



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Silvia Pellizzari

L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE

Questioni attuali e spunti ricostruttivi
alla luce dell'indagine comparata

2017



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

16

2017

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2017*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-772-3
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-242-6.

Dicembre 2017

Silvia Pellizzari

L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE

Questioni attuali e spunti ricostruttivi
alla luce dell'indagine comparata

Università degli Studi di Trento 2017

Ai miei genitori

Ringraziamenti

Ringrazio la Professoressa Barbara Marchetti e i Professori Marco Bombardelli e Fulvio Cortese per i preziosi consigli e per il costante ausilio ricevuto durante la fase di studio ed elaborazione del presente volume.

Un ringraziamento particolare va al Professore Giandomenico Falcon e alla Professoressa Daria de Pretis, che per primi mi hanno avviato allo studio dell'illecito dell'amministrazione. I loro insegnamenti accademici e il loro apporto critico sono stati sempre fonte di ispirazione e di stimolo a migliorare.

Ringrazio il Prof. Ernst Karner, direttore dell'*Institute for European Tort Law* di Vienna, e tutto il personale ricercatore e amministrativo del centro per la disponibilità e le innumerevoli occasioni di confronto sulla parte comparata del lavoro nel corso del soggiorno di ricerca che ho trascorso a Vienna.

Ringrazio Samuel per l'intelligenza e la cura che dimostra nello starmi vicino, nell'incoraggiarmi e nel dimostrarmi, con forza, intensità e generosità, che non sono mai sola.

Grazie infine a tutti i colleghi e amici che negli anni hanno collaborato con la cattedra di diritto amministrativo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento; tra questi un ringraziamento particolare va ai dottori Andrea Magliari, Leonardo Parona, Giulia Cusenza e Simone Franca per il valido aiuto durante la fase di rilettura del volume.

INDICE

	Pag.
Introduzione. Le ragioni dell'indagine e il metodo adottato	1
 CAPITOLO I L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE OSSERVAZIONI PRELIMINARI E PRESUPPOSTI DELL'INDAGINE 	
<i>1. La questione dell'illecito dell'amministrazione nel diritto italiano.....</i>	7
<i>2. La rilevanza della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato nella ricostruzione dell'illecito dell'amministrazione in Italia e nelle maggiori esperienze giuridiche europee.....</i>	18
<i>2.1. Il necessario ripensamento della dicotomia tra pubblico e privato nella configurazione dell'illecito dell'amministrazione</i>	22
<i>2.2. Dalla "dicotomia" alla "specialità" dovuta al ruolo e alle funzioni dell'autorità pubblica</i>	23
<i>3. Il tema dell'illecito dell'amministrazione in prospettiva comparata</i>	25
<i>4. L'impostazione dell'indagine comparata</i>	31

CAPITOLO II
 UN DIRITTO SPECIALE PER L'ILLECITO
 DELL'AMMINISTRAZIONE
 L'ESPERIENZA FRANCESE

<i>1. L'emersione della responsabilité de la puissance publique e la sua disciplina speciale nello sviluppo del diritto amministrativo francese.....</i>	37
<i>2. Il sistema attuale della responsabilità dell'amministrazione: inquadramento generale.....</i>	41
<i>2.1. Il rapporto tra illégalité e faute de service dell'azione amministrativa.....</i>	45
<i>2.2. La prova del danno e del nesso di causalità.....</i>	48
<i>3. Il préjudice come elemento autonomo della fattispecie risarcitoria.....</i>	51
<i>3.1. Alcune ipotesi applicative: il bilanciamento degli interessi e l'ingiusta lesione di quello privato.....</i>	52
<i>4. La natura della responsabilità nella prospettiva del rapporto tra amministrazione e amministrati e delle posizioni giuridiche di questi rispetto all'esercizio delle funzioni.....</i>	55
<i>5. Le ricadute processuali dell'illégalité fautive.....</i>	60

CAPITOLO III
 L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE
 COME IPOTESI DI DIRITTO PRIVATO SPECIALE
 L'ESPERIENZA TEDESCA

<i>1. La responsabilità dell'amministrazione nell'esperienza tedesca alla luce del rapporto tra autorità e libertà.....</i>	63
<i>1.1. La personalità giuridica dello Stato e la titolarità dei diritti pubblici soggettivi quali presupposti per la tutela anche risarcitoria del singolo.....</i>	67

	Pag.
<i>2. I regimi attuali della responsabilità dei poteri pubblici in Germania: inquadramento generale</i>	70
<i>2.1. L'illecito dell'amministrazione come ipotesi di diritto privato speciale</i>	75
<i>3. L'Amtshaftung di cui all'art. 34 GG e al § 839 del BGB</i>	77
<i>3.1. Il requisito della Drittbezogenheit: la natura della norma violata e la protezione dell'interesse del "terzo"</i>	79
<i>3.2. La colpa quale elemento ulteriore dell'illecito e la sua interpretazione giurisprudenziale</i>	84
<i>4. La fattispecie di cui all'enteignungsgleicher Eingriff</i>	86
<i>5. Le ricadute processuali dei modelli di responsabilità: il principio della Primärrechtsschutz</i>	88
<i>5.1. Il problema dell'atto amministrativo non contestato: i limiti all'accertamento incidentale della illegittimità e il principio di autonomia del giudizio risarcitorio</i>	91

CAPITOLO IV

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNE
ALL'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE

L'ESPERIENZA INGLESE E I SUOI LIMITI

<i>1. La responsabilità dell'amministrazione nell'esperienza inglese: la rilevanza delle posizioni giuridiche soggettive in prospettiva storica</i>	95
<i>2. La responsabilità civile dell'amministrazione pubblica nell'ordinamento giuridico inglese: inquadramento generale</i>	100
<i>3. L'applicazione del diritto della responsabilità civile ai pubblici poteri nelle ipotesi risarcitorie più risalenti: il tort of trespass</i>	104
<i>4. Gli altri illeciti di diritto comune: premessa</i>	107

	Pag.
<i>4.1. I doveri imposti dalla legge e la loro rilevanza ai fini della responsabilità per breach of statutory duty</i>	109
<i>4.2. Il tort of negligence e la rilevanza del duty of care nei confronti del danneggiato.....</i>	111
<i>5. I rimedi risarcitori “speciali” per la pubblica amministrazione: il tort of misfeasance in public office</i>	115
<i>5.1. Un new public tort a tutela degli human rights</i>	116
<i>6. I profili processuali della responsabilità: il principio di autonomia tra le azioni e i suoi correttivi.....</i>	119

CAPITOLO V

LA RESPONSABILITÀ DEI POTERI PUBBLICI
NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA
AUTONOMIA E INFLUENZA DI UN MODELLO PECULIARE

<i>1. Il sistema di responsabilità nell'ordinamento dell'Unione europea: inquadramento generale</i>	126
---	-----

SEZIONE I: LA RESPONSABILITÀ DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

<i>1. La responsabilità delle istituzioni europee e il richiamo ai principi generali comuni degli Stati membri</i>	129
<i>2. La struttura dell'illecito.....</i>	131
<i>3. La violazione di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli nell'illecito delle istituzioni europee.....</i>	132
<i>3.1. L'applicazione in concreto del requisito: la tutela di alcuni particolari interessi a fronte della violazione di principi fondamentali dell'azione amministrativa.....</i>	135
<i>3.2. L'esclusione dei vizi formali e procedurali: dubbi sulla reale portata della giurisprudenza in materia</i>	137
<i>3.3. La tutela risarcitoria degli interessi partecipativi.....</i>	139

	Pag.
<i>4. La violazione grave e manifesta del diritto: la posizione della giurisprudenza prima del 2000.....</i>	141
<i>4.1. Il nuovo approccio e l'opera di bilanciamento della giurisprudenza tra gli interessi sottesi alla funzione esercitata.....</i>	144
<i>4.2. Le ipotesi di accoglimento della domanda risarcitoria: potere vincolato e mancato perseguimento in concreto delle funzioni attribuite</i>	149
<i>4.3. La violazione grave e manifesta della norma: considerazioni di sintesi.....</i>	152
<i>5. Le ricadute processuali del giudizio risarcitorio nei confronti delle istituzioni europee e il rapporto tra i rimedi esperibili</i>	153
<i>5.1. L'autonomia delle azioni in un sistema di controllo complessivo (e complementare) dell'azione delle istituzioni</i>	155
SEZIONE II: LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	
<i>1. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e le ricadute sull'esercizio delle funzioni amministrative</i>	158
<i>2. L'influenza dell'illecito sul diritto degli Stati membri: le condizioni per esperire l'azione tra effettività della tutela, certezza del diritto e oneri di diligenza</i>	162
<i>2.1. I presupposti dell'obbligazione risarcitoria: la lesione di un interesse garantito dal diritto europeo e i limiti all'accertamento dell'elemento soggettivo</i>	164
<i>3. La reazione dei sistemi nazionali francese, tedesco ed inglese all'introduzione dell'illecito europeo</i>	167

	Pag.
SEZIONE III: LA RESPONSABILITÀ “CONCORRENTE”	
<i>1. Le ipotesi di responsabilità “concorrente” nel sistema di giustizia integrato: quadro generale.....</i>	173
<i>2. La tutela risarcitoria nei casi di amministrazione congiunta e integrata.....</i>	178
CAPITOLO VI	
I RISULTATI DELL’INDAGINE COMPARATA	
<i>1. L’illecito dell’amministrazione nelle esperienze giuridiche nazionali: il regime della responsabilità tra diritto pubblico e diritto privato.....</i>	183
<i>2. Gli elementi caratterizzanti l’illecito dell’amministrazione: i risultati dell’indagine comparata</i>	190
<i>2.1. L’imputazione causale dei danni conseguenti alla condotta antiggiuridica dell’amministrazione.....</i>	191
<i>2.2. Alcune questioni problematiche relative alla risarcibilità degli interessi pretensivi e procedurali</i>	193
<i>2.3. La misura oggettiva e soggettiva della colpa dell’amministrazione.....</i>	195
<i>3. I profili processuali dell’illecito dell’amministrazione e in particolare il rapporto tra rimedi.....</i>	197

CAPITOLO VII
L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE IN ITALIA
LA PROLIFERAZIONE DELLE FATTISPECIE RISARCITORIE
E IL LORO INQUADRAMENTO SISTEMATICO

<i>1. La responsabilità dell'amministrazione nel sistema italiano: la rilevanza del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato e la sua crescente complessità nel rapporto tra amministrazione e cittadino.....</i>	203
<i>2. La proliferazione delle fattispecie dannose e delle situazioni giuridiche risarcibili: considerazioni critiche preliminari.....</i>	208
<i>2.1. L'individuazione in via pretoria della responsabilità da affidamento incolpevole e le sue ripercussioni nella individuazione degli illeciti dell'amministrazione</i>	211
<i>3. La tutela risarcitoria dell'affidamento incolpevole nei confronti della pubblica amministrazione: la posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a partire dalle ordinanze del 2011</i>	218
<i>3.1. L'avvio del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.....</i>	219
<i>3.2. Il consolidamento della posizione espressa nel 2011 e il suo recepimento da parte del giudice amministrativo</i>	224
<i>4. Considerazioni critiche sulla risarcibilità dell'affidamento come fattispecie illecita autonoma</i>	228
<i>4.1. La tutela risarcitoria dell'affidamento incolpevole riposto dal beneficiario dell'atto sulla stabilità degli effetti del provvedimento favorevole</i>	231
<i>4.2. La tutela dell'affidamento alla corretta gestione del procedimento amministrativo.....</i>	234
<i>4.3. Il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione degli interessi procedurali e il rapporto amministrativo complesso.....</i>	239

	Pag.
<i>4.4. Lesione dell'affidamento e tutela risarcitoria del singolo di fronte al giudice ordinario.....</i>	242
<i>4.5. La lesione dell'affidamento a seguito di informazioni o dichiarazioni false ed erronee: alcune suggestioni dall'analisi comparata.....</i>	246

CAPITOLO VIII
 IL GIUDICE AMMINISTRATIVO
 COME GIUDICE DELLA RESPONSABILITÀ
 ALCUNE QUESTIONI RELATIVE AL GIUDIZIO RISARCITORIO
 NELL'AMBITO DELLA GIURISDIZIONE DI LEGITTIMITÀ

<i>1. L'ambito di applicazione dell'art. 30 CPA e le fattispecie ad esso sottese: alla ricerca dei confini della responsabilità dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi.....</i>	249
<i>2. La natura sostanziale dell'interesse legittimo come premessa per lo sviluppo dell'apparato rimediale: le tappe più significative dell'evoluzione degli orientamenti dottrinali.....</i>	251
<i>2.1. Il rapporto tra giudizio impugnatorio e giudizio risarcitorio nell'ottica di una tutela adeguata alla natura sostanziale dell'interesse legittimo.....</i>	260
<i>2.2. La questione della pregiudiziale amministrativa "mascherata".....</i>	265
<i>3. La "lesione degli interessi legittimi" e la latitudine della giurisdizione del giudice amministrativo come giudice della responsabilità.....</i>	268
<i>3.1. L'illegittimità dell'azione amministrativa e la lesione di interessi "esterni" rispetto al procedimento: il caso del danno da mero ritardo.....</i>	274

INDICE

	Pag.
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	
<i>1. Sintesi dell'indagine svolta</i>	281
<i>2. I risultati raggiunti</i>	286
<i>3. Alcune considerazioni finali sul rapporto tra illiceità e illegittimità dell'azione e sulla natura dell'illecito dell'amministrazione</i>	293
Bibliografia.....	299

INTRODUZIONE

LE RAGIONI DELL'INDAGINE E IL METODO ADOTTATO

Negli ultimi anni, la Corte di Cassazione ha riavviato un dibattito di lungo corso che pareva ormai sopito, mettendo nuovamente in discussione il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo con riferimento a particolari ipotesi di illecito dell'amministrazione¹.

La posizione è stata espressa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in occasione di istanze risarcitorie relative ai danni che alcuni privati lamentavano di aver subito a seguito dell'illegittima emanazione di provvedimenti favorevoli, sulla base dei quali essi avevano assunto atti dispositivi del proprio patrimonio nella piena convinzione circa la stabilità degli effetti derivanti dagli atti amministrativi emanati.

Una volta intervenuto l'annullamento dei provvedimenti *favorevoli* ma *illegittimi*, emergevano l'inutilità delle spese e degli investimenti nel frattempo sostenuti dai beneficiari, così come la perdita possibilità di ottenere ulteriori occasioni di guadagno.

I soggetti privati agivano quindi in giudizio per i danni conseguenti alla rimozione dell'atto, argomentando che questi erano certamente evitabili, se solo l'amministrazione si fosse correttamente determinata sin da principio.

Nonostante il pregiudizio descritto si verifici in conseguenza dell'esercizio di una funzione autoritativa conclusa con l'emanazione di un provvedimento, il giudice di legittimità ha espresso e consolidato l'orientamento secondo cui nelle ipotesi descritte vi sarebbe la lesione

¹ Come è noto tale corrente interpretativa è stata avviata da Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594, n. 6595 e n. 6596. L'orientamento è stato poi confermato in Cass., sez. un., ord. 3 maggio 2013 n. 10305; Cass. civ., sez. un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586; Cass. civ., sez. un., ord. 22 maggio 2017 (ud. 7 marzo 2017), n. 12799; Cass. civ., sez. un., ord. 22 giugno 2017, n. 15640; Cass. civ., sez. un., ordinanze 2 agosto 2017 (ud. 4 luglio 2017), n. 19170 e n. 19171.

di un diritto soggettivo identificato nell'affidamento che i beneficiari ripongono sull'apparente legittimità dell'atto originariamente rilasciato dall'amministrazione. La controversia spetterebbe di conseguenza al giudice ordinario.

Questo nuovo potenziale conflitto tra le giurisdizioni, a cui si accompagnano incertezze anche sulla portata di molteplici istituti di diritto amministrativo sostanziale, ha confermato come il panorama italiano degli illeciti dell'amministrazione connessi a condotte procedurali e/o provvedimenti sia potenzialmente molto variegato e, per questo, fonte di dubbi interpretativi e di esiti contraddittori.

In estrema sintesi, si può qui osservare che ai tradizionali casi di responsabilità per lesione dell'interesse legittimo sostanziale, se ne possono aggiungere altri in cui diventano di volta in volta rilevanti e dirimenti: i) la violazione di particolari norme sull'attività; ii) l'inosservanza di regole di condotta assimilabili a quelle civilistiche; iii) i pregiudizi a interessi procedurali o meramente strumentali rispetto al bene della vita di cui l'amministrazione può disporre nel corso della sua azione o, infine, iv) la lesione di posizioni giuridiche collegate, solo in via occasionale, con vicende oggetto di determinazioni amministrative.

Rispetto a questo fenomeno, il giudice amministrativo tende per parte propria a interpretare restrittivamente il combinato disposto degli artt. 7 e 30 del CPA, non cogliendo appieno le potenzialità sottese alla disciplina processuale dell'azione risarcitoria per lesione degli interessi legittimi ivi contenuta e alimentando in questo modo l'attivismo del giudice ordinario.

La trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto, per molti aspetti ormai completata, ha indotto il giudice speciale ad accentuare la concezione finalistica dell'interesse legittimo, inteso quale situazione giuridica che tende all'acquisizione o alla conservazione di un "bene finale".

Le ricadute sulla tutela risarcitoria sono evidenti.

L'applicazione dell'art. 30, co. 3, CPA rischia infatti di riproporre surrettiziamente una lettura della responsabilità civile come rimedio "secondario" e non "primario", ancorando la risarcibilità dell'interesse legittimo a un giudizio sulla spettanza dell'utilità materiale a esso sottesa. Questa impostazione finisce per limitare fortemente la tutela previ-

sta dall'ordinamento nel caso di interessi procedurali e pretensivi, mentre sembra legittimare una sorta di "iperprotezione" degli interessi oppositivi poiché, in tali ipotesi, non vi è dubbio che il bene della vita "spetti" al privato che ne era titolare prima ancora della emanazione del provvedimento.

La proliferazione delle fattispecie dannose e, quindi, delle situazioni giuridiche ritenute meritevoli di tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione impone all'interprete di compiere uno sforzo ricostruttivo che tenga conto di diversi profili problematici sul piano teorico e applicativo.

Questa è una delle principali ragioni sottese al presente lavoro.

L'attribuzione al giudice ordinario di interessi ed esigenze di tutela connessi allo svolgimento dell'azione amministrativa rischia infatti di ripercuotersi negativamente sulla portata sistematica di diversi istituti fondamentali del diritto amministrativo sostanziale e, più in generale, sulle ragioni logiche e dogmatiche che predicano la specialità della disciplina di diritto pubblico e amministrativo, oltre che delle situazioni giuridiche da questa garantite, rispetto al regime privatistico dei rapporti giuridici.

L'obiettivo dell'indagine poteva e potrebbe essere perseguito anche solo in una prospettiva di diritto nazionale.

Si ritiene tuttavia che l'analisi comparata delle maggiori esperienze giuridiche europee e dell'ordinamento dell'Unione europea² possa risultare proficua per l'individuazione, ricostruzione e composizione di questioni che, sul versante domestico, riguardano prevalentemente il

² Come è noto, l'ordinamento dell'Unione europea non può essere inteso come un sistema giuridico straniero rispetto a quello interno che ne è parte. Questa constatazione non esclude, tuttavia, che sul piano della tutela risarcitoria il livello sovranazionale esprima un modello autonomo e peculiare di illecito che è senz'altro comparabile con le soluzioni nazionali a cui esso si deve ispirare in virtù dell'art. 340 par. 2 del TFUE e che ne risultano a propria volta influenzate soprattutto in ragione dell'accertamento della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione, che è di competenza delle Corti interne.

riparto di giurisdizione e la differente natura delle posizioni giuridiche lese, ma che – in ultima analisi e in una prospettiva più ampia – incidono su un problema comune ai diversi sistemi giuridici considerati, ovvero il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dell'illecito dell'amministrazione.

In questo modo, la comparazione non sarà esclusivamente funzionale ad apprezzare, per analogia o differenza, i tratti peculiari e le ricadute critiche che caratterizzano i diversi regimi giuridici della materia *de qua*, ma sarà finalizzata a stimolare alcuni paradigmi analitici utili a favorire una più fattiva e proficua analisi del quadro di diritto nazionale rispetto alle questioni problematiche più attuali.

Le pagine che seguono intendono, dunque, affrontare il tema della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione secondo una prospettiva che, grazie alla comparazione, consenta di analizzare e valutare criticamente alcuni profili problematici rilevanti per il diritto amministrativo italiano.

Dopo un inquadramento generale della questione dell'illecito dell'amministrazione nel diritto italiano e alcune considerazioni preliminari sul rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nella definizione del regime giuridico dell'illecito dell'amministrazione, oltre che sull'applicazione del metodo comparato allo studio della responsabilità civile degli apparati pubblici (Capitolo I), si individueranno quattro modelli ricostruttivi, corrispondenti ad altrettanti contesti ordinamentali che assumono, ognuno per parte propria, una particolare rilevanza rispetto al sistema giuridico italiano.

In primo luogo si tratterà dell'esperienza francese, alla quale l'ordinamento domestico è largamente debitore con riferimento al sistema delle tutele e dei rimedi. In Francia si riconosce un diritto speciale per l'illecito dell'amministrazione che ha natura atipica ed è separato da quello civilistico sul piano sostanziale e processuale (Capitolo II).

Il secondo sistema giuridico preso in considerazione sarà quello tedesco, che ha notevolmente influenzato il diritto amministrativo italiano dapprima sotto il profilo dogmatico e poi in chiave processuale. In

Germania l'illecito dell'amministrazione è principalmente oggetto di una sorta di diritto privato speciale, che per un verso trova base nel BGB e, per altro verso, è stato elaborato e sviluppato tramite approssimazioni successive dalle Corti civili, detentrici della giurisdizione in materia (Capitolo III).

Il tema verrà poi approfondito esaminando il sistema inglese, noto per la proclamata applicabilità delle norme di diritto comune gli illeciti dell'amministrazione anche qualora questi conseguano all'esercizio di funzioni pubbliche o autoritative. Tale sistema risulterà utile ai fini dell'analisi nella misura in cui costituisce un termine di comparazione ordinamentale con radici e fondamenti certo differenti rispetto agli omologhi continentali ma che, ad un più attento esame, si colloca solo in apparenza agli antipodi rispetto a questi ultimi (Capitolo IV).

Infine, si prenderà in considerazione l'ordinamento dell'Unione europea il quale, pur dovendo attingere ai diversi regimi nazionali per configurare il sistema di responsabilità delle istituzioni, ha elaborato un modello peculiare e di sintesi tra diversi istituti tratti da realtà giuridiche differenti. Il regime europeo ha poi finito per influenzare i sistemi giuridici nazionali sotto molteplici aspetti, come dimostra lo sviluppo in via pretoria di una peculiare azione di risarcimento a tutela del singolo per il mancato o scorretto recepimento del diritto dell'Unione (Capitolo V).

Per ognuno degli ordinamenti considerati, con la parziale eccezione dell'Unione europea per intuibili ragioni, la dimensione sincronica della comparazione verrà affiancata da una prospettiva diacronica e storica, nella convinzione che risulti impossibile mettere in luce «i tratti più peculiari assunti dal diritto amministrativo e dalla relativa scienza giuridica [...] in modo isolato dal loro contesto storico, politico e culturale»³.

A coronamento della parte dedicata alla comparazione, verranno sintetizzati i risultati dell'indagine condotta al fine di ricavare alcuni elementi di sintesi per procedere poi, nei due successivi capitoli, al-

³ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 206.

l'analisi critica delle questioni più rilevanti che caratterizzano attualmente il diritto italiano (Capitolo VI).

Al proposito, si tratteranno nel dettaglio due profili fondamentali.

Il primo riguarderà il tema della proliferazione delle fattispecie risarcitorie e il loro inquadramento sistematico anche al fine di individuare i confini della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria (Capitolo VII).

Il secondo si riferirà all'analisi del giudizio amministrativo inteso come giudizio sull'illecito, concentrando l'attenzione sulla tipologia degli interessi legittimi meritevoli di tutela risarcitoria dinnanzi al giudice amministrativo (Capitolo VIII).

Seguiranno alcune considerazioni conclusive e di sintesi sui risultati dell'analisi svolta.

CAPITOLO I

L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE

OSSERVAZIONI PRELIMINARI E PRESUPPOSTI DELL'INDAGINE

SOMMARIO: 1. La questione dell'illecito dell'amministrazione nel diritto italiano. 2. La rilevanza della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato nella ricostruzione dell'illecito dell'amministrazione in Italia e nelle maggiori esperienze giuridiche europee. 2.1. Il necessario ripensamento della dicotomia tra pubblico e privato nella configurazione dell'illecito dell'amministrazione. 2.2. Dalla "dicotomia" alla "specialità" dovuta al ruolo e alle funzioni dell'autorità pubblica. 3. Il tema dell'illecito dell'amministrazione in prospettiva comparata. 4. L'impostazione dell'indagine comparata.

1. La questione dell'illecito dell'amministrazione nel diritto italiano

Nell'ordinamento italiano il tema dell'illecito della pubblica amministrazione è stato al centro di un lungo dibattito, che ha interessato la dottrina di diritto pubblico sin dall'introduzione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

In quel momento storico, la questione risarcitoria si inseriva in quella, ben più ampia, riguardante l'individuazione dei confini della giurisdizione del giudice ordinario rispetto all'esercizio delle funzioni pubbliche.

Dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, dotata di competenze giurisdizionali, il riconoscimento di un'amministrazione pienamente responsabile è andato di pari passo con la progressiva riconsiderazione del rapporto tra autorità e libertà e delle posizioni giuridiche del cittadino rispetto all'esercizio del potere.

Tuttavia, sino alla fine del XX secolo, l'identificazione del criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo fondato sulla distinzione delle situazioni giuridiche soggettive dell'amministrato – rispettivamente di diritto soggettivo e interesse legittimo – ha contribui-

to a consolidare un'area di immunità dei pubblici poteri, dovuta all'irrisarcibilità del secondo rispetto al primo¹.

Come è noto, infatti, proprio lo storico dualismo fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, insieme alla previsione di differenti tecniche di tutela nell'uno e nell'altro plesso giurisdizionale, ha influenzato significativamente il regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione nel sistema italiano, limitando fortemente la tutela del singolo. Tale contesto è rimasto invariato anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, nonostante l'art. 28 Cost. estenda agli apparati pubblici il regime ordinario dell'illecito civile a fronte dei danni commessi dai loro funzionari e dipendenti².

¹ Per una completa analisi del tema della risarcibilità degli interessi legittimi in prospettiva diacronica e nell'ambito del riparto delle giurisdizioni G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 289, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, 371. In tema interessante è anche la ricostruzione contenuta in G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991. Sui limiti del sistema risultante dall'applicazione della riforma del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo si ricordi la ricostruzione di F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. BENVENUTI, G. MIGLIO, *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1969, 67 ss. e ora anche in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 2006, 2733 ss.

² Come si è spesso sostenuto, tuttavia, la formulazione dell'art. 28 Cost. ha finito paradossalmente per rappresentare un limite alla piena e completa affermazione della responsabilità dell'amministrazione. Sul punto cfr. R. ALESSI, *Responsabilità del pubblico funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 897 ss.; F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 41 ss.; M. CLARICH, F. MERUSI, *Art. 28*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 356 ss.; M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1089 ss. e ID., *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1987, 1857 ss. Uno degli aspetti più problematici della previsione costituzionale ha riguardato, infatti, il riferimento alla risarcibilità dei danni commessi in "violazione di diritti" a cui sono state date diverse interpretazioni, più o meno restrittive. Secondo un primo orientamento l'art. 28 Cost. si sarebbe dovuto applicare ai casi di lesione di diritti soggettivi in senso stretto (così, E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 26 ss.; G. FIORE, *Il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legit-*

La tutela risarcitoria è stata, infatti, a lungo esclusa in tutte quelle ipotesi in cui la condotta dell'apparato pubblico fosse rappresentata da un provvedimento autoritativo che avesse inciso su un'utilità (o bene della vita) di cui il privato intendeva continuare a godere o che si aspettava di acquisire nel proprio patrimonio giuridico.

Rispetto a questi pregiudizi, l'unica tutela esperibile era quella garantita dal giudice amministrativo attraverso il processo "all'atto".

Dopo aver ottenuto l'annullamento del provvedimento, il privato poteva chiedere al giudice ordinario la condanna al risarcimento che però, anche in ragione dell'interpretazione allora dominante delle regole civilistiche, veniva riconosciuta solo per i danni prodotti da un atto limitativo di una posizione giuridica originariamente qualificata come diritto soggettivo e non venuti meno per effetto della sentenza costitutiva di annullamento.

L'ordinamento esprimeva, quindi, un regime incompleto di responsabilità dell'amministrazione in cui alla distinzione tra le posizioni giuridiche tutelabili si sovrapponeva quella data dal tipo di condotta lesiva posta in essere dai poteri pubblici. L'accesso alla tutela risarcitoria era quindi garantito nel caso in cui il danno fosse la conseguenza di un mero comportamento o di un'attività materiale della p.a. Questi casi, infatti, non ponevano un problema di esercizio del potere pubblico, dominante invece nell'emanazione di un provvedimento, con la conseguenza

timi: sua applicabilità secondo la Costituzione, in Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, tenutosi a Napoli, dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, 101 ss.; G. AZZARITI, Relazione, in La responsabilità per lesione di interessi legittimi, Atti della Tavola rotonda, Roma, 24 aprile 1982, in Foro amm., 1982, I, 1689 ss.). Un secondo orientamento sosteneva, invece, che l'espressione 'diritti' dovesse essere riferita a tutte le posizioni giuridiche soggettive riconosciute meritevoli di tutela dall'ordinamento, compresi, quindi, gli interessi legittimi (così, G. MIELE, Introduzione al tema, in Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, cit., 21; A. ROMANO TASSONE, I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, in Dir. amm., 1997, 35 ss.).

che il singolo era titolare di un diritto e non di un interesse protetto mediante l'annullamento dell'atto³.

Il quadro così sinteticamente delineato è rimasto pressoché invariato sino alla ben nota sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, che ha sancito l'astratta meritevolezza di tutela dell'interesse legittimo come posizione giuridica di natura sostanziale al pari del diritto soggettivo. Uno snodo centrale di tale arresto giurisprudenziale è dato dal riconoscimento della natura primaria (e non secondaria) dell'art. 2043 c.c., che richiama un modello di illecito essenzialmente atipico. Da questa premessa sono state tratte almeno due conseguenze significative sul piano della responsabilità della pubblica amministrazione.

In primo luogo, il rinvio alla disciplina dell'illecito extracontrattuale regolato dalla disposizione generale di cui all'art. 2043 c.c., privato del suo carattere sanzionatorio, ha portato a concludere che l'accertamento della responsabilità avrebbe avuto sempre ad oggetto un diritto (quello al risarcimento del danno) e la conseguente condanna ad adempiere all'obbligazione risarcitoria sorta dal fatto illecito, indipendentemente dal soggetto convenuto e dalla condotta posta in essere. Quest'ultima poteva consistere in un *facere* specifico o nel *quantum* stabilito a titolo di riparazione per equivalente⁴.

In secondo luogo, la natura dell'interesse leso mutava da condizione di ammissibilità dell'azione a parte integrante dell'accertamento dei fatti costitutivi dell'obbligazione risarcitoria sulla base di un giudizio di meritevolezza della tutela dell'interesse sostanziale pregiudicato.

³ Sul punto cfr. G.D. COMPORI, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 5125 ss.; G.M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione. Risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, 1727 ss. Da ultimo si veda, per tutti, M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Anali IX*, Milano, 2016, 800 ss. e in particolare 803.

⁴ Questo è il motivo per cui nel 1999 la Cassazione concludeva per la giurisdizione del giudice ordinario.

Il fatto che la lesione di quell'interesse fosse dovuta all'emanazione di un provvedimento amministrativo illegittimo non poteva avere alcun esito preclusivo o ostativo rispetto alla protezione degli interessi del danneggiato. In altre parole, la circostanza che all'interesse sostanziale leso si accompagnasse la lesione dell'interesse legittimo non poteva escludere l'accesso alla tutela aquiliana né per ragioni di diritto processuale, né tantomeno di diritto sostanziale.

L'affermata risarcibilità dell'interesse legittimo ha alimentato ulteriormente il dibattito dottrinale in tema di responsabilità dell'amministrazione nel tentativo di ricondurre a sistema gli elementi costitutivi della fattispecie dannosa delineata nel *revirement* del 1999 e di valorizzare appieno la tutela del privato rispetto all'esercizio del potere pubblico.

Per un verso, infatti, l'attenzione si è concentrata sulle questioni processuali dopo che la legge n. 205 del 2000 ha attribuito al giudice amministrativo la cognizione sull'azione risarcitoria per la lesione degli interessi legittimi. L'intervento del legislatore ha sollevato alcuni dubbi di costituzionalità rispetto ai quali la Consulta ha precisato che il risarcimento non è una materia a sé stante relativa a diritti soggettivi e attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico di natura costitutiva e demolitoria, che si dimostra necessario in vista dell'effettiva garanzia del singolo nei confronti dell'amministrazione.

Tale riconoscimento è del tutto in linea con l'art. 24 della Costituzione, che garantisce all'interesse legittimo, così come al diritto soggettivo, la possibilità di ottenere piena tutela indipendentemente dal giudice cui è attribuita la giurisdizione⁵.

⁵ Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204. Si tratta di una decisione ampiamente commentata. Sia consentito rinviare qui, senza pretesa di esaustività, a F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Giustamm.it*, n. 7/2004; B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, *ivi*; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, *ivi*, 832 ss.; L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costitu-*

A questa prima questione si è affiancata quella ben più complessa della c.d. pregiudiziale amministrativa e del rapporto tra la tutela di annullamento e quella risarcitoria⁶.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche in Adunanza Plenaria, ha costantemente ribadito la tesi della pregiudizialità del rimedio specifico sull'atto rispetto a quello riparatorio argomentando, tra l'altro, che la concentrazione della tutela impugnatoria e risarcitoria presso il giudice amministrativo precludesse a quest'ultimo di accertare incidentalmente, nell'ambito del giudizio di responsabilità, l'illegittimità di un atto non impugnato tempestivamente.

Inoltre, l'autonomia delle azioni avrebbe trovato un ostacolo nel principio di certezza delle situazioni giuridiche giuspubblicistiche, per cui l'amministrazione si sarebbe trovata a rispondere dei danni causati da un assetto di interessi divenuto ormai immutabile, se non attraverso un uso improprio dei poteri di autotutela. Ne conseguiva la natura squisitamente sussidiaria del rimedio risarcitorio nel processo amministrativo⁷.

zionale ne ridisegna l'ambito, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.; F. FRACCHIA, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, *ivi*, I, 2605 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Corte costituzionale e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 979 ss.; M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, *ivi*, 969 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, *ivi*, 985 ss.

⁶ In tema si rinvia a F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

⁷ Basti ricordare al riguardo la nota decisione del Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4 di cui cfr., senza pretesa di esaustività, A. TRAVI, *osservazioni all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 26 marzo 2003, n. 4*, in *Foro it.*, 2003, III, 433 ss.; L. TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 567 ss.; A. ANGELETTI, *La pregiudizialità amministrativa e la distinzione tra diritti e interessi*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 790 ss.; F. VOLPE, *Una falsa soluzione al problema del pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nelle azioni risarcitorie per lesione di interesse legittimo*,

Tale posizione ha acuito il contrasto tra il giudice amministrativo e la Cassazione che, tra il 2006 e il 2008, ha negato⁸ la validità delle ragioni sottese alla pregiudiziale di annullamento in quanto questa tesi,

in *Corr. giur.*, 2004, 345 ss.; G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 963 ss.; C.E. GALLO, *L'adunanza plenaria si pronuncia sulla pregiudizialità amministrativa*, Nota a Cons. Stato, ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4, in *Urb. app.*, 2003, 802 ss.; E. BOSCOLO, *L'Adunanza Plenaria consolida – senza giustificare – la regola della pregiudizialità tra annullamento e risarcimento*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 1570 ss.; G.P. CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, in *Foro. amm.*, CDS, 2003, 885 ss.

⁸ Si vuole fare riferimento alle note decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660 e 23 dicembre 2008, n. 30254. Quest'ultima pronuncia è stata emessa a seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 22 ottobre 2007, n. 12, con cui veniva ribadita la tesi della pregiudiziale amministrativa, considerato che questa non comportava alcuna restrizione della tutela giurisdizionale vista la natura "ulteriore" del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio già riconosciuta dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006. In dottrina, sui differenti profili del dibattito avviato dalle decisioni richiamate cfr. M.C. CAVALLARO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1100 ss.; M. BERTONI, *Pregiudiziale amministrativa, risarcimento del danno e questioni di giurisdizione*, *ivi*, 2007, 1087 ss.; M. RENNA, *Responsabilità della p.a.: la Cassazione innova e il Consiglio di Stato conserva*, *ivi*, 2008, 885 ss.; L. TORCHIA, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, *ivi*, 2009, 385 ss.; M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 105 ss.; E.M. BARBIERI, *Qualche motivo a favore della pregiudizialità della tutela demolitoria rispetto alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, *ivi*, 2006, 471 ss.; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, *ivi*, 2007, 271 ss.; ID., *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, *ivi*, 2009, 897 ss.; F.G. COCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2008, 1 ss.; G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, *ivi*, 2009, 480 ss.; F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudiziale amministrativa»*, *ivi*, 2009, 511 ss.; F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta»?*, *ivi*, 2009, 933 ss.

definita “tutta amministrativa”, avrebbe limitato irragionevolmente la tutela che spetta al privato nei confronti dell’amministrazione, assoggettando il suo diritto al risarcimento del danno a un termine decadenziale in assenza di una previsione legislativa espressa, che sarà introdotta solo successivamente con il Codice del processo amministrativo (d’ora in avanti “CPA”).

Con riferimento ai profili sostanziali dell’illecito, le questioni più significative si sono poste in relazione agli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria e, più in generale, alla natura della responsabilità dell’amministrazione.

Molti profili problematici sembrano aver trovato soluzioni accettate dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie.

Così, è ormai pacifico che nel danno da provvedimento l’illegittimità dell’atto amministrativo sia un requisito necessario, ma non sufficiente per la fondatezza dell’azione risarcitoria. Occorre, infatti, dimostrare che l’attività illegittima della p.a. è stata anche colpevole e che essa ha pregiudicato l’interesse al bene della vita cui l’interesse legittimo si correla secondo una logica che, per gli interessi di natura pretensiva, rimane ancorata a un giudizio sulla spettanza o meno dell’utilità attesa.

Quanto alla colpa, è condivisa l’idea che essa debba avere un contenuto oggettivo, come già precisato nel 1999 dalla Corte di Cassazione che aveva delineato la c.d. colpa d’apparato, consistente nella violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. Acquisita la giurisdizione in materia risarcitoria, il Consiglio di Stato si era solo in parte discostato da questo criterio, utilizzando un parametro molto simile a quello applicato nell’ordinamento allora comunitario, oggi dell’Unione europea.

Si tratta del canone della gravità della violazione commessa, che tiene conto dell’ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all’organo procedente, dei precedenti giurisprudenziali eventualmente rilevanti, delle caratteristiche della vicenda concreta e del comportamento dei privati nel corso del procedimento. Si è inoltre progressivamente riconosciuta la possibilità per il danneggiato di ricorrere a presunzioni semplici per la prova dell’elemento soggettivo, imponendo all’ammini-

strazione di dimostrare l'eventuale scusabilità dell'errore a fronte della illegittimità dell'atto⁹.

Non così condivisibile, almeno ad avviso di chi scrive, appare invece l'approccio del giudice amministrativo in merito all'ingiustizia del danno.

La posizione dominante afferma infatti che, per quanto riguarda gli interessi legittimi oppositivi, il danno ingiusto è dimostrato dal mero sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene dovuto all'esercizio illegittimo del potere, in quanto l'utilità era già parte del patrimonio giuridico del soggetto sino all'emanazione del provvedimento sfavorevole. Quanto agli interessi di natura pretensiva, la loro semplice lesione, dovuta per esempio a un diniego illegittimo e al ritardo ingiustificato nella adozione del provvedimento favorevole, non integra automaticamente l'ingiustizia del danno, giacché il privato aspira a ottenere un bene di cui non è titolare e della cui spettanza non si può avere certezza.

Come si vedrà nel corso del presente lavoro, se da un lato è inevitabile sorgano difficoltà nell'accertare l'elemento oggettivo della responsabilità quando sia incerto se l'interesse del privato sarebbe potuto o meno essere soddisfatto da un atto legittimo della p.a. (in particolare se discrezionale), dall'altro lato questa impostazione accentua una concezione finalistica dell'interesse legittimo inteso essenzialmente (e forse anche esclusivamente) come una situazione giuridica tesa all'acquisizione e/o alla conservazione di un bene della vita finale.

Si può ritenere che questa sia una visione eccessivamente riduttiva dell'azione di danno all'interno del processo amministrativo e che abbia contribuito al fenomeno della proliferazione delle fattispecie risarcitorie

⁹ L'errore in cui è incorsa l'amministrazione si può ritenere scusabile se la scelta si rivela chiaramente errata solo a posteriori. In altre parole, al momento dell'adozione del provvedimento lesivo e illegittimo ci deve essere stata una situazione obiettiva di incertezza data, a titolo esemplificativo, dalla presenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma rilevante; dalla sua formulazione incerta; da una rilevante complessità del fatto o da una illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. In tema cfr. da ultimo S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008; ID., *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentoale della P.A.?*, in *Giur. it.*, 2011, 664 ss.

nei confronti dell'amministrazione fuori dalle logiche processuali e sostanziali che devono ispirare e regolare i rapporti giuspubblicistici.

In questa prospettiva può essere letto anche il tema controverso della natura della responsabilità della pubblica amministrazione.

Nonostante l'orientamento prevalente abbia continuato a inquadrare l'illecito della p.a. per attività provvedimentale nel modello della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., altre tesi hanno cercato di dimostrare l'opportunità di aderire a paradigmi diversi, anche solo per quanto riguarda posizioni strumentali come gli interessi procedimentali.

Si sono quindi richiamati il modello: i) contrattuale, secondo lo schema della responsabilità da contatto (amministrativo) qualificato¹⁰ e ii) precontrattuale, quando emergano pregiudizi derivanti dalla violazione e dall'inadempimento degli obblighi di correttezza e buona fede oggettiva¹¹.

¹⁰ In tema si vedano, in particolare, G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; M. PROTTO, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 213 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss. Nella dottrina civilistica cfr. in particolare C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss.; ID., *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2004, 69 ss. e in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 691 ss. e A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1191 ss.

¹¹ In argomento cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000; A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 939 ss. Il terreno di elezione per la responsabilità precontrattuale è stato quello delle procedure selettive per la conclusione di contratti pubblici. Al riguardo cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1 ss. In passato la migliore dottrina si era già pronunciata sul punto per cui si rinvia a M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, 265 ss.

Solo alcune delle questioni descritte hanno trovato composizione con l'entrata in vigore del CPA che, come noto, all'art. 30 disciplina l'azione di condanna al risarcimento dei danni ingiusti derivanti dall'*illegittimo esercizio dell'attività amministrativa* o dal *mancato esercizio di quella obbligatoria*¹².

Si ritiene che molte delle questioni oggi all'esame della giurisprudenza e della dottrina impongano di riflettere su tematiche classiche del diritto amministrativo, tra cui la relazione tra diritto pubblico e diritto privato nella disciplina dell'illecito della pubblica amministrazione e l'inquadramento degli interessi lesi dall'azione autoritativa, che il presente lavoro intende approfondire avvalendosi in particolare della comparazione giuridica.

Come emergerà nella prosecuzione dell'indagine, il rapporto tra diritto pubblico e privato e la necessità di un loro contemperamento e di una loro armonizzazione nella disciplina dell'illecito dell'amministrazione sono tematiche comuni alle differenti esperienze giuridiche europee e consentono un proficuo confronto tra queste.

Al contrario, il tema della natura degli interessi lesi dall'azione pubblica come criterio che porta a distinguere le fattispecie dannose su un piano processuale e sostanziale ha una dimensione più spiccatamente nazionale che, tuttavia, si ritiene possa essere meglio analizzata e ricostruita anche all'esito di un'attenta analisi comparata.

¹² Sui caratteri della azione di responsabilità della amministrazione a seguito dell'entrata in vigore del CPA v. R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in ID. (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico*, Bologna, 2011, 629 ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010, 168 ss.; L. TORCHIA, M. CLARICH, D. DE PRETIS, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1319 ss.; P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 857 ss.; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 9 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1207 ss.; F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 531 ss.

2. La rilevanza della dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato nella ricostruzione dell'illecito dell'amministrazione in Italia e nelle maggiori esperienze giuridiche europee

Come anticipato, in Italia il tema della responsabilità della pubblica amministrazione mostra un conflitto ricorrente tra due esigenze.

Da un lato, si valorizzano le potenzialità del rimedio risarcitorio nel consentire una tutela efficace dei privati che non si limiti ad un controllo di mera legittimità dell'azione garantito ai destinatari della stessa solitamente entro brevi termini di decadenza.

Dall'altro, si avverte che tale aspirazione rischia di interferire con la natura della funzione esercitata e, in particolare, con il necessario perseguimento di interessi generali rispetto ai quali una piena protezione giuridica delle istanze individuali può risultare non sempre compatibile¹³.

Questi aspetti contrastanti hanno trovato espressione giuridica nella contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, che ha rappresentato una delle “grandi dicotomie” della storia del pensiero giuridico occidentale¹⁴.

¹³ Nella misura in cui tale tutela si declini secondo logiche compensative, non va sottovalutata la preoccupazione di un'eccessiva sofferenza dell'erario pubblico a fronte delle pretese risarcitorie avanzate dai privati. Secondo un approccio che valorizza l'analisi economica del diritto, inoltre, nell'ipotesi dell'illecito dell'amministrazione i costi del danno graverebbero in definitiva su tutti i consociati attraverso il sistema della fiscalità generale. Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 314.

¹⁴ Si veda, in particolare, N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1984, 145 ss., originariamente in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1976, 2187 ss. Il tema è stato poi sviluppato anche in N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 16 ss. Si ricordano al riguardo le parole di Salvatore Pugliatti che inizia la voce *Diritto pubblico e diritto privato* riconoscendo che «[o]gni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato». S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 696 ss. Infine si veda, da ultimo, B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 2016, 193 ss. e ora anche in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto pri-*

Non stupisce, quindi, che anche il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione sia stato per molto tempo inquadrato nell'ambito della ferma distinzione fra pubblico e privato, costituendo di fatto un significativo banco di prova per verificarne la tenuta.

In particolare, l'affermarsi di una chiara dicotomia fra pubblico e privato è coinciso in Italia con la progressiva maturazione della natura giurisdizionale del contenzioso amministrativo e si è consolidato con la conseguente affermazione della specialità ed esclusività dei rimedi di diritto pubblico rispetto a quelli di diritto privato.

Come è stato autorevolmente sostenuto, si è trattato di un passaggio della storia giuridica che, pur in epoche diverse, ha caratterizzato i principali ordinamenti giuridici europei¹⁵ e che, sul finire del XIX secolo, ha imposto alla scienza giuspubblicistica italiana di «dare sistemazione *giuridica* anche agli istituti *equitativi* della tradizione *graziosa*»¹⁶.

In quest'ottica, si è allora cercato di verificare se i dogmi del diritto pubblico influissero o meno sull'ammissibilità e sulla disciplina dell'illecito dei pubblici poteri, considerato che le azioni di responsabilità civile nei confronti della pubblica amministrazione stavano garantendo una prima forma di sindacato del potere amministrativo in ipotesi di abuso delle funzioni assegnate che si risolvessero in pregiudizi per i diritti dei singoli¹⁷.

vato. Atti del IV Congresso nazionale della Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD), Trento 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016, 3 ss.

¹⁵ Si veda sul punto D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, ed. prov., Trento, 2000.

¹⁶ In questo senso, M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46.

¹⁷ Negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della legge abolitiva del contenzioso amministrativo il giudice ordinario italiano aveva iniziato a svolgere un sindacato piuttosto esteso sull'azione amministrativa, verificando la correttezza delle ricostruzioni fattuali sottese alle decisioni e la bontà delle valutazioni tecniche compiute. Anche oltremontana alcuni *torts* tipici di diritto comune, tra cui in particolare il *tort of trespass* e quello di *misfeasance in public office*, consentivano di verificare, in via indiretta, se e in che misura l'azione amministrativa fosse stata esercitata in *abuse of power* per fini propri e personali dell'agente o per scopi non consentiti dalle norme che attribuivano il potere.

Come detto, l'evoluzione degli istituti di giustizia amministrativa e la conseguente accentuazione della specialità dei rapporti pubblicistici ha finito per ridurre al minimo l'accesso alla tutela risarcitoria a vantaggio del rimedio costitutivo di annullamento.

L'analisi comparata chiarirà che si è trattato di un esito non scontato in quanto, a fronte di esigenze analoghe, altri ordinamenti giuridici hanno individuato soluzioni in parte diverse.

Tra queste è particolarmente nota quella che ha permesso di introdurre un illecito dell'amministrazione disciplinato interamente dal diritto pubblico e accertato dal giudice dell'amministrazione.

Si vuole qui fare riferimento alla *responsabilité de la puissance publique*, che si è sviluppata in Francia su impulso del *Conseil d'État* a partire dall'*arrêt Blanco* del 1873 dopo che la dottrina del *service public* aveva alimentato la convinzione che la responsabilità dell'amministrazione fosse coesenziale alla natura delle funzioni esercitate e del tutto speciale rispetto a quella applicabile ai rapporti privatistici¹⁸.

In altri sistemi, la specialità del diritto amministrativo ha invece portato ad una sorta di "frammentazione" del diritto comune, giustificando regimi in parte derogatori rispetto alle regole civilistiche con riferimento ai rapporti aventi «per causa il diritto pubblico»¹⁹.

¹⁸ In questo senso G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., in particolare 131 il quale richiama sul punto l'opera di G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892 che auspicava uno sviluppo del sistema italiano in linea con l'esperienza francese.

¹⁹ G. CAZZETTA, *op. cit.*, 500-501. In Italia in senso analogo si era espresso V.E. Orlando secondo cui lo "specialismo" del diritto amministrativo presupponeva «come necessario il sistema dei principi 'comuni' del diritto civile». Il diritto pubblico si giustificava «solo a fronte del diritto comune, in quanto apporta[va] ad esso le deroghe necessarie, indispensabili, quelle giustificate dall'intima varietà dei rapporti» (così in V.E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, vol. III, 1893, 250 ss. e in particolare § 3 "diritto pubblico e diritto comune"). Tale impostazione incontrava la critica di un altro Maestro del diritto amministrativo, O. Ranelletti, il quale pur ritenendo necessario individuare le norme di diritto pubblico che regolassero la responsabilità degli enti pubblici per i fatti dei propri funzionari nell'esercizio delle funzioni autoritative, negava che il diritto amministrativo potesse essere inteso come «diritto eccezionale di fronte al diritto privato». Non escludeva, tuttavia,

Spesso, la logica prevalente è stata quella di riconoscere ai privati un diritto al risarcimento a fronte di pregiudizi causati da violazioni inescusabili delle finalità connesse all'esercizio della funzione pubblica nel caso in cui fosse possibile individuare entro questi obiettivi uno spazio di protezione per interessi privati convergenti con quelli pubblici.

Un esempio in tal senso è dato dall'*Amtshaftung* tedesca di cui al combinato disposto del § 839 del BGB e dell'art. 34 della *Grundgesetz*.

Come si vedrà *infra*, tra gli elementi costitutivi della fattispecie vi è infatti la c.d. *Drittbezogenheit*, che impone al danneggiato di dimostrare come il dovere pubblico violato dal titolare dell'organo amministrativo sia imposto dalla legge non solo per il miglior perseguimento della funzione attribuita all'amministrazione coinvolta, ma anche per la tutela dell'interesse privato di cui si lamenta la lesione.

Infine, anche in Inghilterra, dove l'impostazione dogmatica tradizionale ha costantemente richiamato l'inconciliabilità con la *rule of law* di un modello di responsabilità fondato sul diritto speciale, l'applicazione del diritto comune all'azione amministrativa ha finito ben presto per mostrare tutti i suoi limiti nell'ottica di una piena garanzia dei diritti individuali²⁰.

che il diritto dell'amministrazione potesse giovare del diritto civile. «Giacché le persone di diritto pubblico sono persone giuridiche private trasformate dal diritto di signoria, nell'esplicamento della loro attività troveremo istituti analoghi a quelli del diritto civile, e nel regolamento di questi istituti, pel principio di giustizia e di equità che anima sempre più lo Stato moderno, fondato sul grande principio dell'uguaglianza, potremo, per analogia, giovarci del diritto civile, purché, però, si tenga conto del coefficiente dell'interesse pubblico e del diritto d'imperio, che trasforma e può anche indurre a respingere il regolamento giuridico di un istituto, quale viene dato dal diritto privato». In questo senso O. RANELLETTI, *Della responsabilità degli enti pubblici per atti dei loro dipendenti*, in *Foro it.*, vol. XXIII, parte I, 1898, 80 ss. e in particolare 88, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, vol. II La giustizia amministrativa, Napoli, 1992, 103 ss.

²⁰ Sul rapporto tra ordinamento francese e inglese si veda in particolare S. FLOGAITS, *Administrative Law et Droit Administratif*, Paris, 1987. In tema anche J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law: a Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, 1996. Nella dottrina italiana si veda S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 23 ss., che ricostruisce l'origine della contrapposizione tra i due modelli per dimostrare che si trattava di un vero e

2.1. *Il necessario ripensamento della dicotomia tra pubblico e privato nella configurazione dell'illecito dell'amministrazione*

La dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato è stata messa sempre più in discussione a partire dalla seconda metà del secolo scorso e la sua progressiva crisi è dovuta principalmente alla crescente disomogeneità interna delle due sfere del diritto, che tendono sempre più a sovrapporsi²¹.

Tuttavia, la piena armonizzazione tra logiche pubblicistiche e privatistiche nella disciplina degli apparati pubblici, e in particolare degli illeciti da questi commessi, rimane problematica in quanto, come si vedrà nel corso dell'indagine, determina diverse questioni ricostruttive su cui è necessario riflettere.

Si pensi alle ipotesi di risarcimento dei danni per lesione dell'affidamento conseguenti all'annullamento d'ufficio di precedenti provvedimenti favorevoli riconosciute oggi nell'ordinamento italiano.

Come è noto, il primo comma dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 dispone che un provvedimento possa essere annullato dall'amministrazione per ragioni di interesse pubblico e tenendo conto degli *interessi dei destinatari* dell'atto e dei controinteressati.

I più recenti interventi normativi hanno inoltre previsto che la rimozione dell'atto debba avvenire in un tempo ragionevole o entro il termi-

proprio "mito giuridico" non supportato da adeguate conferme sul piano del diritto positivo.

²¹ Al riguardo si veda il volume G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., tra cui si segnalano, in quanto particolarmente utili ad inquadrare il tema con riferimento alla evoluzione del fenomeno amministrativo: B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, 3 ss.; S. BATTINI, *I "due grandi dualismi" alla prova del diritto (amministrativo) globale*, 101 ss. e G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nella 'reinvenzione del governo': un'indagine comparata*, 243 ss. In un precedente e fondamentale lavoro Napolitano sottolinea come la dicotomia pubblico-privato rinvii ad una serie di prospettive più ampie che riguardano una molteplicità di integrazioni e convergenze tra le diverse branche del diritto. Così, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

ne perentorio di diciotto mesi nel caso di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici²².

Si tratta, quindi, di norme sull'azione amministrativa pur con evidenti risvolti protettivi delle aspettative private.

Si supponga che il destinatario di un provvedimento favorevole si sia organizzato sin da subito anche dal punto di vista finanziario ed economico per avviare l'attività assentita, ma che l'amministrazione, avvedutasi dell'illegittimità dell'atto, lo annulli legittimamente.

In questo caso si può discutere se il pregiudizio per l'interesse privato debba essere considerato dall'ordinamento positivo esclusivamente ai fini del contemperamento degli interessi in gioco necessario per valutare la legittimità del provvedimento di secondo grado o se possa ricevere una autonoma rilevanza risarcitoria, come ha ritenuto la Corte di Cassazione a partire dalle note ordinanze²³ del 2011.

Nella fattispecie in parola si potrebbe, infatti, intravedere la lesione dell'interesse del destinatario a mantenere integro il proprio patrimonio a fronte di un comportamento comunque illecito dell'amministrazione, che è incorsa nell'emanazione di un provvedimento favorevole rivelatosi poi illegittimo, generando e tradendo così un affidamento incolpevole²⁴.

Quesiti di questo tipo si possono rinvenire, più o meno esplicitamente, nei diversi sistemi giuridici nazionali, ove i differenti approcci adottati e i quadri d'insieme che ne conseguono finiscono spesso per collocare le fattispecie corrispondenti all'interno di una zona ibrida tra il diritto pubblico e il diritto privato in cui interessi e funzioni si articolano in un fitto intreccio.

2.2. Dalla "dicotomia" alla "specialità" dovuta al ruolo e alle funzioni dell'autorità pubblica

Come osservato in precedenza, rispetto alle ipotesi di illecito dell'amministrazione la scienza giuridica si trova ad affrontare una serie di fattispecie che, in virtù della loro specificità soggettiva ed oggettiva,

²² Sul punto v. legge n. 124 del 2015, c.d. Riforma Madia.

²³ Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594, n. 6595 e n. 6596.

²⁴ L'esempio è tratto da Cass. civ., sez. un., ord. n. 6595/2011.

richiedono una disciplina frutto del coordinamento di istituti posti in contesti giuridici un tempo nettamente distinti.

Tuttavia, proprio questa impostazione relativistica impone di considerare con maggior attenzione la natura delle relazioni pubblicistiche in cui una parte si distingue dalle altre per l'ultraindividualità e doverosità degli interessi perseguiti.

Ragionando altrimenti, vi è infatti il rischio che molte funzioni dirette *ex lege* al perseguimento di interessi pubblici finiscano per essere pregiudicate se ricondotte *de plano* alle logiche che ispirano l'esercizio, la soddisfazione e la tutela di interessi esclusivamente privati.

Già in un volume del 1913, dedicato proprio al tema dell'*Illecito dello Stato*²⁵, Hans Kelsen negava valore assoluto alla contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, la quale non poteva che costituire l'esito di una scelta compiuta dal diritto positivo. Ciò nondimeno, non si poteva eliminare il carattere funzionale e pratico della stessa, dovuto all'esigenza di riconoscere la specialità del potere rispetto all'autonomia dell'individuo²⁶.

Nel prosieguo dell'indagine occorrerà, quindi, concentrare l'attenzione su quella parte delle attività pubbliche che costituiscono espressione dell'*autorità*, un concetto, quest'ultimo, fondamentale per il pensiero giuridico moderno e da non confondersi con concetti più specifici e circoscritti come, per esempio, quello di autoritatività delle decisioni o dei provvedimenti.

Come è stato dimostrato²⁷, l'espressione "autorità" chiama in causa principi e valori ultimi sul piano giuridico e filosofico e denota una particolare struttura relazionale tra soggetti che sono sì in posizione di di-

²⁵ H. KELSEN, *L'illecito dello Stato*, a cura di A. Abignente, Napoli, 1988.

²⁶ H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1924, 340 ss. e in particolare 349.

²⁷ Il tema è affrontato magistralmente da F. VIOLA, *Concezioni dell'autorità a confronto*, Saggio introduttivo, in ID., *Concezioni dell'autorità e teorie del diritto*, L'Aquila, 1982, 11 ss., il quale precisa in apertura che «Il concetto di autorità è servito e continua a servire a molteplici usi. [...] Così è dannoso continuare a parlare di autorità, quando si vuole indicare più propriamente la *legittimità*, come è fuorviante chiamare 'autorità' ciò che più correttamente è *potere*» (11).

suguaglianza, ma in funzione di un interesse superiore che trascende entrambi e di cui uno è responsabile anche a beneficio dell'altro.

Ciò si verifica in particolare quando in un dato ordinamento – sia esso sociale, familiare, politico o giuridico – diventa necessario distinguere ruoli, compiti e funzioni per realizzare un fine unitario che si ponga al di sopra delle parti.

Proprio perché le relazioni di autorità sono funzionali alla realizzazione di questa unità superiore, si è soliti dire che il fine da realizzare si identifica con il *bene comune* che coinvolge tanto la parte gerarchicamente superiore, quanto quella subordinata.

Ed invero, il termine “autorità” deriva etimologicamente dal verbo latino *augere*, che significa non solo aumentare e accrescere, ma in senso più lato anche porre in essere ciò che prima non c'era e conferire autenticità a giudizi e decisioni²⁸.

È per questo che, sul piano strettamente giuridico, tale modo di intendere il concetto di autorità determina anche il valore delle scelte dei pubblici poteri e il limite intrinseco della loro azione, che è dato «dalle regole che la istituiscono e dalle procedure che la costituiscono»²⁹.

3. Il tema dell'illecito dell'amministrazione in prospettiva comparata

La collocazione dell'illecito dell'amministrazione in una zona di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato contribuisce a dimostrare che in questa materia l'analisi in prospettiva comparata ha manifesta-

²⁸ In vista della realizzazione del bene comune e dell'interesse generale, chi è dotato di autorità ha «una discrezionalità molto ridotta nei confronti dei contenuti dei suoi giudizi e delle sue decisioni. Egli è [...] il tramite del giudizio oggettivamente vero e della decisione oggettivamente buona» (F. VIOLA, *op. cit.*, 15).

²⁹ F. VIOLA, *op. cit.*, 23-24. L'Autore afferma che questo approccio è tipico della concezione giuridica di autorità quando, in un ordinamento collettivo, ci si trova «di fronte all'alternativa se privilegiare il proprio punto di vista, al prezzo di rendere impossibile l'azione comune, o se stabilire una procedura che dia a qualcuno il diritto di determinare l'azione comune, che sarà obbligatoria per tutti». Ecco quindi che le relazioni di autorità di tipo ordinamentale divengono necessarie come metodo per prendere decisioni comuni e il perseguimento dei fini unitari finisce per rappresentare un limite all'autorità giustificato dalla convinzione che quest'ultima sia necessaria.

to solo alcuni dei limiti evidenziati dalla dottrina più autorevole con riferimento all'utilizzo del metodo comparato nello studio del diritto amministrativo³⁰.

È vero, infatti, che l'oggetto della disciplina pubblicistica ha avuto tradizionalmente uno spiccato carattere nazionale e proprio la forte caratterizzazione domestica delle relazioni tra cittadino e amministrazione ha inizialmente escluso alcune delle ragioni pratiche che invece, nel diritto civile, hanno animato l'approfondimento della comparazione giuridica³¹.

Si tratta di una considerazione che vale anche per la materia della responsabilità degli apparati pubblici a fronte dei danni commessi nell'esercizio delle proprie funzioni con particolare riferimento a quelle di imperio. Durante l'affermarsi degli Stati nazionali, infatti, negli ordinamenti giuridici occidentali dominava il principio dell'immunità del potere sovrano da ogni controllo giurisdizionale e, quindi, anche dalle azioni per danni.

In quel contesto, si poteva, però, ammettere la responsabilità dei pubblici agenti nel caso in cui avessero dato scorretta esecuzione agli ordini del *princeps*, ledendo così beni giuridici privati³².

³⁰ Sul punto v. S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 1 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992 e M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 1929 ss.; G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Introduzione, Milano, 2007, IX; E. ZOLLER, *Introduction au droit public. Histoire comparative du droit public*, Paris, 2006; J. BOUGHEY, *Administrative Law: the Next Frontier for Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, 55 ss.

³¹ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, cit. e S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 678 ss.

³² Il principio della "irresponsabilità regia" era riconosciuto in tutti gli Stati a regime monarchico ed è stato applicato poi almeno in parte anche negli ordinamenti repubblicani. Nella dottrina italiana si v. V.E. ORLANDO, *Inviolabilità regia* (1938), in ID., *Diritto pubblico generale: Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 459 ss.; M. VOLPI, *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, 2003, 52 ss.; U. ALLEGRETTI, *Forme costituzionali*

L'osservazione è confermata dal fatto che in uno dei lavori pionieristici di diritto amministrativo comparato – il volume di F. Goodnow intitolato *Comparative Administrative Law* del 1893 – il tema della responsabilità è presente sebbene con riguardo alla sola violazione dei doveri d'ufficio da parte dei funzionari pubblici³³.

L'interesse della scienza giuridica ad analizzare e comparare le diverse discipline nazionali in materia di risarcimento dei danni causati dalle autorità pubbliche affiora sistematicamente a partire dalla seconda metà del Novecento, quando il dogma della non configurabilità dell'illecito dello Stato viene meno in ogni ordinamento giuridico, almeno per quanto riguarda lo Stato-amministrazione.

