regolamento <i>ex art.</i> 31, l. n. 1034/71	398

	<i>pag.</i>
4. La domanda introduttiva: forma e contenuto dell'atto introduttivo. Ricorso o memoria notificata. Il principio dispositivo	406
5. Proponibilità della domanda di risarcimento nella fase esecutiva	422
6. Il problema delle domande riconvenzionali e della chiamata in giudizio del terzo	443
7. La decorrenza del termine di prescrizione	453
8. Costituzione di parte civile e tutela risarcitoria	457

CAPITOLO IV

L'ISTRUZIONE PROBATORIA
NEL GIUDIZIO RISARCITORIO
INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVOdi *Michele De Palma*

1. Premessa	461
2. La prova dell'elemento oggettivo dell'illecito della pubblica amministrazione: la condotta illegittima	463
2.1. La fondatezza della pretesa avanzata dal ricorrente: il ruolo della consulenza tecnica	464
2.2. Prova del pregiudizio patrimoniale	469
3. La prova dell'elemento soggettivo: in particolare la colpa	475
4. I mezzi di prova del giudizio risarcitorio	479

CAPITOLO V

LA DECISIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO
SUL RISARCIMENTO DEL DANNO:
LA PROCEDURA DI DETERMINAZIONE DEL DANNO
DI CUI ALL'ART. 35, CO. 2, D.LGS. N. 80/98di *Michele De Palma*

1. Caratteri della procedura disciplinata dall'art. 35, comma 2, del d.lgs. n. 80/1998	483
1.1. Termine entro cui l'amministrazione deve avanzare la proposta risarcitoria	488
2. L'estensibilità della procedura alla giurisdizione di legittimità	489
3. I poteri del giudice	490
3.1. L'identificazione dei criteri della condanna generica	493
4. Il rimedio dell'ottemperanza	494

	<i>pag.</i>
5. Inadempimento dell'accordo da parte della pubblica amministrazione	495
6. Il problema dell'applicabilità della procedura prevista dall'art. 35, comma 2, al risarcimento in forma specifica	496
7. La condanna generica <i>ex art.</i> 278 c.p.c. nel processo amministrativo	499

CAPITOLO VI

ARBITRATO E TUTELA RISARCITORIA

di *Roberto Garofoli*

1. Arbitrato e novità <i>ex art.</i> 6, co. 2, l. n. 205/2000	503
1.1. Compromettibilità di controversie attinenti a rapporti di diritto privato con l'Amministrazione: il contenzioso relativo alla esecuzione di appalti pubblici	507
1.2. Ambito di applicazione dell'art. 6, co. 2, l. n. 205/2000. Compromettibilità delle controversie risarcitorie e problemi applicativi. L'impugnazione del lodo	518

PARTE TERZA

IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN FORMA SPECIFICA
E PER EQUIVALENTE

CAPITOLO I

IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN FORMA SPECIFICA

di *Michele De Palma*

1. Cenni generali sul risarcimento in forma specifica	525
2. Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo	528
2.1. Reintegrazione in forma specifica ed interessi oppositivi	529
2.2. Reintegrazione in forma specifica ed interessi pretensivi	531
2.2.1. Il problema della configurabilità del rimedio reintegratorio nelle ipotesi di attività amministrativa tecnico-discrezionale	541
3. Orientamenti giurisprudenziali sulla reintegrazione in forma specifica nelle gare di appalto	546
3.1. Ipotesi nelle quali la gara è stata espletata con la partecipazione del ricorrente	547

	<i>pag.</i>
3.2. Ipotesi nelle quali la gara è stata espletata senza la partecipazione del ricorrente	555
4. La questione dell'ammissibilità del rimedio in forma specifica dopo la stipula del contratto d'appalto	557
4.1. La tesi dell'annullabilità del contratto di appalto	559
4.2. La tesi della nullità del contratto di appalto	570
4.3. Conseguenze economiche scaturenti dall'applicazione della reintegrazione in forma specifica in tema di gare d'appalto ..	573
5. Il silenzio della pubblica amministrazione e reintegrazione in forma specifica	578
6. Rapporto tra il rimedio del risarcimento per equivalente e il rimedio del risarcimento in forma specifica	581
6.1. Domanda di reintegrazione in forma specifica proposta in corso di giudizio	588
6.2. Cumulo tra condanna reintegratoria e condanna al risarcimento per equivalente	589
7. Il limite della eccessiva onerosità	590

CAPITOLO II

IL RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE

di *Roberto Garofoli*

1. L'accertamento del danno risarcibile. I rapporti tra definizione del danno ristorabile e natura giuridica della responsabilità dell'amministrazione. Corte di Cassazione, sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 e Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945	593
1.1. Gli interessi oppositivi: il rischio di un'eccessiva protezione. Il c.d. danno da disturbo	606
1.2. Gli interessi pretensivi: l' <i>an</i> del risarcimento. Attività vincolata, tecnica o discrezionale. La <i>chance</i> in funzione esplicativa e delimitativa. Casistica in tema di appalti, urbanistica, edilizia e concorsi pubblici	614
2. Silenzio dell'Amministrazione e pregiudizi ristorabili: il danno da ritardo. Il rito <i>ex art.</i> 21-bis, l. n. 1034/71	648
3. Risarcimento del danno e tutela cautelare	662
4. I criteri per la quantificazione. Il danno emergente ed il lucro cessante	667
5. Il risarcimento per equivalente in tema di appalti pubblici	674
5.1.1. Il danno ristorabile in caso di certezza sull'esito alternativo della gara: il mancato guadagno	674
5.1.2. Il danno emergente	679

	<i>pag.</i>
5.1.3. Altre voci di danno	680
5.2. La determinazione dell'entità del danno nelle ipotesi in cui l'impresa non riesca a provare di avere titolo alla stipula del contratto di appalto: il danno da perdita di <i>chance</i>	683
5.3. Somme dovute nelle ipotesi in cui sia configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante	691

PREFAZIONE

A quattro anni di distanza dall'indifferibile riconoscimento giurisprudenziale della responsabilità dell'amministrazione per i danni ingiustamente arrecati (Cass., Sez. un., n. 500/99) il dibattito dottrinale e giurisprudenziale appare ancora in profonda evoluzione.

Innumerevoli le questioni che lo agitano, al contempo di grande fascino teorico e di particolare importanza sul versante applicativo.

Si tratta di profili che gli studiosi del diritto amministrativo e i giudici stanno scandagliando non senza difficoltà, almeno in parte innescate dal carattere di estrema novità che la tutela di tipo risarcitorio, ora ammessa nel processo amministrativo, presenta.

Tra le numerosissime problematiche, quelle relative al riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario sui risvolti risarcitori delle scorrettezze dell'amministrazione, alla natura giuridica della fattispecie di responsabilità e agli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, della stessa, al rapporto tra azione demolitoria e rimedio risarcitorio, alle relazioni tra tecnica risarcitoria, specifica o per equivalente, e riserva della funzione amministrativa, ai criteri di concreta quantificazione del danno ristorabile.

Innumerevoli, ancora, le questioni di tipo squisitamente processuale la cui soluzione è di fatto rimessa alla ricostruzione interpretativa, in assenza di puntuali indicazioni normative: la determinazione della competenza territoriale, la forma ed il contenuto della domanda risarcitoria, il regime probatorio, la possibilità di chiedere il risarcimento in sede di ottemperanza, l'ammis-

sibilità e le forme di proposizione di domande riconvenzionali e di chiamate del terzo, la decorrenza del termine prescrizione, la ipotizzabilità di un esercizio dell'azione nelle forme della costituzione di parte civile nel processo penale.

Ancora, passando in ulteriore rassegna le questioni che si è cercato di esaminare con una duplice attenzione al dibattito dottrinale ed alle evoluzioni giurisprudenziali, quelle afferenti la tecnica di liquidazione del danno prevista dall'art. 35, d.lgs. n. 80/98, la compromettibilità in arbitri delle controversie risarcitorie di cui sia parte l'Amministrazione, il rilievo da ascrivere al principio dispositivo.

Di tutti questi temi, qui solo sommariamente accennati, delle posizioni assunte in dottrina e dei più recenti approdi giurisprudenziali si è tentato di fornire un quadro il più esauriente possibile, nella consapevolezza dell'estrema difficoltà del compito ma con la speranza di non tradire del tutto le attese.

Fermo il necessario coordinamento, la Professoressa Racca ha curato la Parte I, il dott. Garofoli la Parte II (capitoli I-II-III-VI) e la Parte III (capitolo II); il dott. De Palma la Parte II (capitolo IV e V) e la Parte III (capitolo I).

GLI AUTORI

PARTE PRIMA

LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IL RISARCIMENTO DEL DANNO

CAPITOLO I
L'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di *Gabriella M. Racca*

SOMMARIO: 1. Attività amministrativa, responsabilità e risarcimento del danno. Dal rapporto fra la pubblica amministrazione e il singolo cittadino al rapporto con le organizzazioni complesse. — 1.1. Evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione. — 1.2. La responsabilità del pubblico funzionario. — 2. La naturale giurisdizione del giudice ordinario come giudice dei diritti. — 3. La responsabilità per l'emanazione di provvedimenti ablativi illegittimi, la revoca illegittima di provvedimenti ampliativi, il diniego illegittimo di provvedimenti ampliativi. — 4. La responsabilità della pubblica amministrazione nella stipulazione dei contratti. Il ruolo di supplenza del giudice amministrativo. — 4.1. La giurisdizione amministrativa sulla trattativa privata. — 4.2. La sollecitazione europea verso il risarcimento del danno. — 4.3. L'estensione della giurisdizione amministrativa mediante la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari. — 4.4. L'estensione della giurisdizione amministrativa ad operatori economici privati tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente. — 4.5. La nuova giurisdizione esclusiva ed il riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi. — 4.6. I contratti privi di rilevanza europea ed il risarcimento del danno. — 5. La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. — 5.1. Le questioni di legittimità costituzionale della riforma. — 6. La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

1. *Attività amministrativa, responsabilità e risarcimento del danno. Dal rapporto fra la pubblica amministrazione e il singolo cittadino al rapporto con le organizzazioni complesse.*

È noto il percorso che ha determinato l'affermazione nel nostro ordinamento della responsabilità della pubblica amministrazione, da un'iniziale esclusione ad un progressivo e sempre più ampio riconoscimento come principio di civiltà giuridica che trova fondamento nell'evoluzione della coscienza sociale.

Le recenti riforme sollecitano un esame dello "stato della responsabilità della pubblica amministrazione" per verificare l'interpretazione e l'applicazione delle modifiche normative intervenute, seppure in un periodo ancora breve, ma significativo per tracciarne un primo parziale bilancio.

Il profondo mutamento dei rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione ha determinato l'esigenza di riconsiderare i presupposti e gli elementi costitutivi delle differenti responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

In questa sede si intende delineare il percorso che ha determinato le trasformazioni tuttora in atto, evidenziando le principali linee interpretative delle nuove norme che sembrano determinare un'ulteriore estensione⁽¹⁾ dell'ambito della responsabilità delle pubbliche amministrazioni⁽²⁾, ma comportano

(1) Estensione avviata con la Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 21 dicembre 1989 (89/665/CEE) che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, e la Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992 (92/13/CEE) che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

(2) G. RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comunitario e comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 803 e s., osserva che i giudici hanno mostrato una sensibilità crescente nel tempo, così che in larga parte degli ordinamenti occidentali la giurisprudenza ha ampliato le fatti-

anche il rischio di compromettere la specificità della giurisdizione amministrativa.

Come è noto, la riforma della giustizia amministrativa trova origine negli artt. 33-35 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59*⁽³⁾, e viene successivamente confermata e ampliata dalla l. 21 luglio 2000, n. 205, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa*⁽⁴⁾, che ha aperto molte nuove questioni interpretative e applicative.

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sul risarcimento del danno sembra l'elemento di novità più evidente, che può anche comportare una "perdita di speci-

specie nelle quali è possibile far valere, a fini risarcitori, la responsabilità della pubblica amministrazione.

(3) Art. 11, comma IV, lett. e, l. 15 marzo 1997, n. 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*, ove si è previsto di "devolvere entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario, tenuto conto di quanto previsto dalla lettera a), tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione, prevenendo: misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso; procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato; infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti".

(4) Ricorda che il disegno di legge governativo era, in origine, formato di soli dieci articoli mentre il testo definitivamente approvato della l. 205 ne contiene ventidue, segno della consistente estensione del progetto di riforma che sembrava rivolto unicamente allo snellimento ed all'accelerazione del processo amministrativo: M. CLARICH, *Introduzione, La riforma del processo amministrativo in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), Appendice al tomo IV, Milano, 2001, 1 e s.

ficità" (5), ma impone di riconsiderare il sistema della giustizia amministrativa, che ne risulta radicalmente trasformato.

Lo stesso quadro storico risulta mutato — con una maggiore attenzione ai comportamenti della pubblica amministrazione e dei suoi agenti, che scaturisce da una maturata coscienza sociale del cittadino e delle organizzazioni complesse — verso una sempre maggiore esigenza di correttezza nei rapporti intersoggettivi, poiché soprattutto nei rapporti con le pubbliche amministrazioni si è accentuata l'esigenza di atti e comportamenti che risultino comprensibili e coerenti, con valutazioni che possano essere comprese e accettate dai destinatari e dalla collettività (principio di effettività).

Impegno cui non potranno sottrarsi neppure le organizzazioni private (concorrenza, tutela dei consumatori), pena la perdita di credibilità già, di recente, fortemente compromessa, ma che per le pubbliche amministrazioni si afferma come attuazione di un principio istituzionale (art. 97 Cost.).

L'analisi dell'evoluzione dei rapporti instaurati dalle pubbliche amministrazioni sembra dover riguardare non solo i cittadini, ma anche i sempre più rilevanti rapporti con le organizzazioni complesse (imprese, associazioni, ecc.) che sono sempre più spesso i "soggetti privati" destinatari dell'azione amministrativa e che, diversamente dalla singola persona fisica, sono in grado di confrontarsi con la pubblica amministrazione quanto meno su un piano di parità, se non talora di superiorità per mezzi, strutture ed apparati.

Reciprocamente alle stesse organizzazioni o apparati complessi — anche nei rapporti con la pubblica amministrazione — sembra necessario richiedere trasparenza e correttezza, la cui violazione determina il risarcimento del danno causato alla

(5) A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 630 e negli *Scritti in Onore di Elio Casetta*, Milano, 2002.

parte pubblica ed alla collettività (es. servizi pubblici in concessione, attestazioni soa, ecc.).

Tale evoluzione sembra dunque comportare l'affermazione di un generale principio istituzionale di correttezza che investe tutti i rapporti intersoggettivi e che nei confronti della parte pubblica integra e viene integrato dai principi dell'art. 97 della Costituzione di legalità, imparzialità e buon andamento.

1.1. *Evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione.*

Il percorso dell'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione ha conosciuto varie fasi di evoluzione, infatti già prima dell'entrata in vigore della Costituzione era riconosciuta la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per i danni causati dai propri agenti, anche se solo in via speciale era riconosciuta la responsabilità personale di talune categorie di funzionari pubblici (6).

Sembra infatti necessario richiamare almeno per grandi linee il rapporto, impropriamente definito trilaterale, che si realizza fra pubblica amministrazione — agente pubblico — terzi ed esaminare le connesse responsabilità: la responsabilità della pubblica amministrazione verso i terzi (cittadini, utenti, organizzazioni complesse), la responsabilità dell'agente pubblico (funzionario, dipendente) verso i terzi e la responsabilità dell'agente pubblico verso la pubblica amministrazione.

Con riferimento alla responsabilità della amministrazione pubblica è nota la ricostruzione che prospettava una responsa-

(6) E. CASSETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 210 e s.; F. SATTÀ, *Responsabilità della pubblica amministrazione* in *Enc. dir.* vol. XXXIX, Milano, 1988, 1369 e s.; D. SORACE, (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998; L. TORCHIA, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), tomo II, Milano, 2000, 1450 e s.

bilità *indiretta* dell'amministrazione per fatti compiuti da propri funzionari o dipendenti, poiché tali persone fisiche determinavano la responsabilità dell'Amministrazione pubblica in ragione del generale principio di diritto privato (art. 2049, c.c. (7)) che sancisce la responsabilità di padroni e committenti per fatto illecito compiuto da domestici e commessi, nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti (8).

Secondo altri la teoria del rapporto organico, affermando l'immedesimazione fra agente e pubblica amministrazione di appartenenza, negava l'applicazione della disciplina della rappresentanza stabilita dal codice civile, con la conseguenza di configurare senz'altro una responsabilità (*diretta*) della persona giuridica amministrazione pubblica (9).

Con l'entrata in vigore della Costituzione, l'art. 28 dispone che: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici", con previsione di una generale responsabilità diretta dei funzionari e dipendenti pubblici, che non innova la disciplina preesistente della responsabilità della pubblica amministrazione (10). L'art. 28 Cost. viene dunque interpretato come norma che fonda una doppia responsabilità solidale e diretta in capo all'ente pubblico e al dipendente *ex art. 2043 c.c.* per uno stesso fatto dannoso compiuto dalla persona fisica le-

(7) "Responsabilità dei padroni e committenti. I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti".

(8) E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, 1953; ID., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 18 e s.

(9) Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, 3^a ed., Milano, Soc. ed. Lib., 1912, 62 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, 1954, 335 ss.

(10) E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di A. AMORTH*, Giuffrè, 1982, vol. I, 179.

gata da un rapporto di servizio onorario, professionale o coattivo con l'Amministrazione. L'obbiettivo della norma è stato individuato nel rafforzamento del senso di legalità, cura e diligenza degli agenti pubblici nello svolgimento dei propri compiti (11), che più di recente si è inteso raggiungere con la previsione di responsabilità contrattuale diretta verso il terzo.

Poteva facilmente prevedersi che il danneggiato avrebbe agito normalmente contro lo Stato o gli enti pubblici dai quali ha maggiori possibilità di ottenere il risarcimento del danno, limitando i casi di azione diretta verso il dipendente o funzionario alle ipotesi connesse a condanne penali o ad intenti persecutori, lasciando alla Corte dei Conti il giudizio sulla responsabilità amministrativa dell'agente.

La responsabilità diretta della pubblica amministrazione è stata ricondotta alla disciplina del risarcimento per fatto illecito (art. 2043 c.c.): "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno". Gli elementi costitutivi della responsabilità della pubblica amministrazione sono stati dunque individuati nel comportamento attivo od omissivo (12), nel danno, nell'ingiustizia, nel nesso di causalità e nell'elemento psicologico e sull'individuazione e consistenza di ciascuno si aprono numerose questioni interpretative.

Il comportamento dell'agente deve consistere in un'azione od omissione riferibile alla pubblica amministrazione che per il giudice ordinario è stata ricondotta al concetto della "occasionalità necessaria" fra l'esercizio delle funzioni (o più estensivamente delle incombenze affidategli) ed il comportamento dan-

(11) A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 1130 e s. e v. *infra* par. successivo.

(12) R. CAVALLO PERIN, voce *Validità*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 612 e s., ove si ricorda che "la validità è qualificazione riferita agli atti giuridici, rinviando invece di preferenza all'adempimento, alla correttezza, o alla liceità, la definizione di un giudizio di conformità dei comportamenti, anche se non è infrequente l'uso della locuzione «atti illeciti»".

noso⁽¹³⁾. L'elaborazione, invero non sempre appagante, potrà ora essere affiancata da quella del giudice amministrativo chiamato nelle materie affidate alla propria giurisdizione a definire i limiti del risarcimento del danno, dunque della riferibilità del comportamento dell'agente alla pubblica amministrazione.

Il comportamento deve aver recato al terzo un *danno* qualificabile come *ingiusto* (*in-jus*, contrario al diritto)⁽¹⁴⁾ e proprio su tale qualificazione giuridica si appuntano le questioni concernenti l'estensione della responsabilità dai diritti assoluti a quelli per la lesione del credito ad altre posizioni soggettive individuate ed elaborate dalla dottrina civilistica, questioni sulle quali si è innestata la possibilità di ricomprendersi anche l'interesse legittimo⁽¹⁵⁾. Per affermare la responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione deve sussistere l'*elemento psicologico* del dolo (cattiva intenzione, volontà di nuocere) o della colpa generica (negligenza, imprudenza, imperizia)⁽¹⁶⁾ o specifica (inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline)⁽¹⁷⁾. Proprio sull'individuazione di tale elemento si sono determi-

⁽¹³⁾ Considera il complesso dell'attività nella quale il comportamento abusivo dell'impiegato si inserisce, considerandolo riferibile alla p.a. il comportamento che si innesta in attività complessivamente non estranee rispetto agli interessi e alle esigenze pubblicistiche dell'amministrazione: Corte di cassazione, sez. III, 12 agosto 2000, n. 10803, *Min. difesa c. Inps*, in *Foro it.*, 2001, I, 3289, nonché in cd-rom *Foro it.*

⁽¹⁴⁾ F. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir. amm.*, 2002, 23 e s.

⁽¹⁵⁾ R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, Giuffrè, 2001, 8 e s.

⁽¹⁶⁾ Corte costituzionale, 10 maggio 1999, n. 156, *Lualdi c. Com. Genova*, in *Danno e resp.*, 1999, 871, nonché in *consultaonline.it*, sulla responsabilità della pubblica amministrazione per la manutenzione delle strade, ove si considera l'insidia stradale come figura sintomatica di colpa della pubblica amministrazione nel senso che si afferma la sua responsabilità "salvo che questa, a sua volta, provi di non aver potuto rimuovere — adottando le misure idonee — codesta situazione di pericolo, i cui elementi costitutivi il giudice ha comunque il compito di individuare in modo specifico".

⁽¹⁷⁾ Art. 43 c.p.

nate particolari divergenze. Nei casi di attività materiale della pubblica amministrazione l'elemento psicologico viene infatti normalmente accertato in capo all'agente pubblico che tiene il comportamento dannoso⁽¹⁸⁾, mentre nei casi di attività giuridica non si è ritenuto possibile o soddisfacente limitare l'accertamento relativamente ad un soggetto che spesso, soprattutto in passato, non era neppure individuabile poiché l'attività appariva indistintamente attribuita all'ente pubblico nel suo complesso e non ad un responsabile del procedimento⁽¹⁹⁾. Di qui i vari orientamenti che hanno ricollegato l'elemento psicologico alla volontaria emanazione ed esecuzione di un provvedimento amministrativo poiché se il danno deriva da un provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo non occorre "indagare in modo autonomo e distinto la coscienza della compiuta illegalità"⁽²⁰⁾ perché tale atto è emanato volontariamente nell'esercizio di un potere della pubblica amministrazione ed è pertanto imputabile alla stessa tanto l'atto quanto la condotta, confondendo pur tuttavia la coscienza e volontà dell'atto (imputabilità) con l'elemento psicologico. Si è infatti ritenuto che l'atto emanato volontariamente nell'esercizio del potere fosse imputabile alla pubblica amministrazione senza necessità di ricercare autonomamente la coscienza della compiuta illegalità⁽²¹⁾. La colpa della pubblica amministrazione è stata dunque ricon-

⁽¹⁸⁾ L'illiceità di una condotta per determinare un danno risarcibile richiede oltre ad un rapporto di causalità materiale anche l'imputabilità psicologica all'autore della condotta stessa (anche ove agisca per la pubblica amministrazione), di cui deve accertarsi la concreta ed effettiva esistenza dell'elemento psicologico: Cass. 24 maggio 1991 n. 5883, *Marija Letica e Muharem Bulic c. Amministrazione del Tesoro*, in *Foro it.*, 1992, I, 453, nonché in cd rom *juris data*.

⁽¹⁹⁾ M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della l. n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505; ID., *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 13.

⁽²⁰⁾ Corte di cassazione, 4 gennaio 1978 n. 16; 2 maggio 1967 n. 814; 20 aprile 1961 n. 884; 6 maggio 1959 n. 1329; 19 aprile 1956 n. 1177.

⁽²¹⁾ Cass. 24 maggio 1991 n. 5883, *Marija Letica e Muharem Bulic c. Amministrazione del Tesoro*, cit.

dotta alla violazione di leggi, regolamenti, norme di azione, regole di comune prudenza, alla cui osservanza è vincolata, dovendo osservare i principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost. Principi ripresi e valorizzati ulteriormente nella successiva recente giurisprudenza della Corte di cassazione che peraltro si è discostata dal consolidato orientamento ricordato, affermando la necessità di accertare la colpa dell'apparato della pubblica amministrazione, nel momento in cui ha ritenuto di estendere l'ambito dei comportamenti risarcibili⁽²²⁾. Tale posizione è emersa nel momento in cui si è voluto superare il tradizionale orientamento che legava la responsabilità all'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo che si riteneva integrasse anche una condotta illecita in quanto lesivo di una posizione giuridica originaria di diritto soggettivo⁽²³⁾. Si affermava infatti che il danno recato dalla pubblica amministrazione è risarcibile solo "se oltre ad essere illegittimo, l'atto è anche illecito"⁽²⁴⁾, tale espressione va precisata nel senso che il provvedimento amministrativo (atto) deve essere illegittimo e in quanto tale annullato, di conseguenza si può verificare che anche il comportamento (condotta, impropriamente definita atto) della pubblica amministrazione risulti illecito (in quanto lesivo di una posizione giuridica di diritto soggettivo).

Il comportamento del funzionario o dipendente pubblico ed il danno devono essere collegati da un *rapporto di causalità* di cui occorre fornire la prova⁽²⁵⁾.

⁽²²⁾ Il riferimento è a Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, in *Foro it.* 1999, I, 3324, su cui si tornerà in seguito.

⁽²³⁾ Cass. 27 gennaio 1979 n. 616.

⁽²⁴⁾ Cass. 24 maggio 1991 n. 5883, *Marija Letica e Muharem Bulic c. Amministrazione del Tesoro*, cit.

⁽²⁵⁾ Sul principio della causalità efficiente: Cass., sez. III, 3 dicembre 2002, n. 17152, cit. TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2003, n. 2166, *Imperatore c. Com. di Barca di Cadore*, in *Giust. it.*

L'elemento del danno nell'elaborazione civilistica è stato oggetto di interpretazioni che tendono ad estendere l'ambito della risarcibilità anche al danno biologico, alla vita di relazione, all'immagine che, ove non specifiche delle persone fisiche, progressivamente sono state accolte anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni⁽²⁶⁾.

È dunque ormai acquisito che le pubbliche amministrazioni, al pari degli altri soggetti dell'ordinamento giuridico, sono tenute a rispettare l'art. 2043 c.c., senza che ciò pregiudichi l'esercizio dei poteri discrezionali, poiché i doveri di prudenza, di diligenza, di imparzialità e di legalità sono da tempo ritenuti "limiti esterni alla discrezionalità"⁽²⁷⁾. Infatti se alle pubbliche amministrazioni "spetta il potere discrezionale di stabilire tempi, criteri e mezzi per soddisfare convenientemente i bisogni e gli interessi della collettività, potere non controllabile dal giudice ordinario che non può svolgere indagini su come siano state organizzate le risposte alle esigenze della collettività o come siano stati scelti i mezzi per soddisfare i bisogni della stessa", tale discrezionalità trova un limite esterno nel dovere di osservare nell'esercizio delle sue funzioni, non solo le norme di leggi e regolamenti, ma anche quelle tecniche di comune prudenza e diligenza⁽²⁸⁾.

Questo il quadro di riferimento degli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione elaborato dal giudice ordinario, che passa alla nuova giurisdizione del giudice amministrativo — come giudice del risarcimento del danno — poiché è ora chiamato a sindacare anche il rispetto dei limiti esterni della discrezionalità — che tradizionalmente gli erano estranei — e l'osservanza dei principi relazionali nei comportamenti delle

⁽²⁶⁾ V. *infra* cap. III, par. 5.

⁽²⁷⁾ Cass. 24 maggio 1991 n. 5883, *Marija Letica e Muharem Bulic c. Amministrazione del Tesoro*, cit.

⁽²⁸⁾ Da ult. Cass., sez. I, 7 aprile 1994, n. 3293, *Com. Lazzate c. Re*, in *Foro it.*, 1995, I, 1943; Cass., sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883, cit., Cass. 27 gennaio 1988 n. 722, *Manasse c. Com. Roma*, in *Ammin. it.*, 1989, 1401; Cass. 11 gennaio 1988 n. 35, *Com. Rivolta d'Adda c. Negri*.

pubbliche amministrazioni, distinguendo tale giudizio da quello "ordinario" sull'illegittimità dei provvedimenti amministrativi.

1.2. *La responsabilità del pubblico funzionario.*

Con l'introduzione dell'art. 28 Cost. si è sancita la responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici, secondo le leggi penali civili e amministrative, per gli atti compiuti in violazione dei diritti, con la precisazione che, in tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici. Si può ricordare che in una prima formulazione l'Assemblea Costituente intendeva introdurre una norma di chiusura del titolo I sui «Rapporti civili», della parte prima della Costituzione, sui «Diritti e doveri dei cittadini», che prevedesse che i «funzionari dello Stato sono responsabili ai sensi della legge penale e di quella civile, per gli atti compiuti dolosamente o colposamente in violazione dei diritti di libertà sanciti dalla presente Costituzione. Lo Stato risponde solidalmente coi funzionari per i danni». L'enunciato proposto veniva successivamente esteso ai «*diritti sanciti dalla presente Costituzione*», sino alla definitiva stesura che ricomprende tutti i «*diritti*», senza alcuna limitazione specifica.

La versione originaria era volta ad introdurre una speciale responsabilità dei pubblici funzionari a garanzia dei diritti di libertà, in particolare libertà personale, di domicilio, di comunicazione, di pensiero, di circolazione, di riunione e associazione, nonché il diritto di azione e di difesa in giudizio. Una tale responsabilità in capo ai funzionari e dipendenti pubblici, avrebbe dovuto essere ulteriormente garantita dalla affermazione della responsabilità civile dello Stato per danni conseguenti a tali violazioni.

L'intenzione non era dunque quella di introdurre una disciplina generale della responsabilità di funzionari e dipendenti pubblici⁽²⁹⁾, quanto di sancire la responsabilità degli agenti

⁽²⁹⁾ F. MERUSI-M. CLARCH, *Commento all'art. 28*, in G. BRANCA-A. PIZ-

pubblici conseguente ad illecite restrizioni dei diritti di libertà, con una tutela che, per l'esperienza passata, si voleva rafforzare.

In tale prospettiva l'estensione allo Stato della responsabilità civile non era altro che una garanzia aggiuntiva per i danneggiati, poiché vincolava anche il patrimonio della pubblica amministrazione al pagamento del risarcimento dei danni arrecati dagli agenti pubblici.

La successiva generalizzazione del testo della disposizione ha determinato le difficoltà interpretative dell'art. 28 e le conseguenti incertezze sulle novità introdotte dalla norma rispetto alla generale disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione.

L'art. 28 Cost. affermando la responsabilità diretta del pubblico agente rinvia peraltro ogni ulteriore disciplina a quanto previsto «*secondo le leggi civili, penali e amministrative*», e non esclude ragionevoli (art. 3 Cost.) differenze di legislazione per categorie o per situazioni particolari⁽³⁰⁾. In applicazione degli indicati principi costituzionali ed in particolare dell'art. 28 Cost. era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale⁽³¹⁾ delle disposizioni che prevedevano a favore di taluni funzionari (prefetto, sindaco) la c.d. garanzia amministrativa, secondo la quale la proponibilità dell'azione giurisdizionale contro taluni funzionari veniva subordinata all'autorizzazione governativa.

La responsabilità personale dei pubblici agenti verso i terzi è disciplinata conformemente ai principi della responsabilità civile extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., conseguente alla violazione del precetto generale del *neminem laedere*. Il pubblico agente che nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti cagiona ad altri un danno in-

ZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1991, 356 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989, 1130 ss.

⁽³⁰⁾ Corte cost. 14 marzo 1968, n. 2.

⁽³¹⁾ Corte cost. 18 febbraio 1965, n. 4.

giusto è personalmente obbligato a risarcirlo⁽³²⁾, tuttavia come è noto l'azione di risarcimento nei confronti del dipendente pubblico può essere esercitata congiuntamente con quella verso la pubblica amministrazione, con esclusione dei comportamenti attuati per fini del tutto personali⁽³³⁾. Tale qualificazione dell'attività, come interpretata estensivamente per assicurare al terzo danneggiato la maggior tutela derivante dalla contestuale responsabilità della amministrazione pubblica, sembra ricomprendere tutti i comportamenti collegati all'ufficio pubblico, dunque anche ai beni che lo compongono. Il comportamento deve aver recato al terzo un *danno* qualificabile come *ingiusto* (*iniuria*) ed occorre rilevare che per gli agenti della pubblica Amministrazione costituisce danno ingiusto ogni violazione di diritti soggettivi dei terzi⁽³⁴⁾. La diretta responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici è affermata infatti dall'art. 28 Cost. per "atti compiuti in violazione di diritti". Questo aspetto oggi merita particolare attenzione poiché anche il pubblico agente non potrà sottrarsi all'estensione dell'ambito della responsabilità (diritto alla correttezza). Lo schermo dell'espressione "diritti" sembrerebbe escludere la responsabilità conseguente alle violazioni di interessi legittimi, ma come si vedrà più avanti si tratta di uno schermo alquanto fragile. D'altra parte anche ove non si affermi una responsabilità diretta verso i terzi, se l'amministrazione è tenuta a risarcire i terzi per un comportamento dannoso del funzionario o dipendente pubblico questi può essere chiamato a rispondere per responsabilità amministrativa⁽³⁵⁾

⁽³²⁾ Art. 22, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*.

⁽³³⁾ G. GRECO, *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLI, G. PERRICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, Monduzzi, 1998, vol. II, 1393.

⁽³⁴⁾ Art. 23 Art. 23, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, cit.

⁽³⁵⁾ Art. 19, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, cit.: "Giurisdizione della Corte dei conti. L'impiegato, per la responsabilità di cui al precedente articolo, è sottopo-

la cui natura giuridica, seppur controversa, è stata ricondotta alla responsabilità "contrattuale" o meglio da inadempimento degli obblighi di servizio⁽³⁶⁾.

Restando alla responsabilità diretta del pubblico agente verso i terzi si ricorda che essa è limitata dalla necessaria sussistenza dell'elemento psicologico del dolo (cattiva intenzione, volontà di nuocere) o della colpa grave (grave negligenza, grave imprudenza, grave imperizia⁽³⁷⁾) generica o specifica⁽³⁸⁾. Tale limitazione ha di fatto escluso la responsabilità diretta verso i terzi, lasciando esclusivamente alla pubblica amministrazione la responsabilità per colpa semplice o lieve, ove ne sussistano i presupposti⁽³⁹⁾. Le costanti preoccupazioni di pa-

sto alla giurisdizione della Corte dei conti nei modi previsti dalle leggi in materia. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto il danno accertato o parte di esso. Il diritto al risarcimento si estingue con il decorso del termine di prescrizione ordinario previsto dal Codice civile".

⁽³⁶⁾ Art. 18, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*: "Responsabilità dell'impiegato verso l'Amministrazione. L'impiegato delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, è tenuto a risarcire alle amministrazioni stesse i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio. Se l'impiegato ha agito per un ordine che era obbligato ad eseguire va esente da responsabilità, salva la responsabilità del superiore che ha impartito l'ordine. L'impiegato, invece, è responsabile se ha agito per delega del superiore".

⁽³⁷⁾ Art. 22 e 23, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, cit.: "Responsabilità verso i terzi. L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave".

⁽³⁸⁾ Si veda Cass., sez. III, 3 dicembre 2002, n. 16152, *Com. di Mazzo di Valtellina c. De Carli*, in *Giust. it.*

⁽³⁹⁾ Art. 22, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, cit.

ralisi delle attività amministrative, collegate ai timori per le possibili responsabilità, hanno determinato un'ulteriore restrizione della loro responsabilità anche verso la pubblica amministrazione, con la conseguenza che oggi i pubblici agenti rispondono per colpa grave, sia verso i terzi, sia verso la pubblica amministrazione⁽⁴⁰⁾.

L'attività del pubblico agente deve risultare collegata al danno causato ai terzi da un rapporto di causalità materiale. Per quanto riguarda il danno si è già ricordata la tendenza all'ampliamento delle fattispecie di danno risarcibile, come ad esempio il danno biologico (art. 32 Cost.), alla vita di relazione, che può risultare rilevante anche per l'attività della pubblica amministrazione e dei suoi agenti, poiché tale evoluzione potrebbe confermare l'intuizione dei Costituenti i quali, come si è visto sopra, proponevano una tutela di possibili lesioni non immediatamente patrimoniali⁽⁴¹⁾.

Nel più ampio quadro delle riforme dell'organizzazione amministrativa occorre anche ricordare che l'art. 28 Cost. nel dare fondamento e consistenza ad una responsabilità individuale di coloro che hanno agito in qualità di componenti della pubblica amministrazione, vi ricomprende anche i dirigenti che sono responsabili dell'attuazione di programmi e progetti loro affidati. Programmi e progetti che costituiscono i parametri di giudizio sul buon andamento dell'azione amministrativa e che possono costituire il fondamento giuridico di una azione di risarcimento non solo per i danni arrecati dai dipendenti all'amministrazione pubblica, ma anche per inadempimenti o ritardi che gli stessi dipendenti possono avere inflitto ai destinatari dell'azione amministrativa e di cui possono essere chiamati a rispondere direttamente⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Art. 3, d.l. n. 543 del 1996, conv. in l. 20 dicembre 1996, n. 639.

⁽⁴¹⁾ G.M. RACCA, *Commento all'art. 28 della Costituzione*, per il volume *Stato della Costituzione* (a cura di G. NEPPI MODONA), Milano, Il Saggiatore, II ed. 1998, 139 e s.

⁽⁴²⁾ R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia ammini-*

Una tendenza all'estensione della responsabilità diretta sembra rinvenirsi nelle previsioni di responsabilità contrattuale che sono state introdotte per il funzionario che stipula contratti in violazione delle procedure previste, al fine di evitare indebiti aggravii di spese. Ciò è avvenuto negli enti locali, con la previsione che il rapporto obbligatorio — ai fini della controprestazione — intercorre tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente pubblico che abbia consentito la fornitura in violazione delle prescrizioni indicate⁽⁴³⁾. Più di recente la legge finanziaria per il 2003 ha previ-

strativa, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi 1998, 225 e s.

⁽⁴³⁾ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, art. 191. *Regole per l'assunzione di impegni e per l'effettuazione di spese*, 1. Gli enti locali possono effettuare spese solo se sussiste l'impegno contabile registrato sul competente intervento o capitolo del bilancio di previsione e l'attestazione della copertura finanziaria di cui all'articolo 153, comma 5. Il responsabile del servizio, conseguita l'esecutività del provvedimento di spesa, comunica al terzo interessato l'impegno e la copertura finanziaria, contestualmente all'ordinazione della prestazione, con l'avvertenza che la successiva fattura deve essere completata con gli estremi della suddetta comunicazione. Fermo restando quanto disposto al comma 4, il terzo interessato, in mancanza della comunicazione, ha facoltà di non eseguire la prestazione sino a quando i dati non gli vengono comunicati. 2. Per le spese previste dai regolamenti economici l'ordinazione fatta a terzi contiene il riferimento agli stessi regolamenti, all'intervento o capitolo di bilancio ed all'impegno. 3. Per i lavori pubblici di somma urgenza, cagionati dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile, l'ordinazione fatta a terzi è regolarizzata, a pena di decadenza, entro trenta giorni e comunque entro il 31 dicembre dell'anno in corso se a tale data non sia scaduto il predetto termine. La comunicazione al terzo interessato è data contestualmente alla regolarizzazione. 4. Nel caso in cui vi è stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione dell'obbligo indicato nei commi 1, 2 e 3, il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'articolo 194, comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura. Per le esecuzioni reiterate o continuative detto effetto si estende a coloro che hanno reso possibili le singole prestazioni. 5. Agli enti locali che presentino, nell'ultimo rendiconto deliberato, disavanzo di amministrazione ovvero indichino debiti fuori bilancio per i quali non sono stati validamente adottati i provvedimenti di cui all'articolo 193, è fatto

sto che il dipendente che abbia sottoscritto un contratto nullo — poiché in violazione dell'obbligo di utilizzare le convenzioni quadro definite dalla Consip s.p.a. — è chiamato a rispondere a titolo personale delle obbligazioni derivanti da tali contratti⁽⁴⁴⁾. Con la previsione di una responsabilità contrattuale ovvero per le eventuali pretese connesse ad un contratto nullo si vuole responsabilizzare il pubblico dipendente nell'impiego delle risorse per assicurare trasparenza, concorrenza⁽⁴⁵⁾, ma l'obiettivo perseguito sembra in primo luogo una limitazione di spesa.

2. *La naturale giurisdizione del giudice ordinario come giudice dei diritti.*

Il nostro sistema di giustizia amministrativa si è caratterizzato per aver previsto una tutela aggiuntiva di posizioni soggettive, non di diritto, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ma anche per aver considerato la pubblica amministrazione come soggetto dell'ordinamento generale, in quanto

divieto di assumere impegni e pagare spese per servizi non espressamente previsti per legge. Sono fatte salve le spese da sostenere a fronte di impegni già assunti nei precedenti esercizi.

⁽⁴⁴⁾ Art. 24, comma IV, 4, l. 27 dicembre 2002, n. 289, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*, ove si prevede che: "I contratti stipulati in violazione del comma 1 o dell'obbligo di utilizzare le convenzioni quadro definite dalla CONSIP Spa sono nulli. Il dipendente che ha sottoscritto il contratto risponde, a titolo personale, delle obbligazioni eventualmente derivanti dai predetti contratti. La stipula degli stessi è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale, si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni anzidette e quello indicato nel contratto".

⁽⁴⁵⁾ Art. 24, comma IV, 4, l. 27 dicembre 2002, n. 289, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*, "Anche nelle ipotesi in cui la vigente normativa consente la trattativa privata, le pubbliche amministrazioni possono farvi ricorso solo in casi eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei conti".

tale soggetta — al pari degli altri soggetti dell'ordinamento generale — al giudice dei diritti, dunque al giudice ordinario. Tale scelta è stata considerata una importante conquista "per quel che riguarda le garanzie individuali rispetto alla potestà pubblica" e rispetto al principio di eguaglianza⁽⁴⁶⁾.

La qualificazione della giurisdizione amministrativa come aggiuntiva deriva dal fatto che si è prevista la tutela di interessi in modo indiretto, ma che non sarebbero tutelati da parte del giudice ordinario.

Se il giudice ordinario restava giudice di tutti i diritti soggettivi, il giudice amministrativo nella sua progressiva definizione ha assunto la tutela di posizioni nei confronti della pubblica amministrazione che in taluni casi lo faceva apparire come giudice che, dovendo assicurare la "funzionalità" degli interessi perseguiti, non poteva soddisfare pienamente le pretese dei privati, in altri, benché la tutela risultasse sempre indiretta, poteva garantire una soddisfazione maggiore di quanto avrebbe potuto assicurare il giudice ordinario. In tal senso si pongono i riscontri in materia di contratti della pubblica amministrazione, ove si è verificato che la giustizia amministrativa ha fornito tutela agli operatori privati che trattavano con la pubblica amministrazione, con largo anticipo rispetto a quanto avvenuto nei rapporti tra privati, ove solo molto più tardi si è iniziato a tutelare il diritto alla correttezza precontrattuale⁽⁴⁷⁾.

L'istituzione della giurisdizione esclusiva costituisce una prima deviazione rispetto a questo sistema⁽⁴⁸⁾ — per lungo

⁽⁴⁶⁾ A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 200 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001, 602 e s.

⁽⁴⁷⁾ Si rinvia alla precedente monografia: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 98 e s. e v. *infra* par. 4.

⁽⁴⁸⁾ F. SATTI, voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. Dir., Aggiornamento V*, Milano, 2001, 571 e s.

tempo limitata dalla originaria consistenza delle materie e dai ridotti poteri del giudice —. Tale giurisdizione aveva già suscitato dubbi di legittimità costituzionale e critiche per i risultati negativi cui aveva condotto per la necessaria duplicazione dei giudizi.

Sembra interessante ricordare che il legislatore del 1923 non aveva recepito il testo del progetto di riforma nella parte in cui prevedeva che nelle materie di giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo si pronunciasse anche sulle questioni relative a diritti e sul "risarcimento del danno che sia richiesto accessoriamente" (49), si sarebbe così evitata la necessità per il ricorrente di instaurare un ulteriore giudizio avanti al giudice ordinario.

Risalenti sono dunque le critiche alla riserva all'autorità giudiziaria della decisione sulle questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali, benché tale esclusione abbia evitato di dover affrontare i contrasti che oggi sorgono circa la compromissione dell'originario sistema della giustizia amministrativa (50).

La recente estensione, come si preciserà meglio in seguito, stravolge infatti l'originario assetto del sistema dualistico di giustizia amministrativa, recepito nella Costituzione e fa ritenere l'assetto attuale dei rapporti tra giudice civile e giudice amministrativo "del tutto a-sistematico; privo di un'idea, di una prospettiva concettuale, di uno spessore culturale e ideologico che lo fondi e lo giustifichi" (51). Ciò che viene compromesso è il principio della riserva al giudice civile della tutela

(49) L. MAZZAROLI, *Il Consiglio di stato come giudice dei diritti*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Torino, 28-29 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1983, 253 e s. S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto, Relazione al Convegno Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002.

(50) R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, cit., 225 e s.

(51) A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 200 (Epitaffio per un sistema)*, cit., 610.

dei diritti individuali e tale principio seppur recepito nella Costituzione sembra progressivamente travolto dalla espansione quantitativa e qualitativa della giurisdizione esclusiva.

La conoscibilità dei diritti da parte del giudice amministrativo aveva già determinato la possibilità di "condannare l'amministrazione al pagamento di somme di cui risulti debitrice" (52), a titolo di responsabilità contrattuale da inadempimento disciplinata dall'art. 1218 del codice civile e successivamente anche del maggior danno di cui all'art. 1224 c.c. per gli interessi corrispettivi e la rivalutazione monetaria (53), ma non si era giunti alla generale possibilità di condannare al risarcimento del danno.

La riforma si fonda principalmente sulle disposizioni contenute nell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, cit., che riscrive l'art. 7, comma III, della l. 1034 del 1971, cit. In particolare tale ultima disposizione prevede oggi che: "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso". Inoltre l'art. 35, comma V, del d.lgs. n. 80 del 1998, cit., prevede che: "Sono abrogati l'articolo 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi". L'intento sembra quello di accorpere avanti al medesimo giudice le controversie relative al-

(52) Art. 26, comma III, 1034 del 1971, cit.

(53) L. MAZZAROLI, *Il Consiglio di stato come giudice dei diritti*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Torino, 28-29 novembre 1981, cit., 253 e s.

l'annullamento del provvedimento illegittimo ed al risarcimento del danno, con un significativo riferimento al risarcimento in forma specifica che non sembrava possibile affidare al giudice civile⁽⁵⁴⁾.

Secondo tale interpretazione l'estensione della giurisdizione esclusiva sarebbe unicamente ricollegata alle conseguenze dell'emanazione di provvedimenti illegittimi, per evitare la duplicazione dei giudizi⁽⁵⁵⁾, mentre resterebbero al giudice ordinario tutte le controversie ricollegate a comportamenti di fatto della pubblica amministrazione, ove non viene in rilievo un provvedimento amministrativo, dunque anche i casi di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo o di richiesta unicamente del risarcimento del danno senza impugnativa del provvedimento. La logica di una simile interpretazione risiederebbe nella scelta di concentrare i giudizi avanti al giudice amministrativo in tutti i casi ove si sarebbe potuta verificare una duplicazione ed in tale prospettiva potrebbe non apparire evidente un contrasto con l'art. 103 Cost.

Si è anche affermato che la ragione dell'estensione della giurisdizione esclusiva risieda nella scelta di attribuire al giudice amministrativo il sindacato sulle materie di maggiore rilievo economico e sul mercato⁽⁵⁶⁾.

Sembra peraltro possibile proporre anche la diversa prospettiva di una scelta di attribuire al giudice amministrativo il sindacato sui rapporti fra organizzazioni (imprese, associa-

⁽⁵⁴⁾ F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 614 ss. F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit.

⁽⁵⁵⁾ A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 200 (Epitaffio per un sistema)*, cit., 615.

⁽⁵⁶⁾ Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usl Rm/E*, in G.U.R.I., *I serie speciale*, 6 novembre 2002, n. 44, 69. Cfr. le critiche di A. PAJNO, *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), Appendice al tomo IV, Milano, 2001, 71 e s.

zioni, ecc.), dal momento che sembra delinarsi un nuovo rapporto fra organizzazioni complesse, quale è indubbiamente la pubblica amministrazione, e le organizzazioni private, rapporto che si differenzia profondamente da quello con il cittadino, come singolo che si trova tradizionalmente di fronte all'esercizio di poteri autoritativi. I servizi pubblici, gli appalti pubblici, l'urbanistica e l'edilizia coinvolgono normalmente organizzazioni complesse in rapporti che uniscono al rilevante valore economico le peculiarità connesse all'attività amministrativa necessaria per compiere le trasformazioni volte alla soddisfazione di interessi generali che incidono sulla qualità della vita dei cittadini.

A tal fine il giudice amministrativo da giudice della funzione amministrativa e dunque dell'illegittimità dell'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione diviene oggi anche giudice del superamento dei limiti di tali poteri (carenza di potere). Proprio l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sul risarcimento del danno "scardina il sistema" così come era stato elaborato, trasformando il giudice amministrativo in giudice anche dei rapporti obbligatori che sorgono dai comportamenti che recano un danno alla controparte.

Il giudice amministrativo come giudice dei diritti deve necessariamente mutare la struttura del processo ed elaborare una propria interpretazione delle norme del codice civile che fondano la responsabilità, interpretazioni sottratte al giudizio nomofilattico della Corte di cassazione⁽⁵⁷⁾, cosa che peraltro è normalmente avvenuta relativamente ai diritti affidati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁽⁵⁸⁾, ma che ha suscitato perplessità in relazione alla più recente estensione.

Se l'amministrazione supera i limiti interni dell'autonomia il giudizio è sull'illegittimità del provvedimento, mentre il giu-

⁽⁵⁷⁾ A. PROTO PISANI, *La giustizia del lavoro dopo il d.lgs. 80/98*, in *Foro it.*, 1999, V, 57.

⁽⁵⁸⁾ S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, cit.

dizio sul superamento dei limiti dei poteri è sull'illiceità, o forse si potrebbe dire sulla scorrettezza del comportamento: la novità è che è il medesimo giudice a dover compiere entrambi questi giudizi.

Le preoccupazioni che si rinvergono sono legate al fatto che si tratta indubbiamente di due giudizi che richiedono "culture, impostazioni mentali ed esperienze assai diverse", ma che oggi il giudice amministrativo è chiamato a dimostrare, potendo contare sulla maturata esperienza e sensibilità rispetto ai rapporti connessi alla complessa organizzazione della pubblica amministrazione.

La giurisdizione sul risarcimento del danno può costituire l'occasione per il giudice amministrativo di confrontarsi con la disciplina del procedimento amministrativo, della partecipazione, del diritto di accesso in una nuova prospettiva ove l'individuazione di obblighi procedurali determina l'individuazione delle conseguenti responsabilità. L'impresa, l'associazione, come il singolo cittadino che partecipa al procedimento, e si confronta con un responsabile del procedimento non può non veder sanzionati i comportamenti scorretti e contraddittori⁽⁵⁹⁾, con la conseguenza che il risarcimento del danno non costituisce che il completamento di tale disciplina e la garanzia della sua effettività.

La specificità della giurisdizione amministrativa sulla funzione amministrativa non deve andare dispersa nel momento

⁽⁵⁹⁾ Sull'obbligo di coerenza e non contraddittorietà la cui violazione determina un danno risarcibile: G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2002, 199 e s., nota a Cons. St. sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, *Comune di Cinisiello Balsamo c. D.DB. Ecologia e Colombo Spurghi Lombardia s.n.c.*, ove il Consiglio di Stato riconosce la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per la scorrettezza del comportamento nelle trattative volte all'affidamento di un appalto di servizi, per la contraddittorietà del comportamento consistente nel mantenere aperta una trattativa quando è ormai consapevole che è destinata a fallire, perché si è già stipulato il contratto con altro soggetto.

in cui si estende la giurisdizione ad ambiti che erano propri del giudice civile, ma deve affrontare il nuovo compito come occasione per assicurare una qualità di tutela più elevata e diffusa, anche sfruttando la concentrazione del giudizio che gli viene sottoposto⁽⁶⁰⁾. Solo ove si realizzi tale obiettivo potranno superarsi le obiezioni del giudice ordinario che rivendica il suo ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi⁽⁶¹⁾.

3. *La responsabilità per l'emanazione di provvedimenti ablativi illegittimi, la revoca illegittima di provvedimenti ampliativi, il diniego illegittimo di provvedimenti ampliativi.*

Per individuare le linee evolutive della nuova giurisprudenza del giudice amministrativo sul risarcimento del danno occorre accennare all'evoluzione della giurisprudenza del giudice ordinario che, fino alla recente riforma, era l'unico giudice della responsabilità della pubblica amministrazione.

È anzitutto necessario distinguere fra attività materiale e giuridica della pubblica amministrazione, la prima non ha suscitato questioni particolari se non quelle, già ricordate, relative alla riferibilità del comportamento dell'agente all'amministrazione, attività materiale per la quale sembra permanere la giurisdizione del giudice ordinario, salva un'interpretazione estensiva della nozione di servizio pubblico⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ Per evitare che si avveri la previsione che: "la banalizzazione della giurisdizione amministrativa, accompagnata da una correlata perdita di oggetto di quella civile, non potrà non comportare una perdita secca delle potenzialità di tutela del cittadino": A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 200 (Epitaffio per un sistema)*, cit., 615.

⁽⁶¹⁾ Corte di cassazione, 30 marzo 2000, n. 71 e 72, in *Foro it.*, 2000, I, 2211, con osservazioni di D. DALFINO, ove si ribadisce che l'affidamento di materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve essere limitato e specifico.

⁽⁶²⁾ Consiglio di Stato, ad. plen., 30 marzo 2000, n. 1, *Borrelli c. Asl 1, Caserta*, in *Foro it.*, 2000, III, 365 e in *giustizia-amministrativa.it*.

Maggiori problemi sussistono per la responsabilità connessa all'attività giuridica della pubblica amministrazione ed in particolare all'emanazione di provvedimenti amministrativi, in ordine ai quali occorre distinguere quelli limitativi (ablativi, ecc.) da quelli ampliativi delle posizioni giuridiche soggettive dei destinatari.

Quando l'amministrazione abbia adottato un provvedimento ablativo illegittimo la responsabilità può derivare, ad esempio, dal comportamento dell'amministrazione che si impossessa del bene⁽⁶³⁾. Tale comportamento di impossessamento del bene è legittimato dal provvedimento amministrativo, ma ove tale provvedimento sia risultato illegittimo e conseguentemente annullato da parte del giudice amministrativo, ecco che i danni di cui il destinatario del provvedimento chiede il risarcimento sono determinati da quel comportamento che è lesivo del diritto soggettivo.

Il provvedimento ablativo illegittimo viola certamente un interesse legittimo, ma una volta annullato con effetto retroattivo si evidenzia il diritto soggettivo leso dal comportamento conseguente all'esecuzione del provvedimento illegittimo ed il risarcimento del danno valuta la lesione di tale diritto. Anche qualora non si fosse realizzata la perdita del bene era possibile che, in seguito all'annullamento del provvedimento non eseguito, si richiedesse un risarcimento del danno per la privazione della possibilità godere e disporre pienamente del bene⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, relazione al 43° Convegno di studi amministrativi, «*Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*», Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, in *Atti del Convegno*, Giuffrè, 1998, 137, nonché in *Dir. amm.* 1998, 6.

⁽⁶⁴⁾ Così: Corte di cassazione, sez. I, 30 maggio 1997, n. 4848, *Com. La Spezia c. Di Nobili*, in *Resp. civ.*, 1998, 416, ricordata da: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 9.

Tale è stata la posizione della giurisprudenza della Corte di cassazione fino all'entrata in vigore della riforma che nulla innova in ordine alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa⁽⁶⁵⁾, ma abrogando ogni disposizione "che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi"⁽⁶⁶⁾ pare incidere sulla ricordata ricostruzione giurisprudenziale che prevedeva il previo annullamento del provvedimento lesivo da parte del giudice amministrativo e la conseguente azione per il risarcimento del danno avanti al giudice civile.

Ora, proprio su un'ipotesi di provvedimento ablativo illegittimo, ma non impugnato nei termini, è sorta la questione sottoposta all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato circa la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni implicando in tal modo la risoluzione della questione circa la vigenza della necessaria pregiudizialità, tuttavia il giudice amministrativo non ha affrontato la questione sostenendo che nel caso di specie non era configurabile alcun danno poiché non si era verificato lo spossessamento del bene⁽⁶⁷⁾.

La Cassazione aveva riconosciuto la possibilità di richiedere il risarcimento del danno nei casi di lesione di una situa-

⁽⁶⁵⁾ Art. 34, ultimo comma, lett. b, d.lgs. 80 del 1998, cit., mod. l. 205 del 2000, cit.

⁽⁶⁶⁾ Art. 35, comma V, d.lgs. 80 del 1998, cit., mod. l. 205 del 2000, cit.

⁽⁶⁷⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 20 dicembre 2002 n. 8, *Edil Garden Soc. Coop. s.r.l. c. Salvia e c. ti e Comune di Partinico*, in *giust.it*, (che conferma TAR Sicilia-Palermo, Sez. I, 25 luglio 2000, n. 1646; la questione era stata rimessa dal C.G.A. con ord. 15 novembre 2001, n. 588), che respinge la domanda di risarcimento del danno e non si pronuncia sulla necessità di pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo. Successivamente è intervenuta la pronuncia del Cons. Stato, ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, *Bruno Luciano c. Com. di Palermo*, in *Giust. it.*, che esclude che il giudice amministrativo possa disapplicare atti amministrativi non regolamentari.

zione soggettiva, in precedenza costituita da un provvedimento amministrativo. Si tratta dei casi di illegittimo annullamento d'ufficio o revoca di provvedimenti ampliativi, di tipo concessorio o autorizzatorio. Anche in queste ipotesi l'annullamento dell'atto di secondo grado determinava l'accesso alla giurisdizione civile per il risarcimento del danno per la lesione di quella posizione soggettiva che la pubblica amministrazione avrebbe dovuto continuare ad assicurare al privato⁽⁶⁸⁾. In tali casi si era riconosciuta la lesione di un diritto soggettivo la cui tutela viene oggi assegnata, nelle materie di giurisdizione esclusiva, al giudice amministrativo.

Altra questione si poneva nel caso di diniego illegittimo di provvedimenti ampliativi poiché in tal caso la Cassazione negava il risarcimento del danno anche a chi avesse ottenuto l'annullamento dell'atto illegittimo. Di per sé l'annullamento normalmente non giungeva ad affermare che il provvedimento richiesto spettasse al ricorrente e conseguentemente che potesse configurarsi un danno risarcibile. Nei casi in cui il provvedimento ampliativo fosse stato successivamente emanato poteva invece configurarsi un danno per il ritardo dell'amministrazione, mentre ove il mutamento delle norme avesse impedito il rilascio tardivo del provvedimento ampliativo si era affermata la necessità che l'amministrazione valutasse la possibilità di derogarvi nel caso concreto per soddisfare ancora l'interesse del ricorrente. Si anticipava in tal modo la previsione di una sorta di risarcimento in forma specifica non possibile avanti al giudice ordinario⁽⁶⁹⁾.

Si tratta di casi in cui non viene in considerazione il risarcimento di posizioni giuridiche di interesse legittimo, ma di diritti soggettivi, ancorché sorti solamente nei confronti della pubblica amministrazione mediante atto ampliativo⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁸⁾ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., 5.

⁽⁶⁹⁾ F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, cit., 614 ss.

⁽⁷⁰⁾ R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione, Relazione al Convegno su*

La ricordata evoluzione sottolinea come la giurisprudenza civile abbia nel tempo ampliato l'ambito della risarcibilità fondata sull'applicazione dell'art. 2043 c.c.

Tradizionalmente si è affermato che l'art. 2043 c.c. dispone il risarcimento dei danni ingiusti, presupponendo l'esistenza di molteplici doveri giuridici derivanti dalla necessità di assicurare una ordinata convivenza sociale, doveri che saranno "tanti quanti al Giudice, rappresentante la coscienza giuridica della collettività in un dato momento storico, sembrerà di doverne ammettere" e che dunque riterrà meritevoli di tutela giuridica⁽⁷¹⁾.

In tale prospettiva si è ritenuto che da tali doveri tutti assommati nel principio del *neminem laedere*, diretti a tutelare altrettanti interessi sostanziali dell'individuo derivassero altrettanti diritti assoluti dell'individuo. Tali diritti venivano distinti in diritti reali e personali "a seconda che concernano i beni (integrità, disponibilità, uso dei medesimi) ovvero la persona (persona fisica: vita ed integrità del corpo; personalità; onore e pudore, ecc.); o l'esplicazione dell'attività personale o delle facoltà naturali (libertà di agire, di pensare, ecc.)" e si precisava che tali diritti "sono tanti quante le forme di contatto e di attrito tra i consociati; tanti quanti al Giudice parrà in un dato momento storico di doverne ammettere"⁽⁷²⁾.

La giurisprudenza civile ha esteso la tutela di tali diritti soprattutto in relazione all'attività materiale dei pubblici funzionari o dipendenti, mentre nell'attività giuridica si è arrestata di fronte alla questione circa la possibilità di considerare ingiusto il danno recato con violazione di un mero interesse legittimo.

Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁷¹⁾ R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3^a ed., Milano, 1955, 9 e s.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1948, 2^a ed., 420.

⁽⁷²⁾ R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 10.

Ora la previsione della giurisdizione esclusiva supera tale questione e consente di ammettere che in relazione all'attività giuridica della pubblica amministrazione quei doveri, unitamente ai molteplici altri individuati progressivamente dalla giurisprudenza, siano divenuti veri e propri obblighi giuridici che impongono alle parti un corretto adempimento.

È infatti evidente la necessità di un'estensione dell'ambito della risarcibilità in relazione all'individuazione non più solo di doveri, ma di veri e propri obblighi della pubblica amministrazione nei confronti dei destinatari delle proprie attività, ricollegabili alla generale disciplina procedimentale e riconducibili a differenti ipotesi di responsabilità, in particolare a quella da inadempimento.

La concentrazione delle differenti forme di tutela avanti ad un unico giudice non potrà non comportare mutamenti nella configurazione e rilevanza dei vizi di legittimità sulla valutazione del comportamento⁽⁷³⁾ ai fini del giudizio sul risarcimento.

4. *La responsabilità della pubblica amministrazione nella stipulazione dei contratti. Il ruolo di supplenza del giudice amministrativo.*

L'analisi della giurisprudenza in materia di contratti della pubblica amministrazione evidenzia il percorso che ha determinato l'affermazione della giurisdizione amministrativa come l'unica in grado di offrire tutela ai concorrenti alle gare pubbliche, sia all'aggiudicatario, sia agli altri partecipanti, come pure agli operatori interessati⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Cfr. G. ZANOBINI, *Competenza della giurisdizione ordinaria od amministrativa nelle controversie patrimoniali nascenti da un comportamento dell'Amministrazione al di fuori di un atto amministrativo*, in *Foro it.*, 1926, I, 186, (ripubblicato in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 465 e s.) e v. *infra* cap. II e III.

⁽⁷⁴⁾ Si rinvia per una più diffusa analisi a G.M. RACCA, *La responsabilità*

In passato l'esistenza di poteri di controllo ed autotutela sugli atti che definivano la scelta del contraente della pubblica amministrazione ha determinato l'esclusione della sussistenza di diritti soggettivi non solo in capo ai concorrenti alle gare pubbliche, ma anche in capo all'aggiudicatario, poiché oggetto dell'impugnativa è stato considerato non il contratto stipulato, ma il provvedimento di annullamento, e di conseguenza si è affermata la giurisdizione amministrativa⁽⁷⁵⁾.

In tale prospettiva si è consolidata l'idea che le posizioni soggettive oggetto delle controversie in materia di gare pubbliche non potessero avere la consistenza di diritto soggettivo anche dopo la stipulazione del contratto. La controversia sulla legittimità del potere di annullamento si riteneva non potesse che avere come contrapposta una posizione di diritto affievolito (interesse legittimo), poiché nei confronti dell'attività am-

precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza, cit., 98 e s.

⁽⁷⁵⁾ La pronuncia che supera il precedente contrasto è stata: Corte di cassazione, sez. un., 2 novembre 1951, *Com. di Garzigliana c. Bessone*, in *Foro it.*, 1951, I, 1484; Corte di cassazione, sez. un., 10 giugno 1955, *Consorzio per i magazzini generali della Sicilia c. Min. difesa-aeronautica e Min. finanze*, in *Foro it.*, 1956, I, 560, con nota di R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*. La questione si era già posta con la nota vicenda del Concordato Romano-D'Amelio, su cui: R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione, Relazione al Convegno su Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in *giustizia-amministrativa.it.*; G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.* 1940, IV, 67 e s.; R. SANDULLI, *Sulla discriminazione delle competenze in tema di annullamento da parte del Governo di atti amministrativi, cui siano collegati diritti soggettivi*, cit., 573 e s., ove si richiama anche la questione degli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti precontrattuali, in particolare ove l'atto di annullamento sia riconosciuto legittimo dal giudice amministrativo, sia esclusivamente competente il giudice ordinario a pronunciare la conseguente invalidità del contratto viziato. Cfr. A.M. SANDULLI, *Spunti sul regime dei contratti di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1953, I, 1585.

ministrativa di controllo, il privato disponeva unicamente di un interesse al corretto esercizio del potere di annullamento degli atti illegittimi. Queste interpretazioni hanno favorito il consolidarsi dell'orientamento che attribuisce ai privati un'unica posizione soggettiva di interesse legittimo, ma tale posizione si fondava anche sull'esperienza passata, ove già era chiaro che non la posizione soggettiva di diritto soggettivo ed il giudice civile, ma solamente il riconoscimento di un interesse legittimo e l'intervento del giudice amministrativo aveva garantito un'effettiva protezione ai privati, non solo in fase di selezione, ma anche quando fosse intervenuto l'annullamento del contratto già stipulato.

L'annullamento della deliberazione che disponeva la stipulazione di un contratto travolgeva il contratto, perché faceva venir meno il consenso del contraente pubblico⁽⁷⁶⁾, ed il possibile giudizio amministrativo su tale annullamento aveva dunque l'effetto o di confermare il «recesso», ovvero di far rivivere il contratto. Al contrario il giudice civile non avrebbe sicuramente potuto garantire un tale risultato poiché non gli era possibile disporre quella che appariva come una sorta di reintegrazione in forma specifica.

Si è preferito scegliere la via della «degradazione» ad interesse legittimo del diritto soggettivo del contraente privato da parte del provvedimento di autotutela, escludendo così la configurabilità di un recesso negoziale fondato sulla non corretta definizione della volontà contrattuale⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁶⁾ Come affermato già in: Corte di cassazione, sez. un., 5 giugno 1956, *Lo Presti c. Com. di Noto*, in *Giust. civ.*, 1956, 1029, con nota di A. ARIENZO, *Competenza in materia di impugnazioni contro provvedimenti amministrativi, emanati in virtù dell'art. 6 della legge comunale e provinciale o del potere di autotutela, che annullano contratti di enti pubblici*.

⁽⁷⁷⁾ G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 199 e s.; Corte di cassazione, sez. un., 20 aprile 1991, *Siciliana costruzioni s.p.a. c. I.A.C.P. Prov. di Palermo e Com. di Castronovo di Sicilia*, in *Giust. civ.*, 1991, 2993.

4.1. *La giurisdizione amministrativa sulla trattativa privata.*

Acquisita l'indicata estensione della giurisdizione amministrativa, il conflitto di giurisdizione viene traslato sui rapporti che precedono la stipulazione del contratto ancora affidati al giudice ordinario e di fatto privi di protezione.

In particolare si pone la questione della configurabilità di interessi legittimi anche nella trattativa privata, dal momento che il riconoscimento di tale posizione può garantire tutela agli interessati, mentre il diniego equivaleva di fatto ad escludere ogni protezione per l'interpretazione riduttiva della responsabilità precontrattuale⁽⁷⁸⁾.

Per un certo tempo la Cassazione rimane ferma sulla posizione negativa escludendo la possibilità di individuare interessi legittimi in tale informale metodo di scelta del contraente⁽⁷⁹⁾. La stessa Cassazione è peraltro successivamente indotta ad un significativo *revirement*⁽⁸⁰⁾ per soddisfare le

⁽⁷⁸⁾ Consiglio di Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3, *Citterio e Soc. Gazzoni c. Com. di Fiuggi*, in *Foro amm.* 1961, I, 561, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di trattativa privata*; Consiglio di Stato, Sezione V, 23 marzo 1971, n. 242, *S.p.a. Sagim c. Pref. di Forlì, Com. di Cesenatico*, in *Giur. it.* 1971, III, 610; Consiglio di Stato, sez. V, 3 luglio 1996, n. 821, *Com. Oderzo c. Lot*, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 96. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 150, ove si considera l'attività contrattuale della pubblica amministrazione come settore che suscita il maggior numero di questioni, i maggiori dubbi e i maggiori equivoci sul riparto di giurisdizione. Sul conflitto di giurisdizione: F. FALCONI, *In tema di posizioni giuridiche soggettive nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1971, 82, spec. 93, ove si rileva che la Cassazione opera secondo la tesi della qualificazione normativa dell'interesse legittimo, mentre il Consiglio di Stato secondo quella fattuale; L. TOZZI, *La scelta del contraente privato nell'attività contrattuale della p.a.: posizioni soggettive tutelabili*, in *Foro amm.*, 1975, 381.

⁽⁷⁹⁾ Corte di cassazione, sez. un., 15 aprile 1978, n. 1777, cit.

⁽⁸⁰⁾ Corte di cassazione, sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, *Cons. Coswen c. Soc. Aerimpianti e Com. di Milano*, cit.; Corte di cassazione, 25 novem-

nuove pressanti esigenze di tutela determinate dalla introduzione nel nostro ordinamento delle norme europee sugli appalti pubblici.

Il seppur tardivo e parziale recepimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici imponeva, unitamente alla apertura alla concorrenza di quel mercato, il riconoscimento di una maggior tutela per favorire la più ampia partecipazione alle gare pubbliche.

Inoltre le norme di derivazione europea riproponevano procedure selettive che sembravano ricalcare quelle previste nelle nostre leggi di contabilità di Stato ed il giudice che aveva elaborato gli strumenti più efficaci per assicurare il rispetto delle procedure di scelta del contraente era indubbiamente quello amministrativo, poiché la protezione dei rapporti precontrattuali assicurata dal giudice civile restava alquanto limitata anche tra privati.

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno dunque ritenuto che l'estensione della giurisdizione amministrativa soddisfacesse le esigenze di tutela imposte dalle norme europee, senza neppure prendere in considerazione la possibilità di un'interpretazione innovativa della buona fede e della responsabilità precontrattuale che avrebbe garantito anche la possibilità di assicurare un risarcimento del danno subito in occasione di tali trattative ed evitato la generale "degradazione" del diritto alla correttezza precontrattuale.

Al maggior rigore delle norme europee che tutelano direttamente l'interesse degli imprenditori a partecipare ad una gara pubblica si è risposto con il riconoscimento da parte delle sezioni unite della Cassazione di una posizione di interesse legittimo, che apre al sindacato del giudice amministrativo ambiti in precedenza preclusi e che gli affida ancora una funzione di supplenza rispetto alla carenza di tutela che si sarebbe ri-

bre 1983, n. 7073, *Reg. Marche c. Soc. Getel*, cit., su cui: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 4 e s.

scontrata avanti al giudice civile, giovando al tempo stesso di quella consolidata esperienza maturata dal giudice amministrativo a garanzia della legittimità delle procedure di selezione del contraente⁽⁸¹⁾. Parevano così soddisfatte contemporaneamente due differenti esigenze, da un lato, superare il precedente contrasto con il Consiglio di Stato riconoscendo al giudice amministrativo l'integrale giurisdizione sulla fase che precede la stipulazione anche nei casi di trattativa privata, dall'altro, garantire l'osservanza delle previsioni di origine europea. Tale mutamento è stato accolto con favore per l'ampliamento di tutela dei concorrenti e perché agevolava una ricostruzione unitaria degli atti precontrattuali⁽⁸²⁾.

(81) Corte di cassazione, sez. un., 15 gennaio 1983, n. 328, *Cons. Coswen c. Soc. Flakt it.*, cit., ove si supera il precedente orientamento che affermava l'improponibilità della domanda, per difetto assoluto di giurisdizione quando l'amministrazione abbia, illegittimamente, fatto ricorso alla trattativa privata per la scelta dell'appaltatore; si riconosce che la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo, affermandosi, nella specie, che alcuni provvedimenti amministrativi apparivano illegittimi per violazione di legge ed eccesso di potere, in relazione alla l. 8 agosto 1977, n. 584, *Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*, primo recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti di lavori (71/305/CEE), Consiglio di Stato, Sezione V, 19 luglio 1989, n. 423, *Cons. Coswen c. Com. di Milano*, in *Foro amm.* 1989, 2051. Similmente: Corte di cassazione, sez. un., 25 novembre 1983, n. 7073, *Regione Marche c. Soc. Getel e altro*, cit., e Corte di cassazione, sez. un., 22 novembre 1983, n. 6983, *Cons. Coswen c. Soc. Aerimpianti e Com. di Milano*, cit.

(82) Atti che, per il contenuto negoziale ed il regime amministrativo così confermato ed esteso, sono stati qualificati come «atti amministrativi negoziali», seppur rilevando, quantomeno in sede teorica, la necessità di riconoscere un contestuale diritto alla correttezza precontrattuale: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato, I contratti ad evidenza pubblica*, cit., 1 e s., fonda le ragioni della ricerca proprio sull'intervenuto mutamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione in relazione alla configurabilità di atti amministrativi nella trattativa privata e afferma che anche nelle procedura di evidenza pubblica non possa essere disconosciuto «il diritto del singolo concorrente a che sia le trattative, sia la formazione del contratto siano compiute dall'amministrazione secondo buona fede».

È chiaro che in questa prospettiva le norme europee dettate per garantire la concorrenza nel mercato unico vengono assimilate ai procedimenti di scelta del contraente definite dalle norme nazionali di contabilità di Stato, e nei confronti di tale complesso normativo si riconoscono esclusivamente posizioni di interesse legittimo.

Tale assimilazione non ha permesso di evidenziare la differente prospettiva delle norme europee poste a garanzia della concorrenza rispetto a quelle nazionali, che, sulla base della *ratio* originaria di tutela della «moralità» dell'amministrazione, erano state interpretate come poste nell'interesse dell'amministrazione contraente, con ampie possibilità di deroga alla regola generale della gara pubblica⁽⁸³⁾.

L'estensione in via giurisprudenziale della giurisdizione amministrativa ad opera delle Sezioni Unite ha ammesso con anticipo la possibilità di una sorta di reintegrazione in forma specifica, attuata con gli strumenti propri del giudice amministrativo, ma ha rinviato il riconoscimento di diritti precontrattuali alla introduzione della giurisdizione esclusiva.

4.2. *La sollecitazione europea verso il risarcimento del danno.*

Per assicurare l'applicazione delle norme europee in materia di appalti pubblici sono state emanate le cosiddette direttive ricorsi (89/665/CEE, cit. e 92/13/CEE, cit.) con lo specifico obiettivo di assicurare l'effettività della disciplina europea mediante la previsione di idonei strumenti di ricorso che consentissero innanzitutto la «correzione» delle procedure⁽⁸⁴⁾,

⁽⁸³⁾ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit. e v. *infra* cap. II, par. II.

⁽⁸⁴⁾ Si veda da ult. C. giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, in *europa.eu.int.*, ove si precisa che «spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto co-

l'annullamento degli atti lesivi, ma anche il risarcimento del danno⁽⁸⁵⁾.

Proprio la previsione europea di un risarcimento del danno per le violazioni della disciplina di scelta del contraente ha costituito un elemento dirompente e fortemente propulsivo, sia sulla giurisprudenza della Cassazione⁽⁸⁶⁾, sia sulla riforma

munitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, Van Munster, Racc. pag. I-4661, punto 34, e 26 settembre 2000, causa C-262/97, Engelbrecht, Racc. pag. I-7321, punto 39). Se una tale applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, Racc. pag. I-937, punto 30, e Engelbrecht, cit., punto 40). Ne consegue che, in circostanze quali quelle della causa principale, spetta al giudice a quo assicurare il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell'autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della l. n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità».

⁽⁸⁵⁾ G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 829 e s.

⁽⁸⁶⁾ Come espressamente riconosciuto nella sent. n. 500 del 1999, cit.; S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, *Relazione al Convegno Tra-*

della giustizia amministrativa ed in particolare sull'estensione della giurisdizione esclusiva.

Si è rilevato che la disciplina europea sugli appalti pubblici ha determinato un significativo mutamento di prospettiva rispetto alle norme di contabilità di Stato sulla scelta del contraente poiché, a differenza di queste, è posta nell'interesse della concorrenza e del mercato nell'Unione europea. L'ordinamento europeo tutela in primo luogo « gli interessi delle imprese, oggettivati nelle regole di funzionamento del mercato »⁽⁸⁷⁾, in una prospettiva opposta a quella delle norme nazionali che, seppur di contenuto analogo, sono state poste a vantaggio della parte pubblica per consentirle di perseguire al meglio i propri interessi.

La disciplina interna aveva considerato la concorrenza come uno strumento per selezionare il contraente migliore, ammettendo ampie deroghe alla regola generale della gara pubblica ove sia ritenuto più conveniente il ricorso alla trattativa privata e la scelta « discrezionale » del contraente ritenuto più idoneo. Le norme europee impongono agli Stati membri ed alle pubbliche amministrazioni di assicurare la concorrenza nel mercato degli appalti pubblici e, per garantire l'adempimento

sformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione, Bergamo, 15 novembre 2002, considera le direttive ricorsi (89/665/Cee e 92/13/Cee) come il prologo della riforma.

⁽⁸⁷⁾ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., ove la diversa prospettiva delle norme europee è stata chiaramente esemplificata proprio nell'ipotesi dell'« urgenza » come caso che consente una deroga alla regola generale dell'asta pubblica, poiché, diversamente dalla comune interpretazione della disciplina nazionale, nella previsione europea non può più essere valutata soggettivamente dall'amministrazione interessata, ma deve essere accertata oggettivamente, oltre a non essere imputabile alla stessa amministrazione. La gara pubblica deve dunque svolgersi anche quando appaia in contrasto con l'interesse della pubblica amministrazione, poiché essa può giovare della deroga solo se la situazione di urgenza sia oggettiva e non sia causata dalla sua precedente inerzia. A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi*, nota a: Corte di cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitoli*, in *Foro it.* 1999, I, 3324.

di tali obblighi, riconoscono alle imprese interessate posizioni soggettive direttamente tutelate e sottratte alla « disponibilità » degli Stati e delle pubbliche amministrazioni, con divieto di deroga nel proprio interesse. Le norme di contabilità di Stato erano poste per assicurare il perseguimento dei propri fini istituzionali: si pensi al ricordato rovesciamento della regola generale che dall'asta pubblica era divenuta la trattativa privata.

Nella disciplina europea l'interesse delle imprese concorrenti alle gare pubbliche non appare subordinato all'esercizio di poteri pubblici — e quindi tutelato solo di riflesso, in quanto occasionalmente coincidente con l'interesse pubblico — ma si pone in una posizione paritaria con quello della parte pubblica. Come tale, deve essere protetto nel nostro ordinamento così come negli altri Stati europei, con esclusione della assimilazione delle norme europee sugli appalti pubblici a quelle nazionali sulla scelta del contraente.

4.3. *L'estensione della giurisdizione amministrativa mediante la configurazione di atti amministrativi emanati da concessionari.*

Al fine di evitare che l'impiego di risorse derivanti da finanziamenti pubblici pregiudichi lo sviluppo della concorrenza nel mercato unico, si è previsto che anche altri soggetti che impiegano tali risorse siano tenuti all'applicazione delle procedure selettive di derivazione europea per l'aggiudicazione di appalti pubblici. Sembra opportuno precisare che in precedenza tali soggetti non risultavano tenuti all'applicazione della disciplina nazionale sui contratti contenuta nella legge di contabilità di Stato.

Come si è detto, per assicurare l'applicazione delle norme europee in materia di appalti pubblici sono state emanate le direttive ricorsi (89/665/CEE, cit. e 92/13/CEE, cit.) per assicurare che gli interessati potessero disporre di strumenti di ricorso per contrastare le violazioni della disciplina europea.

Fino ad allora, il sindacato sulla corretta applicazione delle norme nazionali ed europee sulla selezione del contraente

della pubblica amministrazione nel nostro ordinamento era stato affidato al sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

Esteso l'obbligo di applicazione di tali procedure a soggetti privati (concessionari), è sorto il problema della tutela dei concorrenti alle gare indette da questi soggetti secondo le medesime regole applicate dagli enti pubblici.

Se tali questioni fossero state devolute al giudice ordinario si sarebbe probabilmente evidenziata l'interpretazione restrittiva della buona fede pre-contrattuale, e di conseguenza l'inadeguatezza della tutela rispetto a quanto richiesto dalle direttive europee, mentre la tradizionale giurisdizione amministrativa in materia di appalti pubblici sembrava meglio garantire il sindacato sui vizi e le contraddittorietà degli atti emanati anche dagli enti privati.

Indubbiamente il giudice amministrativo aveva elaborato strumenti più raffinati per sindacare la corretta applicazione delle procedure di scelta del contraente, seppure con il limite, fino alle recenti riforme, di non poter condannare al risarcimento dei danni.

Tuttavia l'annullamento assicurava, già in passato, la reintegrazione della posizione del concorrente che, potendo essere riammesso alla gara, otteneva la possibilità di ottenere addirittura l'aggiudicazione del contratto.

Non risultava peraltro semplice adattare alle nuove esigenze la comune interpretazione delle norme sul processo amministrativo, che fondava il riconoscimento della giurisdizione amministrativa sulla configurazione di atti amministrativi impugnabili (oggettiva) e sull'individuazione di soggetti pubblici che li emanino (soggettiva)⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁸⁾ Art. 26, r.d. 22 giugno 1924, n. 1054, *Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*, ove si prevede che alla cognizione del Consiglio di Stato sono soggetti «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante».

Tale difficoltà ha determinato la prospettazione di nuove questioni di giurisdizione proprio in relazione all'applicazione delle norme europee sugli appalti da parte di «amministrazioni aggiudicatrici», «soggetti aggiudicatori»⁽⁸⁹⁾ o «imprese pubbliche»⁽⁹⁰⁾, secondo definizioni che certamente superano il tradizionale confine offerto dalla definizione di amministrazione pubblica. Le norme europee hanno introdotto, accanto alla nozione di «amministrazioni aggiudicatrici» ricomprendente gli enti territoriali ed alcune altre «persone giuridiche di diritto pubblico» specificamente individuate, la nuova nozione di «organismo di diritto pubblico»⁽⁹¹⁾ — ancora di incerta defi-

⁽⁸⁹⁾ Dir. 92/50/CEE del Consiglio del 18 giugno 1992 *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi*, in *G.U.C.E.* n. L 209, del 24 luglio 1992, art. 1, lett. b) amministrazioni aggiudicatrici, lo Stato, gli enti locali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da detti enti od organismi di diritto pubblico. Per organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo: — istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e — avente personalità giuridica, e — la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico».

⁽⁹⁰⁾ Le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni sono state disciplinate per la prima volta nel 1990, con la dir. 90/531/CEE poi modificata dalla dir. 93/38/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, *che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni* in *G.U.C.E.*, n. L 199 del 9 agosto 1993, 84, che all'art. 2, prevede che: «1. La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori che: a) sono autorità pubbliche o imprese pubbliche che svolgono una qualsiasi delle attività di cui al paragrafo 2; b) non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui al paragrafo 2 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro».

⁽⁹¹⁾ Con la direttiva 89/440/CEE che modificava la direttiva 71/305/CEE, del Consiglio, *che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori*

nizione per il collegamento con l'applicabilità della disciplina sulle gare pubbliche — ma che viene interpretata estensivamente fino a ricomprendere anche soggetti variamente legati ad una pubblica amministrazione, seppur costituiti secondo la disciplina del diritto privato⁽⁹²⁾.

pubblici, determinando poi l'esigenza « per maggior chiarezza e razionalità, procedere alla codificazione della direttiva citata » con la direttiva 93/37/CEE, cit. La direttiva 89/440, è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE*, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, che all'art. 2, recepisce la nozione di « organismo di diritto pubblico » ridefinendola come: « enti pubblici »: « ai fini del presente decreto si considera ente pubblico qualsiasi organismo, dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale e la cui attività è finanziata in misura maggioritaria dallo Stato, dalle regioni, e dalle province autonome di Trento e Bolzano, dalle province, dagli enti locali o da altri enti pubblici ovvero la cui gestione è sottoposta al controllo dei soggetti anzidetti, oppure i cui organi di amministrazione, direzione o vigilanza sono costituiti per più della metà da componenti designati dei soggetti anzidetti ».

⁽⁹²⁾ D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico nella disciplina sugli appalti pubblici tra organizzazione in house ed associazioni pubbliche*, Torino, 2003 e in giurisprudenza CGCE, 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*; CGCE, 12 dicembre 2002, C-470/99, *Universale-Bau AG, e a. c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*; CGCE, 1 febbraio 2001, C-237/99, *Commissione CE c. Repubblica francese*; CGCE, 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *The Queen c. H. M. Treasury*, si vedano altresì le Conclusioni dell'Avv. Gen. S. Alber, 7 novembre 2002, causa C-283/00, *Commissione CE c. Regno di Spagna*; Conclusioni S. Alber, 11 luglio 2002, causa C-18/01, *Arktitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy e a. c. Varkauden Taitotalo Oy*; Conclusioni A. Tizzano, 6 febbraio 2003, causa C-339/00, *Irlanda c. Commissione CE*, tutte in *europa.eu.int*, nonché Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, *S.A.A.V.-Autovie Venete s.p.a. c. S.I.PRO.MA. s.r.l.*; Cons. St., sez. V, 1 aprile 2000, n. 2078, *Consorzio Cooperative costruzioni S.c.r.l. c. Struttura Valle d'Aosta s.r.l.*, in *Urb. e appalti*, 2000, 528 e s. con nota di F. CARINGELLA, *Il consiglio di Stato sui rapporti tra appalti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*; TAR Friuli, 19 giugno 2000, n. 515, *S.I.PRO.MA. s.r.l. c. S.A.A.V.-Autovie Venete s.p.a.*; Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 1998, n. 1267, *Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano e soc. Nikolos c. soc. A.R.C.A. G.P.A.*, in *Foro it.*, 1999, III, 180, che contraddicendo la sentenza di primo grado (ed altresì Consiglio di Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, *Soc. Astaldi c. Ente aut. Fiera int. di*

Nel nostro ordinamento l'esclusione della giurisdizione amministrativa nei confronti di soggetti cui la pubblica amministrazione demanda il compito di affidare pubblici appalti avrebbe determinato una ingiustificata disparità di trattamento, ed anche il sospetto che il trasferimento del compito di appaltare lavori, servizi o forniture ad un soggetto privato fosse disposto proprio con l'intento di eludere il sindacato del giudice amministrativo.

Si è visto come già in precedenza le Sezioni Unite avevano disposto l'estensione della giurisdizione amministrativa sull'adozione della trattativa privata in casi non riconducibili a quelli specificamente ammessi dalle direttive europee per assicurarne il rispetto, avallando l'interpretazione che individuava, anche in tali ipotesi, atti amministrativi e interessi legittimi.

Milano, in *Foro amm.*, 1995, 984), nega la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico dell'Ente autonomo Fiera Internazionale di Milano e conseguentemente la qualificazione di « amministrazione aggiudicatrice » poiché si evidenzia l'attività commerciale complementare all'attività produttiva imprenditoriale degli operatori economici; Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 147, *Commiss. contr. reg. Lombardia c. Soc. Lombardia informatica*, in *Cons. Stato*, 1996, I, 148, in *Riv. amm.*, 1996, 699, che ha affermato la compatibilità fra l'organizzazione societaria, che, per definizione svolge attività economica, e la soddisfazione di bisogni di interesse generale « aventi carattere non industriale o commerciale »: G.M. RACCA, *Questioni sulla partecipazione degli enti territoriali a società di capitali*, in *Dir. economia*, 1998, 166; R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, *Nota a Corte giust. Comunità europee*, 15 gennaio 1998, n. 44/96, in *Foro it.*, 1998, IV, 133; E. CASSETTA-S. FOÀ, voce *Pubblica amministrazione*, in *Appendice, Dig. disc. pubbl.*, in corso di pubbl. Sui problemi connessi alle privatizzazioni: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997, 213 e s.; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della corte di giustizia* (*Nota a Corte giust. Comunità europee*, 17 dicembre 1998, n. 306/97, *Connemara Machine Turf co. ltd. c. Coillte Teoranta e Corte giust. Comunità europee*, 10 novembre 1998, n. 360/96, *Gemeente Arnhem c. Bfi Holding BV*), in *Foro it.*, 1999, IV, 140, ove non si esclude che bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale possano essere soddisfatti da imprese private.

La questione di giurisdizione concernente la tutela nei confronti dei soggetti privati (concessionari) tenuti all'applicazione delle direttive europee in materia di appalti si pone ancor prima del recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva ricorsi 89/665/CEE, cit. Le sezioni unite risolvono la questione riconoscendo ai concorrenti alle gare pubbliche un interesse legittimo alla corretta applicazione delle norme sugli appalti pubblici⁽⁹³⁾, con la conseguenza che gli atti del concessionario (imprenditore privato) sono a tal fine qualificati come atti amministrativi.

⁽⁹³⁾ Corte di cassazione, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Soc. Mededil, Comune di Napoli, Soc. Cogefar c. Soc. Sincies Chiementin*, in *Foro it.*, 1991, I, 3405, ove la s.p.a. Mededil nella sua qualità di concessionaria del comune di Napoli per la costruzione di opere, aveva ricevuto un finanziamento condizionato al rispetto delle norme di derivazione europea sugli appalti pubblici ed era dunque tenuta al rispetto del procedimento di gara. Sul caso: G. AZZARITI, *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. ammin.*, 1991, 532, 548, che critica la soluzione della Corte e sottolinea che il privato concessionario deve rispettare «le disposizioni normative limitanti l'autonomia negoziale»; F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 321; afferma chiaramente che «l'attività del concessionario di costruzione di opere pubbliche non è attività di natura pubblicistica»: E. CASETTA, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione (a proposito della concessione e dell'appalto di opere pubbliche)*, in *Dir. econ.*, 1992, 275 e s.; A. LIROSI, *Giurisdizione in materia di appalti indetti da società private concessionarie della costruzione di opere pubbliche*, in *Dir. proc. ammin.*, 1992, 112; G. FISCHIONE, *Pubblico e privato nell'attività del concessionario privato di opere pubbliche* (Nota a Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Soc. Mededil c. Com. Napoli*; Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, *Soc. Residenza Le Piscine Montevignano c. Com. Genova* in *Foro it.*, 1993, I, 3367 e TAR Lombardia, sez. I, 12 luglio 1990, n. 441, *Soc. Ira costruz. c. Com. Milano*), in *Riv. trim. appalti*, 1992, 799; S. GIACCHETTI, *Concessionario di opera pubblica e giurisdizione amministrativa*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 2393; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255; M. MAZZAMUTO, *Concessionario privato ed evidenza pubblica, o meglio concessionario privato e tutela della concorrenza*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 185; B. SPAMPINATO, *Sull'estensione della giurisdizione amministrativa agli atti del privato concessionario*, in *Foro amm.*, 1997, 977.

In tale contesto è inevitabile l'ampliamento della nozione di atto amministrativo, seppure secondo una prospettiva che appare tradizionale, ove si attraggono alla nozione in esame gli atti emanati da un soggetto privato che si considera affidatario di funzioni pubbliche⁽⁹⁴⁾ configurato nella qualità di «organo indiretto della pubblica amministrazione». Così definita la questione, appare conseguente considerare la soluzione a favore della giurisdizione amministrativa come «l'unica compatibile col testo e con la *ratio* dell'art. 113 Cost.»⁽⁹⁵⁾, perché nemmeno si intravede la possibilità che sia il giudice civile a garantire la buona fede e correttezza precontrattuale ai concorrenti che partecipano alle gare indette dai concessionari privati⁽⁹⁶⁾.

L'estensione della nozione di pubblica amministrazione anche ai privati concessionari (come organi indiretti) che affi-

⁽⁹⁴⁾ Come precedente le sezioni unite invocano Consiglio di Stato, IV sezione, 15 giugno 1917, *Società anonima belga delle tramvie in Napoli c. Vitagliano*, in *Giur. it.* 1917, III, 185, ove alla conclusione che «le società ferroviarie e tranviarie danno vita a veri e propri atti amministrativi, dell'indole di quelli che con formula sistematica, sono soggetti per la legittimità al sindacato di questa IV sezione del consiglio di Stato, in virtù di disposizione fondamentale della sua legge organica», si giunge proprio per garantire ai dipendenti di quelle società «le medesime garanzie giurisdizionali pertinenti agli impiegati e ai salariati governativi e di altri enti pubblici», «per l'indole dell'attività che spiegano le società ferroviarie secondarie e tranviarie» e soprattutto «per l'insieme di norme legislative e regolamentari, che, agli effetti dell'equo trattamento hanno considerato lo stato giuridico-economico del loro personale come di diretto interesse pubblico». Sul tema si veda: F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 347.

⁽⁹⁵⁾ Corte di cassazione, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, *Soc. Mededil, Comune di Napoli, Soc. Cogefar, Soc. Sincies Chiement*, cit.; successivamente: Corte di cassazione, sez. un., 2 dicembre 1998, n. 12200, *Atac Roma c. Cons. impr. private autopulman Roma*, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

⁽⁹⁶⁾ In tal senso: F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, cit., 321, il quale criticando la scelta della giurisdizione amministrativa rileva che il giudice ordinario avrebbe potuto tutelare i partecipanti a trattative che avvengono in forma concorsuale, senza dover «aspettare la recezione della direttiva C.E.B. per riconoscere il risarcimento del danno a chi sia stato leso da scorretti comportamenti del cosiddetto concessionario».

dano appalti a terzi, consente dunque di riconoscere la medesima tutela amministrativa e rende indifferente per i concorrenti la partecipazione ad una gara indetta dall'ente pubblico o dal concessionario, ma si giunge ad ammettere la insoddisfacente configurazione di soli interessi legittimi.

Il giudice amministrativo afferma che il riconoscimento della giurisdizione amministrativa «risponde all'esigenza di assicurare la stessa tutela dinanzi al giudice amministrativo al concorrente che partecipa alle gare, sia bandita dalla amministrazione, che da un suo concessionario e che vanta nei confronti di quest'ultimo una posizione di interesse legittimo, cui solo il giudice amministrativo può garantire una protezione adeguata». Se la ragione del riconoscimento della sua giurisdizione è chiaramente quello di assicurare una tutela adeguata alle norme europee non si ignora che «ai fini della questione di giurisdizione, il grado della tutela (e la sua pienezza ed effettività) non può costituire elemento decisivo per la scelta del giudice competente»⁽⁹⁷⁾.

Nella medesima logica seguita dalle sezioni unite, il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva ricorsi 89/665/CEE, cit., ha scelto con l'art. 13 della l. n. 142 del 1992⁽⁹⁸⁾, — oggi

⁽⁹⁷⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, *Ferr. Stato c. Soc. impr. costruz. edili ferr. S. Ventura*, in *Giornale dir. amm.*, 1995, 1134, con nota di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, ove sono criticate le motivazioni della decisione che fondano la giurisdizione amministrativa (titolarità di concessione traslativa, controllo della Corte dei Conti, trasformazione decisa con delibera Cipe, fini di interesse pubblico generale della società, prevalente partecipazione dello Stato, mancanza dello scopo di lucro), ma riconosce che «le Ferrovie dello Stato avrebbero fatto bene — comunque — ad evitare la procedura dichiarata illegittima dal giudice amministrativo».

⁽⁹⁸⁾ Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991)*. Cfr. M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva Cee 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321; D. SORACE, *La responsabilità extracontrat-*

abrogato⁽⁹⁹⁾ — di prevedere il previo annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto lesivo e la successiva possibilità di adire il giudice ordinario per la condanna al risarcimento del danno, aprendo alla contraddizione dell'annullamento di un atto amministrativo ritenuto lesivo di interessi legittimi, che non muta la posizione soggettiva e la successiva facoltà di adire il giudice civile per ottenere il risarcimento del danno.

Le contraddizioni e le difficoltà applicative di tale soluzione⁽¹⁰⁰⁾ sono state superate con la previsione della giurisdizione

tuale pubblica: spunti comparatistici nella prospettiva della europeizzazione, in La responsabilità pubblica nell'esperienza giuridica europea, a cura di D. SORACE, Bologna, 1994, 20 e s.; Consiglio di Stato, sez. V, 12 ottobre 2000, n. 5420, *Soc. C. c. Com. Borgo S. Lorenzo*, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2214, ove si afferma che il principio posto dalle sezioni unite della corte di cassazione con sentenza 22 luglio 1999 n. 500 circa la risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi non riguarda la controversia concernente una materia disciplinata dall'art. 13 l. 19 febbraio 1992 n. 142, norma che afferma il principio secondo cui «la domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo».

⁽⁹⁹⁾ Art. 35, comma V, d.lg. n. 80 del 1998, mod. art. 7, l. n. 205 del 2000, cit.

⁽¹⁰⁰⁾ Il caso più significativo di tali difficoltà è indubbiamente la vicenda della ditta Costanzo: TAR Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Cons. St.*, 1991, I, 659, la sentenza del TAR, confermata in appello, ha annullato il provvedimento del comune di Milano con il quale la società Costanzo era stata esclusa dalla gara d'appalto. Sul caso è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale con sentenza interpretativa: Corte di giustizia CEE, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129. In seguito alla decisione del ricorso preventivo di giurisdizione sollevato dal Tribunale di Milano e risolto nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria da: Corte di cassazione, Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano C.F.lli Costanzo s.p.a.*, in *Corr. giur.*, 1994, 620, la causa è tornata all'esame dello stesso Tribunale, il quale si è pronunciato in merito alla sussistenza e liquidazione del danno: Tribunale di Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, ined., che a fronte di una consistente richiesta di risarcimento del danno (quantificata in: 274 milioni di spese

zione esclusiva che riconosce l'esistenza di diritti precontrattuali in capo ai partecipanti alle gare pubbliche.

4.4. *L'estensione della giurisdizione amministrativa ad operatori economici privati tenuti all'applicazione delle procedure di scelta del contraente.*

La soluzione della questione di giurisdizione circa l'impugnativa degli atti dei concessionari ha favorito l'estensione della giurisdizione amministrativa anche nei confronti di altri soggetti tenuti ad adottare le procedure di derivazione europea per la scelta del contraente, poiché ancora una volta il giudice amministrativo è sembrato più idoneo ad effettuare il sindacato sulla corretta applicazione di tali procedure.

Tale giurisdizione, anche prima della riforma, era in grado di assicurare la sospensione, o l'annullamento dell'atto lesivo che, come si è visto, configurano una sorta di reintegrazione della posizione soggettiva lesa, anche se la soddisfazione integrale del dettato europeo avrebbe dovuto consentire al giudice amministrativo di adottare anche provvedimenti cautelari in nominati e di condannare al risarcimento del danno, poteri che gli sono stati riconosciuti solo di recente.

Anche prima delle recenti riforme, seppur con gli evidenziati limiti, la tutela amministrativa superava quella civile

per la partecipazione alla gara, 202 milioni di spese legali sostenute nei precedenti giudizi, 14 miliardi come mancato utile e 15 miliardi come valutazione equitativa della perdita del diritto di partecipare a gare di importo superiore e riflessi negativi sull'immagine imprenditoriale) il Tribunale considera che il comportamento illecito si è prodotto con l'emanazione della deliberazione di esclusione emessa dalla Giunta municipale milanese, il 10 ottobre 1987, con la conseguenza che la natura sostanziale del I comma dell'art. 13 della l. 142/92, cit., in conformità al disposto dell'art. 11 preleggi, comporta che all'epoca di attuazione dell'illecito non era prevista alcuna forma di risarcibilità del danno in relazione alla lesione di interessi legittimi da parte di atti illegittimi della pubblica amministrazione, e rigetta la domanda. Il Tribunale condanna l'attore anche alla rifusione delle spese di lite in favore dell'amministrazione convenuta (16 milioni).

che, anche nei rapporti fra privati, non assicurava, né assicura a tutt'oggi, alla fase precontrattuale una analoga tutela cautelare, neppure con effetti pari alla sospensione del provvedimento impugnato del giudice amministrativo, perché normalmente giudica su trattative non formalizzate, e riconosce un risarcimento del danno solo quando la scorrettezza si verifica nella fase terminale della trattativa, e sia raggiunta la prova del danno, del nesso causale e della colpa della controparte⁽¹⁰¹⁾.

Le Sezioni Unite in un primo tempo hanno ritenuto che sulle questioni concernenti le gare indette da soggetti privati dovesse riconoscersi la giurisdizione ordinaria⁽¹⁰²⁾, poiché sembrava non potersi sostenere che l'attuazione di una procedura di selezione potesse determinare la «degradazione» dei diritti dei concorrenti, in primo luogo alla correttezza precontrattuale.

Le motivazioni che fondavano l'affermazione della giurisdizione ordinaria hanno sottolineato la forzatura che si sa-

⁽¹⁰¹⁾ Per tale ricostruzione G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 10 e s.

⁽¹⁰²⁾ Corte di cassazione, sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989, *Soc. Siena Parcheggio c. Soc. impresa Federici*, in *Foro it.*, 1996, I, 1363, con nota di F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzia* e in *Giur. it.*, 1996, I, 493 ss., con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*; Corte di cassazione, sez. un., 5 dicembre 1995, n. 12523, *Azienda Nazionale Autonomia delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Costruzione Cav. Lav. Rozzi Costantino s.p.a.*, in *Corriere giur.*, 1996, 294, con nota di F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. a cavallo tra schemi privatistici e moduli procedurali*; Corte di cassazione, sez. un., 29 luglio 1995, n. 8298, *Azienda Nazionale Autonomia delle Strade (A.N.A.S.) c. Impresa Impresa Geom. P. Martella*, cit.; Corte di cassazione, Sez. un. 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Erichiello*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 6 giugno 1997, n. 5085, *Soc. Baden it. c. Az. serv. municip. Mantova*, cit.; Corte di cassazione, sez. un., 4 agosto 1998, n. 7639, *Azienda servizi municipalizzati di l'Aquila c. SoC.F.lli Mazzocchia officine meccaniche*, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

rebbe realizzata con la configurazione del trasferimento di funzioni pubbliche e di poteri autoritativi in capo a tutti i soggetti privati tenuti all'applicazione delle procedure di derivazione europea per l'affidamento di appalti.

Le questioni affrontate sono di interesse perché forniscono l'occasione per evidenziare molte delle posizioni consolidate sulla base di equivoci o ricostruzioni prevalentemente fondate sulla esigenza di assicurare la tutela amministrativa.

Si considera infatti pacifico che il bando, la lettera d'invito, il verbale di aggiudicazione e la relativa approvazione quando emanati dallo Stato o dagli altri enti pubblici costituiscano «atti provvedimenti o autoritativi» di organizzazione⁽¹⁰³⁾ che risultano «idonei a degradare le posizioni soggettive dei terzi — che sono coinvolti in essi — ad interessi legittimi».

Al contrario sembrerebbe che gli operatori privati e gli enti pubblici economici non possano emanare atti provvedimenti o autoritativi, ma anche quando applicano le procedure selettive di derivazione europea non possano che trovarsi «in posizione di parità con l'altro (aspirante) contraente»⁽¹⁰⁴⁾.

Per gli enti pubblici economici e per gli operatori privati non varrebbe la ricostruzione del doppio stadio: «una procedura amministrativa preliminare per addivenire al contratto ed un negozio contrattuale vero e proprio, con correlativa in-

⁽¹⁰³⁾ Sugli atti di organizzazione: Corte di cassazione, sez. un. 2 giugno 1993 n. 6140, *Cassa di Risparmio di Calabria e di Lucania c. V. Pellegrini*, cit., che afferma la giurisdizione civile sugli atti di un concorso per la promozione interna, riconoscendo che tale scelta non può ricondursi ad una potestà pubblica di autorganizzazione; Corte di cassazione, sez. un. 19 gennaio 1993 n. 637, *Banco di Sardegna c. Porcu*, in *cd-rom juris data*; che riconosce la giurisdizione amministrativa sugli atti concernenti l'assetto organizzativo primario dell'ente.

⁽¹⁰⁴⁾ Corte di cassazione, Sez. un. 28 novembre 1996, n. 10616, *Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Caserta c. Impr. G. Errichello*, in *cd-rom juris data*, concernente l'appalto di lavori affidato mediante licitazione privata da un Consorzio che aveva ricevuto un finanziamento comunitario condizionato all'impegno di applicare la normativa comunitaria in materia di appalti di lavori.

sorgenza di interessi legittimi, nella prima fase, e di diritti soggettivi, nella seconda fase»⁽¹⁰⁵⁾.

Dal presupposto che le norme in materia di appalti pubblici «non conferiscono il potere di degradare ad interesse legittimo la posizione della controparte»⁽¹⁰⁶⁾ si sarebbe dovuta riconoscere necessariamente la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda di risarcimento del danno, tuttavia ciò avrebbe implicato la negazione di ogni tutela, dal momento che nelle trattative tra privati i poteri cautelari non venivano normalmente utilizzati e si era più volte rilevata la difficoltà della prova del danno precontrattuale. Emerge con chiarezza la maggiore tutela «precontrattuale» fornita dal giudice amministrativo mediante l'annullamento dell'atto viziato, che consente al concorrente di ottenere una sorta di reintegrazione in forma specifica.

La teoria della degradazione, in sé, non pare oggi soddisfacente neppure per la descrizione dei rapporti con gli enti pubblici, se si considera che anche per tali enti la gara non appare più una scelta di autonomia nel proprio interesse, ma è imposta dall'ordinamento europeo in quanto volta a tutelare la concorrenza ed il corretto impiego delle risorse pubbliche⁽¹⁰⁷⁾.

Risultava peraltro evidente che l'affermazione della giurisdizione del giudice civile poteva facilmente apparire in violazione delle norme europee ed incorrere nelle censure della Corte di Giustizia europea proprio in quanto non assicurava ai concorrenti la possibilità di ottenere l'annullamento degli atti lesivi, e ove necessario, la «correzione» della procedura di scelta del contraente oltre al risarcimento del danno.

⁽¹⁰⁵⁾ Corte di cassazione, Sez. un. 28 novembre 1996, n. 10616, *Cons. area sviluppo ind. Caserta c. Impr. costruz. Errichello*, in *Foro it.*, 1997, I, 2213.

⁽¹⁰⁶⁾ Corte di cassazione, sez. un. 28 novembre 1996, n. 10616, cit.; Corte di cassazione, sez. un. civ., 6 maggio 1995, n. 4989, *Soc. Siena Parcheggi c. Soc. impresa Federici*, cit.

⁽¹⁰⁷⁾ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304 e s.

Inoltre si evidenziava facilmente l'incoerenza derivante dalla constatazione che all'identità della disciplina della gara per l'affidamento di un appalto pubblico non corrispondeva la medesima tutela, poiché se si trattava di ente pubblico o concessionario si era affermata la giurisdizione amministrativa, mentre per gli altri soggetti tenuti all'applicazione della medesima disciplina la giurisdizione era del giudice ordinario.

Ciò di per sé avrebbe anche potuto essere ritenuto ammissibile dal momento che le direttive europee non richiedono il medesimo regime, tuttavia sarebbe stato necessario che entrambe le giurisdizioni avessero assicurato una tutela effettiva ai concorrenti, cosa che nel caso di specie non avveniva.

Di fronte a questa situazione il giudice amministrativo ha cercato, ancora una volta, di estendere la propria giurisdizione per assicurare quell'effettività di tutela che non vedeva assicurata dal giudice civile, consapevole peraltro che il giudizio finale sulla giurisdizione compete pur sempre alle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Il giudice amministrativo ha dunque affermato la propria giurisdizione anche nei confronti di atti emanati da operatori privati non concessionari, ma collegati ad enti pubblici in quanto enti pubblici economici, aziende municipalizzate o speciali, società di capitali partecipate, tutti tenuti ad applicare le norme europee per la selezione del contraente.

Il Consiglio di Stato è così giunto a sostenere l'estensione, fondata sulle norme europee, del «concetto di pubbliche amministrazioni e quindi di atto amministrativo», al fine di ammettere la propria giurisdizione e la connessa tutela anche ai privati che partecipano a gare pubbliche indette da enti pubblici economici o società commerciali a partecipazione pubblica, che in questa prospettiva sono pubbliche amministrazioni in senso soggettivo e «come tali deputate all'esercizio di potestà pubbliche capaci di sortire un effetto di affie-

volimento nei confronti delle posizioni dei partecipanti alla gara»⁽¹⁰⁸⁾.

Un tale orientamento, fondato sull'estensione della teoria della «degradazione» e dell'affievolimento dei diritti precontrattuali dei partecipanti, non è apparso facilmente condivisibile ove non se ne fosse evidenziata la ragione di fondo che

⁽¹⁰⁸⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, A&I *Della Morte s.p.a. c. Interporto Toscano A. Vespucci s.p.a.*, in *Foro it.*, 1999, III, 178, con nota di R. GAROFOLI, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. 80/98)*, ove si rileva che il legislatore interno in tema di appalti, con le norme richiamate, in qualche modo integrando il dettato del t.u. del Consiglio di Stato (alla cognizione del Consiglio di Stato sono soggetti «atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante») e della legge TAR il cui art. 3 radica la competenza dei tribunali amministrativi sulla base della provenienza dell'atto dagli organi, centrali o periferici, dello Stato o da altri enti pubblici, mentre l'art. 37, in materia di giudizio di ottemperanza, fa riferimento al concetto di «autorità amministrativa», «ha ampliato a monte in subiecta materia il concetto di pubbliche amministrazioni e quindi, di atto amministrativo, senza intaccare per conseguenza le coordinate costituzionali che ai sensi degli artt. 103 e 113 pretendono la derivazione soggettiva da una Pubblica Amministrazione degli atti conoscibili dal giudice amministrativo». Si considera altresì che il legislatore abbia voluto che «limitatamente alla materia in esame, anche gli atti di soggetti altrimenti privati sono espressione di un pubblico potere e debbono essere pertanto equiparati in toto agli atti amministrativi, ossia essere considerati a tutti gli effetti tali». Pare peraltro significativo che si consideri che: la «nuova disciplina sugli appalti dettata con la l. n. 109/1994 e succ. mod. contraddice la propensione giurisprudenziale a intravedere nella concessione di opera pubblica una fattispecie traslativa idonea a decretare la trasformazione del privato concessionario in organo indiretto», rilevando: l'«assenza di una traslazione di poteri pubblicistici». CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*, cit., 255, ove si rileva che «apprestare un progetto non è funzione amministrativa; né può considerarsi tale l'iniziativa per ottenere autorizzazioni o concessioni edilizie o decreti di espropriazioni o finanziamenti». M. FILIPPI, *La giurisdizione amministrativa sugli atti di soggetti privati alla luce del d.lgs. 80/98*, in *Dir. amm.* 1998, 609 e s.; E. FOLLIERI, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 634.

era rinvenibile nella volontà di garantire una tutela effettiva, volta ad assicurare l'osservanza delle regole predefinite per la selezione, la non contraddittorietà e, in breve, la correttezza precontrattuale.

D'altra parte si era già rilevato che in queste ipotesi il riconoscimento di un interesse legittimo « rafforza » e non degrada la posizione soggettiva del privato e la relativa tutela, che, secondo quanto affermato dallo stesso giudice amministrativo, diviene « più completa ed effettiva, dal momento che — in materie come quelle attinenti alla partecipazione alle gare d'appalto — il giudice ordinario può assicurare esclusivamente la tutela risarcitoria precontrattuale e non quella consistente nella caducazione degli atti che ostano alla partecipazione alla gara o la concludono sfavorevolmente all'interessato »⁽¹⁰⁹⁾.

L'inadeguatezza della tutela offerta dal giudice civile risultava evidente per l'interpretazione restrittiva e quasi abrogatrice dell'art. 1337 c.c. che si è affermata per una scelta di favore per l'autonomia privata⁽¹¹⁰⁾, interpretazione che peraltro

⁽¹⁰⁹⁾ Consiglio di Stato, sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250, *Com. Milano c. Soc. Ira costruz.*, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 255, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di gara del concessionario di costruzione*; R. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lgs. 80/1998*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 283.

⁽¹¹⁰⁾ P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, vol. XXIX, 142, 160; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 1265. Considera invece che la responsabilità precontrattuale possa ricondursi al *genus* della responsabilità contrattuale o extracontrattuale a seconda dei casi: A. DE CUPIS, *Il danno, Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1966, 95 e s.; G. STOLFI, *Colpa "in contrahendo" e prescrizione*, in *Giur. it.*, 1974, I, 2, 429; M. LOI-F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 116, individuano nell'affidamento l'elemento primario, idoneo e sufficiente a costituire un vincolo (*ex lege*), fra soggetti « determinati »; N. DISTASO, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. civ. e comm.* a cura di W. Bigiavi, Torino, 1980, I, 341 e s. In giurisprudenza Trib. Milano, 6 novembre 1987, in *Giur. it.*, 1988, I, 2, 796; F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 287, 303 e s.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja Branca, art. 1173*, Bologna, Roma, 1988, 201 e s. F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e im-*

oggi appare meno adeguata alle nuove esigenze che si affermano anche nei rapporti fra organizzazioni private⁽¹¹¹⁾.

Sottolineare la posizione paritaria e i diritti soggettivi dei concorrenti, visti gli orientamenti della giurisprudenza civile, avrebbe prodotto unicamente l'effetto di preservare l'autonomia privata dell'ente appaltante che, per l'interpretazione restrittiva della responsabilità precontrattuale, sarebbe risultata estremamente ampia, con la possibilità di adottare comportamenti liberi, perché di fatto « insindacabili ».

Non a caso sono sempre stati gli « enti aggiudicatori » degli appalti pubblici a sostenere l'esistenza di diritti soggettivi e della giurisdizione civile, mentre i concorrenti privati invocavano — paradossalmente — la degradazione dei diritti e l'affermazione di un interesse legittimo al fine di ottenere la conseguente tutela amministrativa⁽¹¹²⁾.

La preferenza per la giurisdizione amministrativa da parte dei concorrenti privati ha evidenziato la mancanza di una interpretazione innovativa da parte del giudice civile della buona

presa, 1994, 1101; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122 e s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 425 e s. A. DAVI, voce *Responsabilità non contrattuale nel diritto internazionale privato*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 345 e s.; A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 399 e s.

⁽¹¹¹⁾ L'esigenza di lealtà e correttezza precontrattuale è avvertita anche in queste trattative più articolate e complesse, con la conseguenza che, per superare l'interpretazione restrittiva della *culpa in contrahendo*, si addivene nel corso delle trattative stesse alla stipulazione di taluni obblighi di correttezza pre-contrattuale F. BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1994; C. RADICIONI, *Le lettere di intenti*, in F. GALGANO, *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. I, Torino, 1995, 67 e s.; Corte di cassazione, sez. III, 24 maggio 1995, n. 5691, *Martini c. Vignola*, in *Corr. giur.* 1996, con nota di E.A. EMILIOZZI, *Il confine tra la c.d. punteggiatura e il contratto preliminare*.

⁽¹¹²⁾ Corte di cassazione, sez. un., 4 agosto 1998, n. 7639, *Azienda servizi municipalizzati di l'Aquila c. SoC.F.lli Mazzocchia officine meccaniche*, in *Foro it.*, 1999, I, 1223.

fede precontrattuale, giudice civile che non è apparso idoneo a tutelare i concorrenti nei confronti dei comportamenti contraddittori e scorretti dell'ente appaltante.

Di fronte a tale inadeguatezza le stesse Sezioni Unite si sono viste quasi costrette a riconoscere la giurisdizione amministrativa sulle controversie concernenti gli appalti pubblici indetti in applicazione della disciplina europea da soggetti non riconducibili alla nozione di pubbliche amministrazioni.

Le argomentazioni sono state prevalentemente volte ad assicurare la conformità della tutela giurisdizionale alle norme europee⁽¹¹³⁾, considerando che il recepimento nazionale delle direttive ricorsi aveva previsto il previo annullamento del provvedimento lesivo per violazione del diritto comunitario o delle norme italiane di recepimento, che non poteva « non competere al giudice amministrativo »⁽¹¹⁴⁾.