Successivamente, la riflessione anche in chiave comparata sulla responsabilità dei soggetti pubblici esercenti funzioni amministrative si svilupperà soprattutto negli anni settanta, per raggiungere un significativo grado di consolidamento alla fine del secolo scorso³⁴.

L'intento che ha animato le riflessioni dottrinali in materia, e che ancora oggi conferma l'utilità del metodo comparato nella materia in esame, è stato quello di confrontare gli istituti provenienti da contesti giuridici diversi con il fine di meglio delineare le soluzioni nazionali e

della storia unitaria: monarchia e repubblica, in *Rivista AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti)*, n. 1/2012.

³³ F.J. GOODNOW, *Comparative Administrative Law*, New York-London, 1893, in J. RIVERO, *Cour de droit administratif comparé (1954-1955)*, Paris, 1957.

³⁴ Tra i diversi volumi e lavori collettanei, ci si limita qui a citare in ordine cronologico H. STREET, *Governmental Liability. A Comparative Study*, Cambridge, 1953; H. MOSLER (ed.), *Haftung des Staates für Rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, Heidelberg, 1967; C.F. BRADLEY, J. BELL (eds.), *Governmental Liability, Compensation and the Law of Civil Wrongs: A Comparative Study*, London, 1991; B. MARKESINIS, J.B. AUBY, D. COESTER-WALTJEN, S. DEAKIN (eds.), *Tortious Liability of Statutory Bodies*, Oxford, 1999; D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS, J. BELL (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, 2002; AA.VV., *La Responsabilité Administrative: Comparaison Internationale*, numero speciale della *Revue Française d'Administration Publique*, n. 147, 2013; O. DÖRR, *Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht*, Berlin, 2014; K. OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016.

di misurarle in relazione ad una scala ideale di maggiore o minore tutela per i soggetti lesi³⁵.

Sono state così identificate, e spesso criticate, alcune tendenze che rischiavano di riproporre logiche di immunità e privilegio dell'amministrazione non solo escludendo interi settori dell'attività amministrativa dal regime di responsabilità, ma anche limitando quest'ultimo sul piano sostanziale e processuale attraverso l'applicazione di una netta separazione tra norme e rimedi di diritto pubblico e norme e rimedi di diritto privato.

A questa tendenza possono essere ricondotti molti contributi della dottrina italiana, nell'ambito dei quali la comparazione giuridica ha arricchito il dibattito sulla necessità di rivedere il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, il rapporto tra le giurisdizioni civile e amministrativa e le tutele esperibili a fronte dell'attività illegittima dell'amministrazione³⁶.

³⁵ Che l'applicazione del metodo comparato al diritto non possa prescindere dall'intento di una migliore comprensione del proprio ordinamento giuridico per trarre utili spunti di riforma è un profilo messo in evidenza da M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1929. Tra i principali indirizzi della comparazione giuridica descritti da A. GAMBARO, *Alcune novità in materia di comparazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, 297 ss. si ricorda quello riconducibile all'opera di M. Cappelletti, secondo cui la comparazione è anche un mezzo di politica del diritto che prende a riferimento istituti provenienti da un dato sistema giuridico e consente di proporre un progetto politico di riforma del proprio ordinamento nazionale. Così M. CAPPELLETTI, *Comparative law teaching and scholarship. Method and objectives*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, 173 ss.

³⁶ Tra questi si v. E. CANNADA BARTOLI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1976; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993; D. SORACE (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza europea*, Bologna, 1994; A. ANGELETTI, *Responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 223 ss.; M. BUSSANI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 547 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, cit., 265 ss. Con specifico riferimento ai profili processuali si veda in particolare F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., e i contributi contenuti in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011.

In generale, però, nonostante il ricorrente tentativo di identificare un illecito dell'amministrazione sul modello di quello civilistico, un'attenta analisi comparata dei principali ordinamenti nazionali e dell'Unione europea dimostra l'esigenza comune di comporre la tensione tra una piena garanzia degli interessi particolari dei soggetti lesi e il rischio di compromettere le ragioni che giustificano la specialità dello statuto giuridico dei poteri pubblici. Come si vedrà *infra*, si tratta di un profilo forse ineliminabile ma che, paradossalmente, pare trovare una più adeguata composizione ove le regole civilistiche riescano ad adeguarsi alle esigenze della specialità e a non snaturare l'essenza finalistica delle norme di diritto pubblico.

Ne consegue che le riflessioni più recenti³⁷ in materia di responsabilità della pubblica amministrazione nei diversi ordinamenti si concentrano, prima di tutto, sulla necessità di ricostruire il ruolo delle autorità pubbliche all'interno del sistema di riferimento, tenendo conto delle logiche che animano la disciplina peculiare a cui queste sono sottoposte nell'esercizio delle loro funzioni.

Quanto detto vale in particolare quando oggetto di studio sia il contesto sovranazionale europeo³⁸, dove la necessità di dare risposte chiare e coerenti a questioni comuni e l'esigenza di raffrontare istituti provenienti da esperienze giuridiche differenti procedono di pari passo con l'intensificarsi del processo di integrazione europea e con l'influenza che il diritto dell'Unione esercita sugli ordinamenti amministrativi statali.

Il tema dell'illecito dell'amministrazione interseca, infatti, quello del diritto europeo³⁹ sotto differenti punti di vista.

³⁷ Tra i lavori più recenti in materia, si segnala da ultimo il saggio di B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 499 ss., che richiama anche le posizioni più attuali del dibattito nei maggiori sistemi giuridici.

³⁸ In tema si veda da ultimo A. GIUSTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 679 ss., dove viene dato ampio spazio alla prospettiva di integrazione europea e alle ricadute di questa sull'ordinamento nazionale.

³⁹ Come si spiegherà nella parte dedicata all'ordinamento dell'Unione europea, ai fini del presente volume si è scelto di utilizzare l'aggettivo "europeo" in quanto più

In primo luogo, l'ordinamento sovranazionale attinge ai regimi nazionali per configurare il sistema di responsabilità delle istituzioni europee per i danni causati nell'esercizio della loro attività⁴⁰. Si tratta di una operazione ermeneutica che ha condotto la Corte di giustizia ad esiti creativi e tali da delineare un modello di illecito in parte nuovo e peculiare a cui, come spesso accade, si sono ispirati in un secondo momento gli stessi ordinamenti nazionali per adeguare, almeno in parte, i propri sistemi di responsabilità delle istituzioni pubbliche⁴¹.

In secondo luogo, il richiamo al principio di effettività della tutela assicurata alle libertà e ai diritti garantiti dall'Unione ha consentito a quest'ultima di intervenire sui regimi amministrativi degli Stati membri, modificandoli sul piano sostanziale e processuale.

Infine, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha arricchito le fattispecie risarcitorie nazionali mediante l'individuazione di una peculiare azione⁴² esperibile dai privati ogniqualvolta i soggetti pubblici di uno

neutro rispetto ad altri oggi in uso, tra cui "eurounitario" e "unionale". Esso va inteso quale sinonimo dell'espressione "dell'Unione europea".

⁴⁰ Sull'azione risarcitoria nell'ordinamento dell'Unione europea cfr. T. HEUKELS, A. MCDONNELL (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague, 1997; L. ANTONIOLLI, *Community Liability*, in H. KOZIOL, R. SCHULZE (eds.), *Tort Law of the European Community*, Wien, 2008, 213 ss.; A. BIONDI, M. FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009; P. AALTO, *Public Liability in EU Law: Brasserie, Bergaderm and Beyond*, London, 2011; K. GUTMAN, *The Evolution of the Action for Damages against the European Union and its Place in the System of Judicial Protection*, in *Common Market Law Review*, 2011, 695 ss.

⁴¹ Sull'evoluzione del modello europeo di responsabilità e sulla definizione dei suoi tratti fondamentali e caratterizzanti cfr. M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Parte generale, Milano, 2007, 589 ss.

⁴² Con riferimento al tema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto europeo si rinvia nella dottrina italiana a F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008; A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo: la nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005; E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno: una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 1031 ss. e ID., *Judicial Protection against Member States. A New Jus Commune*

Stato membro non ottemperino agli obblighi derivanti dall'Unione europea, violando così una posizione giuridica soggettiva garantita ai singoli dall'ordinamento sovranazionale.

4. *L'impostazione dell'indagine comparata*

Le pagine che seguono intendono affrontare il tema della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione secondo una prospettiva che, grazie alla comparazione di alcune delle più significative esperienze giuridiche straniere e dell'ordinamento dell'Unione europea, consenta nella seconda parte del volume di analizzare criticamente alcune questioni problematiche e attuali per il diritto amministrativo italiano.

Lo studio si concentrerà sulle ipotesi di danno connesse all'esercizio delle funzioni amministrative cercando di individuare, ove possibile, le specificità connesse ai casi di adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, che nell'ordinamento italiano hanno ricevuto la maggiore attenzione nell'ambito della riflessione scientifica.

A differenza che nel sistema nazionale, tuttavia, negli ordinamenti oggetto di comparazione non si giunge sempre a distinguere compiutamente le fattispecie di responsabilità da provvedimento rispetto ad altri e più generali casi caratterizzati da condotte lesive poste in essere dall'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Tanto premesso, non è escluso che l'analisi di altri sistemi giuridici contribuisca a fornire alcuni spunti utili al fine di ricostruire e analizzare criticamente il sistema nazionale di illecito dell'amministrazione per come si sta delineando oggi in un quadro di crescente complessità.

Takes Shape, in *Common Market Law Review*, 1995, 703 ss. Nella dottrina straniera cfr. C. HARLOW, *Understanding Tort Law*, London, 1995 e ID., *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, in *European Law Journal*, 1996, 199 ss.; P. CRAIG, *One More Unto the Breach: the Community, the State and Damages Liability*, in *Law Quarterly Review*, 1997, 67 ss.; M. HABA, *The Case of State Liability: 20 Years after Francovich*, Wien, 2015; G. BRÜGGEMEIER, *Tort Law in the European Union*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2015.

Sul piano metodologico si cercherà, innanzitutto, di chiarire la specificità delle diverse soluzioni sviluppate nei diversi ordinamenti, che possono variare a seconda delle regole di esercizio delle funzioni amministrative e dei differenti strumenti di tutela previsti in caso di lesione delle posizioni giuridiche soggettive del privato.

La dimensione prettamente sincronica della comparazione verrà affiancata ad una prospettiva diacronica e storica, nella convinzione che risulti impossibile mettere in luce «i tratti più peculiari assunti dal diritto amministrativo e dalla relativa scienza giuridica [...] in modo isolato dal loro contesto storico, politico e culturale»⁴³.

Come è noto, infatti, la dottrina più autorevole ha evidenziato l'imprescindibile apporto dell'approccio diacronico nell'utilizzo del metodo comparato da parte della scienza giuspubblicistica⁴⁴.

Per questo motivo, in relazione ad ogni sistema considerato, si esamineranno le dinamiche evolutive degli istituti rilevanti, che sono spesso dovute all'esigenza di ripensare il ruolo delle istituzioni e delle funzioni amministrative nell'ambito di contesti politici e sociali in continuo divenire.

Sul piano funzionale⁴⁵, il metodo comparato contribuirà ad astrarre dalle esperienze esaminate problemi e, auspicabilmente, paradigmi analitici che contribuiscano ad analizzare e articolare con maggiore precisione le questioni nazionali.

L'analisi svolta permetterà, quindi, di verificare la compatibilità delle ipotesi ricostruttive avanzate nei differenti sistemi giuridici analizzati con l'assetto processuale e sostanziale in cui si colloca oggi il sistema giuridico italiano⁴⁶.

⁴³ In questo senso M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, cit., 206.

⁴⁴ Sul punto S. CASSESE, *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, cit., 686.

⁴⁵ Che il richiamo ad istituti stranieri debba avere una connotazione anche *funzionale* è messo in evidenza da G. GORLA, *Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981, 596 ss. Si veda inoltre dello stesso Autore la voce *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 928 ss.

⁴⁶ A differenza che in altri rami del diritto, la comparazione nel diritto amministrativo deve infatti ponderare due aspetti fondamentali. Il primo è il «fattore tempo (cioè l'evoluzione e la storia)», il secondo è il «fattore cultura o ideologico (che non attiene,

Come anticipato nell'introduzione, si tratterà innanzitutto delle esperienze francese e tedesca. Mentre la prima riconosce un diritto pubblico della responsabilità dell'amministrazione, la seconda si caratterizza per un sistema che è sostanzialmente di diritto privato speciale.

La scelta di questi due ordinamenti è tuttavia rilevante anche considerato il loro legame significativo con la tradizione giuridica italiana.

Se, infatti, l'ordinamento italiano è stato a lungo debitore del sistema di giustizia amministrativa francese con riferimento all'apparato rimediabile e alle tecniche di sindacato sviluppate dalla giurisprudenza d'oltralpe, la nostra scienza giuridica si è allo stesso tempo ispirata alle elaborazioni della giuspubblicistica tedesca per l'edificazione dei principi e dei presupposti teorici del diritto amministrativo sostanziale⁴⁷.

Non si dimentichi, inoltre, che le sofisticate regole processuali sviluppate in Germania per la tutela del privato rispetto all'azione ammini-

dunque, alla realtà, ma al modo in cui questa è percepita e "filtrata" dalla mentalità, dalla cultura, dagli studi, dalla cosiddetta opinione pubblica)». In altre parole l'analisi storico-comparata combina «un triplice punto di vista: uno sincronico (considerare le istituzioni nel loro aspetto attuale); uno diacronico, di storia delle istituzioni (considerare il loro svolgimento nella storia); uno di storia del pensiero giuridico (mettere in relazione le istituzioni col modo con cui sono concepite)». Così S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 502.

⁴⁷ In tema si vedano i volumi di B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione dell'interesse legittimo*, Milano, 1985 e, più di recente, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, entrambi inseriti nella collana *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze. Sul ruolo della dottrina tedesca liberale nella edificazione del diritto pubblico e amministrativo come diritto speciale e autonomo rispetto ai tradizionali concetti privatistici si veda anche R. FERRARA, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 225 ss. e in particolare 232-233 secondo cui è l'identificazione della specialità amministrativa e la «nascita di un 'diritto pubblico funzionalizzato' di elevata caratura tecnica, trovava il suo terreno di coltura, e anzi un fondamentale titolo di legittimazione, in raffinatissime costruzioni 'razionali' del potere e dello Stato, ossia in modelli di potere legale-razionale nei quali il 'privilegio', e dunque la specialità dell'amministrazione, apparivano controbilanciate dall'accresciuto ruolo ormai giocato dalle assemblee parlamentari, il cui punto di massima emersione era significativamente rappresentato dal primato della legge sull'amministrazione, ossia dal principio di legalità in senso meramente formale».

strativa hanno rappresentato un metro di paragone fondamentale per l'evoluzione in chiave sostanzialistica del giudizio amministrativo di legittimità nel nostro sistema giuridico.

In definitiva, nell'affrontare una materia caratterizzata da profili problematici sul piano sostanziale e processuale come l'illecito dell'amministrazione, il confronto con gli ordinamenti giuridici che più hanno influenzato lo sviluppo e l'affinamento di quello nazionale risulta un esercizio essenziale e proficuo.

Oltre ai casi francese e tedesco, paradigmatici della tradizione giuridica continentale, il tema oggetto di indagine verrà approfondito esaminando anche l'esperienza giuridica inglese.

Tale scelta non tanto per confermare quanto già dimostrato dalla dottrina più attenta – vale a dire la progressiva convergenza tra sistemi a diritto amministrativo e sistemi a diritto comune⁴⁸ – ma soprattutto per evidenziare come un'ostinata negazione della specialità delle relazioni giuspubblicistiche possa talvolta impedire, anziché favorire, un'effettiva tutela degli interessi individuali nei confronti del potere pubblico.

Grazie all'approfondimento del diritto positivo e all'analisi dettagliata dei *leading cases* esaminati dalle Corti nazionali, si tenterà quindi di ricostruire alcune costanti dell'illecito dell'amministrazione che valorizzino il ruolo istituzionale degli apparati pubblici e i caratteri specifici della loro attività e dei loro fini nei diversi ordinamenti giuridici⁴⁹.

⁴⁸ Così per tutti M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato: trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Italia*, cit., e ID., *Regole e rimedi: convergenza fra diritti amministrativi d'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1048 ss.

⁴⁹ Lo studio dei sistemi giuridici stranieri dimostra spesso che «al di là di alcune caratteristiche storiche non insuperabili [...], la pubblica amministrazione determina una serie di problemi specifici a causa della sua organizzazione, della sua attività e dei suoi fini». Così M.P. CHITI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss. Nello stesso senso si ricorda il monito di M.S. GIANNINI, *Le strutture giuridiche*, in *Lezioni del corso di aggiornamento per esperti sociali*, Roma, 1965, ora in *Scritti*, V, Milano, 468 ss., ove si sottolinea che, nonostante il momento autoritativo subisca negli ordinamenti moderni una forte attenuazione, l'importanza del momento dell'autorità permane e non può venir meno.

L'esito dell'analisi dimostrerà che, in materia di responsabilità dell'amministrazione, si afferma l'esigenza di affrontare problemi e incertezze sistematiche comuni ai vari sistemi giuridici e che essa trascende una aprioristica differenziazione tra modelli e ideal-tipi ordinamentali.

A conferma di ciò si porterà l'esempio dell'ordinamento dell'Unione europea che, sin dalle sue origini, ha imposto di adattare l'applicazione del metodo comparato nel diritto amministrativo al processo di integrazione europea⁵⁰ con esiti e dinamiche non sempre lineari, ma certamente interessanti dal punto di vista dell'analisi teorica.

⁵⁰ Così per tutti M.P. CHITI, *Diritto amministrativo comparato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit. 1930 e ss. e ID., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 1118 ss.

CAPITOLO II

UN DIRITTO SPECIALE PER L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE

L'ESPERIENZA FRANCESE

SOMMARIO: 1. *L'emersione della responsabilité de la puissance publique e la sua disciplina speciale nello sviluppo del diritto amministrativo francese.* 2. *Il sistema attuale della responsabilità dell'amministrazione: inquadramento generale.* 2.1. *Il rapporto tra illégalité e faute de service dell'azione amministrativa.* 2.2. *La prova del danno e del nesso di causalità.* 3. *Il préjudice come elemento autonomo della fattispecie risarcitoria.* 3.1. *Alcune ipotesi applicative: il bilanciamento degli interessi e l'ingiusta lesione di quello privato.* 4. *La natura della responsabilità nella prospettiva del rapporto tra amministrazione e amministrati e delle posizioni giuridiche di questi rispetto all'esercizio delle funzioni.* 5. *Le ricadute processuali dell'illégalité fautive.*

1. L'emersione della responsabilité de la puissance publique e la sua disciplina speciale nello sviluppo del diritto amministrativo francese

Nel panorama europeo, l'ordinamento francese è stato forse quello più influenzato dal dualismo tra diritto pubblico e diritto privato nella riflessione teorica e pratica riguardante la responsabilità dell'amministrazione pubblica¹.

¹ L'emersione della dicotomia sul piano del diritto positivo è fatta coincidere con l'affermazione dei principi rivoluzionari sebbene, sul piano teorico, già alla fine del XVII secolo si iniziassero a delineare due sistemi di regole indipendenti dotati di caratteri propri. A tal proposito J. CHEVALLIER, *Le service public*, Paris, 2012, 15, sottolinea che i concetti di «commun profit» e di «utilité commune», riconducibili alla filosofia tomistica, hanno consentito di distinguere lo *jus privatorum* (inteso come diritto del soggetto) dallo *jus publicum* (rappresentato dal diritto del principe) e di sviluppare una certa forma di separazione e divisione all'interno del fenomeno giuridico. Non può inoltre essere sottovalutata l'influenza in tema della dottrina kantiana e dell'opera di Jean Bodin, il quale attraverso l'elaborazione della teoria sul concetto di sovranità ha contribuito alla affermazione di un diritto pubblico necessario e derogatorio rispetto al diritto comune. In questo senso, per Bodin «le droit public [qui] est celui qui vise

Dopo la Rivoluzione del 1789, e durante la fase costituente della Nazione, la creazione di un apparato e di un diritto amministrativo autonomo ed omogeneo è stata avvertita come una condizione indispensabile per diffondere la volontà legislativa quale espressione dell'organo rappresentativo del popolo.

In questo quadro istituzionale, si precisava che l'amministrazione poteva essere responsabile solo politicamente e non anche giuridicamente cosicché, in caso di errori, l'annullamento degli atti doveva avvenire prima di tutto in via gerarchica.

L'immunità dal sindacato giurisdizionale, ribadita a più riprese², si giustificava sull'assunto che sia l'autorità giudiziaria che quella amministrativa erano parte di un'unica funzione esecutiva, operante su binari paralleli e distinti rispetto a quelli del potere legislativo.

Le due espressioni dell'autorità si consideravano separate proprio in virtù della diversa natura delle leggi che erano chiamate ad applicare: gli atti normativi di *interesse generale* necessitavano di una esecuzione

l'utilité publique, comme l'observance des rites sacrés, la promulgation des lois, la création des magistrats, la délibération des affaires de la Cité, la déclaration ou la cessation des hostilités, l'établissement des peines et des récompenses et l'institution des actions légales». Al contrario il diritto privato segue logiche e ragioni differenti in quanto «De lui relèvent les municipes, les associations et les familles, les droits respectifs du mari et de la femme, des parents et des enfants, des maîtres et des serviteurs et tout qui concerne les particuliers» (J. BODIN, *Exposé du droit universel*, trad. L. Jerphagnon, Paris, 1985, ch. 2).

² Art. 16, legge 16-24 agosto 1790: "Le funzioni giudiziarie sono distinte e saranno sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, pena l'accusa di crimine nell'esercizio della funzione, intralciare in nessun modo le attività dei corpi amministrativi né chiamare davanti a sé gli amministratori a causa delle loro funzioni"; art. 2 del Decreto 7-14 ottobre 1790: "Nessun amministratore può essere condotto davanti al tribunale nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche a meno che non sia stato invitato dall'autorità superiore secondo le leggi" (sul punto si ricorda che anche i cittadini potevano inviare le proprie denunce per i delitti commessi dagli ufficiali municipali solo agli organi gerarchicamente superiori che potevano disporre, ove ritenuto opportuno, il rinvio all'autorità giudiziaria); art. 3 della Costituzione del 3 settembre 1791: "I tribunali non possono né ingerirsi nell'esercizio del Potere legislativo, o sospendere l'esecuzione delle leggi, né compiere atti sulle funzioni amministrative, o citare davanti a loro gli amministratori in ragione delle relative funzioni".

amministrativa, quelli di *interesse privato* potevano essere attuati e garantiti dagli organi giudiziari³.

Le ragioni che, nella storia politica e giuridica francese, hanno alimentato la specialità del diritto pubblico e amministrativo hanno contraddistinto questo ordinamento rispetto ad esperienze coeve, tra cui in particolare quelle tedesca e inglese.

Mentre, per esempio, la nascita del diritto amministrativo in Germania è coincisa con l'esigenza di dare forma giuridica ai rapporti tra il volere sovrano e le nuove libertà borghesi, nel sistema francese la teoria della potestà pubblica (la c.d. *puissance publique*)⁴ è stata progressivamente affiancata e integrata dal concetto di *service public*⁵.

In quel momento storico, la teoria del *service public* proponeva una ricostruzione molto particolare e innovativa dell'azione amministrativa.

Il dominio del potere rispetto agli interessi dei *particuliers* cedeva il passo al riconoscimento di una *funzione pubblica* deputata a regolare gli inevitabili conflitti tra i diritti individuali e l'interesse generale della Nazione⁶.

Proprio alla teoria del *service public* si collegavano importanti conseguenze in termini di responsabilità delle istituzioni.

³ In questo senso, G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, trad. it. Giuliana Nobili, in *Scienza e politica*, 2010, 21 ss. e in particolare 25.

⁴ Per la scuola storica della *puissance publique* – rappresentata da autori illustri quali Édouard Laferrière, Henry Berthélemy e, almeno nei suoi primi scritti, Maurice Hauriou – il potere costituiva la struttura portante dello Stato. Sul piano dell'azione esecutiva e amministrativa, esso si manifestava nei c.d. atti di imperio unilaterali. Ancora nel 1887 Laferrière, nel celebre *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, distingueva due categorie di atti amministrativi, gli “actes d'autorité” o della “puissance publique” e gli atti di gestione. Solamente i primi potevano essere oggetto del *contentieux administratif*. Le controversie inerenti agli atti amministrativi di gestione, invece, erano di competenza dei *tribunaux judiciaires*.

⁵ La consacrazione del *recours pour excès de pouvoir* andava di pari passo con la negazione di una concezione soggettiva e personalistica dell'esercizio del potere. Il controllo sui motivi dell'atto esprimeva, in particolare, una concezione legale ed oggettiva della volontà pubblica.

⁶ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913.

L'idea della responsabilità era coesistente alla stessa natura della funzione esercitata, seppure del tutto speciale rispetto a quella applicabile sul piano dei rapporti privatistici.

I singoli non potevano, per esempio, vantare alcun diritto soggettivo rispetto all'esercizio delle funzioni pubbliche e il rapporto con l'amministrazione non poteva qualificarsi in termini di obbligazioni reciproche⁷.

La responsabilità dello Stato veniva, infatti, ricondotta al ruolo di garanzia che esso assume nella società e all'idea «d'une assurance sociale, supportée par la caisse collective au profit de ceux qui subissent un préjudice provenant du fonctionnement des services publics, lequel a lieu en faveur de tous»⁸.

Sulla base di queste premesse, la responsabilità dell'amministrazione ha iniziato a fondarsi sulla legittimazione della funzione, la *solidarietà sociale* e la *coscienza collettiva*, le quali trascendono gli interessi individuali e trovano compiuta espressione nella volontà *oggettiva* dei governanti.

Per giustificare il regime speciale della responsabilità dell'amministrazione non si faceva riferimento all'art. 1382 del Code Napoléon, ma direttamente alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e, in particolare, a quelle disposizioni in essa contenute che sanciscono l'obbligo di riparare i pregiudizi conseguenti alla *rupture de l'égalité devant les charges publiques* (art. 13) e il dovere degli agenti dello Stato di rendere conto del proprio operato (art. 15)⁹.

⁷ Per Duguit, in particolare, il termine "diritto" rischiava di generare molte incomprensioni soprattutto se utilizzato nel campo dell'esercizio delle funzioni pubbliche. Sul punto, nel saggio dal titolo *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, 411 ss. e in particolare 419, l'Autore afferma che «Le mot droit prête à toute sorte de confusions et [qu'] au risque de paraître paradoxal nous estimons que ce serait un grand progrès de bannir ce mot de la langue scientifique».

⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^{ème} éd., Paris, 1930, 469.

⁹ In questo senso, e per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici sul punto, cfr. A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, in particolare 112 ss.

In altri termini, il riferimento al *service public* identificava il presupposto (e il limite) dei pubblici poteri rispetto al dovere generale di amministrare gli interessi generali.

Andava pertanto già delineandosi quella sorta di equivalenza tra illecità e illegittimità, intesa come disfunzione del *service*, che caratterizza ancora oggi il sistema francese.

Non stupisce, quindi, che proprio i sostenitori della teoria del *service public* abbiano valorizzato una sentenza che era quasi passata inosservata a gran parte dei commentatori dell'epoca: il noto *arrêt Blanco* del 1873 reso dal *Conseil d'État* nella sua funzione di Tribunale dei conflitti.

Due i punti essenziali della sentenza dai quali la dottrina successiva, non solo francese, ha tratto l'affermazione di una vera e propria «*déclaration d'indépendance du droit administratif*» dal diritto comune¹⁰.

Per un verso, si affermava, infatti, l'incompetenza degli organi giurisdizionali ordinari in materia di responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione connessa all'esercizio di un *service public* e, per altro verso, si sottraeva tale illecito alla disciplina civilistica, cui non era riconosciuta alcuna portata generale o assoluta.

2. Il sistema attuale della responsabilità dell'amministrazione: inquadramento generale

In Francia l'illecito della pubblica amministrazione è stato uno degli elementi chiave per la nascita e lo sviluppo del diritto amministrativo e

¹⁰ Sul punto, ancora negli anni '30, la dottrina non risparmiava critiche agli argomenti contenuti nella decisione *Blanco*. In tema cfr. J. LUCHET, *L'arrêt Blanco - la thèse de la compétence administrative en matière civile de l'État*, Paris, 1935, il quale sottolineava come la sentenza del 1873 rappresentasse «tant au regard de sa valeur juridique, que des circonstances mêmes de son prononcé» una vittoria amministrativa «véritablement par accidents». Ancora l'Autore rilevava: i) *un manque de pertinence du visa par rapport au motif*; ii) *un manque de pertinence du motif par rapport au dispositif*; iii) *un caractère inconstitutionnel*; iv) *une inexactitude intrinsèque de l'argumentation elle-même* (in particolare 433).

del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

A partire del citato *arrêt Blanco* del 1873, infatti, il *Conseil d'État* ha provveduto ad elaborare un sistema di *responsabilité de la puissance publique* e di *indemnisation* retto da regole peculiari che coincidono solo parzialmente con quelle civilistiche.

Decisiva, sul punto, l'affermazione contenuta nella decisione secondo cui:

la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier; [...] cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; [...] elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés; [...] aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître.

Da questa affermazione di principio si sono tratti almeno tre corollari: i) l'applicazione delle regole di diritto comune in materia di responsabilità derivante dall'esercizio dei *services publics* è inadeguata; ii) la giurisdizione del giudice ordinario deve cedere il passo a quella del giudice amministrativo; iii) questa specialità sul piano del diritto sostanziale e processuale è una conseguenza della particolare natura dei rapporti tra amministrazioni e cittadini.

Nelle fattispecie riconducibili ai danni da provvedimento illegittimo, il cui sindacato rientra nel contenzioso amministrativo *de pleine juridiction*, molti sono i profili di interesse connessi all'accertamento degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento (*droit d'indemnisation*) e alle sue ricadute processuali.

Nel diritto civile francese, la responsabilità extracontrattuale rinvia ad una clausola generale di responsabilità per colpa dove la *faute* si compone di due elementi, uno oggettivo e uno soggettivo, tali da configurare l'*an debeatur* nel caso di violazione cosciente di una obbligazione preesistente.

Tale struttura è ripresa nei suoi tratti essenziali anche per l'illecito dell'amministrazione. Tuttavia, l'obbligazione generale imposta all'am-

ministrazione è quella di agire nel rispetto della legge e, in linea generale, ciò conferisce alla *faute publique* una dimensione esclusivamente oggettiva, che può sussistere a fronte di ogni vizio di illegittimità¹¹.

Si spiega così il principio della sostanziale identità tra illegittimità e illiceità espresso nel noto adagio «toute illégalité constitue par elle-même une faute»¹².

Fanno eccezione a questa regola solo i casi in cui la giurisprudenza o il legislatore richiedono la prova di una colpa grave (*faute lourde*), come avviene nell'ambito dei servizi ospedalieri o di emergenza, nell'attività regolatoria o nelle ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea¹³.

Sul punto la dottrina non ha mancato di osservare che negli ultimi decenni le ipotesi di *faute lourde* si sono ridotte a favore dell'applicazione del criterio generale¹⁴.

¹¹ Dalla responsabilità dell'amministrazione rimane distinta quella dell'agente che può essere chiamato a rispondere direttamente dell'evento dannoso di fronte alle Corti ordinarie e secondo la disciplina privatistica. In questo caso l'elemento soggettivo si declina come *faute personnelle*. Nell'ipotesi in cui il danneggiato convenga in giudizio tanto il funzionario (di fronte al giudice ordinario), quanto l'amministrazione (di fronte al giudice amministrativo), quest'ultima sarà tenuta a sollevare il conflitto di giurisdizione. In caso contrario potrà vedersi esposta all'obbligo di farsi carico dell'obbligazione risarcitoria che la sentenza civile ha imputato al dipendente. In questo senso A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., 80.

¹² Si veda, al riguardo, L. DELBEZ, *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, in *Revue de droit public*, 1932, 183 ss. Più in generale, sulla evoluzione della responsabilità dei pubblici poteri nell'ordinamento francese, cfr. P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, 1938; M. PAILLET, *La faute de service public en droit administratif français*, Paris, 1980; J. MOREAU, *La responsabilité administrative*, Paris, 1986; L. DE GASTINES, *La responsabilité extracontractuelle des personnes morales publiques*, in *Revue de droit public*, 1992, 135 ss.; M.A. LATOURNERIE, *Responsabilité publique et Constitution*, in *Mélanges Chapus: droit administratif*, Paris, 1992, 353 ss.; M. ROUGEVIN-BAVILLE, *La responsabilité administrative*, Paris, 1992.

¹³ Le ipotesi risarcitorie per *faute lourde* esulano dalla trattazione del presente lavoro. Fa eccezione la responsabilità dello Stato per la violazione del diritto dell'Unione europea che verrà però approfondita nel successivo Capitolo V.

¹⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, 1, 2001, par. 1463.

In sintesi, la struttura della fattispecie risarcitoria è la seguente: illegittimità (*illégalité*) e colpa (*faute*) tendenzialmente coincidono e costituiscono il fondamento dell'illecito (*responsabilité*) che dà luogo all'obbligazione risarcitoria e al diritto ad ottenere la riparazione (*droit à l'indemnisation*), ove siano altresì provati il danno e il nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta¹⁵.

Non può sorprendere, dunque, che la *faute* sussista tecnicamente nei casi di incompetenza, vizi formali e procedurali, sviamento di potere, errore di fatto o di diritto, inerzia o ritardo nel provvedere¹⁶ e, più in generale, può essere riconosciuta ogniqualvolta la condotta della p.a. dimostri l'inosservanza dei principi di correttezza e buona fede.

Tuttavia, come si vedrà *infra*, alcune considerazioni particolari vanno svolte per le ipotesi di illegittimità meramente formale, rispetto alle quali la giurisprudenza ritiene che l'*illégalité*, pur colposa, non sia tale da integrare l'illecito e quindi il diritto al risarcimento.

Quanto ai pregiudizi risarcibili, la tutela risarcitoria non è mai stata esclusa *a priori* per i danni derivanti dall'illegittimo diniego di emanare provvedimenti favorevoli, anche nella forma della mera aspettativa (*vocation*), fatte salve, ovviamente, le ricadute in termini di quantificazione e liquidazione del danno che possono subire una drastica riduzione¹⁷.

In un sistema di illecito che rimane a struttura sostanzialmente atipica, la rilevanza dell'interesse leso dipende dal danno dedotto che si assume imputabile al comportamento della p.a., ritenendo che non si sa-

¹⁵ CE, 19 giugno 1981, *Carliez* in *Actualité juridique - Droit Administratif* (AJDA), 1981, 103. CE, 30 settembre 2002, *M. Dupuy*, in *AJDA*, 2003, 445. Sul punto R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, cit., 212.

¹⁶ In altre parole, la responsabilità della pubblica amministrazione «può consistere nella commissione di un errore di diritto (anche in relazione alla qualificazione dei fatti), così come nell'erroneità della valutazione discrezionale posta a fondamento della misura assunta», A. SIMONATI, *op. cit.*, 82.

¹⁷ Spesso viene risarcito il solo ritardo nell'ottenimento del provvedimento favorevole o la perduta possibilità (*chance*) di vedere soddisfatta la propria pretesa a patto che, in quest'ultimo caso, non vi siano stati accadimenti ulteriori tali da mutare la situazione di fatto o di diritto e da interrompere così il rapporto di causalità giuridica. In questo senso A. SIMONATI, *op. ult. cit.*, 82 e già R. CARANTA, *op. cit.*, 211.

rebbe prodotto se quest'ultima si fosse determinata legittimamente e/o correttamente.

Attraverso un sindacato piuttosto rigoroso sul nesso di causalità, che rappresenta il vero e proprio fulcro dell'illecito, molti casi dimostrano che, a fronte di condotte che negano o impediscono il pieno riconoscimento di beni della vita auspicati dal privato, la domanda risarcitoria è spesso rigettata in quanto manca la prova del pregiudizio sofferto, nella misura in cui non può dirsi con ragionevole certezza che l'aspettativa del singolo sarebbe stata altrimenti soddisfatta. Manca in altre parole la prova della "spettanza" in concreto del bene, soprattutto quando l'amministrazione è dotata di poteri discrezionali e non esauriti.

Lungi dal perpetrare una condizione di immunità del potere pubblico, il modello francese di responsabilità delle amministrazioni¹⁸ ha quindi sviluppato, in via pretoria, un approccio che cerca di valorizzare quanto più possibile la difesa dei diritti e degli interessi degli amministrati¹⁹.

Questa tendenza emerge in particolare sul piano processuale, dove si afferma la piena autonomia del giudizio risarcitorio rispetto a quello annullatorio.

2.1. Il rapporto tra illégalité e faute de service dell'azione amministrativa

Gli studi sulla responsabilità dell'amministrazione in Francia sono soliti riportare due affermazioni che si completano a vicenda.

Per un verso, il concetto di colpa è più ampio di quello di illegittimità e la *faute* comprende anche ulteriori ipotesi di cattiva amministrazione tra cui, per esempio, la lesione dell'affidamento per informazioni e

¹⁸ Secondo K. OLIPHANT, *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, in ID. (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016, 849 ss., e in particolare 863, il modello francese rappresenta ad oggi un *unicum* nel panorama comparato.

¹⁹ In questo senso già M. PAILLET, *La responsabilité administrative*, Paris, 1996 e C. GUETTIER, *La responsabilité administrative*, Paris, 1996. Da ultimo sul punto D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE, *The Liability of Public Authorities in France*, in K. OLIPHANT (ed.), *op. cit.*, 155 ss. e in particolare 157.

rassicurazioni erronee²⁰ o per violazione degli obblighi di trasparenza quale sintomo evidente di irregolarità nell'operato pubblico, che comprende ai fini risarcitori anche attività e condotte materiali.

Per altro verso, però, quando il danno deriva direttamente da una decisione amministrativa illegittima vi è un rapporto di coincidenza tra *illégalité* e *faute* nella misura in cui *toute illégalité est fautive*²¹.

Il connubio tra colpa e illegittimità inizia a ipotizzarsi nei primi anni del XX secolo non senza scetticismi.

In quell'epoca si riteneva infatti che un principio di questo tenore avrebbe finito per aggravare eccessivamente lo svolgimento dei compiti dell'amministrazione, che sarebbe potuta incorrere in una responsabilità a fronte di qualsiasi vizio o errore.

Per questa ragione, si riteneva necessario affermare la scusabilità di alcune ipotesi di illegittimità in ragione della complessità dell'azione amministrativa²². In particolare, occorre evitare di qualificare come *fautive* l'esercizio di quelle potestà pubbliche attribuite dalla legge al libero apprezzamento e alla discrezionalità dell'amministrazione²³.

²⁰ Così tra le altre, CE, 8 novembre 1989, n. 78488, *Ville de Saint Germain en Laye*, e CE, 30 maggio 2005, n. 265307, *M. Tordjman*, in *AJDA*, 2005, 1751.

²¹ L. RICHER, *Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, 1976.

²² In questo senso già M. HAURIOU, note sous CE, 29 maggio 1903, *Le Berre*, S. 1904, III, 125 secondo cui «il y a quelque chose de grave à poser le principe que l'excès de pouvoir, en même temps qu'il constitue un vice de l'acte entraînant l'annulation de celui-ci, peut constituer aussi une faute». Le posizioni della dottrina precedente sono riprese anche da P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, Th. Paris II, 1976, in particolare 223. In senso favorevole all'assimilazione tra illegittimità e colpa si vedano, invece, M. WALINE, note sous CE Sect., 13 dicembre 1963, *Office National interprofessionnel des céréales*, in *RDP*, 1964, 1004; J.C. HÉLIN, *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Nantes, 1969 e già P. DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, cit., 51, secondo cui «il est bien certain que toute illégalité entachant une décision administrative s'analyse en une faute du service public».

²³ J. KAHN, concl. sur CE, 23 dicembre 1970, n. 73453, *EDF c. Farsat*, in *DA*, 1971, 98 ss. Di qui l'idea, ancora oggi ricorrente, che, pur a fronte di una logica riparativa, l'illecito dell'amministrazione possa essere ricondotto ad una funzione sanzionatoria e di biasimo per il comportamento illegittimo della pubblica amministrazione.

Convenzionalmente l'identità tra illegittimità e colpa è stata consacrata per la prima volta nell'*arrêt Driancourt*²⁴ del 1973.

Il signor Driancourt, proprietario e gestore di una sala giochi, si vedeva interdire l'esercizio della propria attività economica da parte del prefetto. Il provvedimento veniva tuttavia annullato dal giudice amministrativo per *erreur d'appréciation* e, quindi, per un vizio inerente alla libertà di valutare gli interessi in gioco da parte dell'amministrazione.

A seguito del giudizio sull'illegittimità del provvedimento, il ricorrente presentava una domanda risarcitoria per ottenere il ristoro dei danni causati dalla decisione prefettizia di chiusura della sala giochi.

In sede di contenzioso sulla responsabilità, il *Conseil d'État* riteneva sussistente la *faute de service* anche a fronte di un mero *erreur d'appréciation*, fino a quel momento considerato un vizio non decisivo ai fini risarcitori.

Il principio dell'*illégalité fautive* è stato, quindi, dedotto da una decisione giurisprudenziale il cui intento era quello di negare l'inconciliabilità tra esercizio del potere discrezionale e responsabilità dell'amministrazione.

La dottrina successiva si è interrogata a lungo sull'inquadramento giuridico dell'*illégalité fautive*.

Alcuni autori hanno messo in discussione che si tratti di un vero e proprio principio generale del diritto amministrativo ritenendo, invece, che esso esprima un rapporto causale tra illegittimità e colpa, cosicché al giudice residuerebbe pur sempre la possibilità di accertare eventuali cause di giustificazione o di concorso colposo²⁵ del danneggiato o di un terzo²⁶.

Tale posizione dottrinale sottintende, dunque, una sorta di presunzione legale "forte" tra l'accertamento dell'illegittimità e la colpa, che

²⁴ CE Sect., 26 gennaio 1973, n. 84768, *Ville de Paris c. Driancourt*.

²⁵ Per un'ipotesi di concorso colposo del danneggiato si veda CE, SSR, 30 gennaio, 2013, n. 339918, *Michel I*.

²⁶ Per tutti si veda al riguardo M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, 1994, in particolare 161-162.

sarebbe confermata da alcune ricadute processuali della *illégalité fautive*²⁷.

Nonostante l'azione di responsabilità sia autonoma rispetto a quella di annullamento, l'accertamento, anche in via incidentale, della legittimità precederebbe tecnicamente quello sulla colpa, dimostrando che ove la responsabilità venga fatta dipendere da un atto illegittimo la prima è l'antecedente logico della seconda.

2.2. La prova del danno e del nesso di causalità

La relativa facilità con cui è consentito al danneggiato dimostrare la *faute* dell'amministrazione sul piano sostanziale e processuale, ha indotto i giudici ad accentuare il rigore sulla prova dei danni invocati dai ricorrenti e, soprattutto, sul nesso di causalità tra questi e la condotta illegittima dell'amministrazione.

Ciò emerge con evidenza: i) quando il danneggiato si sia esposto al rischio di subire il danno, concorrendo così alla sua produzione o al suo aggravamento, oppure ii) nei casi in cui la decisione, pur illegittima, risulti sostanzialmente corretta cosicché le Corti sono indotte a ritenere che la lesione derivi non dall'atto, ma direttamente dalla "volontà" legislativa "insita" nell'esercizio sostanzialmente corretto della funzione.

Con riferimento alla prima ipotesi, si possono riportare alcuni esempi significativi tratti dalla materia urbanistica.

In una decisione del 1970, *Consorts Chodron de Courcel*²⁸, il giudice amministrativo ha negato che potessero essere imputati all'amministrazione convenuta i danni conseguenti alla mancata conclusione di un contratto di acquisto relativo ad alcuni terreni per i quali era stato presentato un progetto edilizio.

Sebbene l'ente pubblico avesse imposto alcune modifiche progettuali, rivelatesi poi illegittime, il fallimento delle trattative dipendeva dall'esercizio dell'autonomia privata, che esulava dalla vicenda ammini-

²⁷ In tema cfr. F. LLORENS-FRAYSSE, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, 1985; L. DE GASTINES, *Les présomptions en droit administratif*, Paris, 1991.

²⁸ CE, 24 aprile 1970, *Consorts Chodron de Courcel*, Recueil Labon, p. 278.

strativa e non poteva essere imputato all'illegittimità commessa nella fase di approvazione dell'iniziativa.

In senso analogo, in una sentenza dell'aprile 2016, a fronte dell'illegittimo diniego di un permesso di costruire, il *Conseil d'État* ha rigettato la domanda risarcitoria proposta da una impresa immobiliare che intendeva costruire alcuni edifici ad uso residenziale e commerciale su un terreno di proprietà.

Il rigetto dell'azione è stato motivato alla luce dell'insussistenza di un danno certo ed attuale dal momento che, anche in questo caso, i mancati guadagni connessi all'impossibilità di realizzare l'operazione immobiliare non sarebbero stati comunque riconducibili all'attività amministrativa illegittima, ma alla mancata conclusione delle trattative per la futura vendita dell'area oggetto dell'iniziativa²⁹.

In quest'ultimo caso, è stata riconosciuta come prevalente la colpa del danneggiato che ha accettato e non contestato una condizione sospensiva inserita nel contratto preliminare, che subordinava la conclusione dell'accordo definitivo alla emanazione dell'autorizzazione.

In altre parole, l'indagine sul nesso eziologico ha reso del tutto irrilevante la circostanza che il diniego fosse illegittimo. Nel caso di specie il giudice, inoltre, non accerta quale sarebbe stato l'esito dell'azione in assenza dei vizi contestati, inducendo l'interprete a ritenere che la spettanza del titolo edilizio non fosse ragionevolmente certa.

I requisiti del danno e del nesso di causalità giocano, infatti, un ruolo determinante quando si dimostra che la decisione illegittima non poteva che avere quello specifico contenuto lesivo. Per questo l'*illégalité*, pur *fautive*, non è tale da integrare la responsabilità dell'amministrazione³⁰.

I casi più ricorrenti sono quelli in cui l'illegittimità consiste in un vizio di forma e si prova che la misura assunta è sostanzialmente corretta o le ipotesi in cui la decisione contestata è ricondotta ad un diverso parametro normativo mediante la c.d. "sostituzione della base legale dell'atto".

²⁹ CE, 6^{ème}/1^{ère} SSR, 15 aprile 2016, n. 371274, *Société Les Trois Coteaux*.

³⁰ Infatti, se è vero che *toute illégalité est fautive*, non è detto che *toute faute est de nature à engager la responsabilité de la puissance publique*.

Interessante al riguardo è l'esame di due sentenze emesse rispettivamente dal *Conseil d'État*³¹ e dalla *Cour administrative d'appel de Versailles*³² sulla medesima vicenda processuale.

Il Comune di Montreuil affidava ad una società mista un intervento di riqualificazione urbana su un'area espropriata.

In un momento successivo si scopriva che quel fondo, dove già operava un'attività industriale pericolosa, era stato contaminato. Il prefetto emanava così un ordine di bonifica invocando il potere assegnatogli dal Codice dell'ambiente ex art. L 514-1.

In primo e secondo grado, l'amministrazione veniva condannata al risarcimento del danno subito dalla società che aveva tempestivamente eseguito l'ordine di bonifica ma che, parallelamente, era risultata vittoriosa nel giudizio amministrativo avente ad oggetto la legittimità del provvedimento prefettizio.

Il potere di cui all'art. L 514-1 del Codice dell'ambiente poteva, infatti, essere esercitato solo nei confronti del responsabile dell'attività inquinante e non dell'attuale proprietario o gestore del bene.

L'autorità impugnava la sentenza della Corte d'appello dinnanzi al *Conseil d'État* il quale affermava che, nonostante l'atto assunto dal prefetto fosse illegittimo, un provvedimento con effetti identici avrebbe potuto essere adottato dall'autorità municipale a cui l'art L 514-2 del Codice dell'ambiente consentiva di imporre misure ripristinatorie nei confronti di chi possiede e detiene un bene inquinato.

La Corte amministrativa d'appello, su rinvio, deduceva quindi che, pur a fronte di una *illégalité fautive*, nel caso di specie mancava il nesso di causalità tra il danno e l'illegittimità in quanto, in forza della sostituzione della base legale dell'atto, gli effetti lesivi del provvedimento impugnato risultavano giustificati e quindi leciti³³.

³¹ CE, 6ème/1ère SSR, 23 novembre 2011, n. 325334, *Société d'économie mixte Montreuil Développement (Modev)*.

³² CAA, Versailles, 28 décembre 2012, n. 11VE03939.

³³ La vicenda giudiziaria descritta è interessante anche dal punto di vista processuale, dal momento che la sostituzione della base legale dell'atto non sembra soggetta all'accertamento che il diverso parametro normativo preveda procedure analoghe a quelle della decisione contestata, come invece è richiesto nel giudizio per *excès de pouvoir*. Sull'istituto della sostituzione della base legale dell'atto si veda, anche per gli opportuni

A conclusioni analoghe la giurisprudenza è giunta nelle ipotesi in cui la motivazione dell'atto è illegittima, ma può essere sostituita da una parte motivazionale corretta e/o integrata, o nei casi in cui l'amministrazione sia incorsa in un vizio di forma o di procedura (c.d. *illégalités externes*), ma la decisione risulti giustificata nel merito.

In questi ultimi casi la giurisprudenza afferma, infatti, che il danno derivante dall'atto «n'est pas la conséquence directe de telles illégalités mais de l'application même de la législation»³⁴.

3. *Il préjudice come elemento autonomo della fattispecie risarcitoria*

Come visto, l'illecito dell'amministrazione si compone essenzialmente di tre elementi costitutivi: la *faute*, il danno e il nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta illegittima dell'amministrazione.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, parte della dottrina³⁵ ha iniziato tuttavia ad interessarsi al *préjudice* come presupposto autonomo della responsabilità, distinto dal danno (*dommage*)³⁶.

Secondo tale tesi, mentre quest'ultimo è un elemento percepibile sul piano fenomenologico e rappresenta l'alterazione negativa di un bene materiale o personale, il *préjudice* coinciderebbe con il mancato soddi-

riferimenti bibliografici, il contributo di J.M. WÖEHLING, *Il giudice amministrativo francese e la regolarizzazione degli atti amministrativi viziati da illegittimità*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 23 ss.

³⁴ Sul punto si veda CE Sect., 19 giugno 1981, n. 20619, *Epoux Carliez*, in *AJDA*, 1982, 103 ss. e, più di recente, CE, 3 maggio 2004, *M. Devillers*, Lebon T. 874, dove si precisa che, in sede di giudizio risarcitorio, il giudice amministrativo deve accertare, nel modo più adeguato e rigoroso, il nesso di causalità tra l'illegittimità e il pregiudizio subito.

³⁵ In questo senso G. DURY, *Rapport de synthèse. Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, in *Responsabilité civile et assurances*, III, 2010, 58. Si vedano anche C. CORMIER, *Le préjudice en droit administratif français: étude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, Paris, 2008 e M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, 1994.

³⁶ Tra cui in particolare F.P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, in *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*, I, 1957, 1351 ss.

sfacimento di un interesse protetto dall'ordinamento quale parametro per valutare, sul piano giuridico, la perdita subita che dovrebbe risultare a propria volta *certa, diretta e attuale*.

Si tratta, a ben vedere, di uno sviluppo ulteriore della riflessione riguardante il rapporto di causalità nell'illecito dell'amministrazione, che interessa soprattutto quei casi in cui la condotta ha natura omissiva e consiste nel mancato compimento di una azione ritenuta dovuta dal singolo.

L'assenza di un evento materiale (i.e. l'emanazione di un atto favorevole), anche solo agevolato dall'amministrazione e tale da compromettere in senso peggiorativo il patrimonio giuridico dell'amministrato, impone che il nesso di causalità tra il danno e la condotta consista nell'accertamento della lesione dell'interesse privato che sarebbe dovuto prevalere alla luce della fattispecie normativa, ma che è stato, invece, ingiustamente sacrificato.

Non stupisce quindi che la categoria del *préjudice* contribuisca ad inquadrare con maggiore precisione le ipotesi di mancato riconoscimento o conseguimento di un bene della vita oggetto di un provvedimento del tutto, o anche solo parzialmente, non satisfattivo.

3.1. Alcune ipotesi applicative: il bilanciamento degli interessi e l'ingiusta lesione di quello privato

I sostenitori della teoria del *préjudice* come elemento autonomo dell'illecito ritengono che molti casi in cui l'*illégalité fautive* non è considerata tale da generare l'obbligazione risarcitoria manifestano un metodo di analisi della fattispecie risarcitoria che si basa sull'accertamento del nesso di causalità tra l'illegittimità contestata e il pregiudizio dedotto o, meglio, sulla sussistenza o meno della titolarità *in concreto* dell'interesse che si presume leso dalla condotta dell'amministrazione.

Interessante al riguardo è la decisione del *Conseil d'État* del 25 giugno 1999, *Hôtel des thermes du Parc*³⁷.

³⁷ CE, 25 juin 1999, in cause riunite n. 185023 e 185461, *Hôtel des thermes du Parc*.

In virtù della competenza conferitagli dal *Code de la sécurité sociale*, il Ministro dell'economia e delle finanze emanava un decreto per la fissazione delle tariffe applicabili ai trattamenti termali a carico del sistema nazionale.

Fino a quel momento, le tariffe erano state determinate sulla base di una convenzione tra la *Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés* e gli organismi di rappresentanza degli stabilimenti termali.

Oltre alla riduzione complessiva dei prezzi, il nuovo decreto prevedeva, rispetto al passato, una ulteriore decurtazione del 10% delle tariffe per le cure termali di natura complementare.

In sede di *recours pour excès de pouvoir*, il *Conseil d'État* accertava l'illegittimità dell'atto in quanto la fissazione delle nuove tariffe non era stata adeguatamente motivata sulla base di una valutazione complessiva dei costi, dei redditi e dei volumi d'affari degli operatori del settore.

A seguito dell'annullamento dell'atto, alcune imprese termali promuovevano un'istanza risarcitoria per i mancati guadagni che il decreto aveva comportato durante la sua vigenza, quantificandoli nella differenza tra quanto effettivamente percepito e quanto avrebbero invece ricavato in base al prezzario precedente.

Mentre il Tribunale amministrativo di primo grado accoglieva la loro domanda, la Corte amministrativa d'appello la rigettava sull'assunto che la prova del danno non sussisteva, giacché si fondava sulla differenza tra le somme percepite in applicazione del decreto e quelle precedentemente fissate in virtù di una convenzione ormai priva di natura cogente.

Investito della questione, il *Conseil d'État* confermava l'esito del giudizio di secondo grado arricchendone il sostrato motivazionale con riferimento alla mancanza del pregiudizio lamentato in capo ai ricorrenti.

Infatti, dato il contesto normativo vigente e il vizio dell'atto contestato, gli organi ministeriali avrebbero potuto predisporre legittimamente tabelle tariffarie di ammontare analogo a quelle annullate e tali da far percepire agli stabilimenti termali un reddito pari a quello riscosso in applicazione del decreto annullato.

In altre parole, ciò che risultava carente era la dimostrazione da parte dei danneggiati di un interesse, certo ed attuale, a percepire tariffe superiori.

Ancora, nella decisione *Dupuy*³⁸ del 30 settembre 2002 il *Conseil d'État* confermava il rigetto dell'azione risarcitoria promossa da un radiologo che aveva già ottenuto l'annullamento del rifiuto oppostogli da un centro ospedaliero universitario alla conclusione di un accordo volto a consentirgli l'utilizzo delle apparecchiature di radiodiagnostica presenti nella struttura pubblica di appartenenza per lo svolgimento di prestazioni in regime di libera professione.

Il diniego era stato considerato illegittimo in quanto non dava adeguatamente conto delle ricadute negative che l'attività medica privata avrebbe avuto sullo svolgimento del servizio pubblico ospedaliero.

Anche in questo caso, il giudice amministrativo di ultima istanza ha precisato che, in virtù degli effetti dell'annullamento, il consiglio di amministrazione dell'ospedale avrebbe potuto rigettare nuovamente l'istanza del ricorrente³⁹.

Ad ulteriore conferma dell'approccio descritto si può richiamare, infine, la sentenza del 16 febbraio 2004 nella controversia *de Witasse Thezy*⁴⁰. Il caso è piuttosto peculiare rispetto a quelli appena descritti.

Il proprietario di un terreno agricolo esercitava il diritto di recesso anticipato da un contratto agrario avente ad oggetto la coltivazione del suo fondo, avendo egli ottenuto l'autorizzazione a svolgere in proprio l'attività agricola, il cui avvio era subordinato alla dimostrazione della piena disponibilità dell'area e delle strutture necessarie.

L'affittuario contestava l'esercizio del diritto di recesso di fronte alla giurisdizione civile speciale competente (il *tribunal paritaire des baux ruraux*) e, parallelamente, impugnava dinnanzi al tribunale amministrativo il provvedimento autorizzatorio rilasciato a favore del proprietario.

³⁸ CE, 30 settembre 2002, n. 230154, *Dupuy*, in *AJDA*, 2003, 446 e ss.

³⁹ Sorprende solamente che tale argomento non venga addotto per sindacare la sussistenza o meno del *préjudice*, ma per concludere che l'illegittimità non è *fautive* e quindi di natura tale da *engager la responsabilité du centre hospitalier universitaire*.

⁴⁰ CE, 16 febbraio 2004, n. 219516, *de Witasse Thezy*.

Il giudizio amministrativo si concludeva con l'annullamento del provvedimento amministrativo per incompetenza, a cui si aggiungeva la soccombenza del proprietario in sede civile.

Quest'ultimo instaurava, quindi, un giudizio risarcitorio nei confronti dell'amministrazione per i danni causatigli dal provvedimento di autorizzazione che era stato annullato su ricorso del terzo. Secondo le categorie giuridiche italiane, si tratterebbe di un'azione per lesione dell'affidamento generato dall'atto favorevole risultato poi illegittimo e quindi annullato.

In quell'occasione, il *Conseil d'État* confermava che l'illegittimità della decisione era astrattamente tale da determinare la colpa dell'amministrazione, evidenziando tuttavia che il ricorrente non era titolare di un pregiudizio certo, diretto e attuale, giacché aveva superato i limiti di età fissati dalla legge per intraprendere quel particolare tipo di attività agricola.

Egli risultava quindi privo di un titolo necessario allo svolgimento dell'impresa, indipendentemente dal vizio di incompetenza accertato in sede di *recours pour excès de pouvoir*.

Anche ai fini dell'analisi che si svolgerà in merito alle questioni attuali che interessano il sistema giuridico italiano, è interessante notare che nel caso di specie all'affidamento non è stata riconosciuta una autonoma rilevanza risarcitoria. Esso appare più come una componente dell'interesse ad ottenere il provvedimento favorevole che, secondo la logica della spettanza, è stato ritenuto insussistente.

4. La natura della responsabilità nella prospettiva del rapporto tra amministrazione e amministrati e delle posizioni giuridiche di questi rispetto all'esercizio delle funzioni

L'analisi dell'illecito dell'amministrazione, la cui struttura è modellata sull'illecito extracontrattuale di cui all'art. 1382 del *Code civil*, consente di svolgere alcune considerazioni sulla qualificazione del rapporto tra amministrazione e amministrati.

Su tale riflessione gioca un ruolo fondamentale proprio l'elemento della *faute*, non tanto come elemento soggettivo costitutivo della fatti-

specie risarcitoria, quanto piuttosto come concetto giuridico di portata teorica generale, rispetto al quale le esigenze di specialità si sono poste sin da subito e hanno impedito la trasposizione della definizione civilistica di colpa nella sfera delle attività amministrative.

La dottrina civilistica dominante definisce, infatti, la *faute* di cui all'art. 1382 del *Code civil* come un cosciente «manquement à une obligation préexistante»⁴¹.

Sia la giurisprudenza che la dottrina amministrativa tradizionali hanno ritenuto inconcepibile l'applicabilità di questa concezione della condotta *fautive* all'amministrazione⁴².

Dal riconoscimento della responsabilità della p.a. anche a fronte di atti illegittimi non poteva dedursi la titolarità in capo ai singoli di un diritto soggettivo in senso stretto rispetto all'esercizio della *puissance publique*⁴³.

Il cittadino si troverebbe, infatti, in una situazione regolata secondo le forme del *service public* e perciò sarebbe al massimo titolare di un *droit au respect de la loi*⁴⁴.

⁴¹ Tale definizione è stata enunciata all'inizio del XX secolo da M. PLANIOL, *Études sur la responsabilité civile*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, 285 e ID., *Traité élémentaire de droit civil*, VII ed., 2, Paris, 1917, paragrafo n. 863.

⁴² Si vuole fare riferimento alla *faute de service* e non alla *faute personnelle*, che si riferisce alla responsabilità dei soli funzionari per i fatti e gli atti da essi compiuti. Tra questi possono rientrare anche quelle condotte poste in essere con l'intenzione di nuocere l'interesse altrui.

⁴³ Tale problema è stato definito come «singulièrement compliquée en droit administratif» da M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, cit., 408-415, la quale ricorda che è stata principalmente l'influenza di L. Duguit e della scuola del *service public* a rendere meno rilevante il richiamo al diritto soggettivo quale elemento centrale delle dottrine sulla responsabilità, considerato che esso era presente nelle opere degli autori della prima metà del XIX secolo, tra cui in particolare M. Le Bon de Cormenin, A. Chaveau e A.F.A. Vivien. In tema si veda L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901.

⁴⁴ B. DELAUNAY, *La faute de l'administration*, Paris, 2007, 197. Altri autori, in passato, avevano cercato di ricostruire una sorta di "diritto pubblico soggettivo" del privato sottolineando che, proprio ai fini dell'illecito della pubblica amministrazione, l'indagine sull'elemento della colpa presupporrebbe pur sempre il riconoscimento di una obbligazione preesistente a favore della vittima. Sul punto cfr. R. DRAGO, *La notion d'obligation: droit public et droit privé*, in *Archives de philosophie du droit (APD)*, fasc. 44

Orientamenti di questo tipo si esponevano, tuttavia, alla critica di coloro che sottolineavano come gli interessi in parola non potessero assumere la forma giuridica di un diritto soggettivo in senso proprio, quanto piuttosto di una posizione «objective d'essence légale et réglementaire»⁴⁵.

Di recente, alcuni autori hanno approfondito questo tema sostenendo che, in linea di principio e salvo eccezioni, il diritto amministrativo non impone all'amministrazione obbligazioni propriamente intese, quanto piuttosto doveri (*devoirs*) che richiedono un'adeguata composizione degli interessi di volta in volta rilevanti. A differenza delle *obligations*, infatti, i *devoirs* di diritto pubblico non possono essere considerati come previsti «en vue de satisfaire aux désir des particuliers, mais en vue de garantir certaines exigences de l'ordre public, entendu au sens le plus large du terme»⁴⁶.

In particolare si è richiamata l'attenzione sull'utilizzo eccessivo e talvolta improprio dell'espressione *obligation*, che tende ormai a con-

(*L'obligation*), 2000, 43 ss. e J. CHEVALLIER, *L'obligation en droit public*, *ibidem*, 179 ss. Così, nella prima metà del secolo scorso, si è tentato di individuare alcuni diritti a favore degli amministrati, ritenendo che «toute responsabilité pour faute implique donc la violation, par l'administration, d'un droit garanti à l'administré» (J. MOREAU, *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, 1956, in particolare 91. Sul punto è stato piuttosto rilevante anche il pensiero di R. BONNARD, *Les droits publics subjectifs des administrés*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1932, 695 ss.). Ancora negli anni settanta, la sostanziale coincidenza tra *illégalité* e *faute* aveva indotto a ricostruire il diritto degli amministrati come un diritto alla legittimità dell'azione amministrativa (B. SEILLER, *Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux*, in AFDA (Association Française pour la Recherche en Droit Administratif), *Les droits publics subjectifs des administrés*, Actes du colloques organisé les 10 et 11 juin 2010 à l'Université de Bordeaux, Paris, 2011, 191 ss. parla al riguardo di «droit à la légalité»). Per una prospettiva storica della questione e per i termini più recenti del dibattito si vedano N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Paris, 2003.

⁴⁵ M. PAILLET, *Faute de service*, in *Juris-classeur administratif*, Paris, 1993, fasc. 818, voce aggiornata nel 2008 da E. BREEN, 11 ss.

⁴⁶ P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, ristampa, Paris, 2005 (I ed., Sirey, 1963), 97.

fondersi con quella di *devoir*, nonostante solo la prima sia in grado di far sorgere in capo alla controparte un diritto e una pretesa all'adempimento della prestazione corrispettiva (c.d. *droit-créance*), tutelabile secondo gli istituti di *droit privé*⁴⁷.