A tale riconoscimento ha contribuito la pressione operata sulle sezioni unite da una richiesta di rinvio pregiudiziale della questione alla Corte di Giustizia (art. 177 del Trattato Ce, oggi art. 234) circa la conformità della tutela prevista nel nostro ordinamento rispetto alle direttive ricorsi, domanda di rinvio che era peraltro condizionata al mancato riconoscimento della giurisdizione amministrativa, che si ammetteva dunque conforme al dettato europeo.

L'affermazione della giurisdizione amministrativa ha apparentemente soddisfatto le esigenze di tutela pur avendo por-

⁽¹¹³⁾ Si veda: Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 1997, causa C 54/96, *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH c. Bundesbaugesellschaft Berlin mbH*, in *Foro it.*, 1997, IV, 361.

⁽¹¹⁴⁾ Corte di cassazione, sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, *Atac Roma c. Soc. Abb Daimler Benz Transportation Italia*, in *Foro it.*, 1999, I, 2275, con nota di FRACCHIA e in *Urbanistica e appalti*, 1999, 616, con commento di DE GIOIA e di MAMELI, la sentenza pur non applicando ancora la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 33 del d.lgs. 80/98, cit., afferma la giurisdizione amministrativa in attuazione dell'art. 13 l. 142/92, richiamando: Corte di cassazione, Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano C.F.lli Costanzo s.p.a.*, cit.

tato al limite estremo l'estensione della giurisdizione amministrativa sulla base della necessità di trovare un giudice capace di assicurare le forme di tutela introdotte dalle norme europee, seppur con il limite dell'impossibilità di riconoscere il risarcimento del danno, limite che avrebbe determinato l'esigenza di ripensare radicalmente il sistema, ormai incapace di reggere ulteriori forzature.

Le perplessità circa l'ultima avallata estensione della giurisdizione amministrativa si colgono ove si rilevi che le Sezioni Unite non affermano la degradazione delle posizioni dei concorrenti, né l'esercizio di poteri pubblici da parte dell'appaltatore, ma devono riconoscere che « l'attribuzione delle controversie inerenti alla fase di aggiudicazione compete alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo »⁽¹¹⁵⁾, con successiva possibilità di richiedere al giudice ordinario il risarcimento del danno. Risulta significativo il riconoscimento di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva che ammette la sussistenza di diritti (non degradati), ma la cui tutela era ancora affidata a due differenti giudici avanti ai quali si dovevano esperire due distinte azioni, con tempi processuali sicuramente inadeguati a garantire una tutela effettiva.

Le Sezioni Unite dimostrano peraltro di aver individuato una posizione giuridica soggettiva di diritto alla correttezza dei concorrenti privati che partecipano a trattative variamente formalizzate, diritto che fonderebbe l'attribuzione al giudice amministrativo di giurisdizione esclusiva, posizione poi confermata dalla riforma ed estesa a tutta la giurisdizione in materia di appalti, con evidente superamento delle ricostruzioni in termini di degradazione e affievolimento⁽¹¹⁶⁾.

In questo quadro è infatti intervenuto il legislatore che ha voluto superare con una nuova disciplina i contrasti e le diffi-

⁽¹¹⁵⁾ Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, cit.

⁽¹¹⁶⁾ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 178 e s.

coltà interpretative riscontrate, anche al fine di evitare una probabile condanna da parte della Corte di Giustizia per violazione degli obblighi derivanti dai trattati europei.

Forse proprio le pressanti esigenze sorte in ambito contrattuale sono risultate determinanti per la attuazione delle riforme normative della fine degli anni novanta. La scelta di ampliare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁽¹¹⁷⁾ e trasformarla così radicalmente con l'attribuzione della possibilità di disporre del risarcimento del danno⁽¹¹⁸⁾ è parsa dettata dalla necessità di trovare una soluzione alle questioni concernenti le procedure di affidamento di appalti pubblici.

In tal modo si è dovuta riconoscere l'esistenza di diritti precontrattuali, fino ad allora negati con difficoltà, per l'esigenza di individuare posizioni di interesse legittimo che aprissero all'unica giurisdizione in grado di assicurare la tutela richiesta: quella del giudice amministrativo.

4.5. *La nuova giurisdizione esclusiva ed il riconoscimento di diritti precontrattuali. La distinzione fra il sindacato sulla correttezza del comportamento della parte pubblica e la giurisdizione sulla legittimità degli atti amministrativi.*

Per superare le ricordate questioni il Parlamento ha approvato una legge di delegazione che ha previsto il trasferimento al giudice ordinario di "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione" e nel medesimo tempo

⁽¹¹⁷⁾ Art. 33, comma I e comma II, lett. e), d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59.*

⁽¹¹⁸⁾ Art. 35, comma I, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cit.

ha disposto: "la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti"⁽¹¹⁹⁾.

Nell'ambito che qui interessa si può rilevare che il Governo nell'attuazione di tale delega ha colto l'occasione per risolvere la questione della tutela in materia di appalti pubblici ed evitare una condanna da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee.

Si è così giunti al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cit., ove si è prevista la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su "tutte le controversie in materia di pubblici servizi" ed in particolare anche su quelle, indicate nella lettera e) del comma II, dell'art. 33, «aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale»⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁹⁾ Art. 11, comma IV, lett. g, II parte, l. 15 marzo 1997, n. 59, *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*. Si rinvia per la ricostruzione dettagliata della vicenda a R. GAROFOLI, in *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, di F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE, R. GAROFOLI, Milano, Giuffrè, 2000, 99 e s.

⁽¹²⁰⁾ Art. 33, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59*: «1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 14 novembre 1995, n. 481. 2. Tali controversie sono, in particolare, quelle: ... e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa na-

L'attribuzione al giudice amministrativo di tali controversie ha costituito una svolta nella soluzione dei conflitti di giurisdizione che in materia di contratti della pubblica amministrazione si susseguivano da oltre un secolo⁽¹²¹⁾.

Tuttavia si era immediatamente rilevata l'incertezza della portata della norma in relazione al riferimento agli appalti pubblici come ricompresi nelle controversie in materia di servizi pubblici, dal momento che se la norma si fosse interpretata come riferita agli appalti pubblici nella sola materia dei servizi pubblici oggetto della delega, si poteva dubitare della costituzionalità della diversità di trattamento di questi rispetto agli altri, se invece fosse stata interpretata come regola generale per tutti gli appalti pubblici, si sarebbe potuto dubitare della possibilità di ricondurla entro i limiti della legge di delegazione⁽¹²²⁾.

Ed infatti la esemplificazione concernente gli appalti pubblici è stata dichiarata incostituzionale unitamente ai commi I, II e III, dell'articolo 33, del d.lgs. n. 80 del 1998, cit.⁽¹²³⁾. L'in-

zionale o regionale». Per un primo commento: L. BERTONAZZI e G. AVANZINI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, (artt. 33-35 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), commentario a cura di A. TRAVI, in *N.L.C.C.*, 1998, 207 e s.

⁽¹²¹⁾ CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, *Relazione al Convegno su Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹²²⁾ A. ROMANO, *Nota al parere del Consiglio di Stato, adunanza generale*, 12 marzo 1998, n. 30/98, in *Foro it.*, 1998, III, 350; R. VILLATA, *Prime considerazioni sull'art. 33 del d.lgs. 80/1998*, cit., 291; F. CARINGELLA-R. GAROFOLI, *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, cit., 2 e s.; Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 9 novembre 1999 n. 2440, *Borrelli c. ASL n. 1 di Caserta*, in *www.giust.it.*, che rimette all'Adunanza Plenaria sulla nuova disciplina allo scopo di fissare i criteri ermeneutici sicuri ed univoci, per superare l'incertezza interpretativa emersa nelle prime pronunce rese dai giudici (amministrativi e civili). E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 295 e s.

⁽¹²³⁾ Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2000, n. 292, in *Consultaonline*, ove si afferma che: "l'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998 deve essere

dichiarata disciplina è risultata viziata per eccesso di delega nella parte in cui ha istituito una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi, come previsto nella legge di delegazione, ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, comprese quelle relative al risarcimento del danno.

La Corte costituzionale ha ricostruito il disegno riformatore definito nella legge di delegazione come volto a "rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo — nell'esercizio della giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, di cui era già titolare in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici — non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche (ove configurabile) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario"⁽¹²⁴⁾.

dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, eccedendo i limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi, e non si è limitato ad estendere la giurisdizione amministrativa — nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva — alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. La dichiarazione di illegittimità costituzionale coinvolge anche il comma 2 dell'art. 33, che ha specificato, in via esemplificativa, il contenuto dell'ampliato ambito della giurisdizione esclusiva". La decisione che ha comportato dunque la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'articolo 33, comma 1, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cit. "nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno" e l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, commi 2 e 3, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cit.

⁽¹²⁴⁾ Si afferma infatti che tale legge di delegazione si inserisce in un ampio disegno di riforma della pubblica amministrazione, con importanti ricadute sul

Si è ritenuto che il nuovo assetto del processo amministrativo si caratterizzi per la “*commissione delle diverse tecniche di protezione giurisdizionale*” ad un unico giudice⁽¹²⁵⁾, introducendo, sulla scorta del modello francese, una giurisdizione piena per alcuni blocchi di materie.

Il legislatore delegante avrebbe escluso ogni intervento ampliativo della giurisdizione di legittimità o esclusiva di cui il giudice amministrativo già risultava titolare, ma avrebbe inteso unicamente evitare che in seguito al giudizio amministrativo (di legittimità o di giurisdizione esclusiva) l'interessato dovesse proporre un nuovo giudizio avanti al giudice ordinario per una pronuncia sui diritti patrimoniali consequenziali e sul risarcimento del danno⁽¹²⁶⁾.

Nella materia degli appalti pubblici tale soluzione sembrava di utilità poiché avrebbe evitato il doppio giudizio previsto dall'art. 13 della l. n. 142 del 1992, che infatti veniva abrogato unitamente ad “ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 1”⁽¹²⁷⁾.

Proprio in materia di appalti pubblici si avvertiva l'esigenza di rendere il giudice amministrativo anche giudice del risarcimento del danno, poiché la tutela già offerta con l'annul-

riparto della giurisdizione, che ha iniziato a delinearsi con la l. 23 ottobre 1992, n. 421, *Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*, seguita dal d.lgs. delegato 3 febbraio 1993, n. 29 e che per la piena attuazione della riforma, la l. 15 marzo 1997, n. 59, ha previsto all'art. 11, comma 4, l'emanazione di ulteriori disposizioni integrative e correttive, in conformità (fra l'altro) ad una serie di principi e criteri analiticamente indicati.

⁽¹²⁵⁾ A. PAJNO, *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), Appendice al tomo IV, Milano, 2001, 71 e s.

⁽¹²⁶⁾ A. TRAVI, *Commento all'art. 33*, in *Le nuove leggi Civili commentate*, 1999, 1520 e s.

⁽¹²⁷⁾ Art. 35, comma IV, d.lgs. 80 del 1998, cit., nel testo originario.

lamento degli atti di gara non soddisfaceva integralmente il dettato delle direttive europee in materia di ricorsi. La pesantezza del doppio giudizio era avvertita particolarmente in relazione all'incremento del contenzioso conseguente al riconoscimento europeo della possibilità di ottenere il risarcimento del danno.

Il collegamento di tale disciplina alla materia dei servizi pubblici ed in particolare — se si richiama la disposizione dell'art. 5 della l. tar, agli “atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione... di servizi pubblici” — non è risultato conforme alla legge di delegazione e la dichiarazione di incostituzionalità, non investendo l'avvenuta abrogazione del citato art. 13, l. 142 del 1992, ha determinato un vuoto normativo che è apparso colmabile solamente con l'applicazione diretta delle direttive europee in materia di ricorsi. È apparsa evidente l'esigenza di provvedere celermente a ridisciplinare la materia del risarcimento del danno quantomeno in materia di appalti pubblici.

L'assetto normativo conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale⁽¹²⁸⁾, su cui si tornerà tra breve, è stato tempestivamente superato dalla approvazione della più generale riforma introdotta con la l. n. 205 del 2000, cit. che ha riscritto, con alcune modificazioni, le disposizioni del d.lgs. n. 80 del 1998, cit., sanandone il vizio di eccesso di delega ed ha introdotto, all'art. 6, comma I, una norma generale in materia di appalti pubblici che sembra chiudere e superare i conflitti di giurisdizione sopra ricordati: “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della

⁽¹²⁸⁾ Corte costituzionale, 17 luglio 2000, n. 292, *Soc. studio radiologico Maurizi Enrici*, in *Foro it.*, 2000, I, 2393; V. CARBONE, *Dannosità ed illegittimità dell'atto amministrativo prima della l. n. 205/2000 e della sentenza n. 292/2000*, in *Corr. giur.*, 2000, 9, 1134.

normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»⁽¹²⁹⁾.

Tuttavia nella riscrittura dell'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, cit., si è eliminata la lettera *c*, che riguardava le controversie con i soci di società miste e sulla scelta del socio, ma si è mantenuta la lettera *e*, divenuta lettera *d*, concernente le procedure di affidamento di appalti pubblici⁽¹³⁰⁾. Sono così rimaste in vigore due disposizioni in materia di appalti pubblici in parte ripetitive, l'una generale e l'altra riferita alla materia dei servizi pubblici⁽¹³¹⁾.

Con la nuova scelta del legislatore di affidare espressamente la materia degli appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva si consente di garantire la tutela giurisdizionale senza negare l'esistenza di diritti soggettivi, superando l'idea della «degradazione» dei diritti precontrattuali, contestata nei confronti dei soggetti privati tenuti ad applicare le procedure selettive, ma ancora riproposta per gli enti pubblici.

Come riscontrato in altra sede⁽¹³²⁾, nell'analisi della giurisprudenza più risalente, anche nella fase precontrattuale i partecipanti alle selezioni per la scelta del contraente (incanti, licitazioni e trattative private) dispongono di diritti che non hanno per oggetto la stipulazione del contratto, bensì il rispetto della disciplina predefinita per la selezione e che possono essere risarciti, ove la stessa sia stata violata.

⁽¹²⁹⁾ Art. 6, comma I, l. n. 205 del 2000, cit.

⁽¹³⁰⁾ Art. 7, comma I, che riscrive l'art. 33 del d.lgs. 80 del 1998, cit., comma II, lettera «d» aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale».

⁽¹³¹⁾ R. GAROPOLI, in *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205*, di in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE, R. GAROPOLI, Milano, Giuffrè, 2000, 99 e s.

⁽¹³²⁾ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 98 e s.

Il ruolo di supplenza assunto dal giudice amministrativo ha fatto per lungo tempo ignorare l'introduzione di un fondamento espresso a tali diritti nell'art. 1337 c.c., principio relazionale rivolto a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, tra i quali non può non essere ricompresa a pieno titolo la pubblica amministrazione che si appresta a concludere un contratto.

4.6. *I contratti privi di rilevanza europea ed il risarcimento del danno.*

La previsione della giurisdizione esclusiva e del risarcimento del «danno ingiusto»⁽¹³³⁾, recato in occasione di procedure per l'affidamento di «appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione

⁽¹³³⁾ Art. 35, comma I, d.lgs. n. 80 del 1998, cit.: «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli articoli 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto». Cfr. il Parere del Consiglio di Stato, adunanza generale, 12 marzo 1998, n. 30/98, in *Foro it.* 1998, III, 350, ove si consiglia l'inserimento della clausola generale del «danno ingiusto», che «non esclude il danno da inadempimento, non rinvia ad ipotesi tipizzate, ma consente al giudice amministrativo, nell'ambito della materia devolutagli, di valutare le diverse situazioni soggettive ai fini della loro reintegrazione dopo la lesione». Si veda: F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, cit., 231, 243, ove si considera che il nucleo del sistema della responsabilità civile non sia nelle sequenze normative che fanno capo agli artt. 1218 e 2043, né nella loro contrapposizione, ma sia nell'art. 1173 e considera che «gli attuali contorni della distinzione tra responsabilità debitoria e responsabilità aquiliana sono assai più sfumati rispetto ai rigidi termini della contrapposizione tradizionale tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale»; in particolare se nell'illecito aquiliano il danno ingiusto non è individuabile a priori, ma solo grazie all'attitudine selettiva dei criteri normativi adottati settore per settore, l'art. 1218 introduce un decisivo criterio di selezione a priori degli interessi, che manca nella formula del 2043». Si veda altresì: C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 180 e s.

delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale», comporta l'applicazione della previsione anche agli appalti che non raggiungono la soglia di rilevanza comunitaria, ma continuano ad essere disciplinati da norme nazionali o regionali. L'evoluzione normativa in atto, le esplicite segnalazioni in materia di appalti pubblici dell'autorità garante della concorrenza e del mercato⁽¹³⁴⁾, le circolari ministeriali del Ministro per le politiche comunitarie⁽¹³⁵⁾ — unitamente alla considerazione che i principi dei Trattati europei investono l'intero ordinamento nazionale, come evidenziato dal nuovo art. 117 Cost. — inducono ad una nuova interpretazione della disciplina nazionale anche per i contratti, cosiddetti "sottosoglia", poiché non regolati direttamente dalla disciplina europea sugli appalti pubblici.

Come si è ricordato, nel nostro ordinamento la disciplina «speciale» dei contratti della pubblica amministrazione ha favorito la ricostruzione della vicenda precontrattuale in chiave pubblicistica⁽¹³⁶⁾ anche in relazione al riconoscimento di poteri

⁽¹³⁴⁾ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici»* del 28 settembre 1999, inviata il 17 dicembre 1999 e pubblicata nel Bollettino n. 48/99, che in base all'articolo 21 l. 10 ottobre 1990, n. 287, cit., segnala al Governo, al Parlamento ed alle amministrazioni pubbliche competenti «le distorsioni della concorrenza originate da norme di legge o di regolamento non giustificate da esigenze di carattere generale».

⁽¹³⁵⁾ Circolare ministeriale del Ministro per le politiche comunitarie, 6 giugno 2002, n. 8756, *Normativa applicabile agli appalti pubblici "sottosoglia"*, in *G.U. 31 luglio 2002, n. 173*, serie generale, e in *Urb. e appalti*, 2002, 1301, con commento di L. MASI. La circolare invita le amministrazioni a conformarsi anche sottosoglia a criteri di condotta che evitino discriminazioni e consentano a tutte le imprese di conoscere le intenzioni di stipulare contratti e di parteciparvi.

⁽¹³⁶⁾ La ricostruzione in chiave pubblicistica della fase che precede la stipulazione dei contratti della pubblica amministrazione è apparsa in tempi recenti sfuggente e spesso ingiustificata: G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., 15 e s.; G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, cit., 1567; F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., 39; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministra-*

autoritativi ampiamente discrezionali ed alla conseguente emanazione di atti amministrativi soggetti ai relativi controlli ed al generale potere di autotutela.

Spesso si trattava di facoltà corrispondenti a quelle normalmente riconosciute ai privati, come ad esempio il «potere di esclusione» — definito dalla legge di contabilità di Stato «insindacabile»⁽¹³⁷⁾ — che, al tempo in cui fu introdotto, non pareva distinguersi dalla comune facoltà di recesso dalle trattative, altrettanto insindacabile, di cui disponevano i privati. Proprio la configurazione di un simile «potere di esclusione» della pubblica amministrazione ha favorito l'individuazione nella procedura di selezione del contraente di atti autoritativi, dunque norme di azione ed interessi legittimi cui assicurare tutela. Ancora in tempi relativamente recenti si può trovare affermato che, prevista una formalità a pena di esclusione, «vige il principio della imperatività del provvedimento amministrativo»⁽¹³⁸⁾.

tivo paritario, cit., 811, considera temi tipici dell'interesse dottrinale della prima metà del Novecento quello della degradazione dei diritti in interessi legittimi e quello della «sacralizzazione degli atti amministrativi» che si pongono come schermi tra la stessa amministrazione ed il Consiglio di Stato.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. l'art. 3, II comma, del r.d. 18 novembre 1923, n. 2240, cit. «Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone che nell'eseguire altra impresa si sieno rese colpevoli di negligenza o di malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni» e l'attuazione regolamentare di cui all'art. 68 r.d. 23 maggio 1924, n. 827, cit. «Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si sieno rese colpevoli di negligenza o di malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale da comunicarsi al ministero delle finanze (ragioneria generale), a cura del quale ne viene data notizia alle altre amministrazioni. Analogamente si provvede per le eventuali riammissioni. Fermo il disposto del precedente comma, l'amministrazione ha piena ed insindacabile facoltà di escludere dall'asta qualsiasi concorrente senza che l'escluso possa reclamare indennità di sorta, né pretendere che gli siano rese note le ragioni dell'esclusione».

⁽¹³⁸⁾ Consiglio di Stato, Sezione VI, 2 dicembre 1991, n. 961, *Soc. Sulla*

L'impostazione in chiave di poteri autoritativi ha semplificato la selezione e limitato il contenzioso, ma col tempo sembra subire un ridimensionamento con l'eliminazione, o la diminuzione, del rilievo accordato agli atti presupposti e agli atti di controllo⁽¹³⁹⁾ ed in relazione all'evoluzione dei rapporti con la pubblica amministrazione⁽¹⁴⁰⁾. Il fondamento della ricostruzione pare risiedere ancora nella considerazione che solo la tutela giurisdizionale riconosciuta all'interesse legittimo risulta soddisfacente per i concorrenti alle gare pubbliche, al punto che, come si è detto, sono state le imprese a considerare favorevole la degradazione del proprio diritto alla correttezza.

I dubbi sulla configurazione delle norme che disciplinano la selezione del contraente come d'azione sono cominciati ad affiorare rilevando che spesso è difficile individuare in materia l'attribuzione di un vero e proprio potere autoritativo alla scelta del contraente⁽¹⁴¹⁾.

s.n.c. c. Assoc. temp. Impr. Decor e a. e Com. Montescaglioso, in *Arch. giur. op. pub.*, 1992, 2180, che considera che il principio della imperatività del provvedimento amministrativo prevalga sul principio in base al quale le prescrizioni sulla presentazione delle offerte sono poste per il perseguimento di un pubblico interesse e per garantire l'imparzialità che è solo suppletivo e non rileva ove l'esclusione sia disposta espressamente.

⁽¹³⁹⁾ P. SANTORO, *Il controllo sull'approvazione dei contratti nella riforma: una nota stonata*, in *Riv. Corte conti*, 1995, 434.

⁽¹⁴⁰⁾ G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 292, ove considera che «parlare ancora di provvedimenti amministrativi, con riferimento ai vari atti in cui si articola l'evidenza pubblica, appare erroneo sotto vari profili», poiché dal punto di vista dommatico esclude che vi sia esercizio di potestà amministrativa e dal punto di vista del regime tale inquadramento precluderebbe «ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale: in contrasto, a tacer d'altro, con la specifica previsione comunitaria in proposito».

⁽¹⁴¹⁾ G. PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, cit., vol. II, 1562 e s. Cfr. per altro settore: L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi e interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, 182 e s.

La posizione di supremazia pare dunque lasciare sempre più spazio ad una configurazione paritaria del rapporto con i concorrenti, anche in considerazione della riduzione dei poteri «discrezionali» nella selezione del contraente, che appare sempre più una disciplina delle trattative volta ad individuare il contraente oggettivamente migliore⁽¹⁴²⁾.

Sintomatica di questa nuova prospettiva è la disciplina degli enti locali, ove la scelta di stipulare un contratto non può più essere adottata con «deliberazione di contrattare» assunta collegialmente, ma con mera «determinazione» del dirigente in attuazione della programmazione deliberata dagli organi politici⁽¹⁴³⁾. In tale quadro, le scelte discrezionali sono assunte in sede di programmazione⁽¹⁴⁴⁾ e l'attività professionale del dirigente con riferimento ad essa è vincolata dalla disciplina sulla selezione del contraente e dalla procedura di gara ove la scelta avviene oggettivamente in base ai criteri predefiniti, con ausilio di una commissione tecnica.

Il completamento della riforma in materia di lavori pubblici impone che la selezione avvenga attraverso «procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori»⁽¹⁴⁵⁾ ed a tal fine detta una disciplina dettagliata

⁽¹⁴²⁾ C.E. GALLO, voce *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, vol. XIV, 294 e s.

⁽¹⁴³⁾ Art. 192, t.u. n. 267 del 2000, cit., «*Determinazioni a contrattare e relative procedure* 1. La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base. 2. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano».

⁽¹⁴⁴⁾ D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce: Atto amministrativo*, in *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 756 e s.

⁽¹⁴⁵⁾ Art. 1, comma I, l. 109/94, cit.

volta ad assicurare la scelta oggettiva e concorrenziale del contraente migliore.

Nell'ambito di tale disciplina si ritrovano rinvii alla vecchia legge di contabilità di Stato, ad esempio per l'affidamento di appalti di lavori di importo relativamente basso⁽¹⁴⁶⁾, tuttavia la norma richiamata deve essere applicata alla luce dei nuovi principi e delle regole esplicitate anche nella recente circolare ministeriale sopra ricordata, che impongono la pubblicità degli atti, la motivazione⁽¹⁴⁷⁾ ed il ricorso a forme di selezione che consentano un confronto concorrenziale⁽¹⁴⁸⁾, che «garantisce al contribuente che la spesa pubblica risulta effettivamente minimizzata, incentivando peraltro l'efficienza produttiva e organizzativa delle imprese»⁽¹⁴⁹⁾. La legge finanziaria per il 2003⁽¹⁵⁰⁾, ha in tal senso previsto che «anche nelle ipotesi in cui la vigente normativa consente la trattativa privata, le pubbliche amministrazioni possono farvi ricorso solo in casi

⁽¹⁴⁶⁾ Art. 24, comma I, lett. a, l. 109/94, cit.: «1. L'affidamento a trattativa privata è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi: a) lavori di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827».

⁽¹⁴⁷⁾ Art. 76, comma I, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*, cit. «1. L'appalto di lavori pubblici è affidato mediante pubblico incanto, licitazione privata, appalto-concorso o trattativa privata sulla base delle motivate indicazioni del responsabile del procedimento».

⁽¹⁴⁸⁾ Art. 78, comma IV, *Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*, cit. «La procedura della gara informale può essere adottata dalla stazione appaltante anche nel caso in cui questa non sia obbligatoria per legge; il numero dei soggetti da invitare può essere inferiore a quello di legge, e comunque non inferiore a cinque».

⁽¹⁴⁹⁾ Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione al Parlamento e al Governo su «bandi di gara in materia di appalti pubblici»* del 28 settembre 1999, cit.

⁽¹⁵⁰⁾ Art. 24, comma V, 4, l. 27 dicembre 2002, n. 289, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2003)*.

eccezionali e motivati, previo esperimento di una documentata indagine di mercato, dandone comunicazione alla sezione regionale della Corte dei conti».

Anche nelle procedure selettive non direttamente disciplinate da norme di origine europea viene dunque ridotta la discrezionalità nella scelta del contraente e viene superata l'affermazione di un *intuitus personae*⁽¹⁵¹⁾ verso organizzazioni a carattere di impresa, imponendo un'interpretazione della disciplina di contabilità di Stato che non può non tener conto dell'obbligo di correttezza nelle trattative anche per gli appalti sotto la soglia di rilievo comunitario.

Nel rispetto della disciplina europea si è dovuto riconoscere anche ai concorrenti alle gare prive di rilievo europeo una tutela diretta e immediata, che comporta l'adempimento dell'obbligo di correttezza precontrattuale e ciò si è attuato con la previsione della giurisdizione esclusiva anche sugli appalti sottosoglia.

Il rispetto delle norme specifiche sulla selezione del contraente non esclude, anzi richiede l'osservanza delle norme dell'ordinamento generale che prevedono l'obbligo di correttezza e buona fede nelle trattative, poiché il comportamento della parte pubblica può risultare corretto solo ove rispetti tali prescrizioni.

La normale atipicità del principio di correttezza viene specificata, seppur non esaurita, dalle regole per la scelta del contraente che si pongono come disciplina delle trattative da osservarsi ove non si voglia incorrere in scorrettezza. Nella valutazione della violazione dei principi relazionali di correttezza e buona fede la violazione delle norme sulla formazione dei contratti diviene indice della scorrettezza della parte pubblica.

Come si vedrà anche su un piano più generale il giudizio sulla responsabilità si distingue da quello sull'illegittimità in quanto ha un oggetto differente che solo per certi versi può so-

⁽¹⁵¹⁾ G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 257 e s.

vrapporsi, poiché ad esempio può comportare l'esame della violazione delle medesime norme, ma nel giudizio di legittimità, per accertare la sussistenza dei vizi di legittimità che possano determinare l'annullamento dell'atto, nel giudizio di responsabilità, invece perché tali norme costituiscono un parametro del comportamento dovuto⁽¹⁵²⁾.

Nell'accertamento della scorrettezza precontrattuale gli atti di cui sia stata accertata l'illegittimità possono rilevare come fatti dai quali può desumersi la contraddittorietà del comportamento, che può peraltro rilevarsi *aliunde*, anche grazie alla previsione di più numerosi mezzi di prova⁽¹⁵³⁾.

Si è già ricordato come solo un'interpretazione abrogatrice del principio di correttezza precontrattuale ne abbia escluso l'applicazione alle trattative della pubblica amministrazione, ove la violazione delle norme sulla selezione dei contraenti avrebbe potuto integrare un comportamento scorretto seppur

⁽¹⁵²⁾ Ove non si escluda la sussistenza di poteri e correlati interessi legittimi, può dunque immaginarsi una vicenda simile a quella descritta nelle fasi successive alla stipulazione, ove la violazione di norme considerate di azione determina illegittimità, ma può manifestare altresì un comportamento scorretto, con la conseguenza che la violazione di norme qualificate «di azione» può rilevare come fatto nella valutazione della scorrettezza del comportamento. La scorrettezza risulta in tali casi tipica.

⁽¹⁵³⁾ G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2002, 199 e s., nota a Cons. St. sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, *Comune di Cinisello Balsamo c. D.DB. Ecologia e Colombo Spurghi Lombardia s.n.c.*, ove si afferma la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione per la scorrettezza e contraddittorietà del comportamento nelle trattative volte all'affidamento del servizio di smaltimento di rifiuti ingombranti, urbani e assimilati, residui di pulizia delle strade, ove la scorrettezza consiste nel mantenere aperta una trattativa quando è ormai consapevole che non potrà avere esito positivo, perché si è già stipulato il contratto con altro soggetto. La comunicata intenzione di svolgere "approfondimenti normativi" circa la compatibilità tra il servizio di smaltimento rifiuti da affidare e l'impianto della società ricorrente si pone in contraddizione con la scelta di stipulare il contratto con altra impresa, senza darne tempestiva comunicazione. V. *infra* cap. II.

senza esaurire l'atipicità del principio. L'introduzione dell'art. 1337 c.c. sulla responsabilità precontrattuale avrebbe potuto assicurare che la violazione di norme d'azione potesse rilevare in una diversa prospettiva anche come scorrettezza e, ove sussistessero tutti gli altri elementi della fattispecie, consentire il risarcimento del danno.

Tale prospettiva non solo rifiutata, ma neppure ipotizzata in passato dalla giurisprudenza, appare oggi necessaria anche in relazione alle norme europee che impongono una tutela diretta ed immediata delle imprese interessate.

Paiono dunque superati i limiti che nel tempo hanno impedito nel nostro ordinamento di riconoscere nell'art. 1337 c.c. un generale obbligo di correttezza nelle trattative (tipico o atipico), cui corrisponda il diritto di pretendere un comportamento conforme alle norme che lo regolano ed in assenza di predeterminazione l'obbligo di tenere un comportamento non contraddittorio, con affermazione di un principio che si afferma come limitazione dell'autonomia negoziale⁽¹⁵⁴⁾, e pare assumere portata generalissima ove acquisisca rilevanza costituzionale nei rapporti tra i consociati.

Il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva è chiamato oggi ad elaborare una nuova interpretazione del principio di buona fede precontrattuale come limite dell'autonomia negoziale delle parti in trattativa, fondamento e garanzia del diritto alla correttezza. La nuova giurisdizione supera le difficoltà precedenti nell'individuazione delle gare pubbliche come peculiari trattative parallele, formalizzate dalla disciplina che predefinisce le modalità di selezione.

L'adozione di una procedura selettiva così dettagliatamente disciplinata assicura alle imprese interessate il diritto

⁽¹⁵⁴⁾ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1175, cit., 284; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122; R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro*, cit., 2058. V. *infra* cap. III, par. 3.

al corretto adempimento, che si risolve nella non contraddittorietà dei comportamenti e degli atti dell'ente appaltante. Il diritto soggettivo alla correttezza ottiene tutela mediante la correzione della procedura⁽¹⁵⁵⁾, l'annullamento degli atti lesivi, come risarcimento in forma specifica ovvero con il risarcimento del danno per equivalente.

La concentrazione della giurisdizione in capo al giudice amministrativo non deve peraltro far dimenticare che il giudizio sulla responsabilità per inadempimento degli obblighi di correttezza — o comunque sul comportamento dell'ente aggiudicatore — si distingue nettamente da quello sulla legittimità degli atti amministrativi.

Il giudice amministrativo è chiamato a risolvere le questioni connesse ai rapporti fra le due azioni e alle due forme di risarcimento, in forma specifica e per equivalente, anche in relazione alla più completa cognizione dei fatti che può acquisire nel giudizio sul risarcimento del danno⁽¹⁵⁶⁾.

5. *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.*

La nuova giurisdizione esclusiva ha presto suscitato contrastanti interpretazioni volte ad ampliarne l'estensione, ovvero a delimitarla rigorosamente. In particolare l'interpreta-

⁽¹⁵⁵⁾ C. giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, cit., ove si afferma che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che — una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità — si impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista al diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

⁽¹⁵⁶⁾ V. *infra* cap. II.

zione estensiva è stata proposta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato il ruolo del giudice amministrativo come "giudice ordinario della pubblica amministrazione"⁽¹⁵⁷⁾. Si è ritenuto che il legislatore con il concetto di "servizio pubblico", posto alla base dell'originaria estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si sia riferito ad ogni aspetto dell'attività amministrativa, senza distinguere fra atti e comportamenti. Si considera infatti che "l'ambito di applicazione dell'art. 97 Cost. sia tanto vasto quanto il potenziale ambito del concetto di servizio pubblico" in tal modo offrendo una nozione ampia di servizio pubblico poiché ogni attività dell'amministrazione va sempre finalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo. In tal senso "tutti gli atti ed i comportamenti dell'amministrazione, nonché quelli del gestore connessi ad interessi collettivi, hanno rilievo pubblicistico, tanto da essere stati presi in considerazione dalla normativa sul diritto di accesso agli atti, poiché si concretano nello svolgimento di servizi in funzione ed in favore del pubblico".

Il riferimento ai servizi pubblici comprenderebbe "la gestione dei beni e del personale, l'esercizio di funzioni pubbliche, l'emanazione di contratti o accordi di diritto amministrativo, la quotidiana attività materiale di istruzione dei procedimenti o quella svolta in esecuzione di atti o contratti, ovvero in occasione di servizi di vigilanza e di controllo", dunque, in sintesi, al nuovo "giudice ordinario della pubblica amministrazione" verrebbero affidate tutte le controversie particolarmente "vicine alla collettività", rendendo sostanzialmente « residuale » il tradizionale criterio generale di riparto di giurisdizione fondato sulla posizione soggettiva di interesse legittimo⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Consiglio di Stato, ad. plen., 27 gennaio-30 marzo 2000, n. 1, *Borrelli c. Asl I, Caserta*, in *Foro it.*, 2000, III, 365.

⁽¹⁵⁸⁾ Sulla base di queste considerazioni, ritiene l'adunanza plenaria che nessun dubbio possa sussistere circa la piena giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie tra il titolare di una farmacia e una ammini-

Sulla base di tale interpretazione si è ritenuto che il legislatore delegato avrebbe potuto devolvere alla giurisdizione esclusiva tutte le controversie intercorrenti con una pubblica amministrazione o con soggetti ad essa equiparati dalla legge o in base ad un principio dell'ordinamento⁽¹⁵⁹⁾, ed in tale prospettiva l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato non solo ha escluso la sussistenza di un eccesso di delega nel d.lgs. n. 80 del 1998, cit., ma ha al contrario affermato che il legislatore delegato non avrebbe attuato integralmente la delega ricevuta dal Parlamento.

Secondo una diversa lettura la riforma attuata avrebbe una portata molto più limitata poiché si esclude che il giudice amministrativo possa assurgere al ruolo di giudice dell'"interesse pubblico" ipoteticamente ravvisabile in ogni controversia in cui sia parte una pubblica amministrazione, indipendentemente dalla configurabilità di posizioni soggettive di interesse legittimo. In tale prospettiva si ritiene che la peculiarità che può giustificare l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo debba fondarsi su un regime giuridico "derogatorio del diritto comune", che non si ammette nella eterogenea materia dei servizi pubblici⁽¹⁶⁰⁾.

La definizione dell'ambito della riforma è demandata ai sollecitati interventi della Corte costituzionale che, dopo il riscontro dell'eccesso di delega è stata chiamata a verificare la compatibilità costituzionale della scelta del legislatore del 2000 di superare i limiti della delega del 1997 e ampliare radicalmente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo,

strazione facente parte del servizio sanitario nazionale, anche quando si controverta del mancato adempimento di una obbligazione pecuniaria: Consiglio di Stato, Ad. Plen. 27 gennaio-30 marzo 2000, n. 1, cit.

⁽¹⁵⁹⁾ Consiglio di Stato, Ad. Plen. 27 gennaio-30 marzo 2000, n. 1, cit. F. CARINGELLA, G. DE MARZO, F. DELLA VALLE, R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giuffrè, 2000, 15 e s.

⁽¹⁶⁰⁾ Corte di cassazione, sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, *Soc. Labor c. Com. Venezia*, in *Foro it.*, 2000, I, 2210.

con la conseguente individuazione di un nuovo giudice della responsabilità della pubblica amministrazione e del risarcimento del danno.

5.1. *Le questioni di legittimità costituzionale della riforma.*

Come si è visto, l'intervenuta riforma ha suscitato perplessità proprio nella sua scelta fondamentale di attribuire compiti del tutto inediti al giudice amministrativo. Tale radicale innovazione ha determinato numerose e significative questioni di legittimità costituzionale, in primo luogo concernenti il rapporto con la legge di delegazione per eccesso di delega, ma anche su altri profili⁽¹⁶¹⁾. Viene così demandata alla Corte costituzionale la definizione dell'assetto della nuova giurisdizione del giudice amministrativo ed il rapporto con la giurisdizione civile⁽¹⁶²⁾.

Le questioni concernenti l'eccesso di delega sono state superate con l'entrata in vigore della l. 205 del 2000, cit., tuttavia permangono quelle concernenti il periodo di vigenza della riforma emanata con decreto legislativo, poiché la pronuncia della Corte costituzionale non si è occupata degli aspetti concernenti l'edilizia e l'urbanistica, con la conseguenza che in relazione alle controversie sorte in quel periodo sono state sollevate ulteriori questioni di legittimità costituzionale⁽¹⁶³⁾. Si ritiene infatti che anche per queste materie la legge di delegazione prevedesse unicamente "l'estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto

⁽¹⁶¹⁾ A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, I, 2000, 2392.

⁽¹⁶²⁾ A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, in *Foro it.*, V, 2001, 68 e s.

⁽¹⁶³⁾ Tribunale di Bassano del Grappa, ordinanza 23 luglio 2001, in, in *G.U.R.I.*, I serie speciale, 21 agosto 2002, n. 33, 27, ove la controversia concerne un piano di lottizzazione e la relativa convenzione.

diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle concernenti il risarcimento del danno” e non la sottrazione al giudice ordinario di tutte le controversie aventi per oggetto atti, provvedimenti e comportamenti delle amministrazioni pubbliche. In particolare la Cassazione aveva già posto la questione di legittimità costituzionale sul comportamento di spossessamento affermando che: “la giurisdizione del giudice ordinario, sulla denuncia di comportamenti lesivi del possesso posti in essere dalla pubblica amministrazione nell’ambito di una procedura espropriativa, non trova deroga nel citato art. 34, né potrebbe trovarla, senza esporre la norma ad illegittimità costituzionale per eccesso rispetto alla delega in forza della quale è stata emanata”⁽¹⁶⁴⁾. La Cassazione interpreta il riferimento delle legge di delegazione ai diritti patrimoniali consequenziali come diritti soggettivi di contenuto patrimoniale “determinati dall’esercizio della giurisdizione di legittimità su atti o provvedimenti, senza alcuna menzione dei diritti nascenti da fatti o comportamenti, quali i citati diritti restitutori o risarcitori”⁽¹⁶⁵⁾.

Si dubita della legittimità costituzionale rispetto alla legge di delegazione della scelta di sottrarre al giudice ordinario e devolvere alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le cause su diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della pubblica amministrazione in procedure espropriative

⁽¹⁶⁴⁾ Corte di cassazione sez. un., 25 maggio 2000, n. 43, *L. Candiano e a. c. Com. di Farra di Soligo*, in *cd-rom Foro it.*, ove gli attori hanno chiesto al Pretore di Treviso di ordinare al comune di Farra di Soligo, “in via cautelare e nel merito possessorio”, di reintegrarli nel godimento di fondi occupati in via d’urgenza dal comune stesso al fine di realizzare un piano per insediamenti produttivi, deducendo che i provvedimenti autorizzativi dell’occupazione, resi il 2 marzo 1998, erano divenuti inefficaci, ai sensi dell’art. 20, 1° comma, l. 22 ottobre 1971 n. 865, perché il comune non aveva fatto seguire entro tre mesi dall’ablazione del possesso l’effettivo insediamento nelle aree, così determinando una situazione di spossessamento senza titolo, denunciabile con l’azione di reintegrazione.

⁽¹⁶⁵⁾ Corte di cassazione sez. un., 25 maggio 2000, n. 43, *L. Candiano e a. c. Com. di Farra di Soligo*, cit.

finalizzate alla gestione del territorio. Si paventano inoltre le difficoltà che rimangono attuali anche per l’applicazione della norme riscritte dalla l. 205, ricollegate alla distinzione delle questioni attinenti ai diritti indennitari, che restano al giudice civile, rispetto alle questioni su altri diritti soggettivi assegnate al giudice amministrativo.

I giudici ordinari inoltre escludono l’efficacia retroattiva della disciplina riscritta dalla l. n. 205 del 2000, cit. poiché l’integrazione che questa ha introdotto le attribuirebbe il carattere di novità con la conseguente applicabilità solo ai giudizi instaurati successivamente alla sua entrata in vigore, salvo l’effetto convalidante *ex art. 5 c.p.c.*⁽¹⁶⁶⁾ per i giudizi in corso già pendenti avanti al giudice amministrativo⁽¹⁶⁷⁾.

La Corte costituzionale invece ha ritenuto manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza la questione sollevata dai

⁽¹⁶⁶⁾ Art. 5 c.p.c. “*Momento determinante della giurisdizione e della competenza*”. La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo”. Cfr. Corte di cassazione, sez. un., 6 aprile 2001, n. 149, *Banca d’Italia c. Consob*, in *Foro it.*, 2002, I, 501, ove si afferma che il regolamento di giurisdizione è inammissibile, perché stabilire se sussiste la giurisdizione ordinaria sulla domanda di risarcimento del danno proposta per violazione di funzioni istituzionali nei confronti della banca d’Italia e della Consob in data successiva al 30 giugno 1998, ma prima del 10 agosto 2000, è questione di merito e non di giurisdizione, secondo il principio enunciato dalle sezioni unite con la sentenza 500 del 1999, in luogo del quale non possono essere invocati, con riferimento a quel periodo — rilevante a norma dell’art. 5 c.p.c., nuovo testo — in favore della devoluzione alla giurisdizione esclusiva amministrativa, né l’art. 33 d.lgs. n. 80/1998, perché dichiarato illegittimo dalla corte costituzionale con sentenza n. 292/2000, né l’art. 7 l. n. 205/2000, perché privo di efficacia retroattiva.

⁽¹⁶⁷⁾ Corte di cassazione, ord. 11 dicembre 2001, *Belfrontizio s.r.l. c. Com. di Acireale*, in *G.U. 13 marzo 2002*, n. 11, 53, ove si è richiesto regolamento preventivo di giurisdizione circa la controversia concernente il risarcimento del danno per inadempimento di una convenzione di lottizzazione. Trib. Di Bassano del Grappa, ord. 23 luglio 2001, *Bassa c. Com. di Gallio*, in *G.U. 21 agosto 2002*, n. 33, 27, relativo a controversie collegate ad un piano di lottizzazione e alla relativa convenzione.

giudici *a quibus* poiché la riscrittura degli articoli 33-35 del d.lgs. 80 del 1998, cit., li renderebbe soggetti alla disciplina dei successivi articoli che fissano la decorrenza degli effetti del decreto dal 1 luglio 1998⁽¹⁶⁸⁾.

Superata la questione dell'eccesso di delega in relazione alla definizione della materia dei servizi pubblici, si sono prospettati ulteriori profili di incostituzionalità.

Innanzitutto si è affermato che l'attribuzione di controversie identiche a giudici diversi costituirebbe una modificazione dell'"ordine costituzionale delle giurisdizioni" e determinerebbe una violazione del divieto di distogliere dal giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 25, comma I, Cost. Solo la specificità della materia può giustificare la pluralità delle giurisdizioni, ma tale specificità non può essere confusa con una "generica rilevanza pubblica", con la conseguente affermazione che i diritti soggettivi verso i privati e verso la pubblica amministrazione dovrebbero essere tutelati nello stesso modo. La violazione dell'art. 3 comma I, risiederebbe nel fatto che controversie uguali o affini dovrebbero essere devolute alla medesima giurisdizione, poiché si nega che alla pubblica amministrazione possa riconoscersi uno statuto particolare quando si rapporta con i privati su un piano di parità.

La questione principale sembra riguardare l'ampiezza delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva in relazione alla norma costituzionale che dispone la giurisdizione del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa "in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi" (art. 103, comma I, Cost.)⁽¹⁶⁹⁾ oltre alla ordinaria giurisdizione di legittimità.

⁽¹⁶⁸⁾ Corte cost., ord. 16 aprile 2002, n. 122, *Tosirom s.a.s. c. Com. di Roma*, in *Consultaonline*, nonché in *Foro it.*, 2002, I, 1266. S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, Relazione al Convegno *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002.

⁽¹⁶⁹⁾ Le particolari materie erano in origine definite dall'art. 29, t.u.

Le materie oggi individuate possono apparire anche molto ampie e forse riconducibili alla qualificazione di "materie omogenee" come previsto nei progetti di riforma costituzionale. Tuttavia si è rilevato come di recente anche in Costituzione, in occasione della riforma del titolo V, la nozione di materia sia stata utilizzata in senso molto ampio per indicare non

Cons. Stato (art. 8 del R. decreto 30 dicembre 1923, n. 2840) — 1. Sono attribuiti all'esclusiva giurisdizione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale: 1) i ricorsi relativi al rapporto d'impiego prodotti dagli impiegati dello Stato, degli enti ed istituti pubblici sottoposti a tutela od anche a sola vigilanza dell'amministrazione centrale dello Stato o da agenti di ferrovie o tramvie concesse all'industria privata ai sensi dell'art. 15 del r.d.l. 19 ottobre 1923, n. 2311, quando non si tratti di materia spettante alla giurisdizione della Corte dei conti o a quella di altri corpi o collegi speciali; 2) i ricorsi contro i provvedimenti che autorizzano o negano la fondazione di istituzioni pubbliche di beneficenza, o di istituzioni pubbliche di istruzione e di educazione, o che ne approvano o modificano gli statuti; 3) i ricorsi relativi al concentramento, al raggruppamento, alla fusione, alla trasformazione, alla costituzione in consorzio o alla federazione delle istituzioni pubbliche indicate nel numero precedente o ad esse equiparate a norma dell'art. 91 della l. 17 luglio 1890, n. 6972; 4) le controversie tra lo Stato ed i suoi creditori riguardanti la interpretazione dei contratti di prestito pubblico, delle leggi relative a tali prestiti e delle altre sul debito pubblico; nonché le controversie indicate nell'art. 14 della l. 27 aprile 1885, n. 3048; 5) i ricorsi circa la competenza passiva delle spese ritenute rispettivamente obbligatorie per lo Stato, per la Provincia e per il Comune, ai termini delle leggi vigenti in materia di sanità pubblica; 6) i ricorsi in materia di spedalità e di ricovero degli inabili al lavoro; 7) le controversie relative alle spese per gli alienati previste dall'art. 7 (primo comma) della l. 14 febbraio 1904, n. 36; 8) i ricorsi contro il decreto del Prefetto che, in seguito al reclamo di parte o d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio d'industrie insalubri o pericolose ai termini degli artt. 32, 33 e 34 della legge sulla pubblica sicurezza 30 giugno 1889, n. 6144, e dell'art. 68 della legge sanitaria, t.u. 1° agosto 1907, n. 636; 9) i ricorsi contro le decisioni delle giunte provinciali amministrative emesse in materia di loro esclusive giurisdizione. 2. I ricorsi previsti dai nn. 1, 6 e 7 del presente articolo sono ammessi soltanto per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge. 3. Su quelli previsti dai nn. 2, 3, 4, 5, 8 e 9, il Consiglio di Stato pronuncia anche in merito, salvo nei ricorsi di cui al n. 9 quanto è disposto in contrario dal secondo comma dell'art. 22 del testo unico delle leggi sulla giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale.

solo oggetti specifici, ma anche settori di attività e compiti trasversali⁽¹⁷⁰⁾.

Tuttavia le perplessità possono apparire anche con riferimento all'art. 7, comma III, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, cit., "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali". Si potrebbe infatti dubitare della costituzionalità della scelta di affidare al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento dei danni in tutti i settori dell'azione amministrativa. Infatti ove si ritenesse che la tutela risarcitoria sia attribuita alla posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo la questione non si porrebbe perché si considererebbe introdotta una nuova forma di tutela a tale posizione soggettiva; se al contrario si considera che ad essere risarcito è un diritto allora si dovrebbe riconoscere che l'art. 7, cit. introduce un ulteriore nuovo caso di giurisdizione esclusiva che potrebbe non apparire riconducibile ad una delle "particolari materie" previste dall'art. 103 Cost. Il risarcimento del danno non è in senso proprio una materia, ma costituisce piuttosto una tecnica di tutela che potrebbe apparire troppo ampia e

⁽¹⁷⁰⁾ Afferma che "la Costituzione usa la parola 'materie' in un modo elastico, elastico lo era già prima e lo è forse ancora di più nella Costituzione così come modificata nel titolo quinto. Se leggete l'elenco di materie, quelle dello Stato, quelle della Regione, è facile capire che per 'materie' la Costituzione comprende cose diversissime, oggetti specifici (i porti), settori di attività (agricoltura, nella vecchia Costituzione) compiti trasversali (assicurare certi livelli di tutela delle prestazioni) e che materia è questa? È un compito, un dovere che lo Stato ha, un diritto che si riserva, non è una materia, si riserva il diritto di dire alle Regioni che anche nelle loro materie devono rispettare questo livello di prestazione, ma non è una materia. Vi sono poi ambiti giuridici (il diritto privato, il diritto processuale): quindi è evidente che la nozione di materia nella Costituzione è molto ampia": G.D. FALCON, *Relazione di sintesi, Convegno su "Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205 del 2000"*, Trento dei 7-8 giugno 2002, in *giust.it*.

dunque in violazione del limite costituzionale posto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con l'espressione "particolari materie"⁽¹⁷¹⁾.

Questo dubbio di legittimità costituzionale viene sollevato qualora si ritenga che oggetto del risarcimento del danno sia il "diritto al risarcimento del danno" che sorge nel momento in cui l'interesse legittimo viene leso, seguendo la posizione che considera l'art. 2043 come norma sanzionatoria⁽¹⁷²⁾. Rinviando al capitolo successivo l'analisi di tale ricostruzione si può sottolineare fin da ora che la medesima questione può porsi anche qualora si ritenga che la posizione soggettiva lesa e risarcibile sia un diritto soggettivo diverso, quale il "diritto alla correttezza" violato dal comportamento

⁽¹⁷¹⁾ F. CARINGELLA, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, Milano, Università Bicconi, 14 ottobre 2002.

⁽¹⁷²⁾ Cfr. Corte di cassazione, 24 febbraio 2000, *Genazzani*, in *Riv. pen.*, 2000, 575, ove si afferma che alla luce del recente orientamento giurisprudenziale espresso dalle sezioni unite civili della corte di cassazione (sent. n. 506 del 22 luglio 1999) secondo cui deve riconoscersi all'art. 2043 c.c. il rango non più di norma secondaria, volta a sanzionare con l'obbligo del risarcimento una condotta vietata da altre norme, sibiene di norma primaria, volta a garantire la riparazione di qualsivoglia danno ingiusto, identificabile nella lesione, non giustificata da altre norme, di un interesse rilevante per l'ordinamento, deve ritenersi configurabile il reato di abuso di ufficio, sotto il profilo della produzione a taluno di un danno ingiusto, ogni qual volta il soggetto che esplica una funzione o un servizio pubblico abbia posto in essere un'attività da riguardarsi come illegittima dalla quale sia derivata non la lesione di un interesse legittimo in sé considerato, ma la lesione dell'interesse al bene della vita che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento ed al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, si collega (nella specie, in applicazione di tali principi, si è ritenuto che desse luogo alla configurabilità del reato in questione il comportamento del titolare di una cattedra universitaria di medicina il quale, ledendo il risarcibile interesse sostanziale di un professore associato ad una compiuta estrinsecazione della propria professionalità, cui si collegava l'interesse legittimo, in base alla normativa vigente, ad essere assegnato all'espletamento di determinate mansioni comprendenti l'attività di sala operatoria, lo aveva escluso da detta attività).

scorretto, inadempiente o illecito della pubblica amministrazione⁽¹⁷³⁾.

Si è notato peraltro come nei tempi più recenti, non solo nella riforma costituzionale, ma anche il legislatore ordinario abbia attribuito alla giurisdizione esclusiva materie "trasversali", o meglio tutte le controversie che possono sorgere in relazione a taluni istituti giuridici, così ad esempio gli accordi di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990, cit., comma V, ove si prevede che: "le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi di cui al presente articolo sono riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo"⁽¹⁷⁴⁾.

L'attribuzione della giurisdizione su diritti soggettivi al giudice amministrativo è stata sempre ricollegata alla "peculiarità" della controversia, almeno nelle risalenti pronunce della Corte costituzionale che hanno affermato l'infondatezza della questione di costituzionalità della scelta del legislatore di affidare alla giurisdizione esclusiva le controversie sull'indennità di buonuscita dei dipendenti dello Stato e delle aziende autonome⁽¹⁷⁵⁾, anche perché cause di carattere essenzialmente documentale.

Secondo un'interpretazione le "particolari materie" sono intese come "ambiti limitati", in relazione al carattere "speciale" della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su diritti soggettivi che integra e non modifica il baricentro dalla tutela degli interessi legittimi⁽¹⁷⁶⁾, con possibile illegitti-

⁽¹⁷³⁾ V. *infra* cap. III, par. 3.

⁽¹⁷⁴⁾ F. CARINGELLA, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, cit.; G.D. FALCON, *Relazione di sintesi, Convegno su "Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205 del 2000"*, cit.; anche prima della l. n. 241 del 1990, si pensi alle convenzioni urbanistiche della l. 10 del 1977.

⁽¹⁷⁵⁾ Corte cost. 10 dicembre 1981, n. 185, in *Giur. cost.* 1981, 1826; Corte cost., ordinanza, 5 aprile 1984, n. 100, in *Giur. Cost.* 1984, 545.

⁽¹⁷⁶⁾ A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, cit., 2392.

mità della previsione dell'assegnazione al giudice amministrativo di tutte le controversie relative ai servizi pubblici.

Secondo altra interpretazione le "particolari materie" sono particolari solo in quanto specificamente individuate, con il limite di non poter ricomprendere l'intero ambito delle controversie con la pubblica amministrazione, e ciò consente di ammettere e sperimentare il nuovo criterio di riparto delle giurisdizioni⁽¹⁷⁷⁾, seppur nella consapevolezza delle difficoltà applicative che ne potranno derivare.

Nell'analisi delle singole previsioni che segnano il nuovo riparto di giurisdizione sembra confermata la scelta di mantenere al giudice ordinario la giurisdizione sui rapporti successivi al sorgere del vincolo obbligatorio, ad esempio sulle controversie sull'esecuzione degli appalti pubblici⁽¹⁷⁸⁾; si tratta di una scelta che è apparsa singolare dal momento che è generalmente riconosciuto che le peculiarità di tale fase esecutiva risultano maggiori rispetto a quelle concernenti ad esempio i corrispettivi per le prestazioni attuate nell'ambito dei servizi pubblici, che invece sono state devolute al giudice amministrativo.

Se si riconosce che i due giudici assicurano indifferentemente una adeguata tutela, la definizione del riparto è demandata alle valutazioni del legislatore, il quale può mantenere determinate controversie, che coinvolgono la pubblica amministrazione, nella giurisdizione civile, poiché tale scelta trova fondamento nelle affermazioni della Corte costituzionale che

⁽¹⁷⁷⁾ G.D. FALCON, *Relazione di sintesi, Convegno su "Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205 del 2000*, cit. afferma che dovrebbe prevalere l'uso che oggi la Costituzione fa del termine materia (es. nella riforma del titolo V della Costituzione) e quindi questo sarebbe il parametro del giudizio, non il pensiero, all'epoca, dei Costituenti. Tuttavia le materie sono così difficilmente definibili che si ritiene non esista criterio più incerto di riparto della giurisdizione che un riparto per materia.

⁽¹⁷⁸⁾ Cass., sez. un., ordinanza 18 aprile 2002, n. 5640, *Soc. Ideacasa c. Com. Fondi*, in *Cd-rom Foro it.*

ha ritenuto che quando la pubblica amministrazione applica il diritto comune la potenzialità di tutela dei diritti soggettivi offerta dal giudice ordinario è completa, con il solo limite di non potersi sostituire all'amministrazione o condannarla ad emanare un atto⁽¹⁷⁹⁾.

In tale prospettiva si contesta l'estensione della giurisdizione amministrativa sui diritti, tentando di riportare al giudice ordinario l'intera giurisdizione sull'esecuzione dei rapporti obbligatori. Adottando una "interpretazione adeguatrice", si esclude infatti che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici, ai sensi dell'art. 33 d.lgs. 80 del 1998, cit., "rientrano anche controversie tra gestore del servizio e suoi fornitori (di beni od attività strumentali) che siano attinenti al momento dell'esecuzione dei correlativi contratti, ferma restando quella giurisdizione, ex lett. e) dell'art. cit., per le controversie afferenti alla fase (di evidenza pubblica e, quindi, correlata a interessi generali) dell'aggiudicazione"⁽¹⁸⁰⁾. Tale posizione appare coerente con la ricostruzione che considera che anche l'estensione della giurisdizione esclusiva avvenuta più di recente, ma antecedente al d.lgs. 80 del 1998, cit., tendeva a conservare al giudice ordinario la cognizione dei diritti. In tal senso si può ricordare l'art. 33 della l. n. 287 del 1990, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*, che pur attribuendo al giudice amministrativo la giurisdizione sui provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, conserva al giudice ordinario la giurisdizione sulle azioni di nullità e di risarcimento del danno derivanti da violazioni delle norme del settore, così il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, *Attuazione della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia*

⁽¹⁷⁹⁾ Corte costituzionale, 21 luglio 1981, n. 138, *Osp. riun. Napoli c. Enel*, in *Foro it.*, 1981, I, 2353.

⁽¹⁸⁰⁾ Corte di cassazione sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, *Labor s.c.r.l. c. Com. di Venezia*, cit.

di pubblicità ingannevole e comparativa, art. 7, commi XI e XIII⁽¹⁸¹⁾, introduce la giurisdizione esclusiva nei confronti delle decisioni dell'autorità garante, ma non la estende alla materia della concorrenza sleale. Ancora la l. 675 del 1996, *Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*, ha demandato al giudice ordinario la materia del trattamento dei dati personali⁽¹⁸²⁾.

L'estensione della giurisdizione esclusiva incide anche sul profilo soggettivo delle parti del giudizio che vengono attratte alla giurisdizione amministrativa in relazione alla disciplina giuridica che sono tenuti ad applicare. Un profilo di illegittimità viene così rinvenuto nella mancanza di copertura costituzionale per l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo relativamente a diritti soggettivi azionati dalla pubblica amministrazione verso soggetti privati o verso altre pubbliche amministrazioni, (o solo tra soggetti privati) mentre le norme costituzionali prevedono unicamente l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva delle tutela di diritti soggettivi "nei confronti della pubblica amministrazione" (art.

⁽¹⁸¹⁾ D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, cit.: "11. I ricorsi avverso le decisioni definitive adottate dall'Autorità rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. 12. Ove la pubblicità sia stata assentita con provvedimento amministrativo, preordinato anche alla verifica del carattere non ingannevole della stessa o di liceità del messaggio di pubblicità comparativa, la tutela dei concorrenti, dei consumatori e delle loro associazioni e organizzazioni è esperibile solo in via giurisdizionale con ricorso al giudice amministrativo avverso il predetto provvedimento. 13. È comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario, in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell'art. 2598 del codice civile nonché per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d'autore protetto dalla l. 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni e del marchio d'impresa protetto a norma del regio decreto 21 giugno 1942, n. 929, e successive modificazioni, nonché delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti".

⁽¹⁸²⁾ Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usi Rm/E*, in *G.U.R.I., I serie speciale*, 6 novembre 2002, n. 44.

103, comma I, Cost.)⁽¹⁸³⁾. Il giudice amministrativo può conoscere anche di rapporti tra soggetti privati come ad esempio tra gestore privato di un servizio pubblico e aspiranti contraenti privati. Come ricordato, il nuovo processo amministrativo si caratterizza per l'attribuzione delle diverse "tecniche di protezione giurisdizionale" ad un unico giudice, introducendo, sulla scorta del modello francese una giurisdizione piena per alcuni blocchi di materie, anche al di là della presenza in giudizio di soggetti formalmente pubblici⁽¹⁸⁴⁾. Si è rilevato infatti che la riforma attribuisce al giudice amministrativo "la materia in quanto tale"⁽¹⁸⁵⁾ e le relative controversie e non i ricorsi proposti nei confronti della pubblica amministrazione o contro atti amministrativi. Atti e comportamenti di soggetti privati sono devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto compiuti in applicazione di particolari norme, ad esempio in materia di scelta del contraente, ma che non per questo perdono la loro qualificazione di soggetti privati. Da qui discendono numerose questioni circa l'adeguatezza degli istituti del processo amministrativo alla tutela di tali posizioni soggettive di diritto nei confronti di soggetti privati ove non vi sono provvedimenti amministrativi da impugnare bensì fatti e comportamenti da ricostruire.

La trasformazione della giurisdizione esclusiva investe altresì le posizioni giuridiche soggettive coinvolte che possono anche risultare esclusivamente di diritto soggettivo.

Le ragioni della creazione della giurisdizione esclusiva sono state generalmente rinvenute nella difficoltà della distinzione delle posizioni giuridiche soggettive, benché tale distin-

⁽¹⁸³⁾ Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usl Rm/E*, cit., 69.

⁽¹⁸⁴⁾ A. PAJNO, *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo in Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. Cassese), Appendice al tomo IV, Milano, 2001, 71 e s.

⁽¹⁸⁵⁾ A. TRAVI, *Giustizia amministrativa e giurisdizione esclusiva nelle recenti riforme*, cit., 68 e s.

zione sia stata affidata al giudice amministrativo in relazione alle differenti regole processuali elaborate per la tutela dei diritti soggettivi, nell'esigenza di evitare la duplicazione dei giudizi e infine nella individuazione di un interesse pubblico "significativo" che differenzierebbe la posizione soggettiva di diritto affidata alla tutela del giudice amministrativo rispetto agli altri diritti soggettivi.

Nella definizione della nuova giurisdizione esclusiva si prescinde dalla coesistenza di posizioni di interesse legittimo con posizioni di diritto soggettivo poiché si attribuiscono al giudice amministrativo anche controversie unicamente concernenti diritti soggettivi⁽¹⁸⁶⁾. Si è peraltro rilevato da tempo che solo in alcuni casi di giurisdizione esclusiva si rinviene "quell'intimo intreccio tra diritto ed interesse"⁽¹⁸⁷⁾ che è stato comunemente ritenuto la ragion d'essere della giurisdizione esclusiva; erano già stati individuati casi in cui vi erano solo questioni di diritti⁽¹⁸⁸⁾ e casi concernenti soli interessi⁽¹⁸⁹⁾.

⁽¹⁸⁶⁾ Quale ad esempio l'accertamento di un mero credito pecuniario secondo il diritto civile, mentre in passato si è ritenuto che la giurisdizione esclusiva, ad esempio in materia di beni e servizi pubblici, si giustificava per l'esistenza di poteri autoritativi della pubblica amministrazione che comportava la compressione di diritti ed interessi legittimi, mentre si lasciavano alla giurisdizione civile le controversie concernenti esclusivamente diritti soggettivi in materia di canoni, indennità ed altri corrispettivi: Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usl Rm/E*, cit.

⁽¹⁸⁷⁾ L. MAZZAROLLI, *Il Consiglio di Stato come giudice dei diritti*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Torino, 28-29 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1983, 253.

⁽¹⁸⁸⁾ R.d. 26 giugno 1924, n. 1054, *Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato*, art. 29, comma I, n. 6) i ricorsi in materia di ospitalità e di ricovero degli inabili al lavoro; 7) le controversie relative alle spese per gli alienati previste dall'art. 7 (primo comma) della l. 14 febbraio 1904, n. 36;

⁽¹⁸⁹⁾ R.d. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 29, comma I, n. 8) i ricorsi contro il decreto del Prefetto che, in seguito al reclamo di parte o d'ufficio, abbia provveduto per regolare o vietare l'esercizio d'industrie insalubri o pericolose ai termini degli artt. 32, 33 e 34 della legge sulla pubblica sicurezza 30 giugno 1889, n. 6144, e dell'art. 68 della legge sanitaria, t.u. 1° agosto 1907, n. 636.

Occorre rilevare che la Corte di cassazione ha invece escluso la possibilità di una indiscriminata estensione della giurisdizione esclusiva a questioni "coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali" (190), poiché individua un limite costituzionale rispetto all'attribuzione al giudice amministrativo di controversie ove non si ravvisa alcuna difficoltà o incertezza di qualificazione delle posizioni soggettive, e contraddice in tal modo quella che era parsa l'originaria giustificazione della giurisdizione esclusiva (191).

La Cassazione non accoglie la configurazione del giudice amministrativo come nuovo "giudice ordinario nelle controversie in cui sia parte una p.a.", poiché la ritiene in violazione dell'art. 100, comma I, Cost. che definisce il giudice amministrativo come giudice "nell'amministrazione" e non "dell'amministrazione" (192).

La duplicazione di giudizi — in applicazione delle medesime norme — è ritenuta lesiva dell'art. 3 Cost., "sia sotto il profilo della (dubbia) ragionevolezza di una scelta distributiva tra due diversi plessi giurisdizionali di controversie identicamente attinenti a vicende di inadempimento di obbligazioni di diritto comune; sia per il profilo dell'eguaglianza, cui si riconduce l'esigenza della uniforme interpretazione della legge che (stante la non ricorribilità delle sentenze dei giudici ammi-

(190) Corte di cassazione sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, *Labor s.c.r.l. c. Com. di Venezia*, in *cd-rom Foro it.*, ove si afferma che: "la lettura pubblicistica dell'art. 33 d.lgs. n. 80, in parte qua — comportando un'estensione della giurisdizione amministrativa a controversie di carattere e contenuto esclusivamente patrimoniale, non direttamente ed effettivamente connesse ad interessi generali, come, intesi, quelle relative alla verifica (sulla base di categorie privatistiche) della puntualità o meno dell'esecuzione di contratti conclusi dal gestore (sia esso pubblico o privato) di un servizio pubblico per l'acquisizione di beni ed opere strumentali a detta attività — ponga seri dubbi di compatibilità con il precetto dell'art. 103 Cost."

(191) S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, cit.

(192) Corte di cassazione sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, *Labor s.c.r.l. c. Com. di Venezia*, cit.

nistrativi per violazione di legge ex art. 360, n. 3, c.p.c.) non avrebbe, viceversa, strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso 'diritto vivente', quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni codicistiche nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari e amministrativi" (193).

Il limite al ricorso in cassazione contro le decisioni del consiglio di Stato per soli motivi inerenti alla giurisdizione si fondava sul diverso ambito ed oggetto delle giurisdizioni che escludeva gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti, ora tali contrasti sembrano inevitabili in relazione alla attribuzione al giudice amministrativo del potere di condannare al risarcimento del danno anche fuori delle materie di giurisdizione esclusiva e di applicare dunque le medesime norme del codice civile in materia di obbligazioni, contratti e responsabilità.

Di qui la prospettata disparità di trattamento e l'irragionevolezza in relazione alla disparità di gradi di giudizio rispetto a controversie del tutto simili e la deroga al principio della nomofilachia attribuita alla Cassazione.

Il dubbio di legittimità costituzionale si focalizza dunque sull'irragionevolezza della legge che attribuisce al giudice amministrativo le stesse materie e gli stessi strumenti processuali del giudice ordinario "facendone un inutile doppione" (194).

Su tale ultimo profilo si è obiettato che tale possibile divergenza è già presente in ogni precedente ipotesi di giurisdizione esclusiva (195), al contrario potrebbe apparire contraddittorio assegnare al giudice amministrativo delle controversie per la loro peculiarità e ricondurle in ultimo grado al giudice ordinario.

(193) Corte di cassazione sez. un., 30 marzo 2000, n. 72, *Labor s.c.r.l. c. Com. di Venezia*, cit.

(194) Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usl Rm/E*, cit.

(195) S. BACCARINI, *La giurisdizione esclusiva e il nuovo riparto*, cit.

Sembra di interesse rilevare come il giudice civile ritenga irragionevole l'estensione della giurisdizione amministrativa, considerata tradizionalmente come giurisdizione "dei rapporti non paritari" in un momento in cui si assiste alla "regressione del momento autoritativo nel rapporto tra l'apparato pubblico e la società civile, di conseguenza dell'interesse legittimo (che è espressione della dialettica libertà-autorità) in favore della categoria relazionale diritto (dei cittadini) — obbligo (della p.a. di provvedere e di comportarsi secondo buona fede, anche come affermarsi del modello negoziale)"⁽¹⁹⁶⁾. Si contesta la scelta di "far confluire presso il g.a. la cognizione delle controversie di maggiore importanza sotto il profilo quanto meno degli interessi economici coinvolti e di devolvere al g.o. quelle (in cui è parte una p.a.) oggettivamente minori"⁽¹⁹⁷⁾. Inoltre dagli articoli 102, comma I e 113, comma I Cost. si desume la tendenziale generalità ed illimitatezza della giurisdizione del giudice ordinario sui diritti che fonda la naturale presunzione di devoluzione a tale giudice delle controversie anche nei confronti della pubblica amministrazione⁽¹⁹⁸⁾, come riaffermato con la sentenza 500 del 1999, ove la prospettazione della sussistenza di un "diritto al risarcimento" "è idonea da sola a radicare la giurisdizione ordinaria".

Come già ricordato, la questione di fondo consiste nel superamento del ruolo del giudice ordinario come giudice naturale dei diritti soggettivi tra privati e pubblica amministrazione — che si ricollegava all'evoluzione storica del nostro ordinamento giuridico ed in particolare alla legge del 1865 di abolizione dei tribunali ordinari del contenzioso amministrativo⁽¹⁹⁹⁾ — e com-

⁽¹⁹⁶⁾ Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usl Rm/E*, cit.

⁽¹⁹⁷⁾ Tribunale di Roma, ordinanza 31 luglio 2002, *Casa di cura Villa Maria Pia s.r.l. c. Azienda Usl Rm/E*, cit.

⁽¹⁹⁸⁾ R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'art. 113 cost. fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. ammin.*, 1988, 517.

⁽¹⁹⁹⁾ Sulla vicenda da ult.: F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 4 e s.

porta la valutazione della posizione che ritiene tale assetto costituzionalizzato e reso imm modificabile, se non attraverso il procedimento di revisione costituzionale.

6. *La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.*

La giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione comprende in primo luogo il nuovo ambito delle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Al riguardo si è rilevato che in materia di pubblico impiego privatizzato il giudice ordinario conosce di tutti gli atti di gestione, ad eccezione delle procedure concorsuali, con la conseguenza che si è prospettata la possibilità di individuare una sorta di giurisdizione esclusiva del giudice ordinario⁽²⁰⁰⁾.

Su tali questioni si tornerà più dettagliatamente in seguito, qui sembra opportuno anticipare come il nuovo riparto di giurisdizione suscita, come era prevedibile, difficoltà particolarmente evidenti nella sua prima fase di applicazione, in particolare sull'ambito residuale di giurisdizione ordinaria sul risarcimento del danno cagionato da una pubblica amministrazione⁽²⁰¹⁾ nell'esercizio di attività materiale.

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva "su di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno" unitamente alla previsione del comma

⁽²⁰⁰⁾ F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002.

⁽²⁰¹⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2001, 45 e s.; F. CARINGELLA, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002, che prospetta che tale giudice potrebbe essere chiamato a risarcire il danno provocato da un trasferimento conseguente ad un provvedimento di chiusura di una scuola. V. *infra*, parte II, cap. I.

V, dell'art. 35 del d.lgs. 80 del 1998, che: "Sono abrogati l'articolo 13 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi" esclude la giurisdizione del giudice ordinario sulle questioni concernenti danni consequenziali all'annullamento di provvedimenti amministrativi. Potrebbe ritenersi che possano individuarsi ipotesi di danni non consequenziali ad esempio i danni che derivano unicamente da un comportamento scorretto (ritardo nel provvedere, omissione) oppure nei casi ove il provvedimento è inoppugnabile. Tuttavia si ritiene che la consequenzialità possa riferirsi all'azione amministrativa ed essere considerata onnicomprensiva⁽²⁰²⁾.

Per quanto concerne la nuova definizione delle materie di giurisdizione esclusiva è significativo che si sia mantenuta la giurisdizione ordinaria sulla fase dell'esecuzione dei pubblici appalti che pure presenta sicuramente peculiarità che avrebbero potuto giustificare la scelta di concentrazione dei giudizi avanti al giudice amministrativo, come avvenuto per la gestione dei servizi pubblici.

In questa materia l'ambito di giurisdizione ordinaria riguarda esclusivamente i rapporti individuali di utenza. L'art. 7 della l. 205, cit., devolve infatti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ed in particolare, alla lettera e) quelle: "riguardanti le attività e le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della pubblica istruzione" ma esplicitamente "con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati". Tale disposizione sembrava rivolta ad escludere dalla giurisdizione

⁽²⁰²⁾ F. CARINGELLA, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002.

zione amministrativa i rapporti tra gli utenti ed i gestori privati di servizi pubblici, forse per evitare, almeno in parte i problemi di costituzionalità sopra evidenziati, concernenti la sottoposizione alla giurisdizione esclusiva di rapporti integralmente interprivati. Tuttavia l'interpretazione che si è affermata nelle Sezioni Unite della Cassazione⁽²⁰³⁾ è stata quella di considerare sottratti alla giurisdizione esclusiva tutti i "rapporti individuali di utenza con soggetti privati", intendendo i "soggetti privati" come utenti privati⁽²⁰⁴⁾ e dunque attribuendo alla giurisdizione civile tutti i rapporti fra utenti e gestori di servizi pubblici sia pubblici, sia privati. La medesima lettera e), afferma l'esclusione e dunque la permanenza della giurisdizione civile anche "delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità"⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰³⁾ Corte di cassazione, sez. un., 9 agosto 2000, n. 558, *Provenzano e. Ass. sess. sanità Sicilia*, in *cd-rom Foro it.*

⁽²⁰⁴⁾ Lasciando alla giurisdizione esclusiva i rapporti individuali di utenza con soggetti pubblici (es. Comune utente di servizi) ed i rapporti non individuali di utenza (es. ove li si ritenga servizi pubblici, anagrafe, stato civile, servizio statistico ecc.).

⁽²⁰⁵⁾ Per gli aspetti concernenti le controversie in materia di edilizia e urbanistica si rinvia alla trattazione successiva.

CAPITOLO II
IL RISARCIMENTO DEL DANNO
E L'INTERESSE LEGITTIMO

di *Gabriella M. Racca*

SOMMARIO: 1. Dal giudizio sull'illegittimità dell'atto al giudizio sull'illiceità, l'inadempimento o la scorrettezza del comportamento. — 2. Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo. I rapporti con i privati, persone fisiche e organizzazioni complesse. — 2.1. L'interesse legittimo e il risarcimento in forma specifica come evoluzione della tutela di annullamento. I poteri del giudice ed i limiti all'autonomia della pubblica amministrazione. — 3. Le prospettive di evoluzione del rapporto tra illegittimità ed illiceità, inadempimento e scorrettezza.

1. *Dal giudizio sull'illegittimità dell'atto al giudizio sull'illiceità, l'inadempimento o la scorrettezza del comportamento.*

Per affrontare la questione della disciplina del risarcimento del danno avanti al giudice amministrativo sembra necessario preliminarmente definire il contenuto delle nozioni che si utilizzeranno ed in particolare sembra opportuno delineare il rapporto fra illegittimità da un lato, ed illiceità, inadempimento e scorrettezza dall'altro⁽¹⁾. L'illegittimità viene

⁽¹⁾ Finora la distinzione risultava fondata sul riparto delle giurisdizioni, ora è il medesimo giudice a conoscere di entrambe. Afferma la necessità di individuare nelle controversie di giurisdizione esclusiva la consistenza della posizione giuridica soggettiva per "delimitare i poteri del giudice": Cons. St., ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, *Bruno Luciano e a. c. Com di Palermo, Ass. Reg. Turismo, Comunicazioni e Trasporti*, in *giust.it*.

normalmente riferita all'atto amministrativo in relazione alla sussistenza di almeno uno dei tre vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) consistenti, secondo una ricostruzione in violazioni di norme di azione⁽²⁾. L'illegittimità, in estrema sintesi, riguarda secondo tale ricostruzione esclusivamente l'atto amministrativo e si può rilevare mediante gli strumenti predisposti dall'ordinamento nel giudizio appunto di legittimità che — attraverso mezzi di prova limitati ai documenti, (s)chiarimenti e verificazioni, effettuate dalla stessa amministrazione, — consente di accertare tali vizi ed annullare l'atto illegittimo⁽³⁾.

L'illiceità, l'inadempimento e la scorrettezza possono riguardare invece il comportamento, la condotta di tutti i soggetti dell'ordinamento in violazione delle norme a tutela dei diritti soggettivi (norme che nel diritto amministrativo, seppure con riferimento ai poteri dell'amministrazione, sono state dette "norme di relazione"). L'illiceità, l'inadempimento e la scorrettezza della condotta vengono normalmente accertate dal giudice ordinario con l'ausilio dei più numerosi mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile.

Le due nozioni appaiono come categorie autonome e distinte, la legittimità come qualificazione esclusiva dell'atto, seppure comprensivo dell'attività volta alla sua emanazione (funzione⁽⁴⁾) e l'illiceità, l'inadempimento e la scorrettezza sono qualificazioni della condotta⁽⁵⁾.

(2) A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, cit.; E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 34 e s., come ricorda F. G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4050.

(3) C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 23 e s.

(4) F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 e s.; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 1983, 94 e s.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 e s.

(5) E. CASSETTA, *La figura e l'opera di E. Guicciardi*, in *Dir. amm.*, 1994,

Ne discende che, riguardando oggetti differenti, potrebbero, in ipotesi, coesistere un atto illegittimo e una condotta lecita, come pure una condotta illecita seppur in presenza di un atto legittimo⁽⁶⁾.

Tuttavia alcune difficoltà nella definizione del rapporto fra illegittimità ed illiceità sembrano sorgere se si ritiene che l'illegittimità non riguardi soltanto l'atto, ma il complessivo comportamento dell'amministrazione pubblica, con la conseguenza che in tale prospettiva l'illegittimità diviene qualificazione anche della condotta⁽⁷⁾.

286 e s. L. MAZZAROLI, *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Atti del Convegno celebrativo Cento anni di giurisdizione amministrativa*, Torino, 10-12 novembre 1989, cit., 201 e s.; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3^a ed., Padova, 1954, 19 e s., ove si considera l'illiceità come la qualificazione di un atto amministrativo in violazione di un diritto individuale, ma come "quella propria di qualunque comportamento che concreti inadempimento dell'obbligo giuridico proprio e lesione del diritto altrui"; R. CAVALLO PERIN, voce *Validità*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, 612 e s., afferma che "la validità è qualificazione riferita agli atti giuridici, rinviando invece di preferenza all'adempimento, alla correttezza, o alla liceità, la definizione di un giudizio di conformità dei comportamenti, anche se non è infrequente l'uso della locuzione «atti illeciti»"; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.* 1999, 3234, che afferma che "tra illegittimità ed illiceità non vi è continuità, se non quando la norma violata — che rende l'atto illegittimo — attinga anche all'ordine pubblico".

(6) Così si è pronunciato: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *Baldassini-Tognozzi costruzioni generali s.p.a. c. Min. infrastrutture e trasporti*, in *giust.it.*, e già G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2002, 199, nota a Cons. St., sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, *Comune di Cinisello Balsamo c. D.DB. Ecologia e Colombo Spurghi Lombardia s.n.c.* nonché *Id.*, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304 e s. Come si vedrà più avanti, nei casi in cui mediante la prova testimoniale si accerti il contenuto di telefonate che dimostrano il comportamento scorretto della parte pubblica (comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione e invito a prepararsi ad adempiere) nonostante si escluda l'illegittimità degli atti interruttivi di una gara pubblica.

(7) Afferma che "A mio avviso, mentre la qualificazione di illiceità riguarda la condotta, la illegittimità non riguarda soltanto l'atto (o provvedi-

Con esclusivo riferimento all'illegittimità, la posizione sembra derivare dalle elaborazioni che avevano ritenuto di ampliare l'ambito del sindacato del giudice amministrativo, dall'atto all'attività procedimentale, al "rapporto"⁽⁸⁾ con la pubblica amministrazione, tuttavia — in assenza di modifiche della disciplina processuale e dei relativi mezzi di prova nel giudizio di legittimità — non sembra si sia potuta realizzare una completa conoscenza e valutazione da parte del giudice della complessiva condotta dell'amministrazione, nonostante l'evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche di eccesso di potere⁽⁹⁾.

mento) ma l'intera attività (o inattività), e pertanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti": F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4051, nota 8; ID., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 31.

⁽⁸⁾ G. GRECO, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto*, *Relazione al Congresso Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002; M. CLARICH, *Il processo amministrativo a "rito ordinario"* in *giustizia-amministrativa.it.*, 2003.

⁽⁹⁾ F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., 1 e s. Non sanzionare il vizio di eccesso di potere della pubblica amministrazione "significherebbe infatti esporre la sua azione all'ineffettività, cioè alla crescente e graduale inosservanza degli atti amministrativi da parte dei suoi destinatari. Disporre irragionevolmente, o in modo non comprensibile, sottopone l'amministrazione al rischio di una progressiva perdita di « autorità ». Per tale ragione il sindacato per vizio di eccesso di potere è stato inteso come rivelatore di un principio istituzionale dell'amministrazione pubblica, cioè ad essa immanente, più precisamente di un principio che definisce l'amministrazione pubblica accolta nel nostro ordinamento giuridico. Principio istituzionale che non può dunque essere abrogato con norme scritte, perché trova comunque fondato su norme non scritte, che può essere eliminato solo pervenendo ad una profonda modificazione della natura giuridica dell'amministrazione pubblica nel nostro ordinamento giuridico, come nel caso in cui la titolarità delle scelte di carattere politico-amministrativo (merito) sia sottratta alla pubblica amministrazione con riserva al legislatore": R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, cit., 225 e s.

Si comprende dunque che se si ritiene che l'illegittimità sia riferibile non solo all'atto amministrativo, ma anche all'attività-comportamento, ne deriva una sovrapposizione fra l'atto-attività conoscibile nel tradizionale giudizio di legittimità⁽¹⁰⁾ ed il comportamento complessivo dell'amministrazione, conoscibile ai fini del giudizio di responsabilità (liceità, inadempimento, scorrettezza) con i ben più ampi mezzi di prova. Se si ritiene che con il giudizio sull'illegittimità dell'atto amministrativo mediante il sindacato sui vizi di legittimità sia possibile conoscere e valutare non solo la funzione, ma la condotta complessiva tenuta dall'amministrazione il giudizio di illegittimità viene a coincidere necessariamente con quello di illiceità, con la conseguenza che non sarebbe possibile la coesistenza di un atto legittimo ed una condotta illecita⁽¹¹⁾. Una simile nozione di interesse legittimo risulta così estesa⁽¹²⁾ fino a ricomprendere non solo l'interesse alla legittimità dell'atto amministrativo, ma anche al comportamento corretto della pubblica amministrazione, sicché accogliendo questa ricostruzione è chiaro che la lesione dell'interesse legittimo-diritto al comportamento corretto può apparire risarcibile.

A diversa conclusione si perviene ove invece si mantengano distinti l'ambito della legittimità dell'atto o provvedimento amministrativo legata all'accertamento dei vizi di legittimità, sulla base di un'istruttoria prevalentemente documen-

⁽¹⁰⁾ Si veda C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, vol. II, cit., 3336.

⁽¹¹⁾ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4051, ha ricordato che l'illegittimità discende dalla violazione di norme o di principi e non comporterebbe necessariamente l'illiceità (perché potrebbe mancare la violazione di situazioni soggettive), mentre invece l'illiceità presupporrebbe necessariamente l'illegittimità. La possibilità della coesistenza fra atto legittimo e comportamento scorretto è affermata da: Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, cit.

⁽¹²⁾ Ad una concezione così ampia dell'illegittimità dell'atto-illiceità del comportamento dell'amministrazione si ricollega un interesse legittimo alla legittimità-liceità della condotta dell'amministrazione che può risultare direttamente risarcibile, cioè determinare il sorgere di un diritto al risarcimento del danno.

tale, che può determinare unicamente l'annullamento e il differente ambito dell'illiceità, inadempimento o scorrettezza del comportamento della amministrazione, che ricomprende una più ampia serie di fatti, fra cui rientra anche l'atto o provvedimento amministrativo che viene conosciuto nella differente prospettiva di fatto, mediante i più ampi mezzi di prova. Tali mezzi di prova consentono di accertare fatti non desumibili dagli atti del procedimento, né dai documenti — quali ad esempio il contenuto di una telefonata, di un incontro non verbalizzato — da cui può desumersi l'illiceità, l'inadempimento o la scorrettezza del comportamento complessivamente inteso.

In questa prospettiva è possibile immaginare un comportamento illecito pur in presenza di un atto amministrativo legittimo⁽¹³⁾, ove dai documenti non sia stato possibile rilevare alcuna illegittimità, neppure per vizio di eccesso di potere. Il giudizio di legittimità si distingue nettamente dal giudizio di responsabilità per la condanna al risarcimento del danno perché ha un oggetto differente, benché indubbiamente quest'ultimo possa ricomprendere il primo, con la conseguenza che è possibile individuare una parziale sovrapposizione tra i due giudizi.

Le ricostruzioni della responsabilità della pubblica amministrazione, concernenti la natura giuridica, i suoi elementi costitutivi, i rapporti fra l'annullamento ed il risarcimento del danno devono essere esaminate tenendo presente l'esatto significato che si attribuisce alle nozioni impiegate, poiché, come si avrà modo di rilevare in seguito, risultano simmetrici gli esiti connessi alle due differenti ricostruzioni della nozione di interesse legittimo in relazione al risarcimento del danno.

⁽¹³⁾ Così: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, cit. ove si considera legittimo l'annullamento d'ufficio di una procedura selettiva, ma scorretto il comportamento tenuto dalla p.a. (1337 c.c.).

2. *Il risarcimento del danno e l'interesse legittimo. I rapporti con i privati, persone fisiche e organizzazioni complesse.*

Il rapido susseguirsi di riforme normative e interventi giurisprudenziali "innovativi" ha suscitato numerose riflessioni e ripensamenti sul rapporto fra amministrazione e privati, sulle conseguenti posizioni giuridiche soggettive ed i relativi strumenti di tutela⁽¹⁴⁾.

Per un attimo era parso che tali questioni fossero risolte dalla sentenza della Corte di cassazione⁽¹⁵⁾ che sembrava, in fine, ammettere la risarcibilità degli interessi legittimi, e invece proprio tale sentenza, prontamente seguita dalla riforma della giustizia amministrativa, ha fornito l'occasione per un rinnovato interesse alle nuove questioni che ne sono scaturite. Si tratta infatti di individuare la collocazione del previsto risarcimento del danno nel sistema della giustizia amministrativa — cui era tradizionalmente estraneo — e di definire il rapporto con la posizione giuridica soggettiva tipica del sistema, l'interesse legittimo.

Si è affermata l'esigenza di chiarire quale danno sia risarcibile e di riconsiderare la consistenza della posizione di interesse legittimo, le sue peculiarità rispetto al diritto soggettivo anche per valutare la necessità di concepire una tale posizione in relazione alle nuove forme di tutela introdotte, ovvero l'esi-

⁽¹⁴⁾ A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, Relazione al Convegno "Responsabilità dei atti e comportamenti della pubblica amministrazione", Bari, 25/26 gennaio 2002, 4, "le perduranti incertezze dottrinali e giurisprudenziali in ordine a numerose e rilevanti questioni pratiche (prima tra tutte quella della vigenza della c.d. 'pregiudiziale amministrativa') svelano quello che è, con sempre maggior evidenza, il nucleo problematico dell'intera materia (e, in buona sostanza, dell'intero sistema): la necessità di ridefinire *funditus* qualità e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino che vi sono coinvolte, e di modellare conseguentemente schemi e strumenti di tutela".

⁽¹⁵⁾ Il riferimento è Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, in *Foro it.* 1999, I, 3324.

genza di articolare maggiormente le posizioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione⁽¹⁶⁾.

Proprio in relazione a quanto sopra ricordato occorre considerare la consistenza che si attribuisce alla figura dell'interesse legittimo per evitare fraintendimenti nella individuazione del rapporto con il previsto risarcimento del danno. Definita la nozione di interesse legittimo che si assume o, più in generale, la complessità dei rapporti fra pubbliche amministrazioni e privati, pare possibile confrontarli con la previsione di un risarcimento del danno e valutare quali posizioni giuridiche soggettive risultino risarcibili nel nostro ordinamento⁽¹⁷⁾.

Il rapporto tra pubblica amministrazione e terzi non pare possa essere ricondotto ad un generale "stato di istituzionale soggezione dei cittadini" nei confronti della parte pubblica⁽¹⁸⁾, ma pare opportuno considerare distintamente il rapporto che la stessa instaura in particolare con le organizzazioni complesse, quali le imprese, le società, le associazioni professionali, ecc., le quali sono sempre più spesso i "soggetti privati" destinatari dell'azione amministrativa e che, diversamente dal singolo cittadino, sono in grado di confrontarsi con la pubblica

⁽¹⁶⁾ A. PAJNO, *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., 71 e s., considera la nuova giurisdizione amministrativa come una conseguenza dell'abbandono della distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, con la necessità di ridefinire i criteri per determinarne l'esatto contenuto ed i rapporti con la giurisdizione civile.

⁽¹⁷⁾ A. ROMANO-TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., 4, 8, sostiene che: "la difficoltà nel collegare direttamente interesse legittimo e risarcimento del danno viene rinvenuta nella persistente qualificazione della sua tutela come tutela oggettiva, volta ad assicurare il perseguimento dell'interesse pubblico, a prescindere da un collegamento diretto con l'interesse sostanziale del ricorrente. Si è cercato di ricostruire l'interesse legittimo come posizione soggettiva sostanziale che superato il carattere oggettivo della tutela venga ricondotto alla cosiddetta 'logica della spetanza' con la tutela diretta dell'interesse sostanziale del cittadino".

⁽¹⁸⁾ E.M. BARBIERI, *Il risarcimento che si addice agli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 655.

amministrazione su un piano di parità⁽¹⁹⁾, se non talora di superiorità per mezzi, strutture e apparati.

L'analisi dell'evoluzione dei rapporti instaurati dalla pubblica amministrazione non sembra possa prescindere da questa duplice prospettiva, da un lato il rapporto con il singolo, sia esso cittadino o comunque la persona fisica, non organizzata a titolo professionale, che si rivolge all'amministrazione, è destinatario di provvedimenti amministrativi o è utente di servizi pubblici, dall'altro i rapporti con le organizzazioni, le imprese che partecipano attivamente ai procedimenti amministrativi, stipulano accordi e convenzioni, partecipano alle gare d'appalto o sono scelte per erogare pubblici servizi ed a loro volta instaurano rapporti con i singoli utenti.

Nei rapporti con le organizzazioni complesse sembra necessario richiedere al privato trasparenza e correttezza, sanzionandone la violazione, non soltanto con le sanzioni penali, bensì con il risarcimento del danno causato alla parte pubblica ed alla collettività, al pari di quanto è previsto per i danni causati dalle pubbliche amministrazioni.

La tradizionale dicotomia diritti soggettivi, intesi principalmente come diritti assoluti, e interessi legittimi non pare sufficiente a descrivere la complessità degli indicati rapporti fra pubblica amministrazione e privati, quasi che le posizioni soggettive tendano a ridefinirsi sempre più secondo modelli che trascendono tale distinzione⁽²⁰⁾. La descrizione del rap-

⁽¹⁹⁾ Cfr. C. Cost. 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, 332, spec. 341.

⁽²⁰⁾ A. ROMANO-TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 50 e s., che rileva come il risarcimento sia imposto come « sanzione dei comportamenti degli Stati membri irrispettosi del diritto comunitario: più nell'ottica oggettivamente della repressione dell'iniuria che in quella soggettiva della riparazione della vittima del danno ingiusto ». Ricorda inoltre che se si riconoscesse all'illecito aquiliano una funzione sanzionatoria si potrebbe connettere il risarcimento del danno alla violazione del diritto obiettivo, superando il problema della lesione dell'interesse legittimo, tuttavia nel nostro ordinamento, si attribuisce alla responsabilità extracon-

porto con la pubblica amministrazione sembra richiedere un'evoluzione nell'articolata figura del diritto soggettivo⁽²¹⁾, ove si è finora concentrata l'attenzione sulla figura dell'interesse legittimo in quanto posizione soggettiva che è stata al centro della giustizia amministrativa.

Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione della figura dell'interesse legittimo, né per descriverne tutte le accezioni nel tempo evidenziate, si vogliono solo richiamare sommariamente le principali linee evolutive che vedono sorgere la figura come interesse individuato in negativo, in quanto

trattuale una funzione *riparatoria* di lesioni che abbiano cagionato un danno qualificato come ingiusto.

(21) Così R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, cit., 225 e s., afferma che: "in via teorica la questione della «risarcibilità degli interessi legittimi» parrebbe frutto di un equivoco, poiché chiedere l'applicazione anche agli interessi legittimi della disciplina giuridica del risarcimento del danno elaborata intorno alle posizioni soggettive denominate diritti soggettivi non consente all'analisi di rivelare che l'ordinamento in taluni casi è pervenuto nel tempo a riconoscere veri e propri diritti soggettivi ad una prestazione dell'amministrazione pubblica, cioè ad accordare ai destinatari dell'azione amministrativa un diritto di credito. Definito con l'atto programma le prestazioni concrete di erogazione di un determinato servizio pubblico non pare difficile ipotizzare un diritto di credito degli utenti ad ottenere le prestazioni, diritto di credito il cui contenuto dipende dal programma di servizio pubblico, che può dunque venire meno in tutto o in parte in ragione delle sue eventuali modificazioni adottate secondo il relativo procedimento di emanazione. Programma di servizio che l'amministrazione pubblica definisce discrezionalmente, tenuto conto anche dei fabbisogni finanziari al fine necessari, indicando infine quale grado di soddisfazione dei bisogni sociali intende accordare concretamente. Rilevare la presenza di un diritto di credito al servizio significa attribuire rilevanza patrimoniale al rapporto tra utente e soggetto prescelto dall'amministrazione per l'erogazione delle prestazioni, con soluzione che pare sicuramente compatibile con i servizi pubblici «a carattere imprenditoriale», ma che richiede ulteriori precisazioni ed approfondimenti d'analisi nella diversa ipotesi in cui tale carattere manchi, come nella gran parte dei servizi sociali affidati in concessione a associazioni di volontariato, o fondazioni, ovvero per quelli gestiti direttamente dall'ente pubblico in economia".

“non diritto”⁽²²⁾, come oggetto dei ricorsi alla IV sezione del Consiglio di Stato, e la sua elaborazione come situazione legittimante⁽²³⁾, che ha consentito di far valere le violazioni di ogni

(22) F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2003, 10 e s., ricorda che in origine la nozione di interesse (oggetto della giustizia amministrativa) non è stata approfondita anche perché per identificarlo in concreto era sufficiente che non risultasse essere un diritto soggettivo; ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990. Sono proprio gli «intollerabili abusi» dell'amministrazione pubblica e l'inosservanza «della lettera e dello spirito della legge» gli elementi essenziali che paiono muovere le richieste di un ulteriore generale allargamento dell'area della «giustizia amministrativa» in Italia. La legge del 1865 aveva con l'art. 3 del suo allegato E lasciato all'amministrazione pubblica e al Capo dello Stato previo parere del Consiglio di Stato (allegato D), nonché agli organi del contenzioso speciale (art. 12, allegato E), ogni sindacato sulla legalità dell'azione dei pubblici poteri non attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario. La scelta è stata variamente intesa; come imperfezione cui si è posto rimedio con l'istituzione nel 1889 della IV sezione del Consiglio di Stato, ovvero come completamento della separazione dei poteri dello Stato, che a fianco di quella dei giudici introduce la norma reciproca di "libertà dell'amministrazione pubblica verso gli altri poteri dello Stato", ovvero infine come disegno coerente che non intende sottovalutare le ragioni di efficienza dell'amministrazione pubblica. Si delinea infatti un'amministrazione pubblica «libera» da ogni controllo giurisdizionale nella attività di definizione del modo di perseguire gli interessi affidati alle sue cure. Autonomia del cui esercizio da parte della pubblica amministrazione avrebbe risposto agli elettori la rappresentanza politica che presidiava la gran parte degli organi dell'amministrazione titolari del potere di emanare atti a rilevanza esterna, comunque quelli di vertice dell'amministrazione pubblica: così: R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, cit., 225 e s.; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1977, 35 e s.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, Il Mulino, 1994, 56.

(23) A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Atti del Convegno celebrativo "Cento anni di giurisdizione amministrativa"*, Torino il 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996, 71 e s., ove si sottolinea il carattere oggettivo del sindacato sul provvedimento amministrativo della IV Sezione, dal momento che l'unico interesse individuale rilevante al riguardo è quello sostanziale leso dal provvedimento impugnato che peraltro svolge il solo ruolo di fattore legittimante al ricorso; R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione, Relazione al Convegno su Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi*

norma concernente l'attività della pubblica amministrazione, ancorché priva di riflessi favorevoli diretti per l'interessato.

Da un sindacato di carattere oggettivo in relazione al contrasto dell'atto impugnato con le norme attinenti all'organizzazione e alle « formalità » che l'amministrazione pubblica doveva osservare, si è giunti ad un progressivo ampliamento del contenuto procedimentale e delle regole sulla partecipazione, con accentuazione dei risvolti soggettivi di tali norme, che in un primo tempo erano del tutto irrilevanti⁽²⁴⁾.

È nota l'evoluzione della giustizia amministrativa e la peculiare ampiezza del suo sindacato amministrativo⁽²⁵⁾ ricollegato alla nozione di interesse legittimo, che ha trovato un'univoca definizione solo nel carattere "strumentale" che ad essa si riconosce.

Se l'interesse legittimo è stato considerato una posizione meramente processuale, priva di risvolti sostanziali, si precisa che in realtà è interesse sostanziale, ma di mero fatto, che acquista rilevanza giuridica nel potere di iniziare il processo, con la conseguenza che diviene più che un interesse legittimo, un interesse legittimante⁽²⁶⁾.

È noto che fino alla emanazione della Costituzione l'interesse legittimo non compariva in alcun testo normativo, coeentemente con quello che era il sistema della giustizia ammi-

Romano, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, cit., con particolare riferimento al c.d. concordato Romano-D'Amelio.

⁽²⁴⁾ A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, cit., 99, ove si evidenzia il carattere di oggettività del sindacato giurisdizionale amministrativo « in quanto valutazione obiettiva della conformità del provvedimento impugnato alle norme funzionalizzate al solo interesse dell'Amministrazione, senza considerare i risvolti soggettivamente a vantaggio del ricorrente che da esse eventualmente scaturissero ».

⁽²⁵⁾ L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACÒ, F.G. SCOCA, cit., vol. II, 1715 e s.

⁽²⁶⁾ G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 289, che in tal senso richiama l'elaborazione di Enrico Guicciardi.

nistrativa, mentre una sua espressa disciplina viene inserita negli articoli 24, comma I⁽²⁷⁾, sulla sua tutela giurisdizionale, nell'art. 103, comma I⁽²⁸⁾, come posizione soggettiva tutelata dalla giurisdizione amministrativa e nell'art. 113 Cost.⁽²⁹⁾, nel collegamento con gli atti della pubblica amministrazione. Si tratta di previsioni che hanno fatto ritenere l'interesse legittimo una posizione giuridica soggettiva sostanziale, caratterizzata e distinta dal diritto soggettivo, che assicura una tutela dell'interesse del ricorrente, seppur correlata all'esercizio di un potere amministrativo.

Nel tempo si è rilevato che l'interesse legittimo è rimasto comunque interesse strumentale e meramente legittimante all'esercizio di poteri di influenza sulla decisione amministrativa, come riflesso della tutela dell'interesse pubblico « soggettivo nell'amministrazione »⁽³⁰⁾. Il passaggio da una giu-

⁽²⁷⁾ Art. 24, comma I, Cost.: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi".

⁽²⁸⁾ "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi".

⁽²⁹⁾ "Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa". R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, cit., 225 e s. ricorda come si sia abbandonata la configurazione di un'« amministrazione indipendente » con funzioni di controllo sulla legalità dell'azione amministrativa e si sia pervenuti al riconoscimento della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, sino alla definitiva affermazione scritta della rilevanza costituzionale di un sistema di giustizia amministrativa a tutela dei diritti e degli interessi legittimi (artt. 24, 111, u.c., 113, cost.), ove appare centrale la giurisdizione amministrativa (artt. 103, 125, c. II, Cost.) incentrata sul Consiglio di Stato e la Corte di Conti; giurisdizione amministrativa che il legislatore ha completato con la creazione di organi giurisdizionali di primo grado, rispettivamente nel 1971 i Tribunali amministrativi regionali e nel 1994 le Sezioni regionali della Corte dei Conti e Procura regionale.

⁽³⁰⁾ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, relazione al 43° Convegno di studi amministra-

risdizione oggettiva sulla legalità ad una giurisdizione veramente soggettiva, come sarebbe stato conseguente alle previsioni costituzionali, non sembra si sia mai pienamente realizzato.

Dell'interesse legittimo viene dunque affermata una definizione che si potrebbe dire *restrittiva*, come pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa che trova tutela nel solo annullamento⁽³¹⁾, ovvero una nozione *più ampia* che lo considera passibile di lesione non solo da parte degli atti amministrativi, ma anche da parte dei comportamenti di fatto⁽³²⁾. Tali posizioni non determinavano rilevanti differenze conseguenze, almeno fino a quando l'interesse legittimo, unitamente al diritto soggettivo, ha svolto l'essenziale funzione di limite del riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo ed ordinario.

L'estensione della giurisdizione esclusiva e l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione sul risarcimento del danno rende rilevante la definizione che si accoglie di interesse

tivi, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, pubblicata anche in *Dir. amm.* 1998, 11 e s.; G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., 292.

⁽³¹⁾ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit. Posizione di vantaggio consistente nell'attribuzione al privato di poteri volti ad influire sul corretto esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, volto all'emanazione di un atto amministrativo: M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1976, 108 e s.; E. CASSETTA, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 210 e s.

⁽³²⁾ Così parrebbe F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 31, consapevole che la negazione della risarcibilità sia a ricollegare alla nozione di interesse legittimo che si accoglie e che se l'interesse legittimo è ristretto nei termini di pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa non possa considerarsi risarcibile, ma considera "più aderente alla realtà delle cose" una nozione di interesse legittimo *più ampia* che lo rende passibile di lesione non solo da parte del provvedimento amministrativo, ma anche da parte di comportamenti di fatto.

legittimo⁽³³⁾, che supera la precedente funzione di delimitazione dell'ambito della giurisdizione amministrativa⁽³⁴⁾.

Come sopra ricordato la concezione *più ampia* dell'interesse legittimo comporta la sovrapposizione dell'illegittimità dell'atto con l'illiceità della condotta poiché: "mentre la qualificazione di illiceità riguarda la condotta, la illegittimità non riguarda soltanto l'atto (o provvedimento) ma l'intera attività (o inattività), e pertanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti"⁽³⁵⁾.

In relazione alla nozione di interesse legittimo che si accoglie si può dunque individuare una fondamentale distinzione fra chi ritiene che l'interesse legittimo abbia acquisito il nuovo carattere della risarcibilità e chi ritiene che tale posizione giuridica trovi tutela unicamente nell'annullamento e ciò che viene risarcito sia un diritto soggettivo⁽³⁶⁾. Tali posizioni tro-

⁽³³⁾ A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., 6; F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 e s., che si è chiesto se l'interesse legittimo come posizione soggettiva sostanziale debba considerarsi un interesse di fatto, se sia riconducibile alla categoria, allargata, dei diritti soggettivi ovvero se mantenga una propria autonomia concettuale che ne giustifichi la sopravvivenza.

⁽³⁴⁾ Afferma il superamento dell'individuazione della posizione soggettiva ai fini del riparto di giurisdizione, ma la sua necessità per "delimitare i poteri del giudice": Cons. St., ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, *Bruno Luciano e a. c. Com di Palermo, Ass. Reg. Turismo, Comunicazioni e Trasporti*, in *giust.it*.

⁽³⁵⁾ F.G. COCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4051, nota 8.

⁽³⁶⁾ La critica che viene proposta alla tesi che le norme comunitarie in materia di appalti pubblici sono poste a tutela della concorrenza e attribuiscono diritti soggettivi, mentre le norme di contabilità di stato sono poste nell'interesse della parte pubblica e garantiscono solamente interessi legittimi si fonda sulla considerazione che: "sembra logicamente impossibile, pertanto, che discipline normative aventi lo stesso contenuto possano essere fonte, volta a volta, di diritti o di interessi, a seconda delle loro finalità": F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 32, ma la divergenza appare superabile se si considera la differente prospettiva della tutela di annullamento (illegittimità) rispetto

vano poi varie specificazioni che consentono di individuare aspetti comuni che possono cogliersi in relazione ai caratteri della nozione di interesse legittimo adottata.

La prima posizione ha trovato sostegno nelle immediate interpretazioni della ricordata pronuncia della Cassazione n. 500 del 1999 che hanno indotto a ritenere che l'interesse legittimo fosse di per sé risarcibile cui sono seguite altre che, a più attenta lettura, hanno chiarito che la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente per la risarcibilità, con la conseguenza che sarebbe risarcibile solo un interesse "meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo".

Affermata la lesione di tale interesse meritevole di tutela, sorge il diritto al risarcimento del danno, con la conseguenza che se si è voluto indubbiamente ampliare l'ambito della risarcibilità, sembra affermarsi la convinzione che ciò che viene risarcito non sarebbe in realtà l'interesse legittimo o la sua lesione.

Si è affermato tuttavia che risulta "sul piano teorico priva di senso" l'operazione che pare proposta dalla Cassazione di accertare "la lesione di un interesse legittimo, la cui lesione ammonterebbe ad ingiustizia del danno e, una volta accertata l'ingiustizia, valutare se al di sotto dell'interesse legittimo esista un interesse al bene della vita al quale l'interesse si correla, e (se) il detto interesse risulti meritevole di tutela". Poiché se si considera che l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva e la sua lesione costituisce

a quella di risarcimento del danno (illiceità, inadempimento, scorrettezza) e se si riconosce che l'oggetto dei due giudizi, anche ove affidati al medesimo giudice resta differente: A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit. Se invece si considera che ogni violazione di principi o regole che riguardano qualsiasi aspetto dello svolgimento dell'azione amministrativa lede l'interesse legittimo, i due piani restano indistinti e il comportamento illecito presuppone necessariamente l'illegittimità: F.G. COCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4051.

ingiustizia, il danno che a tale lesione consegue deve essere risarcito e "far seguire un secondo giudizio di meritevolezza a quello che la legge ha formulato formalizzando un interesse in situazione soggettiva è perciò arbitrario", ma è anche contraddittorio⁽³⁷⁾.

Seguendo la ricostruzione della Cassazione la questione si sposta sulla individuazione degli "interessi meritevoli di risarcimento" e sulla definizione di una cosiddetta "rete di contenimento" che escluda la risarcibilità di taluni interessi legittimi⁽³⁸⁾. Si è così giunti a ritenere necessaria l'esclusione della risarcibilità delle illegittimità formali, delle aspettative mere e degli interessi procedurali, ove, sulla base di valutazioni "prognostiche", sia possibile escludere la "spettanza" del provvedimento, o del bene della vita. Solo quando si riesca a provare la fondatezza della pretesa e dunque la presenza di una aspettativa tutelata si potrebbe ottenere il risarcimento del danno.

La Cassazione aveva infatti precisato che per gli interessi pretensivi — la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione — si deve vagliare la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento

⁽³⁷⁾ Esprime tali perplessità: C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1270, che peraltro conferma la sua precedente posizione che considera la responsabilità della pubblica amministrazione come da inadempimento.

⁽³⁸⁾ G.D. FALCON, *Relazione di sintesi, Convegno su "Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205 del 2000"*, Trento dei 7-8 giugno 2002, in *giust.it*, E. CASSETTA e F. FRACCHIA, *Responsabilità da contratto: profili problematici*, nota a C. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Com. Frattamaggiore c. Lupoli*; TAR Abruzzo, sez. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, *Soc. Italgas c. Com. Alanno*; TAR Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, *Soc. Des c. Com. Sammichele di Bari*; TAR Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, *Soc. Ddb ecologia c. Com. Cinisello Balsamo* e TAR Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, *Soc. coop. Italassistance c. Az. Osp. S. Gerardo Monza*, in *Foro it.*, 2002, III, 18; A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit.

della sfera giuridica del pretendente e tale valutazione "implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, risultando così giuridicamente protetta" (39).

La possibilità di un cosiddetto "giudizio prognostico" circa la "spettanza" del provvedimento (40) ha suscitato numerose perplessità, ma tale requisito ha il merito pratico di porre un limite alla fondatezza della pretesa, con la conseguenza che solo ove "secondo criteri di ragionevolezza e di normalità, quel risultato utile può essere ritenuto di spettanza del cittadino, ad esso va commisurato il risarcimento" (41).

Se si segue questo ordine di idee occorre peraltro ammettere che la certezza del risultato utile "non implica la spettanza di un risultato finale rispetto all'azione amministrativa: l'Amministrazione, nell'esercizio del suo potere discrezionale, non è

(39) Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, cit.; F. FRANCIARIO, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 23 e s.

(40) Si veda: D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 278 e s., che aderisce alla tesi della natura giuridica contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, intesa come "responsabilità per l'inadempimento del dovere funzionale di provvedere soddisfacendo la pretesa di provvedimento favorevole riconosciuta e protetta sul piano dell'ordinamento generale".

(41) A. TRAVI, *Relazione introduttiva in La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo* a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2002, 12, afferma che la sentenza delle sezioni unite n. 500 del 1999, cit., mette in crisi la concezione che "segnalava nell'interesse legittimo una tensione ad un bene della vita, ma non la pretesa al suo conseguimento".

tenuta a far proprie le conclusioni del giudizio prognostico del giudice" (42).

Si avrebbe dunque una possibile divergenza fra la spettanza del provvedimento affermata dal giudice e l'esito dell'attività amministrativa.

Una differente posizione ritiene invece che per i provvedimenti discrezionali o di elevata complessità non possa compiersi "alcuna sensata valutazione di spettanza" (43); si evidenzia infatti il paradosso posto dalla sentenza n. 500 del 1999, poiché il giudice (ordinario all'epoca della sentenza, tranne i casi di giurisdizione esclusiva) sarebbe chiamato ad assumere una prospettiva di "sindacato dell'esercizio dei poteri amministrativi diversa e sostanzialmente più estesa di quella che in relazione agli stessi atti esercita (o almeno ha esercitato finora) il giudice amministrativo" (44). Si è osservato che i giudici, sia civili che amministrativi, non hanno "il potere (né hanno i mezzi) per ricostruire, sulla scena del processo, lo sviluppo dell'azione amministrativa, e per ipotizzare quali possano essere le scelte che l'amministrazione avrebbe potuto fare nell'ambito della sua discrezionalità" (45). Così escludendo che alcun giudice possa raggiungere una prognosi oggettivamente affidabile sulla fondatezza della domanda, se non nei casi assolutamente marginali di attività totalmente vincolata (46).

(42) A. TRAVI, *Relazione introduttiva in La tutela dell'interesse legittimo alla luce della nuova disciplina del processo amministrativo* a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, cit., 12, afferma che "la P.A. non ha più l'esclusiva della sorte dell'interesse legittimo: se il giudice concede il risarcimento, all'interesse legittimo è riconosciuta la spettanza di un risultato finale".

(43) G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., 301.

(44) G.D. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., 301; V. PARISIO-A. PERINI (a cura di), *Le nuove frontiere della giurisdizione esclusiva, una riflessione a più voci*, Milano, 2002.

(45) F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 21.

(46) F.G. SCOCA, *Op. cit.*

Perseguendo la via del giudizio prognostico sono state individuate due tipologie di norme di azione, quelle il cui rispetto assicura all'interessato utilità sostanziali, con il conseguente risarcimento di un interesse-diritto al provvedimento, rispetto a quelle il cui rispetto attiene alla sola legittimità del procedimento⁽⁴⁷⁾. Non sarebbe più necessario ricollegare all'interesse legittimo l'interesse sostanziale, poiché si avrebbe un interesse legittimo meramente legittimante all'impugnativa del provvedimento amministrativo e un "interesse sostanziale" riconducibile alla categoria allargata dei diritti che consente il riconoscimento della spettanza del provvedimento⁽⁴⁸⁾.

Nel giudizio sulla spettanza del bene o della *chance* di riceverlo, si precisa che ciò che spetta non è altro che un nuovo, corretto esercizio dell'attività amministrativa. Quando si risarcisce il danno conseguente all'annullamento di un provvedimento illegittimo che negava quanto poi è stato riconosciuto dovuto nel successivo provvedimento favorevole si è individuata una responsabilità "da provvedimento"⁽⁴⁹⁾ che si ricollegherebbe alla spettanza del provvedimento.

La individuazione di limiti al risarcimento della posizione di interesse legittimo determina il rilevante problema della definizione dei poteri del giudice in relazione ad un necessario giudizio prognostico sulla spettanza del provvedimento, su cui si tornerà in seguito. Qui occorre ricordare che secondo

⁽⁴⁷⁾ G.D. FALCON, *Op. ult. cit.*

⁽⁴⁸⁾ In questa prospettiva viene delineata una "responsabilità da provvedimento" che può comportare il riconoscimento del risarcimento del danno: G.D. FALCON, *Relazione di sintesi, Convegno su "Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205 del 2000"*, Trento del 7-8 giugno 2002, in *giust.it*, osserva che tale responsabilità si distingue da quella per violazione dei doveri strumentali delle parti nel rapporto procedimentale, come responsabilità per scorrettezza. V. *infra* cap. III.

⁽⁴⁹⁾ G.D. FALCON, *Relazione di sintesi, Convegno su "Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la l. n. 205 del 2000"*, Trento del 7-8 giugno 2002, cit.

una differente posizione, pur fondata sulla risarcibilità dell'interesse legittimo inteso in senso ampio, non si considera necessaria una "rete di contenimento" nella definizione dell'elemento dell'ingiustizia (con la sua esclusione in caso di illegittimità formali, aspettative mere o interessi procedimentali), poiché la questione può risolversi nella considerazione degli altri elementi della fattispecie di responsabilità ed in particolare sarebbe sufficiente il riferimento all'elemento del danno che può mancare del tutto o può essere di dimensioni ridotte ove la lesione riguardi interessi c.d. procedimentali o sia determinata da vizi formali⁽⁵⁰⁾. Posizione condivisibile anche ove si ritenga risarcibile, non la lesione dell'interesse legittimo, bensì il diritto alla correttezza del comportamento della parte pubblica.

Occorre tuttavia riconoscere che l'indicato criterio di "spettanza" — lungi da costituire uno speciale elemento costitutivo della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni conseguenti all'emanazione di un atto illegittimo — appare utile per la determinazione del *quantum* del risarcimento del danno, che è pari al valore del bene della vita negato (mancata utilità derivante dal provvedimento) solo ove il provvedimento favorevole possa dirsi dovuto (attività vincolata) e l'eventuale sua emanazione tardiva non risulti satisfattiva per il ricorrente.