Tuttavia, non si può dire che questo approccio comprometta le esigenze di tutela del singolo. Al contrario, per le ragioni sopra esposte, si è ritenuto che la *faute de service* (e non la colpa privatistica) sussiste ogniqualvolta l'amministrazione non compia un giusto bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati rilevanti nella vicenda amministrativa sottoposta al suo esame⁴⁸ e in tutti gli altri casi di illegittimità rilevante nel giudizio *pour excès de pouvoir*⁴⁹.

L'approccio descritto non è smentito dalla posizione della giurisprudenza più recente, che tende ad individuare una sorta di obbligazione di risultato in capo all'amministrazione per la soddisfazione dei c.d. *droits à*, ovvero quelle situazioni giuridiche soggettive che vengono riconosciute ai privati rispetto all'esercizio di funzioni e prestazioni amministrative in settori particolarmente sensibili per il pieno sviluppo della persona umana⁵⁰ (i.e. i diritti alla salute, al rispetto della vita familiare,

⁴⁷ In questo senso P. ROUBIER, *op. cit.*, in particolare 100-102, secondo il quale la distinzione tra *obligations* e *devoirs* determina l'individuazione e il riconoscimento di *situations juridiques* rispettivamente *subjectives* e *objectives*.

⁴⁸ Si ricordi che alla *faute de service* sono ricondotti anche i casi di disservizio o, più in generale, di adattamento non ottimale del *service public* ai bisogni espressi dagli utenti e alle condizioni del contesto fattuale. Sul *principe d'adaptation* o *d'adaptabilité du service public* anche in relazione alla tematica della *faute de service* si veda J.F. LACHAUME, *Les lois du service public: entre tradition et modernité*, in *RFDA*, 2006, 1233. Da ultimo è stato richiamato anche il principio di buona amministrazione (*bonne administration*) per ricomprendere le diverse ipotesi di responsabilità che, a titolo esemplificativo, possono derivare dalla violazione del principio di affidamento, da ritardi irragionevoli e inescusabili della funzione amministrativa, da difetti e carenze nell'organizzazione e nella vigilanza dei servizi, da negligenza, imprudenza o imperizia dei pubblici agenti e, infine, da omesso esercizio delle funzioni.

⁴⁹ Sul punto cfr. già R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 1945, 292 ss. e più di recente R. BOUSTA, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, 2010, in particolare 311.

⁵⁰ L'espressione è di M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, 2006.

all'educazione e, più in generale, all'integrazione e inclusione sociale dei soggetti vulnerabili).

Con riferimento, in particolare, alle prestazioni in settori di rilevanza sociale si è ritenuto che i rapporti tra potere pubblico e privati debbano essere ricostruiti in modo tale da riconoscere a questi ultimi il diritto al godimento di beni ritenuti fondamentali di cui le istituzioni pubbliche devono farsi carico.

Sul piano risarcitorio, questa nuova prospettiva ricostruttiva non è stata tuttavia ancora in grado di modificare gli assetti tradizionali dell'azione di responsabilità, che rimane di natura extracontrattuale ed è retta da principi e regole applicabili alle altre ipotesi di lesione derivanti da una attività amministrativa⁵¹.

⁵¹ Ciò non toglie che, sul piano più generale, la crescente attenzione per la garanzia dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni abbia contribuito a potenziare l'evoluzione in senso soggettivo del *contentieux pour excès de pouvoir*, riducendo la differenza tra questo e il *contentieux de pleine juridiction* cui appartengono le controversie risarcitorie. In questo senso R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008, 225-226. Rispetto ai *droits à*, infatti, il ristoro per equivalente assicurato dal giudizio in materia di responsabilità finisce per rappresentare uno strumento di pressione ulteriore che completa un contenzioso d'annullamento in cui il privato che intende difendere un diritto o una libertà fondamentali può esperire, in sede cautelare, misure d'urgenza specifiche (c.d. *référé-liberté*) e ottenere, a conclusione del giudizio di merito, determinazioni ingiuntive (*injonctions*) accompagnate da penalità pecuniarie (*astreintes*) attraverso le quali il giudice specifica l'effetto ripristinatorio e conformativo dell'annullamento del provvedimento, dando alla sentenza un contenuto ordinatorio concreto. Sull'esecuzione della sentenza d'annullamento nell'ordinamento francese a seguito degli interventi legislativi del 1980 (legge n. 80-539 del 16 luglio 1980) e del 1995 (legge n. 95-125 dell'8 febbraio 1995), si veda S.R. MASERA, *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 218. Si ricorda che in Francia non è ancora prevista un'azione di esecuzione coattiva diretta e in forma specifica dell'ingiunzione paragonabile all'ottemperanza italiana. Non è infatti consentito al giudice amministrativo di sostituirsi all'amministrazione inadempiente nell'emanazione degli atti dovuti e non adottati.

5. Le ricadute processuali dell'illégalité fautive

Il riconoscimento della *illégalité fautive* porta inevitabilmente a interrogarsi sul rapporto tra il *contentieux de la responsabilité* e quello della *légalité*, il primo rappresentato dal *recours de plein contentieux* e il secondo dal *recours pour excès de pouvoir*.

Le azioni possono essere esperite congiuntamente o in via autonoma.

La possibilità di esercitare le azioni contestualmente ha contribuito ad attenuare almeno in parte la differenza tra i due tipi di contenzioso⁵², in quanto è permesso al giudice amministrativo di esaminare le due domande in un'unica decisione.

Tuttavia, non si mette in discussione la precedenza dell'accertamento sulla legittimità rispetto a quello sulla colpa.

Se una decisione lesiva è stata contestata senza successo nel giudizio sull'*excès de pouvoir*, il *Conseil d'État* non ammette che essa venga rimessa in discussione nel giudizio risarcitorio per i motivi di illegittimità ritenuti infondati in ossequio agli effetti prodotti dal giudicato in senso sostanziale.

Il giudice del risarcimento ha, però, la facoltà di considerare autonomamente i motivi di annullamento sollevati dal ricorrente in sede di legittimità, ma non esaminati dal giudice perché, per esempio, assorbiti⁵³.

Al danneggiato non è, inoltre, preclusa la deduzione di motivi ulteriori rispetto a quelli individuati in precedenza⁵⁴.

Infine, sempre in forza del principio generale di autonomia dei giudizi, il carattere definitivo di una decisione illegittima avverso la quale non è stato presentato in tempo utile alcun ricorso per l'annullamento

⁵² Come è noto, il contenzioso amministrativo di *légalité* francese si connota sin dalle sue origini per una marcata natura oggettiva. Il *recours de pleine juridiction* è stato invece sempre orientato alla salvaguardia e alla tutela dei diritti e degli interessi dell'amministrato. In questo senso v. D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa*, cit., 69 ss. e A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, vol. I, 2000, 269 ss.

⁵³ P. DUEZ, *op. cit.*, 52.

⁵⁴ Così già CE, Sect., 3 maggio 1963, n. 56932, *Alaux*.

non è di ostacolo all'introduzione di una domanda che intende ottenere la riparazione dei danni nel frattempo prodotti.

In dottrina si è sottolineato, però, che la mancata impugnazione del provvedimento può precludere in alcuni casi la possibilità di ottenere il risarcimento, in particolare quando il danno richiesto corrisponda al bene della vita che sarebbe stato riconosciuto se fosse stata richiesta e ottenuta la tutela annullatoria, come nel caso di somme di denaro non dovute, ma corrisposte all'amministrazione in esecuzione di un atto invalido⁵⁵.

Infine, il principio di autonomia dell'azione risarcitoria è ulteriormente mitigato dall'istituto disciplinato dall'art. R 412-1 del *Code de justice administrative*⁵⁶ in forza del quale non è possibile procedere con un'azione di responsabilità se non dopo aver ottenuto l'emanazione, espressa o tacita, di una *décision préalable* sulla domanda risarcitoria⁵⁷.

⁵⁵ In questo senso A. SIMONATI, *op. cit.*, 86, la quale sottolinea che questo approccio trova applicazione soprattutto con riferimento ai provvedimenti che impongono sanzioni pecuniarie o che negano o revocano l'attribuzione di somme di denaro. In queste ipotesi, la giurisprudenza avverte che il ristoro del danno derivante dal provvedimento illegittimo non impugnato finirebbe con il neutralizzare l'efficacia dell'atto stesso, divenuto ormai definitivo.

⁵⁶ Secondo cui l'istanza per ottenere il risarcimento del danno «doit, à peine d'irrecevabilité, être accompagnée, sauf impossibilité justifiée, de la décision attaquée».

⁵⁷ In questo senso A. SIMONATI, *op. cit.*, 88-89.

CAPITOLO III

L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE COME IPOTESI DI DIRITTO PRIVATO SPECIALE

L'ESPERIENZA TEDESCA

SOMMARIO: *1. La responsabilità dell'amministrazione nell'esperienza tedesca alla luce del rapporto tra autorità e libertà. 1.1. La personalità giuridica dello Stato e la titolarità dei diritti pubblici soggettivi quali presupposti per la tutela anche risarcitoria del singolo. 2. I regimi attuali della responsabilità dei poteri pubblici in Germania: inquadramento generale. 2.1. L'illecito dell'amministrazione come ipotesi di diritto privato speciale. 3. L'Amtshaftung di cui all'art. 34 GG e al § 839 del BGB. 3.1. Il requisito della Drittbetrogenheit: la natura della norma violata e la protezione dell'interesse del "terzo". 3.2. La colpa quale elemento ulteriore dell'illecito e la sua interpretazione giurisprudenziale. 4. La fattispecie di cui all'enteignungsgleicher Eingriff. 5. Le ricadute processuali dei modelli di responsabilità: il principio della Primärrechtsschutz. 5.1. Il problema dell'atto amministrativo non contestato: i limiti all'accertamento incidentale della illegittimità e il principio di autonomia del giudizio risarcitorio.*

1. La responsabilità dell'amministrazione nell'esperienza tedesca alla luce del rapporto tra autorità e libertà

Per inquadrare storicamente il tema dell'illecito della pubblica amministrazione nell'ordinamento tedesco, è necessario richiamare innanzitutto le riflessioni dottrinali in materia di teoria dello Stato che si sono sviluppate a cavallo tra il XIX e il XX secolo.

Inizialmente il dibattito si è concentrato su tre differenti esigenze da coordinare e ricomporre: i) le istanze della società borghese che voleva vedere affermato il principio di certezza dei rapporti giuridici attraverso il riconoscimento delle libertà economiche fino a quel momento oggetto di privilegi attribuiti dal *princeps*¹; ii) il rispetto della volontà sovrana

¹ Il pensiero giuridico liberale sotteso a questa esigenza si concentrava sulla edificazione di un diritto pubblico che doveva garantire la difesa dei diritti dei singoli anche

personificata dal Monarca e iii) la valorizzazione del diritto come espressione della comunità² e di una continuità giuridica coincidente con l'interesse comune³.

Durante il consolidamento dell'ordinamento bismarckiano, emergevano dunque, per la prima volta, la questione della contrapposizione tra la sfera dell'autorità e la sfera della(e) libertà e il tentativo di ricostruire questo rapporto in termini strettamente giuridici.

nei confronti dei detentori del potere attraverso mezzi e strumenti di tutela necessari per la loro soddisfazione.

Questa impostazione si traduceva in un criterio ermeneutico del potere e del suo esercizio come è evidenziato, nella dottrina italiana di inizio Novecento, da S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico* (1899), in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Zanobini, Milano, 1950, 125: «così sembra che nelle relazioni fra lo Stato e i cittadini, lo Stato e gli enti autarchici, gli enti autarchici e i cittadini, debba nei casi dubbi darsi la preferenza al principio di libertà e di autarchia, anziché a quello di autorità».

Esponente dell'approccio liberale nella ricostruzione del sistema pubblicistico in Italia fu in particolare Vittorio Scialoja. Sul tema della dualità della giurisdizione è nota la sua tesi del «diritto fatto valere come interesse» espressa a commento del caso *Laurens* (Corte Cass., sez. un., 24 giugno 1891) la quale lasciava intravedere una sorta di complementarità degli strumenti ottenibili di fronte al giudice ordinario, il cui carattere giurisdizionale era incontestato, e alla IV sezione del Consiglio di Stato, cui si tendeva, invece, a riconoscere natura di organo essenzialmente amministrativo. Su questi profili e sul dibattito nella dottrina italiana risalente alla fine del XIX secolo, si veda B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, cit., 243-279.

² Con riferimento al problema della legittimazione dello Stato, erano in particolare i germanisti della scuola storica a ricostruire il diritto oggettivo statale in chiave storico-organicistica contrapponendo la *Genossenschaft* alla *Herrschaft*, intesa quale sinonimo di *dominium e imperium*. Mentre nel secondo paradigma il monarca governa secondo la sua volontà, rispetto alla quale i destinatari sono meri sudditi, nel primo questi ultimi sono parte essenziale di una collettività cui spetta l'individuazione degli interessi comuni di governo. In tema, si veda la voce «Herrschaft», in O. BRUNNER, W. CONZE, R. KOSELLECK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, III, Stuttgart, 2004, 12-13. Secondo una nota ricostruzione che è attribuibile a Gierke, nello stato costituzionale rappresentativo si realizza la fusione della *Genossenschaft* e della *Obrigkei* (traducibile come "autorità di governo"), la quale dà vita a una unità nuova, espressione della capacità di agire e di volere di una comunità attraverso il diritto oggettivo dello Stato.

³ In questo senso K.F. VON GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, 1971, 102-103.

La necessità di conciliare potere, diritto oggettivo e interessi dei singoli ha rappresentato, infatti, il tema centrale delle opere della dottrina pubblicistica tedesca di fine Ottocento, che intendeva legittimare l'assetto istituzionale risultante dalla Costituzione imperiale del 1871.

Al momento del passaggio dallo Stato feudale allo Stato borghese, i diritti soggettivi tradizionali iniziavano ad essere affiancati dai c.d. *diritti civili* (ovvero i diritti dei *cives*), che rappresentavano essenzialmente le libertà richieste dalla nuova classe economica.

Nell'epoca precedente, la maggior parte di tali interessi non spettava al singolo in quanto tale, ma era il frutto di determinazioni del sovrano che concedeva ad alcuni (piuttosto che ad altri) i c.d. *privilegia* secondo il proprio arbitrio e senza che un parametro normativo generale e astratto assicurasse la certezza del loro riconoscimento⁴.

Tale genesi ha condizionato le ricostruzioni dottrinali dell'epoca e in particolare la nozione di *Reflexrecht* di Gerber, che ha giocato un ruolo

⁴ In tema si veda l'interessante saggio di H. MOHNHAUPT, *I diritti di privilegio e i diritti di libertà nella Germania del XVIII e XIX secolo*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 42, Bologna, 1995, 17 ss., il quale ricorda che «Stando all'etimologia, il *privilegium* è una legge (*privata lex* o *lex in privos lata*). Tale accezione ricevette un proprio fondamento dalla dottrina della legislazione, che prese corpo durante l'*ancien régime* dal connubio fra dottrina privatistica delle fonti giuridiche e dottrina «pubblicistica» dei diritti di sovranità. La *potestas legislatoria* collegata in età assolutistica col monopolio da parte del sovrano dell'intera produzione giuridica, includeva anche la facoltà di emanare ordinanze con valore di legge. Di queste, la principale era naturalmente la *lex generalis*. Essa però poteva ammettere eccezioni che, sanzionate ciascuna da una *lex specialis*, si ponevano in contrasto con le norme generali o col diritto comune, aventi validità illimitata. Già in Bartolo sta scritto: «Privilegium est lex scripta contra ius commune». La concessione di privilegi «contra ius commune» poteva dunque essere intesa come violazione della norma generale, come creazione di un diritto al di fuori della legislazione esistente o, infine, come surrogato alla mancanza di una norma generale. Il diritto di emettere ordinanze a favore di singoli e a discapito, o al di fuori, della legge rientrava ovviamente fra le spettanze del potere legislativo. Nel 1738 Bilderbeck spiegava «Chi detiene il potere di dare leggi... ha anche la facoltà di concedere *privilegia* e libertà determinate...». I concetti di «privilegia» e di «libertà», qui usati come sinonimi, denotano l'affrancamento da un obbligo fissato da una norma generale o dal diritto comune» (23).

significativo anche in Italia per la nascita della figura dell'interesse legittimo come elemento essenziale del diritto amministrativo.

Con *Reflexrechte* si intendevano i diritti e gli interessi che spettavano al singolo quale membro della collettività, ma che rimanevano sostanzialmente il riflesso dell'originario rapporto di sudditanza verso lo Stato, il cui volere coincideva con quello del Monarca.

Mentre i diritti privati propriamente detti attecchivano alla personalità individuale, le nuove libertà nascevano mantenendo una sorta di dipendenza dalla dimensione statale del singolo, non avendo carattere originario come i primi, ma essendo una conseguenza delle prerogative e delle decisioni dell'autorità.

La riflessione scientifica su questi istituti era influenzata, in verità, anche da alcuni dati storici non trascurabili, vale a dire il fallito tentativo da parte della borghesia di impadronirsi dello Stato – come era avvenuto in Francia a seguito della rivoluzione – e il bisogno di far convivere il nuovo ordine economico liberale con la monarchia. Per scongiurare ulteriori e possibili sentimenti rivoluzionari, i singoli potevano accettare una posizione subordinata rispetto all'autorità, ma non potevano essere del tutto privati delle necessarie tutele giuridiche nei confronti del potere medesimo.

Di questi temi iniziava quindi ad occuparsi il diritto pubblico, il cui oggetto di studio principale diventava lo Stato inteso quale entità unitaria in cui la vita collettiva di un popolo si struttura secondo norme giuridiche⁵.

A questi fini era necessario che lo Stato divenisse progressivamente la forma giuridica della vita collettiva organizzata per il raggiungimento dell'interesse comune⁶.

⁵ In tema si veda lo studio di A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986.

⁶ In questo senso, come è stato autorevolmente sottolineato (M. NIGRO, *Il «segreto» di Gerber*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 1971, 293 ss.), il luogo di emersione della differenza e della frattura fra pensiero privatistico e pensiero pubblicistico è dato dal concetto di personalità dello Stato in cui si trovano il punto di partenza e il nucleo essenziale di tutto il diritto pubblico. La personalità giuridica dello Stato è un concetto originario che manifesta una propria volontà differente da quella del soggetto privato e assoluta negli ambiti ad essa garantiti. Tuttavia, si tratta di una capacità

Proprio in questo contesto va collocata la nota dottrina dei “diritti pubblici soggettivi” come distinti dai “diritti soggettivi privati”: mentre i secondi si riferiscono a posizioni proprie dell’individuo in quanto tale, i primi rappresentano la soggettivazione del diritto pubblico oggettivo, quale volontà generale espressa dalle leggi e attuata dall’amministrazione.

1.1. La personalità giuridica dello Stato e la titolarità dei diritti pubblici soggettivi quali presupposti per la tutela anche risarcitoria del singolo

Anche la teoria dei diritti pubblici soggettivi può essere letta alla luce dell’esigenza di conciliare autorità e libertà attraverso il riconoscimento di strumenti di tutela degli interessi individuali nei confronti dell’autorità e del potere⁷.

La dottrina in parola muoveva dalla premessa teorica secondo cui l’ordinamento statale (*Staatsordnung*), chiamato a garantire l’attuazione degli interessi generali, presupponeva l’ordinamento giuridico (*Rechtsordnung*), il quale attribuiva rilevanza giuridica ai rapporti (economici, sociali e politici) tra i diversi membri della collettività. Tra questi ultimi rientravano altresì quelli di natura pubblicistica caratterizzati dalla disparità delle parti coinvolte, vale a dire lo Stato, in posizione gerarchicamente superiore, e l’individuo.

di volere che si può svolgere solo in forme determinate e per servire gli scopi dello Stato (321).

⁷ Come è noto, la dottrina dei diritti pubblici soggettivi è stata formulata da G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892 (trad. it. di G. VITAGLIANO con prefazione di V.E. ORLANDO, 1912) e ID., *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1905 (trad. it. di M. PETROZZIELLO, con una introduzione generale di V.E. ORLANDO, Milano, 1949). Si veda inoltre O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Stuttgart, 1914; ID., *Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte*, in Z. GIACOMETTI, D. SCHINDLER (a cura di), *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, 1927, 26 ss. Nella dottrina italiana cfr. S. ROMANO, *Teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897, 109 ss.; ID., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1931, 69 ss.; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 418 ss.

Tale processo di qualificazione giuridica era possibile grazie al riconoscimento della personalità o capacità giuridica dello Stato, intesa come concetto relazionale.

Nell'ambito della teoria, ogni relazione di diritto presupponeva infatti alcuni *status* (o capacità) creati dal diritto oggettivo in virtù dei quali ai soggetti dell'ordinamento e, quindi, anche allo Stato: i) è data la facoltà di compiere azioni giuridicamente rilevanti in quanto permesse (c.d. sfera del giuridicamente lecito o del *dürfen*) e ii) è riconosciuto il potere di volere gli effetti di un determinato atto o di una determinata azione (c.d. sfera delle potestà giuridiche o del *können*)⁸.

Le norme che individuavano la capacità giuridica dello Stato, al pari delle altre, non potevano essere concepite in assenza di situazioni corrispettive poste in capo ai cittadini che, come è noto, venivano classificate in base al loro contenuto ed erano: i) di soggezione; ii) di libertà; iii) di cittadinanza; iv) di partecipazione politica attiva.

Tanto lo Stato, quanto i singoli, erano quindi titolari di “diritti pubblici soggettivi”, ovvero di facoltà, poteri e doveri regolati dall'ordinamento giuridico all'interno di un rapporto giuspubblicistico.

Tra i diritti pubblici soggettivi dei cittadini, le libertà divenivano così uno degli *status* riconosciuti all'individuo, definito, però, in senso *negativo*, dal momento che ad essi non corrispondeva una vera e propria obbligazione attiva da parte dei pubblici poteri, ma un dovere di rispetto entro le limitazioni poste dall'ordinamento.

Tuttavia, questa natura non escludeva la tutela delle libertà: anche la lesione degli *status* negativi poteva, infatti, generare una pretesa giuridica (*Anspruch*) dell'individuo per il riconoscimento delle libertà sottese, o meglio, per l'accertamento del divieto dello Stato di violarle mediante ordini o costrizioni non consentiti dal diritto e, per questo, illegittimi⁹.

Si può scorgere in questo passaggio l'affermazione di una tutela giurisdizionale verso il potere pubblico e amministrativo che, a seconda

⁸ In tema cfr. A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, 1 ss.

⁹ In altre parole, la tutela dei diritti pubblici soggettivi negativi è nata come interesse alla affermazione dei limiti che l'ordinamento pone alla potestà pubblica in vista del loro rispetto.

degli *status* tutelati, avrebbe potuto assumere contenuti diversi (di *dare*, di *facere*, di *non facere* o di *praestare*).

Anche la tutela risarcitoria in caso di illecito era contemplata in questa ricostruzione e veniva ricondotta al tema della formazione e dei limiti finalistici della volontà statale.

Come anticipato, lo Stato era considerato titolare di diritti e potestà in quanto amministrava ed esprimeva la volontà collettiva secondo una organizzazione regolata dal diritto oggettivo (la c.d. *Staatsordnung*).

In questo senso, il sistema dei diritti pubblici soggettivi si differenziava da quello dei diritti privati per l'interesse che le norme e gli istituti esprimevano nell'una e nell'altra sfera del diritto.

In particolare, solo nel primo caso, vigeva la massima «richte Akte so sein, wie es dem Gemeininteresse am besten entspricht» e per questo l'organizzazione statale doveva esercitare le proprie potestà nel rispetto degli *status* individuali, ma soprattutto in funzione del perseguimento dell'interesse pubblico che rappresentava il suo fine principale.

Secondo le categorie espresse in precedenza, quando lo Stato abusava della capacità giuridica che l'ordinamento gli attribuiva, finiva per *abusare del proprio diritto (pubblico soggettivo)*, ponendosi al di fuori dell'area di ciò che gli era lecitamente permesso (*dürfen*) e commettendo per questo un illecito risarcibile¹⁰.

Inoltre, non solo l'organizzazione nel suo complesso, ma anche i titolari degli organi pubblici potevano essere ritenuti responsabili per gli illeciti commessi in caso di inosservanza dei propri doveri d'ufficio, necessari per il funzionamento della *Staatsordnung*.

Nella dottrina pubblicistica tedesca, dunque, la possibilità di concepire l'illecito dell'amministrazione e dei suoi funzionari non veniva messa in discussione.

A conclusioni opposte, almeno per quanto riguarda la responsabilità dello Stato come persona giuridica, giungevano invece gli esponenti del normativismo giuridico e, primo fra tutti, Hans Kelsen che negli *Hauptprobleme* del 1911 e nel contributo dedicato proprio all'*Illecito*

¹⁰ Si veda al riguardo l'ampia trattazione di G. VALERA, *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello Stato nel pensiero di Georg Jellinek*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *op. cit.*, 53 ss., in particolare 97.

dello Stato del 1913 teorizzava che «die Staatsperson kann nicht Unrecht handeln».

Secondo Kelsen, ragionando diversamente, si sarebbe determinata una contraddizione logica in quanto lo Stato, trasgredendo ad un proprio ordine e agendo contro la propria volontà espressa dall'ordinamento, avrebbe finito per volere allo stesso tempo l'illecito e la sua sanzione.

A ben vedere, a tale esito si poteva giungere anche attraverso la teoria sulla validità ed efficacia degli atti giuridici, che predicava una netta distinzione tra criteri di *validità* degli atti e condizioni di *liceità* delle condotte e che sarebbe stata smentita poi dall'evoluzione dell'ordinamento.

La violazione dei primi non avrebbe potuto determinare un illecito, ma esclusivamente la nullità dell'atto e l'invalidità dei suoi effetti. La responsabilità sarebbe potuta sussistere solo in caso di comportamento anti giuridico del pubblico funzionario che, non ottemperando ai doveri inerenti al proprio ufficio, avesse interrotto coscientemente l'immedesimazione della sua volontà con quella dell'ente di appartenenza¹¹.

2. I regimi attuali della responsabilità dei poteri pubblici in Germania: inquadramento generale

Il regime di responsabilità delle amministrazioni pubbliche in Germania è stato dunque influenzato dalle teorie sui limiti e sui fini imposti al potere pubblico in vista della tutela dei diritti individuali e della soddisfazione degli interessi generali¹².

¹¹ In tema, a commento dell'edizione e traduzione italiana del saggio di H. KELSEN, *L'illecito dello Stato*, cit., si veda B. SORDI, *L'illecito dello Stato: un problema di "estetica del pensiero"*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 1989, 633 ss.

¹² I principi dello stato di diritto hanno permesso la transizione dall'idea del suddito a quella del cittadino. In questo senso H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011, e anche J. MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Berlin, 1997, 128.

Tuttavia, una qualche esigenza di adattamento tra responsabilità e potere è percepibile nell'evoluzione del sistema e può essere ricostruita alla luce degli istituti vigenti, i quali mostrano tratti derogatori rispetto al regime ordinario della responsabilità civile¹³.

In generale, la responsabilità per i danni conseguenti ad una attività amministrativa illegittima si colloca all'interno di un sistema composito di illeciti in cui sono comprese differenti fattispecie risarcitorie¹⁴ forgiate nel tempo dalla giurisprudenza civile, che è titolare della giurisdizione in materia risarcitoria e ha cercato di armonizzare i principi pubblicistici con le logiche riparatorie del diritto privato.

Il regime di responsabilità dell'amministrazione dotato di portata generale è la c.d. *Beamtenhaftung*, che corrisponde all'illecito compiuto dai soggetti che hanno agito in nome e per conto dell'ente pubblico in qualità di pubblici funzionari.

Tale ipotesi risarcitoria è regolata dal codice civile tedesco (§ 839 BGB) e si qualifica come una responsabilità per il fatto dell'agente che ha violato uno dei doveri inerenti al suo ufficio con negligenza, imprudenza o dolo.

Si tratta di una previsione che trova applicazione indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'attività concretamente posta in essere e che quindi può sussistere tanto per gli *acta iure imperii*, quanto per quelli *iure gestionis*.

In quest'ultimo caso, l'ente pubblico di appartenenza potrà incorrere nella responsabilità vicaria secondo le regole generali applicabili anche alle organizzazioni private (§ 31, § 278 e § 831 BGB).

¹³ Occorre del resto ricordare che, al tempo della emanazione del BGB, lo Stato non poteva essere ritenuto responsabile per gli atti illegittimi dei suoi funzionari emanati nel campo della *hoheitlicher Tätigkeit*, che coincideva con la sfera degli *acta iure imperii*. Tale impostazione veniva progressivamente abbandonata grazie al *Beamtenhaftungsgesetz* prussiano del 1909 e al *Reichsbeamtenhaftungsgesetz* del 1910. Entrambi questi atti normativi introdussero il sistema tuttora in vigore sancito, prima, dall'art. 131 della Costituzione di Weimar e poi dall'art. 34 GG. Sul punto si veda da ultimo U. MAGNUS, *The Liability of Public Authorities in Germany*, in K. OLIPHANT (ed.), *op. cit.*, 177 ss., in particolare 178-179.

¹⁴ Per una ricostruzione generale in materia si veda il commento di H.J. PAPIER al § 839 BGB (*MünchKommBGB/Papier* § 839 Band 5 no. 25 ff.).

Quando, invece, l'azione dannosa è riconducibile all'esercizio del potere (la c.d. *hoheitliche Tätigkeit*) la responsabilità dell'istituzione si fonda sul combinato disposto del § 839 BGB e dell'art. 34 della *Grundgesetz GG* e l'illecito prende il nome di *Amtshaftung*.

Il § 839 BGB (rubricato responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio) disciplina l'illecito del funzionario stabilendo che questo sia obbligato a risarcire i danni conseguenti alla violazione dolosa o colposa di un dovere d'ufficio imposto nei confronti di un terzo. In caso di colpa lieve, la responsabilità sussiste solo se il danno del danneggiato non possa essere ristorato in altro modo.

La previsione contenuta nella legge fondamentale consente di attribuire direttamente alla pubblica amministrazione la responsabilità del funzionario per gli atti *iure imperii*.

Il danneggiato non avrà titolo a procedere nei confronti della persona fisica, che sarà esposta all'eventuale azione di rivalsa dell'amministrazione in caso di dolo o colpa grave.

Come si vedrà meglio *infra*, uno degli elementi più problematici della fattispecie è la c.d. *Drittbezogenheit*, ovvero la "riferibilità del dovere (d'ufficio) al terzo" inteso come titolare di un interesse protetto dalle norme violate che sia ulteriore rispetto all'interesse pubblico perseguito, ma a questo riconducibile¹⁵.

Accanto all'*Amtshaftung*, che gode di un riferimento normativo espresso, sussistono altre fattispecie risarcitorie che sono state individuate in via pretoria.

In virtù di una interpretazione estensiva dell'art. 14 GG, posto a tutela del diritto di proprietà e del diritto all'indennizzo in caso di espropriazione, le Corti hanno ricostruito la pretesa del singolo ad un'equa riparazione che prende il nome di *Haftung aus enteignungsgleichem Eingriff* (responsabilità per quasi-espropriazione), applicabile in tutti

¹⁵ La *Drittbezogenheit* è stata definita come la "sfera di cristallo della responsabilità" da P. ITZEL, *Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht*, in *Monatschrift für Deutsches Recht*, 2009, 730. Si veda inoltre F. OSSENBUHL, M. CORNILS, *Staatshaftungsrecht*, München, 2013, 59-62.

quei casi in cui l'amministrazione abbia leso illegittimamente un diritto reale o di impresa¹⁶.

La fattispecie astratta richiede un pregiudizio illecito e diretto dell'interesse privato, dovuto all'esercizio di un potere pubblico e può trovare applicazione in diverse ipotesi, tra cui rientra anche il rifiuto illegittimo o ingiustificato di provvedimenti autorizzatori o comunque a contenuto ampliativo¹⁷.

Infine, va menzionata la responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea (la c.d. *gemeinschaftsrechtliche Haftungsanspruch*) cui è stata riconosciuta natura autonoma all'interno del sistema degli illeciti dei poteri pubblici¹⁸.

Ancora oggi i principali regimi in materia di responsabilità delle amministrazioni pubbliche sono i primi due: i) quello dell'*Amtshaftung* regolato dal combinato disposto del § 839 BGB e dell'art. 34 GG e fondato sulla violazione colposa da parte del funzionario di un dovere d'ufficio che può, ma non necessariamente deve, coincidere con le ipotesi di illegittimità della decisione assunta¹⁹ e ii) quello della quasi-

¹⁶ Come è noto, nonostante l'art. 14 della legge fondamentale si riferisca espressamente alla sola lesione della proprietà, a partire dal 1952 la Corte di giustizia federale ha precisato che tutti i diritti patrimoniali possono essere tutelati in virtù della previsione costituzionale in parola (BGHZ 6, 270 (278), 10 giugno 1952).

¹⁷ A conclusioni analoghe si è pervenuti nel caso in cui la lesione ricada su un diritto personale del cittadino (c.d. *Haftung aus aufopferungsgleichem Eingriff*). La giurisprudenza ha ricostruito altresì un ulteriore e specifico rimedio a carattere restitutorio in caso di lesione arrecata ad un diritto connesso alle funzioni pubbliche di assistenza e previdenza sociale, esperibile ogniqualvolta informazioni o giudizi errati forniti dalle autorità statali impediscano al cittadino di veder soddisfatta una propria pretesa sociale, assistenziale o previdenziale.

¹⁸ Anche in questo caso la trattazione della fattispecie in parola verrà affrontata nel Capitolo V.

¹⁹ In tema, B. GRZESZICK, *Staatshaftungsrecht*, in H.U. ERICHSEN, D. EHLERS (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 2006, 2009 e F. SCHOCH, *Amtshaftung*, in *Jura*, 1988, 589. In questo senso, si può dire che la responsabilità dei poteri pubblici in Germania rappresenta un contenzioso più sull'attività che sugli atti e spesso può riferirsi a comportamenti o conseguenze dannose rispetto ai quali l'esperimento dei rimedi amministrativi non è riuscito a fornire un'adeguata tutela.

espropriazione, che tutela la lesione ingiusta di un diritto e in cui illegittimità e illiceità finiscono per sovrapporsi²⁰.

In quest'ultima ipotesi, tuttavia, la meritevolezza di tutela risarcitoria viene limitata alla lesione di alcuni particolari interessi di natura reale o patrimoniale.

Le due tipologie di rimedi si distinguono anche per l'entità del danno riconosciuto: nel caso dell'*Amtshaftung* questo può comprendere l'intero pregiudizio sofferto, mentre nel secondo caso si fa riferimento ad un'equa riparazione che implica una valutazione equitativa da parte del giudice, spesso corrispondente al solo danno emergente.

Le peculiarità del diritto tedesco si esprimono, infine, anche sul piano processuale: ai rimedi assicurati dalla giurisdizione amministrativa nei casi di esercizio illegittimo del potere è riconosciuta, infatti, natura primaria rispetto all'azione risarcitoria.

Quest'ultima tende ad essere considerata un rimedio complementare rispetto all'annullamento del provvedimento lesivo (c.d. *Beseitigungsanspruch*), al ripristino della situazione pregressa (c.d. *Folgenbeseitigungsanspruch*) o all'azione di adempimento (c.d. *Verpflichtungsklage*) in particolare nei casi di diniego di provvedimenti ampliativi²¹.

La *Primärrechtsschutz*, ovvero il c.d. "primato della protezione (o della tutela) primaria" è considerato un principio fondamentale del diritto tedesco, che trova puntuale applicazione nella materia dell'illecito dell'amministrazione e che si fonda sul bilanciamento tra il principio di buona fede e quello di effettività del sistema di tutela assicurato al singolo.

²⁰ U. HÖSCH, *Staatshaftung und Aufopferung*, in *DÖV*, 1999, 197.

²¹ C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento tra tutela costitutiva e risarcitoria nell'ordinamento tedesco*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., 131 ss., in particolare 137, sottolinea che «il ripristino dello *status quo ante* con la cancellazione della lesione è stato definito "*actio negatoria* di diritto pubblico", che può tradursi anche in un diritto di restituzione».

2.1. *L'illecito dell'amministrazione come ipotesi di diritto privato speciale*

Le fattispecie descritte nel precedente paragrafo dimostrano come il sistema tedesco riservi alla responsabilità dell'amministrazione un regime di diritto privato speciale.

Tuttavia, fuori dall'ambito di applicazione dei singoli illeciti, nulla esclude che il privato possa esperire la tutela risarcitoria contro il pubblico funzionario secondo altre disposizioni di diritto di civile generale.

L'ente pubblico potrà a questo punto incorrere in una responsabilità vicaria secondo quanto previsto dai §§ 31, 278 e 831 BGB, applicabili alle organizzazioni private.

In linea generale, si potranno dunque verificare ipotesi di lesione di uno dei diritti assoluti della vittima così come tipizzati dal comma 1 del § 823 BGB che, in virtù dell'*Enumerationsprinzip*²², mira a garantire l'invulnerabilità di beni giuridici fondamentali quali la vita, l'integrità fisica, la salute, la libertà, la proprietà e ogni altro diritto a questi assimilabile²³.

²² L'elencazione tassativa dei diritti assoluti il cui pregiudizio determina la responsabilità dell'agente porta a qualificare il sistema tedesco come retto dal principio di tipicità dei fatti illeciti in cui domina l'elemento oggettivo dato dall'ingiustizia del danno. In questo senso solo determinati beni della vita possono essere protetti in via risarcitoria a titolo di responsabilità extracontrattuale. M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, 49 sottolinea che, a differenza di quello francese, il sistema tedesco intendeva ispirarsi ai dettami del liberismo economico per cui una clausola generale dell'illecito avrebbe potuto limitare eccessivamente lo sviluppo e lo svolgimento dell'attività di impresa. Su questo ultimo aspetto, si veda anche F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt, 1974, 9 ss. e H.P. BENÖHR, *Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB*, in R. ZIMMERMANN, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 2000, 499 ss.

²³ Quest'ultima precisazione ha consentito alle Corti di far rientrare nel campo di applicazione della disposizione in parola il diritto ad esercitare l'attività di impresa, ma solo quando questa sia pregiudicata dalla lesione di un bene essenziale per la produzione e non anche quando ricorrano danni puramente economici (*reine Vermögensschäden*), come nel caso di perdite legate all'avviamento o a opportunità di mercato. Così P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino,

Il danneggiato potrà inoltre lamentare la violazione di una norma di protezione che tuteli il singolo, o la classe di individui a cui questo appartiene, ma che non abbia come fine principale il perseguimento di un interesse pubblico, integrando così la fattispecie di cui al comma 2 del medesimo § 823.

Quest'ultima previsione è applicata in modo piuttosto restrittivo²⁴ dalle Corti civili, poiché consente di estendere l'area degli interessi risarcibili rispetto a quelli previsti dal comma 1. Nei confronti dell'attività amministrativa le ipotesi applicative sono in realtà piuttosto marginali e residuali. Accanto alla tutela per i danni derivanti da reato, un esempio potrebbe essere dato dalla violazione delle norme contenute nel codice della strada (*Straßenverkehrsordnung*, StVO) commessa da un pubblico agente alla guida di un'auto di servizio²⁵.

Infine, va richiamato il § 826 BGB che disciplina l'illecito per violazione dei c.d. buoni costumi (*contra bonos mores*) e che sussiste quando il danno sia stato commesso con dolo o, comunque, con la consapevolezza degli effetti dannosi della condotta.

Nel corso del tempo, la giurisprudenza ha fatto rientrare in questa ipotesi gli atti di emulazione o di abuso del diritto, le condotte sleali nelle pratiche commerciali o nella diffusione delle informazioni, l'induzione in errore della controparte portata a riporre fiducia su una apparenza difforme dalla realtà.

Si tratta di comportamenti che possono essere imputati anche a soggetti che agiscono in nome e per conto dell'amministrazione.

Si pensi, per esempio, al caso di lesione dell'affidamento generato da indicazioni o comunicazioni errate nel corso di un procedimento: il privato in buona fede potrà agire contro il funzionario e l'amministrazione procedente, ma l'obbligazione risarcitoria dipenderà dalla dimo-

1998, 56. Sul punto si veda anche K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band 2, Institutionen, Tübingen, 1984, 287.

²⁴ Così O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, sub § 823, München, 2003, 145 ss. In tema cfr. anche K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *op. ult. cit.*, 289 ss.

²⁵ Circa la possibilità di ricondurre la violazione delle norme sulla circolazione stradale nell'ambito del secondo comma del § 826 BGB, si veda M.S. SMAGON, *Liability for breach of law under § 823 sec. 2 BGB*, in B. HEIDERHOFF, G. ŽMIJ (eds.), *Tort Law in Poland, Germany and Europe*, Munich, 2009, 23 ss. e in particolare 24.

strazione, non sempre agevole, del dolo o della coscienza dell'agente in merito al danno creato²⁶.

3. *L'Amtshaftung di cui all'art. 34 GG e al § 839 del BGB*

Le previsioni contenute nel § 839 BGB e nell'art. 34 GG si riferiscono alla responsabilità personale del funzionario pubblico, che si estende all'ente presso cui quest'ultimo presta servizio. L'organizzazione pubblica si assume la responsabilità per il fatto del funzionario, rispetto al quale andranno comunque accertate la violazione del dovere di ufficio e il grado di colpevolezza.

L'*Amtshaftung* si applica alle ipotesi di esercizio di attività di imperio per cui l'autorità pubblica diviene l'unico soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria e potrà poi avvalersi di una azione di regresso nei confronti del dipendente, ove il comportamento di questo sia stato commesso con dolo o colpa grave.

L'illecito in parola presenta molti caratteri peculiari rispetto alla teoria generale della responsabilità civile, basti sottolineare che la responsabilità del pubblico funzionario (*Amtsträger*) è attribuita all'autorità solo nel caso in cui a questo sia stato affidato un dovere d'ufficio (*Amtspflicht*) che, nel caso concreto, è stato perseguito in modo difforme da quanto previsto dalla legge per la tutela degli interessi generali.

Tuttavia, non tutti i doveri imposti ai funzionari sono rilevanti ai fini della responsabilità della pubblica amministrazione e non coincidono *tout court* con l'insieme delle norme e dei presupposti rilevanti per la legittimità degli atti.

²⁶ In tema di tutela dell'affidamento derivante, però, dagli effetti di un provvedimento favorevole, ma illegittimo, si ricordano le previsioni di cui ai § 48 e 49 VwVfG secondo cui, qualora la p.a. annulli d'ufficio o revochi un provvedimento amministrativo, in quanto sia ritenuto prevalente l'interesse pubblico rispetto a quello privato, essa è tenuta a compensare il danno patrimoniale prodottosi nei confronti di chi confidava nella stabilità dell'atto. L'affidamento deve essere comunque meritevole di tutela. Sul punto cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 21 ss. e D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in ID. (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1 ss.

In primo luogo, oltre al perseguimento dell'interesse pubblico attribuito all'amministrazione coinvolta, il dovere pubblico violato deve rispondere all'obiettivo specifico di proteggere l'interesse del (terzo) danneggiato e di prevenire il verificarsi di quei danni per cui si chiede la tutela risarcitoria.

Tale condizione, prevista dal par. 1 del § 839 BGB, prende il nome di *Drittbezogenheit* e introduce quindi un elemento di ingiustizia del danno nella fattispecie astratta della *Amtshaftung*.

Per "terzo" può intendersi tanto il destinatario dell'atto o dell'azione, quanto un estraneo non inciso direttamente dagli effetti costitutivi del provvedimento, ma comunque pregiudicato da un esercizio della funzione non conforme a quanto previsto dall'ordinamento.

In questo senso, da un punto di vista tecnico, la teoria della *Drittbezogenheit* può essere considerata anche un'articolazione specifica della dottrina più generale dello scopo della norma violata (*Schutzzweck der Norm*).

Come è stato messo in evidenza dalla scienza civilistica, lo sviluppo e il consolidamento di tale ultima teoria si inseriscono nel dibattito relativo alla causalità giuridica e all'individuazione dei criteri di imputabilità della responsabilità in capo all'agente per le conseguenze delle sue azioni od omissioni quando sia in gioco una attività regolata dalla legge²⁷.

In particolare, il criterio dello scopo della norma imporrebbe di ricondurre alla condotta di un soggetto i danni che questi ha omesso col-

²⁷ Sul punto, si vedano in particolare E. VON CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg, 1956, 12 ss.; J.G. WOLF, *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Göttingen, 1962; T. RAISER, *Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzen Norm*, in *Juristenzeitung*, 1963, 462; H. KÖTZ, G. WAGNER, G. WAGNER, *Deliktsrecht*, München, 2010, 521. Il principio in base al quale la responsabilità per danni deve riferirsi al tipo di lesioni che la norma violata ha lo scopo di evitare è stato ripreso e discusso anche da alcuni autorevoli civilisti italiani tra cui, in particolare, P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967; M. BARCELLONA, «Scopo della norma violata», *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311 ss. e ID., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 211 ss.

pevolmente di prevedere e che rientrano nella tipologia di lesioni che la norma di legge, rilevante nella fattispecie, mirava a prevenire.

La riconduzione della responsabilità all'ambito di protezione della norma violata non è immune da critiche, in quanto la sua applicazione in concreto rischia di dipendere da considerazioni di politica del diritto, per loro natura mutevoli e affidate alla sensibilità delle Corti²⁸.

Non può negarsi, infatti, che il metodo di accertamento descritto può prestarsi a diverse interpretazioni e giustificare, a seconda dei casi, tanto un restringimento dell'area dei danni risarcibili, limitandoli alle sole lesioni ricomprese nello scopo della disciplina sulla base di una selezione degli interessi che viene svolta a monte, quanto un loro ampliamento se il collegamento tra condotta antiggiuridica e pregiudizio sofferto estende l'oggetto dei doveri di protezione posti in capo all'agente.

3.1. *Il requisito della Drittbezogenheit: la natura della norma violata e la protezione dell'interesse del "terzo"*

Il requisito della *Drittbezogenheit* impone che il dovere d'ufficio violato possa essere ricondotto ad una norma intesa a proteggere l'interesse di cui il privato lamenta la lesione e a cui riconduce i danni che si sono verificati²⁹.

Per inquadrare il tema, la dottrina tedesca è solita riportare un esempio tratto dalla casistica giurisprudenziale.

²⁸ In senso critico e antitetico, si è sviluppato un approccio che affronta il problema della delimitazione della responsabilità sulla base di presupposti morali che tengano conto maggiormente delle condizioni psicologiche dell'agente. In questo senso già M. VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873, 15 ss. secondo cui l'agente deve rispondere del danno solo se questo e il particolare svolgimento causale che ha condotto all'evento lesivo erano da lui effettivamente prevedibili *ex ante* e in concreto.

²⁹ Occorre, quindi, che accanto all'attuazione dell'interesse generale, il dovere possa essere interpretato nel senso di prendere in considerazione e tutelare gli interessi dei singoli. Nel caso concreto, l'interesse di cui è portatore il danneggiato dovrà appartenere alla categoria di quelli protetti in astratto dalla norma. In altre parole, il diritto o l'interesse violato devono essere compresi nell'effetto protettivo della norma che impone il dovere.

L'autorità pubblica preposta alla vigilanza dei veicoli a motore deve garantire la sicurezza dei mezzi in circolazione. Per questo, pur agendo nel pubblico interesse, non può sottrarsi alla responsabilità per i danni causati ai conducenti o ai terzi in caso di incidente stradale, se questo è dovuto ad un difetto strutturale dell'autovettura che il funzionario incaricato dei controlli e delle certificazioni abbia omesso negligenemente di accertare.

Allo stesso tempo, però, l'obiettivo specifico del dovere di vigilanza ricostruibile alla luce della disciplina positiva non può essere inteso come diretto a proteggere il proprietario del veicolo da eventuali perdite di natura meramente economica dovute, per esempio, al deprezzamento del mezzo una volta scoperto il difetto strutturale dello stesso nel corso delle trattative per la conclusione di un contratto di compravendita³⁰.

In altre parole, il dovere pubblico violato deve essere posto a tutela degli interessi dei danneggiati i cui pregiudizi avrebbero dovuto essere previsti e per questo evitati. Di conseguenza, nel caso tratteggiato, solo coloro che risultano lesi dallo stato di insicurezza del veicolo possono aspirare al risarcimento del danno sofferto.

Un settore nel quale può essere verificata l'applicazione in concreto di questo presupposto è quello dell'urbanistica e dell'edilizia, dove si ritiene che le norme in materia di vigilanza sulle costruzioni abbiano come fine principale quello di preservare l'incolumità di tutti coloro che frequentano o utilizzano gli edifici e che devono poter confidare sulla loro sicurezza.

Un diritto al risarcimento sussiste, dunque, ogniqualvolta si verifichi un danno alla vita o all'integrità fisica che sia riconducibile alla condotta negligente od omissiva dell'amministrazione pubblica la quale, per esempio, ha autorizzato con superficialità un intervento edificatorio rivelatosi poi insicuro.

In alcune occasioni la giurisprudenza ha esteso la categoria degli interessi protetti dalle norme in parola, dimostrando sul punto un approccio flessibile.

³⁰ In materia si vedano le decisioni BGH, 17.05.1990, II ZR 191/88, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2615-2616 e BGH, 30.09.2004, III ZR 194/04, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 3484.

Al riguardo è interessante una decisione della Corte federale (*Bundesgerichtshof*, BGH) del 6 luglio 1989³¹.

Il caso di specie riguardava l'istanza risarcitoria avanzata dal proprietario di un terreno nei confronti di un'amministrazione locale per la sopravvenuta impossibilità di realizzare un progetto edificatorio a causa della contaminazione del fondo dovuta ad una precedente discarica comunale.

L'attore lamentava in particolare che l'inquinamento dell'area era stato accertato dai funzionari pubblici incaricati solo dopo che era stata dichiarata l'edificabilità del fondo, dimostrando così una negligenza tale da ledere il suo affidamento incolpevole.

Nel decidere la controversia, la Corte tedesca ha scelto un percorso argomentativo che si è concentrato non tanto sulla lesione del principio di buona fede, come sarebbe stato forse più opportuno, quanto sulla natura della norma violata affermando che, come è noto, «l'ente pubblico ha l'obbligo di verificare, in sede urbanistica, la salubrità dei terreni destinati all'edificazione»³².

I giudici hanno però aggiunto che «tale obbligo si estende anche alle conseguenze di natura patrimoniale che derivino da una successiva constatazione dell'inutilizzabilità del terreno a fini edificatori»³³; per questo motivo anche il proprietario leso nei suoi interessi di natura economica è considerato “terzo” nell'ambito del giudizio risarcitorio³⁴.

³¹ BGB, 6 luglio 1989, III ZR 251/87.

³² «Die Amtsträger einer Gemeinde die Amtspflicht haben, bei der Aufstellung von Bebauungsplänen Gesundheitsgefährdungen zu verhindern».

³³ «Die Haftung wegen einer Verletzung dieser Amtspflicht umfaßt auch Vermögensschäden, die die Erwerber dadurch erleiden, daß sie im Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Planung Wohnungen errichten oder kaufen, die nicht bewohnbar sind».

³⁴ La sentenza specifica che il giudice del rinvio deve, altresì, valutare se gli acquirenti fossero consapevoli dell'utilizzo del fondo come discarica e dei possibili riflessi sulla edificabilità, nel qual caso vi sarebbe un concorso di colpa e quindi una decurtazione del risarcimento. Nella valutazione dell'apporto causale si sarebbe dovuta comunque considerare la maggior incidenza dell'operato amministrativo che è dovuta alle specifiche competenze attribuite all'apparato pubblico per un controllo efficace dello stato dei suoli.

Il caso dimostra dunque un'indagine più articolata sul nesso di causalità tra l'illegittimità e le conseguenze del fatto dannoso³⁵.

Vi è in altre parole un esame maggiormente approfondito e puntuale sull'elemento eziologico richiesto dalla fattispecie risarcitoria, riconoscendo la tutela aquiliana a fronte di quei danni che siano la conseguenza diretta di un evento tipico che il rispetto del dovere e della funzione avrebbe dovuto prevedere e prevenire.

Quando la pretesa risarcitoria riguarda lesioni derivanti da atti o decisioni, i destinatari diretti degli stessi tendono ad essere considerati *tout court* "terzi" in quanto protetti dalle disposizioni che regolano il corretto esercizio della funzione³⁶.

Con riferimento alla titolarità dell'interesse protetto a fronte di un provvedimento illegittimo, in una decisione del 2013, la Corte d'appello di Düsseldorf ha negato che il rispetto delle norme per l'emanazione di un permesso di costruire – dedotto in un contratto di compravendita dell'immobile come condizione essenziale per l'aumento del prezzo di acquisto – potesse essere interpretato come posto a tutela dell'interesse economico del venditore che, in quanto precedente proprietario del bene, non poteva essere considerato l'attuale destinatario dell'atto o, per meglio dire, dei suoi effetti³⁷.

³⁵ Sulla causalità nell'illecito civile inteso come problema essenzialmente normativo si veda, nella dottrina tedesca tradizionale, E. RABEL, *Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen*, The Hague, 1932; E. VON CAEMMERER, *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, cit., e ID., *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962.

³⁶ Per un esempio in materia di pubblico impiego, BGH, 19.05.1988, III ZR 32/87, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, 99.

³⁷ Oberlandesgericht (OLG) di Düsseldorf, 20 marzo 2013, n. 162/12. Nel caso di specie, si trattava di una vicenda edilizia riguardante una casa monofamiliare convertita in più appartamenti negli anni settanta e oggetto di un contratto di compravendita nel 2008. Durante le trattative e a seguito di un approfondimento svolto presso gli uffici comunali, gli acquirenti venivano a conoscenza del fatto che l'appartamento situato all'ultimo piano dell'edificio era stato ricavato da una precedente soffitta in assenza di un idoneo titolo edilizio. Tale circostanza determinava una considerevole diminuzione del prezzo di acquisto dedotto nel contratto.

Ciò nonostante, l'alienante si assumeva l'impegno di collaborare attivamente per la regolarizzazione dell'immobile, partecipando al procedimento amministrativo come interessato e sostenendo che la posizione dell'amministrazione non era fondata dal

In generale, la riferibilità al terzo del dovere imposto dalla norma violata si ritiene sussistente ove si dimostri un vizio tale da incidere sul contenuto dell'atto, come nel caso in cui l'amministrazione abbia colposamente omesso di esaminare i presupposti di fatto della decisione.

Fanno eccezione le ipotesi di illegittimità meramente formali, che vengono tradizionalmente interpretate come poste nell'esclusivo interesse pubblico al corretto svolgimento della funzione³⁸.

Infine, alcuni problemi possono sorgere a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali, soprattutto quando si tratti di discrezionalità sull'*an* e sul *quomodo* della azione.

In questi casi, infatti, si tende a ritenere che il privato non possa che dimostrare, alla luce della disciplina rilevante, la titolarità di un diritto – o meglio di un interesse – a che l'amministrazione faccia un corretto uso della propria discrezionalità. Il danneggiato potrebbe, infatti, incorrere nella difficoltà di dimostrare il nesso di causalità tra la condotta e il danno, stante l'incertezza sulla spettanza del bene della vita pregiudicato³⁹.

momento che gran parte della trasformazione edilizia riguardante la soffitta risaliva agli anni cinquanta ed era conforme alla disciplina allora vigente, che non richiedeva alcun atto amministrativo di assenso. Le parti prevedevano, dunque, che in caso di successo della procedura di regolarizzazione, la somma già versata a titolo di corrispettivo, sarebbe stata integrata di ulteriori 40.000 euro.

Il procedimento amministrativo si concludeva con il rigetto dell'istanza di regolarizzazione dell'intervento edilizio, adducendo l'infondatezza degli elementi presentati dalle parti.

L'amministrazione proponeva, invece, il rilascio di un permesso edilizio in sanatoria condizionato all'efficientamento termico ed energetico dell'edificio, che avrebbe comportato nuovi e ulteriori oneri a carico degli attuali proprietari. Ritenendo che l'operato dell'amministrazione fosse del tutto illegittimo e irragionevole, l'alienante lo contestava con una azione di responsabilità per il risarcimento del danno economico corrispondente al mancato guadagno che egli avrebbe potuto ottenere se la vicenda amministrativa avesse avuto l'esito da lui sperato. Tanto il Tribunale di primo grado quanto la Corte di appello hanno respinto la domanda ritenendo che l'interesse dell'attore sorgerà da un contratto di diritto privato e che, per questo, non poteva essere incluso in quelli protetti dalle norme che regolavano il procedimento in materia edilizia.

³⁸ In questo senso A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, 2013, 329.

³⁹ U. MAGNUS, *op. cit.*, 189.

Quando, invece, l'amministrazione non è dotata di una discrezionalità in senso proprio, ma solo di un margine di apprezzamento circa la sussistenza o meno delle condizioni per l'emanazione dell'atto, alle Corti ordinarie è permesso il sindacato sulla correttezza o meno della scelta compiuta dall'autorità pubblica.

L'attività amministrativa potrà quindi essere ritenuta illegittima e rilevante per il giudizio risarcitorio quando si dimostri che l'atto lesivo doveva in realtà essere emanato con un contenuto diverso, maggiormente soddisfacente o meno pregiudizievole per l'interesse del singolo⁴⁰.

3.2. *La colpa quale elemento ulteriore dell'illecito e la sua interpretazione giurisprudenziale*

Accanto alla natura protettiva della norma violata, la fattispecie risarcitoria dell'*Amtshaftung* richiede la prova della colpa del pubblico funzionario e del danno, che può essere anche di natura meramente economica⁴¹.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, occorre provare che il pubblico funzionario ha ignorato gli *standard* di condotta o di organizzazione che si possono attendere da un funzionario diligente e professionale alla luce delle circostanze del caso concreto⁴².

In merito a questo presupposto, le Corti hanno sviluppato un approccio che tende a considerare in modo piuttosto rigoroso la scusabilità o meno della condotta dell'agente.

Così, per esempio, la colpa potrebbe non sussistere quando il funzionario dimostra di aver fatto affidamento sulla legittimità del provve-

⁴⁰ Il principio è stato affermato soprattutto nei casi di ingiusta detenzione che ricadono nell'ambito della disciplina generale per responsabilità dei pubblici poteri (BGH, 21.04.1988, III ZR 255/86 in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1989, 96 ss. e BGH, 29.04.1993, III ZR 3/92, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, 2927 ss.).

⁴¹ I privati danneggiati possono instaurare una azione risarcitoria per le perdite e i danni causati dalle decisioni illegittime. Tuttavia, il lucro cessante va provato secondo un criterio di alta probabilità e non di mera possibilità perduta.

⁴² In tema BGH, 22.05.1986, III ZR 237/84, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 2829.

dimento in quanto confermata da un giudizio di primo grado, sebbene rivisto in appello.

Tuttavia, anche in ipotesi di questo tipo, l'esistenza della colpa potrebbe essere riconosciuta se il privato riesce a dimostrare che, sin dal principio, vi erano elementi tali da permettere di apprezzare l'illegittimità dell'atto⁴³.

Sul requisito della scusabilità della condotta dell'amministrazione, può essere interessante quanto precisato nella decisione⁴⁴ del BGH del 29 settembre 1975.

Il proprietario di una casa bifamiliare chiedeva all'ente comunale competente l'autorizzazione per l'ampliamento dell'edificio e la costruzione di un'ulteriore porzione residenziale annessa alle precedenti.

Secondo la normativa allora vigente, l'autorizzazione era subordinata al parere favorevole dell'autorità di vigilanza in materia edilizia e dell'autorità territoriale distrettuale.

Quest'ultima, esercitando le proprie funzioni in materia di pianificazione urbanistica all'epoca dei fatti di causa, aveva redatto un nuovo piano della costruzioni (*Bebauungsplan*) che impediva la costruzione di edifici residenziali con più di due unità abitative nell'area in questione.

Nonostante il piano non fosse ancora divenuto definitivo, l'autorità di distretto rimaneva inerte sull'istanza presentata dal privato, esprimendo in via interlocutoria alcune perplessità sul progetto dell'attore che, volendo ampliare l'edificio esistente e già composto di due unità abitative, si sarebbe posto in contrasto con gli interessi pubblici sottesi all'atto di pianificazione in fase di approvazione.

Nonostante le forti riserve espresse dall'autorità di distretto, l'autorizzazione veniva emanata su pressione e impulso dell'autorità comunale.

Pertanto, il privato si rivolgeva al giudice civile per il risarcimento dei danni dovuti al ritardo nell'attuazione della sua iniziativa edilizia ritenendoli imputabili esclusivamente alla condotta dilatoria dell'amministrazione distrettuale.

⁴³ BGH, III ZR 32/10, 04.11.2010.

⁴⁴ BGH, 29.09.1975, III ZR 40/73 (BGHZ 65, 182/186).

Nel rinviare la causa alla Corte d'appello competente per il rinnovo dell'istruttoria, la Corte federale precisava che su ogni amministrazione coinvolta nel procedimento incombeva un dovere di protezione nei confronti dell'istante⁴⁵, rilevante ai sensi del § 839 BGB⁴⁶.

Tuttavia, indipendentemente dall'esito favorevole dell'azione amministrativa, ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'amministrazione, occorre verificare se il privato fosse titolare di un interesse qualificato all'emanazione *tempestiva* del provvedimento richiesto e, in caso affermativo, se la determinazione tardiva dell'amministrazione distrettuale non risultasse scusabile in quanto giustificata da corrette e condivisibili ragioni di prudenza⁴⁷.

4. *La fattispecie di cui all'enteignungsgleicher Eingriff*

A differenza dell'*Amtshaftung*, l'azione per quasi-espropriazione (*enteignungsgleicher Eingriff*) non trova un riferimento espresso nel diritto positivo in quanto è stata elaborata dalle Corti in via pretoria per proteggere le illegittime interferenze del potere pubblico nel godimento ed esercizio dei diritti reali o di impresa.

La domanda di riparazione in caso di quasi-espropriazione non richiede la colpevolezza dell'agente, ma solo una lesione illegittima del diritto del danneggiato da parte di una misura pubblica a carattere autoritativo (*hoheitliche Maßnahme*).

⁴⁵ «Vielmehr bestehen zwischen den Beamten der am Baugenehmigungsverfahren mitwirkenden Gemeinde und dem einzelnen Bauwilligen besondere Beziehungen, die es rechtfertigen, eine Amtspflichtverletzung gegenüber dem Bauwilligen dann anzunehmen, wenn die Beamten der Gemeinde das nach § 36 Abs. 1 BBauG erforderliche Einvernehmen versagen, obwohl das Bauvorhaben nach den §§ 33 bis 35 BBauG zulässig ist».

⁴⁶ «Überschreitet die Gemeinde im Rahmen ihrer Mitwirkung im Baugenehmigungsverfahren ihre Befugnisse und versagt sie unberechtigt ihr Einvernehmen, so verletzt sie damit eine ihr auf Grund der oben geschilderten besonderen Beziehung dem Bauwilligen gegenüber obliegende Amtspflicht und macht sich – falls die weiteren Voraussetzungen des § 839 BGB vorliegen – schadensersatzpflichtig».

⁴⁷ Si vedano al riguardo i punti 29 e ss. della motivazione.

L'amministrazione deve aver pregiudicato direttamente l'interesse del privato, costringendolo a sopportare uno svantaggio eccessivamente gravoso e ingiusto rispetto agli altri consociati.

Il limite dell'azione è dato dal fatto che essa può essere invocata solo per la tutela di alcuni interessi: la giurisprudenza ritiene per esempio risarcibili i danni conseguenti ad un provvedimento illegittimo e limitativo dell'attività economica, esclusivamente quando questo abbia comportato la totale impossibilità di esercitare l'attività d'impresa e non, invece, quando abbia causato la mera riduzione dei guadagni attesi che, a questi fini, viene considerata una perdita meramente economica.

Così, in un caso⁴⁸ del 1960, si è ritenuto risarcibile il danno sofferto da un commerciante ambulante cui era stato interdetto da un'amministrazione locale di vendere i propri prodotti all'interno del territorio comunale in mancanza di autorizzazione. Tale condizione era stata dichiarata illegittima dal giudice amministrativo e aveva permesso il risarcimento del danno da lesione illecita ed ingiusta dell'attività economica.

A conclusioni opposte si è invece giunti in una controversia decisa⁴⁹ nel 1990, in cui ad una azienda dolciaria era stato imposto, da parte dell'autorità competente ad effettuare i controlli sugli alimenti a uso umano, il divieto di commercializzare un prodotto alimentare considerato contraffatto e adulterato in quanto rivestito da una glassa che aveva solo l'apparenza del cioccolato, ma che era invece un mero surrogato composto da grassi vegetali.

L'impresa era stata costretta, quindi, a modificare la composizione e il ciclo produttivo del prodotto con conseguente aumento dei costi di produzione.

Alcuni anni dopo, la disciplina in base alla quale era stato elevato il provvedimento afflittivo veniva dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale tedesca poiché eccessivamente limitativa della libertà economica.

Il titolare dell'azienda intentava quindi una azione risarcitoria contro l'amministrazione pubblica, adducendo una lesione ingiusta della pro-

⁴⁸ BGH, 25 aprile 1960, III ZR, n. 55/59.

⁴⁹ BGH, 7 giugno 1990, III ZR, n. 74/88.

pria attività di impresa che gli aveva causato danni ingenti dal punto di vista economico.

La Corte federale confermava il rigetto dell'azione risarcitoria per quasi-espropriazione, sostenendo che l'azione pubblica ritenuta illecita in quanto attuativa di una fonte rivelatasi incostituzionale non aveva impedito del tutto l'esercizio del diritto di condurre l'attività economica, ma aveva comportato un mero aumento dei costi di produzione e, di conseguenza, una diminuzione dei guadagni attesi.

Tali interessi non potevano trovare riparazione nell'ambito della *enteignungsgleicher Eingriff*.

5. Le ricadute processuali dei modelli di responsabilità: il principio della Primärrechtsschutz

Come anticipato, l'ordinamento tedesco tende a considerare la tutela risarcitoria contro la pubblica amministrazione come un *minus*⁵⁰ rispetto ai rimedi inibitori, costitutivi e di condanna che consentono al soggetto leso di rivolgersi al giudice amministrativo e di evitare la produzione o l'aggravamento del danno, eliminando tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della condotta lesiva.

Ciò vale per gli interessi oppositivi che possono avvantaggiarsi dei rimedi inibitori preventivi (*vorbeugende Unterlassungsklage*), della tutela demolitoria (*Beseitigungsanspruch*) e di quella ripristinatoria (*Folgenbeseitigungsanspruch*), ma anche, e forse con ancora maggior evidenza, per gli interessi pretensivi cui l'ordinamento processuale ammi-

⁵⁰ In questo senso, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, 133 che richiama sul punto S. PFAB, *Staatshaftung in Deutschland: die Reformaufgabe und ihre Vorgaben in der rechtsstaatlichen Garantie des Artikel 34 Grundgesetz und durch die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts*, München, 1997, 57 e E. SCHMIDT-ABMANN, *Einführung*, n. 231, in E. SCHMIDT-ABMANN, F. SCHOCH (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, München, 1996. In tema si rinvia all'analisi approfondita svolta da F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., in particolare 20-56.

nistrativo garantisce, oltre alle misure cautelari atipiche, diverse azioni specifiche tra cui l'azione di adempimento (*Verpflichtungsklage*)⁵¹.

Il principio in parola prende il nome di *Primärrechtsschutz*, ovvero primato della tutela o protezione primaria.

Storicamente, anche l'affermazione della *Primärrechtsschutz* è connessa al riconoscimento dei principi dello stato di diritto nei rapporti giuspubblicistici.

Si voleva infatti che la tutela assicurata ai privati fosse effettiva e conforme a quanto viene oggi sancito nell'art. 19, co. 4, GG per cui «chiunque sia leso nei propri diritti da un pubblico potere deve poter accedere alla tutela giurisdizionale».

Nell'ordinamento previgente valeva, infatti, l'adagio “*dulde und liquidiere*” (letteralmente tollera e poi chiedi la liquidazione) ricondotto ai §§ 74 e 75 del codice generale prussiano del 1794, che disciplinavano il diritto all'indennizzo dovuto a chiunque fosse costretto a veder sacrificato un proprio bene o diritto per il perseguimento dell'interesse comune.

In quel contesto, al privato non era consentito tutelare il proprio interesse secondo le regole e i principi del diritto comune, dal momento che era data prevalenza ai valori della giustizia redistributiva rispetto ad un approccio egoistico di difesa del proprio patrimonio giuridico.

Tuttavia, con l'avvento del nuovo codice civile tedesco e con l'individuazione del diritto di tutelare i propri interessi in modo diretto anche contro gli atti dell'autorità, quello nato come un approdo garantistico del cittadino rispetto all'esercizio del potere pubblico è divenuto un onere funzionale a diversi obiettivi.

Quanto all'*Amtshaftung*, il par. 3 del § 839 BGB nega espressamente che la fattispecie risarcitoria possa sussistere se il danneggiato abbia colposamente o dolosamente ommesso di scongiurare il danno attraverso gli specifici rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento.

Per un verso, si è ritenuto che nell'impianto ancora sostanzialmente arcaico dell'articolo in parola la disposizione introducesse una sorta di

⁵¹ In tema, C. FRAENKEL-HAEBERLE, *op. cit.*, 132, sottolinea che «analizzando la letteratura sull'argomento si ricava l'impressione che nelle fattispecie in cui è in gioco l'interesse ad un provvedimento ampliativo risulti particolarmente accentuato il primato di una tutela primaria così articolata e differenziata».

privilegio per l'amministrazione (*Beamtenprivileg*) in linea con quanto stabilito nel par. 1, ove si afferma che, in caso di comportamento non doloso del pubblico dipendente, il soggetto leso è tenuto ad esperire in via preventiva ogni altro strumento di tutela che gli consenta di ottenere una compensazione per la lesione subita.

Per altro verso e forse più correttamente, la previsione di cui al par. 3 è stata ricondotta al principio di diligenza e buona fede oggettiva (*Treu und Glauben*), centrale nel diritto civile tedesco in quanto impone la corresponsabilità della parte danneggiata che non potrebbe trarre un vantaggio monetario da un danno che essa stessa ha contribuito a produrre, mantenere o addirittura ad aggravare non sperando rimedi più efficaci del risarcimento⁵².

Parafrasando il contenuto di una recente decisione della Corte federale, l'intento del legislatore è quello di garantire un diritto al risarcimento del danno esclusivamente a coloro che perseguono i propri interessi in buona fede facendo in modo di evitare il danno medesimo. L'ordinamento non potrebbe, infatti, consentire che il prezzo della loro inattività sia posto a carico della controparte ovvero, nel caso di specie, dello Stato.

In altre parole, il principio sotteso alla disposizione del codice civile, che privilegia la tutela primaria rispetto a quella risarcitoria, impone a chi si veda leso da un atto autoritativo illegittimo di contestarlo.

Fatti salvi i casi di impossibilità o irragionevolezza della previa impugnazione, è pertanto negata alla parte danneggiata la libertà di scelta del rimedio che ritiene più conveniente⁵³.

⁵² Non è un caso che spesso venga applicato per analogia quanto previsto dal § 254 BGB in tema di concorso di colpa, per cui se un danno è riconducibile anche alla responsabilità del danneggiato, la quantificazione dell'obbligazione risarcitoria andrà commisurata al comportamento negligente di ambo le parti. Così W. ERBGUTH, *Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2002, 221 ss. e in particolare 228.

⁵³ Sul punto si veda BGH, 4 luglio 2013, III ZR 201/12, punto 27 della motivazione: «Der Gesichtspunkt des Schutzes der Beteiligten vor der Notwendigkeit, wegen einer (möglicherweise) rechtswidrigen Amtshandlung mehrere Verfahren parallel zu führen, ist jedoch für § 839 Abs. 3 BGB nicht ausschlaggebend, auch wenn dies ein nützlicher Nebeneffekt sein mag. Das gesetzgeberische Anliegen, das der Regelung des § 839 Abs. 3 BGB zugrunde liegt, besteht vielmehr darin, nach Treu und Glauben nur

In un certo senso, nel contesto del § 839 BGB, la tutela primaria e quella secondaria sono intese come mezzi complementari, dal momento che la responsabilità finisce per entrare in gioco quando la tutela garantita dal giudice amministrativo non è stata in grado di eliminare o prevenire completamente il danno sofferto.

Nella seconda metà del secolo scorso, si è posta la questione se il principio valesse anche per le ipotesi di quasi-espropriazione.

In una decisione del 1981 nel noto caso *Naßauskiesung*, il Tribunale costituzionale ha escluso anche per questi casi un diritto di scelta tra l'impugnazione del provvedimento e la riparazione del danno. L'interpretazione dell'atto limitativo della proprietà e il controllo sulla sua legittimità spettavano ai Tribunali amministrativi⁵⁴, cosicché la mancata contestazione del provvedimento doveva precludere l'accesso alla tutela risarcitoria, considerata secondaria e complementare.

5.1. Il problema dell'atto amministrativo non contestato: i limiti all'accertamento incidentale della illegittimità e il principio di autonomia del giudizio risarcitorio

La decisione del 1981 non è importante solo per aver esteso al regime della quasi-espropriazione il principio della *Primärrechtsschutz*.

demjenigen Schadensersatz zuzubilligen, der sich in gehörigem und ihm zumutbarem Maße für seine eigenen Belange einsetzt und damit den Schaden abzuwenden sich bemüht. Es soll nicht erlaubt sein, den Schaden entstehen oder größer werden zu lassen, um ihn schließlich, gewissermaßen als Lohn für eigene Untätigkeit, dem Beamten oder dem Staat in Rechnung zu stellen; § 839 Abs. 3 BGB stellt damit eine besondere Ausprägung von § 254 BGB dar (Senatsurteil vom 29. März 1971 - III ZR 98/69, BGHZ 20 56, 57, 63). Daneben ist die Deutung getreten, dass § 839 Abs. 3 BGB die schadensersatzrechtliche Sanktion des ihm vorausliegenden Gebots darstellt, den Primärrechtsschutz in Anspruch zu nehmen, die Vorschrift somit die sekundäre Schadensersatzpflicht in den Nachrang verweist (Münch-KommBGB/Papier, 5. Aufl., § 839 Rn. 330; Ossenbühl/Cornils aaO S. 94). Wer durch hoheitliches Unrecht Schaden erleidet, muss sich unmittelbar gegen den schädigenden Hoheitsakt wenden, soweit dies möglich und zumutbar ist. Ein Wahlrecht steht dem Geschädigten nicht zu (dies. aaO)».

⁵⁴ BVerfGE, 58, 300 (316), 15 luglio 1981.

Essa, infatti, ha avuto una portata più generale nella misura in cui ha tentato di introdurre un elemento ulteriore della dottrina in parola, che è stato però fortemente contestato dalla giurisprudenza civile successiva.

Secondo il Tribunale costituzionale, la natura sussidiaria della riparazione per equivalente era una conseguenza necessaria in base ai principi generali del diritto amministrativo sostanziale tra cui, in particolare, quello che sancisce la definitività dei provvedimenti non impugnati e che riconosce loro una forza vincolante paragonabile a quella di una sentenza passata in giudicato.

Per questo motivo, l'atto non contestato, e con esso la sua legittimità, non avrebbe potuto essere rimesso in discussione nell'ambito di alcun giudizio civilistico.

Su tale profilo, la giurisprudenza civile ha manifestato forti perplessità fino a ritenere che il primato della tutela specifica consiste in un onere di azione (c.d. *Anfechtungslast*) che trova il suo fondamento nel bilanciamento tra buona fede ed effettività della tutela e non nella certezza delle situazioni giuridiche regolate dal diritto pubblico.

Non potrebbe contemplarsi dunque un modello di rigida pregiudizialità tra le azioni quando, per esempio, l'impugnazione del provvedimento risulti troppo onerosa per l'interessato, le prospettive di accoglimento del ricorso non possano essere valutate con facilità o il danneggiato ometta in buona fede di contestare una condizione di illegittimità che, data la complessità dell'azione amministrativa, non era facilmente riconoscibile.

In questi casi, per le Corti ordinarie la tutela risarcitoria può essere esperita anche a fronte di un provvedimento definitivo che il privato abbia ommesso di contestare in un giudizio amministrativo.

La definitività formale del provvedimento non impugnato (*formelle Bestandskraft*) è una variabile indipendente dall'accertamento della sua legittimità, su cui solo il giudice amministrativo⁵⁵ può pronunciarsi con forza di giudicato e che potrebbe, per esempio, essere messa ancora in discussione attraverso l'esercizio dell'autotutela amministrativa⁵⁶.

⁵⁵ In questo senso BGHZ, 113, 17 (20), 15 novembre 1990.

⁵⁶ Nel diritto amministrativo tedesco è presente l'istituto dell'annullamento d'ufficio doveroso, che sussiste quando la situazione di fatto o di diritto sia successivamente

In altre parole, l'incontestabilità del provvedimento non rende il suo contenuto paragonabile al giudicato in senso sostanziale di una sentenza di merito, tenuto conto che il procedimento amministrativo non è assistito da garanzie equiparabili a quelle del processo giurisdizionale.

L'accertamento della legittimità o meno dell'atto potrebbe per questo essere svolto in via incidentale dal giudice civile al fine di valutarne la portata nell'ambito della fattispecie risarcitoria⁵⁷.

Il giudizio in materia di responsabilità rimane, infatti, del tutto autonomo rispetto alla tutela invocabile di fronte alle Corti amministrative.

Come visto, l'elemento centrale del primo si concentra sulla natura dell'interesse leso, cui devono poter essere ricondotti causalmente i danni sofferti.

Uno dei casi più noti in argomento è la decisione del BGH del 5 novembre 1990⁵⁸.

La fattispecie riguardava la restituzione di un contributo che il proprietario di un fondo aveva dovuto versare all'amministrazione per l'ampliamento di un canale. Il privato aveva provveduto prontamente a pagare la somma e l'atto era divenuto definitivo.

Tuttavia, in un secondo momento, quest'ultimo veniva a conoscenza che il calcolo del contributo era stato compiuto in modo erroneo, determinando un ammontare più elevato di quanto effettivamente dovuto.

Ritenendo l'atto illegittimo, il privato presentava un ricorso per vedere accertata la responsabilità dell'amministrazione conseguente alla violazione dei doveri d'ufficio.

In quell'occasione, la Corte ha sottolineato che se la responsabilità di cui al § 839 BGB consiste nella violazione dei doveri inerenti alla funzione manifestatasi nell'emanazione di un atto amministrativo illegittimo ed erroneo, i tribunali civili possono pronunciarsi sull'illegittimità del provvedimento senza essere influenzati dalla natura definitiva dell'atto e dalla validità giuridico-formale dei suoi effetti.

mutata a favore dell'amministrato o si individuino nuovi mezzi di prova che avrebbero dovuto condurre ad una decisione più favorevole nei confronti di quest'ultimo.

⁵⁷ Sul punto, G. BEAUCAMP, *Überprüfung bestandskräftiger Verwaltungsakte durch die Zivilgerichte*, in *D.V.Bl.*, 2004, 352 ss.

⁵⁸ BGHZ 113, 17, 15 novembre 1990.

Il potere del giudice di procedere con l'accertamento dell'illegittimità in via incidentale sussiste anche quando il danneggiato abbia omesso di richiedere in via pregiudiziale l'annullamento del provvedimento al giudice amministrativo.

Per la Corte, infatti, le due procedure hanno oggetti diversi.

Il fine dell'azione risarcitoria non è quello di mettere in discussione gli effetti del provvedimento amministrativo, ma di stabilire se ci sia stata una lesione illecita dell'interesse privato quale conseguenza della violazione dei doveri inerenti alla funzione.

Questo controllo deve ritenersi possibile anche se, nel frattempo, la validità degli effetti dell'atto è divenuta incontestabile⁵⁹.

Tuttavia, a ben guardare, le conclusioni della Corte nel caso di specie sembrano essere influenzate da un elemento non trascurabile.

L'omessa impugnazione dell'atto a efficacia istantanea è stata considerata scusabile in quanto il privato non aveva a disposizione i mezzi e gli strumenti adeguati per apprezzare tempestivamente l'errore compiuto dall'amministrazione nell'elaborazione del calcolo. A questo proposito, appare suggestiva l'affermazione contenuta nella sentenza per cui non si può colpevolizzare il danneggiato per non essere stato «più intelligente del funzionario»⁶⁰.

Si ritorna quindi ad applicare il principio di diligenza e buona fede oggettiva che è alla base del rapporto tra i rimedi.

⁵⁹ Così anche BGHZ 127, 223, 13 ottobre 1994.

⁶⁰ Punto 25 della motivazione.

CAPITOLO IV

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNE ALL'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE

L'ESPERIENZA INGLESE E I SUOI LIMITI

SOMMARIO: 1. *La responsabilità dell'amministrazione nell'esperienza inglese: la rilevanza delle posizioni giuridiche soggettive in prospettiva storica.* 2. *La responsabilità civile dell'amministrazione pubblica nell'ordinamento giuridico inglese: inquadramento generale.* 3. *L'applicazione del diritto della responsabilità civile ai pubblici poteri nelle ipotesi risarcitorie più risalenti: il tort of trespass.* 4. *Gli altri illeciti di diritto comune: premessa.* 4.1. *I doveri imposti dalla legge e la loro rilevanza ai fini della responsabilità per breach of statutory duty.* 4.2. *Il tort of negligence e la rilevanza del duty of care nei confronti del danneggiato.* 5. *I rimedi risarcitori "speciali" per la pubblica amministrazione: il tort of misfeasance in public office.* 5.1. *Un new public tort a tutela degli human rights.* 6. *I profili processuali della responsabilità: il principio di autonomia tra le azioni e i suoi correttivi.*

1. La responsabilità dell'amministrazione nell'esperienza inglese: la rilevanza delle posizioni giuridiche soggettive in prospettiva storica

Così come in Germania, anche nell'ordinamento inglese la riflessione teorica sulla natura delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti dei pubblici poteri è decisiva per comprendere lo sviluppo e la configurazione attuale del regime di responsabilità dell'amministrazione.

Tradizionalmente, il testo di riferimento per lo studio in prospettiva comparata della responsabilità dei pubblici poteri in Inghilterra è il volume di Dicey intitolato *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, la cui prima edizione¹ risale al 1885.

In esso, come è noto, Dicey negava la validità di qualsiasi dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato e riconosceva quale tratto distintivo

¹ Il titolo originario dell'opera era A.V. DICEY, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885. Nelle successive edizioni il volume verrà intitolato *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.

del sistema giuridico inglese la sottoposizione dei funzionari pubblici alle azioni in *tort* disciplinate dal diritto comune.

A ben vedere, ciò che il costituzionalista inglese intendeva negare era un diritto pubblico *à la française* (il *droit administratif* appunto), che all'epoca concedeva all'autorità pubblica e ai suoi agenti un regime di "immunità" dall'applicazione del diritto privato.

La *rule of law* inglese, quale sintesi della volontà parlamentare e della *common law of the land*, non permetteva infatti esiti assimilabili a quelli dell'ordinamento giuridico francese, giacché tale assetto avrebbe pregiudicato la tutela dei diritti individuali.

Di fronte ad una affermazione così netta, solo alcuni illustri autori si sono preoccupati di indagare la "costituzione materiale" inglese dell'epoca, dimostrando che un diritto amministrativo esisteva e non era poi così dissimile da quello che stava emergendo al di là della Manica².

Vi è, inoltre, un altro aspetto da considerare.

Nel suo volume, Dicey si concentrava su quello che egli riteneva un fenomeno inaccettabile, ovvero l'attribuzione della tutela di interessi privati connaturati all'individuo a dei giudici speciali, quelli amministrativi, che applicavano un diritto altrettanto speciale e derogatorio rispetto a quello ordinario.

Nulla si osservava sulla concezione teorica dei *rights* e del potere pubblico, che pure stava prendendo forma nelle opere della dottrina inglese pressoché contemporanea e, in particolare, in quelle degli esponenti dell'imperativismo inglese e della prima *analytical jurisprudence*.

I diritti a cui Dicey faceva riferimento erano, infatti, i c.d. *private rights*, che spettavano ad ogni individuo in virtù della *common law of the land* e tra cui rientravano i diritti sulla persona e sui beni tutelabili con azioni originariamente riconducibili al diritto penale, come per esempio l'*actio in trespass (to the person o to the land)*³.

² Nella scienza giuridica italiana si veda in particolare e per tutti il saggio di S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 1990, 5 ss.

³ Nell'Inghilterra del XIX secolo, a fronte dell'esercizio di funzioni pubbliche da parte delle amministrazioni locali, era possibile rinvenire alcuni casi di responsabilità dei pubblici poteri per i danni conseguenti alla emanazione di provvedimenti autoritativi illegittimi soprattutto se la loro esecuzione avesse interferito in modo pregiudizievole

Accanto a queste posizioni giuridiche iniziavano ad emergere i primi *legal rights* a cui si riferisce per esempio Austin, uno dei più autorevoli esponenti dell'imperativismo inglese, nelle sue *Lectures on Jurisprudence* pubblicate⁴ postume nel 1863.

A fronte di un dovere imposto dal diritto positivo, Austin ammetteva la possibilità di una pretesa al suo adempimento, un *legal right* appunto, solo se quel particolare *duty* era concepito nell'interesse (esclusivo) del soggetto che ne pretendeva il rispetto.

A tal proposito:

[T]he term 'right' and the term 'relative duty' are correlating expressions. They signify the same notions, considered from different aspects, or taken in different series. Rights imply that the sovereign has issued a command on others to act in a way that benefits a person and gives her the capacity to bring a civil suit to vindicate that legal right⁵.

Si trattava di un approccio che, anche in seguito, ha costantemente influenzato la giurisprudenza inglese, la quale infatti nega ancora oggi vi sia un diritto tutelabile in *tort* quando il dovere inadempito non sia posto nell'esclusivo interesse del danneggiato.

Austin completava la propria tesi individuando le *political and civil liberties* e qualificandole come mere concessioni del sovrano attraverso atti di *permission*; per questo motivo a tali interessi era preclusa una tutela giuridica paragonabile a quella assicurata ad un diritto vero e proprio.

Tale approccio concettuale era un chiaro segno di continuità rispetto alla tradizione feudale e può spiegare perché ancora oggi le Corti qualificano come *privileges* o come *public law rights* le posizioni soggettive

su preesistenti diritti dei privati. Sul punto, che varrà ripreso nei paragrafi successivi, sia consentito sin d'ora il rinvio a S. PELLIZZARI, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento amministrativo illegittimo in Inghilterra: questioni sostanziali e processuali a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1003 ss.

⁴ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence: Or, the Philosophy of the Positive Law*, London, 1861-1863.

⁵ J. AUSTIN, *op. ult. cit.*, 66. Il passaggio riportato è ripreso e commentato da J.W. SINGER, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in *Wisconsin Law Review*, 1982, 97 ss., in particolare 109.

ve di coloro che pretendono la soddisfazione di un interesse o di un bene della vita attraverso l'emanazione di un provvedimento amministrativo favorevole.

Rileggendo il pensiero di Dicey sotto questo differente punto di vista, emerge che: i) se, per un verso, i pubblici poteri non potevano sottrarsi alla responsabilità di diritto comune per le lesioni ingiuste causate ai diritti degli individui; ii) per altro verso non tutti gli interessi erano considerati (*private o legal rights*) e molti non potevano, per questo, essere tutelati sulla base dei rimedi privatistici comuni⁶.

Rispetto a tali e diverse pretese, rimanevano esperibili le tutele concesse dal Monarca in via graziosa, che fungevano da occasione per ricondurre gli organi subordinati entro i limiti del potere loro attribuito mediante i c.d. *prerogative writs*.

Anche i padri dell'imperativismo inglese, infatti, sembravano accettare che gli atti giuridici espressione del potere fossero retti dal principio di utilità e perciò validi soltanto entro certi limiti.

Nell'*Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (capitolo XIII)⁷, Bentham precisava in relazione agli atti legislativi una considerazione che poteva essere estesa a tutte le determinazioni pubbliche:

I. L'obiettivo generale che tutte le leggi hanno in comune, o devono avere in comune, è la capacità di aumentare la felicità complessiva della comunità [...]. In base al principio di utilità se le punizioni devono essere previste, lo devono essere solo nella misura in cui siano necessarie per evitare mali maggiori.

III. È chiaro dunque, che nei seguenti casi nessuna pena può essere inflitta.

- a) Quando è inflitta senza motivo [...].
- b) Quando sarebbe inefficace [...].
- c) Quando è troppo costosa o poco conveniente [...].
- d) Quando è inutile [...].

Da questo breve passo si può già comprendere il motivo per cui i vincoli all'esercizio dei poteri pubblici, di cui iniziava a farsi portavoce la *public law*, siano stati considerati sin dall'inizio come doveri non

⁶ J. AUSTIN, *Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832, 290.

⁷ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, a cura di E. Lecaldano, Torino, 1998.

diretti alla soddisfazione di interessi particolari ma, piuttosto, espressione di quella sorta di *moralità interna del diritto* che nella successiva dottrina analitica diventerà uno dei criteri per sindacare la validità delle norme giuridiche e dei loro atti applicativi⁸.

⁸ Sul punto si è soliti richiamare il noto dibattito tra H.L.A. Hart e L.L. Fuller sul rapporto tra diritto positivo, diritto naturale e morale avviato in tre saggi scritti tra il 1956 e il 1958 (L.L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, apparso originariamente in *Journal of Philosophy*, 1956 e poi ripubblicato in *Natural Law Forum*, 1958, 68 ss.; H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, 593 ss. e L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, 630 ss.).

Come è noto la teoria del diritto di H.L.A. HART – descritta in particolare in *The Concept of Law*, Oxford, 1994 – si basa sulla distinzione tra norme primarie e norme secondarie. In una accezione “privatistica” del diritto le prime sono norme di condotta che impongono ai soggetti di compiere (o di astenersi dal compiere) determinati comportamenti, le seconde, invece, permettono di realizzare gli interessi individuali attraverso l’attribuzione di poteri o potestà. Sul piano del diritto pubblico, le norme secondarie sono anche dette *metanorme* perché tra esse rientrano i presupposti per la formazione del diritto stesso. Tra le norme secondarie vi è anche la c.d. *norma di riconoscimento* che, in un sistema giuridico evoluto, indica i criteri per la validità di tutte le altre norme attraverso diverse modalità (o riferendosi ad altre norme secondarie che dettano requisiti formali di operatività o riconoscendo, per esempio, un ordine di priorità tra le norme primarie). Dal momento che la norma di riconoscimento è il criterio di validità di tutte le altre, essa non può essere valida o invalida. Secondo Hart la norma di riconoscimento dipende, infatti, da una questione di fatto, ovvero dal modo in cui le Corti individuano il diritto valido.

L’idea della *moralità interna del diritto* è il frutto di una lettura critica dell’opera di Hart compiuta da Fuller. In estrema sintesi, Fuller riteneva che il diritto, così come ogni altra forma di ordine sociale, avesse una propria *moralità interna* data dalle caratteristiche formali che caratterizzano un particolare ordinamento, inteso nel suo complesso. Tale moralità interna non coincideva con quella esterna, data dalla norma di riconoscimento di Hart o dalla *grundnorm* di Kelsen, ma corrispondeva ai c.d. otto desiderata o principi (morali) della *rule of law* necessari per considerare le regole come parte integrante di un sistema giuridico. In particolare tali *desiderata* richiedevano che ogni disposizione fosse: 1) sufficientemente generale; 2) promulgata pubblicamente; 3) non retroattiva; 4) chiara e intelligibile; 5) priva di contraddizioni; 6) sufficientemente stabile nel tempo per garantire la certezza del diritto; 7) possibile nella sua attuazione e 8) interpretata nel modo più coerente rispetto al testo. Le regole descritte rappresentavano una sorta di “legge naturale formale” da rispettare per garantire la fedeltà al diritto e l’efficacia dell’ordinamento. Questi ultimi valori non venivano scalfiti dalla eventuale

2. La responsabilità civile dell'amministrazione pubblica nell'ordinamento giuridico inglese: inquadramento generale

Ancora oggi il punto di partenza per una trattazione della responsabilità civile dei pubblici poteri nell'ordinamento inglese è il principio della *rule of law*, secondo cui anche il pubblico ufficiale e l'amministrazione presso cui questo presta servizio devono essere chiamati a rispondere secondo il diritto comune per i danni causati agli interessi protetti dalla *common law of the land* o dal diritto positivo.

Questa declinazione del principio di uguaglianza di fronte al diritto ha conosciuto e conosce tuttora significative eccezioni⁹.

Fino al 1947, secondo il motto *the King can do no wrong*, le prerogative regie godevano di immunità per diverse ragioni dogmatiche, concettuali e di politica del diritto le quali, anche successivamente, hanno portato le Corti a circoscrivere la responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per evitare di invadere eccessivamente la discrezionalità che a questi è assicurata dall'ordinamento.

La dottrina ha osservato che – nonostante l'aumento delle controversie contro la pubblica amministrazione registrato a partire dalla seconda metà del XX secolo – la giurisprudenza ha manifestato un'attitudine restrittiva e talvolta deferente verso i titolari del potere, enfatiz-

deroga di alcuni desiderata, se fosse stato necessario operare tra essi un bilanciamento. Per Fuller il diritto era una impresa umana complessa e per questo poteva non essere sempre logico e lineare.

Nel saggio del 1958, pubblicato in *Harvard Law Review*, Hart converrà con Fuller sull'esistenza di determinati principi formali che caratterizzano necessariamente le regole giuridiche rispetto alle altre, ma negherà la loro natura morale.

⁹ Anche nel sistema giuridico inglese quello della responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni rappresenta un tema piuttosto problematico a causa del non sempre pacifico adattamento dei principi di *public law* ai valori e agli istituti di *private law*. Sulla articolazione del sistema di responsabilità civile della pubblica amministrazione e la sua complessità cfr. per tutti P.P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2008, 957 ss.; K.M. STANTON, P. SKIDMORE, M. HARRIS, *Statutory Torts*, London, 2003, par. 3.001 ss.; C. HARLOW, *Compensation and Government Torts*, in *Modern Legal Studies*, London, 2008; B. MARKESINIS, J. FEDKE, *Damages for the Negligence of Statutory Bodies: the Empirical and Comparative Dimension to an Unending Debate*, in *Public Law*, 2007, 299 ss.

zando i rischi che le azioni risarcitorie potevano causare in termini di depauperamento delle risorse pubbliche, di calo nel rendimento e nelle performance dei pubblici funzionari e di eccessiva interferenza del potere giudiziario nell'esercizio delle funzioni amministrative¹⁰.

Nel corso del tempo, del resto, non sono mancate nuove ipotesi di immunità. Accanto a quella riservata al legislatore, alle forze armate, agli organi giurisdizionali e alle autorità inquirenti¹¹, il Parlamento inglese ha escluso la responsabilità in *tort* dell'autorità indipendente in materia di vigilanza finanziaria (la *Financial Service Authority* prima e dal 2013 la *Prudential Regulatory Authority*), salvo i casi di mala fede o di violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla *section 6 (1)* dello *Human Rights Act (HRA)* del 1998¹².

Non si può sottovalutare, inoltre, il ruolo che nell'evoluzione di questa materia ha avuto sino ad oggi il diritto dell'Unione europea¹³.

In generale si può sostenere che la dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato è presente a livello teorico nel diritto inglese nonostante le strenue dichiarazioni di principio dirette a negarla o, comunque, a ridimensionarne la portata ed è una componente essenziale per comprendere l'illecito dell'amministrazione¹⁴.

Ciò vale, in particolare, nelle ipotesi in cui la condotta lesiva sia rappresentata dall'emanazione di provvedimenti illegittimi di natura autoritativa o *coercive*¹⁵ che, tuttavia, non vengono generalmente distin-

¹⁰ Così K. OLIPHANT, *The Liability of Public Authorities in England and Wales*, in ID., *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, cit., 127 ss., in particolare 129.

¹¹ Ovviamente l'immunità è esclusa per i casi di responsabilità conseguenti alla violazione del diritto dell'Unione europea.

¹² Godono di una responsabilità limitata anche i fornitori del servizio postale universale secondo le previsioni contenute nel *Postal Services Act* del 2000, *section 90*.

¹³ Per l'approfondimento di questo profilo si rinvia al Capitolo V.

¹⁴ C. HARLOW, *'Public' and 'Private' Law: Definition without Distinction*, in *Modern Law Review*, 1980, 241 ss.; G. SAMUEL, *Public and Private Law: A Private Lawyer's Response*, in *Modern Law Review*, 1983, 558 ss.

¹⁵ L'espressione è di T. CORNFORD, *Toward a Public Law of Tort*, Aldershot, 2008, 6 che vi fa rientrare molte ipotesi di provvedimenti ablatori (*orders* o *notices*) e ampliativi (*licences* o *permissions*).

te dagli altri casi di responsabilità civile delle istituzioni pubbliche¹⁶ per violazione delle funzioni attribuite, tra cui rientrano i danni derivanti da attività materiali¹⁷, da omissioni di diversa portata¹⁸ o da carenze nelle attività di prestazione¹⁹.

Accanto alle fattispecie di *torts* cui la pubblica amministrazione è sottoposta al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento (*tort of trespass*; *tort of breach of statutory duty* e *tort of negligence*), sussistono illeciti di carattere speciale, che possono trovare applicazione solo nei confronti di un'autorità pubblica, tra cui il *tort of misfeasance in public office* e quello per violazione di un diritto garantito²⁰ dallo HRA del 1998²¹.

¹⁶ In questo senso già R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, sistemi e tecniche*, cit., 249 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 274; D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di 'interessi legittimi', comparando*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 227 ss., in particolare 232.

¹⁷ Si tratta in particolare di casi di responsabilità per cattiva manutenzione delle strade o delle opere pubbliche come in *Stovin v Wise* [1996] AC 923 e *Gorringe v Calderdale Metropolitan Borough Council* [2004] UKHL 15.

¹⁸ Ciò vale soprattutto nell'esercizio delle funzioni di polizia. Si vedano al riguardo: *Hill v Chief Constable of West Yorkshire* [1989] AC 53; *Swinney v Chief Constable of Northumbria Police* [1997] QB 464 e *Brooks v Metropolitan Police Commissioner* [2005] 1 WLR 1495.

¹⁹ *X v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633; *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 AC 619; *Barrett v Enfield Borough Council* [2001] 2 AC 550; *S v Gloucester County Council* [2001] 2 WLR 909; *Robinson v St Helen's Metropolitan Borough Council* [2002] ELR 681; *Bradford-Smart v West Sussex County Council* [2002] EWCA Civ 7 e *Kearn-Prince v Kent County Council* [2002] EWCA Civ 1539.

²⁰ È interessante notare che il diritto inglese è stato influenzato molto di più dal diritto CEDU che dall'ordinamento comunitario. La responsabilità per violazione del diritto sovranazionale è ovviamente parte del diritto inglese il quale, però, ha manifestato molte resistenze in merito ad una sua totale integrazione con i principi tradizionali in materia di responsabilità civile. Sul punto cfr. K.M. STANTON, *New Forms of the Tort of Breach of Statutory Duty*, in *Law Quarterly Review*, 2004, 324 ss.; P. GILKER, *English tort law and the challenge of Francovich Liability: 20 years on*, in *Law Quarterly Review*, 2012, 541 ss.; ID., *The Europeanisation of English Tort Law*, Oxford, 2014;

Partendo da questi ultimi istituti, alcuni autori hanno argomentato la necessità di introdurre in via legislativa un *public law tort* che sia in grado di adattare le regole tradizionali ai rapporti giuridici pubblicistici che si instaurano tra soggetti in posizione di disuguaglianza²².

In generale, anche nei confronti dell'amministrazione trova applicazione il principio della priorità della tutela risarcitoria per equivalente, che impone di non riconoscere il risarcimento in forma specifica se la compensazione monetaria è sufficiente a ristorare la lesione sofferta²³.

La misura dei danni rispecchia la natura riparatoria della responsabilità, ma non si esclude che l'amministrazione possa essere condannata al risarcimento di danni "punitivi" in casi limite, ovvero quando gli apparati pubblici e i funzionari si siano comportati in modo "oppressive, arbitrary or unconstitutional"²⁴.

Considerato questo quadro di insieme piuttosto complesso, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, i rimedi giurisdizionali di natura risarcitoria per le lesioni dovute all'esercizio del potere pubblico sono diventati progressivamente residuali di fronte a rimedi giustiziali o

D. NOLAN, *Negligence and Human Rights Law: the Case for Separate Development*, in *Modern Law Review*, 2013, 286 ss.

²¹ A. WILLIAMS, *Public Authorities*, in D. HOFFMAN (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge, 2011, 48 ss. A fronte dell'emersione di regimi speciali per i c.d. "poteri forti privati", molti autori anglosassoni hanno iniziato ad utilizzare il termine *constitutionalization* per giustificare l'applicazione di norme di natura pubblicistica anche ai rapporti interprivati. In questo senso, un esempio significativo è dato proprio dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dallo HRA. In dottrina M. HUNT, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423 ss.; B. MARKESINIS, *Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, in *Law Quarterly Review*, 1998, 114 ss.; N. BAMFORTH, *The Application of the Human Rights Act 1998 to Public Authorities and Private Bodies*, in *Columbia Law Journal*, 1999, 159 ss.; SIR R. BUXTON, *The Human Rights Act and Private Law*, in *Law Quarterly Review*, 2000, 48 ss.; SIR H.W.R. WADE, *Horizons of Horizontality*, in *Law Quarterly Review*, 2000, 217 ss.

²² In tema T. CORNFORD, *op. cit.*, *passim* e P. CANE, *Tort law and public functions*, in J. OBERDIEK (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, 2014, 148 ss.

²³ K. OLIPHANT, *Injunctions*, in ID. (ed.), *The Law of Tort*, III ed., London, 2015.

²⁴ V. WILCOX, *Punitive Damages in England*, in H. KOZIOL, V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common law and Civil Law Perspective*, Wien, 2009, 7 ss.

amministrativi più rapidi ed efficaci, nell'ambito dei quali il privato può spesso ottenere un ristoro anche di tipo monetario o indennitario²⁵.

Basti pensare agli *Administrative Tribunals*, che possono provvedere alla modifica dell'atto illegittimo, al suo annullamento e, talvolta, all'attuazione dei *compensatory schemes* previsti dal legislatore²⁶.

I vizi di legittimità delle decisioni, inoltre, sono stati di sovente ritenuti il sintomo di una *maladministration* e hanno consentito il ricorso agli *Ombudsmen* centrale e locali o, anche, la conclusione in via stragiudiziale di accordi transattivi aventi ad oggetto la concessione di *ex gratia payments* da parte delle amministrazioni stesse.

3. L'applicazione del diritto della responsabilità civile ai pubblici poteri nelle ipotesi risarcitorie più risalenti: il tort of trespass

Sul piano sostanziale, le difficoltà nell'applicare gli illeciti di diritto comune alle fattispecie in cui il danno sia stato causato dall'emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi si concentrano su due profili: da un lato, le posizioni giuridiche lese devono essere qualificate come *private law rights*, dall'altro l'invalidità di *public law* va coordinata con gli elementi costitutivi dei singoli *torts*.

²⁵ Sul punto sempre attuali appaiono le considerazioni della *Law Commission* contenute nel documento n. 322 del 2010 dal titolo *Administrative Redress: Public Bodies and Citizen*.

²⁶ Il ricorso agli *Administrative Tribunals* è un fenomeno che risale al secolo scorso e che ha richiamato l'attenzione degli studiosi, non solo inglesi. A seguito del *Leggatt Report* pubblicato nel 2001 questi organismi di tutela giustiziale sono stati oggetto di una importante iniziativa di riforma che ha portato, nel 2007, alla emanazione del *Tribunal, Courts and Enforcement Act*. In tema si rinvia a P.P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., 257 ss.; SIR R. CARNWATH, *Tribunal Justice - A New Start*, in *Public Law*, 2009, 48 ss. Nella dottrina italiana si vedano i lavori di M. MACCHIA, *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.; G. LIGUGNANA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei Tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 432 ss.; ID., *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienza d'oltremarica*, Torino, 2010 e ID., *L'amministrazione giudicante. Modello ed esperienze inglesi*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto comunitario, italiano e comparato*, cit., 63 ss.

Storicamente, secondo i principi costituzionali espressi nell'opera di Dicey, le autorità potevano incorrere nella responsabilità civile per i danni conseguenti all'emanazione di provvedimenti autoritativi illegittimi nel caso in cui la loro esecuzione potesse interferire in modo pregiudizievole su preesistenti diritti personali o reali dei privati.

Accadeva, per esempio, che le leggi prevedessero poteri speciali, spesso di natura espropriativa o ispettiva, su beni di proprietà privata per lo svolgimento delle funzioni attribuite alle autorità locali²⁷.

Tali poteri si concretizzavano nell'emanazione di atti formali a carattere decisorio subordinati a specifiche condizioni formali e sostanziali.

Gli effetti pregiudizievoli prodotti dall'esecuzione di tali atti, che in ogni altro caso sarebbero stati tutelabili in *trespass*, divenivano pertanto leciti in quanto autorizzati dal legislatore.

Tuttavia, la possibilità di una responsabilità delle istituzioni riemergeva se la conformità del potere alla legge fosse stata messa in discussione e si fosse dimostrato che il provvedimento era *ultra vires* e, quindi, invalido.

Solo nel caso di un atto legittimo, infatti, l'amministrazione convenuta avrebbe potuto ricorrere ad un istituto processuale piuttosto efficace, vale a dire la *statutory authority defence*, che permetteva di contrastare l'azione risarcitoria del privato sul presupposto che i danni verificatisi a seguito dell'esecuzione del provvedimento erano giustificati dalla sussistenza di un potere riconosciuto dal Parlamento.

In altre parole, poiché la legge attribuiva all'amministrazione il potere di emanare una determinata decisione, l'illegittimità (*unlawfulness*)

²⁷ Ne era un classico esempio il *compulsory power (order) of acquisition of entry or inspection*. Sul punto cfr. D.J. BEATTIE, *Ultra Vires in its Relation to Local Authorities*, London, 1939, 180 per cui i poteri di questo tipo dovevano essere espressamente conferiti da una legge o da un atto di *delegated legislation* in quanto «the distinguishing feature of powers of this type is that they are necessary to authorise the interference with the rights of the private individuals».

di quest'ultima diveniva elemento essenziale dell'azione in *tort* in quanto solo un atto *ultra vires* poteva costituire un illecito²⁸.

Come è stato autorevolmente sostenuto, il *tort of trespass to land*, posto a protezione del diritto di proprietà sui beni, finiva per rappresentare in quel momento anche una delle prime forme di controllo giurisdizionale del potere amministrativo²⁹.

Ancora negli anni '50 del secolo scorso, per esempio, un'autorità locale veniva dichiarata responsabile perché i propri agenti erano entrati in un fondo di proprietà privata e avevano abbattuto alcuni manufatti in esecuzione di un atto (una *notice*) invalido e non conforme ad alcuni requisiti formali richiesti dalla disciplina allora vigente³⁰.

Il sindacato delle Corti si è spinto anche oltre il rispetto dei requisiti espressamente contemplati dalla legge per l'esercizio di quel particolare potere e ha imposto l'osservanza di doveri generali riconducibili alla *rule of law*, tra cui in particolare quelli di *natural justice* posti a tutela del diritto al contraddittorio³¹.

La protezione assicurata dal *tort of trespass to the land* si limitava tuttavia alle lesioni di beni che fossero oggetto di un *property right*, considerato, insieme alla libertà personale, il *private law right* per eccellenza.

²⁸ Il *tort of trespass* era utilizzato nei confronti delle autorità locali soprattutto nel XIX secolo quando l'invalidità dell'azione amministrativa veniva ricostruita ancora come nullità, accertata in via di accezione nell'ambito dell'azione di diritto comune.

²⁹ T. ENDICOTT, *Administrative Law*, Oxford, 2009, 516 secondo cui «the courts used the law of tort to control the administration».

³⁰ *Nadler v Ilford Corporation* [1951] 14 B 822. Nel caso di specie l'amministrazione non aveva rispettato il termine previsto per l'emanazione del provvedimento e non aveva menzionato il diritto di *appeal* garantito al destinatario.

³¹ Emblematica al riguardo è una controversia del 1863 in cui un privato aveva agito in *trespass* contro un *District Board* per l'emanazione e l'esecuzione di un ordine di demolizione di un edificio di sua proprietà. L'amministrazione locale veniva ritenuta responsabile per violazione del diritto di proprietà in quanto la lesione del bene privato era avvenuta in modo illegittimo, giacché al destinatario dell'atto non era stata data notizia dell'intenzione di emanare un ordine con quel determinato contenuto, né la possibilità di essere sentito (*Cooper v Wadsworth Board of Works* [1863] 14 CB (NS) 180).

Rimanevano invece del tutto escluse le istanze risarcitorie per eventuali omissioni, ritardi o dinieghi di provvedimenti favorevoli o per i pregiudizi arrecati ad interessi meramente economici (c.d. *pure economic losses*)³².

Nel corso del tempo, quindi, il *trespass* è divenuto un rimedio poco utilizzato, posto che le leggi di settore impongono ai titolari di diritti reali o personali di esperire procedure di reclamo e di *appeal* prima dell'esecuzione del provvedimento che nella maggior parte dei casi consentono di prevenire, anticipare o limitare il danno risarcibile.

4. Gli altri illeciti di diritto comune: premessa

A fronte di danni diversi dalla lesione materiale di un bene oggetto di un interesse personale o reale, il privato danneggiato può ricorrere, secondo le regole del diritto comune, a due *tort* in particolare: quello per *breach of statutory duty* e quello per *negligence*.

In entrambi i casi, la giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere che l'illegittimità di *public law* non determina di per sé un illecito rilevante per la *tort law*. Si tratta del principio definito anche con la formula «no damages for ultra vires act».

³² Interessante al riguardo è una decisione della seconda metà del XVIII secolo, *Bassett v Godschall Esq. and Others* [1770], 3 Wils. KB 121. Un privato conveniva in giudizio i *justices of peace* locali, cui spettavano originariamente i poteri di *licensing*, per la condanna al risarcimento dei danni conseguenti a un provvedimento di diniego emanato sulla sua istanza per il rilascio di una autorizzazione all'apertura di una *common inn* e di una *alehouse*. L'azione esperita era quella per *trespass on the case*. La Corte adita fu unanime nel dichiarare l'azione inammissibile ritenendo che quando la legislazione conferiva ai *justices of peace* una facoltà di concedere o negare un provvedimento favorevole, questi ultimi non potevano essere chiamati a rispondere dei danni sofferti dal privato insoddisfatto che non era titolare di alcun *right* ad ottenere il provvedimento richiesto. L'*opinion* del Chief Justice Wilmot è chiara al riguardo: «every plaintiff in an action must have an antecedent right to bring it; the plaintiff here has not right to have a license, unless the justices think proper to grant it. Therefore he can have no right of action against the justices for refusing it». Parimenti inammissibile venne dichiarata l'azione risarcitoria nei confronti di una amministrazione locale nel caso *Davis v Mayor & Co. of the Borough of Bromley* del 1907 ([1908] AC 172) per il diniego di un progetto edilizio ritenuto illegittimo per motivazione insufficiente.

Con questa espressione, in altre parole, viene negata la risarcibilità del mero interesse alla legittimità del provvedimento.

Ciò nonostante, ogniqualevolta una pubblica amministrazione eserciti un potere speciale rispetto agli altri soggetti dell'ordinamento nell'interesse pubblico, il fatto che l'esercizio di quel potere sia soggetto alle regole in materia di legittimità (*lawfulness*) non è privo di conseguenze sul regime sostanziale della responsabilità di diritto comune.

Nel caso del *tort of breach of statutory duty*, quanto detto si traduce nella necessità di verificare se i doveri che la legge impone alle pubbliche amministrazioni per il perseguimento dell'interesse pubblico possano configurare obblighi civilisticamente esigibili³³.

Per quanto riguarda la fattispecie del *tort of negligence* occorre, invece, esaminare di volta in volta se il mancato rispetto delle condizioni previste dalla *public law* integri o meno la violazione di un *duty of care* nei confronti del danneggiato³⁴.

In entrambi i casi l'elemento rilevante sarà la natura degli interessi lesi e del potere esercitato.

³³ La responsabilità per *breach of statutory duty* è stata utilizzata originariamente nei rapporti interprivati quando la legge imponeva a carico di un soggetto l'obbligo di osservare doveri specifici nei confronti di altri consociati. Gli interpreti si sono interrogati a lungo se potesse essere meritevole di tutela risarcitoria il danno subito dal privato a seguito della violazione da parte della pubblica amministrazione di un dovere previsto dalla legge per l'esecuzione di una pubblica funzione. Dopo un timido ed isolato tentativo di rispondere alla questione in senso affermativo (si tratta delle argomentazioni di Lord Denning nel caso *Meade v Haringey LBC* [1979] 1 WLR 637), le Corti hanno ritenuto che la tutela risarcitoria è in questi casi inammissibile. Per parte della dottrina, si confermerebbe così la tesi per cui il sistema dei *torts* di diritto comune andrebbe interpretato sulla base della c.d. *rights-based theory*. In questo senso, per tutti, v. R. STEVENS, *Torts and Rights*, Oxford, 2007.

³⁴ In questo senso *Dunlop v Woollahra Municipal Council* [1982] AC 158; *Rowling v Takaro Properties Ltd* [1988] AC 473; *Banks v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* [2004] EWCH 416; *Trent Strategic Health Authority v Jain and another* [2009] UKHL 4.

4.1. I doveri imposti dalla legge e la loro rilevanza ai fini della responsabilità per breach of statutory duty

Nel diritto privato comune, il *tort of breach of statutory duty* trova applicazione per quei rapporti tra privati in cui una legge prevede a carico di un soggetto doveri e obblighi specifici nell'interesse degli altri consociati.

Si pone quindi la questione se la fattispecie possa essere applicata anche a fronte di doveri previsti dalla legge per l'esercizio di una funzione pubblica, quando questi siano violati dall'amministrazione e producano un danno ad un interesse individuale.

La giurisprudenza³⁵ ha dato risposta negativa alla questione, sostenendo che la tutela risarcitoria è possibile solo se il dovere (*duty*) è imposto dalla legge per l'esclusiva soddisfazione degli interessi del danneggiato e l'intenzione del legislatore è stata quella di conferire a quest'ultimo una pretesa risarcitoria in caso di sua violazione.

Tradizionalmente, per affermare la risarcibilità della posizione soggettiva del privato, si richiama la dottrina del c.d. «scopo della norma violata» secondo cui il conferimento al destinatario dell'azione amministrativa di un *legal law right* azionabile in *tort* deve potersi dedurre dal contesto normativo rilevante.

La difficoltà di compiere una tale operazione ermeneutica ha finito per limitare notevolmente l'applicabilità dell'illecito in esame nei confronti dei pubblici poteri, soprattutto se dotati di prerogative decisionali.

Le Corti hanno infatti escluso che il privato sia titolare di un diritto al risarcimento del danno quando l'amministrazione abbia violato un dovere normativo che sia tale da integrare un'illegittimità di *public law* di natura tanto sostanziale, quanto formale.

³⁵ Sul punto si veda la decisione già citata *Meade v Haringey LBC* [1979] 1 WLR 637, dove Lord Denning sostenne che «if the public flies in the face of the statute, by doing something which the statute expressly prohibits, or otherwise so conduct itself – by omission or commission – as to frustrate or hinder the policy and objects of the Act, then it is doing what it ought not to for; it is going outside its jurisdiction and acting *ultra vires*. Any person who is particularly damaged thereby can bring an action in the courts for damages or an injunction, whichever be the most appropriate».

Si è per esempio ritenuto che il destinatario dell'atto non abbia alcuna pretesa di natura civilistica al rispetto di tali previsioni in quanto si tratta di doveri posti a garanzia dell'interesse pubblico³⁶.

Nel caso di interessi lesi da provvedimenti di diniego, le decisioni giurisprudenziali sono state altrettanto nette nell'escludere la tutela risarcitoria, sottolineando che il privato non è mai titolare di un *private law right* all'emanazione di una decisione favorevole.

A titolo esemplificativo, nella sentenza *Cato v The Minister for Agriculture Fisheries and Food*, la *Court of Appeal* ha ribadito che non poteva essere considerato meritevole di tutela risarcitoria l'interesse del privato ad ottenere una sovvenzione erogata dal Ministero per la rottamazione di un peschereccio, nonostante il diniego fosse illegittimo per difetto di istruttoria e violazione di legge.

Le violazioni commesse non dimostravano infatti il conferimento al privato di un diritto ad ottenere il provvedimento desiderato, ma di una mera aspettativa a vedere soddisfatto il proprio interesse a seguito dell'azione amministrativa³⁷. E ciò indipendentemente dalle considerazioni circa la natura discrezionale o meno del potere esercitato.

Analogamente, nel 1997 in *O'Rourke v Mayor etc. of the London Borough of Camden*, la *House of Lords* ha confermato che le funzioni amministrative dirette a garantire al singolo un bene delle vita (un *bene-*

³⁶ Sul punto cfr. l'analisi svolta da J. WHEELER, *Essentials of the English Legal System*, London, 2005, 344. In giurisprudenza si veda, tra le molte, la decisione *Cutler v Wandsworth Stadium Ltd.* [1949] AC 407 relativa alla vicenda processuale di un *bookmaker* che si era visto negare la concessione di uno spazio per raccogliere le scommesse relative alle corse di animali. Lord Reid sottolineò che il *Betting and Lotteries Act* (1934) non poteva intendersi come diretto a conferire «an unqualified right of entry to any dog race-track for all the bookmakers who might wish to attend. If the legislature had intended to create such rights I would expect to find them capable of reasonably precise definition». L'assenza di un riconoscimento preciso da parte della legge dimostra che «no tort action for breach could arise». Significativo è anche il caso *Cullen v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [2003] 1 WLR 1763 in cui la violazione del dovere di dare adeguate motivazioni a fronte di un provvedimento dell'autorità penitenziaria, avente ad oggetto il differimento di un colloquio tra detenuto e difensore, è stato considerato irrilevante ai fini del *tort of breach of statutory duty*.

³⁷ *The Times* 23 giugno 1989.

fit), oggetto di un provvedimento favorevole, non possono dirsi lesive di posizioni giuridiche assimilabili ai diritti soggettivi³⁸.

La posizione della giurisprudenza è talmente restrittiva da trovare applicazione anche quando vi sia la dimostrazione della spettanza del bene e la lesione derivi da un provvedimento di secondo grado che revochi, ritiri o annulli illegittimamente un precedente provvedimento favorevole³⁹.

4.2. *Il tort of negligence e la rilevanza del duty of care nei confronti del danneggiato*

Nel diritto inglese il *tort of negligence* garantisce il risarcimento per i danni, di natura non meramente economica, che un individuo soffre a seguito della violazione di un dovere di attenzione e protezione nei suoi confronti (*duty of care*).

Per l'attività pubblica si è a lungo discusso circa il rapporto tra natura del potere esercitato, illegittimità di *public law* e violazione del dovere di protezione.

Per un verso, la giurisprudenza ha individuato atti e decisioni assolutamente insindacabili in *negligence*, tra cui rientrano gli atti politici o di alta amministrazione che comportano scelte regolatorie o l'allocazione di risorse scarse⁴⁰.

Per altro verso, si è discussa la relazione tra gli elementi costitutivi dell'azione di diritto comune e i profili di invalidità rilevanti nel diritto pubblico.

Sul punto, la giurisprudenza è stata altalenante.

Mentre in un primo momento richiedeva al privato la prova che l'attività della pubblica amministrazione ritenuta lesiva fosse anche illegit-

³⁸ [1997] 3 WLR 86.

³⁹ Per ulteriori approfondimenti cfr. P. HOGG, *Liability of the Crown*, Melbourne, 1989, 114; C. HARLOW, *Compensation and Government Torts*, cit., 94; P.P. CRAIG, *Compensation in Public Law*, in *Law Quarterly Review*, 1980, 439 ss.

⁴⁰ Si vedano al riguardo le note decisioni *East Suffolk Rivers Catchment Board v Kent* [1940] 1 KB 319; *Dorset Yatch Co Ltd v Home Office* [1970] AC 1004; *Anns v Merton London Borough Council* [1978] AC 728 e *X v Bedfordshire County Council* [1995] 2 AC 633.

tima nel senso di irragionevole o irrazionale (c.d. *public law hurdle*)⁴¹, verso la fine degli anni '90 è emersa una corrente interpretativa meno rigorosa per cui l'illegittimità dell'azione o dell'atto non è condizione necessaria per l'ammissibilità dell'azione di diritto comune, anche se può essere considerata un sintomo della mancata osservanza del *duty of care*⁴².

Anche nell'ambito del *tort of negligence*, i casi di responsabilità da provvedimento sono i più problematici.

L'impossibilità di considerare i doveri e le funzioni pubbliche posti a protezione dell'interesse privato, come richiesto dalla teoria del *duty of care*, ha condotto all'inevitabile rigetto delle azioni di responsabilità esperite nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

Sul punto, il caso *Bank v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs* riguardava i danni conseguenti al fermo di alcuni bovini per i quali si sospettava la contaminazione da encefalopatia spongiforme (c.d. morbo della «mucca pazza»).

Una volta ottenuto l'annullamento del provvedimento per violazione dei principi di *natural justice*, l'allevatore esperiva l'azione risarcitoria in *negligence* per i danni causati alla sua attività economica durante il periodo in cui l'atto annullato aveva prodotto i suoi effetti.

La Corte rigettava la domanda ritenendo che il vizio di natura procedimentale, rilevante per la *public law*, non fosse in grado di legittimare da solo una *cause of action in private law*⁴³.

Ancora, nella decisione *Trent Strategic Health Authority v Jain and another*, è stata ritenuta infondata l'azione civile esperita dai gestori di una *nursing home* oggetto di un provvedimento che intimava la cessa-

⁴¹ In dottrina C. BOOTH, D. SQUIRES, *The Negligence Liability of Public Authorities*, Oxford, 2006, 13.

⁴² *Barrett v Enfield London* [1999] 3 All ER 193 e *Phelps v Hillingdon London Borough Council* [2001] 2 AC 619. In alcuni casi la giurisprudenza è sembrata tornare su posizioni maggiormente rigorose e conservatrici, richiedendo la prova della illegittimità dell'atto. Si è ritenuto, tuttavia, che questa non fosse sufficiente per la dimostrazione dell'illiceità della condotta. Così in *A v Essex County Council* [2004] 1 WLR 1881.

⁴³ [2004] EWCH 416. In senso analogo si veda anche la decisione *Harris v Evans* [1998] 1 WLR 1258 CA.

zione dell'attività annullato in sede di *appeal* per violazione di legge e carenza dei presupposti di fatto.

La sentenza è stata motivata sull'assunto che la violazione di un *duty of care* non può essere dimostrata dal mancato rispetto di norme poste a garanzia del corretto esercizio di un pubblico potere⁴⁴.

Gli esiti dei giudizi non sono diversi nelle ipotesi di diniego di provvedimenti favorevoli.

Al riguardo, si può ricordare l'opinione di Lord Hoffmann in *Gorringe v Cardeldale Metropolitan Council* relativa alla mancata assegnazione di alloggi pubblici:

«in the absence of a right to sue for breach of statutory duty itself, it would in my opinion have been absurd to hold that the council was nevertheless under a common law duty to take reasonable care to provide accommodation for homeless persons whom it could reasonably foresee would otherwise be reduced to sleeping rough»⁴⁵.

Peraltro, nella maggior parte dei casi da ultimo richiamati, il privato riuscirebbe a dimostrare di aver sofferto solo una *pure economic loss* non risarcibile in *negligence*.

Una caratteristica propria del *tort of negligence* è, infatti, l'irrisarcibilità dei c.d. danni puramente patrimoniali.

Come è stato evidenziato dalla dottrina di diritto privato comparato, è alquanto difficile fornire una definizione esaustiva di tale tipologia di danno che accomuni i diversi ordinamenti e che permetta, quindi, un proficuo confronto tra gli stessi⁴⁶.

Tuttavia, si è osservato che in molti sistemi giuridici, e in particolare in quelli di *common law*, la categoria dei danni meramente economici

⁴⁴ [2009] UKHL 4.

⁴⁵ [2004] 1 WLR 1057, para. 25.

⁴⁶ Così W.H. VAN BOOM, *Pure Economic Loss - A Comparative Perspective*, in W.H. VAN BOOM, H. KOZIOL, C.A. WITTING (eds.), *Pure Economic Loss*, Wien-New York, 2004, 1 ss. il quale sottolinea che si tratta di «one of the main problems in expanding tort law».

tende a coincidere con quella del lucro cessante e, pertanto, con la perdita attuale di utilità future⁴⁷.

Sulla base di tale premessa la tutela risarcitoria in *negligence* verrebbe sempre e comunque esclusa a fronte di omissioni, ritardi o dinieghi illegittimi di provvedimenti favorevoli, dal momento che in questi casi i danni subiti tenderebbero a ridursi ai mancati guadagni connessi al bene della vita atteso, ma negato.

La giurisprudenza inglese mitiga questa impostazione solo nel caso di *pure economic losses* conseguenti ad una lesione dell'affidamento (c.d. *reliance-induced damages*) che sia dovuta ad informazioni o dichiarazioni errate fornite con trascuratezza e negligenza⁴⁸.

I rari casi in cui un'azione in *negligence* nei confronti dell'amministrazione pubblica è stata ritenuta fondata si sono avuti, infatti, allorché i fatti di causa dimostravano condotte particolarmente gravi da parte dei funzionari amministrativi che, durante le fasi procedurali dirette all'emanazione di un provvedimento, avevano fornito ai privati informazioni false o lacunose, inducendoli in errore e provocando così un danno.

Ciò è quanto avvenuto, per esempio, in *Davy v Spelthorne Borough Council*⁴⁹ e in *Victoria Florence Welton and another v North Cornwall All District Council*⁵⁰.

Nel primo caso, la fattispecie riguardava l'emanazione di un provvedimento di chiusura di un impianto per la produzione di prefabbricati in calcestruzzo a causa della violazione di alcune disposizioni urbanistiche.

L'atto era divenuto definitivo a seguito della mancata impugnazione in *appeal*, non esperita dal proprietario in quanto la stessa gli era stata erroneamente rappresentata come "facoltativa" dal funzionario responsabile della pratica.

Per questo motivo l'amministrazione è stata condannata, in via equitativa, al risarcimento dei danni subiti dal privato e conseguenti al com-

⁴⁷ Sul punto si veda per tutti M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, vol. II, Milano, II ed., 2010, 76.

⁴⁸ In questo senso ancora W.H. BOOM, *op. cit.*, 25-32.

⁴⁹ [1983] 3 All ER 278.

⁵⁰ [1997] 1 WLR 570 CA.

portamento gravemente negligente del proprio funzionario che ha determinato il consolidamento degli effetti del provvedimento lesivo.

Nel secondo caso, un funzionario locale dell'*Environmental Health Office* – nell'esercizio dei poteri ispettivi previsti dalla disciplina in materia di igiene e sanità pubblica – aveva erroneamente presentato come definitivo un atto endoprocedimentale di diffida in cui venivano indicate le modifiche strutturali necessarie per evitare la chiusura di un albergo.

Una volta adempiuto tempestivamente a quanto richiesto, i proprietari dello stabile scoprivano che la determinazione in questione era del tutto invalida e priva dei presupposti formali e sostanziali necessari per la sua emanazione.

Veniva quindi accertato il loro diritto al risarcimento per le spese sostenute in esecuzione dell'atto endoprocedimentale invalido, ritenute imputabili al comportamento scorretto e negligente del titolare dell'organo competente.

5. I rimedi risarcitori “speciali” per la pubblica amministrazione: il tort of misfeasance in public office

I limiti che si frappongono all'affermazione della responsabilità civile della pubblica amministrazione si attenuano leggermente con riferimento ai *tort* definiti come “speciali” perché esperibili solo nei confronti della pubblica amministrazione e dei suoi agenti.

Come anticipato, si tratta del *tort of misfeasance in public office* e dell'azione per la violazione degli *human rights* di cui alla *section 8* dello HRA del 1998.

Nel primo caso, l'illecito è piuttosto peculiare e si configura in conseguenza dell'emanazione dolosa o intenzionale di un atto illegittimo o ingiusto da parte del titolare di un ufficio pubblico⁵¹.

⁵¹ M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE, *Misfeasance in Public Office, Governmental Liability and European Influences*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 757 ss.; S. DENCH, *The Tort of Misfeasance in a Public Office*, in *Auckland ULR*, 1981, 182 ss.; J. MCBRIDE, *Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action*, in *Cambridge Law Journal*, 1979, 323 ss.

Nell'esercizio delle proprie funzioni, l'agente deve aver agito (o omesso di agire) con lo scopo di danneggiare il privato (c.d. *targeted malice*), oppure con la consapevolezza di emanare un provvedimento non conforme al diritto ed idoneo a determinare conseguenze pregiudizievoli per il singolo.

Nell'evoluzione giurisprudenziale si è giunti ad affermare che l'azione sussiste anche quando vi è un *abuse of power* accompagnato dalla coscienza della sua illegittimità e lesività. Proprio il ruolo centrale riservato alla condizione psicologica del soggetto agente ha consentito di applicare il *tort* in esame anche alle ipotesi di danni derivanti da un diniego illegittimo.

Così, già nel caso *Farrington v Thomson* del 1959 relativo al diniego di una licenza per la vendita di liquori, la responsabilità civile della pubblica amministrazione è stata riconosciuta grazie alla prova della prevedibilità ed evitabilità dell'illegittimità del provvedimento da parte del titolare dell'ufficio⁵².

Tuttavia, in questi casi il privato può imbattersi nell'ostacolo rappresentato dalla necessità di dimostrare il nesso di causalità tra la condotta e il danno che ritiene di imputare all'agente. Se, infatti, questo coincide con il bene della vita non ottenuto o goduto è necessaria, sul piano anche solo causale, la dimostrazione della "spettanza" del provvedimento favorevole e dell'interesse leso.