Se il danno che si ritiene risarcibile è quello conseguente all'"andamento contraddittorio, confuso, inutilmente gravoso dell'azione dell'amministrazione" il riferimento sembra a comportamenti scorretti della parte pubblica, se invece si considera che tali comportamenti ledono l'interesse legittimo al pari della emanazione di un provvedimento amministrativo è chiaro che tale interesse legittimo potrebbe apparire risarcibile. Il punto da considerare è ancora una volta quale nozione di in-

⁽⁵⁰⁾ Considera che "la condotta illecita per vizi formali" può produrre danni, ma si tratta di verificare in quali ipotesi ed in quale misura: F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 21.

teresse legittimo si assume ed in questo caso se si considera che “l’interesse legittimo può essere leso da provvedimenti, da comportamenti (o condotte) procedurali, o anche da comportamenti complessi (articolati in provvedimenti, magari incoerenti tra loro, inerzie, ritardi, ecc.)”⁽⁵¹⁾ appare conseguente considerarlo risarcibile, ma con una sovrapposizione di prospettive del provvedimento e del comportamento, della illegittimità e delle sue forme di tutela rispetto alla illiceità, scorrettezza o inadempimento.

La estensione della figura dell’interesse legittimo è risultata utile in passato quando consentiva di ottenere l’accesso alla tutela amministrativa, spesso l’unica effettiva. Si è affermato infatti che le recenti innovazioni giurisprudenziali e normative hanno infine “restituito la tutela di diritto soggettivo a situazioni giuridiche che già ne possedevano la consistenza sostanziale, ma che erano state strumentalmente qualificate come interessi legittimi (attraverso congegni del cui nitore concettuale si è invero sempre dubitato) per varie e non sempre omogenee ragioni, prima tra tutte l’esigenza di garantire ad esse una tutela di tipo ‘reale’ positivamente accordabile soltanto dal giudice amministrativo”⁽⁵²⁾.

Appare evidente che se l’amministrazione “ingiustificatamente tracheggia, perde tempo, costringe il privato ad affrontare spese o a prolungare i tempi di eventuali esposizioni finanziarie, può creare danni: tali danni vanno considerati ingiusti e, in base ai principi della responsabilità civile, vanno risarciti”. “Sono infatti causati con violazione dei principi e delle regole riguardanti (lo svolgimento del) l’azione amministrativa (sono cioè *non jure*) e colpiscono interessi giuridicamente protetti

⁽⁵¹⁾ F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 35.

⁽⁵²⁾ Così: A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., 22. Con la riforma si è dunque riconosciuta la tutela di annullamento anche per i diritti soggettivi che prima per ottenerla dovevano essere configurati come interessi legittimi, come si è sopra ricordato in materia di appalti pubblici, si veda *supra* cap. I, par. 4.

(sono perciò *contra jus*)”⁽⁵³⁾. Se si accoglie la nozione *ampia* di interesse legittimo li si considera danni da lesione di interesse legittimo, se si accoglie la nozione *restrittiva* dell’interesse legittimo si tratta di comportamenti scorretti che — in una più ampia prospettiva di valutazione di tutti i *fatti* che compongono la *condotta* della parte pubblica con i relativi mezzi di prova — ledono il diritto alla correttezza⁽⁵⁴⁾. Sembra rilevante riconoscere che entrambe le posizioni giungono ad affermare la risarcibilità dei danni causati ai privati da tali comportamenti scorretti.

Ulteriore questione si pone circa la configurazione della natura giuridica di tale responsabilità su cui si tornerà in seguito⁽⁵⁵⁾, ma che, sembra possibile anticipare, più che all’illecito extracontrattuale pare riconducibile all’inadempimento dell’obbligo di comportamento corretto.

Qui interessa sottolineare che è possibile escludere che tali danni, e la loro ingiustizia, dipenda da giudizi prognostici, poiché attengono al “modo di svolgimento dell’azione amministrativa in quanto tale” e possono verificarsi nello stesso modo e nella stessa misura a proposito di interessi pre-tensivi e di interessi oppositivi⁽⁵⁶⁾. Quando l’attività risulta vincolata la misura del danno potrà essere più ampia (c.d. giudizio prognostico), ma non è questo l’unico danno risarcibile poiché si ha lesione “risarcibile” a fronte di un diniego illegittimo per erronea motivazione, ove la stessa rechi di per sé un danno al destinatario (integrando un comportamento scorretto), con diritto al risarcimento nei limiti del danno accertato.

⁽⁵³⁾ F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.

⁽⁵⁴⁾ A favore di un diritto alla correttezza: R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione, Relazione al Convegno su Il Consiglio di Stato durante la presidenza di Santi Romano*, presso il Consiglio di Stato, 6 febbraio 2003, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁵⁾ V. *infra* cap. III, par. 3.

⁽⁵⁶⁾ F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.

Si esclude che sia "teoricamente esatto riferire in questo caso l'ingiustizia alla lesione di diritti, aspettative o interessi meritevoli di tutela, e non alla lesione di interessi legittimi" (57) proprio in quanto si assume l'ampia nozione sopra ricordata di interesse legittimo e si considera indispensabile affermare la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo nei casi in cui non si richiede l'annullamento, ma la sola tutela risarcitoria, poiché senza annullamento il diritto ablatato non 'risuscita' e non può nemmeno essere leso e risarcito, ma questa soluzione è obbligata solo se non si riconosce la configurabilità di un diritto al comportamento corretto.

Il mancato riconoscimento di una posizione di diritto preesistente nel caso di provvedimenti di concessione o autorizzazione porta ad affermare che se non si ritenesse risarcibile l'interesse legittimo occorrerebbe far ricorso a "figure generiche e astratte di diritti soggettivi (ad esempio, al diritto alla integrità patrimoniale o a quello di iniziativa economica), fortemente contestate dalla moderna dottrina privatistica (58), ma ancora si può trovare fondamento proprio nella dottrina civilistica al diritto alla correttezza (secondo una ricostruzione, da ricondurre all'obbligo di protezione (59)).

Tali obbligazioni hanno come contenuto il reciproco diritto delle parti (pubblica amministrazione-privato) al comportamento secondo buona fede (60) che sembra distinguersi dal-

(57) F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.

(58) F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 47 che richiama le critiche di C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997, 91, alla configurabilità di un diritto all'integrità del patrimonio o di F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal « muro di sbarramento » alla « rete di contenimento »*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 269, all'invenzione di diritti soggettivi dal contenuto sempre più vago e generico.

(59) C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 653 e s., C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della risarcibilità*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262.

(60) C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Vol. I, Milano, 1995, 147 e s., con-

l'interesse legittimo proprio perché prescinde da ogni esclusivo riferimento al provvedimento amministrativo.

È evidente che la correttezza cui è tenuta la parte pubblica sia qualcosa di più e di diverso rispetto alla generalità dei privati, poiché indubbiamente rispetto al rapporto instaurato nelle trattative precontrattuali tra privati e disciplinate dall'art. 1337 c.c. il "rapporto che lega amministrazione e privato nel procedimento amministrativo è assai più ricco di contenuti, essendo l'amministrazione tenuta non solo a comportarsi secondo buona fede, ma anche a conformarsi ai principi di economicità, di efficacia, di pubblicità, di non aggravamento richiamati dell'art. 1 della l. n. 241/90. L'obbligazione di rispetto e protezione gravante sull'amministrazione è pertanto assai più articolata e pregnante di quella gravante sul contraente nella fase delle trattative precontrattuali" (61), come desumibile dai principi di cui all'art. 97 Cost. (62). Proprio tale complessa articolazione sembra risultare meglio conoscibile e tutelabile con gli strumenti processuali ed i mezzi di prova previsti per la tutela dei diritti.

Il riconoscimento del diritto al comportamento corretto sembra poter costituire la "vera svolta che ci si attendeva" poiché assicura un risarcimento del danno "dell'interesse a non subire un pregiudizio economico a causa della condotta anti-giuridica dell'amministrazione, indipendentemente dall'esito

figura il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, fondato sulla particolare posizione professionale ed economica che determina l'assunzione di una posizione di garanzia nei confronti dei destinatari della loro attività. Si collega l'affidamento alla professionalità che può comportare responsabilità contrattuale. S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite fra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1241, afferma che l'agire delle pubbliche amministrazioni non potrà "sottrarsi agli obblighi di solidarietà e di correttezza già alla luce del nostro ordinamento interno, che da tali principi è oramai innervato".

(61) F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4045 e s.

(62) V. *infra* cap. III, par. 3.3.

della vicenda in termini di ottenimento o non dell'atto, e quindi la risarcibilità del danno riferibile non alla spettanza del bene (scontata, si ripete, quando ricorra) ma al pregiudizio subito in relazione ad aspetti — rispetto a quello — ulteriori e diversi” (63).

2.1. *L'interesse legittimo e il risarcimento in forma specifica come evoluzione della tutela di annullamento. I poteri del giudice ed i limiti all'autonomia della pubblica amministrazione.*

Le nuove forme di tutela del privato nei confronti dell'attività amministrativa introdotte dalla riforma hanno determinato la necessità di riconsiderare i poteri del giudice amministrativo in relazione agli effetti della possibile condanna al risarcimento del danno che, secondo quanto previsto, può avvenire in forma specifica o per equivalente.

Secondo una interpretazione il risarcimento del danno in forma specifica non sarebbe da ricollegare alla responsabilità dell'amministrazione ed alla prova di tutti i relativi elementi (illiceità, inadempimento o scorrettezza, oltre al danno, elemento psicologico, nesso causale), ma sarebbe unicamente un'evoluzione della tutela di annullamento e resterebbe nell'ambito pubblicistico della tutela dell'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa (64) che mediante tale forma di reintegrazione verrebbe corretta. L'interesse legittimo troverebbe la sua tutela nell'annullamento del provvedimento illegittimo e oggi in questo nuovo peculiare “risarcimento in

(63) 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, 494 e s.

(64) F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., 10 e s., ove si considera che l'interesse legittimo del privato trova soddisfazione solo in quanto coincide con la realizzazione dell'interesse pubblico e dunque della legalità amministrativa.

forma specifica” che prescinde da ogni giudizio di responsabilità e dalla prova del pregiudizio patrimoniale.

Occorre tuttavia preliminarmente valutare se l'innovazione introdotta con il risarcimento in forma specifica si distingue dalla precedente tutela di annullamento, seguita dal giudizio di ottemperanza (65). Si tratta infatti di individuare il contenuto e gli effetti della pronuncia di annullamento e di condanna all'emanazione di atti amministrativi e se da tali previsioni possa desumersi l'introduzione dell'azione di adempimento.

Sono noti gli effetti dell'annullamento con la possibile affermazione di un obbligo di provvedere che demanda alla pubblica amministrazione gli “ulteriori provvedimenti” e che, in caso di inottemperanza può comportare l'intervento del commissario *ad acta*.

La previsione della reintegrazione “in forma specifica” suscita la questione dell'individuazione delle novità rispetto alla sequenza annullamento-ottemperanza.

Si è ritenuto che per gli interessi legittimi oppositivi la tutela annullatoria assuma connotati ripristinatori e dunque normalmente risulti soddisfattiva, mentre per gli interessi legittimi cd. pretensivi si pone la questione della consistenza della tutela. Si è sostenuto che il risarcimento del danno in forma specifica porterebbe a compimento il rapporto pubblicistico fra privato e pubblica amministrazione introducendo l'azione di adempimento (66), poiché si consentirebbe di correggere l'azione amministrativa mediante una pronuncia di “condanna ad adempiere” (67). In tal modo si ammetterebbe una condanna

(65) Cfr. L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; D. VALIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 278 e s.

(66) Come auspicato da tempo: G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1981.

(67) F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice ammini-*

al compimento di attività volte a rimuovere le conseguenze dell'atto illegittimo e ad emanare atti amministrativi esecutivi del giudicato, quantomeno ove non vi siano scelte discrezionali, o comunque a costituire gli effetti giuridici di atti amministrativi in precedenza negati⁽⁶⁸⁾.

La sentenza di condanna, anche quando non garantisce il risultato utile al privato, trova una "utilità aggiuntiva" rispetto alla sentenza di annullamento che consisterebbe nel dare "forma direttamente prescrittiva a ciò che solo indirettamente (e non sempre inequivocabilmente) si ricaverebbe dalla pronuncia di annullamento"⁽⁶⁹⁾.

Si è peraltro rilevato che in materia di silenzio la riforma non risulta aver accolto un orientamento che ammetta una simile ingerenza, poiché è possibile ottenere solamente una pronuncia dell'obbligo di provvedere e non anche il provvedimento dovuto.

Ciò che pare di interesse in tale ricostruzione è il rilievo che la previsione del risarcimento in forma specifica costituirebbe una nuova e più incisiva modalità di tutela dell'interesse legittimo che completerebbe la tutela di annullamento ampliando i poteri del giudice amministrativo.

Una simile peculiare forma di "risarcimento", in questa chiave, si distinguerebbe radicalmente da quello per equivalente che determina, al contrario, la rottura di quella coincidenza tipica della figura dell'interesse legittimo fra il perseguimento dell'interesse pubblico ed l'interesse del privato, poiché

strativo, Padova, 2001, 264; A. ZIRO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 112.

⁽⁶⁸⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., 10 e s.

⁽⁶⁹⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit., 64. Cons. St., sez. V, 10 giugno 2002, n. 3208, *Com. di Pordenone c. Coop. Itac coop. sociale a r.l.*, in *Foro amm. CdS*, 2002, 2483, con nota di W. GIULIETTI, *La tutela risarcitoria in forma specifica del giudice amministrativo e l'ipotesi di satisfattività della pronuncia demolitoria*.

perde ogni collegamento con il perseguimento dell'interesse pubblico⁽⁷⁰⁾, se non in quanto tale previsione costituisca un deterrente per i pubblici funzionari che possono essere chiamati a rispondere della responsabilità amministrativa avanti alla Corte dei conti. Il risarcimento per equivalente ha come unico obbiettivo quello di ristorare, con una somma di denaro, il danno patrimoniale subito dal privato.

In tale prospettiva si pone la questione circa il rapporto fra il risarcimento del danno per equivalente, l'annullamento ed il risarcimento in forma specifica, poiché si può ritenere che il risarcimento del danno per equivalente possa intervenire solamente in via subordinata e residuale ove non sia possibile altra forma di tutela, oppure può essere considerato alternativo, ed in tale seconda ipotesi occorre valutare se la scelta sia lasciata all'autonomia della parte pubblica, che potrebbe rifiutare di "correggere" i propri atti, oppure sia lasciata al privato, che potrebbe richiedere unicamente tale forma di ristoro.

Se si esclude che il risarcimento in forma specifica coincida necessariamente con l'azione di adempimento occorre valutare il suo possibile contenuto ed il limite posto all'autonomia della pubblica amministrazione⁽⁷¹⁾.

Si è sostenuto che il risarcimento in forma specifica comporti la possibilità di condannare la pubblica amministrazione ad un *facere* specifico che può avere ad oggetto l'emanazione del provvedimento amministrativo illegittimamente negato, come adempimento dei doveri d'ufficio, che consente di reintegrare il ricorrente esattamente nella posizione che gli sarebbe spettata in conseguenza del legittimo esercizio del potere am-

⁽⁷⁰⁾ F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, cit.

⁽⁷¹⁾ A. ROMANO, voce *Autonomia pubblica*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, vol. II, 1990, 30 e s. Cfr. Cons. St., ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, *Bruno Luciano e a. c. Com. di Palermo, Ass. Reg. Turismo, Comunicazioni e Trasporti*, in *giust.it*.

ministrativo, con soddisfazione della pretesa di provvedimento favorevole⁽⁷²⁾.

La giurisprudenza, in relazione ad un appalto di forniture aggiudicato illegittimamente ed in corso di esecuzione ha condannato l'amministrazione ad attribuire l'appalto alla ricorrente addirittura per l'intero periodo previsto nel bando di gara, andando così ad incidere sulla durata e sull'ammontare del costo connesso al contratto di cui l'amministrazione è obbligata a farsi carico⁽⁷³⁾.

Altra interpretazione potrebbe ritenere che l'emanazione di un provvedimento amministrativo costituisca una prestazione di *facere* infungibile e che il giudice non possa pronunciare una sentenza che produca gli effetti del provvedimento, in analogia con la previsione del 2932 c.c. (*Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*)⁽⁷⁴⁾. In tale prospettiva è la pubblica amministrazione che deve ottemperare alla sentenza, salvo l'intervento del commissario *ad acta*. È chiaro che l'amministrazione ha in ogni caso l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso⁽⁷⁵⁾ e non può dunque restare inerte, ma deve assumere una decisione. Da tale obbligo discende che, ad esempio, in materia

⁽⁷²⁾ D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 297 e s.

⁽⁷³⁾ E.M. BARBIERI, *Nuove forme di tutela in tema di appalti pubblici*, nota a TAR Veneto, sez. I, 9 febbraio 1999, 1198 e s.

⁽⁷⁴⁾ Art. 2932 c.c. *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*. Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso. Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.

⁽⁷⁵⁾ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4060.

di appalti pubblici, qualora il giudice annulli l'atto interruttivo di una gara pubblica, non vi sarebbe necessariamente l'obbligo di stipulare il contratto, poiché l'amministrazione o il commissario potrebbe motivare adeguatamente la scelta di rinunciare all'aggiudicazione (recesso corretto dalle trattative)⁽⁷⁶⁾.

L'esecuzione in forma specifica appare in tutta la sua utilità nelle ipotesi che tradizionalmente le sono proprie anche nel diritto civile⁽⁷⁷⁾, come i casi di attuazione di comportamenti contro la volontà del destinatario di sentenze di condanna⁽⁷⁸⁾.

3. *Le prospettive di evoluzione del rapporto tra illegittimità ed illiceità, inadempimento e scorrettezza.*

Quando si richiede il risarcimento del danno in relazione all'annullamento di un provvedimento amministrativo la giurisdizione del giudice amministrativo, può essere ritenuta un ulteriore caso di giurisdizione esclusiva, ovvero, giungendo allo stesso risultato applicativo, con interpretazione analogica, si giunge ad affermare che sia possibile l'utilizzo di tutti i mezzi di prova necessari per la valutazione del comportamento dell'amministrazione⁽⁷⁹⁾.

Ciò comporta un giudizio sulla legittimità del provvedimento con l'accertamento della sussistenza dei vizi di legittimità ed un giudizio sui vari fatti che integrano il comporta-

⁽⁷⁶⁾ G.M. RACCA, *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, cit.

⁽⁷⁷⁾ A. CHIANALE, *Diritto soggettivo e tutela in forma specifica*, Milano, 1993, 64 e s., ove si ricolpisce l'eccezionalità del rimedio rispetto al pagamento di somme di denaro.

⁽⁷⁸⁾ Ad es. in caso di sentenza di annullamento di un ordine di demolizione o di diniego di una prestazione dedotta in contratto di servizio pubblico, cui è seguita la condanna al pristino stato (ricostruzione) o all'erogazione della prestazione.

⁽⁷⁹⁾ V. *supra* cap. I, par. 5 e *infra* parte II, cap. I.

mento dell'amministrazione. In questo, come in altri casi di giurisdizione esclusiva ove è impugnato un provvedimento amministrativo di cui si chiede l'annullamento e contestualmente si richiede il risarcimento del danno, si pone la questione concernente lo svolgimento di tali giudizi e le relative possibili interazioni e sovrapposizioni. Si affermava che nei casi di giurisdizione esclusiva (secondo la previgente disciplina) il giudizio sulle differenti posizioni giuridiche soggettive restava nettamente distinto e proprio la giurisprudenza amministrativa aveva in via interpretativa⁽⁸⁰⁾ individuato la differente disciplina applicabile, a partire dal termine perentorio per iniziare il giudizio, poi — con l'intervento della Corte costituzionale — sui mezzi di prova.

Nella nuova giurisdizione esclusiva, comprensiva del risarcimento del danno ci si può interrogare sulla configurazione e le modalità di svolgimento del nuovo giudizio e prospettare quantomeno due principali possibili orientamenti.

Sembrano infatti aprirsi due possibilità per il giudice amministrativo: o il giudizio sull'atto resta essenzialmente documentale e la configurazione dei vizi di legittimità resta pressoché immutata, soprattutto per quanto concerne il vizio di eccesso di potere, che continuerà ad essere individuato solamente ove si accerti uno sviamento o una delle tradizionali figure sintomatiche. In tal caso sarebbe possibile affermare la legittimità del provvedimento, ma rilevare la scorrettezza del comportamento per contraddittorietà fra quanto risulta dagli atti e, ad esempio una telefonata di cui si acquisisca il contenuto tramite assunzione di una prova testimoniale. Sarebbe quindi possibile che il provvedimento non venga annullato e continui a produrre i suoi effetti, mentre l'amministrazione potrebbe essere

⁽⁸⁰⁾ FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, Scritti in onore di Santi Romano, vol. II, 287; QUARTULLI, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, Studi per il 150° anniversario del Consiglio di Stato, Roma, 1981, III, 1517.

condannata a pagare un risarcimento del danno per il comportamento scorretto⁽⁸¹⁾.

L'altra via che potrebbe seguire il giudice amministrativo è quella di utilizzare tutti gli elementi di conoscenza dei fatti che acquisisce in relazione alla domanda di risarcimento anche per il giudizio di legittimità, nel senso che quei fatti — che mai si sarebbero potuti ricavare dai documenti, né dai chiarimenti o dalle verificazioni e neppure dalla consulenza tecnica, ma acquisiti con altri mezzi di prova — vadano ad arricchire ed integrare le figure sintomatiche del vizio di eccesso di potere ed in sostanza lo amplino al punto che il giudizio di illegittimità del provvedimento possa, forse, giungere a coincidere con il giudizio sul comportamento scorretto o inadempiente dell'amministrazione. Le conseguenze di un simile giudizio sarebbero peraltro di radicale trasformazione non solo del processo amministrativo⁽⁸²⁾, ma anche — per il livello di ingerenza che si verrebbe a realizzare — del rapporto fra giurisdizione amministrativa e pubblica amministrazione.

⁽⁸¹⁾ Si veda in tal senso: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *Baldasini-Tognozzi costruzioni generali s.p.a. c. Min. infrastrutture e trasporti*, in *giust.it.* e in *Urb. e appalti* con nota di G.M. RACCA. Afferma chiaramente la distinzione dei due giudizi al fine di determinare i poteri del giudice: Cons. St., ad plen., 26 marzo 2003, n. 4, cit.

⁽⁸²⁾ Si veda la ricostruzione di: F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, Torino, 1967.

CAPITOLO III
GLI ELEMENTI DELLA RESPONSABILITÀ
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
E LA SUA NATURA GIURIDICA

di *Gabriella M. Racca*

SOMMARIO: 1. Il comportamento della pubblica amministrazione. — 2. L'elemento soggettivo della parte pubblica. La gravità della violazione e l'errore scusabile. — 2.1. La "colpa" delle istituzioni europee. Il sindacato sul comportamento anche mediante prova testimoniale. — 2.2. La "colpa" degli Stati membri e l'imputabilità dell'inadempimento degli obblighi derivanti dal trattato Cc. — 3. la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione conseguente ad attività giuridica. — 3.1. Dall'ingiustizia alla scorrettezza come inadempimento della pubblica amministrazione. — 3.2. La complessità del rapporto giuridico e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia. — 3.3. Il principio di correttezza come regola di comportamento della pubblica amministrazione, dei cittadini e delle organizzazioni complesse. — 3.4. La distinzione rispetto alla cosiddetta responsabilità da "contatto sociale qualificato" per lesione di interessi legittimi. — 4. Il nesso di causalità fra comportamento e danno. — 5. Il danno conseguente all'inadempimento di obblighi rilevanti nel rapporto fra privato e pubblica amministrazione. Il danno emergente ed il lucro cessante come componenti dell'interesse positivo e negativo. — 5.1. I criteri per la quantificazione dei danni da scorrettezza. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. L'annullamento dell'aggiudicazione ed il riconoscimento del solo arricchimento senza causa. I danni causati alla pubblica amministrazione dai privati. — 6. Il rapporto con la responsabilità amministrativa del funzionario responsabile.

1. *Il comportamento della pubblica amministrazione.*

Fra le novità più evidenti nella recente riforma sembra da sottolineare il compito assegnato ai giudici amministrativi di

conoscere i comportamenti delle pubbliche amministrazioni. Questo mutamento di prospettiva del sindacato del giudice amministrativo sembra poter incidere e mutare profondamente l'azione delle pubbliche amministrazioni, come inizia ad intravedersi dalla prime decisioni in materia di responsabilità.

L'oggetto del giudizio amministrativo di legittimità tradizionalmente individuato nell'atto amministrativo era già stato ampliato alla valutazione dell'attività dell'amministrazione ed al rapporto instaurato tra amministrazione pubblica e privato.

Tale posizione ha avuto il pregio di sollecitare un primo ampliamento della prospettiva del giudice amministrativo che attraverso il giudizio impugnatorio di un provvedimento amministrativo poteva utilizzare elementi conoscitivi connessi al rapporto fra privato e amministrazione, elementi che peraltro andavano ricondotti nei vizi di legittimità del provvedimento impugnato ed il cui accertamento non poteva che determinare l'annullamento del provvedimento stesso⁽¹⁾.

Come sopra evidenziato, la prospettiva risulta ora radicalmente mutata dal momento in cui oggetto di sindacato è il complessivo comportamento della pubblica amministrazione, unitamente a quello del destinatario della sua azione, ma in un giudizio di responsabilità che, aprendo all'introduzione di tutti i mezzi di prova comunemente usati dal giudice ordinario, consente di acquisire una "visione" dell'attività amministrativa decisamente più completa in cui si inserisce come uno dei "fatti" da conoscere anche il provvedimento amministrativo ed il rapporto con il suo destinatario, come valutato in precedenza, con gli strumenti tradizionali di un'istruttoria prevalentemente documentale.

Nel giudizio di responsabilità affidato al giudice amministrativo lo schermo del provvedimento amministrativo, con la relativa attività procedimentale, risulta superabile e la cono-

(1) C.E. GALLO, *L'istruttoria processuale*, cit., 3336 e s.

scenza si spinge ad indagare le modalità complessive del comportamento tenuto dalle pubbliche amministrazioni e dai privati coinvolti nell'attività amministrativa.

La scelta di affidare al giudice amministrativo tale delicata indagine anche in tutti i casi di responsabilità conseguente all'annullamento di atti amministrativi, oltre alle evidenti esigenze di concentrazione dei giudizi, sembra trova giustificazione proprio nella possibile migliore capacità di giudizio su tali comportamenti.

Questa scelta ha peraltro sovrapposto due profili di novità da un lato il trasferimento al giudice amministrativo della giurisdizione su casi in cui il giudice ordinario normalmente condannava la pubblica amministrazione a risarcire il danno riscontrando l'ingiustizia nella violazione di un diritto soggettivo e la colpa nella emanazione volontaria di un provvedimento amministrativo illegittimo, dall'altra parte — nell'affidargli la competenza sul risarcimento del danno "nell'ambito della sua giurisdizione" — ha aperto ad interpretazioni estensive rispetto agli orientamenti tradizionali sul risarcimento del danno.

Ora nella futura giurisprudenza amministrativa si potrà rilevare come saranno risolti dal giudice amministrativo i casi che sarebbero rientrati nella tradizionale giurisdizione del giudice ordinario rispetto ai casi che pongono questioni nuove che il giudice ordinario avrebbe respinto, quantomeno prima delle aperture della fine degli anni novanta.

In una prima analisi dell'applicazione delle nuove norme la duplice prospettiva indicata consente di superare le enunciazioni generali e gli *obiter dicta*, che inevitabilmente si ritrovano nelle prime pronunce in materia e che dimostrano il grande sforzo interpretativo che si va compiendo, ma che, ove si perda di vista il fatto, rischiano di fuorviare l'analisi, benché evidenzino tendenze comunque significative.

Lo spostamento della giurisdizione ed il tendenziale ampliamento della sfera della risarcibilità sembrano da considerare attentamente per individuare le modificazioni intervenute

nella tutela assicurata ai cittadini come alle associazioni, alle imprese ed alle altre organizzazioni complesse.

Il comportamento dannoso della pubblica amministrazione nell'ambito della sua attività giuridica può essere attivo od omissivo e può intervenire in occasione di un procedimento amministrativo volto all'emanazione di provvedimenti amministrativi ovvero alla conclusione di accordi, convenzioni o contratti, in ogni caso preceduti dalle necessarie attività conoscitive volte all'acquisizione degli elementi necessari per assumere la decisione.

Il comportamento omissivo rileva come è noto, quando l'omissione riguarda attività giuridicamente dovute e può desumersi dal mancato avvio delle stesse, come pure dal loro protrarsi oltre il termine prestabilito o dalla loro mancata conclusione. Il danno conseguente all'omissione temporanea (ritardo) o permanente di un'attività giuridica può trovare ristoro nel risarcimento del danno, ma secondo un percorso che può richiedere un primo giudizio sul silenzio che, secondo l'interpretazione che sembra affermarsi, si pronuncia esclusivamente sull'obbligo di provvedere e non sulla fondatezza della istanza del privato⁽²⁾. Solo in esito alla successiva conclusione della vicenda è possibile ottenere il risarcimento ove risulti provata la scorrettezza del comportamento ed il danno per il ritardo o per l'impossibilità sopravvenuta di ottenere il provvedimento.

La questione sembra devoluta al giudice amministrativo, anche in sede di ottemperanza, ove sia collegata ad un provvedimento amministrativo ovvero riguardi materie di giurisdizione esclusiva, mentre negli altri casi il comportamento della pubblica amministrazione può considerarsi in violazione di veri e propri obblighi la cui violazione determina inadempimento⁽³⁾ che potrebbe rimanere nella giurisdizione del giudice ordinario.

(2) Cons. Stato, ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, cit.

(3) F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 21.

Il comportamento dell'amministrazione potrebbe anche consistere nell'emanazione di un atto nullo o inesistente, senza titolo, in tal caso l'attività svolta in carenza di potere, si diceva, non incide la posizione di diritto soggettivo. Se tale comportamento si verifica nelle materie di giurisdizione esclusiva sarà il giudice amministrativo a conoscere dell'atto nullo e a condannare all'eventuale risarcimento del danno, nelle altre materie potrebbe essere individuata ancora la giurisdizione del giudice ordinario, — che in passato si era cercato di estendere a favore del privato, con la creazione della categoria della carenza di potere in concreto — ma che oggi ha perso tale valenza di utilità ove il provvedimento anche solo illegittimo può essere annullato dallo stesso giudice competente alla condanna al risarcimento del danno.

Come si rileverà più analiticamente in seguito⁽⁴⁾, le ipotesi di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione sono di molto ridotte⁽⁵⁾ e forse potrebbe immaginarsi un ulteriore accorpamento avanti al giudice amministrativo di tutte le controversie comunque ricollegate all'attività giuridica, in relazione alla scelta di attribuirle al giudice che meglio conosce la pubblica amministrazione e che può dunque meglio rilevarne non solo le illegittimità, ma anche le illiceità e le scorrettezze.

(4) V. *infra* parte II, cap. I.

(5) C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2001, 24 e s., che rileva come l'emanazione di un provvedimento in carenza di potere non sia una fattispecie frequente e ricorda altresì la ricostruzione giurisprudenziale dell'"atto amministrativo in senso materiale" che consiste in un comportamento dell'amministrazione non formalizzato in un vero e proprio provvedimento amministrativo, ma riconducibile all'esercizio di un potere esistente nell'ordinamento, costruzione che consente di escludere la giurisdizione ordinaria (ad esempio nel compimento di opere di manutenzione della viabilità pubblica si esclude la possibilità di interromperle ove lesive dei diritti dei privati confinanti con la strada).

2. *L'elemento soggettivo della parte pubblica. La gravità della violazione e l'errore scusabile.*

I giudici amministrativi hanno iniziato a pronunciarsi sulla configurazione dell'elemento soggettivo nella responsabilità della pubblica amministrazione, ma tale elaborazione, nel suo stadio iniziale, presenta profili di complessità che consentono solamente di intravedere quelle che potranno essere le linee di sviluppo e assestamento della giurisprudenza.

La complessità e le divergenze nei nuovi orientamenti che si vanno formando sulla individuazione dell'elemento soggettivo sembra ricollegata alla affermazione che si tratterebbe di risarcire una violazione di un interesse legittimo, con la conseguente novità delle questioni e delle soluzioni che si discostano dai precedenti orientamenti del giudice ordinario.

Come è noto, nella giurisprudenza della Cassazione sull'attività giuridica della pubblica amministrazione la responsabilità si configura quando un comportamento attivo o omissivo, qualificato come ingiusto poiché in violazione di un diritto soggettivo, risulta collegato da un nesso di causalità con il danno e sia provato l'elemento psicologico. La peculiarità della giurisprudenza che si era pronunciata sull'attività giuridica era stata quella di giungere ad escludere la necessità di provare la colpa del funzionario agente, ma di ammettere la sola prova della colpa della pubblica amministrazione ed in particolare tale colpa si era rinvenuta nella violazione delle regole di comune prudenza, che dava luogo ad attività provvedimento negligente o imprudente, ovvero nella violazione di leggi o regolamenti alla cui osservanza la stessa pubblica amministrazione era vincolata, dovendo osservare i principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento prescritti dall'art. 97 Cost. ⁽⁶⁾. La prova della colpa si considerava realizzata ove

⁽⁶⁾ Cass., 24 maggio 1991, n. 5883, *Marija Letica e Muharem Bulic c. Amministrazione del Tesoro*, cit., concernente l'illegittimo sequestro di valuta stra-

fosse stato emanato e portato ad esecuzione (volontariamente) un provvedimento illegittimo, con la conseguenza che la colpa della pubblica amministrazione sembrava configurarsi come colpa specifica, in analogia con la nozione ricavabile dall'art. 43 c.p. che la collega alla "inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline" ⁽⁷⁾. L'orientamento appare significativo perché già tendeva a ricollegare la prova della colpa non unicamente all'illegittimità dell'atto, bensì alla violazione dei principi costituzionali che disciplinano l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione.

Tale indicazione è stata ripresa e ulteriormente valorizzata nel momento in cui si è inteso estendere l'ambito della risarcibilità o meglio di superare il limite del diritto soggettivo, normalmente assoluto, tradizionalmente inteso come unica posizione giuridica risarcibile ed è sorta la questione della ridefinizione degli altri elementi della fattispecie.

In tale occasione si è dunque ritenuto necessario stabilire che nel caso di evento dannoso imputabile a dolo o colpa della pubblica amministrazione occorre considerare che "la colpa

niera; Cass., sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542, *Soc. Dorauto c. Com. Magliano dei Marsi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 191. In precedenza Cass., 22 ottobre 1984, n. 5361, *Com. Siena c. Rottoli*, in *Foro it.*, 1985, I, 2358 escludeva la necessità della prova della colpa della pubblica amministrazione in quanto ravvisabile nella violazione della legge con l'emanazione e ed esecuzione volontaria del provvedimento, inoltre precisava che "la configurabilità dell'errore scusabile, che secondo un'autorevole dottrina farebbe venir meno la colpa, se deve essere ammessa con riferimento alla persona fisica dell'organo, cui la violazione sia materialmente riferibile, per escluderne la diretta responsabilità ex art. 28 Cost., non può, invece, essere ammessa con riferimento alla pubblica amministrazione che, come è noto, rispondendo in via diretta della sua attività, non può giovare dell'errore in ipotesi scusabile, dei propri funzionari".

⁽⁷⁾ Art. 43, comma III, c.p., secondo il quale il fatto "è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline" e primo comma dell'art. 42, secondo il quale "Nessuno può essere punito per una azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà".

(unitamente al dolo) costituisce componente essenziale della fattispecie aquiliana *ex art. 2043 c.c.*; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa S.C. con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'articolo 2043 c.c., non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo⁽⁸⁾.

Il nuovo orientamento sembra dunque proposto unicamente per le ipotesi di superamento della tradizionale responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione e dunque solo per questi aspetti può porsi come indicazione innovativa per il giudice amministrativo.

In tale prospettiva si esclude che l'imputazione della responsabilità possa avvenire "sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa", ma il giudice (ordinario o amministrativo) chiamato a risolvere la controversia "dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad essa applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza e dell'imperizia), ma della P.A., intesa come *apparato* (in tal senso, v. sent. n. 5883/1991) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del dan-

⁽⁸⁾ Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, cit., ove si richiamano i precedenti di Corte di cassazione. sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95. A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giuridico*, 2000, 395; 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. comunitario*, 1999, 1108.

neggiato), sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità⁽⁹⁾.

Si è ritenuto che la pretesa estensione delle situazioni soggettive risarcibili imporrebbe un differente accertamento dell'elemento psicologico quale elemento della fattispecie della responsabilità della pubblica amministrazione, con l'esplicitata intenzione di limitarne la configurabilità.

Tuttavia il riferimento alla necessità di una "più penetrante indagine estesa alla valutazione della colpa" può essere interpretato nel senso della necessità di valutare il complessivo comportamento tenuto dalla parte pubblica, con la conseguente possibilità che vi siano provvedimenti illegittimi da cui non possa desumersi direttamente la "colpa" della pubblica amministrazione, poiché il comportamento della stessa risulta corretto.

È dunque possibile che il provvedimento sia illegittimo, ma il comportamento risulti corretto, come pure che il provvedimento sia legittimo, ma il comportamento risulti scorretto, come di recente ammesso dal Consiglio di Stato⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, cit. e la successiva Trib. Firenze, 28 febbraio 2000, *Vitali c. Com. Fiesole*, in *Riv. amm. Toscana*, 2000, 101. Cfr. Corte di cassazione, sez. I, 8 febbraio 2000, n. 1369, *D'Argenio c. Com. Avellino*, in *Cd-rom Foro it.*, ove si afferma che dopo la recente pronuncia delle ss. uu. n. 500/99, anche la lesione dell'interesse dei proprietari di immobili colpiti dal sisma all'emissione dell'atto di assegnazione di un'area delocalizzata (all'adozione del quale sarebbe seguita l'insorgenza della più piena situazione protetta, e cioè del diritto soggettivo), e dalla omissione del quale si lamenta essere insorto grave danno patrimoniale, è suscettibile di integrare la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., laddove la violazione delle norme di legge da parte della p.a. e l'omessa attuazione delle obbligazioni gravanti sul comune siano state indotte non già dal legittimo esercizio della funzione amministrativa, espressione di insindacabili scelte di politica urbanistica, bensì da considerazioni estranee alle necessarie condizioni di imparzialità e correttezza amministrativa.

⁽¹⁰⁾ Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *Baldassini-Tognozzi costru-*

Viene confermata la differente prospettiva del giudizio di legittimità sull'atto amministrativo e sulle violazioni dell'interesse legittimo, rispetto al giudizio di responsabilità che investe il complessivo comportamento dell'amministrazione, ove l'atto amministrativo non è che uno dei "fatti" conoscibili.

L'elaborazione innovativa della Cassazione sulla "colpa dell'apparato"⁽¹¹⁾ è giunta nel momento in cui si è operato

zioni generali s.p.a. c. Min. infrastrutture e trasporti, in *giust.it.*, ove si riconosce che "il decreto ministeriale impugnato è indenne da vizi esclude che si sia verificata la lesione della pretesa sostanziale della società appellante, onde l'azione risarcitoria non merita, sotto tale profilo, accoglimento", tuttavia "poiché la mancanza di fondi costituisce una circostanza oggettivamente impeditiva della realizzazione dell'opera, il principio di correttezza esige che, nel momento in cui è stato accertato o poteva essere accertato il venir meno della copertura finanziaria, il Ministero dei lavori pubblici disponesse il rinvio della gara", ma "il Ministero non ha adottato alcuna iniziativa in questo senso e, in particolare, non ha informato della carenza di fondi il Consorzio Suburbia, tenuto a svolgere le funzioni di stazione appaltante (art. 11 della convenzione), neppure quando questo, con nota del 14 novembre 1995, comunicava l'intento di procedere alla fase realizzativa, tramite indizione della gara di appalto, nei modi concordati e ai sensi delle norme vigenti in materia" e "siffatto comportamento, del quale non è stato fornita alcuna giustificazione, concreta una violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali e, per conseguenza, determina il configurarsi, a carico del Ministero, della responsabilità di cui al citato art. 1337 c.c. nei confronti della società appellante, che, per parte sua, ha partecipato alla gara avendo pieno titolo a confidare sulla affidabilità degli atti di gara, adottati dal concessionario in nome e per conto del Ministero (art. 10 della convenzione 27 dicembre 1990 e atto aggiuntivo del 15 luglio 1991)".

⁽¹¹⁾ Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, *CAVET Consorzio Alta Velocità Emilia-Toscana c. Com. Firenzuola*, in *giust.it.*, il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge e ciò è garanzia di un corretto contenimento delle domande risarcitorie: oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il "danno ingiusto"), è indispensabile che sia accertata la colpa (o il dolo) dell'amministrazione, che sia accertata l'esistenza di un danno al patrimonio, che sussista un nesso causale tra l'illecito ed il danno subito. Cons. Stato, sez. V, n. 88 del 2003, *Com. di Ostuni c. La Pineta s.r.l.*, concernente la sussistenza della responsabilità aquiliana del Co-

un ampio trasferimento di giurisdizione al giudice amministrativo con la conseguenza che si viene a sovrapporre l'estensione della responsabilità ricollegata ad interessi cosiddetti preten-sivi, con il trasferimento della giurisdizione al giudice amministrativo in materie ove normalmente veniva riconosciuto il risarcimento del danno da parte del giudice ordinario (per lesione di un diritto soggettivo) a seguito dell'annullamento di un provvedimento lesivo di un interesse cosiddetto oppositivo.

Ciò ha comportato l'indicazione di nuovi parametri per la definizione della colpa anche ove non si assisteva alla novità della questione, ma solamente alla novità del giudice⁽¹²⁾. Le difficoltà di applicazione delle nuove indicazioni fornite dalla Cassazione è ricondotta al fatto che "da una parte rimane ad un livello di inevitabile astrazione, dall'altra non tiene conto del fatto che la violazione dei limiti esterni alla discrezionalità comporta l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere", con la conseguenza che "pur premettendo l'esigenza di un'indagine penetrante sulla colpa dell'apparato, finisce per accontentarsi di una verifica di tipo solo oggettivo"⁽¹³⁾.

mune di Ostuni per violazione dello *jus aedificandi* de "La Pineta s.r.l." affermata dal giudice di primo grado per violazione dell'interesse pretensivo a conseguire le concessioni edilizie ripetutamente ed illegittimamente rifiutate. Il Consiglio di stato respinge l'appello contro la condanna del Comune al risarcimento dei danni sofferti dalla società "La Pineta" per l'illecita inibizione dell'esercizio del diritto a costruire nel periodo compreso tra la presentazione dell'istanza originaria ed il momento dell'effettivo rilascio dei titoli.

⁽¹²⁾ Caso di rigetto dei motivi d'appello che riguardano il capo della sentenza di primo grado che ha annullato gli atti di esproprio in una vicenda ove l'annullamento del provvedimento per omesso avviso di avvio del procedimento è considerata "la riprova dell'importanza di ordine generale che si è riconosciuta a quello strumento di protezione dei diritti del cittadino che è regolato dall'art. 7 della l. n. 241 del 1990 e, soprattutto, conferma la necessità che le pretese partecipative siano soddisfatte anche in quel particolare procedimento che si chiude con la dichiarazione (implicita) di pubblica utilità dell'opera pubblica": Cons. Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, *CAVET Consorzio Alta Velocità Emilia-Toscana c. Com. Firenzuola*, in *giust.it.*, caso anteriore alla l. 205 del 2000, cit.

⁽¹³⁾ Cons. Stato Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, *CAVET Consorzio Alta*

Si è notato che i principi enunciati dalla Cassazione, di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, presentano alcune "evidenti analogie con i tradizionali 'vizi' del provvedimento amministrativo. La violazione della regola di imparzialità si sovrappone, in larga misura, al vizio di eccesso di potere. La trasgressione del principio di buon andamento ha significativi punti di contatto con la violazione di legge, intesa come mancato rispetto delle norme che specificano i contenuti e le modalità di esercizio del potere amministrativo". Viene in ogni caso manifestata la consapevolezza che si tratta "solo di una forte somiglianza tra i diversi parametri, che non segna affatto la piena ed assoluta equivalenza tra il giudizio di illegittimità e quello di accertamento della colpa" (14).

Proprio da tale distinzione si ricava la diversità tra vizio di eccesso di potere dell'atto e scorrettezza del comportamento, poiché ancora una volta si evidenzia il profondo mutamento di prospettiva per il giudice amministrativo nel momento in cui è chiamato a conoscere il complessivo comportamento della pubblica amministrazione. Come si è detto, il vizio di eccesso di potere (violazione di norme non scritte), per quanto esteso mediante l'individuazione delle figure sintomatiche, viene accertato nel giudizio di legittimità attraverso i mezzi di prova prevalentemente documentali di tale giudizio e sempre in relazione all'atto impugnato. Il giudizio sul comportamento (scorretto, illecito o inadempiente) per affermare la re-

Velocità Emilia-Toscana c. Com. Firenzuola, in *Urb. e appalti*, 2001, 757. Il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge e ciò è garanzia di un corretto contenimento delle domande risarcitorie: oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il "danno ingiusto"), è indispensabile che sia accertata la colpa (o il dolo) dell'amministrazione, che sia accertata l'esistenza di un danno al patrimonio, che sussista un nesso causale tra l'illecito ed il danno subito.

(14) Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit.,

sponsabilità spazia in un ambito molto più esteso (15), benché possano individuarsi sovrapposizioni.

Non sembra da trascurare l'occasione di poter analizzare le pronunce di giudici ordinari ed amministrativi che rileggono e applicano i principi richiamati dalla Cassazione in tema di colpa della pubblica amministrazione e ne forniscono interpretazioni che ne dimostrano la rapida evoluzione.

Nella prospettiva del giudice civile viene considerato colposo il comportamento dell'amministrazione che adotta un provvedimento in violazione di norme che hanno anche la funzione di assicurare la realizzazione di concorrenti interessi del privato, poiché regolano il rapporto di bilanciamento dell'interesse pubblico con quello privato, quando la violazione avviene nell'esercizio dei poteri ad essa attribuiti, ma in spregio dei principi di imparzialità correttezza o buona amministrazione (16).

Il giudice ordinario considera che non si debba sempre ritenere che l'illegittimità del provvedimento integri la colpa, escludendo la corrispondenza tra illegittimità ed illiceità, con la conseguente necessità di ricercare caso per caso ulteriori circostanze di fatto idonee a qualificare la condotta come colposa. Si ammette dunque che la concreta vicenda pregiudizievole per il privato, sebbene collegata all'esecuzione di un prov-

(15) È chiaro che se si giungesse a compiere un sindacato sull'atto con tutti i mezzi di prova del giudizio di responsabilità sarebbe possibile immaginare che tutti i comportamenti scorretti così rilevati integrassero anche il vizio di eccesso di potere. Sembra invece possibile distinguere fra scorrettezze tipiche e atipiche.

(16) Corte di cassazione, sez. III, 28 marzo 2000, n. 3726, *Antonio Triunfo c. Provincia autonoma di Bolzano e Comune di Merano*, in *cd-rom Foro it.*, ove si afferma che talune delle considerazioni che si ritrovano nella sentenza n. 500 del 1999, cit.: "derivano dalla sentenza 24 maggio 1991 n. 5883, in essa richiamata, dove però, in contrasto con la tesi della necessità di un'indagine sulla colpa dell'amministrazione, era stata riaffermata la diversa tesi, già in precedenza accolta dalle sezioni unite nella decisione 22 ottobre 1984 n. 5361, per cui la colpa della pubblica amministrazione, come struttura, è necessariamente sottesa all'esecuzione di provvedimenti illegittimi da essa adottati".

vedimento illegittimo, possa ritenersi attuata dall'amministrazione senza colpa. Si riconosce infatti "che uno scarto tra illegittimità dell'atto sul piano del diritto amministrativo e colpa dell'amministrazione sul piano del diritto civile possa in concreto manifestarsi non può del resto escludersi" o più semplicemente che l'oggetto dell'indagine è nei due ambiti differente: illegittimità del provvedimento (violazione di norme scritte o non scritte) per incompetenza⁽¹⁷⁾, violazione di legge⁽¹⁸⁾ o eccesso di potere e l'elemento soggettivo del comportamento della pubblica amministrazione.

⁽¹⁷⁾ Si veda: A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa*, Torino, 2001, 111 e s.

⁽¹⁸⁾ "La *violazione di legge* indica l'inosservanza di leggi o regolamenti, cioè di norme che predeterminano una volta per tutte come deve essere perseguito l'interesse pubblico, definendo in via generale e astratta la serie di atti (accertamenti, pareri, comunicazioni, ecc.) che debbono essere compiuti per assumere correttamente una decisione. Serie di atti, con relativa sequenza di emanazione, che individuano ciò che è definito il « procedimento amministrativo » che porta una pubblica amministrazione ad assumere legalmente una decisione. Si delinea l'ambito in cui è corretto affermare che l'amministrazione pubblica « applica » la legge o il regolamento, cioè emana un atto che è *interpretazione* per il caso concreto del contenuto generale ed astratto di una norma, da cui un corollario che pare di non scarsa importanza. Il vizio di violazione di legge consente di sottoporre l'intera interpretazione che ha espresso l'amministrazione pubblica con l'emanazione dell'atto al sindacato di legittimità di un organo (giudice) che, nel conflitto con i destinatari dell'azione amministrativa (ricorrenti), avrà l'ultima parola (giudicato). L'inizio del procedimento apre dunque il processo interpretativo dell'amministrazione pubblica, che la stessa conclude con l'emanazione dell'atto ove si esprime la *sua* interpretazione (della legge e dei regolamenti). A seguito dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato coloro che non condividono l'interpretazione dell'amministrazione pubblica hanno lo strumento giuridico (ricorso) per vedere prescelta la propria interpretazione, poiché l'ordinamento ha reso possibile che l'interpretazione dell'amministrazione possa essere negata (annullamento dell'atto amministrativo) e ove occorra sostituita (giudizio di ottemperanza e nomina di un commissario « ad acta ») da altra, quella posta dalla decisione di un'autorità indipendente a tal fine istituita": R. CAVALLO PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, in *Storia d'Italia, Annali n. 14, Diritto e giustizia*, cit., 225 e s.

In tale prospettiva vengono progressivamente individuati casi in cui escludere la colpa della pubblica amministrazione (o talora, più che la colpa, pare si escluda l'imputabilità dell'inadempimento) consente di negare la risarcibilità dell'eventuale danno subito dal privato.

Si è fatto l'esempio del provvedimento adottato dall'amministrazione in base a norma di cui sia stata successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale⁽¹⁹⁾ o quello del "provvedimento adottato in base ad un'interpretazione della norma sin lì costantemente seguita in sede sia amministrativa sia giudiziaria, ma disattesa dal giudice nel caso concreto"⁽²⁰⁾, ma più in generale si riconosce che la valutazione di aspetti della fattispecie concreta possano escludere che l'illegittimità dell'atto possa tradursi in colposità del comportamento.

La colpa vien invece affermata nel caso di provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma nazionale in contrasto con la disciplina comunitaria, poiché in tal caso sussiste l'obbligo di disapplicazione anche da parte delle pubbliche amministrazioni e non solamente del giudice e la sua violazione potrebbe manifestare la contraddittorietà del comportamento.

Di tutte queste ipotesi come delle altre che si stanno presentando occorre attendere la concreta soluzione, come la effettiva allocazione dell'onere della prova, mentre sembra pacifico che i giudici, sia ordinari, sia amministrativi siano chia-

⁽¹⁹⁾ Cass., sez. un., 27 aprile 1991, n. 4669, *Com. Arezzo c. Perugini*, in *Foro it.*, 1992, I, 1266, concernente il ritardo nel pagamento dell'indennità di espropriazione.

⁽²⁰⁾ Corte di cassazione, sez. III, 28 marzo 2000, n. 3726, *Antonio Trunfo c. Provincia autonoma di Bolzano e Comune di Merano*, cit., ove peraltro si afferma che nel caso in questione la decisione della corte d'appello, "fondatasi sulla equivalenza tra illegittimità e colpa non è stata criticata dimostrando che sia stata omessa la considerazione di aspetti della fattispecie concreta, i quali avrebbero potuto condurre ad escludere che la ragione di illegittimità potesse tradursi in colpa".

mati a sottoporre ad un diretto controllo il comportamento dell'amministrazione che si concretizza nel complesso di attività volte all'adozione ed all'esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi — quando tale sindacato è richiesto in funzione di una domanda di risarcimento del danno — senza che ciò implichi la sostituzione di una valutazione del giudice alle eventuali scelte discrezionali della pubblica amministrazione, ma solamente il raffronto del comportamento con i canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione⁽²¹⁾.

Anche il giudice amministrativo viene chiamato a valutare se nel giudizio di imputazione della responsabilità possano verificarsi peculiari circostanze concrete capaci di escludere una valutazione in termini di colpa delle cause di illegittimità del provvedimento.

Nelle prime pronunce che affrontano la questione si assiste alla individuazione di varie interpretazioni che a fronte delle

⁽²¹⁾ Trib. Firenze, 28 febbraio 2000, *Vitali c. Com. Fiesole*, in *Riv. amm. Toscana*, 2000, 101, ove si afferma che in conformità all'orientamento espresso dalla Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, il giudice di merito per individuare la situazione di fatto suscettibile di essere sussunta nella fattispecie giuridica del risarcimento dei danni per attività illecita della pubblica amministrazione deve accertare il fatto dannoso, stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come ingiusto in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, accertare la sussistenza nel nesso causale tra l'evento dannoso e la condotta riferibile alla parte pubblica e stabilire se l'evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa dell'apparato. Il comportamento colposo viene ravvisato nella predisposizione da parte comunale di una modifica al piano regolatore generale che immotivatamente abbia sottratto alla edificabilità un'area già convenzionata in lottizzazione, in quanto l'omissione della motivazione non integra un mero errore procedimentale dal momento che incide sull'attuazione concreta del potere amministrativo in una situazione in cui non era dubbio che, in presenza di una convenzione di lottizzazione, sussistesse l'obbligo dell'amministrazione comunale di tenerne conto in sede di disciplina degli assetti urbanistici. Inoltre si precisa che l'interesse di cui il privato chiede tutela ha natura di interesse oppositivo, poiché l'interesse pretensivo alla stipula della lottizzazione si era già realizzato, con la conseguenza che il danno subito dal privato è senz'altro ingiusto.

numerose domande di danno tendono a limitare la configurazione della responsabilità escludendo la colpa ove la violazione non appaia grave, ma in un'altra prospettiva si potrebbe ritenere che il comportamento non è apparso scorretto (contraddittorio).

Vengono anche richiamate le elaborazioni europee della Corte di giustizia sulla responsabilità delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri, su cui si tornerà in seguito, ove sembra accolta una nozione oggettiva di colpa che, oltre ai vizi del provvedimento, considera appunto la gravità della violazione commessa dall'amministrazione in relazione all'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo competente, ai precedenti della giurisprudenza, alle condizioni concrete, senza trascurare di valutare anche il comportamento dei privati coinvolti nella vicenda⁽²²⁾.

Si è rilevata la tendenza a ricollegare la colpa ad elementi oggettivi quali l'esigibilità della condotta richiesta all'agente in relazione a parametri normativi concernenti le modalità dell'azione e l'incidenza sulla sfera giuridica e patrimoniale del danneggiato, e non ad apprezzamenti di carattere puramente soggettivo ed individualizzato. Ciò è tanto più evidente quando si tratta di valutare la colpa di organizzazioni collettive complesse ovvero dell'apparato amministrativo ove l'elemento soggettivo è riferito alla complessiva struttura dell'ente⁽²³⁾.

Il richiamo ai vizi di legittimità del provvedimento sembra far ritenere che la colpa della pubblica amministrazione possa individuarsi nei casi di vizi più gravi ed evidenti, che renderebbero il comportamento illecito, in assonanza con il ricordato

⁽²²⁾ Corte Giustizia CE 5 marzo 1996, cause riunite n. 46 e 48 del 1993; Id., 23 maggio 1996, causa C-5/1994.

⁽²³⁾ Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit., ove si afferma che il tradizionale concetto della colpa deve evolversi verso una nozione più ampia, idonea a comprendere l'intero svolgimento dell'attività provvedimentale imputata all'amministrazione.

orientamento dei giudici comunitari che fondano il giudizio di colpa sulla effettiva gravità dell'accertata violazione della norma, accettando la conseguente limitazione della responsabilità⁽²⁴⁾.

In tale prospettiva si esclude il requisito della colpa se la violazione risulta essere determinata da un "errore scusabile" dell'autorità — salva la definizione di tale scusabilità — mentre, al contrario, se la violazione appare "grave ed è maturata in un contesto nel quale all'indirizzo dell'amministrazione sono stati formulati addebiti ragionevoli", specie sul piano della diligenza e della perizia si individua il requisito della colpa.

Tale ricostruzione consente di ritenere sussistente la colpa quando la pubblica amministrazione abbia "violato una norma di ordine generale, che costituisce presidio essenziale delle garanzie partecipative ed il cui rispetto richiede all'amministrazione uno sforzo minimo, consistente nella previa comunicazione" dell'avvio del procedimento sfavorevole ai destinatari possibili, facilmente individuabili.

La colpa dell'amministrazione si ricollega alla violazione dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, violazione che, seppur tempestivamente dedotta dagli interessati, era stata ignorata dall'amministrazione, che già aveva instaurato un rapporto con gli stessi privati in relazione alle osservazioni presentate in oc-

(24) Le illegittimità più gravi esprimono, solitamente, anche la colpa dell'amministrazione, mentre anche vizi oggettivamente meno evidenti potrebbero accompagnarsi alla colpa dell'amministrazione: Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit., nel caso di specie la lesione lamentata dalla ricorrente deriva, in concreto, dal diniego illegittimo di una concessione edilizia (provvedimento adottato sul presupposto, anch'esso illegittimo, di un nuovo strumento pianificatorio sostitutivo della precedente lottizzazione convenzionata). In altri termini, la posizione giuridica fatta valere dall'interessata presenta il contenuto dell'interesse pretensivo, direttamente appuntato sulla realizzazione dell'aspettativa edificatoria, che costituisce componente essenziale del diritto di proprietà immobiliare ed è cristallizzata nella presentazione di una istanza all'amministrazione.

casione del procedimento di approvazione della variante al piano regolatore generale.