Tale difficoltà probatoria si aggrava quando il potere ha natura discrezionale⁵³.

5.1. *Un new public tort a tutela degli human rights*

La *section 8* dello HRA del 1998 ha conferito alle Corti ordinarie il potere di condannare le autorità amministrative al risarcimento dei danni in tutti i casi di ingiustificata lesione di uno dei diritti previsti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo ("CEDU").

⁵² [1959] VR 286.

⁵³ Nel caso *Asoka Kumar David v M.A.M.M. Abdul Cader* [1963] 1 WLR 834 il *Privy Council* ha riconosciuto la fondatezza della azione risarcitoria in un caso di attività vincolata dopo che il privato aveva dimostrato di possedere tutti i requisiti richiesti dalla legge per l'ottenimento della decisione amministrativa illegittimamente negata.

L'ipotesi risarcitoria – da molti definita come “new government tort”⁵⁴ o “new public law tort”⁵⁵ – si presenta apparentemente come un illecito in cui ogni lesione recata ad un diritto umano è in astratto illecita, salvo la presenza di una causa di giustificazione.

Sin dalla sua introduzione, sono emersi alcuni aspetti problematici connessi alla natura della nuova ipotesi di responsabilità, ai suoi elementi costitutivi e all'esigenza di adattare i concetti tradizionali di *unlawfulness* alla fattispecie risarcitoria.

Due i profili che meritano un particolare approfondimento.

In primo luogo, il danneggiato deve potersi qualificare come *victim*. In tale categoria rientrano tanto i titolari di un *private law right*, quanto coloro che possono dimostrare un *sufficient interest* analogo al *locus standi* necessario per l'esperimento dell'azione di *judicial review*.

Nel concetto di *victim* rientrano, in altre parole, tutti i portatori di interessi che possano dirsi colpiti dagli effetti della decisione amministrativa dannosa e a cui può essere ricondotta, in via mediata, la lesione di uno *human right*⁵⁶.

In secondo luogo, l'atto amministrativo lesivo deve essere *unlawful*.

In particolare, il par. 1 della s. 6 dello HRA precisa che va qualificato come illegittimo l'atto incompatibile con il diritto individuale, salvo che l'autorità pubblica non dimostri l'impossibilità di agire diversamente in esecuzione di quanto previsto dalla disciplina di settore.

La dottrina⁵⁷ pare concorde nel ritenere che il legislatore abbia inteso fare riferimento all'illegittimità pubblicistica di cui ai *grounds of*

⁵⁴ LORD H. WOOLF, *The Human Rights Act 1998 and Remedies*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Judicial Review in International Perspective*, London, 2000, I, 432 ss.

⁵⁵ R. CLAYTON, H. TOMLINSON (eds.), *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000, par. 21.21.

⁵⁶ Section 7 (3) HRA 1998. In tema cfr. J. MILES, *Standing under the Human Rights Act 1998: Theories of Rights Enforcement and the Nature of Public Law Adjudication*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, 133 ss.

⁵⁷ Si veda sul punto M. ELLIOTT, *The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*, in *Cambridge Law Journal*, 2001, 301 ss.

review tradizionali con una prevalenza dei vizi sostanziali rispetto a quelli meramente procedurali o formali⁵⁸.

Piuttosto interessanti al riguardo sono i casi *A v Teacher and Governors of Lord Grey School* del 2006 e *P v South Gloucestershire Council* del 2007.

La prima decisione si riferiva ai danni conseguenti ad un provvedimento disciplinare di espulsione emesso nei confronti di tre studenti sospettati di aver causato un incendio doloso durante l'orario di lezione.

La seconda riguardava una decisione dell'amministrazione locale avente ad oggetto la sospensione di un programma sanitario-riabilitativo a favore di un minore affetto da gravi patologie fisiche.

In entrambe le decisioni i giudici aditi hanno evidenziato che non ogni vizio di illegittimità è rilevante per l'accertamento della violazione di un diritto riconosciuto dallo HRA. Se l'invalidità ha natura procedimentale o formale, non c'è infatti margine per accogliere una domanda risarcitoria, che finirebbe per attribuire una *unjust satisfaction*.

Nel caso *Langley v Liverpool City Council* del 2005, al contrario, si è ritenuto che la decisione emanata dalla competente autorità locale avente ad oggetto l'allontanamento di un minore dalla famiglia di origine e risultata del tutto irragionevole, oltre che priva di adeguata motivazione, fosse lesiva del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 della CEDU⁵⁹.

Alla questione della illegittimità dell'atto può essere ricondotta anche quella della necessità o meno per il privato di provare la colpa dell'amministrazione.

Molti interpreti hanno sottolineato l'opportunità di richiamare il criterio comunitario del *sufficiently serious test*, che consente il bilanciamento di diversi fattori, quali la chiarezza e la precisione delle disposizioni violate, il grado della discrezionalità riconosciuta alla pubblica amministrazione e la presenza o meno di un errore scusabile⁶⁰.

⁵⁸ *A v Head Teacher and Governors of Lord Grey School* [2006] 2 WLR 690 e *P v South Gloucestershire Council* [2007] EWCA Civ 2.

⁵⁹ [2005] EWCA Civ 1173.

⁶⁰ SIR R. CARNWALTH, *Welfare Services – Liabilities in Tort after the Human Rights Act*, in *Public Law*, 2001, 210 ss.

Mentre in alcune circostanze l'invalidità (sostanziale) dell'atto potrebbe essere sufficiente a integrare il requisito della violazione grave e manifesta, in altre occorrerebbe dimostrare l'inosservanza di una sorta di *reasonable care* qualificato.

6. I profili processuali della responsabilità: il principio di autonomia tra le azioni e i suoi correttivi

Alcune delle criticità che animano il diritto sostanziale della responsabilità della pubblica amministrazione nel sistema inglese si rispecchiano sul piano processuale e sul rapporto tra i rimedi.

In estrema sintesi, si può affermare che tra le azioni risarcitorie ordinarie e quelle di *public law* – esperibili di fronte a giudici specializzati nell'ambito delle Corti ordinarie entro un breve termine di decadenza e sulla base della procedura di *judicial review*⁶¹ – non vi è un rapporto di pregiudizialità necessaria né, tantomeno, di esclusività.

La completa indipendenza dei rimedi è stata ribadita a più riprese e, in particolare, nella decisione della *House of Lords R v Inland Revenue Commissioners, ex p Rossminster Ltd* del 1980 ove si è sottolineato che, a fronte di una medesima vicenda processuale, nulla vietava al privato l'esercizio di una azione per danni in via ordinaria, soprattutto in ipotesi ove emergessero questioni di fatto o di diritto particolarmente complesse per le quali le limitazioni processuali del *judicial review* avrebbero comportato una tutela non pienamente effettiva⁶².

Solo quattro anni dopo, con la nota decisione *O'Reilly v Mackman*⁶³, l'organo giurisdizionale di ultima istanza tentava di introdurre nell'ordinamento di *common law* il principio di esclusività processuale dei rimedi pubblicistici rispetto a quelli ordinari al fine di garantire la stabi-

⁶¹ Secondo le previsioni contenute nella *Rule 54.1* delle *Civil Procedure Rules* del 1999.

⁶² [1980] AC 952.

⁶³ [1983] 2 AC 237.

lità delle situazioni giuridiche regolate dal diritto pubblico, quando il privato lamentasse la violazione di un *public law right*⁶⁴.

L'interpretazione successiva ha chiarito che la ricostruzione prospettata nel *sole judgment* reso da Lord Diplock poteva essere applicata esclusivamente nei casi in cui venissero sollevate in via principale questioni di *public law* e il risultato perseguito con il rimedio ordinario fosse sostanzialmente identico a quello ottenibile attraverso la procedura pubblicistica.

In altre parole, il privato avrebbe commesso in questo modo un *abuse of process* che, nel diritto d'oltremarica, può integrare un autonomo illecito di natura dolosa.

Questo era, del resto, quanto avvenuto nel caso di specie.

Alcuni detenuti avevano tentato di dimostrare che la sanzione disciplinare comminata dal *Hull Prison Board of Visitors*, con cui si revocava loro il condono della pena, era *ultra vires* e dunque invalida perché emanata in violazione del principio di *natural justice*.

Scaduti i termini per l'*application for judicial review*, i detenuti avevano cercato di ottenere una dichiarazione di invalidità dell'atto (*declaration of nullity*) attraverso una azione civile di fronte alle Corti ordinarie.

Il ragionamento della House of Lords si è basato sull'assunto che, volendo tutelare il proprio diritto ad essere sentiti, i *prisoners* non esercitavano alcun *private right* e alla stessa conclusione poteva giungersi per quanto riguarda l'interesse ad ottenere o mantenere il provvedimento favorevole avente ad oggetto il condono della pena.

Si trattava, infatti, di un atto concesso discrezionalmente dall'amministrazione penitenziaria e che, per questo, aveva ad oggetto un *privilege* e non un *right*⁶⁵.

⁶⁴ Sul punto e per ulteriori approfondimenti sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *La stabilità e la contestabilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contestabilità del provvedimento nella prospettiva comparata*, cit., 95 ss.

⁶⁵ In altre parole la posizione giuridica tutelata era la legittima aspettativa che il *Board* agisse nel rispetto dei principi della *natural justice*, la quale legittimava esclusivamente un *sufficient interest* per il ricorso in sede di *judicial review*.

Si può ritenere che, nel caso di specie, le conclusioni della Corte non sarebbero state differenti se l'azione intentata fosse stata di natura risarcitoria.

I detenuti, infatti, non vantavano alcun *private law right* leso dall'azione dell'amministrazione penitenziaria e per questo non sarebbe stato consentito loro l'accesso alla giurisdizione ordinaria e l'accertamento dell'invalidità del provvedimento in via incidentale.

Infatti, solo ove l'azione in *tort* sia ammissibile secondo le regole sostanziali esaminate nei paragrafi precedenti, è consentito ai giudici sindacare la legittimità dell'azione amministrativa mediante un *collateral attack*⁶⁶.

La giurisprudenza ha in effetti confermato il rapporto di autonomia e indipendenza dei due giudizi, dal momento che il rimedio risarcitorio non ha l'effetto di incidere direttamente sulla validità ed efficacia del provvedimento pregiudizievole.

Non sono tuttavia mancate posizioni isolate di segno contrario, che hanno imposto al privato l'onere di formulare la domanda risarcitoria nell'atto introduttivo del *judicial review* insieme a uno degli altri mezzi di tutela esperibili⁶⁷.

Il risarcimento dei danni derivanti dal provvedimento può essere, infatti, richiesto già nella procedura speciale con domanda che deve essere connessa e dipendente rispetto ad uno degli rimedi principali⁶⁸.

In questo modo, la tutela risarcitoria finisce per avere un carattere accessorio e circoscritto alle conseguenze dannose derivanti dall'atto, che non possono essere eliminate dal riconoscimento e dall'esecuzione delle tutele specifiche. Tuttavia, affinché la domanda risarcitoria sia accolta, devono essere dimostrati, anche nell'ambito del *judicial review*

⁶⁶ Sull'istituto del *collateral attack* nel diritto inglese si veda per tutti B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, in particolare 7-58.

⁶⁷ *Guevara v The Mayor and Burgesses of the London Borough of Hounslow*, The Times 14 aprile 1987.

⁶⁸ *Rule 54.3 (2)* delle *Civil Procedural Rules* del 1999 la quale prevede che «a claim for judicial review may include a claim for damages, restitution or the recovery of a sum due but not seek such a remedy alone».

ew, tutti gli elementi costitutivi dei singoli *tort* e, in particolare, la natura delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere.

Si è altresì sviluppato un approccio intermedio per cui il mancato esperimento della procedura di *public law* potrebbe, ma non necessariamente dovrebbe, rappresentare un motivo di rigetto dell'azione *in tort* quando, per esempio, l'annullamento degli effetti della decisione illegittima e lesiva avrebbe contribuito alla riduzione del danno sofferto⁶⁹.

Nell'ambito della tutela garantita agli *human rights*, poi, è la legge stessa a disporre che la tutela risarcitoria sia concessa solo qualora il giudice la ritenga effettivamente necessaria per assicurare una giusta riparazione del danno subito dal soggetto leso, tenuto conto degli altri rimedi disponibili (s. 5).

Le Corti hanno elaborato alcuni criteri direttivi per l'applicazione della disposizione appena richiamata, in modo da bilanciare l'effettività della tutela assicurata alle situazioni soggettive lese e il rispetto dell'interesse pubblico di cui il provvedimento è espressione.

È emblematico al riguardo il caso *Anufrijeva v London Borough of Southwark* del 2003.

Una famiglia di cittadini stranieri esperiva avverso l'autorità locale un'azione per il risarcimento dei danni subiti a causa del rifiuto di assegnare loro una abitazione adeguata alle gravi condizioni di salute di uno dei familiari.

I ricorrenti sostenevano che la decisione risultava illegittima per violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, che poteva essere soddisfatto soltanto attraverso l'assegnazione di una dimora dotata di particolari caratteristiche⁷⁰.

La *Court of Appeal* adita ha colto l'occasione per chiarire quando un'azione risarcitoria ex s. 8 dello HRA può essere esercitata in via autonoma.

A tal fine, occorre valutare se i danni sofferti dal privato non possano essere prevenuti o ridotti attraverso il tempestivo esperimento di altri rimedi o mezzi di *redress* preferibili non solo perché più opportuni per

⁶⁹ Così in giurisprudenza *Rowling v Takaro Properties Ltd* [1988] 1 All ER 163 e in dottrina C. LEWIS, *Judicial Remedies in Public Law*, London, 2000, 440.

⁷⁰ [2003] EWCA Civ 1406.

la tutela dell'interesse pubblico, ma anche di quello del privato che potrebbe così contrastare rapidamente gli effetti pregiudizievoli delle decisioni illegittime e stimolare un nuovo esercizio delle funzioni amministrative in senso a sé favorevole.

Si può sostenere che nel caso di specie le conclusioni della Corte siano state agevolate dal fatto che, sul piano sostanziale, i soggetti danneggiati agivano per la tutela dell'interesse ad ottenere un provvedimento favorevole (nel caso di specie l'assegnazione dell'abitazione), il quale si poneva come mezzo per la realizzazione del diritto previsto dalla CEDU, ovvero quello al rispetto della vita privata e familiare.

In motivazione, infatti, i giudici hanno messo in evidenza che la tutela risarcitoria riveste un ruolo differente nel caso di violazione di tali posizioni giuridiche soggettive (definite espressamente *public law rights*) rispetto ai diritti di natura privatistica.

Per i primi, infatti, il giudizio sulla meritevolezza di tutela risarcitoria è subordinato al bilanciamento tra l'aspettativa del privato a soddisfare un proprio interesse e il rispetto dell'interesse pubblico. Si tratta di un giudizio che è demandato alla pubblica amministrazione e non al giudice⁷¹.

⁷¹ Punto 54 della motivazione.

CAPITOLO V

LA RESPONSABILITÀ DEI POTERI PUBBLICI NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

AUTONOMIA E INFLUENZA DI UN MODELLO PECULIARE

SOMMARIO: *1. Il sistema di responsabilità nell'ordinamento dell'Unione europea: inquadramento generale. SEZIONE I: LA RESPONSABILITÀ DELLE ISTITUZIONI EUROPEE. 1. La responsabilità delle istituzioni europee e il richiamo ai principi generali comuni degli Stati membri. 2. La struttura dell'illecito. 3. La violazione di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli nell'illecito delle istituzioni europee. 3.1. L'applicazione in concreto del requisito: la tutela di alcuni particolari interessi a fronte della violazione di principi fondamentali dell'azione amministrativa. 3.2. L'esclusione dei vizi formali e procedurali: dubbi sulla reale portata della giurisprudenza in materia. 3.3. La tutela risarcitoria degli interessi partecipativi. 4. La violazione grave e manifesta del diritto: la posizione della giurisprudenza prima del 2000. 4.1. Il nuovo approccio e l'opera di bilanciamento della giurisprudenza tra gli interessi sottesi alla funzione esercitata. 4.2. Le ipotesi di accoglimento della domanda risarcitoria: potere vincolato e mancato perseguimento in concreto delle funzioni attribuite. 4.3. La violazione grave e manifesta della norma: considerazioni di sintesi. 5. Le ricadute processuali del giudizio risarcitorio nei confronti delle istituzioni europee e il rapporto tra i rimedi esperibili. 5.1. L'autonomia delle azioni in un sistema di controllo complessivo (e complementare) dell'azione delle istituzioni. SEZIONE II: LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA. 1. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e le ricadute sull'esercizio delle funzioni amministrative. 2. L'influenza dell'illecito sul diritto degli Stati membri: le condizioni per esperire l'azione tra effettività della tutela, certezza del diritto e oneri di diligenza. 2.1. I presupposti dell'obbligazione risarcitoria: la lesione di un interesse garantito dal diritto europeo e i limiti all'accertamento dell'elemento soggettivo. 3. La reazione dei sistemi nazionali francese, tedesco ed inglese all'introduzione dell'illecito europeo. SEZIONE III: LA RESPONSABILITÀ "CONCORRENTE". 1. Le ipotesi di responsabilità "concorrente" nel sistema di giustizia integrato: quadro generale. 2. La tutela risarcitoria nei casi di amministrazione congiunta e integrata.*

1. Il sistema di responsabilità nell'ordinamento dell'Unione europea: inquadramento generale

Come è noto, nell'ordinamento dell'Unione europea sussistono due differenti articolazioni della responsabilità extracontrattuale: quella delle istituzioni europee¹ prevista oggi dall'art. 340 par. 2 del TFUE e quella degli Stati membri per violazione del diritto UE che, in assenza di alcuna previsione di diritto positivo, ha avuto origine e sviluppo interamente in via pretoria.

Il riconoscimento della responsabilità per fatto illecito si fonda sui principi dello stato di diritto cui l'Unione si ispira in quanto “comunità di diritto” in cui sono assicurate anche ai singoli le tutele necessarie per la garanzia dei propri diritti e libertà².

Non a caso, la responsabilità degli Stati membri è sempre stata considerata come *inerente* al sistema giuridico dei Trattati in quanto espressione del «generale principio, riconosciuto negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in forza del quale un'azione o un'omissione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato»³.

Come si vedrà *infra*, le due tipologie di illecito convergono sul piano del diritto sostanziale⁴.

¹ Sul piano terminologico, si è consapevoli che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'aggettivo “comunitario” è stato progressivamente sostituito da espressioni e neologismi aderenti al nuovo contesto istituzionale e ordinamentale dell'Unione europea. Tra questi ricorrono frequentemente i termini “eurounitario” e “unionale”. Ai fini del presente contributo, si è scelto di utilizzare l'aggettivo più neutro “europeo”, che va inteso quale sinonimo dell'espressione “dell'Unione europea”.

² Sulla qualificazione della Comunità europea, prima, e dell'Unione europea, poi, come “comunità di diritto” si rinvia in particolare a M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 505 ss.; ID., *Dalla “Comunità di diritto” alla Unione dei diritti*, in S. MICOSI, G.L. TOSATO (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. Nel dubbio, per l'Europa*, Bologna, 2008, 259 ss.; ID., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1 ss.

³ In questo senso, *Brasserie du Pêcheur - Factortame*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, 5 marzo 1996.

⁴ Sul punto, si veda in particolare il volume di P. AALTO, *Public Liability in EU Law*, cit., *passim*. Sul sistema di responsabilità delle istituzioni europee, cfr. anche K. GUTMAN, *The Evolution of the Action for Damages against the European Union and*

Sul piano processuale, invece, il giudizio sulla responsabilità delle istituzioni europee è di competenza degli organi giurisdizionali dell'Unione, mentre quello relativo alla condotta degli Stati membri è esperibile dinnanzi alle corti nazionali che⁵, in caso di dubbio sull'interpretazione del diritto UE, potranno rivolgersi alla Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Questa circostanza favorisce un'interpretazione elastica dei principi generali posti a livello sovranazionale, che vengono adeguati alle singole fattispecie con esiti talvolta differenti a seconda del paese coinvolto e dei tratti che caratterizzano i singoli sistemi giuridici nazionali.

Tuttavia, l'applicazione analogica del principio del «doppio circuito di tutela» – secondo cui il sistema delle Corti nazionali è separato da quello europeo, salva una loro integrazione favorita dal rinvio pregiudiziale – può avere ricadute negative sull'effettività della tutela garantita in materia risarcitoria.

Si prenda per esempio il caso in cui la lesione dell'interesse privato derivi da un provvedimento nazionale emanato in attuazione di un atto europeo invalido a contenuto regolamentare.

La responsabilità dello Stato membro sarebbe esclusa, dal momento che si tratterebbe di un caso di corretta attuazione, e non di violazione, del diritto dell'Unione.

Tuttavia, l'atto europeo illegittimo non sarebbe direttamente impugnabile e sindacabile di fronte al giudice europeo in quanto di natura

its Place in the System of Judicial Protection, cit., e J. WAKEFIELD, *Judicial Protection Through the Use of Article 288(2)*, The Hague, 2002. Nella dottrina italiana, si vedano, in particolare, M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., e M.P. CHITI, *op. ult. cit.* Occorre altresì ricordare che la possibilità di ottenere il risarcimento del danno per le violazioni commesse dalle istituzioni europee è declinata anche nella Carta dei diritti fondamentali – cui è riconosciuto oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati – in particolare all'art. 41 rubricato “Diritto ad una buona amministrazione”. Il par. 3 dell'art. 41 dispone a tale proposito che «ogni individuo ha diritto al risarcimento da parte dell'Unione dei danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conformemente ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri».

⁵ Con riferimento al tema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione europea, si rinvia alla bibliografia citata nel Capitolo I, nt. 42.

regolamentare e provvisto di una misura di esecuzione a livello nazionale.

Nonostante l'illiceità ascrivibile alla condotta delle istituzioni europee, l'accertamento della responsabilità di queste ultime sarebbe precluso al giudice nazionale, a cui il singolo dovrebbe comunque rivolgersi per l'impugnazione dell'atto nazionale nella speranza di un rinvio pregiudiziale che non consentirebbe comunque la soddisfazione immediata della sua pretesa risarcitoria, ma si limiterebbe ad agevolare una successiva azione ex art. 340 TFUE.

Maggiori difficoltà si porrebbero, inoltre, con riferimento ai procedimenti composti in cui sono coinvolti gli apparati di (più) amministrazioni nazionali e dell'Unione europea.

Queste ultime fattispecie, che la dottrina straniera ha efficacemente definito di *concurrent liability*, determinano forti incertezze circa il giudice competente e l'amministrazione responsabile che, in ultima analisi, potrebbe essere diversa da quella che ha emanato la decisione finale dai cui effetti è derivata la lesione ingiusta.

A fronte della progressiva integrazione e cooperazione sul piano amministrativo, si dimostra quindi la crescente necessità di coordinare maggiormente i diversi ambiti rimediali al fine di assicurare un opportuno adeguamento delle garanzie poste a difesa degli interessi del singolo in un'ottica di effettività della tutela⁶.

⁶ B. MARCHETTI, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 5 ss. Si vedano anche M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745 ss. e H.C.H. HOFMANN, M. TIDGHI, *Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks*, in *European Public Law*, 2014, 147 ss.

SEZIONE I: LA RESPONSABILITÀ DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

1. La responsabilità delle istituzioni europee e il richiamo ai principi generali comuni degli Stati membri

Per quanto riguarda la responsabilità delle istituzioni, l'art. 340, par. 2, TFUE richiama espressamente i principi generali comuni agli Stati membri in materia di responsabilità e impone la conformità a questi della disciplina sovranazionale.

Sul punto, i Trattati non sono mai stati modificati e riprendono ancora oggi la formulazione di cui all'art. 215 della prima versione del Trattato CEE.

Tuttavia, sin dagli anni '60 del secolo scorso, è maturata la consapevolezza che in materia di responsabilità dei pubblici poteri gli ordinamenti nazionali percorrono vie diverse per giungere a risultati analoghi. Ciò che li accomuna, in altri termini, sono gli esiti delle questioni giuridiche più che gli istituti richiamati per risolverle.

In quest'ottica, si comprende l'osservazione dell'avvocato generale tedesco Roemer⁷ contenuta nelle conclusioni relative al caso *Plaumann* del 1963:

Ritengo che la Corte, in base all'articolo 215, comma 2, sia relativamente libera nella elaborazione dogmatica delle singole questioni, ma che dal punto di vista del risultato debba rispettare, per la responsabilità amministrativa della Comunità, l'impostazione comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Sotto questo profilo l'articolo 215, comma 2, perde buona parte della pericolosità e della novità che sembrava a prima vista contenere. Sostanzialmente, in relazione alla responsabilità amministrativa della Comunità, esso tende solo a che la Corte, stanti le numerose lacune del diritto comunitario in diverse que-

⁷ Sull'influenza di Karl Roemer nella formazione del diritto europeo e nella definizione del primato di questo sui diritti nazionali si veda l'interessante studio di A. GRILLI, *Aux origines du droit de L'Union Européenne: le "ius commune" national dans les conclusions des avocats généraux: Karl Roemer et Maurice Lagrange (1954-1964)*, in *The Legal History Review*, 2008, 155 ss.

stioni di diritto processuale e sostanziale, eserciti una attività creatrice di diritto valendosi degli strumenti della comparazione giuridica⁸.

Il riferimento ai principi generali comuni agli Stati membri non ha portato, quindi, ad una analisi dettagliata e approfondita dei diversi sistemi, giacché la giurisprudenza sovranazionale si è orientata nel senso di individuare le tendenze comuni agli ordinamenti europei, ponendole a servizio degli obiettivi perseguiti dall'Unione in vista della loro massima realizzazione⁹.

Nel tempo, gli elementi comuni degli Stati membri sono stati pertanto adattati alle esigenze dell'ordinamento europeo, finendo talvolta per essere completamente rivisti dai giudici del Lussemburgo.

Si confermano, in altre parole, le peculiarità connesse alla dimensione oggettiva dal sistema sovranazionale di tutela il quale, oltre alla legalità dell'azione e alla liceità della condotta delle istituzioni, intende sempre e comunque garantire l'implementazione e l'effettività degli obiettivi insiti nell'ordinamento dell'Unione¹⁰.

⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Karl Roemer, 28 maggio 1963, sul caso *Plaumann v Commissione della Comunità Economica Europea* (C-25/62), in particolare 240. L'avvocato generale ha sottolineato, altresì, la peculiarità del regime di responsabilità nel sistema CECA dove l'art. 40 del Trattato istitutivo – non più in vigore dal 2002 – disponeva che l'azione di risarcimento fosse ammessa tutte le volte in cui una *faute de service* delle istituzioni avesse causato un danno. Si distingueva inoltre tra *faute de service* e *faute personnelle* su cui si veda, per esempio, la sentenza *Meroni*, C-14/60, 13 luglio 1961.

Era evidente in quel contesto l'influenza del diritto francese come messo in evidenza nelle conclusioni dello stesso Roemer relative al precedente caso *Vloeberghs*, cause riunite C-9 e 12/60, 14 luglio 1961. Nel sistema delineato dal Trattato CECA, risultava particolarmente interessante anche quanto previsto dall'art. 34, secondo cui l'Alta Autorità era tenuta ad assumere «le misure atte ad assicurare un'equa riparazione del danno derivante direttamente dalla decisione o dalla raccomandazione annullata». Si trattava di una tutela assicurata ai singoli in caso di danni derivanti da un atto già dichiarato illegittimo dalla Corte di giustizia. In caso di omissione da parte dell'Alta autorità, era consentito il ricorso alla Corte per l'accertamento del diritto ad una giusta riparazione.

⁹ In questo senso, P. MACHNIKOWSKI, *The Liability of Public Authorities in the European Union*, in K. OLIPHANT (ed.), *op. cit.*, 559 ss. e in particolare 560.

¹⁰ Sul punto, per tutti, D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, in particolare 295.

2. La struttura dell'illecito

Il regime di responsabilità delle istituzioni europee è divenuto un modello tipico sul piano sostanziale e processuale grazie all'opera della giurisprudenza sovranazionale.

Si deve alla sentenza *Bergaderm* del 2000 la definizione dell'attuale struttura dell'illecito europeo, che accomuna la responsabilità delle istituzioni europee a quella degli Stati membri, in linea con quanto affermato nella nota decisione sulle cause riunite *Brasserie du pêcheur e Factortame*.

Le condizioni dell'obbligazione risarcitoria sono essenzialmente tre: una condotta *non iure* da parte delle istituzioni, l'esistenza di un danno certo e attuale e il nesso di causalità tra il danno e la condotta, che può essere di natura commissiva od omissiva.

Il requisito dell'antigiuridicità, che fa propendere per una natura atipica della fattispecie risarcitoria, è tuttavia integrato da due elementi che lo circoscrivono ulteriormente¹¹, giacché la violazione commessa: i) si deve riferire ad una norma che tutela o conferisce un diritto al singolo e ii) deve essere sufficientemente qualificata nella misura in cui i limiti posti all'esercizio del potere sono stati superati in modo grave e manifesto.

La dimostrazione di quest'ultimo requisito tiene conto del grado di discrezionalità attribuita all'istituzione nelle particolari circostanze del caso e può comportare il riferimento ad una serie di "elementi sintomatici", tra cui la complessità delle situazioni da disciplinare, la chiarezza delle disposizioni applicabili e la condotta complessiva degli interessati¹².

¹¹ In questo senso «il ricorso per risarcimento, diretto non all'annullamento di un atto giuridico illegittimo, bensì al risarcimento del danno causato dalle istituzioni, è soggetto a condizioni specifiche definite in maniera autonoma in funzione del suo specifico oggetto. Pertanto, esso non è diretto a garantire il risarcimento del danno causato da qualsiasi comportamento illecito» (punto 51 della motivazione in *Artegoda GmbH v Commissione*, T-429/05, 3 marzo 2010).

¹² Sul concetto di potere discrezionale nel contesto dell'Unione europea cfr. R. CARRANTA, *On Discretion*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of EU Law, The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008, 185 ss. Si veda inoltre F. CORTESE, *L'accertamento della colpa della P.A. nella fattispecie di danno da prov-*

Il criterio dell'ampiezza del potere discrezionale comporta che qualora vi sia

un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata¹³.

L'applicazione alle fattispecie concrete delle condizioni richiamate si rivela spesso problematica.

Inoltre, le difficoltà ricostruttive risultano aggravate dal fatto che l'obbligazione risarcitoria può sorgere a fronte dell'esercizio sia di poteri normativi che amministrativi, posto che la giurisprudenza ha escluso vi possa essere a priori un differente regime giuridico per le due diverse ipotesi¹⁴.

3. La violazione di una norma preordinata a conferire diritti ai singoli nell'illecito delle istituzioni europee

Come anticipato, il giudizio sulla responsabilità extracontrattuale nell'ordinamento dell'Unione europea presuppone, innanzitutto, che la violazione commessa si riferisca ad una norma intesa a tutelare o a conferire un diritto al singolo.

Tale requisito consente di ricondurre l'elemento dell'antigiuridicità della condotta a quello dell'ingiustizia del danno, intesa come lesione di

vedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo, in Resp. civ. e prev., 2012, 1613 ss.

¹³ In questo senso cfr. *Commissione v Camar e Tico*, C-312/00 P, 10 dicembre 2002, punto 54 della motivazione e *Comafrika e Dole Fresh Fruit Europe v Commissione*, cause riunite T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 e T-225/99, 12 luglio 2001, punto 134 della motivazione.

¹⁴ Il nuovo approccio era motivato anche dalla necessità di uniformare i regimi di responsabilità delle istituzioni europee e degli Stati membri, considerato che nel caso di violazione del diritto europeo da parte di questi ultimi la distinzione tra atti normativi e atti individuali non era rilevante.

una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela risarcitoria alla luce dell'ordinamento dell'Unione europea.

Per questo motivo, nel caso di atti o provvedimenti lesivi, si può dire che illiceità e illegittimità non sempre coincidono dal momento che un provvedimento può essere illegittimo, ma non illecito, se la norma o il principio violati non sono posti nell'interesse del danneggiato¹⁵.

Sul punto si intravede chiaramente l'influenza del diritto tedesco e della *Drittbezogenheit* nella configurazione della fattispecie risarcitoria a livello europeo¹⁶.

In origine, il requisito della protezione dell'interesse del singolo da parte della norma violata è stato utilizzato dal giudice europeo per definire in astratto le posizioni meritevoli di tutela risarcitoria, considerato che, ai fini dell'azione di responsabilità, i singoli hanno sempre goduto di una legittimazione all'azione più ampia rispetto a quanto non avvenga per la tutela impugnatoria¹⁷.

¹⁵ La divergenza tra illiceità e illegittimità può contribuire a spiegare anche il principio espresso dalla giurisprudenza sovranazionale per cui azione risarcitoria e azione costitutiva sono tecnicamente indipendenti l'una dall'altra, avendo oggetti e destinatari potenzialmente diversi. Allo stesso tempo, potrebbe darsi l'ipotesi di un atto legittimo nei confronti del destinatario, ma lesivo dell'interesse di un terzo che potrà chiedere in via autonoma la tutela della propria situazione giuridica in sede risarcitoria. Al riguardo si può prendere ad esempio la decisione emessa dal Tribunale di primo grado, *Idromacchine e a. v Commissione*, causa T-88/09, 8 novembre 2011, ove si è affermato che, nell'ambito di un procedimento di valutazione circa la compatibilità con il mercato interno di alcuni aiuti di Stato, la divulgazione di fatti e informazioni riservate integra una violazione da parte della Commissione dell'obbligo di segreto professionale ex art. 287 del Trattato CE (ora art. 339 TFUE) e obbliga l'istituzione a risarcire il danno all'immagine eventualmente causato all'impresa coinvolta nel procedimento di verifica.

¹⁶ Così G. FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Parte generale, Milano, 2007, 697 ss. e in particolare 742.

¹⁷ L'azione risarcitoria non mira ad incidere sugli effetti dell'atto, ma ad ottenere la riparazione dei pregiudizi verificatesi in conseguenza di comportamenti illeciti da parte dei soggetti deputati ad attuare il diritto dell'Unione. In questo senso M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., *passim*. Se, infatti, è molto raro che un'azione risarcitoria venga dichiarata inammissibile, l'accertamento della posizione giuridica lesa riemerge in sede di sindacato sulla fondatezza della pretesa.

Si può al riguardo ricordare la sentenza *Vloberghs* del 1961, resa nel contesto ordinamentale della CECA¹⁸.

La vicenda riguardava una società belga che importava combustibili solidi e liquidi dagli Stati Uniti e che, a partire dal 1953, aveva richiamato a più riprese l'attenzione dell'Alta Autorità CECA sui provvedimenti restrittivi che le autorità francesi avevano emanato nei suoi confronti, impedendole di vendere il carbone importato in Francia.

A fronte dell'inerzia dell'istituzione sovranazionale, la società si rivolgeva alla Corte di giustizia con due separate azioni, una risarcitoria per *faute de service* ai sensi dell'art. 40 del Trattato CECA e una diretta a contestare la legittimità del comportamento omissivo dell'istituzione convenuta.

Ritenuta inammissibile l'azione in carenza¹⁹, la Corte si pronunciava sull'azione risarcitoria, dal momento che la libertà di circolazione del carbone e dell'acciaio era comunque uno degli obiettivi fondamentali dell'ordinamento comunitario e questo bastava per ritenere integrati i presupposti processuali dell'azione di responsabilità.

Nel merito, però, la domanda non trovava accoglimento in quanto gli interessi della ricorrente, lesi dalla condotta omissiva dell'istituzione, erano protetti solo *indirettamente* dalle disposizioni del Trattato²⁰.

¹⁸ *Vloberghs v Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, cause riunite C-9 e 12/60, 14 luglio 1961.

¹⁹ L'inammissibilità veniva giustificata giacché la ricorrente non poteva dirsi *impresa* ai sensi dell'art. 80 del Trattato di Parigi in quanto, ai fini della legittimazione ad agire in annullamento o in carenza, tale qualifica spettava ai soli operatori economici esercenti *attività produttive* nel campo del carbone e dell'acciaio. Essa, per contro, era una società attiva soltanto nella *commercializzazione* di combustibili e fondava la propria azione sulla lesione non dell'interesse alla produzione, ma del diritto alla libera circolazione dei carboni provenienti dai paesi terzi all'interno della Comunità. La precedente giurisprudenza della Corte era chiara sul punto e aveva già dichiarato irricevibili i ricorsi di annullamento presentati da alcune imprese che esercitavano attività non di produzione, ma di distribuzione.

²⁰ Il principio della libera circolazione era tutelato dall'ordinamento CECA esclusivamente «nell'interesse della produzione comunitaria e l'estensione di detto principio ai prodotti provenienti da paesi terzi e regolarmente importati non è stata prevista per proteggere questi prodotti o i loro produttori, ma al fine di evitare che, in seguito al sorgere di ostacoli alla libera circolazione di detti prodotti, la stessa libera circolazione dei prodotti comunitari venga ad essere, di fatto, attenuata o compromessa». Per questo

In altre parole, se per esperire l'azione risarcitoria risultava sufficiente prospettare la violazione di una norma inerente all'ordinamento CEECA, questa non veniva ritenuta come posta nell'interesse del soggetto importatore, che non poteva quindi dirsi titolare di una posizione giuridica meritevole di tutela risarcitoria riservata ai produttori comunitari.

3.1. L'applicazione in concreto del requisito: la tutela di alcuni particolari interessi a fronte della violazione di principi fondamentali dell'azione amministrativa

Negli anni successivi, i passaggi della sentenza *Vloberghs* sono stati valorizzati e rifiniti in diverse decisioni del giudice europeo.

Tali decisioni hanno infatti ritenuto che il caso avesse individuato un criterio fondamentale per la responsabilità delle istituzioni secondo il quale «una lesione giuridica da sola non basta a fondare un'azione di danni, ma è necessario che la norma violata sia destinata alla diretta tutela del ricorrente o del gruppo a cui questi appartiene»²¹.

Nel corso del tempo, la giurisprudenza si è dimostrata sempre fedele a tale principio e ha riconosciuto l'illecito a fronte, per esempio, della violazione del principio di legittimo affidamento, come dimostra il caso *Mulder*²² del 1992.

Nell'ambito della politica agricola comune degli anni '80, un regolamento imponeva il pagamento di un contributo sulle quantità di latte

motivo, anche a fronte di un operato negligente da parte dell'Alta autorità, la protezione degli interessi alla libera circolazione di prodotti importati non era che «il riflesso della garanzia che il Trattato ha voluto concedere ai produttori comunitari, di guisa che i produttori terzi, come pure i commercianti che trattano i loro prodotti, non potrebbero fondatamente chiedere, qualora la suddetta disposizione non fosse interamente applicata nei loro confronti, la riparazione di questo svantaggio facendo valere la violazione di un diritto loro spettante». Entrambe le citazioni sono tratte dalla motivazione della decisione reperibile in *Racc. giur. della Corte*, vol. VII, 415.

²¹ Così si è espresso l'avvocato generale K. Roemer nelle conclusioni alla causa *Plaumann* del 1963, 248, in cui si sottolineava altresì «la straordinaria utilità che ha il criterio esposto per una razionale delimitazione del diritto al risarcimento».

²² *Mulder e a. v Consiglio e Commissione*, cause riunite C-104/89 e C-37/90, 27 gennaio 2000.

eccedenti rispetto alle quote di riferimento assegnate ai produttori degli Stati membri.

La misura del prelievo non teneva però conto della particolare situazione di quei produttori che avevano assunto in precedenza un impegno di non commercializzazione in vista della successiva assegnazione di quote supplementari, così come previsto da un'altra misura europea.

Nel 1988, la Corte dichiarava invalide le previsioni di cui al regolamento sulle riscossioni per violazione del legittimo affidamento di coloro che erano stati indotti da un altro atto della Comunità a sospendere lo smercio dei prodotti e che si erano visti, per questo, non solo non adeguatamente premiati, ma addirittura pregiudicati in modo specifico e ingiusto dalla disciplina successiva.

Nella causa risarcitoria, proprio la tutela dell'affidamento si è rivelata determinante per l'accertamento dell'ingiustizia del danno, in quanto riconducibile ad un principio generale del diritto dell'Unione europea di rango superiore e diretto alla tutela dei singoli.

Allo stesso tempo, date le circostanze del caso, si è ritenuto che il legislatore europeo avesse ecceduto in modo palese e grave l'ambito del potere discrezionale assegnatogli.

Ancora, nel 2010, con il caso *Artegodan GmbH*²³, il Tribunale di primo grado ha ritenuto che la violazione dei presupposti fissati dal diritto positivo per l'esercizio del potere di revoca o sospensione di un precedente provvedimento favorevole, in quanto specifici e determinati, non potevano non garantire l'interesse dei destinatari al mantenimento dell'atto originariamente emanato.

Occorre ricordare che se il legittimo affidamento è senz'altro considerata in *astratto* una posizione meritevole di tutela risarcitoria, la sua risarcibilità in concreto dipende dall'avverarsi di diversi presupposti e potrebbe essere esclusa nei casi in cui il privato sia oggettivamente in grado di cogliere l'errore manifesto in cui è incorsa l'amministrazione o abbia contribuito con dichiarazioni mendaci e mezzi fraudolenti all'illegittimità dell'atto²⁴.

²³ *Artegodan GmbH v Commissione*, T-429/05, 3 marzo 2010.

²⁴ In questo senso si veda l'accurata analisi di A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, 111-161 e in particolare 131-138 a cui si rinvia per gli opportuni riferimenti

3.2. *L'esclusione dei vizi formali e procedurali: dubbi sulla reale portata della giurisprudenza in materia*

La giurisprudenza sovranazionale esclude che la natura protettiva della norma violata possa essere riconosciuta a fronte di vizi considerati meramente formali o procedurali, come nel caso del vizio di incompetenza tra gli organi dell'Unione o tra questi e gli Stati membri.

Questo punto merita una precisazione dal momento che, in alcune occasioni, la Corte di giustizia sembra aver richiamato questo principio in modo frettoloso e apodittico.

bibliografici. Ancora, con particolare riferimento alla materia degli aiuti di Stato, un consolidato orientamento giurisprudenziale impedisce che l'operatore economico possa confidare nel mantenimento di una situazione vantaggiosa contraria al diritto dell'Unione se, con l'ordinaria e media diligenza, sarebbe stato in grado di prevedere l'emanazione del provvedimento sfavorevole di recupero delle somme erogate. Un esempio in tal senso è rinvenibile nella sentenza *Land Rheinland-Pfalz v Alcan Deutschland GmbH*, C-24/95, 20 marzo 1997, riguardante il recupero di aiuti di Stato concessi a beneficio di una impresa attiva nella produzione di alluminio in assenza della necessaria notifica preventiva alla Commissione europea e, quindi, in violazione degli artt. 107 e ss. TFUE. In tale pronuncia, la Corte del Lussemburgo ha precisato che la disciplina da applicare al recupero degli aiuti concessi illegittimamente da uno Stato membro è quella nazionale, a condizione che le regole domestiche non rendano praticamente impossibile la ripetizione dell'aiuto concesso in violazione delle norme del Trattato. In linea di principio, non contrasta quindi con il diritto dell'Unione una disciplina nazionale che tuteli l'affidamento dell'impresa beneficiaria e il principio di certezza del diritto circa la possibilità di mantenere l'aiuto percepito. Tuttavia, in ragione della natura imperativa delle regole europee preordinate ad evitare la concessione di aiuti illegittimi, le imprese interessate possono maturare un *autentico affidamento* sulla regolarità, e sul conseguente mantenimento nel tempo, di un aiuto solo nella misura in cui l'aiuto medesimo sia stato concesso rispettando gli obblighi procedurali che ne garantiscono la regolare e legittima concessione. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata, anche quando l'illegittimità della decisione di concessione dell'aiuto sia imputabile allo Stato. Su alcuni degli aspetti più delicati relativi all'applicazione della disciplina degli aiuti di stato cfr. S. CORNELLA, *The 'Market Economy Investor Principle' to Evaluate State Aids: Latest Developments and New Perspectives*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 553 ss.

Si rinvencono casi, infatti, in cui il criterio in parola è stato utilizzato a fronte di atti delle istituzioni palesemente illegittimi e ingiusti anche sul piano sostanziale.

Per questo motivo, non si può escludere che tale argomentazione funga talvolta da espediente nei casi in cui il giudice preferisca non adentrarsi nell'esame della fattispecie dannosa, per ragioni contingenti di natura pratica.

Paradigmatica di questa tendenza è la decisione resa dalla Corte di giustizia nella causa *Vreugdenhil*²⁵.

Una società olandese lamentava i danni sofferti a seguito dell'emanazione da parte della Commissione di un atto sulla base del quale si era vista costretta a versare alle autorità doganali nazionali un dazio di importazione per merci che, in virtù di un Regolamento del Consiglio, sarebbero state esentate in quanto prima esportate e poi reintrodotte nel territorio doganale della Comunità dal medesimo operatore economico.

Nel giudizio di legittimità, l'atto della Commissione era stato annullato in quanto quest'ultima aveva esercitato un potere che non le spettava, disponendo un'indebita restrizione dell'ambito di applicazione del Regolamento emanato dal Consiglio.

Nel contenzioso risarcitorio, la Corte rigettava la domanda limitandosi a sottolineare che «il sistema di ripartizione delle competenze fra le istituzioni comunitarie mira a garantire il rispetto dell'equilibrio istituzionale contemplato dal Trattato e non la tutela dei singoli»²⁶.

In altre parole, la violazione non riguardava disposizioni di natura sostanziale dal momento che le norme sul riparto delle funzioni tra le istituzioni non possono intendersi come poste a protezione dei singoli.

Tale argomentazione non sembra condivisibile.

Non si può negare, infatti, che la dequotazione a fini risarcitori dei vizi formali abbia un suo fondamento quando si dimostri che l'attività giuridica, pur formalmente illegittima, non avrebbe potuto avere contenuto diverso da quello lesivo nei confronti dell'interesse privato.

Tuttavia, nel caso di specie la Commissione aveva adottato un atto essenzialmente nullo, in quanto esorbitante rispetto ai poteri ad essa

²⁵ *Vreugdenhil BV v Commissione*, C-282/90, 13 marzo 1992.

²⁶ Punto 20 della motivazione.

spettanti. Ne conseguiva pertanto che i ricorrenti avrebbero avuto pieno titolo all'esenzione dal pagamento dei dazi relativi alle merci in reintroduzione.

Da una lettura attenta del caso di specie si può ipotizzare che la conclusione cui è giunto il giudice europeo è probabilmente dovuta a ragioni legate alla particolare vicenda processuale del caso di specie.

La società ricorrente, infatti, era già stata rimborsata delle somme indebitamente versate a livello nazionale e aveva avviato la causa risarcitoria nei confronti delle istituzioni europee per il maggior danno asseritamente subito e rappresentato: i) dalle spese che aveva dovuto sostenere per la costituzione di una garanzia bancaria (danno emergente), e ii) dagli interessi che l'impresa avrebbe maturato e conseguito se le somme fossero rimaste nella sua disponibilità (lucro cessante).

Si può dunque ritenere che la Corte abbia considerato adeguata ed effettiva la tutela restitutoria già garantita dal diritto nazionale, ritenendo pertanto ingiustificata un'indagine supplementare sulla responsabilità della Commissione per gli ulteriori danni patiti dall'impresa²⁷.

3.3. La tutela risarcitoria degli interessi partecipativi

Una trattazione autonoma meritano i casi di violazione delle norme volte a garantire interessi particolari dei singoli, che risultino diversi e ulteriori rispetto a quelli direttamente incisi dall'atto contestato.

Si tratta della rilevanza, ai fini risarcitori, di principi particolarmente significativi in uno stato di diritto, tra cui quelli di difesa e di garanzia di un adeguato contraddittorio nel procedimento amministrativo.

Rispetto a queste ipotesi, la natura della norma violata influenza la posizione ritenuta meritevole di tutela risarcitoria e la tipologia di danni riconosciuti.

²⁷ In questo senso, si conferma altresì la predisposizione del giudice sovranazionale a riconoscere il carattere sussidiario della tutela risarcitoria rispetto a quello restitutoria, nella misura in cui la prima potrebbe essere riconosciuta solo se la seconda non è più concretamente possibile. Sulle diverse ricostruzioni della tutela risarcitoria nel diritto europeo e dei Paesi europei e, in particolare, sul suo carattere sussidiario o complementare si veda, per tutti, il volume di S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 50-51.

Sul punto sono particolarmente significative le decisioni rese nel caso *Schneider* dal Tribunale di primo grado²⁸ e dalla Corte di giustizia in appello²⁹.

Si tratta di una vicenda processuale piuttosto nota.

La società *Schneider SA*, impresa francese attiva nella produzione e distribuzione di prodotti e sistemi elettrici, notificava alla Commissione l'acquisizione del controllo di un'altra impresa francese (la *Legrand SA*) operante nel mercato delle apparecchiature elettriche per impianti a bassa tensione.

All'esito del procedimento di verifica conseguente alla notifica dell'operazione da parte degli operatori interessati, la Commissione riteneva che l'operazione di concentrazione fosse incompatibile con il mercato comune a causa dei suoi possibili effetti anticoncorrenziali e la dichiarava vietata.

In sede di annullamento, veniva tuttavia accertata l'illegittimità della decisione impeditiva della concentrazione per violazione del principio del contraddittorio, giacché la comunicazione degli addebiti non aveva consentito alla *Schneider* di valutare esaurientemente i profili di una possibile lesione della concorrenza rispetto al mercato rilevante, in modo da poter adeguatamente rappresentare la propria posizione sul punto in sede procedimentale.

Nel successivo giudizio risarcitorio, il vizio di invalidità accertato ai fini dell'annullamento è stato considerato sufficientemente grave e tale da integrare una condotta illecita della Commissione, ma i danni ad essa imputabili si sono limitati, soprattutto dopo il giudizio di secondo grado³⁰, all'interesse negativo e quindi alle spese necessarie per garanti-

²⁸ *Schneider Electric SA v Commissione*, T-351/03, 11 luglio 2007.

²⁹ *Commissione v Schneider Electric SA*, C-440/07 P, 9 giugno 2010.

³⁰ Come noto, il Tribunale di primo grado aveva ritenuto imputabile al comportamento illegittimo della Commissione anche il danno rappresentato dall'incertezza generata sulla compatibilità o meno dell'operazione con il diritto della concorrenza. L'assenza di una decisione legittima e definitiva sul punto e la necessità di rinnovare il procedimento amministrativo aveva "imposto" alla *Schneider* di rinviare la vendita della *Legrand* ad un potenziale acquirente, accettando nell'accordo preliminare un prezzo inferiore a quello originariamente previsto. In merito la Corte di giustizia ha ritenuto che il nesso di causalità tra condotta e danno fosse interrotto dal comportamento del-

re l'esercizio del diritto procedimentale rimasto originariamente insoddisfatto durante il rinnovo del procedimento.

4. La violazione grave e manifesta del diritto: la posizione della giurisprudenza prima del 2000

Oltre alla violazione di una norma che conferisce un diritto al singolo, è necessario che la violazione commessa sia sufficientemente caratterizzata, ovvero consista nell'inosservanza grave e manifesta del diritto dell'Unione.

Si tratta dello strumento principale mediante il quale il giudice europeo compie il bilanciamento tra l'esigenza di tutela degli interessi particolari e la garanzia di un esercizio efficace del potere rispetto a interferenze che, se eccessive, potrebbero pregiudicare il perseguimento dell'interesse generale.

L'accertamento di questo elemento comporta un'indagine piuttosto complessa che si concentra sulla natura, discrezionale o meno, della funzione attribuita e sul superamento in concreto dei limiti posti alla discrezionalità riconosciuta in capo all'istituzione convenuta³¹.

Questa precisazione risale alla nota decisione *Bergaderm* in cui la Corte di giustizia ha in parte rivisto l'interpretazione fino ad allora dominante che tendeva a distinguere gli atti individuali da quelli normativi, assicurando a questi ultimi un trattamento di maggior favore in sede risarcitoria.

Per ripercorrere le fasi più significative di questa evoluzione, occorre partire dalla sentenza *Lütticke*³² del 1971 riguardante alcune imprese tedesche che avevano reputato eccessivamente onerosa la tassa di conguaglio sul latte in polvere importato applicata dalla Germania a carico degli operatori di settore.

l'impresa, la quale aveva acconsentito, in virtù del principio di autonomia privata, alle condizioni contrattuali pregiudizievoli.

³¹ Questo concetto è espresso chiaramente al punto 43 della sentenza *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA and Jean-Jacques Goupil v Commissione*, causa C-352/98 P, 4 luglio 2000.

³² *Lütticke v Commissione*, C-4/69, 28 aprile 1971.

L'aliquota originariamente fissata dal legislatore nazionale era stata rivista su indicazione della Commissione, che l'aveva infine considerata compatibile con il diritto europeo.

Ritenendo che la seconda aliquota fosse comunque troppo elevata, i ricorrenti decidevano di intraprendere un'azione risarcitoria lamentando che la Commissione non aveva esercitato adeguatamente i poteri che le imponevano di vigilare affinché le aliquote fissate dagli Stati membri alle importazioni non pregiudicassero eccessivamente i prodotti importati, rispetto a quelli nazionali di natura simile.

Nel rigettare la domanda, la Corte si è limitata a ritenere che il potere della Commissione di vigilare sull'operato degli Stati aveva natura discrezionale e dipendeva a propria volta dalle competenze esclusive nazionali in materia fiscale.

Per questi motivi, le valutazioni sull'opportunità e correttezza delle aliquote dipendevano da variabili molto complesse e non prevedibili con certezza. Anche nel giudizio risarcitorio, quindi, il ruolo della Corte non si poteva spingere oltre la determinazione «dei limiti massimi e minimi entro i quali tutte le possibili soluzioni appaiono ugualmente giustificate»³³.

Un percorso argomentativo analogo si ritrova nella nota sentenza *Zuckerfabrik Schöppenstedt*³⁴.

La questione riguardava il nuovo mercato comune dello zucchero e il passaggio da un sistema nazionale a prezzi fissi a un sistema europeo a prezzi variabili, da determinare in base al libero gioco della concorrenza entro un valore minimo e massimo.

In via transitoria, il diritto sovranazionale si faceva carico esclusivamente delle imprese che operavano in mercati dove il prezzo per il prodotto era stato fino a quel momento molto più basso del nuovo prezzo minimo o molto più alto di quello massimo, senza tener conto di situazioni che avrebbero subito variazioni da considerarsi meramente marginali.

³³ Del resto, nel caso concreto, l'istituzione sovranazionale si era già attivata una prima volta a favore delle imprese ricorrenti, per cui la loro libertà di circolazione e il loro diritto ad una parità di trattamento nel mercato non potevano dirsi violati in misura grave.

³⁴ *Zuckerfabrick Schöppenstedt v Consiglio*, C-5/71, 2 dicembre 1971.

La ricorrente chiedeva il risarcimento dei danni conseguenti all'introduzione della nuova disciplina, dal momento che il sistema di calcolo dei prezzi precedenti rispetto a quelli introdotti finiva per pregiudicare eccessivamente gli operatori tedeschi, portando a ritenere le variazioni da essi subite come sostanzialmente marginali.

La Corte sottolineava che la lesione prospettata derivava da un atto normativo di politica economica e che, per questo, la responsabilità della Comunità per gli effetti prodotti poteva essere riconosciuta solo in caso di violazione grave di una norma superiore intesa a tutelare i singoli.

Anche in questo caso la decisione escludeva vi fosse stato un trattamento discriminatorio e pregiudizievole a danno della ricorrente: a fronte della complessa riorganizzazione del mercato dello zucchero, era infatti lecito attendersi che nel periodo transitorio si considerassero i casi più problematici e rispetto ai quali il rischio di distorsioni e pregiudizi era più elevato.

Le affermazioni contenute nelle sentenze *Lütticke e Zuckerfabrik* sono state "estremizzate" in casi successivi e, in particolare, in *Bayerische HNL*³⁵ che si riferiva ad un obbligo imposto alle imprese ricorrenti di acquistare latte scremato in polvere per la produzione di alimenti per animali.

Tale misura veniva annullata in quanto il prezzo fissato era esorbitante e sproporzionato rispetto agli obiettivi della disciplina.

Ritenendo di essere state colpite in maniera eccessiva e discriminatoria, le imprese proponevano l'istanza risarcitoria per recuperare, almeno in parte, le somme già versate a titolo di corrispettivo.

La Corte rigettava la domanda in quanto la previsione contestata, seppur illegittima, si riferiva ad un atto normativo implicante scelte di politica economica.

Come negli ordinamenti nazionali, anche a livello europeo la responsabilità per gli atti normativi non poteva che avere natura eccezionale, onde evitare che il potere normativo fosse ostacolato dalla prospettiva di azioni risarcitorie ogniqualevolta risultasse necessario adotta-

³⁵ *Bayerische HNL e a. v Consiglio e Commissione*, cause riunite C-83 e 94/76 e 4, 15 e 40/77, 25 maggio 1978.

re, nell'interesse generale, provvedimenti potenzialmente lesivi di interessi particolari.

Per questo motivo i danni sofferti dalle ricorrenti dovevano ritenersi sopportabili, giacché sarebbe risultato inopportuno risarcire con il denaro pubblico gli effetti dannosi prodotti dall'atto normativo.

4.1. Il nuovo approccio e l'opera di bilanciamento della giurisprudenza tra gli interessi sottesi alla funzione esercitata

Con la sentenza *Bergaderm*³⁶, la natura normativa dell'atto lesivo ha perso valore ricostruttivo e al suo posto è emersa una relazione inversa tra il grado di discrezionalità del potere espresso nella decisione e la manifesta gravità della violazione: minore è il margine di scelta che la norma attributiva della funzione assegna all'istituzione e maggiore è la possibilità che l'inosservanza del diritto dell'Unione europea sia sufficiente per l'accertamento della responsabilità.

In materia di tutela della salute e dei consumatori il nuovo approccio è stato applicato nella già ricordata sentenza *Artegodan GmbH* del 2010, poi confermata dalla Corte di giustizia in sede di appello³⁷ nel 2012 e relativa a un caso di lesione del legittimo affidamento.

La ricorrente, un'impresa farmaceutica tedesca titolare di una autorizzazione per l'immissione in commercio di un farmaco contro l'obesità, si era vista revocare il provvedimento a seguito dell'applicazione di un nuovo criterio medico-scientifico individuato dal Comitato per le specialità medicinali, che metteva in dubbio l'efficacia del prodotto sul lungo periodo.

La decisione di revoca era già stata annullata perché i presupposti del provvedimento di secondo grado non erano stati adeguatamente dimostrati e non si fondavano su dati certi e acquisiti *ex novo*.

³⁶ Nella sentenza *Bergaderm* la responsabilità della Commissione è stata negata proprio perché nel caso di specie – relativo all'emanazione di una direttiva che aveva vietato l'uso nei prodotti cosmetici di una sostanza ritenuta cancerogena – all'istituzione era garantito un margine di discrezionalità necessario per far fronte a situazioni particolarmente delicate e controverse.

³⁷ *Artegodan v Commissione*, C-221/10 P, 19 aprile 2012.

In sede risarcitoria si era ritenuto però che la responsabilità delle istituzioni non sussistesse almeno per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la situazione da disciplinare era fortemente complessa e vi era una particolare difficoltà nell'interpretare e applicare le disposizioni rilevanti. In secondo luogo, la preminenza della tutela della salute nella materia considerata e il rispetto del principio di precauzione giustificavano l'operato della Commissione che, confidando nella competenza tecnica del Comitato, aveva (ragionevolmente) sottostimato le conseguenze pregiudizievoli di ordine economico conseguenti alla revoca nei confronti dei titolari dell'autorizzazione.

In altre parole, ai fini dell'accertamento di una violazione grave e manifesta, diventa decisivo individuare gli interessi primari e secondari sottesi alla disciplina da applicare e valutare se il bilanciamento tra essi potrebbe essere comunque giustificato, nonostante l'illegittimità riscontrata.

Altri casi giurisprudenziali confermano queste considerazioni.

Il primo³⁸ tratta una delle vicende processuali rientranti nella nota casistica che ha riguardato il commercio della frutta proveniente dai Paesi extraeuropei³⁹.

La *Dole Fresh Fruit International Ltd.*, impresa operante a livello mondiale nel settore della produzione, del trattamento, della distribuzione e della commercializzazione di frutta fresca, esperiva una azione di condanna nei confronti del Consiglio e della Commissione per il risarcimento dei danni conseguenti alla modifica della disciplina europea relativa all'importazione e distribuzione nel mercato europeo di banane provenienti da Paesi terzi (tra cui l'Africa, i Caraibi e la zona del Pacifico – c.d. banane ACP).

La decisione contestata faceva seguito ad un accordo concluso sul piano internazionale tra la Comunità e alcuni dei paesi terzi produttori.

In estrema sintesi, le disposizioni rilevanti per l'azione di responsabilità riguardavano le quote di importazione che venivano ripartite tra

³⁸ *Dole Fresh Fruit International Ltd. v Consiglio e Commissione*, T-56/00, 6 marzo 2003.

³⁹ Sul punto, si veda il contributo di F. CORTESE, *La "guerra delle banane" e la questione della responsabilità civile del "legislatore" comunitario: i nodi vengono al pettine?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 87 ss.

tre categorie di operatori registrati: i) quelli che già commercializzavano banane di Paesi terzi e/o banane ACP non tradizionali (categoria A); ii) quelli che commercializzavano banane comunitarie e/o banane ACP tradizionali (categoria B); iii) quelli stabiliti nella Comunità che, dopo il 1992, avevano iniziato a commercializzare banane non comunitarie e ACP non tradizionali (categoria C)⁴⁰.

La ricorrente commercializzava banane nella Comunità economica europea attraverso società che erano registrate in Italia e in Germania come operatori rientranti nella categoria A.

Ai fini della commercializzazione delle banane nel mercato interno, la disposizione in parola prevedeva, per i soli operatori rientranti nelle categorie A e C, l'obbligo di ottenere un titolo di importazione condizionato al rilascio da parte dei Paesi terzi produttori di una o più licenze all'esportazione dietro corrispettivo.

Tale previsione veniva dichiarata illegittima dalla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio di annullamento promosso da uno Stato membro⁴¹ per violazione del principio di non discriminazione in quanto introduceva un trattamento diverso e non giustificato tra più categorie di operatori economici operanti in uno medesimo mercato.

A seguito del giudizio instaurato dalla *Dole International* per il risarcimento delle spese di acquisto delle licenze di esportazione, il Tribunale di primo grado affermava che il principio di non discriminazione era indubbiamente una regola di diritto posta a tutela dei singoli, ma che nel caso di specie la sua violazione non poteva dirsi sufficientemente qualificata⁴².

L'azione di responsabilità veniva, infatti, rigettata nel merito in quanto la ricorrente non era riuscita a dimostrare «una violazione manifesta e grave nell'uso del potere discrezionale di cui disponevano nel caso di specie le istituzioni convenute».

⁴⁰ E. D'ALTERIO, *La "guerra delle banane": rapporti tra ordinamenti e responsabilità delle istituzioni comunitarie*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 490 ss.

⁴¹ *Germania v Consiglio dell'Unione europea*, C-122/95, 10 marzo 1998.

⁴² Sul punto si vedano anche le decisioni *Cantina Sociale di Dolianova e a. v Commissione* in primo grado (T-166/98, 23 novembre 2004) e in appello (C-51/05 P, 17 luglio 2008).

Veniva infatti ritenuto prevalente l'ampio potere discrezionale degli organi europei, anche alla luce della rilevanza internazionale della vicenda e delle complesse valutazioni politiche ed economiche sottese all'introduzione o modificazione del regime di importazione di un prodotto agricolo.

In direzione analoga è andata una decisione dell'aprile 2016, emessa dal Tribunale di primo grado (ora Corte generale) nella causa *Pappalardo e altri v Commissione*⁴³.

Il caso di specie si inseriva in un ampio contenzioso sorto a seguito della emanazione nel 2008 di un regolamento della Commissione che introduceva misure di emergenza per la salvaguardia della specie ittica denominata "tonno rosso" nell'Oceano Pacifico e nel Mediterraneo.

Tra le misure previste rientrava il divieto per le tonniere con reti a circuizione di esercitare l'attività di pesca per cui erano già state assegnate le quote di pescato annuali.

Il divieto decorreva dal 18 giugno 2008 per le imbarcazioni battenti bandiera greca, francese, italiana, cipriota e maltese, mentre dal 23 giugno 2008 per quelle battenti bandiera spagnola.

Nel 2011, nella causa *AJD Tuna*, la Corte di giustizia dichiarava l'invalidità del Regolamento in parola ritenendo che la previsione di un diverso termine di decorrenza del divieto non fosse obiettivamente giustificata e violasse quindi il principio di non discriminazione.