La condotta della parte pubblica poteva ritenersi scorretta in quanto dai fatti indicati poteva desumersi la contraddittorietà del comportamento (inadempimento) che in un primo momento tiene conto delle osservazioni di privati interessati e successivamente con un comportamento omissivo evita la loro partecipazione al procedimento. È significativo infatti che nel momento in cui si ritiene provata la colpa della pubblica amministrazione se ne afferma il superamento, proprio in relazione alla prospettazione di un'ipotesi di inadempimento. Si considera che la "stretta vicinanza tra amministrazione e privati rafforza il vincolo procedimentale ed i doveri posti in capo al soggetto pubblico: egli è tenuto a fornire ogni necessaria garanzia di partecipazione al procedimento e, se non vi provvede, il contatto procedimentale ben può facilitare il giudizio sull'esistenza della colpa, specie sul piano probatorio". In breve, l'onere del privato di provare la colpa è soddisfatto se si dimostra che l'amministrazione ha provveduto a seguito di un procedimento che ha visto la presenza del privato stesso, secondo una regola che evoca quella sul riparto dell'onere probatorio in tema di responsabilità contrattuale⁽²⁵⁾. In tal modo si giunge, seppur implicitamente, ad affermare che la parte pubblica potrebbe liberarsi dalla responsabilità fornendo la prova che l'inadempimento degli obblighi commesso non le è imputabile⁽²⁶⁾.

(25) Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, cit. E. CASETTA e F. FRACCHIA, *Responsabilità da contratto: profili problematici*, nota a C. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Com. Frattamaggiore c. Lupoli*; TAR Abruzzo, sez. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, *Soc. Italgas c. Com. Alanno*; TAR Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, *Soc. Desa c. Com. Sammichele di Bari*; TAR Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, *Soc. Ddb ecologia c. Com. Cinisello Balsamo* e TAR Lombardia, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, *Soc. coop. Italassistanze c. Az. Osp. S. Gerardo Monza*, in *Foro it.*, 2002, III, 18.

(26) Da ult. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, *Vitali c. Comune di Fiesole*, entrambe in *Giust.it.*

La colpa — ovvero, secondo differente prospettazione, l'imputabilità dell'inadempimento — può essere esclusa anche in presenza di un atto ritenuto illegittimo, come può essere individuata anche se l'atto è ritenuto legittimo⁽²⁷⁾, a conferma del differente oggetto dei due giudizi anche quando sono rimessi al medesimo giudice.

Così è possibile che venga annullata l'esclusione da una gara per l'affidamento di un pubblico appalto per violazione delle norme che impongono la verifica in contraddittorio dell'offerta ritenuta anormalmente bassa, ma si escluda la responsabilità dell'amministrazione sulla base della assenza del requisito della colpa. Si richiama infatti la ricordata interpretazione che esclude la colpa dell'Amministrazione qualora la violazione delle regole "sia l'effetto di un errore scusabile, e se alla stessa Amministrazione non possano essere mosse censure sul piano della diligenza e della perizia". In tal senso si ammette che "pur non condividendo il *modus procedendi* del Consorzio"⁽²⁸⁾ — di cui peraltro si è annullato il provvedimento di esclusione dalla gara per assenza di verifica in contraddittorio dell'anomalia dell'offerta — si ritiene che la sua condotta non possa essere qualificata come colposa, poiché si afferma che: "è indubbio che la determinazione assunta nei confronti dell'o-

(27) Cons. St., sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, *Comune di Cinisello Balsamo c. D.DB. Ecologia e Colombo Spurghi Lombardia s.n.c.*, con commento di G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2/2002, 199 e s.; TAR Abruzzo, sez. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, *Soc. Italgas c. Com. Alanno*, cit.

(28) Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4007 del 2002, *Consorzio Emiliano Romagnolo in proprio e quale Capogruppo ATI e l'ATI - FIMCO s.p.a., c. Consorzio Ventuno - Parco Scientifico e Tecnologico della Sardegna*, in *giustizia-amministrativa.it*. Sulla questione si veda: Cons. Giust. Amm. Sic. 6 marzo 1998, n. 127, in *Cons. Stato*, 1998, I, 480; TAR Lombardia, Milano, sez. III; 23 dicembre 1998, n. 3181, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 513; TAR Lazio, Roma, sez. III; 4 settembre 1999, n. 2714, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 3796; TAR Toscana, sez. I, 11 novembre 1998, n. 188, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 218.

dierna appellante è conseguente ad una riscontrata carenza di documentazione circa le analisi dei prezzi delle opere impiantistiche, così come prescritto dal bando di gara". Si individua un comportamento negligente (scorretto) della parte privata consistente nel non aver fornito un'esauritiva analisi degli elementi dell'offerta come richiesto dal bando di gara. A ciò si aggiunge l'incertezza della questione, al tempo dei fatti, in assenza di pronunce giurisprudenziali che chiarissero l'insufficienza della richiesta nel bando delle giustificazioni sui ribassi delle più significative voci di prezzo e la necessità di assicurare comunque la verifica in contraddittorio⁽²⁹⁾. Il comportamento del privato e l'incertezza della questione consentono al giudice amministrativo di escludere che alla stazione appaltante possa essere imputato un difetto di diligenza o di perizia ed in assenza del requisito della colpa, la domanda di risarcimento del danno viene respinta⁽³⁰⁾. Sembra che il giudice amministrativo abbia

(29) C. Giust. Ce, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99 in *Urb. app.*, 2002, con nota di R. DE NICTOLIS, *La Corte CE si pronuncia sul giusto procedimento in tema di offerte anomale*, ove la Corte considera in violazione delle direttive appalti "una normativa ed una prassi amministrativa che consenta all'amministrazione aggiudicatrice di escludere come anormalmente bassa un'offerta, basandosi unicamente sulle giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative presentate in allegato all'offerta stessa, senza che l'amministrazione aggiudicataria abbia proceduto ad un qualsiasi esame in contraddittorio delle offerte sospette, formulando richieste di chiarimento sui punti emersi nel corso di una prima verifica e concedendo alle imprese interessate la possibilità di far valere i loro argomenti al riguardo prima dell'adozione della decisione finale".

(30) Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4007 del 2002, *Consorzio Emiliano Romagnolo in proprio e quale Capogruppo ATI e l'ATI - FIMCO s.p.a., c. Consorzio Ventuno - Parco Scientifico e Tecnologico della Sardegna*, cit. Similmente TAR Piemonte, 26 gennaio 2001, n. 164, *L.A. c. Prov. Torino*, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 843, che annulla l'esclusione illegittima di un'impresa, ma respinge la domanda di risarcimento del danno per la complessità della questione affrontata in assenza di univoche indicazioni normative sulle modalità delle verifiche a campione ex art. 10, comma I-quater l. n. 109 del 1994, sulla veridicità delle dichiarazioni rese dai concorrenti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione. Sulla medesima questione TAR Piemonte, sez. II, 22 gennaio 2000, n. 69, *Soc. Cema c. Associaz.*

accolto la prova della parte pubblica circa la non imputabilità dell'inadempimento, consistito nella violazione delle norme che impongono di compiere la verifica dell'anomalia dell'offerta in contraddittorio, seppur in presenza di un provvedimento di esclusione ritenuto illegittimo.

Si evidenzia l'ampiezza dei nuovi ambiti di valutazione attribuiti al giudice amministrativo che è chiamato a ricostruire e sindacare il complessivo comportamento della parte pubblica per giungere alla definizione di orientamenti che consentano di individuare le condizioni per affermarne la liceità, la non imputabilità dell'inadempimento, ovvero la correttezza intesa come non contraddittorietà del comportamento, per escluderne la responsabilità.

Attraverso l'analisi dei casi è possibile rilevare che, al di là delle affermazioni che richiamano l'interpretazione del 2043 c.c. fornita dalla Cassazione, più che una specifica analisi dell'elemento soggettivo, si valuta il comportamento complessivo che l'amministrazione ha tenuto nella vicenda, forse interpretando in tal modo l'espressione "colpa dell'apparato".

Così, ad esempio, nel caso in cui un provvedimento di esclusione da una gara pubblica per mancata allegazione dei requisiti di qualificazione tecnica è emanato dalla pubblica amministrazione in violazione di una circolare che ne disponeva altrimenti la verifica. La violazione di una circolare ha da tempo integrato una figura sintomatica di eccesso di potere, ma nel giudizio sul comportamento costituisce un indice della contraddittorietà che si accerta anche in relazione alle azioni ed omissioni commesse in violazione di fonti nazionali e di origine comunitaria che impongono la verifica dei requisiti di qualificazione tecnica dei concorrenti. Il provvedimento di

irrigaz. Est Sesia, in *Foro amm.*, 2000, 1395, e R. DE NICOLIS, *Il controllo a campione negli appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2002, 129 e s.; M. GIOVANNELLI, *La verifica a campione: problemi e prospettive*, in *Urb. e app.*, 2001, 823. Cfr. TAR Lecce, sentenza 19 aprile 2002, n. 1572, ove la negazione della colpa sembra corrispondere alla valutazione della correttezza del comportamento.

esclusione viene ritenuto illegittimo ed annullato, ma per affermare la responsabilità della pubblica amministrazione si sostiene che i profili di illegittimità della azione amministrativa integrano il "comportamento negligente, eppertanto colposo", comportamento consistente nel non "invitare i concorrenti a completare o a chiarire la documentazione e le dichiarazioni presentate a riprova della sussistenza dei requisiti previsti" (31), come nel considerare perentorio il termine di sei mesi previsto nella circolare come limite alla possibilità che la qualificazione fosse effettuata direttamente dalle stazioni appaltanti, che avrebbero dovuto provvedere a vagliare la documentazione indicata nella circolare stessa (32). Si afferma così la necessità dell'individuazione "dell'elemento psicologico della colpa non già sulla base del dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma all'esito di una penetrante indagine mirata a verificare se l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione". A sostegno della valutazione di negligenza si considera il comportamento successivo all'emanazione dell'atto da parte dell'amministrazione, consistente in particolare nel "persistere nei comportamenti censurati con il ricorso, non recependo l'indicazione (possibilità di attivarsi in via di autotutela)" che era stata prospettata dal giudice in sede di sospensione cautelare del provvedimento di esclusione (33).

(31) Si richiama l'art. 21, terzo comma, del d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406.

(32) Si trattava nel caso di specie della circolare ministeriale n. 1467/UL del 4 settembre 1998.

(33) TAR Lazio, sez. II, 3 luglio 2002, n. 6115, *Servizi industriali s.r.l. c. Comune di Aprilia*, in *giust.it.*, ove si afferma che: "nel merito, la domanda risarcitoria è fondata, risultando contestualmente presenti tutti gli elementi tipici produttivi di responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. a carico della P.A. per effetto dell'illegittimo esercizio di una funzione pubblica, secondo i noti e condivisibili principi enucleati dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione nella fondamentale sentenza n. 500 del 22 luglio 1999. Nella situazione all'esame, infatti, sussistono: la produzione di un evento dannoso; la qualificazione di quest'ultimo come ingui-

Anche il Consiglio di Stato sottolinea la necessità di valutare la complessità del “comportamento colpevole” dell’amministrazione considerando anche il “contesto in cui si sviluppa l’azione amministrativa”⁽³⁴⁾. Viene esclusa ogni automatica “equivalenza giuridica tra annullamento di un atto amministrativo, comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e risarcibilità del danno ingiusto ricevuto dal soggetto destinatario degli effetti lesivi dell’atto annullato”⁽³⁵⁾, con la conseguente necessità di individuare l’elemento della “colpa che emerge in quanto l’errore commesso dall’apparato amministrativo non sia scusabile” sempre in relazione al contesto complessivo in cui si colloca l’attività amministrativa⁽³⁶⁾.

A tal fine si esamina il comportamento tenuto dalla parte pubblica nel corso della vicenda giurisdizionale che — ove considerata “complessa e difficile” — può determinare una valutazione del comportamento come “non irragionevole nel cercare di adeguare la propria azione alle diverse soluzioni prospettate in via giurisdizionale”⁽³⁷⁾. Il profilo interpretativo del bando che aveva determinato la controversia risultava effettivamente complesso⁽³⁸⁾ e l’annullamento dell’aggiudica-

sto perché incidente su un interesse sostanziale giuridicamente rilevante per l’ordinamento; la riferibilità causale del danno a fatto colposo dell’amministrazione agente”. Si trattava di un appalto di lavori di bonifica. TAR Lazio, sez. II, 14 giugno 2001, n. 5244, *T.D. c. Com. Vignanello*, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2173.

⁽³⁴⁾ Si richiama altresì: Consiglio di Stato VI sez. del 18 dicembre 2001 n. 6281, cit.

⁽³⁵⁾ Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002 n. 6393, *Comune di Margherita di Savoia c. Scavisud s.a.s.* che annulla TAR Puglia-Lecce, sez. II, 17 settembre 2001, n. 5375, che condannava il Comune di Margherita di Savoia alla corresponsione di lire 399.547.748 a titolo di risarcimento del danno, derivante dall’illegittima aggiudicazione della gara *de qua*, oltre alla rivalutazione e agli interessi dal momento delle maturazione al soddisfo.

⁽³⁶⁾ Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, cit.

⁽³⁷⁾ La tesi dell’illegittimità dell’aggiudicazione era stata respinta in primo grado, veniva invece accolta dal Consiglio di Stato, con la decisione n. 960 del 10 dicembre 1999.

⁽³⁸⁾ Si trattava di individuare il punto in cui una offerta, in parte a corpo

zione “chiude e definisce un rapporto giuridico assai complesso, al cui interno, è irragionevole intestare all’apparato amministrativo comportamenti di natura colposa sui quali innestare il risarcimento del danno”⁽³⁹⁾, anche in considerazione del comportamento della parte pubblica successivo alle pronunce giurisdizionali⁽⁴⁰⁾.

Si è anche ipotizzata l’applicabilità dell’art. 2236 del c.c. per limitare la responsabilità della pubblica amministrazione ai casi ove si accerti al dolo o la colpa grave in relazione al fatto che — come “il prestatore d’opera”⁽⁴¹⁾ — sarebbe chiamata a risolvere problemi tecnici di speciale difficoltà⁽⁴²⁾.

ed in parte a misura, perdeva i suoi contenuti di precisa e ben definibile determinabilità.

⁽³⁹⁾ Si sono valutati anche elementi successivi al “verificarsi della fattispecie e dunque non può assumere il ruolo di scusante, in senso tecnico, tuttavia esso serve a capire e a valutare il comportamento dell’ente locale nel mentre tale diversità di orientamenti veniva svolgendosi: ed al riguardo non sembra che il comportamento dell’ente locale sia stato irrazionale o avventato”: Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002 n. 6393, *Comune di Margherita di Savoia c. Scavisud s.a.s.*, cit.; TAR Friuli-Venezia Giulia, 19 giugno 2000, n. 514, *Soc. T. c. Comunità montana Carnia*, in *Trib. amm. reg.*, 2000, I, 2231; TAR Puglia, Bari, sez. II, 18 luglio 2002, n. 3401, in *Foro amm.*, 2002, ove è richiesto il risarcimento del danno per aver ottenuto e costruito sulla base di una concessione edilizia poi risultata illegittima; il giudice esclude la colpa della parte pubblica per la complessità della disciplina applicabile. TAR Toscana, sez. III, 24 gennaio 2001.

⁽⁴⁰⁾ Esclude la colpa della parte pubblica che ha eseguito la sentenza di primo grado poi annullata in appello, facendo eseguire l’appalto al ricorrente vincitore in primo grado: Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5789, in *Urb. e appalti*, 2003, n. 2, con nota di R. CARANTA, *Antigiuridicità e colpa nella responsabilità della pubblica amministrazione*.

⁽⁴¹⁾ Art. 2236. *Responsabilità del prestatore d’opera*. Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave. F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno: dai problemi teorici ai dilemmi pratici*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 637, sulla scusabilità dell’errore della parte pubblica che è chiamata a risolvere questioni di speciale difficoltà.

⁽⁴²⁾ Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, *Com. San Cesario di Lucca c.*

Un'interpretazione restrittiva dell'elemento psicologico si rinviene in relazione alla richiesta di risarcimento danni conseguenti all'illegittimo diniego di riammissione in servizio di un dipendente pubblico, che non determina l'automatica illiceità della condotta, poiché ancora una volta la mancanza di colpa, o meglio di diligenza e perizia, viene fondata sulla oggettiva opinabilità della questione su cui si era fondato l'originario diniego di riammissione⁽⁴³⁾.

Per accertare la violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione, come suggerito dalla Corte di cassazione, si distingue un profilo oggettivo della colpa riconducibile alle violazioni normative ed un profilo soggettivo che si ricava dalle modalità complessive della condotta amministrativa nella vicenda. L'affermazione della colpa richiede gli estremi della contrarietà ai principi di legalità, di

Di Lorenzo, in *Foro amm.*, *CdS*, 2002, 2411, ove si afferma che la colpa non può essere esclusa invocando l'art. 2236 c.c., — il quale esclude dalla responsabilità per i danni causati, salvo dolo o colpa grave, dal prestatore d'opera la cui attività implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (cui sarebbero assimilabili i commissari d'esame) — in quanto detta limitazione è applicabile ai rapporti (contrattuali) tra committente e prestatore di lavoro ma non per i danni causati eventualmente ai terzi nell'esplicazione di tale prestazione, per i quali il prestatore d'opera risponde evidentemente anche in caso di colpa lieve *ex art. 2043 c.c.*

⁽⁴³⁾ "L'accertata illegittimità del provvedimento di diniego di riammissione in servizio non comporta l'automatica illiceità della condotta, in quanto la colpa dell'amministrazione non è *in re ipsa*, nel caso di adozione ed applicazione di un atto amministrativo illegittimo, essendo la lesione dell'interesse legittimo condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.*": Consiglio di Stato, sez. VI, n. 5829 del 2001, *Marcucci c. I.N.P.S. - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale*, ove il risarcimento non poteva inoltre trovare fondamento nel giudicato amministrativo, sia perché dall'annullamento del diniego di riammissione non scaturiva un obbligo di riammissione in servizio, ma un dovere per l'amministrazione di rideterminarsi; sia perché il provvedimento costitutivo della riassunzione non attribuiva alla dipendente il diritto al trattamento economico, per il periodo di mancata riammissione in servizio.

buona amministrazione e ragionevolezza, nonché la piena consapevolezza dell'atto adottato e l'inosservanza di norme non suscettibili di interpretazione soggettiva. L'imputazione della colpa all'apparato amministrativo considerato nel suo complesso si esclude quando si riscontrino particolari ed obiettive circostanze quali l'equivocità e la contraddittorietà della normativa applicabile, la novità della questione nonché le oscillazioni giurisprudenziali⁽⁴⁴⁾.

Si ritiene colposo invece il comportamento dell'amministrazione che viola le clausole di un bando di gara di semplice ed univoca interpretazione, quando non si impone la risoluzione di questioni particolarmente complesse o nuove⁽⁴⁵⁾, come pure viene considerata colposa la condotta dell'ente pubblico "contrassegnata da indifferenza ed inerzia nel (non) riscontrare le continue sollecitazioni del ricorrente per una definizione bonaria della questione e da ritardi nel conformarsi alla pronuncia giurisdizionale"⁽⁴⁶⁾. Così appare evidente che

⁽⁴⁴⁾ TAR Lazio, Roma, - Sez. II, 14 giugno 2001, n. 5244, *T. D. c. Com. Vignanello*, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2173.

⁽⁴⁵⁾ Valutazione ricavabile dalla sentenza di annullamento della aggiudicazione di una gara d'appalto per mancata applicazione di una clausola violata e posta a pena di esclusione: TAR Puglia, Bari, Sez. II, 18 luglio 2002 n. 3399, *Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop. a r.l. c. Comune di Barletta*, in *giust.it*, con nota di M. PERIN, *Lesione d'interessi legittimi, risarcimento del danno, colpa grave dell'amministrazione e degli amministratori*, ove si pone la questione della responsabilità amministrativa dei componenti della commissione giudicatrice che, con l'interpretazione erronea della clausola di esclusione, ha determinato il danno che l'amministrazione pubblica è tenuta a risarcire all'impresa.

⁽⁴⁶⁾ TAR Puglia, Bari, Sez. II, 18 luglio 2002 n. 3399, *Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop. a r.l. c. Comune di Barletta*, cit., concernente il ricorso per la condanna del Comune di Barletta al risarcimento dei danni subiti a seguito dell'illegittima pretermissione della ricorrente nella realizzazione dell'appalto di lavori per la costruzione di quattro edifici scolastici. Si afferma comprovata la violazione da parte del Comune delle regole di buona amministrazione; esse, pertanto, sono esplicative di una condotta colposamente imputabile — *contra legem* — foriera di danno (ingiusto) risarcibile.

l'affidamento di un appalto a trattativa privata al di fuori dei casi consentiti dalla legge oltre a determinare l'illegittimità dell'atto integra altresì la colposità della condotta poiché la "violazione appare grave e matura in un contesto nel quale all'indirizzo dell'amministrazione sono formulati addebiti ragionevoli, specie sul piano della diligenza e della perizia" (47) che evidenziano la negligenza della parte pubblica.

Gli orientamenti descritti non potranno non incidere profondamente sull'attività amministrativa e fanno prevedere che la più ampia prospettiva di valutazione del comportamento dell'amministrazione — al di là dell'asserita necessità che il danneggiato provi la colpa dell'apparato — dovranno confrontarsi con la possibilità da riconoscere all'amministrazione di provare la non colpa, o meglio che la scorrettezza intesa come inadempimento non le è imputabile.

2.1. La "colpa" delle istituzioni europee. Il sindacato sul comportamento anche mediante prova testimoniale.

Sembra di interesse richiamare i più recenti orientamenti della giurisprudenza europea in tema di responsabilità delle istituzioni comunitarie poiché si rinvengono taluni casi significativi ove si è affermato l'obbligo di risarcire il danno causato ai privati secondo una logica non distante da quella che si va affermando nell'ordinamento nazionale.

(47) Si afferma "una evidente negligenza dell'amministrazione, nell'affidare a trattativa privata senza previo bando un servizio, al di fuori dei casi consentiti dal d.lgs. n. 157 del 1995": Cons. Stato Sez. VI, 2002, n. 6281, *S.A.A.V. Autovie Venete s.p.a. c. SI.PRO.MA. s.r.l., Autovie Venete s.p.a.*, concernente un appalto di servizi di assistenza e consulenza e di controllo sulla funzionalità delle pavimentazioni, dei manufatti e della segnaletica stradale che richiama anche la pronuncia: Consiglio di Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3168, *Reg. Sicilia c. B.G.*, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1302. Si veda anche: anche TAR Campania 4 ottobre 2001, n. 4485, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 668.

Un risarcimento del danno è stato infatti riconosciuto per il comportamento scorretto dell'Istituzione europea ed in particolare del suo funzionario che, con una telefonata, ha preannunciato ad un concorrente l'aggiudicazione di un appalto e lo ha indotto a prepararsi ad adempiere (48).

Attenendosi ai fatti di questa controversia si evidenzia significativamente la rilevanza della possibilità per il giudice di conoscere il comportamento complessivo tenuto dalle parti nella vicenda, al di là degli atti emanati. Il risarcimento del danno viene infatti riconosciuto a favore del privato in relazione alla prova testimoniale che consente di acquisire il contenuto di telefonate intercorse fra il funzionario del Parlamento europeo e uno dei concorrenti (49).

Quando non vi è traccia documentale della scorrettezza solo l'utilizzo di altri mezzi di prova, quali la testimonianza,

(48) Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, cit., avente ad oggetto il ricorso diretto a ottenere il risarcimento del danno assertivamente subito dalla ricorrente per il comportamento illecito tenuto dal Parlamento nell'ambito della gara relativa ad un contratto d'appalto di trasporto di persone per mezzo di automobili con autisti, G.M. RACCA, *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. giust. Ce, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs - Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, cit.

(49) Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, cit., pto 77, ove si afferma che "il Parlamento, nella persona del signor Candidi (capo del servizio «risorse umane, gestione amministrativa») ha preso l'iniziativa di contattare telefonicamente la ricorrente il 4 dicembre 1995 per annunciargli che la CCAA aveva emesso il giorno stesso un parere favorevole riguardo alla proposta dell'ordinatore di affidargli l'appalto. Emerge dalla testimonianza del signor Candidi che tale iniziativa non corrispondeva alla procedura normale che prevede, al contrario, la definizione del contratto dal Parlamento prima di qualsiasi contatto con l'impresa vincitrice. Ebbene, nella fattispecie, la nuova società doveva essere in grado di fornire i servizi dopo l'inizio del gennaio 1996 e occorreva quindi prendere urgentemente i provvedimenti necessari per evitare un'interruzione del servizio. Peraltro il signor Candidi ha confermato che, al momento in cui ha preso contatto con la ricorrente, nulla faceva pensare che sarebbe stata presa una decisione finale ad essa sfavorevole".

consente di acquisire la conoscenza di tutti i fatti⁽⁵⁰⁾ e di valutare il comportamento dei soggetti coinvolti⁽⁵¹⁾.

Anche il giudice amministrativo chiamato a svolgere un sindacato sul comportamento delle pubbliche amministrazioni ai fini del giudizio di responsabilità è tenuto ad impiegare tutti i mezzi di prova necessari per poterlo valutare adeguatamente.

È significativo che — come sembra avvenire avanti ai giudici nazionali — si sia affermata l'inversione dell'onere della prova della colpa, o meglio della non imputabilità del comportamento scorretto delle istituzioni europee. Il giudice europeo afferma significativamente che “il Parlamento ha l'onere di

⁽⁵⁰⁾ Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, cit.: “emerge da quanto precede che il Parlamento, da una parte, ha fatto sorgere in capo alla ricorrente il legittimo affidamento inducendola ad assumersi un rischio che va oltre quello normalmente corso dagli offerenti per una procedura di aggiudicazione e, dall'altra, ha omesso di informare la ricorrente di una modifica significativa dello svolgimento della procedura di aggiudicazione. A questo proposito, non è necessario stabilire se i dipendenti del Parlamento abbiano agito in modo scusabile”.

⁽⁵¹⁾ Per un caso in cui il comportamento delle istituzioni europee è ritenuto corretto: Trib. Ce, sez. V, 26 febbraio 2002, *Esebra SPRL c. Commissione delle Comunità europee*, in *curia.eu.int*, concernente la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di risarcimento del danno relativa ad un appalto di servizi di asilo nido e giardino d'infanzia, aperti ai figli dei dipendenti delle Istituzioni europee. Il Tribunale nega l'annullamento e il risarcimento del danno affermando che “gli elementi prodotti dalla ricorrente non consentono di dimostrare che la Commissione ha perseguito uno scopo diverso da quello di aggiudicare l'appalto all'offerta più vantaggiosa sotto il profilo economico, tenendo conto dei criteri di aggiudicazione previsti nel bando di gara e nel capitolato d'oneri”. Si richiama la nozione comunitaria di sviamento di potere come concernente “la situazione in cui un'autorità amministrativa esercita i suoi poteri per uno scopo diverso da quello per cui le sono stati conferiti. A tal riguardo, secondo una giurisprudenza costante, una decisione è viziata da sviamento di potere solo se, in base ad indizi oggettivi, pertinenti e concordanti, risulta adottata per raggiungere scopi diversi da quelli dichiarati (v., per esempio, sentenza del Tribunale 25 febbraio 1997, cause riunite T-149/94 e T-181/94, *Kernkraftwerke Lippe-Ems/Commissione*, Racc. pag. II-161, punti 53 e 149, confermata su ricorso con sentenza della Corte 24 aprile 1999, causa C-161/97 P, *Kernkraftwerke Lippe-Ems/Commissione*, Racc. pag. I-2057)”.

provare di aver tenuto un atteggiamento coerente e costante verso gli offerenti”⁽⁵²⁾.

Più in generale, quando si affrontata la questione della responsabilità delle istituzioni europee in relazione all'emanazione o alla mancata emanazione di atti amministrativi, si afferma che “ogni violazione del diritto costituisce un illecito idoneo a far sorgere la responsabilità della Comunità”, con sovrapposizione di quella che è definita illegittimità dell'atto rispetto alla illiceità della condotta. Tuttavia in relazione a quanto sopra osservato si può rilevare che il sindacato dei giudici europei investe in ogni caso il complessivo comportamento, non conoscendo un giudizio, in senso proprio, di mera legittimità. La sintetica espressione sopra ricordata sembra dunque da interpretare nel senso che “la violazione del diritto” intesa come inadempimento di un obbligo derivante dal Trattato o dalle fonti derivate può integrare il comportamento “illecito”, ovvero inadempiente, che determina la responsabilità ed il conseguente obbligo di risarcire il danno.

La giurisprudenza europea ha precisato che a tal fine occorre valutare la “complessità delle situazioni da disciplinare”, le “difficoltà di applicazione o interpretazione dei testi” ed “in particolare, del margine di valutazione discrezionale rimesso all'autore dell'atto controverso”⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, cit., pto 87, ove si afferma che: “come entità aggiudicatrice nella procedura di aggiudicazione degli appalti, il Parlamento ha l'onere di provare di aver tenuto un atteggiamento coerente e costante verso gli offerenti. Gli interventi dei vari organi amministrativi o politici all'interno del Parlamento non possono pertanto giustificare la mancata osservanza dei loro obblighi nei confronti della ricorrente”. Nella fattispecie si esclude la responsabilità contrattuale solo perché il contratto non era stato stipulato e si condanna il Parlamento al risarcimento di un “danno morale” che peraltro nel suo ammontare è molto vicino alle spese sostenute per la partecipazione alla gara, il cui risarcimento è stato negato. Ciò evidenzia le difficoltà di una precisa definizione anche in ambito europeo della responsabilità delle pubbliche amministrazioni.

⁽⁵³⁾ Corte di Giustizia Ce, 10 dicembre 2002, C-312/00 P, *Commissione*

Il diritto al risarcimento del danno viene riconosciuto nell'ordinamento comunitario quando sussistono tre condizioni: la norma giuridica violata è preordinata a conferire diritti ai singoli, sono state compiute violazioni sufficientemente caratterizzate e deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente all'autore dell'atto e il danno subito dai soggetti lesi.

Il criterio decisivo per considerare "sufficientemente caratterizzata" una violazione del diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave dei limiti posti al potere discrezionale da parte dell'istituzione comunitaria in questione⁽⁵⁴⁾. Quando l'istituzione europea dispone di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione suffi-

delle Comunità europee c. Camar Srl e a., in *curia.eu.int*, punto 52, ove la Camar Srl (costituita allo scopo di importare in Italia banane di origine somala, fino al 1994 è stata l'unico importatore e, fino al 1997, il principale importatore di tale tipo di banane) aveva chiesto al Tribunale (causa T-79/96) la condanna della Commissione al risarcimento dei danni causati da omissione in merito all'adozione per la campagna 1996, dei provvedimenti necessari per consentirle di superare difficoltà di approvvigionamento dovute alla crisi somala (provvedimenti che essa aveva richiesto alla Commissione nell'ambito di un procedimento per carenza avviato ai sensi dell'art. 175, secondo comma, del Trattato CE, oggi art. 232, secondo comma, CE) in violazione degli artt. 30 del regolamento n. 404/93 e 40, n. 3, del Trattato CE, divenuto, art. 34, n. 2, CE. Si richiamano altresì i precedenti: Corte di Giustizia Ce, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *Racc.* pag. I-1029, punto 43, nonché Corte di Giustizia Ce, 4 luglio 2000, causa C-352/98, *Bergaderm e Goupil c. Commissione*, in *Racc.* pag. I-5291.

⁽⁵⁴⁾ Corte di Giustizia Ce, 10 dicembre 2002, C-312/00 P, *Commissione delle Comunità europee c. Camar Srl e a.*, cit., che richiama le sue precedenti sentenze 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, *Racc.* I-2553, punto 28; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, *Dillenkofer e a.*, *Racc.* I-4845, punto 25; 2 aprile 1998, causa C-127/95, *Norbrook Laboratories*, *Racc.* pag. I-1531, punto 109; 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, in *Racc.* I-5123, punto 38, nonché *Bergaderm e Goupil/Commissione*, cit., punto 44.

cientemente caratterizzata⁽⁵⁵⁾. Si potrebbe dire che in tal caso profili di illegittimità integrano direttamente l'illiceità del comportamento.

Tuttavia anche nel caso in cui la Commissione europea risulta titolare di un ampio potere discrezionale nell'adozione di determinati provvedimenti, la mancata emanazione di tali provvedimenti è stata considerata "violazione sufficientemente caratterizzata (manifesta e grave)", ed ha integrato un comportamento inadempiente che ha determinato la responsabilità della Commissione europea⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ Si afferma che il Tribunale ha commesso un errore di diritto nel dichiarare che la responsabilità della Commissione poteva sorgere per la sola illegittimità della decisione 17 luglio 1997, senza considerare il potere discrezionale di cui essa disponeva al momento dell'adozione di tale atto: Corte di Giustizia Ce, 10 dicembre 2002, C-312/00 P, *Commissione delle Comunità europee c. Camar Srl e a.*, cit., tuttavia se dalla motivazione di una sentenza del Tribunale risulta una violazione del diritto comunitario, ma il dispositivo della medesima sentenza appare fondato per altri motivi di diritto, il ricorso avverso tale sentenza deve essere respinto: Corte di Giustizia Ce, sentenze 9 giugno 1992, causa C-30/91 P, *Le-stelle c. Commissione*, *Racc.* pag. I-3755, punto 28, e 13 luglio 2000, causa C-210/98 P, *Salzgitter/Commissione*, *Racc.* pag. I-5843, punto 58. Nel caso di specie la Commissione disponeva di un ampio potere discrezionale nel valutare la necessità di provvedimenti transitori da adottare sul fondamento dell'art. 30 del regolamento n. 404/93, tuttavia si è accertato che la Commissione aveva commesso un errore manifesto di valutazione ritenendo che la società in questione fosse in grado di superare le notevoli difficoltà provocate dal passaggio dal regime nazionale italiano al regime comunitario fondandosi sul funzionamento del mercato e, dall'altra, che l'adozione da parte della Commissione di misure transitorie come previsto dalla citata norma, sarebbe stata il solo mezzo per far fronte alle difficoltà incontrate dalla società in questione.

⁽⁵⁶⁾ Corte di Giustizia Ce, 10 dicembre 2002, C-312/00 P, *Commissione delle Comunità europee c. Camar Srl e a.*, cit. Respinge la domanda diretta all'annullamento della sentenza impugnata nella parte in cui essa condanna la Commissione a risarcire il danno lamentato dalla Camar. Sin dall'entrata in vigore dell'organizzazione comune dei mercati la Camar ha chiesto ripetutamente alla Commissione di aumentare il contingente delle banane di paesi terzi di un quantitativo pari alla differenza tra il quantitativo tradizionale di banane somale previsto dal regolamento n. 404/93 (60 000 tonnellate) e i quantitativi effettivamente importati o che potevano essere importati nella Comunità dalla Camar e di attri-

La violazione di norme che attribuiscono diritti ai singoli sembra possa costituire elemento costitutivo della responsabilità, intesa come inadempimento e la previsione del requisito della colpa sembra da considerarsi in chiave di prova dell'assenza di colpa, o meglio di non imputabilità dell'inadempimento ove si riscontrino le "scriminanti" della particolare complessità del caso o della disciplina.

Solo le applicazioni concrete possono fornire indicazioni sulla consistenza della tutela assicurata dalla richiamata ricostruzione che consente ai giudici europei di definire l'ampiezza dell'errore scusabile consentito alle istituzioni europee nell'esercizio delle loro attività e conseguentemente la definizione del riparto dell'onere derivante dai comportamenti lesivi delle istituzioni europee fra le stesse ed i privati (operatori economici o cittadini) che hanno subito il danno.

In sede europea non si discute della consistenza dei "diritti dei singoli" attribuiti dalle norme europee, ma appare evidente che ove l'ampiezza della "discrezionalità" ovvero la complessità del caso o della disciplina consente di escludere la responsabilità delle istituzioni europee, al privato danneggiato non resta che "rassegnarsi".

buirle i titoli corrispondenti alla differenza tra tali quantitativi. In tale occasione la ricorrente ha invocato come precedenti le misure adottate dalla Commissione a seguito dei cicloni Debbie, Iris, Luis e Marylin. L'art. violato è l'art. 30 del regolamento n. 404/93 prevedeva quanto segue: "Se provvedimenti specifici appaiono necessari a decorrere dal luglio 1993 per agevolare il passaggio dal regime vigente prima dell'entrata in vigore del presente regolamento a quello introdotto con il presente regolamento, e soprattutto per superare particolari difficoltà, la Commissione adotta, secondo la procedura prevista all'articolo 27, le misure transitorie stimate opportune". "L'art. 27 del medesimo regolamento, cui fanno riferimento in particolare gli artt. 16, 18 e 30, autorizzava la Commissione ad adottare i provvedimenti di attuazione di tale regime secondo la procedura detta del comitato di gestione".

2.2. La "colpa" degli Stati membri e l'imputabilità dell'inadempimento degli obblighi derivanti dal trattato Ce.

Da tempo si è affermata anche la responsabilità dello Stato membro per l'inadempimento degli obblighi derivanti dal Trattato ed in particolare per la mancata trasposizione delle direttive comunitarie e per il conseguente mancato raggiungimento del risultato prescritto dalle direttive che attribuiscono diritti a favore dei singoli⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ Ad esempio da ultimo il caso dell'inadempimento del Regno Unito in relazione al recepimento delle direttive che riconoscono diritti ai singoli danneggiati da veicoli non identificati: Direttiva del Consiglio 24 aprile 1972, 72/166/CEE, *concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli e di controllo dell'obbligo di assicurare tale responsabilità*, L'art. 3, n. 1, della detta direttiva così recita: «Ogni Stato membro adotta tutte le misure necessarie, fatta salva l'applicazione dell'articolo 4, affinché la responsabilità civile relativa alla circolazione dei veicoli che stazionano abitualmente nel suo territorio sia coperta da un'assicurazione. I danni coperti e le modalità dell'assicurazione sono determinati nell'ambito di tali misure» e della successiva Direttiva del Consiglio 30 dicembre 1983, 84/5/CEE, *concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli*, che all'art. 1, nn. 1 e 4, della seconda direttiva così recita: «1. L'assicurazione di cui all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 72/166/CEE copre obbligatoriamente i danni alle cose e i danni alle persone. 4. Ciascuno Stato membro crea o autorizza un organismo con il compito di rimborsare, almeno entro i limiti dell'obbligo di assicurazione, i danni alle cose o alle persone causati da un veicolo non identificato o per il quale non vi è stato adempimento dell'obbligo di assicurazione conformemente al paragrafo 1. Questa disposizione lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di conferire o no all'intervento di questo organismo un carattere sussidiario, nonché quello di regolamentare le azioni tra questo organismo e il responsabile o i responsabili del sinistro ed altri assicuratori o istituti di sicurezza sociale che siano tenuti ad indennizzare la vittima per lo stesso sinistro. La vittima può in ogni caso rivolgersi direttamente a questo organismo che, in base a informazioni da essa fornitigli su sua richiesta, è tenuto a darle una risposta motivata circa il proprio intervento. Conclusioni dell'Avvocato generale 24 ottobre 2002, Causa C-63/01, *Samuel Sidney Evans c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Motor Insurers* » *Bureau, in curia.eu.int*.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla responsabilità per danni da parte dello Stato membro per violazione del diritto comunitario si è pronunciata, come è noto, per la prima volta nei confronti del legislatore italiano inadempiente nel trasporre nel diritto nazionale entro il termine stabilito la direttiva concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro⁽⁵⁸⁾. Da allora i singoli possono ottenere il risarcimento del danno conseguente alla lesione dei loro diritti a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. Ciò si verifica quando «la piena efficacia delle norme comunitarie è subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario». Con tale giurisprudenza si tende ad assicurare la piena efficacia delle norme comunitarie e la tutela dei diritti da esse riconosciuti.

Anche in questa ipotesi occorre valutare la consistenza della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato e della conseguente possibile responsabilità. Come è noto si sono individuate tre condizioni per affermare la responsabilità dello Stato: «la prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi»⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, in Racc., 5357.

⁽⁵⁹⁾ Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, cit.

Come si è visto per la responsabilità delle Istituzioni comunitarie, nelle sentenze successive⁽⁶⁰⁾ si è introdotta la specificazione che la violazione dev'essere «sufficientemente caratterizzata» cioè deve trattarsi di una violazione manifesta e grave da parte di uno Stato membro dei limiti posti ai suoi poteri discrezionali. Al riguardo, fra gli elementi che il giudice competente può eventualmente prendere in considerazione, vanno sottolineati «il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario»⁽⁶¹⁾.

In tale prospettiva si può riconsiderare l'affermazione della Corte di Giustizia che la colpa come criterio di responsabilità non è di per sé necessaria, ma «determinati elementi obiettivi e subiettivi riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito di un ordinamento giuridico nazionale sono pertinenti per valutare se una violazione del diritto comunitario sia o no manifesta e grave»⁽⁶²⁾, si può ritenere che si riconosca la possibilità di una prova liberatoria dalla responsabilità, che in sintesi può considerarsi di non imputabilità dell'inadempimento.

Lo Stato membro che non adotta alcuno dei provvedimenti necessari per raggiungere il risultato prescritto da una

⁽⁶⁰⁾ Corte di giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in Racc. I-1029, verteva anzitutto sulla questione se un diritto connesso alla responsabilità dello Stato possa sorgere anche dalla violazione del *diritto primario* da parte del legislatore nazionale.

⁽⁶¹⁾ Corte di giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit.

⁽⁶²⁾ *Ibid.*

direttiva entro il termine fissato da quest'ultima viola, in modo grave e manifesto, i limiti posti all'esercizio dei suoi poteri⁽⁶³⁾, mentre potrebbe giungersi ad una diversa soluzione ove vi sia stata una parziale attuazione, infatti le precisazioni limitative della responsabilità introdotte in casi concernenti la responsabilità delle istituzioni europee sono state applicate anche alla responsabilità degli Stati membri⁽⁶⁴⁾.

È evidente la sovrapposizione di elementi che si realizza operando impliciti riferimenti alle discipline nazionali della responsabilità dei principali paesi membri, con la conseguenza che sembra individuarsi un modello di responsabilità dai profili ancora incerti che demanda alla sensibilità del giudice il limite della responsabilità da porre a carico dello Stato in relazione, ancora una volta, all'ampiezza dell'ambito di "discrezionalità" che si vuole riconoscere attraverso l'affermazione delle varie possibili "scriminanti" che sembrano riconducibili ad un'ampia nozione di "scusabilità" o forse meglio di "non

⁽⁶³⁾ Nel caso di specie non si trattava di dover costituire un organismo apposito ma di riconoscere un diritto azionabile alla singola vittima nei confronti anche di un organismo esistente per ottenere l'indennizzo previsto.

⁽⁶⁴⁾ Una volta accertata la violazione grave e manifesta dello Stato, l'individuazione e la quantificazione del danno viene affidata al giudice nazionale che deve anche verificare la sussistenza del nesso causale tra la violazione dell'obbligo da parte dello Stato e il danno subito dal singolo: Conclusioni dell'Avvocato generale 24 ottobre 2002, Causa C-63/01, *Samuel Sidney Evans. c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, Motor Insurers' Bureau*, cit., ove si conclude che il Regno Unito, omettendo di conferire alle vittime di autoveicoli non identificati un diritto azionabile, almeno entro i limiti dell'obbligo di assicurazione, nei confronti dell'organismo di cui all'art. 1, n. 4, della seconda direttiva, ha commesso una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario secondo la giurisprudenza della Corte relativa alla responsabilità per danni degli Stati membri. L'esistenza di organismo già operante ha celato in un primo tempo l'inadempimento ragion per cui neanche la Commissione ha proceduto contro l'inerzia del Regno Unito in relazione alla direttiva, ma ciò non esclude che l'omissione costituisca una violazione degli obblighi incombenti allo Stato membro ai sensi dell'art. 249, terzo comma, di adottare le misure necessarie.

imputabilità" del comportamento inadempiente che ha generato la violazione ed il conseguente danno.

3. *La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione conseguente ad attività giuridica.*

L'analisi svolta sull'individuazione dell'elemento soggettivo nella responsabilità per attività giuridica delle pubbliche amministrazioni consente di ricavare significative indicazioni per la definizione della sua natura giuridica.

La tradizionale configurazione come responsabilità extracontrattuale⁽⁶⁵⁾ — seppur formalmente ancora spesso affermata — sembra risultare recessiva e proprio l'individuazione dell'elemento soggettivo in termini di "colpa dell'apparato", proposto dalla Corte di cassazione, con imputazione dell'onere della prova al privato danneggiato, ha suscitato numerosi ripensamenti⁽⁶⁶⁾.

L'ampio trasferimento di giurisdizione ai giudici amministrativi ha generato — anche in un arco temporale ancora ridotto — rilevanti spunti innovativi, confermando, seppur nella contraddittorietà di alcune pronunce, la peculiare sensibilità di tali giudici nella valutazione dell'attività giuridica della pubblica amministrazione.

I giudici amministrativi — chiamati a pronunciarsi sulle domande di risarcimento del danno — hanno infatti espresso varie soluzioni per l'individuazione dell'elemento soggettivo, che forniscono indicazioni soprattutto se si guarda alle soluzioni dei casi concreti per cogliere la regola applicata nella individuazione della consistenza dei comportamenti, tenuti nei confronti dei privati, che si ritengono risarcibili.

⁽⁶⁵⁾ Da ult. R. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano*, cit., 91 e s.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, *Vitali c. Comune di Fiesole*, cit.

L'aggravamento dell'onere della prova del danneggiato in relazione alla colpa dell'apparato sembrava giustificato dall'estensione dell'ambito delle posizioni soggettive risarcibili, rispetto all'orientamento precedente che desumeva la colpa dalla violazione di norme, ma nelle prime applicazioni si rileva che, più che una positiva prova della colpa dell'apparato, si ammetta una prova liberatoria della parte pubblica.

Vari elementi inducono dunque a superare il tradizionale orientamento che fondava la responsabilità sul principio del *neminem laedere* ed in primo luogo l'individuazione di un rapporto giuridico fra amministrazione e privati coinvolti nella sua attività giuridica⁽⁶⁷⁾.

3.1. *Dall'ingiustizia alla scorrettezza come inadempimento della pubblica amministrazione.*

La scelta di estendere l'ambito della responsabilità connessa all'attività giuridica della pubblica amministrazione unitamente alla scelta di affidarne il sindacato al giudice amministrativo ha comportato, come si è visto, una significativa evoluzione della sua configurazione.

L'evoluzione sembra cogliersi nel rinnovato richiamo ai principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono essere rispettati nel complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione nel corso del procedimento volto

⁽⁶⁷⁾ G. RECCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dirigenti in diritto comunitario e comparato*, cit., 806, che, in un'analisi comparatistica della responsabilità delle pubbliche amministrazioni, ricollega al regime privatistico lo schema della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione con la individuazione del danno, della colpa (del soggetto responsabile) e del nesso di causalità, mentre secondo un regime giuridico pubblicistico si rileva come si debba accertare l'esistenza di una ben determinata violazione normativa e verificarne i danni conseguenti dopo aver individuato il nesso di causalità. Tuttavia sembra possibile sottolineare che il modello "pubblicistico" corrisponde anche alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente.

all'adozione dell'atto amministrativo, come nella conseguente sua esecuzione⁽⁶⁸⁾.

La possibilità riconosciuta al giudice ordinario di conoscere e sindacare la correttezza del rapporto tra privato e amministrazione in occasione dell'attività giuridica volta all'emanazione di provvedimenti amministrativi — quando ormai tale giurisdizione gli era stata sottratta — ha evidenziato la peculiare consistenza di tale rapporto e delle controversie connesse.

La configurazione di "parti" nel procedimento amministrativo, come nelle gare pubbliche, consente di analizzare il contenuto del rapporto giuridico instaurato e di individuarne la consistenza. In particolare sembra possibile individuare fra le parti degli "obblighi di protezione" rispetto alle conseguenze dannose che da tale rapporto possono scaturire, come rilevato anche nel rapporto che si instaura nelle trattative precontrattuali⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁸⁾ Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, cit., ove si afferma che "il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

⁽⁶⁹⁾ Così già in G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 304 e s. e da ult. in tal senso: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *Baldassini-Tognozzi costruzioni generali s.p.a. c. Min. infrastrutture e trasporti*, in *giust.it*. Quando non sussistono ancora obblighi di prestazione, sono stati individuati degli «obblighi di protezione» che operano autonomamente poiché si ricollegano «direttamente alla legge e in particolare nei rapporti fra privati alla regola di buona fede in fase pre-contrattuale»: C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 138; ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654 e s.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*,

Indubbiamente il "rapporto che lega amministrazione e privato nel procedimento amministrativo è assai più ricco di contenuti" o comunque di contenuti differenti rispetto a quelli che caratterizzano le trattative precontrattuali tra privati *ex art. 1337 c.c.*, dal momento che "l'amministrazione tenuta non solo a comportarsi secondo buona fede, ma anche a conformarsi ai principi di economicità, di efficacia, di pubblicità, di non aggravamento richiamati dell'art. 1 della l. n. 241/90. L'obbligazione di rispetto e protezione gravante sull'amministrazione è pertanto assai più articolata e pregnante di quella gravante sul contraente nella fase delle trattative precontrattuali" ⁽⁷⁰⁾.

Se si considera il rapporto con il destinatario del provvedimento finale occorre anche ricordare che è previsto il dovere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso ⁽⁷¹⁾ e motivato, che ove negativo sembra richiamare un recesso (corretto in quanto adeguatamente motivato) dalle trattative.

in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Vol. I, Milano, 1995, 147; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, 114, afferma che la buona fede è principio orientato alla protezione della funzione economico-sociale dell'accordo, anche oltre la specifica prestazione dedotta in contratto, (attività di relazione) distinguendola dalla diligenza intesa come modalità intrinseca ad una prestazione definita (attività di prestazione). Corte di cassazione, sez. III, 17 novembre 1997, n. 11393, *Coop Di Consumo Magali Soc. c. Cond. Fabbriato Esperanto*, in *cd-rom juris data*, ove si afferma che «le parti nella fase delle trattative e nella formazione del contratto, debbono comportarsi secondo buona fede nel senso che ciascuna di esse incontra oneri di informazione e di conoscibilità, il cui assolvimento puntuale, corretto consente di realizzare la soddisfazione dell'interesse alla libertà negoziale delle parti, che costituisce l'interesse protetto della disciplina della responsabilità precontrattuale».

⁽⁷⁰⁾ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4061, che riconosce che una ricostruzione come responsabilità contrattuale chiarirebbe e semplificherebbe molti dei nodi problematici che tuttora sussistono intorno alla responsabilità civile dell'amministrazione (con riferimento ad attività decisorie e non ad eventi puramente materiali).

⁽⁷¹⁾ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., nota 48.

Resta infatti impregiudicato l'esito favorevole o sfavorevole, per il privato interessato, del procedimento amministrativo.

La configurazione di un simile rapporto giuridico consente di escludere l'estraneità che caratterizza la responsabilità extracontrattuale e favorisce una ricostruzione della responsabilità come contrattuale o più precisamente da inadempimento.

3.2. *La complessità del rapporto giuridico e gli obblighi di protezione: il principio di correttezza come limite all'autonomia.*

Da tempo nel diritto civile si è evidenziata la natura giuridica complessa del rapporto obbligatorio, con individuazione di obblighi accessori che incombono sulle parti ⁽⁷²⁾. L'analisi dei rapporti giuridici instaurati da soggetti qualificati per la particolare posizione professionale ed economica ha consentito di individuare una regola — applicata nella soluzione delle controversie che li vedono come parti — che ha imposto l'assunzione di una posizione di garanzia nei confronti dei destinatari delle loro attività poiché, per la loro posizione, generano un'affidamento nella corretta applicazione delle peculiari regole delle loro attività. Da tale osservazione si è giunti a configurare un rapporto obbligatorio "senza obbligo primario di prestazione", ove la prestazione è la correttezza da tenere nel rapporto fondato sulla posizione professionale ed economica che genera l'affidamento ⁽⁷³⁾. La violazione degli obblighi connessi alla peculiare professionalità di una parte determina una

⁽⁷²⁾ Per tutti: A. DI MAJO, voce *Obbligazione, teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. 1990, 1 e s. e F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 17, n. 27. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 2^a ed., Milano, 1997, 180 e s.

⁽⁷³⁾ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Vol. I, Milano, 1995, 147 e s.; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 180 e s.; ID., *Responsabilità civile per la*

lesione dell'affidamento in tale professionalità della controparte e può comportare responsabilità contrattuale, o meglio da inadempimento.

Tale generale elaborazione ha tratto origine dalla analisi della *culpa in contrahendo*⁽⁷⁴⁾ — che ha costituito il “prototipo” della responsabilità senza obbligo di prestazione⁽⁷⁵⁾ — e dal riscontro che l'avvio di trattative determina il sorgere di un rapporto giuridico che comporta «obblighi di protezione»⁽⁷⁶⁾, che costituiscono una specificazione del comportamento corretto imposto dall'art. 1337 c.c.⁽⁷⁷⁾.

La responsabilità che può sorgere da tale rapporto deriva non solo dal recesso scorretto, ma anche dalla violazione degli obblighi ulteriori (di informazione, di segreto, di custodia, correlati alle condizioni personali e professionali delle parti)⁽⁷⁸⁾ che

pubblica amministrazione, in *Jus*, 1998, 647 e s.; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della risarcibilità*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 1262.

⁽⁷⁴⁾ Si rinvia a G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., I e s., ove già si ripercorreva l'affermazione del principio di correttezza tra privati e tra organizzazioni complesse.

⁽⁷⁵⁾ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 657.

⁽⁷⁶⁾ I partecipanti alle trattative devono tenere un comportamento non contraddittorio, poiché l'*iter* che conduce alla formazione dell'accordo deve apparire coerente e comprensibile, seppur caratterizzato dalle normali riserve e incertezze di un rapporto in via di definizione (obbligo di correttezza precontrattuale in senso «oggettivo»): M. BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo*, cit. 1164, osserva che la buona fede in senso «oggettivo» costituisce regola di condotta ovvero «criterio di valutazione» di una condotta. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 1984, 259.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. A. DI MAJO, voce *Obbligazione, teoria generale*, cit., 14, afferma che non sussiste più una rigida separazione tra obbligazioni contrattuali e extracontrattuali e ad esempio sorge responsabilità contrattuale dalla violazione dei doveri di protezione che possono essere assimilati a quelli aquiliani (*neminem laedere*).

⁽⁷⁸⁾ C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola del comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 205. Gli studi sugli obblighi di protezione hanno portato alla configurazione di vizi del consenso «atipici», intesi

specificano la clausola generale di buona fede⁽⁷⁹⁾. Come già ricordato, la responsabilità precontrattuale sembra doversi ricondurre al *genus* della responsabilità contrattuale. Oltre alla responsabilità precontrattuale, la violazione degli obblighi di protezione può determinare infatti la responsabilità del professionista per le informazioni erranee o non veritiere, la c.d. responsabilità da prospetto, la responsabilità degli intermediari finanziari.

In generale gli “obblighi di protezione” sono stati ricondotti all'art. 1173 c.c. come obbligazioni derivanti da ogni “atto o fatto idoneo a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico”⁽⁸⁰⁾ e la loro violazione determina una responsabilità di tipo contrattuale, o meglio per inadempimento. Tale disciplina è arricchita dalla “portata di solidarietà” di cui il rapporto obbligatorio viene caricato dall'art. 1175 c.c.⁽⁸¹⁾, con la previsione dell'obbligo di comportamento secondo correttezza.

Le clausole generali sono caratterizzate da una «indeterminatezza intenzionale»⁽⁸²⁾ che consente all'interprete di ade-

come ipotesi in cui un comportamento pre-contrattuale non corretto può dar luogo all'annullamento del contratto e non solo ad un eventuale risarcimento del danno per il dolo incidente *ex art.* 1440 c.c. dal momento che sia il dolo, sia il danno potrebbero anche non essere dimostrabili. La legislazione speciale introduce obblighi di informazione, di custodia, di segreto o altri obblighi di protezione impone un obbligo di correttezza *ex lege* alle parti: R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 252.

⁽⁷⁹⁾ Si sono individuate due prospettive sulla fase precontrattuale: da un lato, la contraddittorietà che può richiamare il principio generale di correttezza atipico, riconducibile al *neminem laedere* (art. 2043 c.c.); dall'altro, l'individuazione del comportamento predefinito da tenere («obblighi di protezione»), che individua la scorrettezza nell'inadempimento (art. 1218 c.c.).

⁽⁸⁰⁾ Art. 1173 *Fonti delle obbligazioni*. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

⁽⁸¹⁾ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 655.

⁽⁸²⁾ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.* 1988, 709.

guare le soluzioni all'evoluzione della coscienza sociale, ma può risultare utile preconstituire criteri, parametri, casi sintomatici, che possano rappresentare una solida base per la formazione di « pezzi » di diritto giurisprudenziale⁽⁸³⁾.

Il principio di correttezza opera come « limite » all'autonomia delle parti e impone la considerazione « di interessi e/o valori che non si identificano strettamente con quelli espressi o inespressi, delle parti »⁽⁸⁴⁾. La clausola generale di buona fede si colloca infatti « sul crinale che corre tra autonomia e eteronomia, e individua per linee sinuose e talora difficili da cogliere e da percorrere quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul contratto, intervento che, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica »⁽⁸⁵⁾.

Ciò pare anche più evidente ove non sussiste un contratto, ma si è avviato solamente un confronto al fine di giungere ad un nuovo assetto di interessi. La clausola di buona fede costituisce la « misura dei poteri legittimamente esercitabili » dalle parti⁽⁸⁶⁾, sia che operi come principio « atipico », sia ove risulti specificata da positivi obblighi di protezione, non solo nei rapporti tra individui, ma soprattutto con organizzazioni complesse, quali la pubblica amministrazione che operano secondo modalità predeterminate.

⁽⁸³⁾ Così: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.* 1984, 570; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.* 1986, 29.

⁽⁸⁴⁾ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. critica dir. priv.* 1984, 539, 569, ritiene che le clausole generali o i principi in esse incorporati siano considerati quasi una « espansione dei principi costituzionali ». L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.* 1986, 5 e s., sottolinea « il programma della clausola di buona fede di assoggettare i rapporti obbligatori a regole morali non codificate ».

⁽⁸⁵⁾ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 29.

⁽⁸⁶⁾ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 709.

La categoria dei rapporti obbligatori « senza obbligo di prestazione » consente di chiarire che in tali rapporti manca il diritto ad una prestazione definita in un contratto, ma esiste un diritto di ciascuna parte ad un comportamento corretto, secondo buona fede e il comportamento lesivo di tale diritto genera responsabilità per inadempimento.