A seguito del giudizio di annullamento, venivano instaurate diverse azioni risarcitorie per le perdite economiche e i mancati guadagni subiti dagli operatori economici del settore.

Una di queste cause veniva proposta da un gruppo di proprietari di imbarcazioni appartenenti alla flotta di pesca italiana autorizzate all'esercizio della pesca del tonno rosso con reti a circuizione nel Mar Mediterraneo.

In questo come negli altri casi, la domanda risarcitoria è stata rigettata in quanto, nonostante gli attori avessero dimostrato l'esistenza e la violazione di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai sin-

⁴³ *Pappalardo e a. v Commissione*, T-316/13, 27 aprile 2016, confermata in appello dalla Corte di giustizia, C-350/16 P, 13 settembre 2017.

goli (rappresentata dal principio di non discriminazione), tale violazione non risultava grave e manifesta poiché:

il regolamento n. 530/2008 risponde al fine di interesse generale di evitare [...] un grave rischio per la conservazione e la ricostituzione dello stock di tonno rosso nell'Atlantico orientale e nel Mar Mediterraneo [...] e non a quello di tutelare le prerogative connesse all'attività economica di pesca di determinate tonniere con reti a circuizione rispetto ad altre⁴⁴.

In altre parole, nel caso di specie, non vi sarebbe stata «una violazione sufficientemente qualificata del principio di non discriminazione» in quanto non era stata dimostrata «la violazione grave e manifesta del potere discrezionale di cui disponeva la Commissione»⁴⁵.

In realtà, in entrambe le controversie da ultimo descritte il rigetto delle azioni potrebbe essere giustificato anche argomentando l'insussistenza di un nesso di causalità tra l'illegittimità e il pregiudizio invocato.

La motivazione circa la non manifesta gravità della violazione a fronte dell'esercizio in concreto del potere discrezionale pare, infatti, celare la constatazione che l'osservanza del principio di non discriminazione violato non avrebbe comportato con certezza il venir meno del danno in capo ai ricorrenti.

L'iter argomentativo dei giudici del Lussemburgo nel caso *Pappalardo*, a tratti, sembra infatti dubitare che l'accertamento del vizio di legittimità comporti l'invalidità del regolamento nella sua complessità. La violazione del principio di non discriminazione potrebbe limitarsi ad inficiare quella parte del provvedimento che ha accordato, senza motivo, un trattamento più favorevole alle tonniere spagnole rispetto alle altre.

In altri termini, non vi sarebbe alcun interesse giuridicamente tutelato in capo agli altri operatori economici da far valere nel giudizio risarcitorio. Ne conseguirebbe l'impossibilità di definire la spettanza

⁴⁴ Punto 37 della motivazione.

⁴⁵ Punti 40 e 41 della motivazione.

dell'interesse leso e di imputare il pregiudizio al vizio in cui è incorsa l'istituzione convenuta con l'emanazione della decisione contestata⁴⁶.

Analogamente, nella sentenza *Dole Fresh Fruit International Ltd.*, il rispetto del principio violato avrebbe potuto imporre l'obbligo di procedere all'acquisto delle licenze anche per gli operatori rientranti nell'unica categoria esclusa, vale a dire gli operatori che commercializzavano banane comunitarie e/o banane ACP tradizionali.

In questo modo sarebbe stato difficile dimostrare con certezza la spettanza in capo ai soggetti danneggiati del *diritto* ad importare il prodotto agricolo senza limitazioni o aggravii di natura economica.

Di qui l'assenza del presupposto necessario per riconoscere loro il risarcimento dei danni patrimoniali sofferti e rappresentati, in particolare, dal recupero delle somme indebitamente versate ai paesi terzi.

4.2. Le ipotesi di accoglimento della domanda risarcitoria: potere vincolato e mancato perseguimento in concreto delle funzioni attribuite

Quanto osservato nel paragrafo precedente porta a ritenere che la responsabilità delle istituzioni sorga nei casi in cui si riesca a dimostrare l'assenza dei presupposti per l'esercizio di un potere vincolato e il mancato perseguimento delle finalità connesse alle funzioni attribuite⁴⁷.

Emblematico al riguardo è il caso *Agraz* e, in particolare, la decisione del Tribunale di primo grado⁴⁸ del 17 marzo 2005 rivista solo in parte dalla Corte di giustizia con decisione⁴⁹ del 9 novembre 2006.

La fattispecie riguardava un particolare sistema di sovvenzioni e di aiuti previsto nell'ambito della politica agricola europea per la trasformazione di alcuni prodotti agricoli (nella specie i pomodori) il cui costo

⁴⁶ Considerazioni analoghe possono essere svolte per la violazione dei principi di proporzionalità e imparzialità. Si vedano al riguardo le decisioni *Emesa Suga*, T-112/98, 20 febbraio 2001, *Unifruit Hellas*, T-489/93, 15 dicembre 1994; *AFCon*, T-160/03, 17 marzo 2005; *Arcelor*, T-16/04, 2 marzo 2010.

⁴⁷ Sul punto, si veda *Technische Universität München*, C-269/90, 21 novembre 1991; *Nölle v Consiglio e Commissione*, T-167/94, 12 dicembre 1997; *Eyckeler & Malt v Commissione*, T-42/96, 19 febbraio 1998; *New Europe Consulting e Brown v Commissione*, T-231/97, 9 luglio 1999.

⁴⁸ *Agraz SA e a. v Commissione*, T-285/03, 17 marzo 2005.

⁴⁹ *Agraz SA e a. v Commissione*, C-243/05 P, 9 novembre 2006.

di produzione all'interno della Comunità europea era superiore a quello applicato nei principali paesi terzi concorrenti.

L'aiuto alla produzione era quindi previsto essenzialmente a beneficio dei produttori e dei trasformatori europei per garantire loro un tenore di vita equo.

All'epoca del fatti di causa, il conferimento del titolo ad ottenere la sovvenzione era contenuto in un regolamento del Consiglio che rinviava ad un atto della Commissione per la precisa determinazione dell'ammontare dello stesso, sulla base di una serie di criteri predeterminati.

Si precisava che la somma versata non poteva essere superiore alla differenza tra il prezzo minimo pagato al produttore europeo e il prezzo della materia prima nei principali paesi terzi concorrenti, tenuto conto altresì dell'importo dell'aiuto concesso nella campagna di raccolta precedente.

Se alla Commissione era riconosciuto, dunque, un certo margine di scelta nel determinare la misura dell'aiuto, il regolamento prevedeva che i presupposti da considerare per l'esercizio del potere dovevano necessariamente comprendere l'apprezzamento di elementi di fatto funzionali a tratteggiare la situazione economica del settore considerato, vale a dire il costo della materia prima nel mercato unico e quello applicato nei paesi terzi.

Nel determinare l'ammontare della sovvenzione per la campagna di commercializzazione 2000/2001, la Commissione non aveva tuttavia tenuto conto del costo della materia prima proveniente dalla Cina, considerato notoriamente uno dei maggiori paesi terzi concorrenti, e non aveva provveduto a porre in essere gli opportuni adempimenti per reperire le informazioni necessarie.

Molti gruppi di produttori e trasformatori agricoli europei si rivolgevano quindi al giudice sovranazionale per il risarcimento del danno sofferto, pari alla differenza tra l'importo dell'aiuto effettivamente fissato e quello che sarebbe conseguito prendendo in considerazione anche i prezzi cinesi.

Sulla sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, il Tribunale di primo grado ha affermato che la mancata assunzione e valutazione dei presupposti di fatto necessari per il calcolo della sovvenzione costi-

tuiva un comportamento irregolare tale da integrare la responsabilità della Commissione.

La condotta veniva pertanto qualificata come contraria al principio di buona amministrazione, che impone agli organi europei di raccogliere ed esaminare con cura tutti gli elementi indispensabili per l'esercizio del potere.

In altre parole, l'applicazione del regolamento di base comportava un obbligo di diligenza consistente nel

dovere di raccogliere tutti gli elementi di fatto previsti dall'art. 4, n. 2, che potessero avere una significativa incidenza sull'esito dell'iter decisionale, al fine di consentire alla Commissione di esercitare in maniera completa e corretta il suo potere discrezionale.

Il costo della materia prima proveniente dalla Cina

era uno degli elementi indispensabili di cui la Commissione avrebbe dovuto tenere conto per il calcolo dell'importo dell'aiuto alla produzione, giacché la Cina era considerata, al momento della fissazione dell'aiuto, uno dei principali paesi terzi concorrenti della produzione comunitaria⁵⁰.

Non vi era dubbio quindi che le imprese private avessero subito la lesione di un interesse garantito e protetto dalle disposizioni che conferivano alla Commissione quel particolare potere proprio al fine di riequilibrare la posizione economica degli operatori europei e che quest'ultimo obiettivo fosse stato violato in modo grave e manifesto a causa di carenze istruttorie inescusabili⁵¹.

La Corte di giustizia, del resto, aveva sviluppato un'argomentazione analoga in *Fresh Marine*⁵² dove la Commissione era stata condannata a

⁵⁰ Punto 50 della motivazione.

⁵¹ Come precisato in secondo grado dalla Corte di giustizia, stante il margine di scelta e di apprezzamento attribuito alla Commissione, l'impossibilità di determinare l'esatto ammontare dell'aiuto che avrebbe dovuto essere concesso poteva incidere unicamente sulla quantificazione del danno risarcibile e non sulla sua titolarità, certezza e attualità. La Corte di giustizia, quindi, rinviava la causa nuovamente al Tribunale per la determinazione del danno in via equitativa.

⁵² *Commissione v Fresh Marine Company A/S*, C-472/00 P, 10 luglio 2003.

versare ad una impresa norvegese i danni conseguenti alla imposizione di dazi antidumping e compensativi sulle importazioni di salmone da questa effettuate nel territorio della Comunità economica europea.

L'impresa era riuscita a dimostrare che il provvedimento restrittivo traeva origine da una scorretta e negligente interpretazione della sua relazione presentata alla Commissione, in cui era invece evidente il rispetto degli impegni assunti in precedenza a non effettuare vendite nel mercato unico al di sotto di un prezzo medio minimo.

Ai fini della decisione, la Corte riteneva di dover stabilire i limiti cui era soggetto il potere discrezionale della Commissione, ritenendo che tra questi rientrasse il dovere di dimostrare, attraverso la raccolta delle migliori informazioni disponibili, che l'accordo concluso dalla *Fresh Marine* era stato realmente violato.

La Commissione si era invece limitata a richiamare la relazione della controparte, equivocando un dato in essa contenuto e omettendo di chiedere all'impresa chiarimenti oltremodo necessari, visto e considerato che il documento induceva a ritenere il rispetto e non l'inadempimento delle obbligazioni precedentemente assunte⁵³.

4.3. La violazione grave e manifesta della norma: considerazioni di sintesi

Giunti a questo punto e sulla base della casistica esaminata, si può ritenere che quello della manifesta gravità della violazione commessa rappresenti il vero e proprio elemento centrale dell'illecito delle istituzioni europee.

Anche dopo il *revirement* avvenuto con la nota sentenza *Bergaderm* del 2000, l'accertamento di tale presupposto può assumere differenti contenuti ognuno dei quali tiene conto, a fini diversi, della natura discrezionale o meno del potere esercitato.

⁵³ Punti 28-31 della motivazione. In particolare, «la Commissione manifestamente non ha rispettato l'obbligo di istituire dazi provvisori solo se vi è motivo di ritenere che l'impegno sia stato violato. Alla luce delle circostanze della specie, tale comportamento dev'essere considerato quale violazione sufficientemente caratterizzata di una norma di diritto comunitario, che integra uno dei presupposti per il sorgere della responsabilità extracontrattuale della Comunità» (punto 31).

In primo luogo, la questione della violazione grave e manifesta si collega a quella dell'elemento soggettivo e della possibile scusabilità della condotta lesiva.

A tal proposito, basti ricordare la decisione *Artegoda GmbH* dove si è ritenuto che non sussistesse la responsabilità della Commissione, dal momento che il bilanciamento degli interessi sotteso al provvedimento era piuttosto complesso e vi erano sufficienti ragioni per ritenere che le disposizioni rilevanti fossero difficili da interpretare e applicare in assenza di una specifica competenza tecnica sul punto.

In secondo luogo, la gravità o meno della violazione può incidere altresì sul piano oggettivo e imporre di accertare se l'interesse del privato avrebbe potuto risultare maggiormente soddisfatto all'esito di un temperamento di interessi diverso da quello svolto dall'istituzione convenuta. In questo caso il sindacato del giudice tende a dirigersi verso la prova del nesso eziologico tra la condotta e il pregiudizio sofferto.

In questo senso, l'importanza di dar prova della certezza del danno sul piano causale può essere tratta dai casi in cui la responsabilità delle istituzioni è stata infine riconosciuta (*Agraz e Fresh Marine*).

5. Le ricadute processuali del giudizio risarcitorio nei confronti delle istituzioni europee e il rapporto tra i rimedi esperibili

Alcune delle peculiarità che caratterizzano le fattispecie risarcitorie nell'ambito del diritto dell'Unione europea si ripropongono sul piano processuale e, in particolare, con riferimento al rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento.

La giurisprudenza europea è costante nell'affermare il carattere autonomo dell'azione di responsabilità rispetto a quella di annullamento in quanto la prima rappresenta una forma di tutela con proprie finalità e con distinte condizioni di esercizio.

Tuttavia, fin dalla decisione *Plaumann*⁵⁴ del 1963, si è sostenuto che il risarcimento può non essere accordato allorché con l'azione di danno

⁵⁴ *Plaumann & Co. v Commissione*, C-25/62, 15 luglio 1963.

si perseguano di fatto gli stessi effetti che si sarebbero potuti ottenere mediante un'azione di annullamento tempestivamente esperita.

In altre parole, la tutela risarcitoria non può servire ad ottenere i risultati che sono propri della tutela specifica di annullamento, altrimenti si integrerebbe un'ipotesi di sviamento di procedura o di *abuse of process*⁵⁵.

Ovviamente, il rischio di sovrapposizione tra i rimedi sussiste soprattutto quando la condotta che si assume lesiva è rappresentata da una decisione individuale per cui è «più probabile che gli effetti dell'atto coincidano con il danno lamentato mediante l'azione risarcitoria»⁵⁶.

In questo senso, però, il divieto di abuso del processo pare condurre ad una sorta di esclusività tra le azioni, in particolare quando l'atto contestato abbia comportato un esborso di denaro da parte del ricorrente che chieda poi la condanna al risarcimento (*rectius* restituzione) della somma indebitamente versata⁵⁷.

Sarebbe invece errato ritenere che l'annullamento è condizione pregiudiziale per l'esperimento dell'azione di responsabilità.

Nell'ordinamento europeo, il principio espresso dalla giurisprudenza *Plaumann* non è infatti riconducibile ad un presupposto dogmatico che regola il rapporto tra le azioni ma, piuttosto, ad un giudizio sulla diligenza e buona fede del soggetto danneggiato, cui non è consentito abu-

⁵⁵ Si veda al riguardo la precisa ricostruzione del rapporto tra le azioni nel diritto europeo compiuta da G. BERTEZZOLO, *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., 175 ss. e in particolare 184. Per ulteriori considerazioni sul tema, cfr. inoltre F. CORTESE, *La questione della pregiudiziale*, cit., 57 ss.; E. CUJO, *L'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation - évolutions jurisprudentielles*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1999, 414 ss.; P. MEAD, *The Relationship between the action for damages and the action for annulment: the return of Plaumann*, in T. HEUKELS, A. MCDONNELL (eds.), *The action for damages in Community Law*, cit., 243 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (nota a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 513 ss.

⁵⁶ In questo senso G. BERTEZZOLO, *op. cit.*, 185.

⁵⁷ Così in *Plaumann*, C-25/62, 15 luglio 1963; *Cobrecap*, T-514/93, 15 marzo 1995; *Astipescas*, T-180/00, 17 ottobre 2002.

sare intenzionalmente di uno strumento processuale posto a difesa dei propri interessi.

Si tratta, come visto nei capitoli precedenti, di un elemento che accomuna, pur con alcune differenze, i principali sistemi giuridici europei.

5.1. L'autonomia delle azioni in un sistema di controllo complessivo (e complementare) dell'azione delle istituzioni

L'autonomia del giudizio risarcitorio rispetto a quello di annullamento è confermata da una differente "sensibilità" dei rimedi rispetto alla tutela dei diritti individuali.

In questo senso, il sistema di controllo delle istituzioni chiamate ad attuare il diritto europeo presenta una struttura composta fatta di rimedi che tendono a completarsi vicendevolmente.

Se la protezione giuridica degli interessi lesi è fondamentale nella configurazione dell'azione di responsabilità, lo è meno nell'azione di annullamento, ove i soggetti legittimati possono contestare qualsiasi vizio della funzione che soddisfi l'interesse alla rimozione degli effetti dell'atto e ad un nuovo esercizio della funzione⁵⁸.

⁵⁸ In questo senso, R. ALONSO GARCÍA, L. MORAL SORIANO, C. PLAZA MARTÍN, *EU Rights and Discretion as Reflected in Spanish Public Law*, in S. PRECHAL, R. VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of European Law*, cit., 123 ss. e, in particolare, 136-137.

In senso parzialmente differente S. BELJIN, *Rights in EU Law*, in S. PRECHAL, R. VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of European Law*, cit., 92, dove si sottolinea che l'enfasi per la protezione giurisdizionale dei diritti sta trovando riconoscimento anche nell'ambito della tutela d'annullamento come emerge nelle cause *Jégo - Quéré*, C-263/02 P, 1 aprile 2004 e *Unión de Pequeños Agricultores v Consiglio*, C-50/00 P, 25 luglio 2002. In dottrina, sul punto, C. KOCH, *Locus standi of Private Applicant under the EU Constitution: Preserving Gaps in the Protection of Individuals' Right to an Effective Remedy*, in *European Law Review*, 2005, 511 ss. In tema cfr. anche G. BERTEZZOLO, *L'essere "direttamente ed individualmente riguardato" quale requisito di legittimazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 383 ss.; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1471 ss.

Non si può escludere, inoltre, che l'azione di responsabilità sia vista spesso come un mezzo ulteriore per sindacare l'esercizio di un'attività pubblica quando l'azione di annullamento sarebbe esclusa o difficilmente esperibile, considerato altresì che la legittimazione all'azione di annullamento è interpretata in modo piuttosto restrittivo quando si tratti di soggetti privati lesi dagli atti delle istituzioni.

Alcuni interessanti spunti in tema si possono trarre da una recente decisione della Corte di giustizia nel caso *Ledra Advertising e a. v Commissione*⁵⁹ relativo alla ristrutturazione del settore bancario cipriota.

Nel corso dei primi mesi del 2012, diverse banche con sede a Cipro incontravano difficoltà finanziarie. Per questo, il governo cipriota chiedeva assistenza finanziaria all'Eurogruppo il quale, a propria volta, comunicava che questa sarebbe stata fornita dal Meccanismo Europeo di Stabilità⁶⁰ (MES) nell'ambito di un programma di correzioni macroeconomiche che doveva essere sancito in un apposito protocollo d'intesa.

Ai sensi dell'art. 13, par. 3, del Trattato istitutivo del MES, i negoziati su tale protocollo con le autorità cipriote venivano condotti dalla Commissione europea congiuntamente con la Banca centrale europea (BCE) e con il Fondo monetario internazionale (FMI).

Nel marzo 2013, Cipro e le istituzioni che agivano in nome e per conto del MES sottoscrivevano il protocollo con cui quest'ultimo concedeva assistenza finanziaria a tale paese.

Tuttavia, l'applicazione delle misure concordate provocava una riduzione sostanziale del valore dei depositi dei risparmiatori.

La società *Ledra Advertising* e altri privati cittadini decidevano pertanto di ricorrere dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, affinché la Commissione e la BCE versassero loro un risarcimento equivalente alla diminuzione del valore dei loro depositi dovuta, secondo la ricostruzione degli attori, agli effetti del protocollo d'intesa di cui chiedevano il

⁵⁹ *Ledra Advertising e a. v Commissione e BCE*, C-8/15 P, C-9/15 P, 20 settembre 2016.

⁶⁰ Sul meccanismo europeo di stabilità si veda G. NAPOLITANO, *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 461 ss.

parziale annullamento in quanto concluso in violazione del diritto dell'Unione.

Con tre ordinanze⁶¹ del 10 novembre 2014, il Tribunale respingeva tuttavia i ricorsi di annullamento e l'azione per il risarcimento, reputandoli irricevibili e, in parte, infondati.

Secondo il Tribunale, la Commissione e la BCE sottoscrivevano i protocolli di cui al Trattato MES sul piano internazionale esclusivamente in nome e per conto del MES su mandato del Consiglio dei governatori. Per questa ragione, le attività svolte in quel contesto dalle istituzioni europee non potevano essere soggette al sindacato giurisdizionale di cui al TFUE volto a verificare il rispetto delle regole poste dall'ordinamento dell'Unione europea⁶².

Il Tribunale riteneva, inoltre, che i ricorrenti non erano riusciti a dimostrare con certezza che il danno da essi affermato fosse riconducibile a un atto o a un comportamento della Commissione e della BCE.

I risparmiatori adivano quindi la Corte di giustizia per ottenere l'annullamento delle ordinanze del Tribunale.

Con sentenza del settembre 2016, la Corte annullava le ordinanze in parola e riteneva che – sebbene le attività affidate alla Commissione e alla BCE nell'ambito del Trattato MES non implicassero alcun potere decisionale proprio, impegnassero unicamente il MES e non potessero essere per questo direttamente impugnate per violazione del diritto UE – non fosse preclusa l'azione risarcitoria per presunti comportamenti illegittimi e non conformi al diritto dell'Unione europea compiuti dalle istituzioni europee coinvolte nelle trattative.

Infatti, a detta della Corte, i compiti affidati alla Commissione e alla BCE nell'ambito del Trattato MES non snaturavano del tutto le attribuzioni che i Trattati conferiscono a tali istituzioni. La Commissione, in particolare, conservava il proprio ruolo di custode del diritto dell'Unione e per questo avrebbe dovuto astenersi dal firmare un protocollo d'in-

⁶¹ *Ledra Advertising v Commissione e BCE - Eleftheriou e a. v Commissione e BCE*, in cause riunite T-289/13; T-291/13 e T-293/13, 10 novembre 2014.

⁶² Diversa sarebbe stata la conclusione se si fosse contestata la violazione delle norme di cui al Trattato sul MES che, all'art. 37, prevede uno specifico apparato rimediabile che può coinvolgere la Corte di giustizia solo dopo che si sia espresso il Consiglio dei governatori.

tesa in caso di dubbio sulla compatibilità di questo con il diritto europeo.

Per questi motivi, la Corte ha concluso che il Tribunale è incorso in un errore di diritto ritenendosi incompetente ad esaminare il ricorso per il risarcimento dei danni fondato sull'illegittimità di taluni punti del protocollo d'intesa.

Proprio come il caso *Vloberghs* del 1961, da cui l'indagine ricostruttiva è stata avviata, questa vicenda conferma ancora una volta quanto il sistema di tutela nei confronti delle istituzioni permetta un controllo ad intensità variabile sotto la regia degli organi giurisdizionali, che vigilano affinché il sindacato in sede di responsabilità rappresenti uno strumento di tutela effettiva degli individui compatibilmente con la natura, gli obiettivi e gli effetti delle funzioni esercitate dalle autorità sovranazionali.

SEZIONE II: LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

1. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e le ricadute sull'esercizio delle funzioni amministrative

A partire dalla sentenza *Francovich* del 1991, il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da una violazione del diritto dell'Unione è stato riconosciuto come inerente al sistema giuridico dei Trattati e riconducibile sia al principio di leale collaborazione tra gli Stati membri e l'Unione, sia alla natura autonoma dell'ordinamento sovranazionale, che ha come destinatari diretti gli individui cui sono assicurati diritti e mezzi di tutela effettivi⁶³.

Come è stato autorevolmente sostenuto, l'affermazione di un'azione di responsabilità civile degli Stati membri da parte della giurisprudenza europea risponde a molteplici obiettivi, tra cui la ricollocazione delle

⁶³ R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., *passim*.

istanze risarcitorie dall'Unione ai sistemi nazionali, la vigilanza capillare sulla corretta applicazione del diritto europeo attraverso le azioni dei singoli e il maggior dialogo tra le Corti per l'interpretazione conforme dei Trattati e degli atti di diritto derivato, in modo da assicurare il loro effetto diretto negli ordinamenti giuridici nazionali⁶⁴.

In altri termini, il risarcimento dei danni è divenuto uno strumento essenziale per la piena effettività dell'ordinamento dell'Unione europea.

Come già anticipato, con la decisione sui casi *Brasserie e Factortame* del 1996, la struttura dell'illecito è divenuta analoga a quella prevista per i casi di responsabilità delle istituzioni e comprende la violazione grave e manifesta di una norma di diritto europeo che conferisca un diritto al singolo e il nesso di causalità tra la condotta dello Stato e il danno subito.

Ai fini del sindacato sulla manifesta gravità della violazione, diventa rilevante anche in questo caso l'ampiezza del potere discrezionale assegnato agli organi nazionali nell'attuazione del diritto dell'Unione, su cui possono incidere anche il grado di chiarezza e di precisione delle norme violate o lo stato della giurisprudenza della Corte di giustizia in una data materia⁶⁵.

La giurisprudenza europea è stata chiara, inoltre, nell'affermare a più riprese che l'obbligazione risarcitoria è imputata allo Stato nel suo complesso, indipendentemente dalla pubblica autorità che ha commesso la violazione e su cui può incombere, secondo le leggi nazionali, l'onere in concreto di tale riparazione⁶⁶.

L'indifferenza rispetto alla natura dell'organo o della funzione esercitata non esclude che l'affermazione di una responsabilità per la violazione del diritto dell'Unione presenti caratteristiche particolarmente

⁶⁴ In questo senso M.P. CHITI, *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, cit., *passim*.

⁶⁵ Così anche in *Robins e a. v Secretary of State for Work and Pensions*, C-278/05, 25 gennaio 2007.

⁶⁶ In tal senso si vedano le sentenze *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, 5 marzo 1996, punto 31 della motivazione; *Haim II*, C-424/97, 4 luglio 2000, punto 28 della motivazione; *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, 26 gennaio 2010, punto 29 della motivazione.

complesse quando il danno sia riconducibile all'esercizio di una attività amministrativa, soprattutto se discrezionale ai sensi del diritto nazionale.

Nei casi, piuttosto frequenti, in cui il legislatore europeo o nazionale non predetermini in astratto i presupposti per l'attuazione del diritto sovranazionale e per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive da questo promosse, le pubbliche amministrazioni nazionali si trovano a dover ponderare caso per caso gli interessi in gioco, con il rischio che l'esito di questo bilanciamento finisca per impedire l'efficacia del diritto dell'Unione e per violare il primato di quest'ultimo rispetto all'ordinamento nazionale.

L'ampiezza delle ipotesi di potenziale interferenza tra poteri nazionali e interessi garantiti dall'ordinamento europeo espongono gli apparati amministrativi a valutazioni comparative sempre più complesse e aggravate dal dovere di tenere conto delle ricadute delle loro decisioni sui diritti assicurati dall'Unione, le quali potrebbero non essere prevedibili sulla base del solo diritto interno.

La vicenda sottesa al caso *Schmidberger*⁶⁷, sottoposto all'esame della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale, può contribuire a chiarire questo profilo.

La *Schmidberger* era una impresa di trasporti internazionali con sede in Germania che, all'epoca dei fatti di causa, era solita effettuare trasporti di legname della Germania verso l'Italia e di acciaio dall'Italia verso la Germania passando per l'autostrada del Brennero e, quindi, per il territorio austriaco.

Nel maggio 1998, un'associazione austriaca di tutela ambientale aveva informato l'amministrazione competente di voler organizzare una manifestazione su un tratto dell'autostrada nei pressi di Innsbruck.

Ai sensi della disciplina nazionale in materia di libertà di riunione ed espressione, l'autorità distrettuale competente riteneva di non vietare la manifestazione e dichiarava la chiusura totale della circolazione autostradale per circa trenta ore consecutive.

⁶⁷ *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Repubblica d'Austria*, C-112/00, 12 giugno 2003.

L'impossibilità di utilizzare il tratto di autostrada per un tempo significativo induceva l'impresa tedesca a presentare un ricorso avanti al giudice austriaco per ottenere la condanna dello Stato a risarcire i danni conseguenti all'impossibilità dei suoi veicoli di svolgere regolarmente il servizio di trasporto.

Più nel dettaglio, l'impresa ricorrente riteneva che la manifestazione fosse stata autorizzata senza considerare le ripercussioni sulla libertà di circolazione delle merci così come garantita dagli atti fondamentali dell'ordinamento europeo.

Per la ricorrente, la lesione ingiusta e la violazione del diritto sovranazionale doveva essere attribuita sia al legislatore austriaco, che aveva omesso di adeguare le disposizioni nazionali in materia di libertà di riunione e di espressione agli obblighi derivanti dal Trattato, sia alle autorità amministrative competenti. Queste ultime avrebbero infatti dovuto interpretare il diritto interno in conformità al diritto europeo e vietare la manifestazione o, al massimo, permetterla impedendo che ostacolasse in misura eccessiva la circolazione dei mezzi.

Nel merito, la Corte di giustizia ha ritenuto che, in linea generale, il mancato divieto di una manifestazione implicante il blocco totale e per oltre un giorno di una via di comunicazione importante potesse costituire una limitazione del commercio intrastatale delle merci e quindi una misura ad effetto equivalente incompatibile con gli obblighi europei.

Tuttavia, allo stesso tempo, non si poteva negare che le autorità austriache fossero mosse da considerazioni relative al rispetto di diritti fondamentali dei manifestanti, quali la libertà di espressione e di riunione enunciati dalla Costituzione austriaca e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui si ispira anche l'ordinamento dell'Unione.

Nel concreto, era quindi necessario verificare se e in che modo l'amministrazione nazionale avesse provveduto a bilanciare gli interessi in gioco, cercando di individuare un giusto equilibrio alla luce del principio di proporzionalità e degli obiettivi perseguiti.

In particolare, il giudice europeo ha ritenuto che l'operato dell'amministrazione fosse legittimo nella misura in cui il blocco della circolazione stradale aveva avuto una portata limitata e circoscritta a un solo itinerario e a un'unica occasione. Un'azione isolata non poteva, in altre parole, aver prodotto un clima generale di insicurezza tale da causare

un effetto dissuasivo sulle correnti di scambio tra gli Stati nel loro complesso⁶⁸.

Di conseguenza, gli inconvenienti derivanti dall'esercizio legittimo di un potere discrezionale, tenuto a ponderare più interessi garantiti o comunque riconosciuti dal Trattato, potevano e dovevano essere tollerati dagli operatori economici coinvolti.

2. L'influenza dell'illecito sul diritto degli Stati membri: le condizioni per esperire l'azione tra effettività della tutela, certezza del diritto e oneri di diligenza

La fattispecie risarcitoria individuata dalla giurisprudenza europea ha consentito di influenzare il diritto degli Stati membri sul piano sostanziale e processuale.

Nonostante la competenza ad accertare la responsabilità dello Stato spetti alle corti nazionali secondo le regole del diritto interno, la giurisprudenza sovranazionale ha ritenuto che queste ultime debbano conformarsi ai principi di equivalenza ed effettività.

In altre parole, le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe domande di diritto interno e non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la riparazione del danno.

L'applicazione del secondo criterio ha consentito alla Corte di giustizia di fornire alcune precisazioni sulle condizioni per l'esperibilità dell'azione di danno e sui presupposti della fattispecie risarcitoria.

Quanto al primo aspetto, la Corte ha in più occasioni considerato che la previsione di un termine di decadenza o di prescrizione breve per

⁶⁸ L'apparato pubblico nazionale aveva inoltre adottato diverse misure di informazione, assistenza e accompagnamento per limitare, ove possibile, le ricadute negative della manifestazione sulla circolazione stradale. Infine, soluzioni alternative sarebbero state difficilmente praticabili, dal momento che un divieto della manifestazione avrebbe rappresentato un'inaccettabile interferenza nell'esercizio dei diritti fondamentali dei manifestanti. L'imposizione di condizioni più rigide avrebbe indebolito la portata dell'azione dimostrativa sull'opinione pubblica.

l'azione risarcitoria sia compatibile con il diritto dell'Unione e con il principio di effettività.

Tuttavia, il termine deve essere ragionevole e non può rendere eccessivamente difficile la tutela dei diritti attribuiti dall'ordinamento europeo⁶⁹.

In virtù di un principio generale comune agli ordinamenti giuridici nazionali, la Corte ha ritenuto che la persona lesa deve sempre dimostrare di aver agito con diligenza per limitare l'entità del danno, salvo sussistano difficoltà eccessive accertabili caso per caso secondo un criterio di ragionevolezza⁷⁰.

⁶⁹ In *Danske Slagterier*, la Corte ha precisato che il risarcimento del danno non potrebbe essere subordinato *sistematicamente* al presupposto della previa constatazione da parte delle istituzioni sovranazionali della violazione del diritto europeo compiuta dallo Stato. Questo accertamento, infatti, è solo eventuale ed è spesso lasciato all'iniziativa della Commissione che, con il procedimento di infrazione, persegue un interesse oggettivo di legittimità che non può essere ricondotto all'interesse di un soggetto particolare (*Danske Slagterier v Repubblica Federale di Germania*, C-445/06, 24 marzo 2009, punti 32 e 37 della motivazione).

⁷⁰ In questo senso, *Günter Fuß v Stadt Halle*, C-429/09, 25 novembre 2010, punti 76 e 77 della motivazione. Il principio di ragionevolezza e buona fede è applicato al comportamento del danneggiato anche nei casi di responsabilità delle istituzioni, come dimostra la decisione *Mulder e a. v Consiglio e Commissione*, cause riunite C-104/89 e C-37/90, 19 maggio 1992, in particolare punto 30 della motivazione.

In linea di principio ciò consente di ritenere che, anche negli ordinamenti nazionali, l'eventuale necessità di presentare all'amministrazione una previa domanda di riparazione extragiudiziale (quale può essere la "règle de la décision préalable" in Francia) o l'individuazione di un onere di evitare o ridurre il danno attraverso l'esperimento di rimedi specifici (come avviene in Germania) non sia di per sé contraria al principio di effettività, se applicata ai casi di responsabilità dello Stato-amministrazione per violazione del diritto europeo.

Ciò nondimeno, pare potersi sostenere che questi istituti dovrebbero tenere conto di eventuali criteri di scusabilità. Non si registrano posizioni specifiche della giurisprudenza europea sul punto. Nella causa *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, C-118/08, 26 gennaio 2010, la Corte di giustizia è stata investita della questione relativa alla compatibilità con i principi di effettività e di equivalenza di alcune regole applicabili nell'ordinamento giuridico spagnolo alle azioni di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Nello specifico, la giurisprudenza costante del Tribunal Supremo spagnolo imponeva che le azioni di responsabilità per violazione del diritto sovranazionale fossero soggette all'onere, da parte del danneggiato, di esaurire

2.1. I presupposti dell'obbligazione risarcitoria: la lesione di un interesse garantito dal diritto europeo e i limiti all'accertamento dell'elemento soggettivo

Quanto all'interpretazione degli elementi costitutivi dell'azione risarcitoria, la Corte ha precisato che la condotta dello Stato deve aver lesa una posizione giuridica soggettiva garantita direttamente dal diritto oggettivo dell'Unione.

In alcuni casi, questo elemento può richiedere una operazione interpretativa piuttosto articolata in merito alle finalità della disciplina di riferimento e agli interessi che questa intende proteggere.

Interessante al riguardo è la decisione *Leth*⁷¹ del 2013 in cui il giudice civile austriaco ha rinviato alla Corte di giustizia una questione riguardante la violazione della disciplina europea in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA) per progetti pubblici e privati.

Nel caso di specie, si trattava della ristrutturazione e ampliamento dell'aeroporto di Vienna.

La proprietaria di una abitazione situata in prossimità dell'opera aveva chiesto allo Stato il risarcimento dei danni di natura economica derivanti dai lavori di ampliamento dell'infrastruttura aeroportuale e

previamente i rimedi amministrativi e giurisdizionali nei confronti dell'atto amministrativo da cui derivava il pregiudizio. Tale condizione non si poneva, invece, se gli atti amministrativi lesivi fossero stati adottati in applicazione di una legge dichiarata incostituzionale.

I giudici del Lussemburgo hanno ritenuto non necessario esaminare se la regola del previo esaurimento dei rimedi specifici fosse rispettosa del principio di effettività, ritenendo sufficiente la constatazione della sua incompatibilità con il principio di equivalenza. Le azioni di responsabilità fondate sulla violazione del diritto dell'Unione dovevano essere disciplinate in modo del tutto analogo a quelle fondate su un'eventuale violazione della Costituzione spagnola in quanto attenevano ad uno stesso oggetto, vale a dire il danno subito dal soggetto lesa a causa di un atto o di un'omissione dello Stato.

Per un commento del caso citato si veda F. CORTESE, *Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1304 ss. Sul tema, si veda anche L. SALVI, *Autonomia procedurale e azione di responsabilità nei confronti dello Stato secondo la Corte di giustizia: non c'è obbligo di esaurire i rimedi interni*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2011, 51 ss.

⁷¹ *Jutta Leth v Repubblica austriaca*, C-420/11, 14 marzo 2013.

coincidenti con la perdita di valore della sua proprietà, in quanto l'autorità competente aveva omesso di procedere alla VIA così come richiesto dalle disposizioni europee.

La Corte di giustizia ha tuttavia rilevato che l'istituto della VIA ha come obiettivo principale quello di verificare le ripercussioni di un progetto su alcuni fattori particolarmente rilevanti e sensibili, vale a dire l'uomo, l'ecosistema, i beni naturali e il patrimonio culturale.

Individuato lo scopo della norma, non si poteva escludere, nel caso di specie, che essa mirasse a preservare i singoli da danni, anche di natura patrimoniale, che fossero però conseguenza diretta dell'impatto di un intervento sulla loro salute e qualità della vita.

In altre parole, l'interesse patrimoniale poteva considerarsi protetto dalle disposizioni europee in materia ambientale solo se riconducibile alla lesione di un bene della vita tutelato in via primaria dalla disciplina in parola e rappresentato, nella specie, dalla conservazione delle condizioni di vita di un essere umano nel suo contesto abitativo.

Al contrario, le mere ripercussioni di un progetto sul valore economico dei beni materiali limitrofi, non potevano avere rilevanza in sede di valutazione di impatto ambientale e per questo l'autorità non era tenuta a farsene carico a titolo di responsabilità extracontrattuale per violazione del diritto dell'Unione.

Si può osservare che, nell'applicazione del criterio dello scopo protettivo della norma violata a livello nazionale, i giudici del Lussemburgo promuovono la dimensione essenzialmente causale dello stesso per verificare in concreto la meritevolezza di tutela risarcitoria dell'interesse leso.

Piuttosto netta è stata, infine, la posizione della giurisprudenza europea con riferimento alla prova dell'elemento soggettivo.

A partire dai casi *Brasserie du pêcheur* e *Factortame* si è infatti affermato che, nonostante un sistema giuridico nazionale possa richiedere la prova di determinati elementi per la colpevolezza dell'agente, nel caso della responsabilità per violazione del diritto europeo questi non possono eccedere la nozione di violazione sufficientemente caratterizzata così come identificata a livello sovranazionale.

A detta dei giudici del Lussemburgo, la previsione di ogni condizione aggiuntiva avrebbe infatti l'effetto di rimettere in discussione il drit-

to al risarcimento che trova il proprio fondamento nell'ordinamento giuridico europeo⁷².

⁷² L'insofferenza della Corte di giustizia per il requisito della colpa si è manifestata, da ultimo, anche in relazione all'azione risarcitoria prevista in materia di appalti pubblici dove, come è noto, l'intervento di armonizzazione del legislatore sovranazionale si è esteso all'apparato rimediabile degli Stati per la tutela dei partecipanti alle gare. Con due sentenze, rispettivamente del 2008 e del 2010, le discipline nazionali che subordinavano il diritto al risarcimento dell'operatore economico alla dimostrazione della colpa dell'amministrazione aggiudicatrice sono state ritenute in contrasto con le direttive europee in materia di contratti pubblici (si tratta di *Commissione v Portogallo*, C-70/06, 10 gennaio 2008 e *Stadt Graz v Strabag AG e a.*, C-314/09, 30 settembre 2010). In dottrina cfr. S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?*, in *Giur. it.*, 2011, 664 ss. e C. FELIZIANI, *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm.*, 2011, 3015 ss. Sulla portata della giurisprudenza europea in materia si veda la posizione espressa da S. TREUMER, *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford-Portland, 2011, 149 ss. secondo cui la decisione *Stadt Graz* «appears indirectly to rule out that a Member State may make damages for breaches of EU public procurement law conditional of a “sufficiently serious” breach or “substantial” breaches»; per questa ragione «any breach of the EU public procurement rules in principle is sufficient ground for damages» (in particolare 160). In senso parzialmente critico rispetto a questa affermazione cfr. D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE, *Introduction*, *ibidem*, 1 ss. e, in particolare, 3 per cui se «a systematic requirement of *culpability* is not compatible with the requirements of effective remedies under European law», ciò non significa necessariamente che la sentenza «involves the setting aside of the sufficiently seriousness standard in public procurement cases». In questa materia viene infatti accentuato un particolare tratto della tutela risarcitoria per cui, una volta dimostrata la spettanza del bene della vita perduto (i.e. la partecipazione alla gara o l'aggiudicazione), il rimedio finisce per assumere un carattere “alternativo” rispetto alla tutela in forma specifica dell'interesse dell'operatore economico. Per queste ragioni, ove possibile, la condanna dell'amministrazione dovrebbe avvenire in modo pressoché automatico e in ossequio ai principi di effettività, efficacia e celerità della tutela. Così in *Stradt Graz*, punto 39 della motivazione, dove il rimedio risarcitorio viene definito «un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata [...] alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice». Sull'importanza e peculiarità dell'azione

Anche in questo caso, si individua dunque una sorta di livello minimo di tutela in cui la colpa in senso stretto lascia il posto a una verifica circa la non scusabilità della violazione commessa che tenga conto, in particolare, della complessità dei fatti e degli interessi in gioco, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate e dello stato della giurisprudenza europea in una data materia.

Anche a livello nazionale, diventa quindi rilevante definire l'ampiezza del potere discrezionale attribuito agli apparati dello Stato membro che, nelle singole fattispecie, può dipendere non solo dalle norme europee rilevanti, ma anche dalla combinazione di queste con le previsioni di diritto interno.

3. La reazione dei sistemi nazionali francese, tedesco ed inglese all'introduzione dell'illecito europeo

Ogni ordinamento giuridico nazionale ha dovuto misurare il proprio sistema di responsabilità dei pubblici poteri con l'illecito dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea così come delineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Da un punto di vista generale, gli ordinamenti giuridici nazionali hanno visto ampliarsi la categoria dei potenziali soggetti responsabili, tra cui rientrano anche gli organi dotati di poteri normativi⁷³ e giurisdizionali⁷⁴.

risarcitoria come «tool to enforce the proper award of public contracts» si v. D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE, *Introduction*, cit., 2.

⁷³ La responsabilità dello Stato-legislatore è stata una questione centrale della decisione *Brasserie du pêcheur* emanata su rinvio del giudice tedesco. In tale ordinamento la condizione della *Drittbezogenheit* impediva di risarcire i danni derivanti da atti o omissioni del legislatore, rispetto ai quali si riteneva che il perseguimento di interessi generali fosse assolutamente incompatibile con la protezione di interessi individuali. Nel caso oggetto della decisione della Corte di giustizia del 1996, il BGH aveva chiesto ai giudici del Lussemburgo di verificare se tale assetto del diritto interno fosse in contrasto con la giurisprudenza europea sulla responsabilità dello Stato membro. Sul punto, la Corte europea ha ritenuto che la sostanziale subordinazione del risarcimento alla condizione che l'atto o l'omissione riguardassero una situazione individuale rendeva

Più nel dettaglio, in Francia non si sono avuti particolari problemi di armonizzazione⁷⁵ dei casi di responsabilità europea all'interno del sistema nazionale di *responsabilité de la puissance publique*.

eccessivamente difficile la tutela effettiva dei danni derivanti dalla violazione del diritto europeo, ostacolando la tutela dei diritti dei singoli da questo garantiti.

⁷⁴ Sulla responsabilità derivante da atti del potere giudiziario si vedano le note decisioni *Kühne & Heitz*, C-453/00, 13 gennaio 2004; *Köbler*, C-224/01, 30 settembre 2003 e *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, 13 gennaio 2006. Tra i contributi in tema si segnalano: M. ELIANTONIO, *The Enforcement of EC Rights Against National Authorities and the Influence of Koebler and Kuehne & Heitz on Italian Administrative Law: Opening Pandora's Box?*, in *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 2006; J. KOMAREK, *Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2005, 9 ss.; G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2005, 1 ss.; V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per il fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story" in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 347 ss.; F. BIONDI, *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 839 ss.; C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 116 ss.; D. SIMON, *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif*, in *Europe - Actualité du droit Communautaire*, 2007, 12 ss.; A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 Novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-Giudice*, in *Rivista AIC*, 2012; R. VALUTYTE, *The Legal Consequences for Disregarding the Obligation to Make A Reference for a Preliminary Ruling to the Court of Justice*, in *Jurisprudencija*, 2010, 177 ss.; P.J. WATTEL, *Kobler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, 177 ss.; N. ZINGALES, *Member State Liability vs. National Procedural Autonomy: What Rules for Judicial Breach of EU Law?*, in *German Law Journal*, 2010, 419 ss.

⁷⁵ Questa considerazione vale anche per le azioni risarcitorie in materia di contratti pubblici come evidenziato da N. GABAYET, *Damages for Breach of Public Procurement Law. A French Perspective*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, cit., 7 ss. il quale si sofferma sul frequente e significativo ricorso, in questo settore, alla categoria della perdita di *chance* che ha facilitato e agevolato la prova del danno e del nesso di causalità da parte dei danneggiati (16-17). Più in generale sull'elemento eziologico nell'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione connessa alle procedure ad evidenza pubblica, anche in prospettiva comparata, si veda nello stesso volume il contributo di R. CARANTA, *Damages for Breaches of EU Public Procurement Law, Issues of Causation and Recoverable Losses*, 167 ss. e in particolare 175-178.

La competenza è stata attribuita alle Corti amministrative e il requisito della violazione grave e manifesta è stato interpretato come un esempio di colpa grave rispetto alla semplice *illégalité fautive* che, prima della sentenza *Brasserie du pêcheur*, trovava applicazione anche nelle ipotesi di illecito dello Stato per violazione del diritto sovranazionale, soprattutto con riferimento ai danni da mancato recepimento delle direttive europee.

In uno dei primi casi relativi alla illegittimità europea di un atto amministrativo nazionale, il *Conseil d'État* ha dichiarato lo Stato francese responsabile dopo aver disapplicato la fonte primaria in contrasto con il diritto dell'Unione e aver ritenuto l'atto amministrativo invalido perché emanato in assenza di un legittimo fondamento normativo⁷⁶.

Successivamente, come per le ipotesi di responsabilità regolate dal diritto interno, la giurisprudenza francese ha confermato la tendenza ad applicare un sindacato piuttosto rigido e puntuale sul nesso di causalità, limitando in questo modo le ipotesi di danno risarcibili.

Nella decisione *Société Phytoservice*⁷⁷ del 2009, il risarcimento veniva negato ad una società che lamentava il mancato adeguamento dell'ordinamento nazionale alla disciplina europea che consentiva un regime autorizzatorio speciale e semplificato per l'importazione parallela – e la conseguente commercializzazione – di prodotti fitosanitari.

Per questo stesso motivo, alcuni anni prima la Repubblica francese era stata condannata per l'inosservanza degli obblighi derivanti dall'ordinamento europeo a seguito di un procedimento di infrazione ritenuto fondato dalla Corte di giustizia.

L'impossibilità di procedere alla commercializzazione dei prodotti aveva determinato dei costi molto ingenti in capo all'impresa ricorrente, oltre al mancato guadagno che le sarebbe derivato dalla vendita degli agro-farmaci nel territorio francese.

In questa occasione, il *Conseil d'État* ha ritenuto che l'omissione dello Stato era astrattamente idonea a generare la responsabilità per violazione del diritto europeo. Tuttavia, i danni subiti dalla società non erano riconducibili direttamente alla condotta dello Stato inadempiente,

⁷⁶ CE, 28 febbraio 1992, *SA Philip Morris France*, rec. 87753.

⁷⁷ CE, 30 dicembre 2009, rec. 303506.

quanto piuttosto al comportamento poco accorto dell'impresa stessa che aveva importato i prodotti prima di ottenere l'autorizzazione e nonostante l'incertezza circa il rilascio della stessa.

In Germania, per far fronte alle ipotesi di responsabilità dello Stato, si è riconosciuta in via pretoria una autonoma ipotesi di illecito⁷⁸, che ha preso il nome di *gemeinschaftsrechtlicher/unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch* e che consente una maggior flessibilità⁷⁹ nella dimostrazione degli elementi costitutivi rispetto alle fattispecie illecite nazionali.

In rapporto alla *Amtshaftung*, per esempio, il requisito dell'elemento soggettivo non corrisponde alla colpa richiesta dal § 839 del BGB, ma ai criteri previsti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In questo senso diventa rilevante il grado di discrezionalità assegnata all'ordinamento statale nell'attuazione del diritto europeo. Sul punto, la giurisprudenza tedesca consente l'inversione dell'onere della prova ove sia necessario dimostrare che la discrezionalità è stata esercitata in modo corretto.

In tema, appare interessante la decisione⁸⁰ del BGH del 9 ottobre 2003 relativa alla richiesta di danni presentata da un allevatore per il mancato rispetto delle misure emanate alla fine degli anni '80 nell'ambito della CEE in materia di contributi richiesti agli operatori del settore per il finanziamento delle ispezioni e dei controlli sanitari sulle carni.

In particolare, l'attore esprimeva che le autorità tedesche avevano previsto somme superiori al livello forfettario definito negli atti sovranazionali e chiedeva la restituzione delle eccedenze versate, nonché il risarcimento del danno rappresentato dagli interessi pagati sul mutuo

⁷⁸ In questo senso, BGH, 7 luglio 1988, III ZR 198/87, in *NJW*, 1989. In tema si rinvia a F. OSSENBÜHL, M. CORNILS, *Staatshaftungsrecht*, cit., 628.

⁷⁹ In dottrina, sul punto cfr. H. MAURER, *Staatshaftung im europäischen Kontext*, in C.T. EBENROTH (a cura di), *Verantwortung und Gestaltung: Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag*, München, 1996, 608-609 e C. WOLF, *Die Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik für Verstöße gegen das europäische Gemeinschaftsrecht (EGV)*, Berlin, 1999, 291. Per quanto riguarda l'azione risarcitoria nel settore dei contratti pubblici cfr. M. BURGI, *Damages and EC Procurement Law. German Perspectives*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, cit., 19 ss.

⁸⁰ BGH, 9 ottobre 2003, III ZR 342/02.

bancario che era stato costretto a richiedere per provvedere tempestivamente al pagamento delle somme.

Lo Stato si difendeva sostenendo che era riconosciuto agli organi nazionali il potere di ridurre o aumentare l'ammontare del prelievo al sussistere di circostanze tali da dimostrare una divergenza rispetto ai dati utilizzati a livello europeo per fissare la misura standard della contribuzione.

La Corte di giustizia federale ha ritenuto fondata la difesa, disponendo tuttavia che, nell'ambito del giudizio di rinvio, sarebbe spettato allo Stato provare l'esistenza dei presupposti tali da giustificare l'aumento delle somme richieste.

Una questione piuttosto controversa nel sistema tedesco è stata quella relativa alla possibilità di applicare anche in questi casi una declinazione particolare della *Primärrechtsschutz*, la quale finiva per subordinare l'esperimento dell'azione risarcitoria al presupposto della previa constatazione, da parte della Commissione o della Corte di giustizia, di un inadempimento del diritto europeo imputabile allo Stato.

Tale approccio è stato messo in discussione nella sentenza *Danske Slagterier*⁸¹, che lo ha ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione se applicato sistematicamente e senza eccezioni che tengano conto della diligenza o della scusabilità della condotta del soggetto leso.

Infine, nell'ordinamento inglese, le Corti hanno inizialmente accostato la nuova azione risarcitoria al *tort of breach of statutory duty*.

Nel noto caso *Three Rivers*⁸², la *High Court* ha rigettato una domanda risarcitoria nei confronti della Banca di Inghilterra per omessa vigilanza e violazione della prima direttiva di armonizzazione in materia bancaria e creditizia (Direttiva del Consiglio 77/780/CEE).

Particolarmente interessante è stata l'opinione di *Lord Hope* il quale ha aderito ad un approccio piuttosto restrittivo, ritenendo che un interesse potesse essere protetto dal diritto dell'Unione europea solo se corrispondente al fine primario della norma violata. Nel caso di specie, la tutela dei depositi bancari aveva natura meramente secondaria e accessoria nell'ambito della direttiva rispetto alla stabilità complessiva del

⁸¹ C-445/06.

⁸² *Three Rivers DC v Governor of the Bank of England* [2000] UKHL 16.

sistema bancario e, per questo, l'interesse privato non poteva risultare meritevole di tutela risarcitoria in *tort*⁸³.

Una volta individuato dalla Corte di giustizia il requisito della violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'Unione, la giurisprudenza inglese ha cambiato orientamento e accostato l'illecito in parola al *tort of misfeasance in public office*.

Anche in questo caso, l'interpretazione delle corti nazionali è andata nel senso di un inasprimento dei requisiti fissati dalla Corte di giustizia.

In *Barco v Thanet District Council*⁸⁴, un'impresa esportatrice di animali vivi da macello chiedeva l'accertamento del proprio diritto al risarcimento dei danni subiti a seguito del divieto che le era stato opposto dall'autorità convenuta di utilizzare il porto di *Ramsgate* e che, a detta della società attrice, aveva leso la libertà di circolazione garantita dal Trattato in quanto misura equivalente ad una restrizione quantitativa ex art. 35 TFUE.

Nel sindacare la manifesta gravità della violazione, i giudici della *High Court* hanno ritenuto necessario esaminare in modo dettagliato le circostanze di fatto e la condotta dell'amministrazione convenuta, considerandola effettivamente sproporzionata rispetto all'obiettivo dichiaratamente perseguito, ovvero un non meglio precisato "benessere degli animali".

Tuttavia, l'elemento che ha portato alla condanna dello Stato è stata la convinzione, ben espressa dall'opinione del giudice *Briss*, che tale motivazione altro non fosse che un pretesto per celare il vero motivo del divieto, dovuto a giudizi morali e politici sull'esportazione di animali per la macellazione. Si dimostrava, in altre parole, una sorta di malafede dell'amministrazione, indice di un *serious breach* ai sensi del diritto dell'Unione.

Il sindacato sulla natura della violazione si avvicina molto, dunque, alla *targeted malice* di cui alla *misfeasance in public office* come è di-

⁸³ A esiti analoghi si è pervenuti anche in *Millward v Oxfordshire County Council* [2004] All ER (D) 338, dove alcune disposizioni contenute nella Direttiva quadro in materia di sicurezza e salute sul lavoro (Direttiva 89/391/CEE) sono state ritenute applicabili ai datori di lavoro pubblici, senza che però potessero essere attribuiti ai singoli specifici diritti in merito all'adempimento dei doveri prescritti.

⁸⁴ *Barco de Vapor and others v Thanet District Council* [2014] All ER (D) 256.

mostrato anche in *Nagassi*⁸⁵, ove la *Court of Appeal* ha approfondito il test richiesto per l'accertamento della responsabilità.

Nella fattispecie, il Ministro dell'interno aveva negato a un richiedente asilo l'accesso al mercato del lavoro sulla base di una errata interpretazione dell'art. 11 della Direttiva 2003/9/CE.

Nell'applicare i principi contenuti in *Brasserie e Factortame*, i giudici hanno ritenuto di fondare la propria valutazione sull'accertamento della volontarietà o meno della decisione lesiva degli interessi del soggetto danneggiato.

In questo senso, la Corte ha rigettato la domanda risarcitoria sull'assunto che la scorretta interpretazione della disciplina europea non era dovuta a un atteggiamento "cinico e disonesto".

Un criterio analogo ha trovato applicazione anche in *Recall v Secretary for State for Media, Culture and Sport*⁸⁶ dove il ricorrente lamentava la mancata autorizzazione all'uso di una particolare tecnologia (*GSM Gateways*) nell'industria delle telecomunicazioni.

La corte adita ha ritenuto, da un lato, che il rifiuto fosse illegittimo sul piano del rispetto del diritto sovranazionale in quanto privo di giustificazione e fondamento ma che, dall'altro, tale violazione non fosse sufficientemente caratterizzata in quanto indice di buona fede e frutto di un errore non così madornale (*not an egregious error*).

SEZIONE III: LA RESPONSABILITÀ "CONCORRENTE"

1. Le ipotesi di responsabilità "concorrente" nel sistema di giustizia integrato: quadro generale

Le ipotesi che finora sono state analizzate riguardano la responsabilità delle istituzioni europee e degli Stati membri per atti e condotte il-

⁸⁵ *R (on the application of Nagassi and another) v Secretary of the State for the Home Department* [2013] EWCA Civ. 151.

⁸⁶ *Recall Support Services et al. v Secretary for State for Media, Culture and Sport* [2013] EWHC 3091 (Ch).

leciti compiuti in violazione del diritto sovranazionale e degli interessi da questo garantiti.

L'obbligazione risarcitoria è imputata al soggetto che ha commesso tale violazione e da ciò consegue anche l'individuazione della giurisdizione competente, quella europea nel primo caso, quelle nazionali nel secondo.

Sin dagli anni '60 del secolo scorso, alcuni problemi si sono però posti per quanto riguarda ipotesi di amministrazione indiretta in cui l'amministrazione nazionale attui legittimamente un atto sovranazionale illegittimo, ledendo così ingiustamente un interesse del singolo.

In questi casi, la tutela risarcitoria del danneggiato ha presentato alcuni elementi di incertezza sul piano processuale.

Visto che l'antigiuridicità è imputabile ad un atto dell'Unione, l'autorità responsabile dovrebbe essere l'istituzione europea e non lo Stato nazionale che si è limitato ad attuarlo.

Trattandosi tuttavia, nella maggior parte dei casi, di atti sovranazionali generali e astratti implicanti misure di esecuzione nazionale, la questione risarcitoria è stata spesso confusa con quella impugnatoria e con il riparto di competenze delineato dalla nota giurisprudenza per cui, stante l'impossibilità di impugnare direttamente gli atti generali dotati di misure esecutive, il ricorrente dovrebbe rivolgersi al giudice nazionale ed eventualmente stimolare in quella sede il sindacato incidentale della Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale di validità⁸⁷.

Per questi motivi, anche nel giudizio risarcitorio, la tendenza è stata quella di applicare il principio di doppia esclusività secondo cui l'Unione europea esprime «due circuiti paralleli e separati – seppure coordinati – di giudici»⁸⁸.

⁸⁷ Sul punto si veda la decisione *Ganaria BV*, C-101/78, 13 febbraio 1979, dove si è precisato che una questione relativa all'art. 340, par. 2, TFUE (allora art. 215 par. 2 TCE) non poteva essere definita nell'ambito di un procedimento su rinvio pregiudiziale (punto 10 della motivazione in diritto).

⁸⁸ Per ulteriori approfondimenti sul principio di doppia esclusività, si veda B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 198. La doppia esclusività del sistema di tutela è stata stabilita dalla Corte di giustizia a partire dalle note sentenze *Foto-Frost*, C-314/85, 22 ottobre 1987 e *Oleificio Borelli*, C-97/91, 3 dicembre 1992.

Tuttavia, se il meccanismo descritto può risultare adeguato rispetto al sindacato sugli atti, alcune perplessità si pongono per i giudizi in materia di responsabilità, dal momento che l'eventuale decisione sul rinvio pregiudiziale non potrebbe consentire la condanna dell'istituzione europea al risarcimento dei danni e il danneggiato sarebbe costretto ad instaurare un nuovo e diverso giudizio a livello sovranazionale sulla base dell'art. 340, par. 2, TFUE.

Al fine di evitare conseguenze pregiudizievoli ulteriori in termini di tempo e di costi processuali, gli interessati hanno spesso considerato più conveniente procedere "in parallelo" con azioni separate e concorrenti contro l'Unione e contro lo Stato, significativamente qualificate dalla dottrina come ipotesi di "concurrent or joint liability"⁸⁹.

La Corte di giustizia si è occupata di questa tematica in più occasioni.

La prima giurisprudenza risale alla decisione sul caso *Kampffmeyer e altri*⁹⁰ in cui alcune imprese impegnate nell'importazione in Germania di cereali provenienti dalla Francia chiedevano il ristoro dei danni subiti a causa di un comportamento illegittimo e negligente della Commissione, che aveva permesso alla Repubblica tedesca di condizionare la concessione delle licenze di importazione al pagamento di un prelievo fiscale, prima non dovuto.

Alcuni operatori economici che avevano già concluso contratti di vendita sulla base della situazione previgente, decidevano di darvi comunque esecuzione pagando l'importo della riscossione, mentre altri

⁸⁹ In tema si vedano T. HARTLEY, *Concurrent Liability in EEC: a Critical Review of the Cases*, in *European Law Review*, 1977, 249 ss.; C. HARDING, *The Choice of Court Problem in Cases of Non-contractual Liability under EEC Law*, in *Common Market Law Review*, 1979, 389 ss.; L.J. CONSTANTINESCO, *Les problèmes résultant de la responsabilité extra-contractuelle concomitante de la Communauté et d'un État membre*, Bruxelles-Luxembourg, 1980; W. WILS, *Concurrent Liability of the Community and a Member State*, in *European Law Review*, 1992, 191 ss.; P. OLIVER, *Joint Liability of the Community and the Member State*, in I. HEUKELS, A. McDONNELL (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, cit., 300 ss.; M. DE VISSER, *The concept of concurrent liability and its relationship with the principle of effectiveness: a one-way ticket into oblivion?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, 4 ss.

⁹⁰ *Kampffmeyer e a. v Commissione*, Cause riunite C-5-7 e 13-24/66, 14 luglio 1967, pubblicata in *Racc. giur. della Corte*, 1967, 289 ss.

produttori decidevano invece di recedere dai propri impegni contrattuali, lamentando perdite da mancato guadagno e richiedendo il rimborso delle penali che erano stati costretti a versare alle controparti.

La Corte, che aveva già annullato la decisione della Commissione con cui si era consentita l'imposizione in parola, affermava che la responsabilità della Comunità sussisteva in linea di principio in quanto quest'ultima era artefice di un comportamento complessivo fatto di errori di valutazione sulle dinamiche di mercato e di un'interpretazione scorretta della disciplina rilevante.

Tuttavia, considerata la natura dei danni lamentati – i quali potevano essere in parte ristorati attraverso la restituzione delle somme indebitamente versate allo Stato membro da alcuni dei danneggiati – trovava applicazione il principio del previo esperimento dei mezzi di tutela nazionali.

La Corte ha pertanto ritenuto opportuno invitare le ricorrenti:

a dimostrare di aver esaurito tutti i possibili mezzi di tutela amministrativi e giurisdizionali previsti dal diritto interno, onde ottenere il rimborso degli importi indebitamente pagati a titolo di prelievo. Solo dopo che sia stata fornita tale prova si potrà stabilire se sussista un pregiudizio che la Comunità debba eventualmente risarcire⁹¹.

Pur ritenendo possibile l'esperimento di due azioni parallele, anche per le altre tipologie di pregiudizi la Corte ha sostenuto che la precedenza del giudizio nei confronti dello Stato avrebbe evitato che:

la diversa valutazione dello stesso danno, da parte di due giudici che applicano norme diverse, si risolva per le ricorrenti in un risarcimento vuoi insufficiente, vuoi eccessivo. Prima di stabilire quale sia il danno che la Comunità deve risarcire, è necessario che il giudice nazionale abbia potuto pronunciarsi sull'eventuale responsabilità della Repubblica federale di Germania⁹².

Tale approccio è stato rivisto solo in parte dalla sentenza *Unifrex*⁹³ del 1984, ove si è precisato che il danneggiato è legittimato a rivolgersi

⁹¹ *Racc. giur. della Corte*, 1967, 309-310.

⁹² *Racc. giur. della Corte*, 1967, 312.

⁹³ *Unifrex v Commissione e Consiglio*, C-281/84, 14 gennaio 1987.

direttamente agli organi di giustizia sovranazionali se dimostra che le azioni previste dal diritto nazionale non potrebbero garantire una tutela efficace⁹⁴.

Ovviamente, nel caso in cui il danneggiato riesca ad ottenere il risarcimento dalle Corti nazionali, si pone l'ulteriore questione della rivalsa dello Stato membro nei confronti dell'Unione sulla base del principio di leale collaborazione, di cui all'art. 4 par. 3 del TUE, per il recupero delle somme versate.

In caso di contestazione da parte dell'istituzione coinvolta, per la dottrina, lo Stato membro sarebbe tenuto a dimostrare, in un eventuale giudizio di fronte al giudice europeo, che l'azione o l'omissione lesiva è imputabile ad un organo dell'Unione e che il giudizio nazionale si è svolto in linea con i principi europei in materia di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione così come fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹⁵.

⁹⁴ Il caso di specie riguardava il mercato agricolo e la determinazione degli importi compensativi da parte delle istituzioni europee a favore delle imprese esportatrici francesi che non erano stati adeguati tempestivamente all'inflazione del Paese di importazione, nella specie l'Italia. Le imprese interessate lamentavano un danno economico conseguente al ritardo della Commissione che si era attivata in un tempo successivo. In sede di contenzioso per il risarcimento delle somme non percepite, quest'ultima chiedeva al giudice europeo di dichiarare irricevibile la domanda risarcitoria dal momento che gli operatori economici avrebbero potuto proporre, dinanzi ai giudici italiani, un ricorso contro la decisione dell'autorità nazionale che aveva applicato nei loro confronti importi inferiori a quelli dovuti.

In quella sede si sarebbe potuto avviare un procedimento pregiudiziale e consentire alla Corte di accertare la validità e tempestività degli atti aventi ad oggetto l'aggiornamento degli importi.

Dichiarando ricevibile la domanda, la Corte di giustizia ha sottolineato che l'eventuale ricorso al giudice (amministrativo) dello Stato membro non avrebbe potuto garantire in modo efficace i ricorrenti. Anche se la disciplina europea fosse stata dichiarata invalida da una decisione della Corte in via pregiudiziale e il provvedimento nazionale fosse stato annullato, tale annullamento non avrebbe potuto imporre alle autorità nazionali di attribuire alla ricorrente somme di valore superiore rispetto a quelle percepite, in assenza di una specifica decisione in tal senso delle istituzioni europee competenti.

⁹⁵ In tema P. OLIVER, *Joint Liability of the Community and the Member States*, cit., 295.

2. La tutela risarcitoria nei casi di amministrazione congiunta e integrata

L'articolato sistema di tutela risarcitoria delineato per le ipotesi di amministrazione indiretta mostra ulteriori complicazioni se applicato ai procedimenti composti o integrati che possono svolgersi coinvolgendo gli apparati sovranazionali e le amministrazioni nazionali⁹⁶.

I fenomeni di intrecci procedurali sono infatti in netto aumento e danno vita a reti più o meno formalizzate di amministrazioni entro cui circolano atti, informazioni e decisioni in un quadro composito ove è spesso difficile risalire, in caso di pregiudizio per il singolo, al soggetto pubblico cui imputare la condotta lesiva⁹⁷.

⁹⁶ Un settore dove da ultimo sta emergendo, con particolare intensità, l'esigenza di coordinare al meglio i regimi nazionali ed europeo di responsabilità per l'esercizio delle funzioni amministrative è quello della vigilanza bancaria, oggi ripartita tra le autorità statali e la Banca centrale europea all'interno del noto Meccanismo di vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism - SSM*) introdotto dal Regolamento UE n. 1024/2013. Il considerando n. 61 del regolamento prevede che la BCE è responsabile, a norma dell'articolo 340 TFUE, e conformemente ai principi generali comuni degli Stati membri, dei danni cagionati da essa o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni. Resta impregiudicata la responsabilità delle autorità di vigilanza nazionali nelle rispettive giurisdizioni. Il profilo più controverso riguarda proprio la formulazione del considerando che, apparentemente, non prevede particolari limitazioni di responsabilità per la Banca centrale nel suo ruolo di autorità di vigilanza, differenziandosi così non solo dagli ordinamenti nazionali, ma anche dalla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare *Peter Paul e a. v Repubblica federale di Germania*, C-222/02, 12 ottobre 2004). Sul *Single Supervisory Mechanism*, cfr. S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza*, Torino, 2013; E. BARUCCI, M. MESSORI (a cura di), *Towards the European Banking Union*, Firenze, 2014; C.V. GORTSOS, *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Athens, 2015; M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016. Su profili specifici A. MAGLIARI, *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, 153 ss. e ID., *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, 383 ss. e in particolare 398-399.

⁹⁷ In tema si vedano in particolare le osservazioni contenute in L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007, in particolare 213-214.

Un caso del 2004 individua icasticamente la complessità di queste dinamiche⁹⁸.

Nell'ambito della disciplina sulla sicurezza alimentare, che ha il duplice obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato interno e di garantire un alto livello di salute dei consumatori, l'ordinamento europeo ha previsto un sistema di allarme rapido denominato *RAPEX*, attraverso cui le amministrazioni nazionali possono segnalare tempestivamente i prodotti pericolosi ove accertino un serio rischio per la salute umana.

A tale sistema partecipano, altresì, Stati non membri dell'Unione, ma firmatari dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE).

Il sistema funziona in modo tale da consentire uno scambio di informazioni rapide, immesse dagli enti nazionali e poi gestite dalla Commissione, sulla base delle quali è possibile assumere capillarmente i provvedimenti nazionali ritenuti più adeguati, che vanno dall'obbligo di fornire maggiori informazioni posto a carico delle imprese, al divieto di commercializzazione dei prodotti.

La direttiva ha, quindi, previsto un sistema piuttosto peculiare di procedura collaborativa in cui alcune autorità nazionali raccolgono e condividono informazioni che la Commissione monitora e sulla base delle quali altre autorità possono emanare provvedimenti con effetti più o meno pregiudizievoli.

Nel caso che è giunto all'esame della Tribunale di primo grado, una impresa francese, che era solita esportare mele in Olanda e nel Regno Unito, chiedeva l'accertamento della responsabilità della Commissione e il risarcimento dei danni conseguenti, in quanto quest'ultima non avrebbe adeguatamente verificato la correttezza delle informazioni circolate nel sistema *RAPEX* e relative ad alcuni dei suoi prodotti.

In un carico di mele esportato dall'impresa in Olanda e poi in Islanda, le autorità islandesi riscontravano un residuo di pesticidi superiore al livello massimo consentito. Una volta fatto circolare l'esito dell'accertamento nel sistema di allarme, le autorità britanniche avevano sospeso tutte le importazioni di mele provenienti dalla ditta francese, causando una significativa perdita economica.

⁹⁸ *Malagutti - Vezinhet v Commissione*, T-177/02, 10 marzo 2004.

L'impresa penalizzata sosteneva che la Commissione avrebbe dovuto attivarsi per appurare la veridicità del controllo effettuato dall'amministrazione islandese, che partecipava al sistema in quanto paese membro del SEE.

Aderendo alla difesa della Commissione, il Tribunale ha affermato la propria incompetenza in quanto tanto il provvedimento lesivo, quanto l'accertamento preliminare che ne aveva determinato l'emanazione, provenivano da diverse autorità nazionali.

Per ottenere la tutela sperata, al ricorrente non rimaneva che rivolgersi alle giurisdizioni nazionali britanniche e islandesi per chiedere l'annullamento dell'atto finale (alle prime) e/o il risarcimento del danno (presumibilmente alle seconde).

Dall'esame del caso, ben si comprendono le ricadute sull'effettività della tutela generate da un sistema invero caotico e frammentato, che rischia tra l'altro di esporre il danneggiato a prescrizioni diverse e a standard di tutela non omogenei nei singoli e diversi paesi.

Di fronte a casi simili, non è mancata la previsione di soluzioni diverse da parte del legislatore europeo che, forse, potrebbero assumere mano a mano portata generale.

Il Regolamento CE n. 1987/2006 sull'istituzione e l'esercizio del sistema di informazione nell'area Schengen (c.d. SIS II) permette, per esempio, alle autorità di polizia nazionali di inviare alle omologhe autorità di altri Stati membri una segnalazione relativa a soggetti considerati pericolosi per l'ordine pubblico e la sicurezza nazionale.

In base a queste informazioni, è possibile adottare provvedimenti di fermo o di respingimento potenzialmente lesivi della libertà di circolazione e di altri diritti fondamentali.

Per questo, l'art. 48 del Regolamento ha previsto che ciascuno Stato membro è responsabile secondo la propria legislazione nazionale dei danni causati dall'uso del sistema.

Tuttavia, se lo Stato cui è riconducibile l'illecito risulta quello che ha effettuato la segnalazione e non quello che ha emanato l'atto lesivo contro cui un'azione è esperita, il primo è tenuto al rimborso, su richiesta del secondo, delle somme versate a titolo di risarcimento.

L'organizzazione delle funzioni non pregiudica in questo caso la tutela del singolo e pertanto il meccanismo non può che essere visto con

favore in attesa di un maggior coordinamento processuale delle giurisdizioni o di forme di accentramento della tutela a livello sovranazionale⁹⁹.

⁹⁹ Sul tema e per gli opportuni riferimenti bibliografici v. M. ELIANTONIO, *Information Exchange in European Administrative Law. A Threat to Effective Judicial Protection?*, in *Maastricht Journal*, 2016, 531 ss.

CAPITOLO VI

I RISULTATI DELL'INDAGINE COMPARATA

SOMMARIO: *1. L'illecito dell'amministrazione nelle esperienze giuridiche nazionali: il regime della responsabilità tra diritto pubblico e diritto privato. 2. Gli elementi caratterizzanti l'illecito dell'amministrazione: i risultati dell'indagine comparata. 2.1. L'imputazione causale dei danni conseguenti alla condotta antiggiuridica dell'amministrazione. 2.2. Alcune questioni problematiche relative alla risarcibilità degli interessi pretensivi e procedurali. 2.3. La misura oggettiva e soggettiva della colpa dell'amministrazione. 3. I profili processuali dell'illecito dell'amministrazione e in particolare il rapporto tra rimedi.*

1. L'illecito dell'amministrazione nelle esperienze giuridiche nazionali: il regime della responsabilità tra diritto pubblico e diritto privato

La questione della configurabilità dell'illecito dello Stato, e in particolare dello Stato-amministrazione, si pone all'attenzione della scienza giuridica europea soprattutto dalla seconda metà del XIX secolo, quando il dogma dell'immunità sovrana, coesistente alla forma di stato assoluto, viene messo in discussione dall'affermazione dello Stato di diritto¹.

In questo nuovo contesto ordinamentale, gli atti e le condotte dell'amministrazione che più rischiano di interferire con gli interessi individuali risultano oggetto di disciplina giuridica puntuale e passibili di sanzione su istanza del privato, se antiggiuridici.

¹ In questo senso anche M. CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento presupposti e regime*, Torino, 2005, 17 ss. e L. CARLASSARE, *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti del potere*, Padova, 2003, 3 ss. dove si sottolinea che le prime riflessioni scientifiche in tema di responsabilità dell'amministrazione erano ancora condizionate dalla inconciliabilità teorica tra principio di responsabilità ed esercizio del potere. Tale incompatibilità accomunava i differenti sistemi giuridici europei e manifestava una contrapposizione tra l'idea della sovranità, intesa come potere illimitato, e la necessità di affermare il principio di imputabilità giuridica per ogni soggetto dell'ordinamento, tra cui anche i soggetti pubblici nell'esercizio di funzioni comunque regolate dal diritto oggettivo.

La responsabilità dell'amministrazione diviene così una componente fondamentale del sistema di giustiziabilità del potere, capace di garantire il rispetto sia dei diritti individuali che del principio di legalità nel perseguimento in concreto degli interessi generali².

Non sorprende quindi che, tra Otto e Novecento, la teoria dell'illecito, già applicabile alle relazioni giuridiche interprivate, abbia assunto nei principali ordinamenti occidentali portata generale, permettendo di riconoscere ai titolari dei diritti soggettivi una tutela risarcitoria anche a fronte dell'esercizio illegittimo delle funzioni pubbliche³.

² L'inquadramento del rimedio risarcitorio nell'ambito della più ampia tematica del controllo degli apparati pubblici ha consentito di riconoscere alla responsabilità dell'amministrazione funzioni ulteriori rispetto a quella riparatoria.

Per un verso, infatti, si è seguita una logica punitiva e la responsabilità delle istituzioni pubbliche è stata disciplinata in modo tale da evidenziare il biasimo nei confronti di coloro che, in nome e per conto dell'apparato pubblico, hanno agito illegittimamente pregiudicando un diritto del singolo.

Così, nel sistema inglese, il *tort of misfeasance in public office* dava tutela a coloro che si ritenevano pregiudicati dall'emanazione dolosa o intenzionale di un atto illegittimo e ingiusto da parte del titolare di un pubblico ufficio. La stessa logica può dirsi sottesa alla formulazione del § 839 BGB prima dell'avvento della Costituzione tedesca il cui art. 34 ha individuato nell'amministrazione l'unico soggetto passivo dell'obbligazione risarcitoria in caso di atti *iure imperii*. La funzione è quindi prevalentemente sanzionatoria ed è solo in parte mitigata dalla dimensione retributiva del danno subito.

Per altro verso, si può ritenere che la responsabilità dell'amministrazione contribuisca a legittimare l'operato di quest'ultima in termini ampi e generali. Si tratterebbe, infatti, di un istituto che consente di rendere conto *ex post* ai membri della collettività di riferimento delle conseguenze delle decisioni assunte per il perseguimento dell'interesse generale.

La responsabilità quale strumento di legittimazione dell'apparato amministrativo è stata riconosciuta in Francia già nell'ambito della teoria del *service public* secondo cui, nel diritto pubblico, la sanzione risarcitoria assume connotati oggettivi e consente di realizzare il senso di solidarietà sociale che trascende gli interessi particolari e regola la convivenza tra i consociati.

³ È proprio in nome dei fondamenti dello Stato di diritto che molti studiosi dell'epoca, anche appartenenti a differenti tradizioni giuridiche, iniziavano a contestare la teoria, prima dominante, dell'irresponsabilità del potere pubblico per i danni causati ai privati. Si trattava infatti di una tesi che trovava la propria giustificazione in una interpretazione della sovranità ormai superata e non più ammissibile. Il potere sovrano era limitato giuridicamente e gli atti dello Stato non potevano non essere soggetti al diritto

Di pari passo con l'individuazione ed evoluzione delle funzioni dell'illecito, il riconoscimento del principio di responsabilità dell'amministrazione ha comportato l'esigenza di definire il regime giuridico della fattispecie risarcitoria.

Nonostante quest'ultimo sia stato storicamente influenzato dalla impostazione civilistica, il paradigma privatistico ha posto inevitabili problemi di compatibilità con i principi e gli istituti di diritto amministrativo ricostruiti sulla base delle caratteristiche peculiari del fenomeno amministrativo e in via di progressivo consolidamento.

Rispetto a questo tema, che ha caratterizzato tutte le esperienze giuridiche nazionali considerate nell'indagine, sono emersi almeno due archetipi che influenzano il modo in cui l'illecito dell'amministrazione si è strutturato nei diversi ordinamenti.

Secondo un primo modello, la fattispecie risarcitoria è soggetta in via di principio alla disciplina di diritto privato comune, così come applicabile ad ogni altro soggetto dell'ordinamento che eserciti le sue prerogative per il perseguimento dei propri interessi.

In astratto, ciò può valere sia nel caso in cui l'illecito si fondi sulla previsione di una clausola generale, sia ove il sistema di responsabilità extracontrattuale risulti composto da un insieme di illeciti tipici, ognuno dei quali è regolato da differenti elementi costitutivi a protezione di particolari interessi lesi.

In questo caso, la risoluzione degli eventuali problemi di adattabilità tra fattispecie civilistica e disciplina pubblicistica spetta, in primo luogo e prevalentemente, alla giurisprudenza sulla base di un approccio casistico.

Rispetto a questo modello è paradigmatico il caso inglese, cui può aggiungersi anche quello italiano, se si considera che non esiste una fattispecie tipica per le ipotesi risarcitorie riconducibili all'attività amministrativa, sia essa materiale e/o provvedimentoale.

È infatti lo stesso art. 28 della Costituzione a disporre che la pubblica amministrazione e i suoi funzionari rispondono secondo il diritto civile ordinario.

e per questo sanzionabili se illegittimi. In questo senso si veda P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, II ed., 2003, 295-296.

L'analisi dell'esperienza inglese ha mostrato un dato significativo anche per il diritto domestico, se si pensa al lungo percorso per giungere all'affermazione della natura sostanziale dell'interesse legittimo e, quindi, alla sua equiparazione al diritto soggettivo anche dal punto di vista della tutela risarcitoria⁴.

Si nota, infatti, una certa difficoltà a interpretare le norme sull'azione e sulla funzione amministrativa come poste nell'interesse del singolo che pretende il loro rispetto e si lamenta dei danni che la loro inosservanza ha prodotto nella sua sfera giuridica.

Questo è risultato in maniera evidente con riferimento al *tort for breach of statutory duty*, rispetto al quale la giurisprudenza è ferma nel ritenere che a fronte di un *public law duty* il contesto normativo esclude venga in rilievo un *legal right* tutelabile dall'ordinamento civile.

Si badi che questo vale indipendentemente dalle modalità specifiche con cui si manifesta la funzione. Si consideri, infatti, che il privato si lamenta del fatto che l'amministrazione, omettendo di adempiere ad un dovere generale o specifico previsto dalla legge, è stata la causa determinata di una diminuzione o di un mancato incremento del suo patrimonio giuridico.

L'aspettativa del singolo può quindi dirigersi verso un qualsiasi *benefit* (bene, interesse, utilità) di cui l'amministrazione ha il potere di disporre anche attraverso attività di tipo materiale (i.e. la mancata o carente organizzazione di un servizio o di una prestazione di natura pubblica o sociale). Ovviamente, nel caso di atti autoritativi o *coercive*, le conseguenze della dottrina del c.d. «scopo della norma violata» sono maggiormente percepibili e escludono, a monte, la risarcibilità di ogni interesse che nel diritto italiano veniva un tempo ricostruito come un diritto condizionato⁵.

⁴ Sul punto da ultimo e in particolare A. GIUSTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, cit., *passim*.

⁵ Una delle più autorevoli ricostruzioni del diritto condizionato risale a A. AMORTH, *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 195 ss. e in particolare 201, ora anche in ID., *Scritti giuridici (1940-1948)*, vol. II, Milano, 1999, 533 ss.

Considerazioni analoghe valgono anche con riferimento alla *negligence*, e in particolare all'elemento del *duty of care*, che presuppone una relazione tra due parti fondata sul dovere/obbligo di protezione e attenzione.

Non stupisce quindi che anche l'ordinamento inglese si sia infine concentrato sull'implementazione di tecniche di tutela diverse e più simili a quelle sperimentate nel continente, ove si identifica un secondo modello di disciplina dell'illecito dell'amministrazione che individua una o più fattispecie di diritto speciale per adeguarsi alla specifica natura giuridica del rapporto tra soggetti pubblici e privati.

Ciò si verifica in particolare quando alla pubblica amministrazione è riconosciuta l'autorità di definire e perseguire interessi che trascendono quelli particolari delle parti coinvolte e che non possono, per questo, essere completamente ricondotti a logiche privatistiche e/o individualistiche.

In questo caso, lo schema proposto può ulteriormente articolarsi nel riconoscimento: i) di un illecito che sia del tutto soggetto alla disciplina pubblicistica, in modo tale che non contraddica, ma, anzi, attui ulteriormente i principi fondamentali cui questa si ispira; o ii) di una fattispecie regolata da norme civili speciali e in parte derogatorie rispetto a quelle generali.

Questa seconda opzione, in ambedue le sue declinazioni, si è rivelata di fatto quella maggiormente in grado di adattare i tratti fondamentali dell'azione amministrativa all'esigenza di una tutela effettiva degli interessi privati, evitando il perpetrarsi di aprioristiche aree di immunità.

A questo schema rispondono, pur nelle loro rispettive differenze, le esperienze francese e tedesca, nonostante quest'ultima presenti tratti del tutto peculiari, giacché la previsione degli illeciti speciali non esclude l'applicazione di quelli comuni ai pubblici agenti e all'amministrazione in via vicaria.

Come si ricorderà, il caso francese è sul punto piuttosto singolare in quanto sia la giurisprudenza che la dottrina giuspubblicistiche hanno ritenuto sin dall'inizio del '900 inconcepibile sul piano teorico l'applicabilità all'illecito dell'amministrazione della nozione di *faute* adottata dal regime civilistico di cui all'art. 1382 c.c.

Si riteneva, infatti, che la definizione di colpa⁶ sottesa alla fattispecie disciplinata dal *Code civil* avrebbe importato nella sfera del diritto amministrativo l'idea di una *obligation* preesistente tra le parti, che le avrebbe poste in posizione di parità e avrebbe gravato l'amministrazione dell'obbligo di rispettare norme di condotta precauzionali che rischiavano di configgere con i parametri di legittimità.

La soluzione elaborata dal giudice amministrativo è andata nel senso di considerare anti giuridiche e colpose tutte le condotte che potessero essere qualificate come illegittime sulla base del *droit administratif* sostanziale.

Il compromesso tra logiche pubbliciste e privatistiche è, invece, ben rappresentato dal sistema tedesco dell'illecito e in particolare dal requisito della "riferibilità del dovere (d'ufficio) al terzo" prescritto dal § 839 BGB per l'accertamento dell'*Amtshaftung*.

Nella sua accezione meno astratta, esso consente un esame piuttosto approfondito della fattispecie risarcitoria e della natura delle norme violate, riconoscendo la responsabilità della p.a. a fronte di quei danni che

⁶ In un certo senso si può ritenere che la *faute de service* si sia evoluta secondo linee direttrici del tutto peculiari che hanno consentito di giungere ad esiti piuttosto interessanti anche rispetto al diritto privato. La giurisprudenza amministrativa ha in particolare riletto alcuni presupposti della dottrina dell'illecito in chiave essenzialmente solidaristica e a questi avrebbe poi attinto anche la scienza civilistica per superare una giurisprudenza ancora ancorata all'idea volontaristica dell'illecito per cui l'individuo, decidendo di agire *contra jus*, si obbligava a subire e risarcire le conseguenze dell'illecito.

Proprio il forte legame tra responsabilità e solidarietà induceva, invece, gli esponenti del diritto pubblico, tra cui in particolare Duguit, a ritenere che lo schema della responsabilità oggettiva avrebbe potuto applicarsi anche ad alcune relazioni privatistiche che, tra Otto e Novecento, iniziavano progressivamente a contrapporre l'individuo alle organizzazioni industriali cui poteva essere imposto l'onere di prevenire gli eventuali rischi connessi allo svolgimento delle attività sempre più rilevanti nel nuovo ordine economico e sociale.

Per il dibattito in materia e per l'analisi puntuale dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di responsabilità civile connessa all'avvento della società industriale in Francia, si veda di M. SABBIONETI, *Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 2011, 397 ss.

siano la conseguenza diretta di un evento tipico che il rispetto del dovere e della funzione avrebbe consentito di prevedere e, quindi, di evitare.

Alcune considerazioni a parte devono essere svolte, infine, per l'ordinamento europeo.

Nel tempo, infatti, la giurisprudenza sovranazionale ha sviluppato un sistema di responsabilità extracontrattuale delle istituzioni e degli Stati membri i cui elementi costitutivi, pur se ispirati a principi ed istituti espressi dagli ordinamenti nazionali, presentano caratteri particolari in quanto funzionali alla realizzazione degli obiettivi tipici dell'Unione.

Pur coerente con la genesi e la natura dell'ordinamento sovranazionale, tale assetto ha nondimeno portato ad applicare alcuni presupposti dell'illecito senza quella tendenziale sistematicità che, a livello interno, è agevolata dal costante confronto con la più affinata tradizione civilistica in materia.

Accanto ad un uso non sempre consapevole degli elementi costitutivi dell'illecito, l'esperienza europea, attraverso in particolare il requisito della manifesta gravità della violazione commessa, dimostra chiaramente quello che è un tratto comune ed ineliminabile di ogni sistema di illecito della pubblica amministrazione.

Si vuole qui fare riferimento alla difficoltà di operare un giusto contemperamento tra l'interesse privato a veder riparato il proprio danno e l'interesse pubblico, che è precluso al giudice in tutti quei casi in cui l'amministrazione è dotata di discrezionalità⁷.

⁷ In questo senso B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, cit., 501 che cita al riguardo il passo tratto da K. SCHIEMANN, *The State's Liability in Damages for Administrative Action*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, 1548 ss.: "should the courts attempt to balance the interests of aggrieved claimants against the fact that potential liability will create a burden on resources and might adversely affect the manner in which the administration carries out its duties" oppure "should damages lie where they fall?".

2. *Gli elementi caratterizzanti l'illecito dell'amministrazione: i risultati dell'indagine comparata*

L'indagine comparata ha messo in evidenza alcuni problemi nella ricostruzione dell'illecito dell'amministrazione comuni ai diversi sistemi giuridici analizzati.

Molte questioni problematiche sono di ordine dogmatico e incidono sui criteri di individuazione, definizione e delimitazione dell'evento lesivo, dell'area dei danni risarcibili e della loro imputazione all'apparato pubblico.

Si tratta di profili indipendenti da logiche e ragioni di politica del diritto che possono, invece, determinare un'attitudine maggiormente deferente delle Corti nei confronti delle istituzioni amministrative e tale da far ritenere inopportuna e, spesso, controindicata l'imposizione di obbligazioni pecuniarie a fronte delle illegittimità riscontrate.

Come visto, un primo dato significativo riguarda la difficoltà di conciliare la disciplina dell'azione amministrativa, svolta in funzione del perseguimento dell'interesse generale, con le logiche precauzionali e cautelari che si pongono alla base di ogni sistema di responsabilità civile.

Talvolta la questione può essere negata in via di principio, in particolare quando alla sfera pubblica siano ancora riconosciuti tratti "eticici" che non permettono di ricondurre pienamente l'esercizio del potere al tecnicismo dei rapporti giuridici di diritto privato⁸. Un esempio significativo al riguardo è dato dall'ordinamento inglese con particolare riferimento agli illeciti di diritto comune.

In altri casi si cerca di individuare, tra gli scopi delle norme pubblicistiche rilevanti nel caso di specie, quelli che possono avere anche un contenuto protettivo dell'interesse individuale, come si è visto per il diritto tedesco che richiama in tal senso la teoria dello scopo della norma violata.

Infine, si può ritenere che illegittimità e illiceità coincidano sul piano astratto, accettando che sul piano pratico alcuni vizi, in particolare

⁸ Sul punto si rinvia ad un'opera fondamentale per l'inquadramento della dicotomia tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato, ovvero A. RAVÀ, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, in particolare 103.

quelli di natura formale, rendano più ardua la dimostrazione in concreto della risarcibilità della lesione dell'interesse privato colpito dalla condotta dell'amministrazione.

Esemplificativi di tale approccio sono sia l'ordinamento francese che quello europeo, nonostante quest'ultimo presenti dei tratti che lo accomunano anche al sistema tedesco in ragione del richiamo alla natura protettiva della norma violata.

In nessuna delle esperienze considerate sembra rilevante la qualifica in astratto della posizione giuridica fatta valere. Ciò che rileva sono piuttosto le norme violate e la natura più o meno discrezionale dell'attività svolta. La circostanza che il privato si lamenti di un diritto, di un interesse o di un affidamento non modifica il regime sostanziale o processuale dell'illecito.

Una volta riconosciuta la possibilità che una condotta illegittima dell'amministrazione possa essere anche illecita, si pongono almeno due fattori di complessità su cui occorre soffermarsi e che attengono rispettivamente: i) alle tecniche di imputazione causale dei danni subiti dal privato a seguito della condotta antiggiuridica dell'amministrazione; ii) al rapporto tra componente normativa e soggettiva nella definizione dell'elemento soggettivo.

2.1. L'imputazione causale dei danni conseguenti alla condotta antiggiuridica dell'amministrazione

Nella responsabilità civile i criteri di imputazione causale tendono a circoscrivere l'area dei danni risarcibili.

Nel caso in cui l'inosservanza di una norma pubblicistica sia sufficiente per ritenere illecita la condotta amministrativa⁹, l'onere della prova circa il nesso causale tra quest'ultima e i danni conseguenti tende a divenire particolarmente rigoroso e selettivo.

Il privato è infatti tenuto a dimostrare con un grado di probabilità vicino alla certezza che, in assenza del vizio riscontrato, avrebbe conservato o ottenuto il bene della vita pregiudicato.

⁹ Con il noto adagio «toute illégalité constitue par elle-même une faute». Sul punto numerosi esempi sono riportati da R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, cit., 212.

Per questo motivo diventa rilevante la natura formale o sostanziale dell'illegittimità che caratterizza il provvedimento lesivo: nel primo caso, infatti, è quasi inevitabile concludere che la lesione si sarebbe comunque verificata e che il contenuto pregiudizievole dell'atto non sarebbe venuto meno.

Se l'elemento dell'antigiuridicità viene invece ricostruito sulla base del criterio dello scopo della norma violata, l'accertamento della causalità giuridica tiene conto di diversi aspetti, tra cui il tipo di interesse leso, il contenuto della norma di riferimento e la natura delle perdite subite.

A questo proposito sono possibili due approcci.

Il primo è piuttosto schematico: una volta individuato l'interesse privato protetto dalla norma rimasta inosservata, si possono risarcire solo quei danni rappresentati dalla lesione del bene della vita cui l'interesse in parola si collega direttamente.

Il secondo, invece, presenta una struttura più articolata che permette di adattarlo maggiormente ai diversi casi concreti.

Lo scopo della norma violata non è più quello di proteggere singoli interessi tipicamente intesi, ma di evitare il verificarsi di determinate situazioni che possono rivelarsi dannose per una molteplicità di fattispecie giuridiche. I danni risarcibili diventano, allora, tutti quelli che secondo un criterio di normalità e ragionevolezza sono direttamente riconducibili all'evento che l'agente avrebbe potuto e dovuto prevedere e, di conseguenza, evitare.

Non si esclude in questo caso che a una amministrazione possa essere imputato il danno rappresentato dalla mancata conclusione di un contratto conseguente all'errata dichiarazione di edificabilità del fondo poi revocata a causa della contaminazione del terreno, accertata solo in un secondo momento¹⁰.

¹⁰ BGB, 6 luglio 1989, III ZR 251/87.

2.2. Alcune questioni problematiche relative alla risarcibilità degli interessi pretensivi e procedurali

Al di là delle differenti impostazioni prescelte, il tema della causalità porta a riflettere su alcuni problemi ricorrenti che riguardano nello specifico la risarcibilità di quegli interessi che, secondo la terminologia italiana, hanno natura rispettivamente pretensiva e procedimentale.

La responsabilità per i danni derivanti dalla mancata emanazione di un provvedimento favorevole può essere ricondotta, come in Francia, all'illecito omissivo, in quanto la condotta di cui il privato si lamenta consiste nel mancato compimento di una azione ritenuta dovuta e avente ad oggetto la soddisfazione di un bene atteso.

In questo modo, però, il nesso di causalità tra il danno e l'omissione sussiste solo ove si riesca a dimostrare con ragionevole certezza che l'interesse privato, rimasto insoddisfatto, sarebbe dovuto prevalere alla luce della fattispecie normativa di riferimento e tale accertamento è tanto più complesso e difficile da raggiungere, quanto più residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione procedente.

Nei sistemi ad illecito tipico, come quello tedesco o inglese, il riconoscimento della tutela in ipotesi di questo tipo incontra un doppio ostacolo.

In primo luogo, infatti, occorre dimostrare che la lesione ha avuto ad oggetto un interesse attuale a un'utilità futura che sarebbe spettata al privato; in secondo luogo, si pone la questione della autonoma risarcibilità dei c.d. danni meramente patrimoniali, che in questi casi identificano la pressoché totalità delle perdite subite.

Mentre in Inghilterra la tutela è negata quando il pregiudizio è dato dal mancato riconoscimento di un bene della vita e i danni coincidono con i mancati guadagni che quel bene avrebbe garantito, in Germania il privato è chiamato a fornire la prova che l'utilità gli era effettivamente dovuta e che il danno puramente economico è la conseguenza diretta della mancata soddisfazione di un interesse che gli era assicurato dall'ordinamento.

Tuttavia, anche in quest'ultimo caso il danneggiato può incorrere nella difficoltà di predire l'esito di un'attività discrezionale, seppure illegittima.

Quanto alla risarcibilità degli interessi procedurali, si può procedere per ipotesi, dal momento che il numero delle decisioni giurisprudenziali in tema risulta piuttosto esiguo.

Dove domina la teoria dello scopo della norma violata, si tende a escludere che gli adempimenti procedurali siano interpretabili come posti nell'interesse del singolo rispetto a beni della vita diversi da quello principale inciso dagli effetti dell'atto illegittimo.

Il rischio è quello di non distinguere compiutamente le violazioni meramente formali da quelle che consentono, per esempio, la partecipazione degli interessati anche se queste ultime potrebbero rientrare nei vizi sostanziali dell'atto in qualità di presupposti discrezionali della decisione.

Anche quando l'illecito presenta una struttura maggiormente elastica sul piano del rapporto tra illegittimità e anti giuridicità, si deve ritenere che l'inosservanza di una norma procedimentale non porti di per sé a considerare ingiusta la lesione se questa riguarda il bene della vita di cui l'amministrazione può disporre attraverso il provvedimento che potrebbe essere del tutto legittimo sul piano sostanziale.

Tuttavia, tale conclusione non impedisce che la violazione commessa sia stata la causa di perdite ulteriori, comunque meritevoli di essere tutelate in sede risarcitoria, nonostante siano diverse da quelle relative all'utilità finale.

Si pensi al caso descritto nel capitolo dedicato all'ordinamento europeo in cui, nell'ambito di un procedimento di verifica della compatibilità di un'operazione di concentrazione con il mercato interno, la Commissione non aveva dato la possibilità a una delle imprese coinvolte di partecipare pienamente all'istruttoria, a causa di una comunicazione carente e lacunosa degli addebiti.

Nel giudizio risarcitorio, la violazione del contraddittorio è stata ritenuta sufficientemente grave e manifesta, ma i danni a essa riconducibili si sono limitati a quelli derivanti dalla lesione dell'interesse negativo, vale a dire le spese necessarie per garantire un nuovo esercizio del diritto di difesa.

È quindi evidente che si tratta di casi residuali che vanno nondimeno distinti da quelli in cui la lesione avvenga sì nell'ambito del procedimento, ma non sia determinata dalla violazione di norme procedimenta-

li, bensì dall'inosservanza di regole generali di correttezza o buona fede oggettiva che possono dare luogo a fattispecie illecite autonomamente rilevanti.

È il caso per esempio dei pregiudizi conseguenti alla lesione dell'affidamento generato da informazioni o dichiarazioni errate fornite dai funzionari amministrativi con trascuratezza e negligenza particolarmente gravi¹¹.

2.3. *La misura oggettiva e soggettiva della colpa dell'amministrazione*

Negli ordinamenti considerati, l'elemento soggettivo e, in particolare il requisito della colpa dell'amministrazione intesa come apparato, pongono l'esigenza di mitigare la componente normativa, che è predominante nell'illecito conseguente all'emanazione di atti illegittimi, con una dimensione che sia invece maggiormente "soggettiva".

Tale necessità si traduce non tanto nella considerazione dell'atteggiamento psicologico dei titolari degli organi o degli agenti amministrativi, quanto piuttosto in un giudizio sulla esigibilità di un comportamento alternativo e conforme alla norma violata che va valutata in virtù delle circostanze del caso concreto.

Il modo più efficace per far fronte a questa valutazione pare essere quello espresso dal diritto europeo dove, proprio con riferimento alla responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto sovranazionale, la Corte di giustizia ha affermato che

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 grave¹².

¹¹ Si tratta di ipotesi che, si ricorderà, possono essere ricondotte ad un illecito specifico, come nel caso del § 826 BGB, e che impongono di attribuire la responsabilità agli agenti in via diretta e all'amministrazione in via vicaria.

¹² Così CGCE, 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, punto 78 della motivazione. Anche a livello nazionale la violazione grave e manifesta rimane l'unico parametro di riferimento.

Criteri analoghi a quello delineato a livello di Unione europea possono essere rinvenuti anche nei sistemi nazionali, sia sul piano giurisprudenziale che dottrinale¹³.

Nel diritto tedesco, in particolare, le Corti hanno sviluppato un approccio che tende a considerare con rigore la scusabilità della condotta e ad escludere la colpa (*Verschulden*) solo quando non vi siano elementi tali da permettere di apprezzare *ex ante* l'illegittimità dell'atto o della azione.

Nel diritto inglese considerazioni analoghe sono state invocate¹⁴ con specifico riferimento alla fattispecie di cui alla s. 8 dello HRA, mentre nel diritto francese, pur caratterizzato da una dimensione fortemente oggettiva della *faute*, parte della dottrina ha ricostruito una sorta di nesso causale tra illegittimità e colpa sul modello delle presunzioni "forti".

Tale assetto permetterebbe al giudice di accertare eventuali cause di giustificazione o il concorso colposo del danneggiato o di un terzo nella produzione dell'illecito¹⁵.

L'aspetto centrale del criterio in parola è dato da un giudizio controfattuale che impone di accertare se il rispetto della norma violata avrebbe evitato l'evento dannoso, in quanto prevedibile.

Tale giudizio deve essere svolto non in astratto, ma in concreto mediante la verifica puntuale delle circostanze del caso specifico e della loro attitudine a dimostrare la scusabilità del comportamento non conforme a diritto.

Si spiega così l'individuazione di elementi sintomatici che hanno assunto una progressiva rilevanza anche a livello interno, tra cui in particolare la complessità della situazione da disciplinare, la chiarezza delle disposizioni applicabili, lo stato della giurisprudenza e la condotta complessiva degli interessati¹⁶.

¹³ Per una esaustiva analisi comparata in tema di colpa dell'amministrazione e responsabilità da attività provvedimentale si veda S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, in particolare 91-107.

¹⁴ Sir R. CARNWALTH, *Welfare Services - Liabilities in Tort after the Human Rights Act*, cit., 210.

¹⁵ In questo senso M. DEGUERGE, *op. cit.*, in particolare 161-162.

¹⁶ Infine, come è stato correttamente evidenziato in dottrina, solo l'analisi puntuale delle circostanze di fatto permetterebbe di identificare quelle fattispecie in cui il requisi-

3. I profili processuali dell'illecito dell'amministrazione e in particolare il rapporto tra rimedi

La questione dal rapporto tra rimedi pubblicistici e rimedio risarcitorio nei confronti della pubblica amministrazione ha da tempo interessato la dottrina, che lo ha indagato anche attraverso l'applicazione del metodo comparato.

In assenza di una soluzione comune ai diversi ordinamenti, la dottrina più attenta non ha potuto che procedere per archetipi, individuandone essenzialmente tre.

Il primo modello è stato definito della *rilevanza*, in quanto l'esperimento della tutela costitutiva inciderebbe sul grado di corresponsabilità del soggetto danneggiato, che avrebbe potuto evitare il danno (o il suo aggravamento) mediante il ricorso tempestivo all'azione specifica di annullamento dell'atto.

Il secondo è quello della *pregiudizialità*, che imporrebbe la priorità del rimedio pubblicistico rispetto a quello privatistico, cosicché la tutela risarcitoria verrebbe ammessa solo se l'atto sia già stato annullato reintegrando un assetto legittimo degli interessi in gioco.

Il terzo presupporrebbe, infine, l'indipendenza o la reciproca indifferenza tra le azioni¹⁷.

L'analisi svolta nei capitoli precedenti conferma questo approccio e, anzi, ne arricchisce il sostrato argomentativo attraverso un'ulteriore chiave di lettura che tiene conto, nei diversi ordinamenti, di alcune va-

to della colpa ha origine da condotte illecite e intenzionali imputabili al solo dipendente e di cui la pubblica amministrazione dovrebbe rispondere, non direttamente, ma a titolo di responsabilità vicaria. Così S. CIMINO, *op. cit.*, 17.

¹⁷ In questo senso G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 241 ss. che sottolinea come il modello fondato sulla "completa indipendenza" o "reciproca indifferenza" delle due azioni, apparentemente residuale alla luce delle maggiori indagini di diritto comparato, meriterebbe più approfondite indagini. In tema si vedano anche F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, cit., 3 ss. e 208 ss.; D. DE PRETIS, *Pregiudizialità o concorrenzialità fra azione di annullamento e tutela risarcitoria?*, in *Riv. trim. servizi pubbl.*, 2002, 159 ss., e D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di «interessi legittimi»*, *comparando*, cit., 227 ss.

riabili fondamentali tra cui, in particolare, la tassonomia dei rimedi e la natura, secondaria o primaria, dell'illecito aquiliano.

Più, infatti, un sistema giuridico tende a considerare l'apparato rimediario in funzione della idoneità dei mezzi di tutela ad attuare gli interessi lesi, più sarà portato a riconoscere, per la garanzia di una data situazione giuridica, la prevalenza dei rimedi specifici – con efficacia essenzialmente restitutoria o di adempimento – rispetto a quello risarcitorio per equivalente.

Emblematico è a tal proposito il sistema tedesco, dove il principio della *Primärrechtsschutz* viene invero temperato da quello di diligenza e buona fede (*Treu und Glauben*), che esclude una rigida pregiudizialità tra le azioni solo quando l'impugnazione del provvedimento sia troppo onerosa per l'interessato, le prospettive di accoglimento del ricorso non possano essere valutate con facilità o, ancora, quando il danneggiato abbia omesso in buona fede di contestare una condizione di illegittimità dell'azione che, data la complessità della fattispecie, non era facilmente percepibile e identificabile.

Questa impostazione è chiaramente in linea con il riconoscimento della natura secondaria dell'illecito e con una sua configurazione tendenzialmente tipizzata, per cui il risarcimento del danno si pone quale rimedio diretto a completare la tutela di interessi e valori previamente qualificati da parte dell'ordinamento giuridico attraverso forme di protezione specifica.

In questo senso, nel paradigma appena delineato, si potrebbe ricomprendere anche la soluzione ricostruibile alla luce dell'esperienza inglese che, tuttavia, tende a predicare una vera e propria *esclusività*¹⁸ dei rimedi specifici di *judicial review*, in particolare quando la risarcibilità dei c.d. *public law rights* sarebbe comunque preclusa sul piano del diritto sostanziale e rispetto ai quali, quindi, la tutela pubblicistica resterebbe l'unica possibile.

Nel modello della *rilevanza* appena descritto, la tutela risarcitoria può poi assumere un carattere tanto sussidiario/alternativo, quanto complementare.

¹⁸ In argomento si v. C.F. FORSYTH, *Beyond O'Reilly v. Mackman: The Foundations and Nature of Procedural Exclusivity*, in *Cambridge Law Journal*, 1985, 415 ss.

Secondo la prima prospettiva, sottesa per esempio ad alcune decisioni del giudice europeo¹⁹, il risarcimento diviene uno strumento di tutela adeguato quando il rimedio specifico non è più concretamente possibile, mentre nella seconda ipotesi, più comune e ricorrente nelle esperienze nazionali, la tutela per equivalente contribuisce a realizzare la reintegrazione piena della posizione giuridica lesa, che deve comprendere la complessiva compensazione del danno arrecato al titolare dell'interesse leso.

Se la maggior parte dei paesi considerati rispondono allo schema della *rilevanza*, il sistema francese pare isolato nel proclamare l'indipendenza del giudizio annullatorio rispetto a quello risarcitorio.

Tale principio può essere spiegato in virtù della concezione primaria dell'illecito aquiliano che domina il sistema francese e che riconosce alla responsabilità funzioni non solamente compensative, ma anche redistributive e solidaristiche.

Più in generale, proprio la concezione squisitamente pubblicistica dell'elemento della *faute* ha permesso una interpretazione oggettiva²⁰

¹⁹ Questa tendenza pare verificarsi soprattutto con riferimento alle ipotesi di c.d. responsabilità "concorrente" tra istituzioni europee e nazionali. Come si ricorderà, sin dagli anni '60 del secolo scorso alcuni problemi di tutela si sono posti per quanto riguarda i casi di amministrazione indiretta in cui un'amministrazione nazionale avesse attuato legittimamente un atto sovranazionale illegittimo, ledendo così ingiustamente un interesse del singolo. Trattandosi di ipotesi in cui gli atti europei generali e astratti hanno avuto esecuzione a livello nazionale, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile il principio del previo esperimento dei mezzi di tutela nazionale. Per questo nel caso *Kampffmeyer e a.* del 1967, a fronte di somme indebitamente versate alle autorità nazionali in virtù di una condotta illegittima della Commissione, per agire nei confronti dell'istituzione sovranazionale, il giudice europeo ha invitato le imprese ricorrenti «a dimostrare di aver esaurito tutti i possibili mezzi di tutela amministrativi e giurisdizionali previsti dal diritto interno, onde ottenere il rimborso degli importi indebitamente pagati. Solo dopo che sia stata fornita tale prova si potrà stabilire se sussista un pregiudizio che la Comunità debba eventualmente risarcire». Tale approccio è stato ulteriormente articolato dalla sentenza *Unifrex* del 1984 dove si è precisato che il danneggiato può rivolgersi direttamente agli organi di giustizia europei se dimostra che le azioni previste dal diritto nazionale non potrebbero garantire una tutela efficace.

²⁰ G. SOULIER, *Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (R.D.P.), 1969, 1072, sottolinea come la duttilità della nozione di *faute* ha

dell'illecito che può essere ritenuto quasi una conseguenza ulteriore dell'illegittimità di diritto pubblico.

In questa prospettiva, la meritevolezza di tutela risarcitoria degli interessi non è cristallizzata a monte, ma può emergere in concreto anche (solo) nel giudizio di responsabilità che si qualifica perciò come strumento di tutela a spettro generale.

L'ordinamento riconosce al privato la facoltà di dedurre in sede risarcitoria la lesione di molteplici interessi, siano essi di natura oppositiva, pretensiva, procedimentale o legati all'affidamento generato da comportamenti illegittimi e scorretti dell'amministrazione.

Parimenti libera deve quindi essere anche la deduzione dei fatti costitutivi della pretesa risarcitoria rispetto ai vizi di illegittimità dell'azione rilevanti nell'eventuale giudizio *pour excès de pouvoir*, di modo che al danneggiato non possa essere, per esempio, preclusa la deduzione di motivi ulteriori rispetto a quelli eventualmente individuati in sede di annullamento dell'atto.

Tanto nella logica della rilevanza quanto in quella dell'indipendenza ciò che pare escludersi è un'assoluta pregiudizialità tra le azioni²¹.

Una delle poche eccezioni si può rinvenire nel diritto europeo e, in parte, anche nell'esperienza francese²²: essa si riferisce ai casi in cui la decisione sul diritto al risarcimento dipenda dalla risoluzione di una questione (per questo pregiudiziale) circa la titolarità giuridica dell'interesse leso che, a propria volta, può essere risolta solo a seguito della contestazione e dell'annullamento degli effetti costitutivi di un provvedimento.

Se, come nella decisione della Corte di giustizia sul caso *Plaumann* del 1963, l'atto contestato ha comportato un esborso di denaro da parte

permesso al *Conseil d'État* «de tout transformer sans rien changer en apparence». Ancora F. LLORENS-FRAYSSE, *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, in *Droits*, 1987, 66-67, ha richiamato la naturale «polymorphie» della nozione di *faute de service*. In tema cfr. anche G. DARCY, *La responsabilité de l'administration*, Paris, 1996 in particolare 88.

²¹ Per il diritto tedesco si ricordi la nota decisione *Naßauskiesung* resa dal Tribunale costituzionale tedesco nel 1981.

²² In questo senso A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit., 86.

del privato e quest'ultimo, con la condanna al risarcimento, chiede la restituzione di quanto ingiustamente versato, la fondatezza della sua domanda dipenderà dalla natura indebita dell'originario pagamento.

Per compiere tale accertamento occorrerà demolire retroattivamente la ragione giuridica sulla base del quale esso è avvenuto, vale a dire l'atto dell'amministrazione divenuto però definitivo perché non impugnato.

Alla stessa conclusione si potrebbe, quindi, pervenire ogniqualvolta il provvedimento rappresenti il titolo che ha legittimato la circolazione o il trasferimento di un bene e l'azione risarcitoria imponga logicamente e pregiudizialmente di dimostrare la sua insussistenza, mascherando in un certo senso il perseguimento di un fine essenzialmente restitutorio.

CAPITOLO VII

L'ILLECITO DELL'AMMINISTRAZIONE IN ITALIA

LA PROLIFERAZIONE DELLE FATTISPECIE RISARCITORIE E IL LORO INQUADRAMENTO SISTEMATICO

SOMMARIO: 1. La responsabilità dell'amministrazione nel sistema italiano: la rilevanza del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato e la sua crescente complessità nel rapporto tra amministrazione e cittadino. 2. La proliferazione delle fattispecie dannose e delle situazioni giuridiche risarcibili: considerazioni critiche preliminari. 2.1. L'individuazione in via pretoria della responsabilità da affidamento incolpevole e le sue ripercussioni nella individuazione degli illeciti dell'amministrazione. 3. La tutela risarcitoria dell'affidamento incolpevole nei confronti della pubblica amministrazione: la posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a partire dalle ordinanze del 2011. 3.1. L'avvio del dibattito dottrinale e giurisprudenziale. 3.2. Il consolidamento della posizione espressa nel 2011 e il suo recepimento da parte del giudice amministrativo. 4. Considerazioni critiche sulla risarcibilità dell'affidamento come fattispecie illecita autonoma. 4.1. La tutela risarcitoria dell'affidamento incolpevole riposto dal beneficiario dell'atto sulla stabilità degli effetti del provvedimento favorevole. 4.2. La tutela dell'affidamento alla corretta gestione del procedimento amministrativo. 4.3. Il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione degli interessi procedurali e il rapporto amministrativo complesso. 4.4. Lesione dell'affidamento e tutela risarcitoria del singolo di fronte al giudice ordinario. 4.5. La lesione dell'affidamento a seguito di informazioni o dichiarazioni false ed erronee: alcune suggestioni dall'analisi comparata.

1. La responsabilità dell'amministrazione nel sistema italiano: la rilevanza del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato e la sua crescente complessità nel rapporto tra amministrazione e cittadino

Nell'ordinamento italiano, la piena affermazione della responsabilità delle pubbliche amministrazioni anche in caso di lesione degli interessi legittimi ha reso nuovamente attuale la questione del rapporto tra diritto privato, o comune, e diritto pubblico, o speciale, nella disciplina dell'illecito e più in generale dell'azione dell'amministrazione.

Si tratta, invero, di un tema classico della scienza giuridica pubblicistica¹ e privatistica², considerato che la dicotomia tra norme di diritto

¹ Come è noto, già a cavallo tra il XIX e il XX secolo gli sforzi della dottrina si sono concentrati sulla esigenza di riconoscere un giudice agli interessi privati incisi dal potere amministrativo, ma esclusi dalla tutela affidata alle Corti ordinarie secondo il dettato della legge abolitiva del contenzioso amministrativo. Questo intento ha imposto di assegnare al giudice amministrativo gli elementi fondamentali di qualsivoglia giurisdizione, vale a dire un interesse leso da tutelare nei limiti della particolare natura giuridica dei soggetti coinvolti e, parallelamente, un diritto oggettivo violato e da riaffermare a fronte della lesione.

Nel celebre saggio dedicato alla competenza della IV sezione del Consiglio di Stato, O. Ranelletti poneva le basi per il ripensamento delle categorie ordinanti fino ad allora dominanti, le quali negavano che una tutela giurisdizionale (di fronte al giudice unico) potesse darsi in relazione alla violazione di norme di amministrazione prive dello scopo di garantire interessi dei singoli, giuridicamente rilevanti (O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892, ora in *Scritti giuridici scelti*, II, La giustizia amministrativa, Napoli, 1992, 3 ss., in particolare 54). Nell'intento di definire il criterio di riparto tra giudice amministrativo e ordinario, Ranelletti fondava la giuridicità degli interessi di cui all'art. 24 del r.d. 2 giugno 1889, n. 6166 nelle fonti di diritto sostanziale che prevedevano il potere della pubblica amministrazione di apprezzare le aspettative e gli interessi dei singoli al fine di attuare nel modo più opportuno e adeguato il bene pubblico (65-66). Di qui si individuavano gli *interessi così connessi con l'interesse generale* che potevano esistere nella misura in cui quest'ultimo lo permettesse ed essere tutelati in via subordinata alla prioritaria valutazione del bene pubblico (68). Nello stesso arco temporale, V.E. Orlando affermava che, in uno "Stato progredito", la tutela nei confronti dell'amministrazione doveva consistere in un insieme di rimedi che rispondessero alla violazione delle forme e dei limiti imposti dal diritto pubblico (oggettivo) in modo che «se si risale [...] al fine proprio della pubblica amministrazione, si troverà in essa un vero *obbligo giuridico* di curare gli interessi dei singoli pur accordandoli con il bene della comunità» (V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 346 (n. 602)).

La relazione tra interesse legittimo e diritto pubblico trovava poi compiuta espressione nell'opera di Santi Romano, il quale ha affrontato il tema nella prospettiva più complessa dei rapporti giuridici di diritto amministrativo, configurabili ogniqualvolta lo Stato o altri enti pubblici venissero in contatto con soggetti privati, parimenti titolari di situazioni giuridiche soggettive (S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, 40 (n. 27)). In questo senso la nozione di *pubblico potere* si caratterizzava per essere una particolare capacità giuridica cui poteva affiancarsi una condizione di *dovere*, soprattutto quando avesse natura *discrezionale* (41 (n. 29)). Agli interessi legittimi privati andava riconosciuta una *protezione indiretta* rispetto al diritto soggettivo, in quanto la volontà individuale non poteva pretendere il soddisfacimento

pubblico e norme di diritto privato è risultata nel tempo funzionale al riparto di giurisdizione e allo sviluppo di una peculiare dogmatica delle situazioni giuridiche soggettive del privato di fronte all'esercizio del

del proprio interesse, ma il rispetto del dovere che imponeva all'autorità di considerarlo e di soddisfarlo se, quando e nella misura in cui ciò fosse opportuno rispetto al fine pubblico.

² In tema F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 531 ripercorre il dibattito, sorto già nel XIX secolo, in merito alla disciplina della responsabilità civile della pubblica amministrazione e ne inquadra le ricadute alla luce dell'auspicio di un diritto amministrativo paritario espresso da F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, 3223 ss. Quest'ultimo insegnamento non implicava, invero, l'applicazione *tout court* del diritto privato ai rapporti pubblicistici, ma una loro rilettura in chiave essenzialmente funzionalistica per la determinazione dell'interesse pubblico in concreto, la quale potesse così beneficiare del confronto e della rilevanza degli interessi secondo un criterio procedimentale e/o processuale (così anche G. BERTI, *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004, 97).

Riflessioni analoghe sono state elaborate in noti e autorevoli studi di diritto privato che, partendo dalla struttura peculiare dell'*interesse legittimo* quale figura di teoria generale e «situazione sostanziale di vantaggio [...] volta al conseguimento, sul piano sostanziale, di un risultato favorevole consistente [...] nella conservazione o nella modificazione [...] di una data realtà giuridica», ne hanno fatto applicazione ai rapporti privatistici, in parte riletti alla luce del quadro costituzionale e dei principi da questo posti, primo fra tutti il principio di solidarietà (sul punto cfr. in particolare L. BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 529). Diversa, invece, l'impostazione di Carlo Castronovo che in diversi scritti ha ribadito la necessità di una *civilizzazione* della pubblica amministrazione intendendo con questa espressione l'esigenza insita nell'ordinamento di dare «anche alla p.a. una collocazione precisa in un diritto civile inteso come diritto comune». Si darebbe così forma giuridica compiuta ai rapporti tra autorità e cittadini anche a fronte dell'esercizio di poteri impositivi espressione di una posizione di supremazia della prima rispetto ai secondi (così in C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 637 ss. e già in ID., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss. e ID., *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 691 ss.).

potere sintetizzata dall'individuazione dell'interesse legittimo come figura unitaria e onnicomprensiva³.

Tuttavia, analogamente a quanto è avvenuto nei maggiori sistemi giuridici occidentali, l'eshaustività di tale quadro ordinante è venuta progressivamente meno.

Non a caso, autorevole dottrina ha evidenziato che anche l'operato dei pubblici poteri va assoggettato ai principi generali dell'ordinamento, che «trovano espressione ed elaborazione soprattutto nel diritto privato, ma [...] non possono non valere per tutti i soggetti dell'ordinamento medesimo, compresi quelli pubblici»⁴.

Proprio con riferimento al regime della responsabilità civile dell'amministrazione questa affermazione troverebbe una conferma nell'art. 28

³ Sul punto si veda da ultimo F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, 393. Sul piano delle posizioni giuridiche soggettive, a partire dalla Costituzione repubblicana si è accentuata la concezione sostanziale dell'interesse legittimo come posizione di vantaggio, pur sempre garantita mediante l'osservanza delle modalità e dei presupposti necessari per il legittimo esercizio del potere (sul punto A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 71).

Tale evoluzione troverà compimento con il riconoscimento e la valorizzazione della dimensione procedimentale dell'interesse legittimo, che consente al suo titolare di prendere parte al farsi dell'atto, dato che l'oggetto peculiare della posizione giuridica è «il provvedimento amministrativo; o, forse meglio, l'assetto di interessi che il provvedimento realizza» (F.G. COCA, *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1988, 10).

La crescente attenzione rivolta alle dinamiche partecipative e collaborative ha portato a ritenere che gli interessi dei privati coinvolti siano una componente essenziale dello stesso interesse pubblico che l'amministrazione deve realizzare in concreto. Per questo l'azione amministrativa risponde al principio di legalità, tanto più se si dimostra idonea ad operare una corretta sintesi degli interessi coinvolti che, nonostante siano ricondotti alla categoria unitaria dell'interesse legittimo, non possono essere omologati in quanto dimostrano «molteplici e multiformi esigenze di protezione» (in questo senso A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, 966 ss.).

⁴ In questo senso A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Parte Generale, Bologna, 2005, 145 ss. e in particolare 165.

della Costituzione, per cui l'illecito degli apparati pubblici e dei loro funzionari andrebbe regolato secondo le leggi civili⁵.

La posizione dottrinale espressa ha invero una portata ben più sottile e acuta: lungi dall'affermare l'applicazione automatica delle norme privatistiche allo svolgimento delle attività autoritative, essa riconosce che anche in queste circostanze l'amministrazione è tenuta all'osservanza di principi, regole e clausole di comportamento generali, che dovranno adattarsi alla particolare natura delle funzioni svolte, seguendo una logica sistematica che tenga conto dello statuto giuridico complessivo dell'amministrazione e dei poteri che l'ordinamento di volta in volta le riconosce.

In quest'ottica, le norme pubblicistiche finiscono per rappresentare solo una parte della disciplina applicabile al fenomeno amministrativo, in un contesto ordinamentale più articolato in cui l'interprete è tenuto a valutare la compatibilità dei principi generali e comuni con alcuni presupposti dogmatici tradizionali propri della disciplina speciale.

Nella materia della responsabilità civile questi processi evolutivi sono emersi ormai con chiarezza e portano ad interrogarsi su diversi profili problematici di rilievo tra cui, in particolare, la potenziale proliferazione delle situazioni giuridiche risarcibili e il conseguente inquadramento problematico delle diverse fattispecie risarcitorie sul piano sostanziale e processuale.

⁵ Sul punto si vedano i riferimenti bibliografici contenuti nel Capitolo I, nt. 2. Come si è spesso ricordato, l'enunciato costituzionale ha rappresentato l'espressione di un principio diverso rispetto a quello che regolava e dominava fino ad allora la materia. Così M. BENVENUTI, *Art. 28*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 580 ss. Rispetto all'inquadramento della responsabilità civile della pubblica amministrazione, uno dei temi ricorrenti è da sempre quello della applicabilità o meno all'illecito dell'amministrazione delle norme di diritto privato sostanziale riconoscendo loro, in questo modo, portata generale.

In termini, dal punto di vista metodologico, non può che apparire lungimirante la prospettiva inaugurata da Federico Cammeo che, nel celebre *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910, 7, riconosceva al diritto pubblico e al diritto privato un comune impianto formale, che consentiva di ricostruire il rapporto giuridico di diritto pubblico alla luce di istituti già sperimentati nel diritto privato, una volta che ne fosse individuata la struttura essenziale e verificata la compatibilità con le particolari finalità assegnate al potere pubblico.

A questi temi sono dedicati i successivi paragrafi in cui i risultati dell'indagine comparata verranno di volta in volta richiamati per inquadrare alcune delle questioni domestiche e per sostenere gli argomenti adottati per tentare una loro composizione logica e sistematica.

2. La proliferazione delle fattispecie dannose e delle situazioni giuridiche risarcibili: considerazioni critiche preliminari

La prassi applicativa più recente dimostra che il novero delle fattispecie illecite conseguenti ad una condotta procedimentale o provvedimento dell'amministrazione è potenzialmente molto variegato: ai casi di responsabilità per lesione dell'interesse (legittimo) finale, se ne affiancano altri ove il privato lamenta la violazione di particolari norme sull'attività o di regole di condotta, così come pregiudizi che sono solo in parte connessi a quello principale in quanto strumentali o legati solo occasionalmente alla vicenda amministrativa in cui il primo si colloca.

La tendenza alla proliferazione delle fattispecie dannose e delle situazioni giuridiche risarcibili è dovuta soprattutto all'opera delle Corti ordinarie.

Si tratta invero di un fenomeno piuttosto singolare se paragonato a quanto avviene in altre esperienze giuridiche.

Mentre in Francia, così come nel sistema europeo, i diversi pregiudizi riconducibili ad un'azione amministrativa scorretta o illegittima rientrano agevolmente nell'ambito di fattispecie illecite sostanzialmente atipiche e dominate dall'antigiuridicità della condotta più che dalla astratta qualificazione giuridica della situazione lesa, in Germania o in Inghilterra ogni ipotesi dannosa deve essere ricostruita alla luce del principio di tipicità, che non consente una analoga "operazione creativa" in via pretoria e che⁶ risulta mitigato dalla formulazione del § 839 BGB, sul punto più ampia rispetto all'*Enumerationsprinzip* di cui al § 823 BGB.

⁶ Sul punto, anche in comparazione con il sistema italiano, si veda la precisa ricostruzione di M. CARRÀ, *op. cit.*, in particolare 52-56.

La peculiarità nazionale può forse trovare una spiegazione in ragioni contingenti: da un lato, si conferma la tradizionale resistenza di giurisprudenza e dottrina ad accogliere la natura atipica del sistema di responsabilità civile⁷ mentre, dall'altro, la questione della natura dell'interesse leso è utilizzata per definire il riparto di giurisdizione e attribuire la controversia all'uno piuttosto che all'altro ordine giurisdizionale.

È altresì necessario osservare che l'attivismo del giudice ordinario si confronta con una certa inclinazione del giudice amministrativo a interpretare restrittivamente il combinato disposto degli artt. 7 e 30 del CPA e a non cogliere appieno le potenzialità insite nella disciplina sull'azione risarcitoria ivi contenuta.

Anche a seguito della decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011, si è ritenuta ormai completata la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto⁸.

Questo risultato ha finito tuttavia per accentuare una concezione finalistica dell'interesse legittimo⁹ ai fini del giudizio risarcitorio, dove la

⁷ Sul punto cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1970, 96-97.

⁸ Il tema è noto e dibattuto. Il Consiglio di Stato in adunanza plenaria con le decisioni 23 marzo 2011, n. 3 e 29 luglio 2011, n. 15 ha precisato che questa evoluzione nella natura del processo amministrativo trova un limite nella insostituibilità delle valutazioni e attività discrezionali che sono riservate all'amministrazione. In dottrina, con riferimento al giudizio amministrativo inteso come giudizio sul rapporto, è imprescindibile il riferimento a G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 109 ss.; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 563 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.

⁹ In tal senso per tutti G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 609, il quale richiama alcuni passaggi contenuti nell'Adunanza plenaria, in cui si afferma che il giudizio di fronte al giudice amministrativo è diretto ad accertare «la fondatezza della pretesa sostanziale» dedotta in giudizio. Ciò confermerebbe «la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo» e «la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva» (punto 3.1 della motivazione).

Questa posizione è contraddetta da F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 420 (nt. 43), in cui, a sostegno della tesi della natura strumentale dell'interesse legittimo, le medesime argomentazioni contenute nella decisione del marzo 2011 ven-

meritevolezza di tutela risarcitoria dipende essenzialmente dalla dimostrazione della spettanza del bene della vita materiale¹⁰.

Basti pensare, sul punto, al danno da ritardo o da inerzia.

La lettera dell'art. 2 *bis* della legge n. 241 del 1990 introduce un'ipotesi risarcitoria specifica in cui il risarcimento dovrebbe essere connesso alla mera inosservanza del termine di conclusione del procedimento e indipendentemente dal contenuto, favorevole o meno, del provvedimento finale.