Anche l'instaurazione di un rapporto giuridico tra amministrazione e privato con l'avvio di un procedimento genera obblighi di protezione che, in analogia con le trattative precontrattuali, si caratterizza per l'assenza di obblighi primari di adempimento di una specifica prestazione. Il richiamo alla *culpa in contrahendo* evoca il dovere di comportarsi secondo buona fede che caratterizza tale rapporto e si traduce nell'obbligo di non recare danno alla controparte.

Si tratta di obblighi accessori, di protezione della sfera del soggetto privato per le conseguenze dannose che l'instaurato rapporto può provocare⁽⁸⁷⁾. La responsabilità per violazione di tali obblighi si distingue da quella del chiunque, definita anche del « passante »⁽⁸⁸⁾ tipicamente extracontrattuale che si caratterizza per il fatto che il rapporto giuridico sorge solamente in occasione del verificarsi di un danno.

3.3. *Il principio di correttezza come regola di comportamento della pubblica amministrazione, dei cittadini e delle organizzazioni complesse.*

La responsabilità delle pubbliche amministrazioni affermata dal giudice ordinario e amministrativo sembra trovare un punto di riferimento comune nei principi di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione. Si tratta di un rife-

⁽⁸⁷⁾ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 654 e s., ove si ricorda che anche la responsabilità dell'autorità garante della concorrenza e del mercato è stata ricostruita in termini di violazione di obblighi di protezione.

⁽⁸⁸⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 131 e s.

rimento diffuso che viene utilizzato per affermare o escludere la colposità del comportamento dell'amministrazione che si conforma o si discosta da quei principi, senza peraltro individuarne la consistenza.

Al di là delle enunciazioni, la regola che risulta applicata — seppur in via di elaborazione — sembra consistere nella individuazione di un comportamento che viola gli indicati principi e determina la responsabilità, ove non si raggiunga la prova contraria della non imputabilità alla parte pubblica di tale violazione.

A tal fine sembra opportuno sottolineare che mentre l'imparzialità e la buona amministrazione (come buon andamento) sono principi espressamente presenti nell'art. 97 Cost., il richiamo al principio di correttezza — non previsto nella norma costituzionale — sembra costituire l'elemento di novità più significativo poiché l'accostamento realizzato sembra fornire un ulteriore argomento per la riconduzione di tale principio a principio istituzionale del comportamento delle pubbliche amministrazioni.

Come noto si tratta di un principio generale del diritto delle obbligazioni che introduce il "comportamento secondo correttezza" nell'art. 1175 codice civile ove si dispone che: "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"⁽⁸⁹⁾. Tale disposizione è ripresa nell'art. 1337 c.c. che espressamente impone alle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, — prima della conclusione del contratto — il comportamento secondo buona fede.

Si sono già ricordate le difficoltà del percorso che ha condotto all'applicazione del principio alle trattative delle pubbliche amministrazioni volte alla scelta dei contraenti cui asse-

⁽⁸⁹⁾ Art. 1175, *Comportamento secondo correttezza*. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, art. 1175, cit., 284; A. DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 122; R. GRECO, *Discrezionalità dell'impresa e rapporto di lavoro*, cit., 2058.

gnare gli appalti pubblici e di come l'esistenza di norme speciali abbia ostacolato tale percorso.

L'individuazione di un principio di correttezza come richiamato nelle pronunce prima della Cassazione e poi dei giudici amministrativi, sulla responsabilità delle pubbliche amministrazioni sembra consentire di superare l'ambito in senso proprio precontrattuale per applicarlo a tutti i rapporti con le pubbliche amministrazioni, rapporti instaurati con i cittadini, o con le organizzazioni complesse.

Nel momento in cui una pubblica amministrazione avvia un procedimento amministrativo d'ufficio, bandisce un concorso o una gara pubblica, ovvero si attiva su istanza di parte, sorge un rapporto giuridico che lega i soggetti coinvolti⁽⁹⁰⁾ e deve conformarsi al principio di correttezza.

L'evoluzione del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione in relazione alla formulazione di regole di condotta, riconducibili, nello schema contrattuale, ad obblighi procedurali, comporta che queste siano considerate "come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (articoli 1174 e 1175 c.c.)"⁽⁹¹⁾.

Si considera infatti che dall'inizio del procedimento l'interessato, "non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99/Su identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio

⁽⁹⁰⁾ Una volta avviato il procedimento amministrativo, su iniziativa di parte, si costituisce un *rapporto giuridico* nuovo, a struttura complessa, sostanzialmente assimilabile, per alcuni profili, a quello obbligatorio di diritto comune, oppure alla situazione tipica delle trattative precontrattuali: Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit.

⁽⁹¹⁾ Si ricorda che tali valori *in nuce* risalgono alla Carta costituzionale, ma solo negli anni '90 sono stati attualizzati in testi normativi (l. 241 del 1990, che fra l'altro, all'articolo 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti), con la conseguente inattualità con riferimento al tempo cui si riferiscono i fatti di causa: Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, *Vitali c. Comune di Fiesole*, cit.

della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità»⁽⁹²⁾.

Tale rapporto assume una rilevanza che lo distingue nettamente dalla vicenda che determina la titolarità ovvero il riconoscimento di un interesse legittimo e la relativa tutela, di qui la distinzione dalla prospettata elaborazione della responsabilità cosiddetta da "contatto sociale" fondata sulla risarcibilità dell'interesse legittimo⁽⁹³⁾.

La più recente giurisprudenza amministrativa⁽⁹⁴⁾ e civile chiarisce infatti che: "il fenomeno, tradizionalmente noto come

⁽⁹²⁾ Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, *Vitali c. Comune di Fiesole*, cit. Sulla natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione: Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, ordinanza 8 maggio 2002 n. 267, *Comune di Catania c. Dusty*, in *giust.it*, che deferisce la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in relazione all'appello avverso la sentenza del TAR Sicilia-Catania, sez. II, 12 agosto 2000 n. 1559; nell'ordinanza si afferma che: "una volta concentrato il giudizio risarcitorio presso il giudice amministrativo, appare evidente che in ogni caso, sia che si chieda l'annullamento di un atto e l'emissione del provvedimento favorevole (tipica reintegrazione in forma specifica) sia che si chieda semplicemente di sanzionare un ritardo nell'emissione del provvedimento dovuto, che abbia arrecato uno specifico e dimostrabile pregiudizio patrimoniale (tipico risarcimento per equivalente), si chiede pur sempre al giudice di esprimere previamente un giudizio sulla correttezza o meno dell'agire dell'amministrazione alla stregua di regole di condotta preesistenti". Cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 157, ove si afferma che la responsabilità da ritardo sorge a prescindere dalla legittimità o illegittimità del provvedimento tardivo.

⁽⁹³⁾ Su cui v. *infra* par. successivo.

⁽⁹⁴⁾ Cons. St., sez. V, n. 4239 del 2001, *Comune di Frattamaggiore c. Lupoli*, in *giustizia-amministrativa.it*, ove la configurazione di una responsabilità fondata sul rapporto giuridico fra amministrazione e privato appare compatibile con la definizione della responsabilità precontrattuale che si fonda sull'inadempimento di obblighi predefiniti in quanto riconducibile al *genus* della responsabilità contrattuale, con il conseguente regime giuridico (art. 1218 c.c.), e TAR Puglia, Bari, 17 maggio 2001, n. 1761, *DESA S.r.l. c. Comune di Sammichele di Bari e Romanazzi*, in *www.giust.it*; TAR Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, *Società Italiana per il Gas - ITALGAS s.p.a. c. Comune di Alanno*,

lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99/Su, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 c.c.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa"⁽⁹⁵⁾.

Il riconoscimento di un principio di correttezza che deve informare l'attività degli "apparati" delle pubbliche amministrazioni⁽⁹⁶⁾, la cui inosservanza determina responsabilità dell'amministrazione e risarcimento del danno, — al di là delle

Ibid.; F. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 23 e s., che considera che il risarcimento del danno ove non si annulli il provvedimento amministrativo come "caso di disapplicazione indiretta"; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, *Frignani c. Azienda Ospedaliera San Gerardo di Monza* ed altri, cit. F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 690.

⁽⁹⁵⁾ Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, *Vitali c. Comune di Fiesole*, in *Giust.it*, che cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello di Firenze del 29 maggio 2001. Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit., ove si afferma che spettava all'amministrazione dimostrare la mancanza di colpa nella propria condotta illegittima, lesiva degli interessi del privato. Cfr. altresì: Trib. Ce, sez. V, 17 settembre 1998, *Embassy Limousines & services c. Parlamento europeo*, cit., punto 86 e 87: ove si afferma che "come entità aggiudicatrice nella procedura di aggiudicazione degli appalti, il Parlamento ha l'onere di provare di aver tenuto un atteggiamento coerente e costante verso gli offerenti".

⁽⁹⁶⁾ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, in *giust.it*. Si ricollega la colpa ad elementi oggettivi quali l'esigibilità della condotta richiesta all'agente in relazione a parametri normativi concernenti le modalità dell'azione e l'incidenza sulla sfera giuridica e patrimoniale del danneggiato, e non ad apprezzamenti di carattere puramente soggettivo ed individualizzato, tanto più quando si tratta di valutare la colpa di organizzazioni collettive complesse ovvero dell'apparato amministrativo ove l'elemento soggettivo è riferito alla complessiva struttura dell'ente: Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit.

enunciazioni di formale ossequio agli elementi della responsabilità extracontrattuale — sembra riconducibile alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di correttezza⁽⁹⁷⁾.

Nelle applicazioni sopra descritte emerge chiaramente che si ammette la prova della non colpa dell'amministrazione⁽⁹⁸⁾ intesa come comportamento scusabile determinato da particolari circostanze che sembrano escludere l'imputabilità dell'inadempimento dell'obbligo di correttezza⁽⁹⁹⁾.

La ricostruzione della responsabilità da inadempimento trova obiezioni nella difficoltà di individuare nel rapporto fra pubblica amministrazione e privato quella incondizionata "signoria del volere" propria dei futuri contraenti rispetto al contratto e tale difficoltà sembra decisiva in particolare quando l'amministrazione non dispone di poteri discrezionali. Secondo questa posizione nelle gare pubbliche ove si deve individuare l'aggiudicatario in relazione alla disciplina posta nel bando e l'attività è prevalentemente vincolata⁽¹⁰⁰⁾ non vi

⁽⁹⁷⁾ Ne conseguirebbe che, in questo caso, l'illegittimità dell'atto conclusivo del procedimento, lesivo delle posizioni del richiedente, potrebbe far sorgere una responsabilità assimilabile a quella di tipo contrattuale (articoli 1218 e seguenti del codice civile) e non una responsabilità aquiliana "pura": Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit.

⁽⁹⁸⁾ Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit., ove si afferma che "spettava all'amministrazione dimostrare la mancanza di colpa nella propria condotta illegittima, lesiva degli interessi del privato". F. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 51, sottolinea la crescente consapevolezza che nell'ambito del processo amministrativo il giudizio risarcitorio non è da fatto illecito.

⁽⁹⁹⁾ Considera, nonostante la sentenza della cassazione n. 500 del 1999, che il rapporto tra amministrazione e privato "assume la veste di vero e proprio rapporto obbligatorio nonostante l'assenza di un dovere di prestazione della p.a., e la responsabilità di quest'ultima nasce dalla violazione di obblighi di buona fede gravanti su ciascuna delle parti": CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della risarcibilità*, cit., 1269.

⁽¹⁰⁰⁾ E si ricorda che potrebbero individuarsi degli interessi legittimi solo

sarebbe una piena "signoria della volontà" e dunque l'impossibilità di configurare una responsabilità da inadempimento⁽¹⁰¹⁾.

Sembra che l'obiezione sia dovuta alla difficoltà di individuare una scorrettezza tipica, tipizzata dalle norme che definiscono il comportamento dovuto da parte dell'amministrazione, che rileva come contraddittoria anche in assenza di poteri discrezionali⁽¹⁰²⁾.

La qualificazione della responsabilità come "contrattuale" è già stata definita "etichetta, malaugurata e inadeguata ma del tutto pacifica" che sta ad indicare soltanto la responsabilità da violazione di obblighi cioè di doveri che si configurano all'interno di un rapporto giuridicamente rilevante⁽¹⁰³⁾.

Si è osservato infatti che il danno patrimoniale nell'attività giuridica della pubblica amministrazione consiste nella "mancata utilità del provvedimento amministrativo" che costituisce il danno in ambito "contrattuale" e non da fatto illecito⁽¹⁰⁴⁾.

La riconduzione della responsabilità delle pubbliche amministrazioni per attività giuridica al *genus* della responsabilità contrattuale, o più precisamente da inadempimento *ex art.*

in quanto il procedimento è subordinato all'interesse pubblico, tuttavia si riconosce che sembra possibile individuare un diritto che è stato dissimulato come interesse pretensivo, perché diversamente in passato si sarebbe persa la giurisdizione: F. MARIUZZO, *Tutela risarcitoria e processo amministrativo, Relazione al Convegno Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002.

⁽¹⁰¹⁾ F. MARIUZZO, *Tutela risarcitoria e processo amministrativo*, cit.

⁽¹⁰²⁾ S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi interessi legittimi*, in *Cons. Stato*, 2000, II, 2037; L. MONTESANO, *i giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 592 ss.

⁽¹⁰³⁾ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 668.

⁽¹⁰⁴⁾ M. FRANZONI, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002.

1218 c.c., comporta rilevanti conseguenze da punto di vista della disciplina applicabile. Innanzitutto il termine di prescrizione di dieci anni rispetto ai cinque della responsabilità extracontrattuale, il danno risarcibile che risulta limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.), a parte i casi di inadempimento doloso. In relazione alla quantificazione del danno gli interessi decorrono solamente dalla domanda — e non, come nella responsabilità extracontrattuale dal fatto illecito⁽¹⁰⁵⁾ —. Inoltre mentre nella responsabilità extracontrattuale gli interessi concorrono con la rivalutazione, non calcolando gli interessi sulla somma finale rivalutata, bensì calcolando gli interessi legali sulle somme rivalutate con riferimento ai periodi di tempo considerati dagli indici dell'Istat⁽¹⁰⁶⁾, nella responsabilità da inadempimento gli interessi decorrono dalla data della domanda giudiziale e la rivalutazione costituisce il “maggior danno” che assorbe e sostituisce gli interessi ove si dimostri l'impossibilità di fruttuoso impiego del denaro⁽¹⁰⁷⁾.

Proprio in relazione al differente regime di interessi e rivalutazione monetaria è stata rimessa all'Adunanza plenaria la questione relativa alla qualificazione della natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione.

L'Adunanza plenaria non si è pronunciata sulla questione poiché non è entrata nel merito dichiarando inammissibile il gravame perché le parti hanno impugnato solamente il capo

⁽¹⁰⁵⁾ Cass., sez. I, 29 aprile 1999, n. 4299, *Soc. interbancaria investimenti Sim c. Iannucci*, in *cd-rom Foro it.*

⁽¹⁰⁶⁾ Cass., sez. I, 3 gennaio 1998, n. 13, *Com. Noci c. Fasanelli*, in *cd-rom Foro it.*; Cass., sez. III, 24 febbraio 1996, n. 1456, *Soc. immob. Santhi c. Bradley Couling Paul*, in *Danno e resp.*, 1996, 451; Cass., sez. III, 10 marzo 2000, n. 2796, *Min. p. i. c. Soc. off. meccaniche K W*, in *cd-rom Foro it.*

⁽¹⁰⁷⁾ Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, ordinanza 8 maggio 2002 n. 267, *Comune di Catania c. Dusty*, in *giust.it*; Cass., sez. II, 1 ottobre 1999, n. 10876, *Siniscalco c. Az. trasp. autofiloviari salernitano*, in *cd-rom Foro it.*

“dipendente” della sentenza concernente interessi e rivalutazione e non anche il capo “principale” concernente la natura giuridica dell'obbligo di risarcimento dei danni⁽¹⁰⁸⁾.

Altra significativa implicazione della configurazione della responsabilità da inadempimento dell'obbligo di correttezza consiste nella individuazione del danno risarcibile che si ricollega all'inadempimento e non alla cosiddetta “spettanza del provvedimento”⁽¹⁰⁹⁾.

Su tale questione occorre precisare che il danno risarcibile nella responsabilità da inadempimento di obbligazioni prive di fonte contrattuale (cosiddette senza obbligo primario di prestazione), similmente alla responsabilità precontrattuale, si ricollega appunto all'inadempimento di tali obblighi e non di una specifica prestazione contrattuale.

Il risarcimento riguarda l'interesse a non essere coinvolti in trattative infruttuose, o più in generale in rapporti giuridici che, in violazione degli obblighi di protezione e di correttezza, rechino danni. Non è risarcibile un ipotetico « affidamento nella conclusione del contratto »⁽¹¹⁰⁾, o un affidamento nella emanazione

⁽¹⁰⁸⁾ Cons. St., ad. Plen., 14 febbraio 2003, n. 2, in *giust.it*, con nota di G. BACOSI, *Quale la responsabilità per la p.a.? La Plenaria, “tentata”, (al momento) non risponde.*

⁽¹⁰⁹⁾ Si afferma che il danno non consiste nella perdita dell'utilità sperata, ma nell'“inadempimento del rapporto che si genera in relazione all'obbligo imposto dalla norma”. Quanto alla misura di tale risarcimento, ricollegandosi alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., si limita il risarcimento nei limiti del c.d. interesse negativo, “identificandosi il danno emergente con le spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale, in difetto di prova, ed invero anche di semplice allegazione, in ordine alla perdita dell'occasione di partecipare ad altri procedimenti analoghi”: TAR Puglia Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761 in *Urb. app.*, 2001, 1226, con nota di S. CATTANEO, *Responsabilità per “contatto” e risarcimento per lesione di interessi legittimi*. Si veda: V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2002, III, 9.

⁽¹¹⁰⁾ È sempre possibile un'interruzione corretta della procedura selettiva: art. 8, comma II, direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 14 giugno

del provvedimento favorevole, bensì la «tradita fiducia» circa il rispetto delle regole che specificano il comportamento dovuto dalle parti ed in particolare dalla pubblica amministrazione⁽¹¹⁾.

Il danno risarcibile corrisponde all'«interesse negativo» inteso come interesse a non essere coinvolti in tali rapporti, tuttavia il riferimento all'interesse negativo individua il danno conseguente a violazioni di obblighi rilevanti in un rapporto privo di un obbligo primario di prestazione⁽¹²⁾, senza pregiudicare l'entità di tale danno, né i criteri per la sua quantificazione⁽¹³⁾.

1993 (93/37/CEE) che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, «L'amministrazione aggiudicatrice comunica ai candidati o offerenti che lo richiedano i motivi per cui ha deciso di rinunciare all'aggiudicazione di un appalto posto in concorrenza o di ricominciare la procedura» e il relativo recepimento attuato con l'art. 31, comma II, d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE*, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

⁽¹¹⁾ Sembra di interesse ricordare che M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941, 120, affermava che «la serietà dei privati può essere una speranza mentre quella dell'amministrazione deve essere una certezza inerente alla sua natura».

⁽¹²⁾ L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. L'attuazione*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1948, 2^a ed., 469, precisa che il concetto di danno deve essere considerato in senso economico e diventa concetto giuridico dal punto di vista della risarcibilità «il danno patrimoniale può essere considerato in senso economico (beni) o in senso giuridico (diritti); cioè può essere una lacuna nel valore economico del patrimonio, oppure nel complesso di diritti». Cfr. A. MUSY, voce *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, cit., 404; F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, 9; D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 165.

⁽¹³⁾ Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *Baldassini-Tognozzi costruzioni generali s.p.a. c. Min. infrastrutture e trasporti*, in *giust.it.* F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale (diritto civile)*, cit., 9, osserva che l'interesse negativo può essere considerato come espressione meramente descrittiva che individua il danno conseguente a violazioni di obblighi precontrattuali, ma non ha alcun valore in ordine all'entità di tale danno, né ai criteri per la sua quantificazione; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja Branca*, art. 1337, Bologna, Roma, 1970, 212, osserva che nella valutazione dell'interesse negativo la «suggerimento della formula non deve far ritenere che qui il danno debba determinarsi in modo difforme dai principi».

L'idea diffusa che l'interesse negativo debba necessariamente essere di ammontare inferiore a quello positivo non pare aver ricevuto dimostrazioni⁽¹⁴⁾ e l'affermazione frequente in giurisprudenza che il danno precontrattuale è risarcibile «nei limiti dell'interesse negativo»⁽¹⁵⁾ pare piuttosto sottolineare

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa. Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* diretti da F. GALGANO, Padova, 1987, 307; A. DI MAJO, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, Torino 1998, 64, n. 167; D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, nota a Corte di cassazione, Sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184; ID., *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 170 e s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 716, che sostiene la «sottoposizione del risarcimento dell'interesse negativo ai criteri di determinazione e misura propri del danno da inadempimento». L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, cit., 721, rileva che l'interesse negativo normalmente è inferiore a quello positivo, «ma eventualmente può raggiungerlo»; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., 512; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, art. 1337, cit., 212; G. GORLA, *La «logica-illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 262.

⁽¹⁵⁾ Cfr.: Corte di cassazione, 26 ottobre 1994, n. 8778, *Com. di Scontrone c. A. e C. Scioli*, concernente la controversia conseguente alla vendita appezzamento di terreno demaniale risultata nulla. Il privato acquirente chiese che fosse dichiarato risolto il contratto di compravendita per inadempimento del Comune medesimo, fosse altresì dichiarata la nullità del contratto con conseguente condanna alla restituzione del prezzo oltre interessi, spese e risarcimento del danno, in realtà come chiarisce la Cassazione si tratta di un'ipotesi di responsabilità precontrattuale del Comune. La Cassazione contesta la determinazione delle ragioni del danno nel giudizio di merito ravvisate nel «pregiudizio subito per non aver potuto disporre del terreno per realizzare lo stabilimento e, pertanto, per aver dovuto procurarsene un altro, per il quale necessitava un nuovo progetto, maggiori spese per la realizzazione e di cui il prezzo era maggiore». Si ritiene infatti che il danno così determinato corrisponda «alla privazione del bene oggetto del contratto: all'intero danno subito dal contraente proprio per l'inadempimento dell'altra parte, in definitiva, all'interesse positivo all'osservanza del contratto»; mentre, si ritiene che per il combinato disposto degli artt. 1337 e 1338 c.c., «nella ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del cd. interesse negativo (*id quod interest contractus initus non fuisse*) e comprendono le spese sostenute in previsione della conclusione del contratto nonché le perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni, per la

le difficoltà relative alla prova del danno⁽¹¹⁶⁾ ed un frequente rinvio alla determinazione equitativa⁽¹¹⁷⁾. In tal senso si è pronunciato il Consiglio di Stato che, accertata la responsabilità precontrattuale della parte pubblica, riconosciuto il risarcimento del danno emergente, ha escluso il risarcimento del lucro cessante per mancanza di prova dell'asserito pregiudizio⁽¹¹⁸⁾.

mancata conclusione cioè di un altro contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello concluso (cfr. Cass. 10.10.1962 n. 2919, Cass. 1053-68, Cass. 11.01.1977 n. 93)». Sulla base di tale motivazione cassa la pronuncia di appello e rinvia la questione ad altro giudice.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. Pret. Macerata 7 giugno 1988, *Daenens c. Università degli Studi di Macerata*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 3007, concernente il rinnovo di un contratto a tempo determinato di un lettore collocato al primo posto nella graduatoria; ove la decisione è motivata sul criticato affidamento suscitato e sulla perdita dell'occasione di stipulare lo stesso contratto con altri, tuttavia tale possibilità non è dimostrata ed anzi appare largamente improbabile, ed il risarcimento coincide con l'ammontare stabilito dall'ente pubblico per quel determinato contratto, stipulato scorrettamente con altri, come risarcimento della dimostrata perdita dell'occasione di stipulare quello specifico contratto. Si veda ora Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, *Com. San Cesario di Lucca c. Di Lorenzo*, cit., ove la somma complessivamente determinata come *restitutio in integrum* (per ritardata assunzione in servizio) viene dimezzata in relazione alla mancato impiego delle energie lavorative a favore della pubblica amministrazione.

⁽¹¹⁷⁾ Corte di cassazione, sez. II, 13 dicembre 1994, n. 10649, *De Liso c. S.I.MAR spa*, concernente l'acquisto di un immobile in multiproprietà in funzione del quale viene stipulato un patto di opzione, che non viene rispettato con conseguente responsabilità precontrattuale del promissario e valutazione equitativa del danno. Si esclude che a titolo di responsabilità precontrattuale si possa risarcire il c.d. danno biologico e alla vita di relazione. Si precisa altresì che la c.d. valutazione equitativa del danno non ha nulla a che fare con il giudizio secondo equità, e il giudice ha facoltà di ricorrervi ai sensi dell'art. 115 c.p.c., senza necessità di specifica richiesta delle parti per la prova di punti non dimostrabili o difficilmente dimostrabili in base alle regole probatorie. V. altresì: Cass., 13 dicembre 1994, n. 10649, in cd-rom *juris data*; Corte di cassazione, 11 settembre 1989, n. 3922, *Onori c. Ferriccioni*, *ibid.*, trattative per la vendita di un immobile, non condotte a termine nonostante l'immissione nel possesso dell'immobile dell'aspirante compratore. Il danno viene liquidato equitativamente.

⁽¹¹⁸⁾ Così: Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *Baldassini-Tognozzi costruzioni generali s.p.a. c. Min. infrastrutture e trasporti*, in *giust.it.* ove si af-

La quantificazione del danno normalmente era riservata ai giudici ordinari di merito ed il mero controllo di logicità della Cassazione non sempre consentiva di individuare indirizzi interpretativi uniformi⁽¹¹⁹⁾.

La questione è ora in parte affidata ai giudici amministrativi che hanno ripreso l'affermazione della risarcibilità del danno "nei limiti dell'interesse negativo", spesso perché la prova del danno risulta complessa, tuttavia, come si avrà modo di evidenziare, non si è esclusa la possibilità di affermare l'equivalenza quantitativa con l'interesse positivo ove la prova di un simile danno risulti possibile.

Si è ricordato che quando l'ordinamento attribuisce un diritto soggettivo normalmente ha già prefigurato l'esito del contrasto fra posizioni soggettive, almeno in una società "semplice" ove sono individuate tutte le possibili combinazioni degli interessi sociali⁽¹²⁰⁾. Al contrario, in una "società com-

ferma che: "Nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale il danno risarcibile consiste, secondo la costante giurisprudenza, nella diminuzione patrimoniale che è diretta conseguenza del comportamento del soggetto che ha violato l'obbligo della correttezza, definito comunemente 'interesse contrattuale negativo'. La società appellante definisce l'oggetto della domanda di risarcimento ai sensi dell'art. 1337 c.c. 'nelle spese sopportate per l'approntamento della partecipazione alla gara, nonché nella perdita delle occasioni di lavoro alternative', tuttavia, mentre ha esplicitato e specificato le spese sostenute non ha in alcun modo dimostrato l'entità dell'asserito pregiudizio derivante dalla perdita di altre occasioni. Sicché, per questa seconda parte, la domanda è inammissibile".

⁽¹¹⁹⁾ Corte di cassazione, 11 settembre 1989, n. 3922, *Onori c. Ferriccioni*, cit., ove si afferma che il giudizio sulla sussistenza della buona fede nella formazione del contratto costituisce apprezzamento di merito che sfugge al controllo della Cassazione; Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, in *Arch. civ.*, 1996, 189 e nel testo integrale su cd-rom *juris data*, ove si considera, priva di vizi logici la valutazione del giudice di merito, che la rottura delle trattative per la locazione di un immobile (acquistato a tale scopo) non poteva essere giustificata dalla pretesa di un canone diverso da quello che il Ministero poteva offrire.

⁽¹²⁰⁾ A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., 17. Se si considera l'interesse legittimo è

piessa" tale previsione delle possibili interazioni non risulta più possibile con la conseguenza che l'ordinamento giuridico è chiamato a porre le regole per tale confronto, che avviene senza un esito giuridicamente predeterminato. Dalla ricostruzione del diritto come disciplina dello svolgimento del conflitto si desumono le condizioni per una diversa modalità di protezione giuridica diretta degli interessi fondata sulla sola garanzia della possibilità di ottenere un risultato favorevole e non della necessaria soddisfazione dell'interesse⁽¹²¹⁾.

Tale analisi sembra richiamare la configurazione della tutela della correttezza come definizione delle regole che determinano i rapporti fra i diversi soggetti dell'ordinamento senza predefinire l'esito del confronto, ma solo le modalità del comportamento in buona fede, non contraddittorio e che determinano l'attribuzione di diritti (senza obbligo primario di prestazione) che hanno come contenuto il rispetto di tali regole e la diretta protezione ove nel rapporto instaurato risultino violate. Ciò che viene tutelato è il diritto alla correttezza che garantisce il corretto svolgimento del conflitto e da cui deriva la possibile tutela dell'interesse materiale⁽¹²²⁾.

caratterizzato dalla tutela indiretta e mediata che gli viene riconosciuta e che ha fatto escludere la sua necessaria soddisfazione, la distinzione rispetto al diritto soggettivo consisterebbe proprio nel fatto che all'interesse materiale del cittadino connesso con l'interesse legittimo, non è garantita la soddisfazione. Si attribuisce all'interesse legittimo "un carattere strumentale rispetto ad un interesse sostanziale, che può essere soddisfatto soltanto dall'azione giuridica altrui; è situazione soggettiva che si confronta con un potere unilaterale altrui": F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 46, considera che l'interesse legittimo rappresenta il massimo di protezione giuridica di interessi che sono soggetti a poteri di terzi.

⁽¹²¹⁾ A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e situazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica*, cit., 17, che esclude in tal senso la tutela di un interesse al provvedimento favorevole.

⁽¹²²⁾ La conseguenza sembra essere quella di individuare nuove figure soggettive, diverse dai diritti soggettivi, che ricevono una tutela diretta anche senza la garanzia della soddisfazione dell'interesse materiale, si potrebbe dire che "partecipano alla logica della spettanza": A. ROMANO TASSONE, *Danno risarcibile e si-*

La garanzia del diritto alla correttezza prescinde dal riconoscimento dell'interesse materiale perseguito; l'amministrazione deve assicurare che il suo comportamento si realizzi secondo buona fede, senza contraddittorietà, in tempi ragionevoli, senza che ciò rilevi direttamente sul contenuto favorevole o sfavorevole dei suoi provvedimenti.

L'interesse legittimo ha assicurato l'annullamento dell'atto amministrativo anche per vizi non collegati direttamente con l'interesse del ricorrente, poiché la logica oggettiva garantiva il perseguimento dell'interesse pubblico che si riteneva assicurato solamente dal rispetto di tutte le norme che disciplinano l'attività amministrativa. Quelle stesse norme, unitamente agli obblighi di protezione ed in generale ai principi di imparzialità correttezza e buona amministrazione⁽¹²³⁾, definiscono il comportamento corretto della parte pubblica, con la conseguenza che solo ove la violazione abbia determinato un danno potrà comportare un risarcimento.

La ricostruzione proposta induce al riconoscimento di un principio di correttezza⁽¹²⁴⁾ che deve informare il comportamento degli "apparati" delle pubbliche amministrazioni nei loro rapporti con i privati — cittadini ed organizzazioni complesse — la cui inosservanza determina responsabilità e risarcimento del danno e — una volta ricondotto alla responsabilità da inadempimento di un'obbligazione di correttezza — consente di legarlo ai valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento (art. 97 Cost.) e farlo così assurgere a principio istituzionale del comportamento della pubblica amministrazione.

tuazioni giuridiche soggettive. Le radici di una problematica, cit., che sembra richiamare la *culpa in contrahendo*, ove peraltro non vi è contratto.

⁽¹²³⁾ G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 61; SANTI ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., 331 e s.

⁽¹²⁴⁾ G.M. RACCA, *Principio di correttezza e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Servizi Pubblici e Appalti*, n. 1, 2003. Si veda: Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, *Com. Montebelluna c. La Sabbia del Brenta s.r.l.*, in *Giust. it.*

3.4. *La distinzione rispetto alla cosiddetta responsabilità da "contatto sociale qualificato" per lesione di interessi legittimi.*

La configurazione della responsabilità della pubblica amministrazione che si è individuata — come responsabilità per inadempimento degli obblighi di correttezza — richiama per taluni aspetti la c.d. responsabilità "da contatto sociale qualificato" in particolare per la valorizzazione della sussistenza e delle implicazioni del rapporto giuridico fra privato e pubblica amministrazione, tuttavia se ne differenzia poiché la responsabilità "da contatto" resta legata alla qualificazione di responsabilità per lesione di interessi legittimi⁽¹²⁵⁾.

La natura giuridica contrattuale viene stemperata nella individuazione di un nuovo *genus* di responsabilità per lesione di interessi legittimi⁽¹²⁶⁾, da contatto sociale qualificato, determi-

⁽¹²⁵⁾ M. PROTTO, *Intervento al Convegno Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002, afferma che la consistenza dell'affidamento del privato consente di graduare il danno risarcibile in relazione alla fattispecie concreta, con riferimento al legittimo esercizio del potere amministrativo. M. PROTTO, *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, cit., 1006; TAR Puglia Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761 in *Urb. app.*, 2001, 1226, con nota di S. CATTANEO, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesione di interessi legittimi*. M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.* 2001, 216; G. OPPÒ, *novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, in *riv. dir. civ.*, 2000, I, 392; F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, cit., 614 ss., afferma peraltro che non sarebbe l'interesse legittimo ad essere risarcito bensì il diritto al risarcimento del danno che sorge in seguito alla lesione. G. ABBAMONTE, *L'affermazione legislativa e giurisprudenziale della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99*, Milano, 2000, 34 s.

⁽¹²⁶⁾ Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796, *Morello c. Com. Castiglione della Pescaia*, "la responsabilità aquiliana presuppone, di regola, una le-

nando quella sovrapposizione di piani fra giudizio sul comportamento e giudizio sull'atto già evidenziata.

Si considera che l'attività amministrativa determina il sorgere di un rapporto giuridico di durata che si distingue dal rapporto "in senso tecnico", che deriva da norme sostanziali che attribuiscono la spettanza del bene⁽¹²⁷⁾, ma si individua un rapporto giuridico in cui dal fatto, costituito dal "contatto", si risale alla norma che può essere indifferentemente sostanziale o formale e si valuta la meritevolezza dell'affidamento del cittadino⁽¹²⁸⁾. Secondo tale ricostruzione si ritiene che

sione dall'esterno della posizione giuridica della parte interessata, ossia derivante da condotte di soggetti non legati da una precedente relazione giuridica, mentre la vicenda procedimentale destinata a concludersi con il provvedimento che amplia la sfera giuridica del privato è caratterizzata dallo svolgimento di un complesso rapporto amministrativo, nel quale sono individuabili particolari obblighi di comportamento del soggetto pubblico" e riconosce che la responsabilità, per ingiusta lesione di interessi legittimi presenta profili *sui generis* che ne consentirebbero, in taluni casi, l'accostamento alla responsabilità per inadempimento contrattuale. "Allorché il privato sia titolare di un interesse legittimo di natura pretensiva, il *contatto* che si stabilisce fra lui e l'Amministrazione dà vita ad una relazione giuridica di tipo relativo, nel cui ambito, il diritto al risarcimento del danno ingiusto, derivante dall'adozione di provvedimenti illegittimi presenta una fisionomia *sui generis*, non riducibile al modello aquiliano dell'articolo 2043 del codice civile, in quanto, al contrario, *caratterizzata da alcuni tratti della responsabilità precontrattuale e di quella per inadempimento delle obbligazioni*": Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204, in *giust.it*.

⁽¹²⁷⁾ G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, cit.

⁽¹²⁸⁾ Qualche perplessità suscita la riconduzione alla responsabilità da contatto della responsabilità del medico, dipendente di una struttura sanitaria, per il danno cagionato al paziente: Cass. 22 gennaio 1999, n. 589 in *Corr. giur.*, 1999, 441 e s., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2002, n. 9346 in *Corr. giur.*, 2002, 1287, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le Sezioni Unite sul danno cagionato al minore da se stesso*. Da tempo si è affermata la sua natura giuridica contrattuale in relazione al rapporto instaurato con il gestore del servizio pubblico, a prescindere dalla stipulazione di un contratto. Ritiene, che la responsabilità dell'ente ospedaliero, gestore di un servizio pubblico sanitario, allorché consegue ad una non diligente esecuzione della prestazione medica, ha natura contrattuale.

“l'interesse legittimo, anche nella sua concezione più formale di interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, contenga insito l'affidamento del privato ad un comportamento legittimo dell'amministrazione sufficiente a costituire fonte di obblighi generatori di responsabilità indipendentemente dalla natura discrezionale o vincolata dell'attività”⁽¹²⁹⁾.

L'individuazione di un “affidamento del privato nel comportamento legittimo” determina quella sovrapposizione di prospettive fra legittimità dell'atto e correttezza del comportamento, dal momento che l'affidamento sembra da riferire al comportamento, inteso come più ampio complesso di fatti che trascende la legittimità dell'atto ed il relativo giudizio, ma si apre alla valutazione — mediante tutti i mezzi di prova

(Cass. 1° marzo 1988, n. 2144, *Foro it.*, 1988, I, 2296). Ciò posto, poiché non è contestato che l'ente convenuto, con il ricovero dell'attrice, ha assunto su di sé, tramite la propria organizzazione, l'obbligo di fornire le prestazioni di assistenza e sanitarie necessarie al parto, spettava a detto ente, dare la prova dell'esatto adempimento: Tribunale di Lucca, 18 gennaio 1992, *Angilletta e Maffei c. Usl n. 6 Lucca*, in *Foro it.*, 1993, I, 264, ove gli attori lamentano che l'ente convenuto, cui si erano affidati al momento in cui il parto si era preannunciato, non aveva fornito, con diligenza e competenza, le prestazioni necessarie che, accettando il ricovero, si era impegnato a dare e, sostenendo che da tale inadempimento sono derivate conseguenze dannose irreversibili per il figlio, nato dopo il ricovero, hanno chiesto, in proprio e quali genitori del detto minore, il risarcimento dei danni. La responsabilità che gli attori attribuiscono all'ente convenuto è di natura contrattuale. Cassazione Civile, sez. III, 28 ottobre 1989, n. 4517, *Ministero del tesoro c. Castagnetti Franco*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1991, 203.

⁽¹²⁹⁾ M. PROTTO, *Responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, 1005, considera che la pubblica amministrazione rispetto al privato leso nel suo interesse legittimo non si trova nella posizione del “passante” o del “chiunque”, poiché in seguito al “contatto” che si instaura tra amministrazione e cittadino nel corso del procedimento amministrativo si instaura un rapporto giuridico che escludere l'estraneità che, si è detto, costituisce il presupposto della responsabilità extracontrattuale. ID., *La responsabilità dell'amministrazione per la lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 969 e s. Si veda l'ampia ricostruzione di D. VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002, 270.

— della complessiva correttezza del comportamento nel giudizio di responsabilità. È chiaro che possono individuarsi sovrapposizioni che nelle concrete applicazioni possono finire per oscurare la distinzione.

Tuttavia sembra che l'affidamento non sussista nei confronti dell'atto o provvedimento, che può essere legittimo o illegittimo, ma possa individuarsi rispetto al comportamento corretto.

La stessa dottrina civilistica che ha elaborato la categoria delle obbligazioni senza obbligo primario di prestazione⁽¹³⁰⁾ intuisce che “sul terreno della responsabilità emerge, in luogo dell'interesse legittimo, la categoria relazionale obbligo-diritto”, mentre l'interesse legittimo “permane semmai come situazione meramente strumentale di tipo processuale, funzionale alla qualificazione di legittimità o illegittimità dell'atto amministrativo al quale viene riferita”⁽¹³¹⁾.

Come ricordato, affermare la risarcibilità degli interessi legittimi significa ad un tempo negare la trasformazione di alcune posizioni soggettive che l'ordinamento ha riconosciuto

⁽¹³⁰⁾ “Nel moderno contesto dell'amministrazione partecipata quella particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato (nel caso specifico partecipante ad una selezione pubblica), prescindente dalla sicura acquisizione di bene della vita, che può anche qualificarsi, secondo la prospettazione in parte condivisibile, di una recente tesi dottrinale in termini di responsabilità da « contatto amministrativo » qualificato”. La violazione dell'interesse legittimo, inteso come pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, genera di per sé un obbligo risarcitorio, a prescindere dal fatto che l'attività sia vincolata, e dunque indipendentemente dall'accertamento della spettanza del bene della vita oggetto di tutela. Si risarcisce “il danno ingiusto consistito nella lesione dell'interesse legittimo pretensivo al rispetto delle norme di evidenza pubblica, vulnerato, nel caso di specie, dalla violazione del principio di segretezza delle offerte, posto a presidio dell'imparzialità e della *par condicio*”: TAR Puglia Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761 in *Urb. app.*, 2001, 1226, con nota di S. CATTANEO, *Responsabilità per “contatto” e risarcimento per lesione di interessi legittimi*.

⁽¹³¹⁾ C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, cit., 655.

come diritti soggettivi, riconoscendone il carattere patrimoniale con conseguente applicazione della disciplina del risarcimento del danno; al contrario la posizione di interesse legittimo è nozione che richiama altra e diversa disciplina giuridica, elaborata proprio per affiancare una diversa tutela a quella propria dei diritti soggettivi, utile proprio per mantenere e non affievolire le relative peculiarità. Ciò tuttavia non esclude, anzi consente di riconoscere, che molte posizioni soggettive un tempo protette come interessi legittimi abbiano nel tempo in tutto o in parte ricevuto la tutela del diritto soggettivo, con tutte le relative garanzie per taluni ed i correlati svantaggi per altri⁽¹³²⁾.

A parte questa pur significativa differenza di prospettive sul rapporto fra giudizio di legittimità e giudizio di responsabilità, la ricordata ricostruzione — valorizzando il rapporto giuridico sorto sulla base del “contatto sociale qualificato” — ha avuto il pregio di indicare ai giudici amministrativi una via per accogliere la configurazione in chiave contrattuale della responsabilità per attività giuridica⁽¹³³⁾ che, per la sua novità, ha consentito di evitare e superare le tradizionali interpretazioni restrittive, quasi abrogatrici, del principio di correttezza che la Cassazione continuava a riproporre.

⁽¹³²⁾ Così: R. CAVALLI PERIN, *Procedimento amministrativo e giustizia amministrativa*, cit., 230 e s.

⁽¹³³⁾ Si individua in tale prospettiva un nuovo *genus* di responsabilità conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi che presenterebbe una fisionomia *sui generis*, non riducibile al modello aquiliano dell'articolo 2043 c.c., né alle altre ipotesi di responsabilità benché condivida alcuni aspetti della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni. Ciò in relazione al rilievo che si è riconosciuto al “contatto giuridico” che si stabilisce tra l'amministrazione ed i soggetti coinvolti nella sua attività corso del procedimento amministrativo e successivamente con l'emanazione del provvedimento come “rapporto giuridico complesso da cui derivano aspettative ed affidamenti di consistenza diversa, ma certamente protetti dall'ordinamento, anche in relazione alla loro componente patrimoniale”: Consiglio di Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, *Comune di Frattamaggiore c. Anna Lupoli*, cit.

4. Il nesso di causalità fra comportamento e danno.

La valutazione della necessità di accertare il nesso di causalità che collega il comportamento al danno cagionato è peculiare in relazione alla natura giuridica che si riconosce alla responsabilità della pubblica amministrazione. Le elaborazioni sul nesso causale sono prevalentemente desumibili dal diritto penale ove tale elemento assume una rilevanza e delle implicazioni fondamentali⁽¹³⁴⁾. Il nesso di causalità viene oggi considerato come parametro di imputazione normativa degli effetti di una condotta. L'elaborazione civilistica si è concentrata sulla responsabilità extracontrattuale ove la precedente estraneità dei soggetti coinvolti nel fatto dannoso implica la valutazione del rapporto causale fra il comportamento del danneggiante e l'evento di danno subito dal danneggiato.

È tuttora dibattuta la questione concernente l'art. 1223 c.c. come regola che disciplina il nesso di causalità giuridica, mentre il nesso di causalità materiale sarebbe regolato esclusivamente dai principi di cui agli articoli 40 e 41 c.p., “con conseguente distinzione tra causalità di fatto, (contenuta nella struttura dell'illecito ed avente come referenti le predette norme penali) e causalità giuridica (contenuta nella struttura della valutazione del danno, di cui agli articoli 2056-1223 c.c.)”⁽¹³⁵⁾.

La giurisprudenza civile ha ammesso che il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguenti al fatto illecito deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, che si presentino come effetto normale, secondo il principio della cosiddetta regolarità causale⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996.

⁽¹³⁵⁾ Cass., sez. III, 3 dicembre 2002 n. 17152, *Comune di Mazzo di Valtellina c. De Carli*, in *Giust. it.*, concernente la responsabilità della pubblica amministrazione per le insidie stradali.

⁽¹³⁶⁾ Da ult. Cass., sez. III, 3 dicembre 2002 n. 17152, cit., che richiama i precedenti di Cass. 1857/98; 2009/97; 11087/93; 65/1989; 6325/87.

Si è ritenuto che un evento dannoso è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (cosiddetta teoria della *condicio sine qua non*): ma nel contempo non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, «dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che, nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiono del tutto inverosimili», cosiddetta teoria della causalità adeguata o della regolarità causale, la quale oltre che una teoria causale, è anche una teoria dell'imputazione del danno.

Tuttavia il rigore del principio dell'equivalenza delle cause — per cui se un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, in base all'articolo 40 c.p. — viene temperato dal principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, comma II c.p., in base al quale «l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale dal rendere irrilevante le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto»⁽¹³⁷⁾.

Nelle prime pronunce il giudice amministrativo, come giudice della responsabilità della pubblica amministrazione⁽¹³⁸⁾,

⁽¹³⁷⁾ Cass., sez. III, 3 dicembre 2002 n. 17152, cit., ove il Comune ricorrente lamenta che erroneamente la sentenza impugnata ha ritenuto che la barriera di sacchi integrasse un'insidia stradale; che il fatto del danneggiato ha interrotto la connessione dei fatti privando il fatto illecito antecedente di efficacia causale in quanto il guidatore con la dovuta prudenza avrebbe avuto la possibilità di arrestare l'auto nello spazio di avvistamento della barriera; che, quindi, la motivazione della sentenza violava i principi in tema di causalità efficiente o causalità giuridica.

⁽¹³⁸⁾ TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2003 n. 2166, *Imperatore c. Comune di Borca di Cadore*, in *Giust. it.*, ove si afferma che le due fasi «sono distinte poiché l'individuazione del danno risarcibile (con le varie distinzioni tra danni prevedibili e danni imprevedibili e tra i danni diretti e danni indiretti) interviene in un secondo momento, quando sia già risolto il problema dell'imputazione dell'e-

ha richiamato l'elaborazione della giurisprudenza civile che — per l'accertamento del nesso di causalità — richiede una duplice verifica: dapprima circa il collegamento materiale tra la condotta e l'evento (artt. 40 e 41 c.p.) e successivamente della sussistenza del collegamento giuridico tra il fatto illecito (valutato unitariamente come condotta ed evento) e l'entità del danno (artt. 1223 e 1227, comma II, c.c., richiamati espressamente dall'art. 2056). Alla prima prima fase (causalità materiale), si considera applicabile il principio della *condicio sine qua non*⁽¹³⁹⁾, (art. 41 c.p.) temperato nell'interpretazione giurisprudenziale con la teoria della causalità adeguata.

Infatti il principio dell'equivalenza delle cause — senza che sia possibile distinguere tra causa prossima e causa remota, causa diretta e causa indiretta — trova il suo necessario temperamento nell'altro principio della causalità efficiente o causalità giuridica, (art. 41, comma II, c.p.) in base al quale se un evento è riferibile a più azioni colpose, ma tra esse una sola, per la sua efficacia causale, risulta tale da rendere giuridicamente irrilevante le altre cause preesistenti, dell'evento dannoso risponde solo l'autore dell'azione sopravvenuta⁽¹⁴⁰⁾.

L'elaborazione viene applicata per escludere la sussistenza del nesso causale fra il ritardo nel rilascio di una concessione edilizia e il danno subito dal privato, poiché nel caso di specie, benché vi fosse stato un illegittimo diniego, risultava provato

vento lesivo. Con riferimento alla seconda fase della verifica del nesso di causalità, il danno è valutato come conseguenza del fatto (condotta ed evento) e deve riscontrarsi la sua natura «immediata e diretta» (ex art. 1223 c.c.).

⁽¹³⁹⁾ TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2003 n. 2166, *Imperatore c. Comune di Borca di Cadore*, cit., ove si ricorda che il principio della *condicio sine qua non* (detto anche della «equivalenza delle cause») qualifica come elemento causale ogni antecedente senza il quale l'evento non si sarebbe verificato. Ma la teoria della «causalità adeguata» opera una selezione tra i diversi antecedenti causali ed elimina le cause antecedenti dalla serie causale, in presenza di altri fatti sopravvenuti idonei da soli a determinare il verificarsi dell'evento, anche senza quelli antecedenti.

⁽¹⁴⁰⁾ Cass., sez. II, 12 ottobre 2001 n. 12431, cit.

che l'originaria domanda di concessione non avrebbe comunque potuto essere accolta poiché il progetto aveva dovuto essere successivamente modificato per risultare conforme alla disciplina edilizia. Ciò ha fatto escludere la consequenzialità causale, poiché si è ritenuto che "il tardivo rilascio della concessione edilizia è stato causato dalla presentazione di un progetto inidoneo e non dall'immotivato provvedimento di diniego della concessione edilizia, che non può considerarsi nemmeno alla stregua di una concausa efficiente" (141).

Al contrario, ove al diniego illegittimo di concessione edilizia fosse seguito il rilascio tardivo della concessione relativa al medesimo progetto, il danno da ritardo sarebbe risultato causalmente collegato al comportamento contraddittorio della parte pubblica (142).

(141) TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2003 n. 2166, *Imperatore c. Comune di Borca di Cadore*, cit., ove si afferma che il danno asseritamente ingiusto è in realtà derivato al ricorrente, non dal ritardo nel rilascio della concessione edilizia ma dal ritardo nella modifica al progetto edilizio, che era insuscettibile di approvazione nella sua originaria impostazione. E poiché l'amministrazione non era tenuta a cooperare col ricorrente indicandogli le modifiche da apportare, non è ad essa imputabile la causa di tale ritardo. Nel caso all'esame, la presentazione successiva di due diversi progetti — implicanti due nuove e diverse istanze di concessione edilizia, di cui è stata accolta solo l'ultima (quella relativa al secondo progetto, ulteriormente rielaborato) — dimostra che la causa antecedente, efficiente e determinante, del danno lamentato dal ricorrente (ritardo nel rilascio della concessione edilizia) consiste nella presentazione da parte del ricorrente di un progetto inidoneo (contrastante con la normativa urbanistica). Il Collegio ritiene che la causalità efficiente si sia esaurita con la presentazione del progetto inidoneo, poiché la produzione dell'evento dannoso è esclusivamente riferibile all'inidoneità di tale progetto. Era infatti onere dell'interessato (e, per lui, del professionista incaricato) verificare che il progetto predisposto fosse conforme alle norme ed agli strumenti urbanistici.

(142) Nel caso di specie la difesa dell'amministrazione ha invocato anche l'art. 1227, comma II, c.c. poiché il danno sarebbe stato integralmente evitato se il ricorrente, usando l'ordinaria diligenza, avesse presentato un progetto conforme alla normativa urbanistica. Vale a dire, se anche si ritenesse il danno da ritardo eziologicamente imputabile, come concausa efficiente, all'amministrazione, le conseguenze dannose del ritardo avrebbero potuto essere impedito dal

Il nesso causale è stato affermato anche ove il danno consiste nel ritardo con cui si è riconosciuto il diritto all'assunzione in servizio presso una pubblica amministrazione, nell'ipotesi in cui l'assunzione venga compiuta in esecuzione del giudicato (143) e si escluda ogni riesame discrezionale della situazione (144).

La configurazione della responsabilità come contrattuale o, più precisamente, da inadempimento di un'obbligazione predefinita, già individua le parti che possono potenzialmente arrecarsi un danno in relazione alla violazione dell'obbligo. La rilevanza della causalità può rinvenirsi nella esigenza di individuare i danni che siano "conseguenza immediata e diretta" (1223 c.c.) dell'inadempimento per poterne ottenere il risarcimento.

5. *Il danno conseguente all'inadempimento di obblighi rilevanti nel rapporto fra privato e pubblica amministrazione. Il danno emergente ed il lucro cessante come componenti dell'interesse positivo e negativo.*

Accertati gli elementi costitutivi della responsabilità, comunque la si voglia configurare, per ottenere il risarcimento, occorre la prova del danno. Come si è ricordato, proprio tale elemento e la sua configurazione può costituire il limite per l'affermazione della responsabilità. Se si escludono le limitazioni in relazione agli altri elementi della responsabilità extracontrattuale (145): sull'individuazione dell'ingiustizia (ad esem-

comportamento diligente del ricorrente, mediante la presentazione di un progetto non difforme dalla normativa urbanistica, con conseguente applicazione dell'art. 1227, comma II, c.c. e rigetto della pretesa risarcitoria: TAR Veneto, sez. II, 31 marzo 2003 n. 2166, cit.

(143) Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, *Com. San Cesario di Lucca c. Di Lorenzo*, in *Foro amm.*, CdS, 2002, 2411,

(144) Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2001 n. 3487 e TAR Piemonte, sez. II, 10 marzo 2001, n. 566.

(145) M. FRANZONI, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsa-*

pio per le c.d. illegittimità formali), della colpa (gravità, errore scusabile), del nesso causale, appare evidente che sarà la prova del danno a definire la consistenza della responsabilità, poiché taluni comportamenti illeciti possono non aver recato danni, ovvero può non essere possibile fornirne la prova.

Similmente nella ricostruzione della responsabilità per inadempimento, ove non è richiesta al danneggiato la prova della colpa, è chiaro che l'elemento del danno diviene centrale nella affermazione della responsabilità.

Proprio nella definizione dell'elemento del danno si ritrova conferma che l'individuazione di una responsabilità contrattuale da inadempimento di obbligazioni (senza obbligo primario di prestazione) è elaborazione che ha inteso estendere l'ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale, senza distaccarsene.

L'inadempimento comporta normalmente il risarcimento del danno corrispondente all'interesse positivo, inteso come interesse a che la prestazione dovuta fosse eseguita, tuttavia nel caso in questione non vi è una specifica prestazione da adempiere, ma una serie di obblighi sorti dal rapporto tra amministrazione e privato, che si possono definire di correttezza o se si preferisce "di protezione", da rispettare. Situazione del tutto analoga a quella che si verifica nelle trattative precontrattuali con gli obblighi di correttezza. In questa prospettiva il danno non consiste normalmente nel pregiudizio conseguente alla mancata prestazione sperata (atto, provvedimento favorevole, aggiudicazione del contratto), ma nell'interesse a non essere coinvolti in rapporti o trattative infruttuose. Il danno conseguente all'inadempimento di obblighi rilevanti nel rapporto fra privato e pubblica amministrazione, come nella responsa-

bilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità", Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit.

bilità precontrattuale, sembra corrispondere al cosiddetto interesse negativo⁽¹⁴⁶⁾.

Occorre rammentare che l'interesse negativo, al pari di quello positivo, è formato da due componenti: il *danno emergente* o, secondo l'espressione dell'art. 1223 c.c., «la perdita subita», ed il *lucro cessante* o «mancato guadagno», poiché spesso si assiste alla impropria equiparazione dell'interesse negativo al solo danno emergente cioè alle sole spese sostenute: è possibile che nella quantificazione del danno si raggiunga la prova del solo danno emergente, ma ciò non autorizza l'equiparazione.

Il danno emergente comprende le spese che si dimostrano inutilmente sopportate, mentre per il risarcimento del lucro cessante è sufficiente la prova dei presupposti e dei requisiti necessari, e non anche la comprovata assenza di elementi impeditivi⁽¹⁴⁷⁾, poiché l'onere della prova di eventuali fatti impeditivi ricade su chi è tenuto al risarcimento. La prova degli elementi costitutivi assume come parametro la normale possibilità di impiego dei «beni» oggetto della trattativa⁽¹⁴⁸⁾ o del

⁽¹⁴⁶⁾ L'ordinamento europeo ha riconosciuto al soggetto leso un diritto al risarcimento del danno che gli consente di riottenere almeno la situazione patrimoniale in cui si sarebbe trovato ove la violazione non fosse avvenuta: Art. 3, comma II, della direttiva 89/665/CEE, cit., che considera come subordinata la possibilità di risarcimento: «quando anteriormente all'aggiudicazione non sia stata possibile la correzione delle violazioni».

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, Cedam, 1996, 511; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1976, 76 e s.; A. LAGOSTENA BASSI-L. RUBINI, *La liquidazione del danno*, Milano, 1974, 89, ove si osserva che la distinzione fra danno emergente e lucro cessante ha un valore meramente descrittivo del danno e «non ha nemmeno la rilevanza pratica che ha, invece, in sede di liquidazione, la distinzione fra *danni verificatisi* (attuali) e *danni futuri*, avendo i primi un carattere di certezza e dovendo questi, invece, essere ricostruiti in via indiziaria sulla base della probabilità del loro verificarsi».

⁽¹⁴⁸⁾ Un esempio di quantificazione del danno causato dal recesso scorretto da una trattativa di compravendita è dato dall'ammontare ricavabile dalla locazione del bene per il periodo di tempo impiegato inutilmente nella trattativa:

rapporto; così ad esempio, se la trattativa o il rapporto giuridico ha comportato l'impiego di una somma di denaro, la quantificazione del danno fa riferimento all'utile conseguibile con un diverso investimento di tali somme, che è stato valutato nel cinque per cento dell'ammontare del capitale investito⁽¹⁴⁹⁾.

Come si è ricordato, il codice civile prevede che il danno da inadempimento sia risarcibile solo in quanto conseguenza immediata e diretta del comportamento lesivo (art. 1223 c.c.); normalmente il risarcimento si limita al danno prevedibile, e soltanto ove si riscontri un comportamento doloso si estende anche a quello imprevedibile (art. 1225 c.c.)⁽¹⁵⁰⁾, con i limiti sopra rilevati nella rivalutazione.

La mancata cooperazione del danneggiato, che non ha sollecitato la correzione delle violazioni intervenute del corso del rapporto o delle trattative, può essere valutata come concorso del fatto colposo della controparte nella determinazione del danno, ovvero come mancanza di diligenza, con possibile con-

Tribunale di Livorno 30 aprile 1986, *Noleggi imprese marittime s.r.l. c. Società approvvigionamento acqua navi s.n.c.*, in *Dir. maritt.*, 1987, 351, ove si afferma che a causa della trattativa per la compravendita della nave non era stato rinnovato il contratto di locazione della stessa, perciò è considerato provato un danno corrispondente all'utile conseguibile dalla locazione.

⁽¹⁴⁹⁾ Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, cit., ove il soggetto che ha indotto la controparte all'acquisto di un immobile che in seguito scorrettamente rifiuta di ricevere in locazione, viene condannato al risarcimento del danno precontrattuale subito proprio per la possibilità di impiegare diversamente il capitale disponibile, la quantificazione nella misura del 5% di tali somme per due anni, viene giustificata considerando « il periodo di tempo necessario per realizzare le somme spese e poterle investire diversamente, o comunque per rendere produttivo l'investimento effettuato », di qui il riferimento al periodo di due anni dalla data d'interruzione delle trattative (25 febbraio 1985) e la rivalutazione alla data della sentenza, sulla base di un indice di rivalutazione « intermedio riferito agli anni 1985 e 1986, pari a 1, 3412 ».

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr.: P.G. MONATERI, A. BELLERO, *Il quantum nel danno alla persona*, Milano, 1984, 3, ove si ricorda anche il diverso significato di « danno » come elemento oggettivo dell'obbligazione risarcitoria.

seguinte diminuzione, o addirittura esclusione del risarcimento (art. 1227 c.c.)⁽¹⁵¹⁾. Tuttavia non si ritiene che possa applicarsi tale disposizione per sanzionare la mancata proposizione di azioni giurisdizionali⁽¹⁵²⁾.

In assenza di parametri per la determinazione del danno soccorre la valutazione equitativa (artt. 1226, 2056 c.c.), che agevola una non rigorosa ripartizione dell'onere della prova, consentendo al giudice di ricavare dalle prove elementi ulteriori per definire il danno risarcibile⁽¹⁵³⁾. L'indicata liquidazione è ritenuta applicazione del « criterio equitativo, legittimo ex art. 2056 e 1226 c.c. nell'impossibilità di valutare il danno nel suo preciso ammontare, criterio compatibile con l'art. 1337 c.c. »⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵¹⁾ La determinazione quantitativa globale del danno è tendenzialmente approssimata a favore del debitore, benché talora trascuri la valutazione delle concause che potrebbero essere svantaggiose per il creditore stesso: Coll. arb., 24 luglio 1993, *Impr. Melpi c. Prov. Benevento*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 150; Coll. arb., 6 giugno 1984, *Soc. impr. Edina c. Iacp Firenze*, *Id.*, 1985, 837.

⁽¹⁵²⁾ A. TRAVI, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, Milano, Università Bocconi, 14 ottobre 2002.

⁽¹⁵³⁾ Cass., 25 settembre 1984, n. 4820, *Usl 9, Bari c. Comp. meridionale costruz.*, *Foro it.* 1985, I, 816, che nega la possibilità di quantificare equitativamente il danno quando possa essere provato con altri mezzi o criteri. La valutazione equitativa è consentita solamentequando ricorre un'impossibilità relativa o una somma difficoltà di fornire detta prova; Coll. arb., 25 febbraio 1992, *Soc. edil. convenz. Catanese c. Com. di Catania*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1993, 119.

⁽¹⁵⁴⁾ Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, cit., il Tribunale aveva condannato il Ministero convenuto al risarcimento dei danni nella misura di lire 5.353.554.000 (pari all'ammontare, rivalutato, degli interessi per un anno sulla somma di 87 miliardi di lire investita nell'acquisto dell'immobile) con gli interessi legali dalla pronuncia al saldo. La Corte d'appello determinava il danno nella misura di lire 14.908.000.000, oltre agli interessi legali dal 18 ottobre 1988, la Cassazione, respingendo i ricorsi proposti, rende definitiva tale valutazione. È di interesse notare che il caso concerne soggetti pubblici che, svincolati dall'obbligo delle procedure concorsuali agiscono, come emerge dalla motivazione della sentenza, sulla base di impulsi non chiaramente motivati, né adeguatamente ponderati. Osserva che i danni precon-

Come ricordato negli appalti pubblici la peculiarità del danno arrecato deriva dal fatto che esso riguarda la violazione degli obblighi di comportamento corretto nella scelta del contraente. Anche in tale ambito il recepimento nell'ordinamento italiano delle citate « direttive ricorsi » non ha fornito alcuna indicazione in ordine alla quantificazione del danno⁽¹⁵⁵⁾, rimettendo la questione all'interprete⁽¹⁵⁶⁾.

trattuali spesso vengano liquidati ricorrendo a strumenti restitutori ovvero commisurando il risarcimento in relazione all'interesse positivo: D. CARUSO, *La culpa in contrahendo - L'esperienza statunitense e quella italiana*, cit., 170 e s.

⁽¹⁵⁵⁾ Art. 13, l. 19 febbraio 1992, n. 142, cit., abrogato dal comma V dell'art. 35, del d.lgs. 80/98, cit.

⁽¹⁵⁶⁾ Per un significativo caso di violazione delle norme comunitarie consistente nell'esclusione automatica di un'impresa che aveva presentato un'offerta ritenuta anormalmente bassa: TAR Lombardia, 25 novembre 1989, n. 544, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, III, 503, confermata da Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Cons. St.*, 1991, I, 659, la sentenza del TAR, confermata in appello, ha annullato il provvedimento del comune di Milano con il quale la società Costanzo era stata esclusa dalla gara d'appalto. Sul caso è intervenuta per risolvere una questione pregiudiziale con sentenza interpretativa: Corte di giustizia CEE, sentenza 22 giugno 1989, in causa 103/88, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, in *Foro it.*, 1991, IV, 129. In seguito alla decisione del ricorso preventivo di giurisdizione sollevato dal Tribunale di Milano e risolto nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria da: Corte di cassazione, Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, *Com. di Milano C.F.lli Costanzo s.p.a.*, in *Corr. giur.*, 1994, 620, la causa è tornata all'esame dello stesso Tribunale, il quale si è pronunciato in merito alla sussistenza e liquidazione del danno: Tribunale di Milano, sez. I, 2 marzo 1998, n. 3183, *F.lli Costanzo s.p.a. c. Com. di Milano*, ined., che a fronte di una richiesta di risarcimento del danno quantificata in: 274 milioni di spese per la partecipazione alla gara, 202 milioni di spese legali sostenute nei precedenti giudizi, 14 miliardi come mancato utile e 15 miliardi come valutazione equitativa della perdita del diritto di partecipare a gare di importo superiore e riflessi negativi sull'immagine imprenditoriale, il Tribunale considera che il comportamento illecito si è prodotto con l'emanazione della deliberazione di esclusione emessa dalla Giunta municipale milanese, il 10 ottobre 1987, con la conseguenza che la natura sostanziale del I comma dell'art. 13 della l. 142/92, cit., in conformità al disposto dell'art. 11 preleggi, comporta che all'epoca di attuazione dell'illecito non era prevista alcuna forma di risarcibilità del danno in rela-

L'oggetto e il valore del contratto sembrano costituire dati sui quali fondare la quantificazione del danno, perché individuano l'impegno che i concorrenti hanno assunto con la partecipazione alla selezione, anche se non sembra agevole determinare in via generale la somma da liquidare a favore del singolo, o dei più numerosi danneggiati. Per la quantificazione del danno, pare necessario distinguere i casi in cui la scorrettezza dell'amministrazione ha impedito al concorrente di risultare aggiudicatario, da quelli in cui si dimostri unicamente l'esistenza di un pregiudizio.

Acquisiti dalla pubblica amministrazione i dati necessari, l'avvio della procedura predefinita di selezione del contraente consente di prevedere l'esito corretto della trattativa, quantomeno nei casi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso o siano specificamente valutabili, secondo coefficienti matematici, gli elementi dell'offerta più vantaggiosa⁽¹⁵⁷⁾. Il danno subito dal concorrente in tale fase precontrattuale può essere individuato nell'ammontare del guadagno che egli avrebbe potuto conseguire con l'adempimento del contratto, oltre alle spese sostenute. In tali ipotesi la quantificazione dell'interesse negativo può coincidere con l'interesse positivo.

Anche nel caso in cui l'ammontare del risarcimento giungesse a corrispondere — nella quantificazione — all'interesse positivo, non sarebbe risarcito il diritto al contratto o all'atto, ma sempre le conseguenze della scorrettezza del comportamento, infatti è l'interesse al corretto svolgimento del rapporto che rende risarcibile il danno consistente nelle perdite subite per l'affidamento nella correttezza del rapporto e nei mancati guadagni per le occasioni contrattuali perdute: "il cosiddetto

zione alla lesione di interessi legittimi da parte di atti illegittimi della pubblica amministrazione, e perciò giustifica il rigetto della domanda. Il Tribunale condanna l'attore anche alla rifusione delle spese di lite in favore dell'amministrazione convenuta (16 milioni).

⁽¹⁵⁷⁾ Così il d.p.c.m. 27 febbraio 1997, n. 116.

interesse negativo (*id quod interest contractus initum non fuisset*)⁽¹⁵⁸⁾.

In materia di appalti pubblici la presentazione dell'offerta più conveniente consente di conoscere con anticipo rispetto alla stipulazione del contratto sia la volontà di concludere il contratto stesso, sia il soggetto che, in esito alla sequenza procedimentale, dovrebbe verosimilmente aggiudicarsi il contratto. La facoltà dell'amministrazione di non stipulare il contratto per sopravvenuti motivi di interesse pubblico non è di ostacolo alla costruzione proposta, poiché nel caso si tratterebbe di recesso giustificato dalle trattative, che, se esercitato correttamente⁽¹⁵⁹⁾ nega in radice ogni obbligo al risarcimento del danno precontrattuale (cfr. artt. 1373 e 1386 c.c.). Di solito nei rapporti tra privati la struttura delle trattative non consente di prevederne l'esito⁽¹⁶⁰⁾, sicché l'individuazione del danno è data dalla prova della perdita della possibilità di stipulare — con altri — lo stesso o un diverso contratto⁽¹⁶¹⁾,

⁽¹⁵⁸⁾ Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, in *Arch. civ.*, 1996, 189 e nel testo integrale su cd-rom *juris data*.

⁽¹⁵⁹⁾ G.M. RACCA, *Sindacato sulla decisione di non procedere all'aggiudicazione di un appalto pubblico (recesso dalle trattative) e responsabilità precontrattuale*, nota a C. giust. Ce, sez. VI, 18 giugno 2002 (causa C-92/00), *Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs - Gesellschaft mbH (HI) c. Stadt Wien*, in *Foro amm.*, 2002. Sull'obbligo di comunicazione della motivazione: art. 8, comma II, dir. 93/37/CEE, cit. e art. 31, comma II, d.lgs. 406/91, cit. La disciplina, generale e speciale, deve essere rispettata da ciascuna delle parti nei relativi atti e comportamenti senza che ciò pregiudichi la possibilità di interrompere le trattative, nei limiti indicati dalle norme che a diverso titolo ammettono il recesso e senza dover configurare poteri autoritativi di autotutela, ove più semplicemente può essere corretto ed escludere ogni possibile richiesta di risarcimento del danno precontrattuale, un recesso dalle trattative adeguatamente motivato e non contraddittorio. Si evita in tal modo di reintrodurre quell'ampio grado di aleatorietà, già noto nei contratti della pubblica amministrazione, sulla cui base si giustificavano costi superiori e non verificabili con un confronto con i prezzi di mercato.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr.: Corte d'appello di Firenze, 20 febbraio 1996, *Soc. Lem Biomedica c. Soc. Bernas Medical*, in *Toscana giur.*, 1996, 315.

⁽¹⁶¹⁾ F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarra-*

ove con la pubblica amministrazione la differente disciplina (bando di gara) consente di prendere in considerazione la perdita della possibilità di concludere il medesimo contratto in gara e di quantificare il danno in relazione alla perdita di "quella occasione", l'appalto in gara, non di altre occasioni.

Tuttavia come precisato non si risarcisce il diritto al contratto, ma in ogni caso la scorrettezza intervenuta, mentre la prova che si sarebbe potuto ottenere l'appalto sarebbe rilevante solamente ai fini della quantificazione del danno.

Così negli altri rapporti fra amministrazione e privati ove normalmente non vi è un diritto al provvedimento favorevole, ma solamente un diritto al comportamento corretto, anche nell'ipotesi in cui in successivamente all'accertata scorrettezza della parte pubblica si conseguisse effettivamente il provvedimento, il risarcimento del danno da ritardo dovrebbe configurarsi come scorrettezza. Il danno consisterebbe nel non aver evitato per un certo periodo la "causa di invalidità"⁽¹⁶²⁾, le violazioni che sono intervenute nel rapporto. In tal modo l'eventuale giudizio sulla "spettanza" del contratto o del provvedimento rileva nella quantificazione del danno⁽¹⁶³⁾ che può essere provato nel suo ammontare fino ad una consistenza equivalente a quella dell'interesse positivo. Il danno patrimoniale nell'attività giuridica della pubblica amministrazione può consistere infatti nella "mancata utilità del provvedimento amministrativo", che è danno da inadempimento⁽¹⁶⁴⁾.

mento» alla «rete di contenimento», in *Danno e responsabilità*, 1997, 269; *Id.*, *Perdita di chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.* 1965, IV, 50.

⁽¹⁶²⁾ Si può percepire un'analogia con l'art. 1338 c.c.

⁽¹⁶³⁾ Così chiaramente: Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 2003, n. 1945, *Com. Montebelluna c. La Sabbia del Brenta s.r.l.*, cit.

⁽¹⁶⁴⁾ M. FRANZONI, *Relazione al Convegno: "Questioni attuali di responsabilità dell'Amministrazione: giurisdizione, risarcimento del danno, pregiudizialità"*, cit., ritiene che negli appalti si risarcisce l'interesse contrattuale negativo consistente nelle spese di partecipazione e eventualmente di progettazione sostenute, oltre alle occasioni perdute, che normalmente sono difficili da provare. Tuttavia

I casi sono quelli in cui non è possibile conoscere l'esito della gara perché l'esclusione è avvenuta nella fase di preselezione, ovvero la scorrettezza ha pregiudicato la partecipazione alla gara a causa della previsione di specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie⁽¹⁶⁵⁾, ovvero si contesta la legittimità del criterio di aggiudicazione in violazione di norme sulla concorrenza, sicché l'amministrazione dovrà porne altro. Si è detto che la presentazione di un'offerta, o la domanda di invito, determina l'avvio di trattative con l'amministrazione aggiudicatrice, sicché anche nella fase iniziale della gara è protetta la sfera giuridica degli aspiranti contraenti, poiché l'amministrazione deve comportarsi correttamente e non favorire taluni concorrenti, introducendo specifiche a carattere discriminatorio in « documenti di gara, nei capitoli d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto »⁽¹⁶⁶⁾. Anche in tali ipotesi, in cui non è possibile ricostruire l'esito della gara, si consente al danneggiato di richiedere una somma corrispondente all'ammontare dei « costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione »⁽¹⁶⁷⁾, cioè la componente di

afferma che una volta accertata la violazione e l'inadempimento si debba limitare il risarcimento adottando un vaglio rigoroso nella quantificazione del danno.

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr.: Corte giustizia Comunità europee, 24 gennaio 1995, causa 359/93, *Commiss. Ce c. Gov. Paesi Bassi*, cit., 157, ove si afferma il divieto di inserire nel bando di gara prescrizioni tecniche che menzionano prodotti di una determinata fabbricazione o provenienza o di procedimenti particolari che determinano l'effetto di favorire o eliminare imprese e taluni prodotti, e si ammette l'indicazione di marche, brevetti o tipi, nonché la specificazione di un'origine o di una produzione determinata solo se accompagnata dalla menzione « o equivalente », quando l'oggetto dell'appalto non possa essere descritto « diversamente mediante specificazioni sufficientemente precise e perfettamente intelleggibili per tutti gli interessati ».

⁽¹⁶⁶⁾ Art. 2 comma I, lett. b, dir. 89/665, cit.

⁽¹⁶⁷⁾ Art. 2 comma VII, della direttiva 92/13/CEE, cit.; S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 73, n. 228, ricorda che i costi di preparazione di un'offerta nella proposta della Commissione, poi lasciata cadere, erano quantificati nell'1% del valore del contratto. Cfr. *Accordo sugli ap-*

danno emergente dell'interesse negativo. A tal fine è sufficiente la prova dell'esistenza di una « violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto » e di una « possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa »⁽¹⁶⁸⁾. Si è chiarito espressamente che in tali casi la persona lesa, per ottenere il rimborso delle spese, non è tenuta a « provare che in assenza della violazione di cui trattasi l'appalto le sarebbe stato aggiudicato »⁽¹⁶⁹⁾.

La « possibilità concreta » di ottenere l'aggiudicazione è fondata sulla sussistenza dei requisiti di capacità tecnica, economica, finanziaria e morale che avrebbero consentito l'accoglimento della domanda di partecipazione o dell'offerta⁽¹⁷⁰⁾,

palti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio; in G.U.C.E. n. C 256/1 del 3 settembre 1996, art. XX, ove si prevedono procedure di impugnazione per rimediare le violazioni dell'accordo e salvaguardare le opportunità commerciali ed altresì « misure atte a rimediare alla violazione dell'accordo o a risarcire le perdite o i danni subiti; il risarcimento potrà essere limitato al costo della preparazione e presentazione dell'offerta o del reclamo ».

⁽¹⁶⁸⁾ Art. 2, comma VII, direttiva 92/13/CEE, cit. Cfr. A. ROMANO-TASSONE, *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., 50 e s.

⁽¹⁶⁹⁾ XI considerando della direttiva 92/13/CEE, cit. Il risarcimento potrebbe essere dovuto anche nel caso in cui l'offerta presentata dal concorrente che subisce la violazione delle norme di gara sia tale da poter prevedere che non sarebbe risultata la migliore, perché superata da altre offerte accoglibili, cfr. Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Drachmpaehl c. Urania Immobilienservice ohG*, cit.

⁽¹⁷⁰⁾ La sussistenza di una occasione perduta può essere provata attraverso percentuali che quantificano le probabilità di successo, ovvero alla esistenza di una possibilità non trascurabile di successo: P.G. MONATERI, *Fattispecie di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. it. dir. civ.*, 1986, II, 364. M. PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, 395 e s. S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, cit., 72, valuta la possibilità di stimare percentualmente le probabilità di successo del danneggiato e attribuirgli quella percentuale sull'utile conseguibile dall'appalto. F.D. BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal*

mentre non si può escludere che all'amministrazione spetti l'onere della prova contraria della mancanza dei requisiti richiesti, ovvero che l'offerta non avrebbe potuto comunque assicurare l'aggiudicazione del contratto, o che l'impossibilità di ottenerla non sia ad essa imputabile (cfr. art. 1218 c.c.).

La valutazione equitativa del danno⁽¹⁷¹⁾ trova precisazione nella tipologia e nel valore dell'appalto, come del rapporto giu-

«muro di sbarramento» alla «rete di contenimento», in *Danno e responsabilità*, 1997, 272 e s., il quale ammette il risarcimento «di una situazione di affidamento oggettivamente valutabile» e non della perdita di chance. Distingue il mancato guadagno dalla perdita di chance perché il primo può essere provato nei suoi elementi costitutivi, mentre il danno conseguente alla perdita di una chance «è per definizione indimostrabile» e la sua esistenza viene valutata secondo un calcolo di probabilità che non può costituire certezza assoluta: M. BOCCHIOLA, *Perdita di una «chance» e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, 77, 101, ritiene che si debba provare che la percentuale di risultato positivo superasse il 50%, diversamente il giudice respingerà la domanda; per tali motivi la perdita di occasioni viene considerata non come lucro cessante, bensì come utilità economicamente e giuridicamente valutabile, la cui perdita è ricondotta al danno emergente.

⁽¹⁷¹⁾ A. PIAZZA, *Risarcimento del danno in materia di appalti pubblici* (art. 13 l. n. 142/1992) e tutela cautelare avanti al giudice amministrativo, in *Dir. proc. amm.* 1995, 38; G. MORBIDELLI, *Ragionando intorno ad una proposta di modifica dell'art. 2043 c.c.*, in AA.VV., *Diritto privato 1995, I, Il trasferimento di proprietà*, Padova 1995, 380, il quale precisa che «se l'effetto conformativo della sentenza consiste nell'obbligo di rinnovare la procedura concorsuale, e ciò non avviene perché nel frattempo sono venute meno le disponibilità finanziarie, o per altri fattori ostativi, oppure perché l'opera è già stata realizzata, il danno verrà determinato tenendo conto, in via equitativa, delle chances di successo che aveva l'impresa»; M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, cit., 24, ove accenna ad un supposto diritto al comportamento ispirato alla buona fede che sarebbe privo di uno specifico contenuto acquisitivo. Nelle trattative volte alla costituzione di un rapporto di lavoro: Cass., sez. lav., 25 febbraio 1994, n. 1897, *Grillo c. Banca pop. Belpasso*, cit., 1006, ove il danno viene liquidato equitativamente in relazione alle spese sostenute per la partecipazione ad un corso di formazione (lire cinquemilioni), frequentato in vista dell'assunzione poi non avvenuta; Cass., sez. lav., 22 ottobre 1994, n. 8682, *Soc. Montedison c. Di Pietro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524, con nota di A. BOLLANI, *A proposito di responsabilità precontrattuale, corsi precollocativi e mancate assunzioni*; Cass.,

ridico fra amministrazione e privato, indici dell'impegno profuso dalla parte privata nella partecipazione al procedimento, come alla trattativa. È chiaro che la partecipazione al procedimento normalmente non comporta l'assunzione di vincoli ad eseguire una prestazione, come invece accade con la presentazione dell'offerta (proposta irrevocabile), che indubbiamente compromette la partecipazione ad altre gare pubbliche ovvero la stipulazione di altri contratti⁽¹⁷²⁾ e può consentire la prova di un maggior danno.

L'elaborazione in materia di appalti fornisce indicazioni utili anche per l'individuazione del danno negli altri rapporti fra amministrazione e privati. Come si vedrà in seguito⁽¹⁷³⁾, il giudice amministrativo nella quantificazione del danno può seguire utilmente il criterio equitativo in applicazione delle norme che prevedono un accordo sulla somma da riconoscere al privato a titolo di risarcimento, superando così la complessa valutazione della ipotetica "spettanza" del provvedimento.

5.1. *I criteri per la quantificazione dei danni da scorrettezza. Le norme speciali in materia di appalti pubblici: il parametro del decimo del valore del contratto. L'annullamento dell'aggiudicazione ed il riconoscimento del solo arricchimento senza causa. I danni causati alla pubblica amministrazione dai privati.*

Nel nostro ordinamento è stato possibile rinvenire norme in merito ai criteri di quantificazione del danno che la pubblica

sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, *Cassa Centrale di Risparmio Vittorio Emanuele II per le Province Siciliane c. Chinnici*, in *Giur. it.*, 1994, I, 234, con nota di A. MUSY, *Sicilcasse ed il danno da perdita di una «chance»*.

⁽¹⁷²⁾ TAR Puglia, sez. I, Lecce, 16 aprile 1999, n. 418, *Soc. B.C.I. c. Autorità portuale di Taranto e altro*, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 2832. F. CARINGELLA-R. GAROFOLI, *Riparto di giurisdizione e prova del danno dopo la sentenza 500/99*, in *www.giust.it.*, 6 e s.

⁽¹⁷³⁾ V. *infra* parte III, cap. II.

amministrazione deve risarcire ove receda da un contratto ormai concluso. L'analisi di tale differente ipotesi di risarcimento è risultata di interesse anche per l'individuazione di parametri utili a definire il danno provocato in occasione di trattative, o di rapporti giuridici che rechino danni alle parti⁽¹⁷⁴⁾.

La sollecitazione originaria in tal senso, come ricordato, è giunta dall'ordinamento europeo e dalla relativa giurisprudenza che impone un risarcimento adeguato ed effettivo che, per equivalente, compensi integralmente il danno arrecato⁽¹⁷⁵⁾, ove non sia stata possibile la correzione della procedura⁽¹⁷⁶⁾.

In particolare il giudice amministrativo è chiamato a stabilire i « criteri »⁽¹⁷⁷⁾ per la definizione della somma di denaro da

⁽¹⁷⁴⁾ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 386 e s., ID., *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle gare per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Dir. amm.*, 1998, 155.

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. da ult. sulle conseguenze della violazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne: Corte giustizia Comunità europee, 22 aprile 1997, causa 180/95, *Draehmpohl c. Urania Immobilienservice ohG*, cit.

⁽¹⁷⁶⁾ C. Giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00, cit.

⁽¹⁷⁷⁾ Art. 35, comma II, d.lgs. n. 80 del 1998: « Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, col ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, n. 4, del testo unico approvato col regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta ». Si veda: TAR Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, *Italassistance coop. a.r.l., Onlus c. Azienda ospedaliera San Gerardo di Monza e Croce Azzurra San Giorgio di Sesto S. Giovanni, Associazione volontaria di pubblica assistenza e altri*, in *www.giust.it.*, ove in applicazione dell'art. 35, comma II del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cit., in relazione all'annullamento di una gara di appalto per l'affidamento dei servizi di trasporti di malati, assegna all'Azienda appaltatrice « il termine di giorni 90 per la proposizione alla ricorrente di un'offerta di risarcimento del danno da ragguaagliarsi esclusivamente al parametro della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. ». A tal fine dovranno essere considerati: « 1) tutti i danni riconoscibili nei limiti del cosiddetto interesse negativo e, cioè, di quello che la ricorrente aveva a che la suindicata procedura ad evidenza pubblica non avesse inizio,

offrire a chi abbia subito un danno per la violazione della disciplina delle procedure selettive, come per la scorrettezza nel rapporto giuridico instaurato con il privato⁽¹⁷⁸⁾.

La norma che nelle prime applicazioni giurisprudenziali ha costituito il parametro di riferimento per la quantificazione del danno si è rinvenuta nella l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *legge sulle opere pubbliche*, ove si prevede che: « è facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto, mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importare delle opere non eseguite » (art. 345). Su questa stessa linea si è posto il regolamento di attuazione della legge sui lavori pubblici, ove si è previsto il diritto di recesso dal contratto della stazione appaltante — in qualunque tempo — con l'obbligo di pagare i lavori eseguiti ed i materiali utili presenti in cantiere, ma per il mancato guadagno connesso al mancato completamento dell'opera si prevede il pagamento del “decimo dell'importo delle opere non eseguite”, calcolato “sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti”⁽¹⁷⁹⁾.

consistenti sia nelle spese inutilmente effettuate in vista dell'aggiudicazione sia nell'eventuale perdita, adeguatamente documentata, di ulteriori occasioni contrattuali della stessa natura; 2) gli interessi e la rivalutazione della relativa somma a decorrere dalla data di invito della ricorrente alla gara, in quanto, dando luogo alla violazione dei doveri di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. a responsabilità extracontrattuale, il conseguente debito deve ritenersi di valore e non di valuta, comporta la maturazione di interessi dal fatto illecito e non solo dalla domanda, ed è sofferto, in linea di principio, quanto al riconoscimento della rivalutazione monetaria, alla regola posta dall'art. 1224, 2° comma, c.c. ».

⁽¹⁷⁸⁾ Si rinvia per l'analisi dettagliata di tali criteri al capitolo II della parte III.

⁽¹⁷⁹⁾ D.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, *Regolamento di attuazione della l. 109/94*, Articolo 122, “*Recesso dal contratto e valutazione del decimo*. 1. La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere,

Una tale previsione seppur rivolta alla fase di esecuzione dell'appalto sembra indicare il limite massimo del risarcimento conseguibile per lucro cessante anche da parte del concorrente che non abbia avuto la possibilità neppure di iniziare i lavori, ma in fase di selezione sia stato scorrettamente privato dell'aggiudicazione.

Il potere di recesso unilaterale dal contratto di appalto è stato oggetto della disciplina del codice civile del 1865 (art. 1641)⁽¹⁸⁰⁾ e del 1942 (art. 1671)⁽¹⁸¹⁾, ma in esse non si ritrovano

oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite. 2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti. 3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. 4. I materiali il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma 1 sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori prima della comunicazione dello scioglimento del contratto. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzati nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e il valore delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto. 6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore».

⁽¹⁸⁰⁾ « Il committente può sciogliere a suo arbitrio l'accordo dell'appalto, quantunque sia già cominciato il lavoro, tenendo indenne l'imprenditore di tutte le spese, di tutti i lavori e di tutto ciò che avrebbe potuto guadagnare in tale impresa ».

⁽¹⁸¹⁾ Ove si ammette il recesso unilaterale dal contratto di appalto da parte del committente anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera « purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, e dei lavori eseguiti e del mancato guadagno »: sulla equiparazione fra l'art. 1671 c.c. e l'art. 345, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 1996, n. 41, *Anas c. Soc. impr. Pizzarotti*, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 496, con nota di E. CANNADA-BARTOLI. Corte di cassazione, sez. un., 4 dicembre 1990, n. 11591, *Soc. coop. Fortitudo c. Iacp Napoli*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 773, al momento della consegna dei lavori la Cooperativa accerta che parte dei terreni su cui costruire gli immobili è abusivamente occupata da terzi, perciò si richiede prima, la sospensione dei

indicazioni né sulla somma da riconoscere all'appaltatore, né sulle ragioni che possono indurre al recesso. Le norme indicate introducono un diritto potestativo di recesso *ad nutum* che non necessita di giustificazioni e le cui motivazioni non appaiono rilevanti, né controllabili dall'appaltatore o dai terzi, e che non viene meno neppure se il committente è inadempiente⁽¹⁸²⁾, dal momento che l'esercizio di tale diritto obbliga, in ogni caso, il recedente a pagare all'appaltatore un « indennizzo » corrispondente, quantitativamente, al risarcimento del danno da inadempimento⁽¹⁸³⁾.

« Presunzione vuole che l'Amministrazione non addivenga ad un tal passo, se non per legittimi motivi, ma di fronte all'esplicito contenuto di detto articolo, non è possibile formulare limitazione alcuna »⁽¹⁸⁴⁾, sicché esso è stato applicato anche in casi di inadempimento dell'amministrazione stessa⁽¹⁸⁵⁾.

Può ritenersi che la norma fissi « una tantum, un criterio di liquidazione uniforme ed automatico, giustificato secondo la dottrina sia dal fatto di ovviare ad indagini alquanto difficoltose ed aleatorie, sia dallo scopo di cautelare la p.a. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive »⁽¹⁸⁶⁾.

lavori, poi lo scioglimento del contratto in applicazione dell'art. 345 della l. 2248/1865; l'amministrazione committente ritiene che l'esecuzione dell'opera sia « divenuta impossibile in conseguenza di una causa non imputabile a nessuna delle parti » ex art. 1672 c.c. Cfr. V. MANGINI, M. IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, Torino, 1997, 479 e s.

⁽¹⁸²⁾ Corte di cassazione, n. 2236 del 1985, *Aleman c. Mazza*, cit.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. Corte di cassazione, 10 febbraio 1987 n. 1411, *Soc. Editor c. Soc. Seme*, cit.

⁽¹⁸⁴⁾ Così già: A. CUNEO, *Appalti di opere pubbliche*, II ed., Milano, 1924, 513, il quale considera che anche in caso di inadempimento dell'amministrazione « in pratica, colla risoluzione ai sensi dell'art. 345 si concede sempre una indennità costituita dal noto 10% e quindi il risarcimento si opera ».

⁽¹⁸⁵⁾ Corte di cassazione, 1 febbraio 1995, n. 1114, *Spa Dott. C. Agnese c. Consorzio interprovinciale cooperative di produzione e lavoro*, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, 622.

⁽¹⁸⁶⁾ E. CAPACCIOLI, nota a Corte di cassazione, sez. un., 20 aprile 1991, n. 4289, *Soc. siciliana costruzioni c. Iacp di Palermo*, in *Giust. civ.* 1991, I,

Il danno causato al partecipante alla gara pubblica che, in ragione della sua offerta, avrebbe dovuto divenire aggiudicatario sembra da quantificarsi nel dieci per cento dell'ammontare della base d'asta come ribassata dall'offerta presentata⁽¹⁸⁷⁾. A tale somma possono aggiungersi le spese sopportate per la partecipazione alla procedura selettiva.

La soluzione può essere accolta ove si ritenga che la ricordata percentuale sia indicativa dell'utile medio ricavabile dall'appaltatore con l'impiego dei mezzi produttivi dell'impresa e non, invece, un parametro limitativo del danno risarcibile⁽¹⁸⁸⁾.

2996, il quale distingue il recesso unilaterale *ex art.* 345, cit., la rescissione (*recitius*: risoluzione) *ex art.* 340, ed infine l'annullamento d'ufficio di atti amministrativi come manifestazione del potere di autotutela; Corte di cassazione, 17 novembre 1984, n. 5841, *Assess. ll.pp. Palermo c. Alessi*, in *Giur. it.* 1985, 1, I, 1251; in altri casi il giudice considera tale recesso come inadempimento: Corte di cassazione, sez. I, 22 settembre 1984, n. 4819, *Verolla c. Cassa del Mezzogiorno*, in *Foro it.* 1985, I, 132; F.G. SCOCA-A. POLICE, *La risoluzione del contratto di appalto di opere pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 46.

⁽¹⁸⁷⁾ Da ult. TAR Marche, 20 gennaio 2003, n. 9, *Siemens S.p.a. c. Azienda ospedaliera "Ospedale San Salvatore" di Pesaro*; in *giustizia-amministrativa.it.*; F. FRANCIOSI, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, cit., 39.

⁽¹⁸⁸⁾ Sempreché non si escluda la colpa della parte pubblica che ha eseguito la sentenza di primo grado poi annullata in appello, facendo eseguire l'appalto al ricorrente vincitore in primo grado: Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5789, in *Urb. e appalti*, 2003, n. 2, con nota di R. CARANFA, *Antigiuridicità e colpa nella responsabilità della pubblica amministrazione*. Cfr. Coll. arb., 17 giugno 1993, *Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 67; Coll. arb., 15 febbraio 1989, *Impr. costruz. Minerio c. Com. di Messina*, *Id.*, 1990, 128; Coll. arb., 20 ottobre 1987, *Soc. Icim c. Anas*, *Id.*, 1988, 1297; Coll. arb., 25 gennaio 1990, *Soc. Coopep c. Com. di Sperlinga*, *Id.*, 1991, 555. Di interesse può apparire l'art. 10, comma VIII, d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, cit., ove si prevede che: «se la consegna non avvenga nel termine stabilito (non oltre 45 giorni dalla data di registrazione alla Corte dei conti del decreto di approvazione del contratto) per fatto dell'Amministrazione, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso dall'Amministrazione appaltante delle spese di cui al precedente art. 9 (spese di contratto, di registro ed accessorie a carico dell'appaltatore) nonché ad un rimborso delle altre spese da lui effettivamente sostenute, e

In tale prospettiva potrebbe risultare dubbia l'applicazione all'ipotesi che si esamina della limitazione del danno risarcibile attuata calcolando il decimo sui «quattro quinti del prezzo che è servito di base al contratto, depurato del ribasso d'asta»⁽¹⁸⁹⁾,

comunque non superiori alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto: 1,50% per la parte di importo fino a 50 milioni; 1% per la eccedenza fino ai 500 milioni e 0,50% per la parte eccedente i 500 milioni», con rilevante limitazione del risarcimento rispetto al parametro precedentemente indicato del dieci per cento, dal momento che applicando le indicate percentuali in caso di accoglimento dell'istanza di recesso per ritardo nella consegna dei lavori l'impresa aggiudicataria di un appalto di lavori che raggiunga la soglia di applicazione della normativa comunitaria otterrebbe un risarcimento inferiore ai dieci milioni di lire. Tale norma ha ricevuto scarsa applicazione perché l'esiguità del risarcimento conseguibile ha indotto le imprese aggiudicatarie ad attendere la seppur tardiva consegna dei lavori. D'altra parte si è data un'interpretazione restrittiva della norma ammettendone l'applicazione solo in caso di ritardo incolpevole nella consegna dei lavori: Coll. arb., 12 febbraio 1988, *Soc. Auto Mec prefabbricati c. Min. protezione civile*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1988, 1692; significativa per l'esame del rapporto fra l'art. 345, l. 2248/1965, all. F, cit., e l'art. 10, VIII comma, d.p.r. 1063/1962: Corte di cassazione, sez. I, 4 luglio 1986 n. 4392, *Nicolosi c. Com. di Catania*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1750 e per esteso su cd-rom *juris data*, concernente l'appalto per la costruzione di una scuola elementare ove, in seguito alla stipulazione del contratto, l'impresa non aveva mai ricevuto la consegna dei lavori con conseguente duplice prospettazione, da un lato dell'istanza di recesso dell'impresa, dall'altro di risoluzione del contratto da parte dell'amministrazione. Nei giudizi di merito non viene qualificata correttamente la domanda e la Cassazione rinvia la causa.

⁽¹⁸⁹⁾ Art. 41, comma II, del d.p.r. 16 luglio 1962 n. 1063, *approvazione del capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici*, con norma riproposta anche nello *Schema di decreto del Presidente della Repubblica approvato il 14 dicembre 1999 dal Consiglio dei Ministri recante regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici*, art. 122, comma II e s. ove si prevede che «2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti. 3. L'esercizio del diritto di recesso è preceduto da formale comunicazione all'appaltatore da darsi con un preavviso non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori ed effettua il collaudo definitivo. 4. I materiali il cui valore è riconosciuto dalla stazione appaltante a norma del comma I sono soltanto quelli già accettati dal direttore dei lavori

giustificata dal fatto che l'appaltatore è tenuto ad assoggettarsi ad una diminuzione delle opere fino ad un quinto dell'importo dell'appalto⁽¹⁹⁰⁾, benché tale previsione, riproposta anche nel

prima della comunicazione dello scioglimento del contratto. 5. La stazione appaltante può trattenere le opere provvisorie e gli impianti che non siano in tutto o in parte asportabili ove li ritenga ancora utilizzabili. In tal caso essa corrisponde all'appaltatore, per il valore delle opere e degli impianti non ammortizzato nel corso dei lavori eseguiti, un compenso da determinare nella minor somma fra il costo di costruzione e quello delle opere e degli impianti al momento dello scioglimento del contratto. 6. L'appaltatore deve rimuovere dai magazzini e dai cantieri i materiali non accettati dal direttore dei lavori e deve mettere i predetti magazzini e cantieri a disposizione della stazione appaltante nel termine stabilito; in caso contrario lo sgombero è effettuato d'ufficio ed a sue spese.». Si veda la precedente norma di cui al r.d. 25 maggio 1895, n. 350, *che approva il regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici*, che all'art. 35, prevede: «Scioglimento del contratto. Quando l'amministrazione si valga della facoltà di sciogliere il contratto a sensi dell'art. 345 della legge sui lavori pubblici, si procederà tosto a riprendere in consegna i lavori, e, spirato il termine di garanzia fissato nel capitolato speciale, al loro collaudo definitivo. L'amministrazione ha l'obbligo di accettare soltanto quei materiali esistenti nel cantiere che siano stati ricevuti dal direttore dei lavori prima della partecipazione dello scioglimento del contratto. L'appaltatore dovrà rimuovere i materiali non accettati dall'amministrazione dai magazzini e dai cantieri e mettere questi a disposizione dell'amministrazione medesima nel termine che gli sarà stabilito, sotto pena che lo sgombero sia effettuato d'ufficio ed a sue spese». Cfr.: Coll. arb., 8 giugno 1991, *Impr. Calveri c. Com. Galatro*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1992, 324; Coll. arb., 06-02-1990, *Impr. Grassi c. Com. Sciacca*, *Id.*, 1991, 635; Coll. arb., 15 febbraio 1989, *Impr. costruz. Mineri c. Com. di Messina*, *cit.*, 128; Coll. arb., 7 dicembre 1988, *Impr. Anzà c. Com. di Gioiosa Marea*, *Id.*, 1989, 814.

⁽¹⁹⁰⁾ Art. 344 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., *cit.* Altro parametro quantifica i danni per il recesso causato da ritardo nella consegna dei lavori in una quota di risarcimento inferiore all'1% del valore del contratto: art. 10, comma VIII, *l.p.r.* 16 luglio 1962 n. 1063, *cit.*, «se la consegna non avvenga nel termine stabilito per fatto dell'Amministrazione, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso dall'Amministrazione appaltante delle spese di cui al precedente art. 9 nonché ad un rimborso delle altre spese da lui effettivamente sostenute, e comunque non superiori alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto: 1,50% per la parte di importo fino a 50 milioni; 1% per

recente regolamento in materia di lavori pubblici, sia conosciuta ed accettata dai concorrenti privati.

La percentuale del dieci per cento come utile medio conseguibile dall'appaltatore si ritrova nelle valutazioni compiute dalla stessa amministrazione pubblica per determinare la base d'asta: il regolamento del 1895⁽¹⁹¹⁾ aveva previsto infatti che «se il lavoro deve essere appaltato, si aggiungerà un decimo di beneficio dell'appaltatore». Mentre la percentuale di maggiorazione sui «prezzi unitari della manodopera, dei mezzi di trasporto, dei materiali, e di quanto altro occorre alla formazione del costo delle singole categorie di opere»⁽¹⁹²⁾, è aumentata nel tempo, passando — a seconda dell'importanza e della natura dei lavori — da una percentuale compresa fra l'8 e il 12% ad una compresa fra il 13 ed il 15%, il «beneficio per l'appaltatore» è rimasto immutato al dieci per cento⁽¹⁹³⁾.

la eccedenza fino ai 500 milioni e 0,50% per la parte eccedente i 500 milioni». Sui limiti di applicazione della norma: Corte di cassazione, 25 luglio 1990, n. 7536, *Soc. comp. merid. costruz. c. Iacp Bari*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 302; Corte di cassazione, sez. I, 4 luglio 1986, n. 4392, *Nicolosi c. Com. di Catania*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, 1750; Coll. arb., 17 giugno 1993, *Impr. Muni c. Com. Motta S. Anastasia*, *Id.*, 1995, 67; Coll. arb., 12 febbraio 1988, *Soc. auto Mec prefabbricati c. Min. protezione civile*, *Id.*, 1988, 1692; Coll. arb., 6 luglio 1989, *Soc. Isidori c. Usl 4, Chieti*, *Id.*, 1991, 1. Il già ricordato *Schema di decreto del presidente della repubblica approvato il 14 dicembre 1999 dal Consiglio dei Ministri recante regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici*, ove all'art. 129 comma VIII, prima parte, si prevede che: «8. Qualora la consegna avvenga in ritardo per fatto o colpa della stazione appaltante, l'appaltatore può chiedere di recedere dal contratto. Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso l'appaltatore ha diritto al rimborso di tutte le spese effettivamente sostenute e documentate ma in misura non superiore ai limiti indicati dal capitolato generale».

⁽¹⁹¹⁾ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, *cit.*, 386 e s., ove si richiama il d.m. 29 maggio 1895, n. 350, *regolamento per la compilazione dei progetti di opere dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministro dei Lavori Pubblici*, art. 20, u.c.

⁽¹⁹²⁾ Art. 20, d.m. 29 maggio 1895, *cit.*

⁽¹⁹³⁾ Art. 14, l. 10 dicembre 1981, n. 741, *Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche*.

Anche la giurisprudenza comunitaria, in assenza di indicazioni normative espresse, giunge a quantificare il lucro cessante dell'imprenditore nel decimo del valore residuo dell'appalto in esecuzione⁽¹⁹⁴⁾.

Non si esclude la prova della possibilità di conseguire un utile maggiore in relazione alle caratteristiche dell'appalto e soprattutto per l'organizzazione dell'impresa⁽¹⁹⁵⁾; si è detto infatti che la presentazione di un'offerta vincola il concorrente fino al termine della selezione, con la conseguenza di una limitazione della disponibilità dei mezzi dell'impresa⁽¹⁹⁶⁾, la quale, sebbene possa liberamente partecipare ad altre gare,

⁽¹⁹⁴⁾ Cfr. ad es.: Corte giustizia Comunità europee, 1 giugno 1995, causa 42/94, *Heidemij Advies BV c. Parlamento Europeo*, in *Raccolta*, 1995, I, 1417, pto 22, concernente le conseguenze della «risoluzione unilaterale» del contratto di appalto per la sorveglianza della costruzione di edifici nell'ambito dell'ampliamento del Parlamento a Bruxelles. L'ammontare dovuto all'impresa per l'esercizio del diritto di recesso viene quantificato nel «10% del valore dei lavori che rimangono da eseguire», calcolato sulla base del compenso forfettario annuo previsto nel contratto. Analoghe indicazioni si rinvencono in altri Stati membri della Comunità europea: S. ARROWSMITH, *Remedies for enforcing public procurement rules*, Aerystwyth, 1993, 73, 107.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. Coll. arb., 6 febbraio 1990, *Impresa Ing. A. Grassi c. Com. di Sciaccà*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1991, 653, ove si cerca di provare che il guadagno netto dell'impresa non sarebbe stato inferiore al 14-15%; Corte giustizia Comunità europee, 14 gennaio 1993, causa 257/90, *Italsolar s.p.a. c. Commissione Ce*, in *Raccolta*, 1993, I, 9, ove un'impresa italiana, sostenendo di essere stata illegittimamente esclusa da una gara, disciplinata dalla terza convenzione di Lomé, quantifica il danno subito in 478.624.000 lire come spese di partecipazione alla gara d'appalto e richiede il 15% del prezzo offerto per ciascun lotto quale mancato guadagno; la sua domanda viene peraltro integralmente respinta.

⁽¹⁹⁶⁾ Il credito del concorrente escluso a causa della violazione di una norma di definizione del comportamento dovuto dall'amministrazione pare debba considerarsi per l'amministrazione pubblica un debito di valore quindi soggetto a rivalutazione. Cfr. Coll. arb., 30 dicembre 1993, *Soc. Icla c. Agenzia promozione sviluppo Mezzogiorno*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 592; Coll. arb., 26 luglio 1993, *Soc. Vargiu c. Com. di Nuoro*, *Ibid.*, 178; Coll. arb., 27 novembre 1989, *Soc. impr. edilstradale Calderoni c. Cons. auton. porto Genova*, *Id.*, 1991, 265.

deve valutarne l'opportunità in relazione al vincolo già assunto⁽¹⁹⁷⁾.

Per i danni conseguenti ad altri rapporti giuridici con i privati si potrebbe ritenere che il dieci per cento del valore dell'operazione che si intendeva realizzare possa costituire un limite massimo che normalmente vada ridefinito in relazione agli elementi di prova dedotti in applicazione di valutazioni e consulenze tecniche che consentiranno di elaborare parametri e "tabelle" di riferimento per la quantificazione del danno, anche da ritardo.

Anche in caso di ritardata assunzione in servizio il danno non pare possa quantificarsi in misura pari a quella che sarebbe spettata per le prestazioni che si sarebbero dovute svolgere, con un'integrale *restitutio in integrum*⁽¹⁹⁸⁾. Una simile quantificazione del danno non risulta peraltro corretta⁽¹⁹⁹⁾, poiché non considera che l'interessato in quel periodo "non ha concretamente impegnato le proprie energie lavorative a favore dell'Amministrazione comunale e che invece sono state

⁽¹⁹⁷⁾ TAR Lombardia, sez. III, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869, *Italassistance coop. a.r.l., Onlus c. Azienda ospedaliera San Gerardo di Monza e Croce Azzurra San Giorgio di Sesto S. Giovanni, Associazione volontaria di pubblica assistenza e altri*, cit.

⁽¹⁹⁸⁾ Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, *Com. San Cesario di Lucca c. Di Lorenzo*, in *Foro amm.*, *CdS*, 2002, 2411, ove il TAR (Puglia, Lecce, sez. II, 27 luglio 2001, n. 4353) aveva ritenuto che per il periodo di circa cinque anni di ritardo ai fini della determinazione della somma da proporre alla dipendente doveva tenersi conto: — delle retribuzioni, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, che sarebbero maturate ove fosse stata assunta in servizio; — del valore delle contribuzioni previdenziali che in relazione a dette retribuzioni l'amministrazione sarebbe stata tenuta a versare all'Ente di previdenza obbligatoria; — con decurtazione delle somme fruite dall'interessata per eventuali attività altrimenti svolte nonché delle relative somme versate a titolo di contribuzione previdenziale. La somma spettante doveva poi essere rivaluta secondo gli indici ISTAT.

⁽¹⁹⁹⁾ L'integrale reintegrazione economica al dipendente è ammessa qualora intervenga un'illegittima interruzione di un rapporto di lavoro in atto: Cons. St., sez. V, 22 maggio 2000, n. 2968.

evidentemente rivolte alla cura di altri interessi (ad es. familiari, culturali e di svago in genere)". In considerazione di ciò il giudice amministrativo in via equitativa abbatte del 50% la somma complessiva, come calcolata dal giudice di primo grado⁽²⁰⁰⁾. Si è visto invece che il danno risarcibile in relazione all'infruttuoso impiego di somme di denaro è stato quantificato nel cinque per cento della somma impegnata⁽²⁰¹⁾.

L'analisi delle prime applicazioni da parte del giudice amministrativo di questa disciplina evidenzia la complessità della questione connessa alla disposta "sostituzione" dell'appaltatore che non doveva risultare aggiudicatario, con quello meritevole dell'aggiudicazione. Si tratta di una vicenda che può avvenire in sede di esecuzione della sentenza che annulla l'aggiudicazione e dispone la reintegrazione "in forma specifica" del danno subito dal concorrente che avrebbe dovuto risultare aggiudicatario. Nei casi in cui l'esecuzione fosse già iniziata, la parte pubblica viene dunque chiamata a risarcire il danno subito dal nuovo appaltatore per non aver potuto eseguire integralmente la prestazione, già in parte realizzata dall'originario aggiudicatario. In tal caso la parte pubblica paga il corrispettivo per la parte eseguita al primo appaltatore, per quella stessa parte è tenuta a corrispondere il dieci per cento del valore, come ribassato nell'offerta, al nuovo appaltatore.

Si potrebbe peraltro considerare che l'impresa che ha eseguito in parte (o anche integralmente) un appalto che avrebbe dovuto essere correttamente aggiudicato ad un'altra impresa, lo ha eseguito senza un valido titolo ed ha diritto, per la prestazione eseguita, solamente ad ottenere quanto conseguito dall'amministrazione a titolo di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. L'annullamento dell'aggiudicazione priva infatti

⁽²⁰⁰⁾ Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2002, n. 5174, *Com. San Cesareo di Lucca c. Di Lorenzo*, cit.

⁽²⁰¹⁾ Corte di cassazione, sez. I, 30 agosto 1995, n. 9157, *Min. Sanità c. I.N.A.I.L.*, cit.

l'appaltatore della validità del titolo contrattuale e può pregiudicare il suo diritto al corrispettivo contrattualmente definito. Se si considera che l'arricchimento senza causa normalmente esclude il riconoscimento dell'utile assicurando solamente la copertura delle spese sostenute, si potrebbe ridefinire la somma dovuta nell'ammontare dell'offerta presentata decurtata del dieci per cento, salva diversa prova di minor o maggior utile.

All'altro concorrente privato, che avrebbe dovuto eseguire la prestazione, si potrebbe riconoscere a titolo di risarcimento del danno la somma corrispondente all'utile medio conseguibile dall'appaltatore, quantificabile nel 10% del valore della prestazione come ribassato nell'offerta, sempre salva diversa prova.

Tale prospettazione non è volta ad una riduzione dell'onere risarcitorio della parte pubblica — che in ogni caso in sede di quantificazione può risultare minima — ma susciterebbe una maggiore attenzione dei concorrenti privati alla verifica della correttezza della selezione, per evitare di eseguire contratti senza un titolo valido. Come ricordato non si tratta non singole persone fisiche (parti deboli), ma di privati operatori economici professionali, organizzati con apparati e strutture che gli consentono di compiere tali valutazioni, anche entro brevi termini di decadenza e che — come previsto dalle norme europee — dovrebbero sollecitare la correzione delle procedure che risultino scorrette⁽²⁰²⁾.

⁽²⁰²⁾ C. giust. Ce, sez. VI, 27 febbraio 2003, C-327/00; *Santex SpA c. Unita' Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, cit.; C. giust. Ce, sez. VI, 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, pti 76-79, ove si afferma che: "Occorre poi considerare che la fissazione dei termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., per analogia, trattandosi del principio di effettività del diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, *Palmisani*, Racc. pag. I-4025, punto 28, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, *Preston e a.*,

Significativo in tal senso appare il rilievo espresso dal giudice amministrativo nei confronti di un'impresa concorrente, ove si constata che "la sua particolare professionalità in materia di pubblici appalti la poneva in condizione di verificare con immediatezza i vizi che inficiavano il bando di gara, rendendola immediatamente consapevole dei vizi intrinseci del provvedimento assunto dalla p.a. e della possibilità che esso fosse impugnato da altri privati interessati" (203). È chiaro che non sarà possibile considerare l'operatore privato in buona fede ove vi siano violazioni evidenti nella selezione, come pure nel rapporto instaurato, e ammettere che questi, non rilevandole, sia comportato correttamente. Tale esigenza sembra essere percepita dalla sensibilità del giudice amministrativo che — ove afferma l'obbligo di correttezza della pubblica amministrazione, con riconoscimento del risarcimento del danno, — non può non rilevare che anche le organizzazioni private non possono sottrarsi ad analogo obbligo, seppur con un contenuto in parte differente, come sopra precisato.

Racc. pag. I-3201, punto 33). Date le considerazioni precedenti va constatato, da un lato, che modalità relative al termine come quelle oggetto della causa principale appaiono ragionevoli alla luce sia degli obiettivi della direttiva 89/665 come quelli descritti al punto 74 della presente sentenza, sia del principio della certezza del diritto. D'altro canto, non sussiste alcun dubbio sul fatto che sanzioni come la decadenza sono idonee a garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, dal momento in cui sono note agli interessati, vengano denunciate e rettifiche il più presto possibile, anche conformemente sia agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sia al principio di certezza del diritto. Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole".

(203) Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002 n. 6389, cit.

D'altra parte si era già individuata (204) una possibile responsabilità "precontrattuale" dell'impresa che abbia presentato un'offerta anormamente bassa, ove si accerti che essa tentava di aggiudicarsi il contratto senza assicurare la corrispondenza qualitativa e quantitativa della prestazione a quanto richiesto nel bando e nei capitolati. In tal caso infatti l'offerta anomala, in quanto non conforme alla richiesta, dimostra un'inadeguata valutazione — che può apparire scorretta — in quanto comporta il protrarsi di trattative che, per la mancanza di chiarezza dell'offerta, impongono alla parte pubblica un onere di verifica che giunge ad accertare gli elementi occultati nell'offerta o non correttamente indicati. La parte pubblica — accertata l'anomalia e la scorrettezza dell'operatore privato — potrebbe richiedere il risarcimento del danno conseguente alle spese sostenute per la prosecuzione delle trattative, imposta dalla necessità della valutazione dell'anomalia e per i conseguenti ritardi.

D'altra parte le recenti evoluzioni in materia consentono al concorrente deluso (o, meglio, che si è comportato correttamente e che avrebbe meritato l'aggiudicazione) di invocare una protezione anche del diritto alla propria immagine d'impresa, che può essere lesa dall'ingiustificata esclusione dalle trattative, o dalla scorretta conclusione delle stesse, che possono determinare un «discredito commerciale» anche a seguito dell'erronea valutazione dell'anomalia della sua offerta (ad. es. esclusa automaticamente), sia perché la scorrettezza dell'amministrazione contribuisce a qualificare l'impresa come inaffidabile (205), sia perché l'aver eseguito correttamente determinati contratti costituisce requisito di qualificazione per ulteriori appalti futuri (206). Tuttavia, più in generale anche la

(204) G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 386 e s.

(205) V. Coll. arb., 14 settembre 1993, *Impresa Holzmann c. Consorzio di bonifica alto e medio Belice*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1995, 254.

(206) Cfr. ad es. art. 21, comma I, lett. b), del d.lgs. 19 dicembre 1991,

parte pubblica nei rapporti con i privati può subire un discredito ed un danno all'immagine che potrebbe essere causato dalla scorrettezza dell'operatore privato.

In questa nuova prospettiva il rapporto con le organizzazioni complesse, anche al di fuori della disciplina degli appalti pubblici, — nelle convenzioni, negli accordi, nei procedimenti amministrativi — sembra doversi evolvere sulla base di un riconoscimento reciproco della professionalità e del sorgere di rispettivi obblighi di correttezza da assolvere.

6. *Il rapporto con la responsabilità amministrativa del funzionario responsabile.*

L'evoluzione dell'attività amministrativa conseguente alla individuazione di un responsabile unico dei procedimenti amministrativi non sembra possa escludere un riferimento a tale figura nel momento in cui si accerta il danno cagionato ai privati entrati in rapporto con la pubblica amministrazione ed in particolare con il responsabile del procedimento, loro interlocutore privilegiato.

L'accertamento della complessiva condotta della parte pubblica non potrà prescindere dalla valutazione del comportamento tenuto nella vicenda dal responsabile del procedimento, pur senza introdurre alcun automatismo nella individuazione di un'eventuale responsabilità amministrativa dello stesso⁽²⁰⁷⁾. L'assunzione di prove ed in particolare di testimonianze, unitamente alla valutazione degli atti prodotti, della conduzione dell'istruttoria possono consentire di verificare inadempimenti dei relativi obblighi, commessi per colpa grave

n. 406, *Attuazione della direttiva 89/440/CEE*, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. TAR Puglia, Bari, sez. II, 18 luglio 2002, n. 3399, cit., ove si è posta la questione della responsabilità amministrativa di componenti della commissione giudicatrice con un'interpretazione erronea hanno determinato il danno che la p.a. è chiamata a risarcire.

e conseguentemente di individuare profili rilevanti in sede di giudizio avanti alla Corte dei Conti.

In prospettiva, potrebbe immaginarsi dunque un coinvolgimento del responsabile del procedimento nel processo per risarcimento del danno avanti al giudice amministrativo, ove sia accertata non solo l'illegittimità del provvedimento, ma soprattutto la scorrettezza del comportamento imputabile alla pubblica amministrazione ed eventualmente riconducibile al funzionario responsabile del procedimento. Si potrebbe configurare la condanna al pagamento del risarcimento del danno da parte della pubblica amministrazione come accertamento della responsabilità del pubblico funzionario e demandare alla Corte dei conti il giudizio sulla specifica quantificazione del danno da porre a carico del funzionario stesso, anche con applicazione del potere riduttivo. La sentenza del giudice amministrativo in questa prospettiva potrebbe fare stato avanti alla Corte dei conti in ordine all'*an* della responsabilità del funzionario, lasciandogli la definizione del *quantum* del risarcimento. Ciò aprirebbe forse ad una prospettiva di maggiore integrazione fra le due strutture giudiziarie che si occupano di risarcimento del danno e di pubblica amministrazione.