Nonostante ciò, la giurisprudenza maggioritaria è oggi ferma nel ritenere che non possa essere riconosciuta una responsabilità dell'amministrazione per il ritardo nella conclusione della sequenza procedimentale a prescindere dalla prova e dall'accertamento della spettanza del bene della vita¹¹.

gono interpretate in maniera diversa. In particolare, il Consiglio di Stato conferma che l'interesse legittimo è una posizione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico e che quindi giustifica l'attribuzione di facoltà al fine di poter influire sullo svolgimento della funzione. Il bene della vita andrebbe, quindi, correttamente inteso non come l'oggetto dell'interesse legittimo, ma come la ragione per il riconoscimento di quest'ultimo al privato.

¹⁰ Seguendo la tesi della natura strumentale dell'interesse sarebbe più agevole sostenere anche la risarcibilità della lesione delle facoltà partecipative, rispetto alla quale pare non opporsi la lettera dell'art. 30 CPA. Tali tipologie di danni non sono riferibili ai beni della vita tolti o non attribuiti dal provvedimento. Così F.G. SCOCA, *op. cit.*, 425-426. Sul punto anche M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo sfavorevole*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 704 ss. critica l'atteggiamento di parte della giurisprudenza amministrativa che limita la tutela risarcitoria esperibile di fronte al giudice amministrativo ai casi di lesione degli interessi legittimi finali a risultato garantito, senza tenere conto della differente e oggettiva gradualità delle posizioni meritevoli di tutela.

¹¹ Sul punto cfr. G.D. COMPORTI, *La tutela risarcitoria 'oltre' il codice*, in *federalismi.it*, 2010, 7-12.

2.1. *L'individuazione in via pretoria della responsabilità da affidamento incolpevole e le sue ripercussioni nella individuazione degli illeciti dell'amministrazione*

L'insieme degli aspetti da ultimo richiamati si colloca sullo sfondo di una ipotesi risarcitoria recentemente individuata dalla Corte di Cassazione e identificata con la lesione dell'affidamento incolpevole generato da un provvedimento favorevole, ma illegittimo e quindi annullato in sede di autotutela decisoria.

Si tratta di una fattispecie che è stata assimilata ad altre vicende lesive regolate dal diritto privato e connesse alla violazione di obblighi di buona fede e correttezza, con conseguente attribuzione della giurisdizione al giudice civile¹².

Come si vedrà meglio *infra*, ricostruzioni di questo tipo destano non poche perplessità sul piano sistematico.

A titolo meramente esemplificativo, nel caso appena descritto non è pacifico se l'affidamento riposto dal destinatario in un provvedimento favorevole – e tale da incidere sulla sua libertà di autodeterminazione – sia davvero una posizione giuridica soggettiva autonoma da qualificare come diritto soggettivo o se, invece, non si identifichi con gli interessi legittimi dedotti tanto nel procedimento di primo grado quanto, eventualmente, in quello di secondo grado volto all'annullamento d'ufficio dell'atto.

Anche a voler ritenere che nel caso di specie venga in rilievo un diritto soggettivo, si può comunque dubitare sia configurabile in capo al privato un affidamento qualificato rispetto agli effetti del provvedimento.

Considerati i principi fondamentali del diritto amministrativo sostanziale e processuale, avvalorati dai più recenti interventi legislativi, il privato non potrebbe ignorare il rischio di vedere impugnato e annullato l'atto almeno fino alla scadenza del termine decadenziale per l'esperimento della tutela giurisdizionale e di quello massimo di diciotto mesi, *ex art. 21 nonies* della legge n. 241 del 1990, per l'annullamen-

¹² Come è noto tale corrente interpretativa è stata avviata da Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011 n. 6594, n. 6595 e n. 6596.

to in autotutela dei provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici¹³.

In quest'ottica si potrebbe infatti sostenere che la collocazione del danno nell'ambito di una dinamica procedimentale scandita da regole pubblicistiche esclude di per sé la compatibilità di queste con la ricostruzione civilistica dell'affidamento risarcibile¹⁴.

Nel diritto privato, infatti, la condizione di dubbio in cui può versare il soggetto quando forma il proprio convincimento sull'evidenza di uno stato di cose non osta di per sé al riconoscimento di una posizione giuridica meritevole di tutela risarcitoria; è sufficiente, infatti, che vi sia una mera probabilità che il singolo sia nel giusto anziché in uno stato di errore¹⁵.

¹³ Sulle modifiche introdotte dalla legge 7 agosto 2015, n. 124 (legge c.d. Madia) in tema di autotutela e sulle ricadute in termini di certezza dei rapporti giuridici che si collegano agli atti e ai provvedimenti amministrativi si veda G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 5 ss.

¹⁴ In questo senso possono essere lette anche le osservazioni contenute in C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 578, secondo cui, ai fini della sussistenza di un affidamento qualificato, il privato non potrebbe confidare nella presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo (principio che per l'Autore è ormai recessivo), ma dovrebbe esercitare un'ordinaria diligenza al fine di valutare se il provvedimento, pur favorevole, è legittimo o meno. A conferma di ciò, l'Autore richiama altresì la fissazione del termine massimo di diciotto mesi per l'esercizio del potere di autotutela (581-582).

¹⁵ In tema si è espressa anche la dottrina più autorevole tra cui, in particolare, L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, 321 ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 92 ss. Come ha chiaramente spiegato T. PASQUINO, *La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 523 ss., la dottrina civilistica prevalente ritiene che il dubbio non sia di per sé incompatibile con l'affidamento e la buona fede soggettiva, nella misura in cui si impone di accertarne l'intensità e il grado. Si è soliti distinguere, quindi, il c.d. dubbio esemplare, che a fronte di una situazione di incertezza rende parimenti configurabili per il privato una data realtà e il suo contrario, il c.d. dubbio non risolto e, infine, il dubbio risolto, che porta il soggetto a convincersi dell'evidenza di uno stato di fatto in ragione di un giudizio di probabilità. Nei primi due casi si predica l'incompatibilità del dubbio con la buona fede, stante la colpa grave o la malafede della parte, assenti invece nel terzo.

Più in generale, non si può sostenere che siano solo i principi civili-stici di buona fede e correttezza a permettere la tutela risarcitoria dell'affidamento che il privato ripone sugli effetti di un provvedimento.

Come è noto, infatti, nel diritto amministrativo sostanziale si è soliti riferirsi al *legittimo affidamento* come ad un principio che deve regolare, guidare e circoscrivere le scelte discrezionali dell'amministrazione quando questa è chiamata a ponderare e bilanciare gli interessi rilevanti ai fini del legittimo esercizio del potere di autotutela¹⁶.

Tale principio, che compatibilmente con l'interesse pubblico impone di rispettare le situazioni giuridiche originate da un atto amministrativo e ormai consolidate, ha trovato riconoscimento¹⁷ prima in sede dottrinale e poi in via pretoria come particolare declinazione del canone di buona fede¹⁸, che nel diritto pubblico costituisce una sorta di articola-

¹⁶ In questo senso si veda M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 ss.

¹⁷ Il dovere di buona fede veniva inquadrato in questo senso già da F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., 3234-3235.

¹⁸ Sul punto F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970 e ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. economia*, 2001, 317 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; G.M. RACCA, *Correttezza (Dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1529 ss.; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss. In passato l'inutilità della applicazione della clausola di buona fede nei rapporti tra amministrazione e cittadini regolati dalle norme di azione era stata affermata da E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Smith, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss.

Più di recente sono state mosse alcune critiche alla opportunità di richiamare la tutela del legittimo affidamento con riguardo al bilanciamento di interessi necessario per la legittimità del potere di autotutela. In questo senso, per esempio, F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss. che sottolinea come la situazione giuridica di cui è titolare il privato già destinatario di un provvedimento favorevole rispetto all'annullamento d'ufficio non è presa in esame in ragione dell'affidamento circa la stabilità e il godimento del vantaggio ricono-

zione del principio di certezza del diritto. Per questo, salvo eccezioni, è permessa la modifica di una situazione di diritto esistente solo a seguito di una adeguata ponderazione degli interessi in gioco¹⁹.

Nel diritto positivo, il dovere della p.a. di rispettare gli affidamenti legittimi generati dai propri atti è dedotto dalla formulazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e dal precedente art. 1, che rinvia ai principi del diritto dell'Unione europea, nel cui ambito la protezione e tutela dell'affidamento del singolo sono stati diffusamente riconosciuti dalla Corte di giustizia.

I giudici del Lussemburgo hanno infatti inteso e qualificato tale principio come un limite gravante, con intensità variabile, sulle istituzioni europee qualora queste intendano avvalersi del potere di ritirare o rivedere le proprie precedenti determinazioni

La tutela, anche risarcitoria, dell'affidamento non è astrattamente esclusa dal diritto europeo, tanto è vero che al principio è riconosciuta natura protettiva dell'interesse individuale. Tuttavia, è necessario accertare che il privato non fosse oggettivamente in grado di cogliere l'errore manifesto in cui è incorsa l'amministrazione o non abbia contribuito con dichiarazioni mendaci e comportamenti fraudolenti all'illegittimità dell'atto²⁰.

sciutogli, ma in base ai principi generali dell'azione amministrativa, che impongono all'amministrazione di esercitare un potere discrezionale bilanciando tutti gli interessi presenti e rilevanti nel caso di specie (in particolare 850). In senso analogo, si vedano anche le riflessioni di D. CORLETTI, *Provvedimento di secondo grado e tutela dell'affidamento*, cit., 36-37. Del resto già F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 537 definiva l'autotutela come «quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese».

¹⁹ Sul punto F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., *passim*. In tema di certezza del diritto, la letteratura italiana è vasta. Ai fini del presente lavoro ci si limita a fare riferimento a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1942; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, 274 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 94-190.

²⁰ Sul punto si veda l'accurata analisi di A. SIMONATI, *op. cit.*, 111-161 e le considerazioni svolte nel Capitolo V del presente lavoro.

All'intervento delle Sezioni Unite va riconosciuto peraltro un merito.

Le affermazioni contenute nelle ordinanze della Cassazione hanno infatti consentito di ipotizzare altre fattispecie dannose, anche molto diverse fra loro, alimentando nuovamente il dibattito sull'illecito dell'amministrazione in chiave di maggiore tutela degli interessi dell'amministrato.

Per un verso, infatti, il principio di diritto in esse statuito è stato esteso a danni di natura patrimoniale rispetto ai quali la vicenda provvedimentale rappresenta un mero antecedente fattuale.

Per altro verso, si è cercato di accostare alle pretese individuate dal giudice di legittimità quelle che già trovano un parziale riconoscimento nella giurisprudenza amministrativa mediante la riconduzione al paradigma precontrattuale²¹.

Ciò, come è noto, è avvenuto in particolare nelle procedure di evidenza pubblica a fronte della revoca degli atti di gara precedenti alla conclusione del contratto²².

In alcune occasioni la soluzione adottata è stata estesa a pregiudizi derivanti dall'inosservanza da parte dell'organo procedente del dovere di *non venire contra factum proprium* in un procedimento amministrativo o in una serie collegata di atti. In questa come in altre occasioni il giudice amministrativo ha applicato l'art. 1337 c.c. e riconosciuto il risarcimento nei limiti dell'interesse negativo²³.

²¹ In questo senso si veda M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo favorevole*, cit., 704 ss.

²² In verità, in caso di annullamento d'ufficio, la giurisprudenza tendeva a negare il risarcimento del danno a favore del destinatario dell'atto favorevole annullato, in quanto il provvedimento di autotutela non poteva dirsi antigiuridico in quanto legittimo. Sul punto cfr. A. PUBUSA, *Risarcimento dell'interesse legittimo: responsabilità aquiliana, precontrattuale o procedimentale?*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, 1590 ss.

²³ Gli esempi sono riportati da F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. III, Padova, 2003, 476.

Si finisce, quindi, anche solo indirettamente per ipotizzare l'autonoma rilevanza risarcitoria di interessi maturati nel corso del procedimento e aventi ad oggetto l'aspettativa che questo si svolga correttamente.

Al riguardo risulta particolarmente interessante, ancorché non scervo da critiche, l'*obiter* contenuto nella motivazione di una recente decisione della prima sezione della Corte di Cassazione, che ha individuato tre differenti modelli di responsabilità dell'amministrazione legati all'emanazione di un provvedimento sulla base delle posizioni giuridiche lese e della natura delle norme violate.

La prima riguarda la lesione dell'interesse legittimo finale (oppositivo e pretensivo) dovuta all'esercizio illegittimo o al mancato esercizio dell'attività amministrativa.

La seconda si identifica con il pregiudizio all'integrità del patrimonio conseguente all'affidamento incolpevole del singolo tradito dall'annullamento di un atto favorevole illegittimo.

La terza comprende, infine, i danni conseguenti alla violazione delle regole procedurali e tali da generare un rapporto giuridico "obbligatorio" tra l'amministrazione e il privato.

Mentre nei primi due casi la condotta dell'amministrazione darebbe luogo a una responsabilità di tipo extracontrattuale, nell'ultima ipotesi l'illecito sarebbe di natura contrattuale, giacché le norme sul procedimento determinano un contatto sociale qualificato tra le parti.

In questa ultima ipotesi la posizione giuridica soggettiva lesa – di cui la Cassazione non chiarisce espressamente la natura, ma che secondo un criterio logico dovrebbe essere assimilata ad un diritto soggettivo di credito – andrebbe quindi considerata come autonoma e indipendente rispetto alla conservazione o acquisizione del bene della vita finale²⁴.

²⁴ Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, punto 9.4.1 della motivazione. La terza ipotesi delineata dalla Corte è peraltro già stata individuata e studiata dalla scienza di diritto amministrativo in una fase di poco successiva alla sentenza n. 500 del 1999. Si ricordi, inoltre, che già nel 2003 la Cassazione aveva precisato che i vincoli all'azione amministrativa previsti dalla legge n. 241 del 1990 andavano interpretati come obblighi procedurali da collocare nello schema della responsabilità contrattuale, in quanto si tratterebbe di prestazioni riconducibili all'art. 1174 c.c. (Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 in *Foro it.*, 2003, I, 78 con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, *ivi*, 78 ss.).

In dottrina questa posizione è stata approfondita, in particolare, da G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit., in particolare 64 ss. e ID., *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 89-90, secondo cui nel rapporto amministrativo regolato dalle disposizioni della legge n. 241 del 1990 si confrontano diritti procedimentali e obblighi di protezione e correttezza, piuttosto che prestazioni di natura finale. La loro piena assimilazione ai diritti di credito per la loro risarcibilità non dipenderebbe da motivi di ordine dogmatico, quanto piuttosto da ragioni finanziarie. In direzione in parte analoga si è espresso anche M. Protto il quale ha ricostruito la responsabilità dell'amministrazione come responsabilità da contatto o, meglio, da «rapporto amministrato». In questo senso l'illecito non potrebbe essere ricondotto *de plano* al modello contrattuale, ma potrebbe accostarsi alla teoria civilistica del contatto sociale in quanto diretto a sanzionare, sul piano risarcitorio, la violazione degli obblighi che sorgono in ragione della relazione che si instaura tra amministrazione e amministrato a partire dall'avvio del procedimento amministrativo. Sul punto cfr. in particolare in M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. app.*, 1999, 1067 ss.; ID., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, cit., 213 ss. e ID., *Il rapporto amministrativo*, cit., in particolare 203-213.

Tra le posizioni che sono favorevoli a riconoscere la natura di diritti soggettivi agli interessi partecipativi si veda L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 2006 e ID., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, 141-142, che afferma come «ogni vincolo, sia di carattere sostanziale, sia di carattere procedimentale o genericamente formale, si presta ad essere letto, guardando al lato attivo del rapporto, in termini di vantaggio, confermando da questo punto di vista che l'utilizzazione della nozione di obbligo è ad esso congeniale». In tema si segnala, infine, F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013 in particolare 144-149, secondo cui sono molteplici le ragioni di ordine logico-sistematico, nonché di carattere formale e testuale, che portano a concludere che il procedimento amministrativo costituisca tra le parti un rapporto giuridico simile a quello obbligatorio. Una posizione dottrinale (M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 2005, 557-560), che a parere di chi scrive è solo in parte analoga alle precedenti, sostiene, invece, che i diritti procedimentali non si risolvono in «meri interessi strumentali», ma hanno [anche] «un loro proprio e autonomo» rilievo in relazione a «beni della vita diversi da – seppur connessi a – quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo». A tale conclusione l'Autore giunge, però, attraverso il ricorso implicito a una sorta di *pluriqualificazione* della fattispecie procedimentale. Le norme sul procedimento, infatti, demandando all'amministrazione determinati adempimenti, hanno una duplice valenza rispetto alla procedura: da un lato, *intrinseca* nella misura in cui sono un mezzo per giungere all'esito conclusivo della procedura

3. La tutela risarcitoria dell'affidamento incolpevole nei confronti della pubblica amministrazione: la posizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a partire dalle ordinanze del 2011

A partire dalle note ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno individuato e isolato una peculiare fattispecie illecita dell'amministrazione tutelabile di fronte al giudice ordinario *ex art.* 2043 c.c. e rappresentata dalla lesione dell'affidamento incolpevole generato nel privato dall'iniziale emanazione di un provvedimento amministrativo favorevole, risultato poi illegittimo e quindi annullato in un secondo momento.

Il ragionamento del giudice di legittimità poggia su alcuni passaggi argomentativi che, pur non essendo espressi in modo sempre chiaro e lineare, possono essere sintetizzati come segue.

In primo luogo, l'emanazione di un provvedimento favorevole, anche se illegittimo, genera nel destinatario un diritto a confidare nella legittimità e correttezza dei suoi effetti e a esercitare la propria autonomia privata sulla base di tale convincimento.

Di conseguenza, il successivo annullamento del provvedimento si configura come un fatto in grado di dimostrare che quella convinzione,

facendo procedere l'attività amministrativa; dall'altro, *estrinseca* in quanto garantiscono alle parti del procedimento determinate utilità a prescindere dall'esito dell'attività amministrativa. La riflessione in parola è ripresa in ID., *Responsabilità della pubblica amministrazione. a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali IX*, cit., in particolare 813-816.

Un approccio metodologico analogo è ripreso anche da C. CASTRONOVO, *La «civiltà» della pubblica amministrazione*, cit., 649-650. Tra la dottrina di diritto civile si ricorda la posizione di A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, cit., 1232 per cui il rapporto tra amministrazione e cittadino comporta un interesse/diritto alla protezione (del proprio patrimonio e dei propri beni) in capo a quest'ultimo. A questo diritto corrisponde l'obbligo della p.a. di agire correttamente, per cui «non vi è luogo a parlare di un diritto soggettivo avulso dal rapporto, ma semmai di una posizione analoga a quella delle parti di un rapporto obbligatorio nel quale non solo il debitore ma anche il creditore è tenuto a comportarsi correttamente». La tesi sostenuta applica, poi, la teoria delle obbligazioni senza prestazione elaborata da Castronovo, in quanto non vi è pretesa all'adempimento specifico, ma al risarcimento dei danni che conseguono alla violazione dell'obbligo di protezione.

originariamente consentita e protetta dall'ordinamento perché fondata sulla validità del provvedimento, è stata invece riposta su una apparenza difforme dalla realtà giuridica che viene ristabilita *ora per allora*.

Ex post, gli atti di disposizione patrimoniale assunti nel frattempo dal privato risultano perciò ingiustamente dannosi rispetto all'interesse a mantenere integro il proprio patrimonio o, se possibile, ad accrescerlo.

Tale danno può essere imputato a titolo di colpa alla pubblica amministrazione che, adottando il primo provvedimento, ha indotto il privato a riporre fiducia in una situazione giuridica solo apparente, generando un pregiudizio che poteva essere evitato dall'autorità precedente se solo si fosse determinata sin da subito in modo legittimo e corretto.

Non ponendosi alcuna questione sulla spettanza del bene della vita oggetto del provvedimento favorevole poi annullato, la Cassazione ritiene che, nel caso di specie, non vi sia una lesione dell'interesse legittimo poiché gli aspetti pubblicistici del rapporto sono stati già risolti dall'annullamento dell'atto non contestato e ormai incontrovertibile.

L'unica e residua azione esperibile sarebbe pertanto quella risarcitoria di natura extracontrattuale ex art. 2043 c.c. a tutela di un diritto soggettivo leso da un comportamento scorretto della p.a. e del tutto indipendente dall'interesse legittimo, ovvero dall'aspettativa di vedere o meno esercitato un potere amministrativo nel proprio interesse.

Tale approdo argomentativo escluderebbe altresì la devoluzione dell'azione alla giurisdizione del giudice amministrativo tanto di legittimità, che esclusiva.

3.1. L'avvio del dibattito dottrinale e giurisprudenziale

Le ordinanze del 2011 hanno posto diversi problemi interpretativi che la dottrina del diritto amministrativo²⁵ non ha mancato di evidenzia-

²⁵ Sul punto si vedano R. VILLATA, *Spigolature «stravaganti» sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss.; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, n. 7/2011; M. NUNZIATA, *Il risarcimento del danno*

re e che dimostrano quanto la Cassazione fondi le sue conclusioni su argomentazioni a tratti contraddittorie e su un'interpretazione piuttosto restrittiva delle situazioni giuridiche pubblicistiche e della tutela apprestata dal diritto processuale amministrativo, anche a seguito dell'emanazione del CPA.

Da un lato, infatti, la Corte lascia intendere che la cognizione della tutela risarcitoria nell'ambito della giurisdizione amministrativa sussiste solo quando il danno è conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità di un atto o, in caso di giurisdizione esclusiva, quando derivi da un comportamento antigiuridico comunque riconducibile all'esercizio del potere autoritativo contestato²⁶.

Dall'altro lato, non spiega tuttavia perché la lesione dell'affidamento riposto nella (apparente) legittimità di un provvedimento non possa essere interpretata come un pregiudizio dovuto all'illegittimità dell'atto amministrativo originario, una volta che questa sia stata accertata in via definitiva in sede di annullamento.

conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel codice del processo, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2011, 85 ss.; S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, 915 ss.; R. VILLATA, *Ancora «spigolature» sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1512 ss.; A. TRAVI, *Nota alle tre ordinanze delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2011, 2398 ss.

²⁶ In una sentenza del 2017 le sezioni unite hanno precisato che in materia di appalti pubblici e, in particolare, nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133 co. 1 lett. e) del CPA, il contenzioso risarcitorio anche per lesione dell'affidamento va attribuito esclusivamente al giudice amministrativo se riguarda atti e fatti relativi alla fase di affidamento dell'appalto precedente alla stipula del contratto. Nel caso di specie un'amministrazione si era vista condannare dal giudice amministrativo al risarcimento dei danni subiti da un'impresa a seguito della revoca legittima di un provvedimento di aggiudicazione definitiva per la conclusione di un contratto di appalto di servizi di cui si era chiesta l'esecuzione anticipata. Andrebbero, quindi, attribuite alla «giurisdizione amministrativa anche le liti concernenti il risarcimento del danno da responsabilità dell'amministrazione per il mancato rispetto delle norme di correttezza, regole la cui violazione si concretizza quando siano venuti meno gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi, che avevano ingenerato affidamento di buona fede e in special modo l'eventuale esecuzione anticipata, però senza alcun seguito contrattuale». In ipotesi di questo tipo il titolo della responsabilità è di natura precontrattuale. Così Cass. civ., sez. un., 29 maggio 2017 (ud. 21 marzo 2017), n. 13454.

In questo senso sarebbe pertanto difficile negare che, anche nel caso di specie, la tutela risarcitoria sia consequenziale alla pronuncia sull'illegittimità dell'atto o del comportamento per cui si ricorre. Come è stato sottolineato, infatti, il privato si lamenterebbe pur sempre, anche se solo incidentalmente, del fatto che un potere amministrativo avrebbe dovuto essere esercitato diversamente e comunque nel rispetto delle condizioni di legittimità²⁷.

Ancora, le ordinanze non fornirebbero argomenti del tutto convincenti per distinguere la correttezza del comportamento rilevante ai fini della responsabilità civile dall'illegittimità dell'azione che ha successivamente portato alla caducazione *ex tunc* dei suoi effetti.

La riquilificazione dell'originario provvedimento favorevole come mero comportamento finirebbe infatti per essere una finzione dovuta al richiamo, non sempre pertinente e appropriato, di istituti civilistici che rischia di distorcere la vera collocazione del fatto dannoso, avvenuto durante l'esercizio di un potere di natura autoritativa e provvedimentale.

Si tratterebbe quindi di questioni riservate alla giurisdizione naturale del giudice amministrativo, a maggior ragione se dotato di giurisdizione esclusiva.

Piuttosto precipitoso appare, inoltre, l'aver assimilato le ipotesi di annullamento giurisdizionale e in autotutela del provvedimento favorevole.

È infatti pacifico che, nell'ambito del procedimento di secondo grado, l'affidamento del destinatario assume la consistenza dell'interesse legittimo ed è oggetto di valutazione ai fini della decisione sulla legittimità sostanziale del ricorso all'autotutela decisoria.

²⁷ In questa direzione vanno le osservazioni di M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, in particolare 898, secondo cui «all'origine dell'affidamento vi è un 'provvedimento' e poco importa che questo sia stato annullato, così come poco importa che si sia trattato di un provvedimento illegittimo 'favorevole'». Ancora, si dovrebbe ritenere che nei casi di specie il privato si lamenta pur sempre del «cattivo esercizio della funzione», dal momento che «l'amministrazione ha malamente vagliato i presupposti pubblicistici del proprio agire ingenerando un incolpevole affidamento con un provvedimento favorevole» (901).

In questo caso, delle due l'una: o l'annullamento d'ufficio è illegittimo e quindi l'affidamento del privato, qualificabile esclusivamente come interesse legittimo, può essere tutelato anche in via risarcitoria di fronte al giudice amministrativo, oppure è legittimo, ma allora il pregiudizio sofferto dal singolo sarebbe *iure datum* e quindi non meritevole di tutela²⁸.

Infine, la tesi seguita dalle ordinanze della Corte di Cassazione potrebbe condurre ad esiti problematici in tema di coordinamento, se non di potenziale contrasto, tra giurisdizioni, giacché l'illegittimità dell'atto favorevole sarebbe per un verso sindacabile dal giudice amministrativo su ricorso del terzo, che potrebbe vantare anche una propria pretesa risarcitoria ex art. 30 CPA e, per altro verso, presupposto per accertare la responsabilità della PA nel giudizio instaurato dall'originario destinatario per lesione dell'affidamento di fronte al giudice ordinario²⁹.

Dubbi interpretativi di analogo tenore si rinvergono anche nell'orientamento del giudice amministrativo³⁰, in particolare di primo

²⁸ L'analogia che la Suprema Corte ha compiuto tra potere di autotutela e annullamento giurisdizionale porterebbe, inoltre, a ritenere che quello che va qualificato come interesse legittimo al momento della emanazione del provvedimento favorevole, non lo sarebbe invece durante e all'esito del procedimento di secondo grado. Come è stato correttamente ricordato, «Il *contrarius actus*, nel quale consiste l'esercizio dell'autotutela, per definizione significa esercizio dello stesso potere, tanto che richiede la presenza del medesimo presupposto, e cioè la valutazione dell'interesse pubblico da conseguire, che è la caratteristica dell'Amministrazione attiva. La posizione pretensiva del cittadino è sempre la medesima sia quando attende il provvedimento, sia quando lo riceve, sia quando lo vede annullare». Così C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, cit., 574.

²⁹ Ciò si porrebbe in apparente contrasto con la volontà del legislatore che, con l'emanazione del Codice del processo amministrativo, ha inteso evitare possibili conflitti di giurisdizione e promuovere il principio della concentrazione delle tutele. Il profilo è stato analizzato da M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, 907-908. Si vedano sul punto anche le riflessioni svolte da G.D. COMPORI, *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 197.

³⁰ In questo senso si ricordano in particolare TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, TAR Lombardia, Milano, sez. II, 20 gennaio 2015, n. 218 e TAR Toscana, sez. III; 24 agosto 2015, n. 1168. In una controversia in materia di commercio, ha aderito all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione il TAR Toscana, sez. II, 28 agosto 2012, n. 1487.

grado, che ha inizialmente tentato di riaffermare la propria giurisdizione sulla base di due argomenti principali.

In primo luogo, la natura favorevole o sfavorevole del provvedimento rispetto all'interesse leso non sarebbe un criterio decisivo per definire la giurisdizione amministrativa che è invece contraddistinta dall'oggetto del processo amministrativo, vale a dire l'accertamento dell'illegittimità provvedimentoale e, ai fini risarcitori, dalla colpa dell'amministrazione che lo ha adottato³¹.

In secondo luogo, il legittimo affidamento non sarebbe una posizione giuridica soggettiva autonoma qualificabile come diritto soggettivo. Attraverso questa locuzione si esprime infatti in termini soggettivi quella che in realtà è la violazione di una regola di condotta applicabile in ogni rapporto giuridico e che impone di osservare canoni e doveri di lealtà affinché una parte non ingeneri o sfrutti indebitamente i falsi affidamenti dell'altra³².

³¹ Questa prima argomentazione è in verità dimostrata in modo non troppo lineare. A partire dalla sentenza del TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1307, infatti, si sostiene che il contenuto favorevole di un provvedimento amministrativo non esclude il sindacato sulla sua legittimità nell'ambito di un giudizio amministrativo su ricorso di un terzo portatore di un interesse diverso rispetto a quello del destinatario del provvedimento. Ciò che non pare del tutto condivisibile è l'assimilazione di questa ipotesi con quella della lesione dell'affidamento oggetto delle ordinanze della Suprema Corte. Nel primo caso, infatti, si ha un atto illegittimo che ha effetti positivi e favorevoli verso un soggetto (il che esclude il suo interesse a ricorrere facendo valere i vizi dell'atto come *causa petendi* della sua azione, in quanto non risulta leso il suo interesse legittimo sostanziale) ed effetti pregiudizievoli verso un terzo legittimato all'azione per l'annullamento e l'eventuale risarcimento. Nel secondo caso, invece, portatore dei due interessi è lo stesso soggetto che non può dirsi leso nell'aspettativa al bene della vita oggetto del provvedimento, ma che avrebbe comunque interesse a una decisione amministrativa legittima in quanto dotata di maggiore stabilità per essere libero di autodeterminarsi correttamente. Portando alle estreme conseguenze il ragionamento del TAR, si dovrebbe concludere che il destinatario di un atto favorevole, illegittimo, sarebbe sempre titolare di un interesse legittimo alla correttezza dell'azione amministrativa.

³² Anche la dottrina civilistica ha sottolineato la necessità di tipizzare i diversi comportamenti che sarebbero astrattamente riconducibili alla violazione del principio di buona fede. A tal riguardo si è sostenuto che l'inosservanza del canone di lealtà si articola in almeno tre principali comportamenti antigiuridici: l'aver suscitato intenzionalmente falsi affidamenti, l'aver speculato su siffatti affidamenti e l'aver contestato ragio-

Per questi motivi, l'affidamento assumerebbe contenuti e qualificazioni diverse a seconda delle situazioni giuridiche su cui incide e che, nei casi esaminati dalla Cassazione, non potrebbe che riferirsi alla posizione di interesse legittimo leso dallo scorretto esercizio del potere³³.

Come si vedrà *infra*, quest'ultimo appare come uno degli argomenti critici più solidi.

3.2. Il consolidamento della posizione espressa nel 2011 e il suo recepimento da parte del giudice amministrativo

Nonostante le questioni interpretative emerse a seguito delle ordinanze del 2011, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ribadito il proprio orientamento in successive occasioni³⁴ e in particolare in un'ordinanza³⁵ resa nel 2015.

nevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte. In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Il contratto, Milano, 2000, in particolare 507.

³³ In altre sentenze si è evitato, infine, di indagare sulla qualificazione soggettiva della posizione giuridica lesa o sulla natura delle norme violate, ritenendo che la nuova fattispecie risarcitoria individuata dalla Cassazione, anche se relativa alla lesione di un diritto soggettivo, rientrerebbe comunque nella giurisdizione almeno esclusiva del giudice amministrativo in ragione dell'art. 30 co. 5 del CPA, che estende quest'ultima alle controversie risarcitorie in cui si faccia questione di diritti soggettivi. Così, tra le altre, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 giugno 2012, n. 312 avente ad oggetto la lesione dell'affidamento privato generato dal rilascio di un permesso di costruire rivelatosi poi illegittimo (e quindi annullato in autotutela) perché non preceduto dall'approvazione di un piano attuativo prescritto dalle norme tecniche di attuazione del vigente PRG. In materia di contratti pubblici si vedano TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 5 aprile 2012, n. 1646; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 3 luglio 2012, n. 3147 e TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 3 ottobre 2012, n. 4017. In dottrina tale orientamento è stato sostenuto in particolare da M.A. SANDULLI, *op. cit.*, *passim*. In senso critico e adesivo rispetto alle conclusioni delle ordinanze cfr. A. LAMORGESE, *Stop della Cassazione alla giurisdizione pan-amministrativa*, in *Giust. civ.*, 2011, 1217 ss.

³⁴ Si ricordano Cass. civ., sez. un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586; Cass. civ., sez. un., ord. 22 maggio 2017 (ud. 7 marzo 2017), n. 12799; Cass. civ., sez. un., ord. 22 giugno 2017, n. 15640; Cass. civ., sez. un., ordinanze 2 agosto 2017 (ud. 4 luglio 2017), n. 19170 e n. 19171. Nello specifico, le ordinanze citate ribadiscono che l'attrazione o anche la concentrazione della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo può verificarsi solo se il danno patito è conseguenza immediata e diretta della illegittimità del provvedimento impugnato. Ragionando diversamente si giungerebbe a considerare

La vicenda sottesa alla decisione è piuttosto nota.

Una società immobiliare, già titolare della concessione per la realizzazione e la successiva gestione di un porto turistico, esperiva una azione risarcitoria nei confronti delle amministrazioni coinvolte nella fase procedimentale per i danni subiti dall'annullamento giurisdizionale dell'originario atto concessorio e rappresentati, segnatamente, dalle spese sostenute per l'esecuzione delle opere già realizzate sulle aree interessate (danno emergente) e dalla perdita dei futuri guadagni conseguibili attraverso l'attività di gestione del pubblico servizio, una volta completati i lavori³⁶.

la tutela risarcitoria per danno ingiusto come una ulteriore e diversa materia di giurisdizione esclusiva quando, invece, nell'ambito del giudizio amministrativo, essa dovrebbe rappresentare solo uno strumento di tutela ulteriore che completa il rimedio annullatorio. Alcune decisioni hanno, poi, confermato che la giurisdizione del giudice ordinario per le azioni risarcitorie conseguenti alla lesione dell'affidamento da parte di un atto amministrativo favorevole, poi annullato, escluderebbe la loro attribuzione alla giurisdizione speciale anche se di natura esclusiva.

³⁵ Anche in questa occasione, tuttavia, alcuni passaggi contenuti nella motivazione sono risultati poco chiari e fonte di incertezze sul piano interpretativo. Così C.E. GALLO, *op. cit., passim*.

³⁶ Si trattava quindi ancora una volta di un'ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione nei confronti del beneficiario di un provvedimento favorevole – i.e. la concessione demaniale connessa all'affidamento del bene per la gestione di un pubblico servizio – per alcuni versi particolare in quanto parte dei danni asseritamente subiti sarebbero potuti essere anche oggetto di una azione per ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. In tema si vedano gli ultimi approdi della giurisprudenza civilistica (Cass. civ., sez. un., sentenza 26 maggio 2015, n. 10798). In letteratura cfr. C. CICERO, *Arricchimento senza causa. Spunti in tema di arricchimento senza causa dell'ente pubblico*, in *Giur. it.*, 2015, 2069 ss.; V. BRIZZOLARI, *Arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione: la fine di un privilegio?*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 10863 ss.; M. BELLANTE, *L'azione di arricchimento senza causa nei confronti della P.A.: le nuove indicazioni delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 470 ss. Si tratta di un tema non così esplorato dalla dottrina tradizionale tra cui si ricordano le voci enciclopediche di P. BODDA, *Arricchimento, azione di (diritto amministrativo)*, in *Novissimo dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1009 ss.; A. VELA, *Arricchimento II) Arricchimento nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 419 ss. e S.A. ROMANO, *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 208 ss.

Secondo la Corte, nel caso di specie, la posizione giuridica lesa è rappresentata dall'integrità patrimoniale rispetto alla quale si deducano perdite e mancati guadagni riconducibili all'agire scorretto e colpevole dell'amministrazione che ha emanato illegittimamente il provvedimento generatore dell'affidamento.

Si tratta quindi di una domanda risarcitoria per responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. che impone di valutare se il convincimento del privato sia stato incolpevole o meno³⁷.

Dati i presupposti appena richiamati, secondo il giudice di legittimità, la condotta antigiuridica della pubblica amministrazione può dirsi lesiva di un diritto soggettivo senza che rilevi alcuna questione inerente a interessi legittimi.

L'interesse pretensivo originario, una volta ottenuto il provvedimento favorevole, è così soddisfatto indipendentemente dai profili inerenti alla legittimità dell'atto.

Il successivo annullamento dell'atto, quindi, non farebbe altro che manifestare l'illiceità di una condotta e l'ingiustizia di un danno che possono trovare tutela nel giudizio ordinario in ragione della struttura atipica dell'art. 2043 c.c.

La domanda risarcitoria non sarebbe perciò relativa all'esercizio del potere amministrativo, né ad un provvedimento o comportamento che attui o declini lo svolgimento di una funzione autoritativa, dal momento

³⁷ La Cassazione afferma che l'emanazione del provvedimento favorevole sarebbe un elemento costitutivo della fattispecie che integra l'affidamento incolpevole. In altre parole, la condotta dell'amministrazione deve essere stata idonea a determinare sul piano causale l'affidamento sulla legittimità del provvedimento, sulla conservazione del bene della vita attribuito dal provvedimento illegittimo e sulla conseguente e apparente legittimità dell'attività svolta in base all'atto. In un altro passaggio si lascia, tuttavia, intendere che l'attitudine del provvedimento a creare l'affidamento incolpevole va misurato sulla base delle circostanze concrete (punto 8.3 della motivazione). In questo senso, si dovrebbe ritenere che per dimostrare la meritevolezza di tutela dell'affidamento generato non basti l'avvenuta adozione illegittima del provvedimento ampliativo, ma occorra accertare che il destinatario sia stato indotto a ritenere che quella decisione avrebbe assicurato la conservazione dei propri effetti con un grado di stabilità superiore alla normalità dei casi. Senza dimenticare che il privato ben poteva essere consapevole di non avere titolo ad ottenere il provvedimento richiesto e il bene della vista sperato.

che l'avvenuto annullamento dell'atto costituirebbe un elemento fattuale e un mero antecedente logico-causale del danno evento.

Dopo l'ordinanza del 2015, l'indirizzo di legittimità espresso dalla Cassazione è stato infine recepito dalla giurisprudenza amministrativa³⁸.

Si accoglie così l'idea che la pretesa risarcitoria per lesione dell'affidamento appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto il giudizio si incentra su una violazione del dovere del *neminem laedere* che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e dai caratteri della sua attività³⁹.

Si riconosce pertanto che i danni sofferti non derivano dalla lesione dell'interesse legittimo pretensivo, ma riguardano l'integrità patrimoniale⁴⁰.

Non sorgerebbe, quindi, alcuna questione sull'esercizio del potere amministrativo in quanto la pretesa del danneggiato non concerne l'illegittimità del provvedimento, ormai definitivamente accertata dalla decisione emessa in sede giurisdizionale o di autotutela⁴¹.

Infine, si estende il principio di diritto alle ipotesi di revoca legittima di un precedente provvedimento che prescinde, ovviamente, dall'illegittimità del provvedimento originario.

Sul punto il giudice amministrativo ha infatti ritenuto che, in caso di revoca, il destinatario dell'atto ampliativo vanterebbe un affidamento ancora più qualificato poiché perderebbe il bene della vita per ragioni di

³⁸ Oltre alle sentenze citate nelle note seguenti si vedano, tra le più recenti, Cons. Stato, sez. IV, 25 gennaio 2017, n. 293; TAR Campania, Napoli, sez. I, 7 luglio 2016, n. 3463; TAR Veneto, sez. II, 7 luglio 2016, n. 739; TAR Toscana, sez. II, 15 luglio 2016, n. 1185; TAR Toscana, sez. III, 25 luglio 2016, n. 1256 e n. 1257; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 26 ottobre 2016, n. 2452; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 30 gennaio 2017, n. 61; TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 15 marzo 2017, n. 189 e n. 190; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 17 maggio 2017, n. 1348; TRGA Trento, 19 giugno 2017 (ud. 8 giugno 2017), n. 211 e n. 212.

³⁹ Così in particolare già Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 165 che, tuttavia, sottolineava come l'orientamento della Cassazione fosse discutibile per le materie di giurisdizione esclusiva in quanto apparentemente in contrasto con Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35 e con la formulazione dell'art. 7 CPA.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 2016, n. 3997.

⁴¹ TAR Calabria, Reggio Calabria, 7 giugno 2017 (ud. 20 aprile 2017), n. 527

interesse pubblico e non per profili di illegittimità della decisione amministrativa rimossa⁴².

4. Considerazioni critiche sulla risarcibilità dell'affidamento come fattispecie illecita autonoma

Nonostante la giurisprudenza civile e amministrativa abbiano raggiunto una posizione uniforme in tema di tutela risarcitoria dell'affidamento, la fattispecie, dotata di una potenziale *vis expansiva*, continua a destare perplessità e incertezze sul piano teorico.

Nello specifico, tali incertezze riguardano la natura della posizione giuridica risarcibile e sono state solo in parte affrontate dalla prima dottrina che si è espressa in materia.

Come si è ricordato in precedenza, la fattispecie astratta da cui il giudice di legittimità ha preso le mosse si riferisce alle conseguenze dannose che l'annullamento definitivo (in via giurisdizionale o d'ufficio) di un atto amministrativo favorevole e illegittimo ha prodotto nella sfera giuridico-patrimoniale del destinatario.

La Cassazione e il giudice amministrativo hanno tuttavia ricostruito in modo analogo anche altre fattispecie solo apparentemente simili a quella descritta.

Al riguardo è interessante una recente ordinanza delle Sezioni Unite resa in merito alla vicenda in cui una società, promissaria acquirente di un terreno edificabile, conveniva in giudizio l'amministrazione comunale lamentando che l'annullamento di alcune determinazioni amministrative – e in particolare della concessione edilizia già rilasciata al suo dante causa – aveva leso un affidamento meritevole di tutela e risultato a suo tempo determinante per la conclusione del contratto.

Il venir meno dell'assetto di interessi apparentemente legittimo in ragione degli effetti dei provvedimenti caducati causava un inevitabile aumento dei costi e degli oneri dell'operazione immobiliare, che costituivano il danno dedotto con l'azione di responsabilità⁴³.

⁴² TAR Lazio, Roma, sez. III; 7 novembre 2016, n. 11025.

⁴³ Dalla descrizione dei fatti di causa, appare evidente che il caso appena descritto presenta caratteri del tutto diversi da quelli posti alla base delle precedenti ordinanze, in

Per giustificare l'attrazione della pretesa nella giurisdizione ordinaria, la Cassazione ha ribadito che

la società attrice non ha chiesto in giudizio [...] l'accertamento della illegittimità di un provvedimento amministrativo [...] e non ha, quindi, rimproverato alla P.A. l'esercizio illegittimo del pubblico potere nei suoi confronti. Al contrario ha lamentato una lesione della sua integrità patrimoniale per violazione del principio generale di prudenza e diligenza (c.d. obbligo del *neminem laedere*) posto a fondamento dell'art. 2043 c.c., rispetto al quale l'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma solo per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole⁴⁴.

Ancora, non si esclude che la logica dell'affidamento incolpevole leso sia estesa a situazioni legate al rapporto amministrativo, ma che si collocano in momenti differenti rispetto all'esercizio dell'autotutela, ogniqualevolta l'amministrazione sia tenuta a rispettare doveri di coerenza rispetto a determinazioni precedentemente assunte o a comportamenti tali da ingenerare una specifica aspettativa in capo al privato sull'evolvere dell'iter procedimentale.

Il fattore che accomuna tutte le possibili e diverse fattispecie richiamate è indubbiamente l'antigiuridicità della condotta data dalla violazione di un principio di correttezza e buona fede così come declinato nel diritto pubblico⁴⁵ e, quindi, come componente essenziale del princi-

quanto è da escludere che la posizione del presunto danneggiato sia anche solo ipoteticamente qualificabile come interesse legittimo, dal momento che costui non è il destinatario dell'atto, né un soggetto direttamente interessato agli effetti del provvedimento. Il privato si duole infatti del fatto che una operazione economica, frutto dell'esercizio dell'autonomia privata, è risultata più onerosa o meno vantaggiosa del previsto e intende imputare la responsabilità di questo esito all'amministrazione che, con il provvedimento, ha contribuito a falsare la realtà sulla base della quale i soggetti coinvolti sul piano privatistico hanno disposto della propria sfera patrimoniale.

⁴⁴ Cass. civ., sez. un., ord. 2 agosto 2017 (ud. 4 luglio 2017), n. 19170.

⁴⁵ A tale riguardo E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 327, precisa che l'art. 2 Cost., al quale la buona fede oggettiva viene tradizionalmente ricondotta, «non pone alcuna specificazione in ordine al tipo di attività svolta, mirando essenzialmente a garantire che i comportamenti dei soggetti dell'ordinamento siano rispettosi del principio di solidarietà, dunque anche nei casi in cui non sussista alcun rapporto obbligatorio».

pio di legalità e di certezza del diritto a cui si riconduce la tutela dell'affidamento rispetto all'adozione degli atti autoritativi⁴⁶.

Tuttavia, nella misura in cui la Cassazione riconosce la natura extracontrattuale delle ipotesi in parola, si può sostenere che il principio di atipicità dell'illecito aquiliano non imponga *sic et simpliciter* di ricostruire come diritto soggettivo tipizzato l'interesse del singolo all'osservanza di tali principi da parte dell'apparato pubblico.

Ai sensi dell'art. 2043 c.c., la qualificazione della posizione giuridica soggettiva lesa dipende infatti dalla norma che regola, di volta in volta, il rapporto tra l'interesse individuale e quel particolare bene della vita che si ritiene pregiudicato e che rappresenta il danno nella fattispecie risarcitoria.

Occorre quindi procedere ad analizzare e inquadrare sistematicamente le singole ipotesi anche al fine di porre le premesse necessarie per ricostruire in modo coerente, nel prossimo capitolo, i confini e i contenuti della giurisdizione amministrativa in materia di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

⁴⁶ Si ricordi che nella tradizione giuridica occidentale, l'affidamento del singolo, per essere tutelato nei confronti dei poteri pubblici, deve essere bilanciato con l'interesse pubblico. Il dovere di prenderlo in esame nell'ambito dell'esercizio di una funzione pubblica e autoritativa è chiaramente riconducibile ai principi di certezza del diritto e di buona fede oggettiva i quali vanno osservati ogniqualvolta l'esercizio di una pubblica funzione incida in senso pregiudizievole su situazioni giuridiche non esaurite modificandone in corsa gli effetti. Sul punto cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 21 ss.

Sulla declinazione pubblicistica del principio di buona fede si ricorda anche F. BENVENUTI, *ult. op. cit.*, 3270-3271, il quale si dimostrava fortemente critico con riferimento alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione e alle prime applicazioni giurisprudenziali della *culpa in contrahendo*, di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., in materia di contratti pubblici. Rinveniva, infatti, anche in questo caso, «un adusato malvezzo» di trasferire «soluzioni e formule proprie del diritto privato nel campo di quello pubblico». Si sarebbe dovuto, infatti, i) «qualificare in modo giuridicamente corretto quella fattispecie composita nella quale il negozio è solo momento strumentale dell'attività pubblicistica» e ii) ricostruire «la soluzione al problema della responsabilità *in contrahendo* dell'amministrazione [...] secondo i principi propri del diritto pubblico», dal momento che la stessa poteva essere «suscettibile di un più rigoroso inquadramento nell'ordine concettuale giuspubblicistico». Sul punto cfr. anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., 51-66.

4.1. La tutela risarcitoria dell'affidamento incolpevole riposto dal beneficiario dell'atto sulla stabilità degli effetti del provvedimento favorevole

La dottrina più autorevole ha dimostrato come la lesione dell'affidamento incolpevole che il beneficiario di un provvedimento favorevole riponga sugli effetti dell'atto si può articolare in almeno tre differenti e ulteriori vicende dannose⁴⁷.

Il punto di partenza di questa tesi è la ricostruzione dell'interesse che l'ordinamento intende considerare meritevole di tutela risarcitoria nei casi in esame.

L'affidamento è, infatti e di per sé, una situazione di fatto in cui un soggetto si convince che l'assetto di interessi risultante dal provvedimento amministrativo gode di una ragionevole stabilità.

Ora, l'interesse alla stabilità degli effetti del provvedimento è già preso in considerazione e qualificato dall'ordinamento sulla base di due differenti discipline di rilevanza pubblicistica che, di fatto, conducono alle prime due fattispecie dannose sopra menzionate.

La prima è data dalla previsione del potere di annullamento d'ufficio e dalla disciplina dei suoi presupposti applicativi.

Rispetto a quella che è una nuova e diversa manifestazione del potere amministrativo, l'interesse alla stabilità degli effetti del provvedimento annullato, di cui è titolare il beneficiario, non può che assumere le vesti giuridiche dell'interesse legittimo di natura oppositiva contemplato dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 ai fini del bilanciamento tra i diversi interessi in gioco da soppesare in sede di autotutela decisoria⁴⁸.

Questo è l'unico interesse che può risultare leso dalla condotta dell'amministrazione e che integra una fattispecie risarcitoria complessa in cui andranno accertate la natura incolpevole della convinzione maturata dal singolo, da un lato, e la colpa dell'apparato, dall'altro.

Il fatto che nel giudizio di responsabilità non si ponga una questione sulla legittimità del provvedimento di secondo grado non esclude che la

⁴⁷ Così per tutti F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 463.

⁴⁸ In questo senso F.G. SCOCA, *op. cit.*, 465-466.

posizione del singolo sia anche in questo caso di interesse legittimo (o tutt'al più una proiezione secondaria di questo), dal momento che la possibilità di agire in autotutela decisoria è riconosciuta dal diritto amministrativo sostanziale per incidere su un assetto di interessi determinato dal primo provvedimento, che l'atto di secondo grado può tuttavia rideterminare al ricorrere di precisi presupposti.

L'identificazione dell'interesse leso con quello alla stabilità degli effetti dell'atto porta poi a concludere che il pregiudizio derivi non dall'illegittimità del provvedimento di primo grado ma, in ultima analisi, dalla sua rimozione.

Per questo motivo la condotta antigiuridica, in quanto scorretta, dell'amministrazione può essere data anche da un provvedimento di revoca che rappresenta la seconda possibile fattispecie dannosa.

Anche in questo caso il pregiudizio ricadrà sull'interesse legittimo di natura positiva di cui il privato è titolare rispetto all'adozione della revoca.

Il riferimento normativo qui rilevante è l'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 dove, tuttavia, il riconoscimento *ex lege* di un diritto all'indennizzo per i pregiudizi sofferti dai soggetti direttamente interessati agli effetti dell'atto dovrebbe impedire l'instaurazione del giudizio risarcitorio fondato sulla stessa *causa petendi*⁴⁹.

Rimane, infine, da ricostruire la terza opzione casistica, che coincide con l'annullamento giurisdizionale dell'atto favorevole su ricorso del terzo interessato e titolare a propria volta di un interesse legittimo.

In questo caso, come è noto, il titolare del bene della vita oggetto del primo provvedimento è la parte controinteressata al ricorso, in quanto intende conservarne gli effetti vantaggiosi per la propria sfera giuridica.

Di fronte al rischio che l'assetto di interessi risultante dall'atto contestato dal terzo venga meno, il controinteressato introduce nel processo non la posizione giuridica che gli deriva dal provvedimento, ma l'inte-

⁴⁹ F.G. SCOCA, *op. cit.*, 465. Si ricordi inoltre che proprio la previsione di un indennizzo aveva consentito alla dottrina di dedurre la volontà del legislatore di riconoscere al privato una situazione giuridica soggettiva qualificata avente ad oggetto la stabilità delle decisioni assunte dall'amministrazione. In questo senso M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., 180.

resse legittimo originario, che è di natura pretensiva e risulta opposto a quello del ricorrente⁵⁰.

Questa è la ragione che giustifica e legittima la proposizione del ricorso incidentale mediante il quale non si intende esclusivamente paralizzare l'azione proposta dal ricorrente principale, ma fare in modo che l'esito e/o l'esecuzione della sentenza consentano il mantenimento del contenuto essenziale del provvedimento e dei suoi effetti o, comunque, il suo rinnovo in senso ugualmente vantaggioso.

L'interesse alla stabilità degli effetti provvedimenti non può che essere collocato in questa dinamica, non dimenticando che esso è in parte diverso, seppur complementare, a quello diretto al conseguimento del bene della vita finale. Entrambi, in altre parole, costituiscono l'oggetto dell'interesse legittimo pretensivo di cui era ed è titolare il privato, prima beneficiario dell'atto e ora danneggiato dal suo annullamento.

In questo senso è stato correttamente sostenuto che, fin dal momento dell'istanza procedimentale originaria, il singolo non vuole solo che il provvedimento sia favorevole, ma che lo sia in modo quanto più possibile stabile e definitivo⁵¹.

La rimozione dell'atto in sede giurisdizionale viola così una componente dell'interesse legittimo pretensivo che impone il coinvolgimento processuale del controinteressato nel processo amministrativo e che gli consente, oggi, di esperire il ricorso incidentale non più esclusivamente come eccezione, ma come strumento per assicurare la concentrazione in uno stesso giudizio di domande connesse⁵².

Tra queste ultime non può che rientrare anche quella risarcitoria *ex art. 30 CPA*, rispetto alla quale l'interesse a ricorrere sorgerebbe solo a seguito dell'impugnazione dell'atto ad opera del terzo, anche se l'even-

⁵⁰ Sulla figura del controinteressato e sul suo ruolo nel processo amministrativo cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016, in particolare 231-234 e 257-261, G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007 e C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 107 ss.

⁵¹ Sul punto cfr. G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sulla azione risarcitoria a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, 1991 ss.; F.G. COCA, *op. cit.*, 466-467.

⁵² Art. 42 CPA.

to lesivo si integra con l'annullamento dell'atto e la rimozione dei suoi effetti.

L'azione risarcitoria potrà comunque essere esperita anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento entro il corrispondente termine di decadenza.

Non vi sarebbe quindi ragione per distinguere i tre casi appena descritti da quelli di lesione dell'interesse legittimo, con conseguente attribuzione della domanda al giudice amministrativo nella sua giurisdizione di legittimità.

L'azione potrà essere esperita anche in via autonoma e il termine decorrerà non dalla conoscenza del provvedimento – in quanto il danno non decorre direttamente da questo – ma, come del resto precisa anche la Cassazione, da quando il fatto dannoso (o danno-evento) si perfeziona, ovvero dalla rimozione del provvedimento favorevole.

4.2. La tutela dell'affidamento alla corretta gestione del procedimento amministrativo

Alla categoria degli interessi legittimi dovrebbero ricondursi anche quegli "affidamenti" che sorgono in occasione di un procedimento amministrativo, ovvero quando il privato confidi nell'attuazione e gestione corretta degli adempimenti procedurali attendendosi una conclusione favorevole del procedimento e sostenendo spese sulla base di informazioni amministrative rivelatesi poi erranee.

Una fattispecie di tal fatta si è verificata concretamente in occasione dell'istanza proposta da un privato per il rilascio di un titolo edilizio.

Il responsabile del procedimento invitava l'istante ad integrare la domanda iniziale con nuovi documenti e modifiche progettuali, alimentando così la convinzione che il titolo edilizio sarebbe stato infine rilasciato.

Solo una volta concluso il procedimento con esito sfavorevole, il privato constatava che il rigetto dell'istanza era sin dall'inizio inevitabile, giacché il contrasto con le prescrizioni esecutive del nuovo P.R.G. non permetteva in radice alcun altro esito.

Era a quel punto evidente che, sin da principio, l'amministrazione non poteva ignorare tale motivo ostativo, con la conseguenza che gli

adempimenti richiesti al privato da parte del responsabile del procedimento e prospettati come decisivi per il buon esito della vicenda, erano risultati del tutto inutili ed irrilevanti⁵³.

Nel caso di specie, il singolo deduce una posizione soggettiva che gli deriva dall'essere parte attiva del rapporto procedimentale e che risulta lesa da una scorretta gestione del procedimento.

Per questo i danni si identificano nel c.d. interesse negativo, ovvero nelle perdite di natura essenzialmente economica subite nell'attesa o nell'aspettativa che l'esercizio del potere giunga ad esiti favorevoli per l'interessato⁵⁴.

Ed invero, dinanzi alla fattispecie in parola, il giudice amministrativo ha riconosciuto la responsabilità dell'amministrazione per la condotta tenuta nel corso dell'istruttoria.

Nonostante il provvedimento di diniego fosse indubbiamente legittimo, infatti, l'attività amministrativa doveva considerarsi illecita in quanto lesiva dell'interesse procedimentale a un corretto e leale svolgimento dei rapporti tra privato e amministrazione.

Il collegio ha ricondotto la responsabilità in parola a quella precontrattuale, che all'epoca della decisione era ancora considerata dalla giurisprudenza e dottrina civilistiche maggioritarie una declinazione della responsabilità extracontrattuale.

In quest'ottica, è stato precisato che la condotta dell'amministrazione integrava gli estremi di un illecito per violazione dei principi di buona fede e correttezza (artt. 1337 e 1175 c.c.) per aver colpevolmente generato nel privato il convincimento di poter ottenere il rilascio della concessione edilizia.

⁵³ In merito si veda TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 1751.

⁵⁴ L'espressione è qui intesa nel senso attribuitole da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., in particolare 422, secondo cui l'oggetto dell'interesse legittimo rimane il comportamento dell'amministrazione che a propria volta è il mezzo necessario per ottenere un provvedimento favorevole, nel senso che i) permette di acquisire un nuovo bene della vita (a fronte di un interesse legittimo pretensivo) o ii) consente di non perdere un bene che fa già parte del patrimonio giuridico del privato (a fronte di un interesse oppositivo). Anche in questa seconda ipotesi il provvedimento, in quanto non pregiudizievole, può essere qualificato parimenti come favorevole per l'interesse del privato.

Così il pregiudizio non discende dal mancato riconoscimento del bene della vita che il privato mirava a ottenere attraverso il permesso di costruire, ma si identifica con i costi e le perdite subiti in vista del suo ottenimento, quando questo era ancora incerto almeno nella prospettiva del singolo interessato al suo rilascio.

Non è così agevole rinvenire nell'ordinamento nazionale molte fattispecie di questo tipo, seppure non vi siano ragioni per escluderne in astratto la configurabilità in diversi contesti e vicende.

Si pensi al caso in cui il destinatario del provvedimento da emanare confidi nella possibilità di una propria piena partecipazione all'istruttoria procedimentale e investa risorse per poter rappresentare i propri interessi nel modo più completo possibile in questa sede.

Si ipotizzi tuttavia che l'amministrazione consenta un accesso solo parziale e lacunoso ai documenti e alle informazioni in suo possesso, costringendo il privato a investire ulteriormente in una difesa lunga e costosa, magari dopo un primo annullamento che lascia margini di incertezza circa il conseguimento del bene della vita finale.

Non pare si possano trovare argomenti dirimenti per escludere che quei danni siano risarcibili o per considerarli tali solo dopo la prova della spettanza del bene, facendoli quindi confluire nel danno da ritardo conseguente.

A tale proposito, la comparazione con altri ordinamenti ha evidenziato un caso analogo e piuttosto interessante nell'ambito del diritto europeo, dove nel corso del procedimento di verifica della compatibilità con il mercato interno di una concentrazione tra imprese, la Commissione non aveva permesso a una di queste (la *Schneider SA*) di partecipare pienamente all'istruttoria, fornendo una *disclosure* carente e lacunosa del fascicolo istruttorio.

Nel giudizio risarcitorio conseguente, la violazione del principio del contraddittorio è stata ritenuta di per sé sufficiente a integrare il requisito della violazione grave e manifesta del diritto europeo e sono state considerate risarcibili le spese necessarie per garantire un nuovo esercizio del diritto di difesa da parte dell'impresa penalizzata.

Un settore del diritto nazionale in cui la lesione dell'affidamento ha una dimensione procedimentale che porta ad una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è senz'altro quello delle procedure ad

evidenza pubblica finalizzate alla conclusione di un contratto tra l'amministrazione e le imprese che prendono parte alla procedura selettiva⁵⁵.

A titolo esemplificativo, vale la pena ricordare alcune decisioni in materia di ritiro o revoca degli atti di gara, ove si è imputato all'amministrazione di aver provveduto in ritardo, prolungando inutilmente lo svolgimento della procedura e inducendo i partecipanti a confidare erroneamente nella possibilità di conseguire l'aggiudicazione e di concludere il contratto.

Si tratterebbe, in altre parole, di un comportamento che l'amministrazione compie come «scorretto contraente» o negoziatore⁵⁶ e che

⁵⁵ Più in generale, nella materia dei contratti pubblici la responsabilità della pubblica amministrazione anche da lesione dell'affidamento pone una serie di questioni peculiari, che esulano dell'economia del presente lavoro in merito al riparto di giurisdizione e alla natura dell'illecito. Come è stato ribadito anche di recente da Cass. civ., sez. un., 14 maggio 2015, n. 9861, il criterio generale per stabilire il foro competente in materia di contratti pubblici si fonda sulla distinzione tra la fase anteriore e posteriore rispetto alla conclusione del contratto: mentre ogni questione relativa alla prima è soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo, le controversie a partire dall'approvazione del contratto sono devolute al giudice ordinario. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel 2005 aveva riconosciuto che la pubblica amministrazione procedente potesse incorrere in responsabilità precontrattuale quando, «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente» violasse non tanto le norme poste nell'interesse pubblico [...], quanto piuttosto le regole di correttezza così come prescritte dal diritto comune in base all'art. 1337 c.c. La giurisprudenza ha applicato il principio espresso dall'adunanza plenaria con riferimento ai casi di revoca o ritiro legittimi degli atti di gara e, in particolare, dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva tali da incidere sull'affidamento riposto dal privato circa la probabilità di ottenere il bene della vita sperato (i.e. la conclusione del contratto). In questo senso, si è affermato che la legittimità interruzione dello svolgimento di una procedura di selezione del contraente non elimina la possibilità di valutare il comportamento dell'amministrazione rispetto al dovere di correttezza e buona fede nell'ambito del procedimento formativo della volontà contrattuale.

⁵⁶ L'espressione «corretto contraente» è di M. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 462, che sottolinea come «ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto si sia condotto da corretto amministratore, ma se si sia condotto da corretto contraente, non di accertare se abbia bene o male apprezzato il pubblico bisogno, ma se, nel comportamento conseguito a tale apprezzamento o ad esso afferente, si sia comportato in modo da violare il principio posto dall'art. 1337 c.c.». Il passo è ripreso dall'ampio studio di L. BERTONAZZI,

dimostra una gestione poco accorta della fase di evidenza pubblica, finendo per ledere l'affidamento collegato all'aspettativa di ottenere una conclusione favorevole della procedura.

Tuttavia, in questi casi, l'accertamento della responsabilità si fonda su due elementi essenziali a cui potrebbe essere data portata generale: la "condotta colpevole" dell'amministrazione e "il grado di affidamento" che è ragionevole riconoscere in capo al danneggiato⁵⁷.

Quanto al primo profilo, il giudice tende a riconoscere la violazione dei doveri di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c. quando l'amministrazione non sia stata tempestiva nell'adottare l'atto di revoca o di ritiro, una volta individuate le ragioni giustificatrici. Ciò si verifica a maggior ragione a fronte di ritardi ingiustificati o della procrastinazione strumentale dei termini per la conclusione delle fasi procedurali⁵⁸.

Circa il secondo requisito, la giurisprudenza è tanto più incline a riconoscere un affidamento meritevole di tutela risarcitoria quanto più si possa ritenere consolidata, nel corso della procedura, la convinzione del privato di poter conseguire l'utilità attesa. Tale circostanza si verifica soprattutto in caso di revoca dell'aggiudicazione definitiva⁵⁹, mentre

La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 39 ss. e in particolare 71-73. In tema e, più in generale, per un inquadramento teorico del rapporto tra correttezza e legittimità dell'azione amministrativa cfr. per tutti M.G. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., in particolare 1532 e ID., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

⁵⁷ Il risarcimento si limita, anche in questo caso, all'interesse secondario (o negativo) a non essere coinvolto in un procedimento che l'amministrazione non aveva o non ha più interesse a portare a compimento. Sui concetti di "interesse positivo" e "interesse negativo", si veda anche cfr. D. BARBIERATO, *La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante. Profili risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2070; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

⁵⁸ In questo senso si vedano tra le molte TAR Campania, Napoli, sez. I, 3 gennaio 2017, n. 56 e 14 settembre 2016, n. 4300; TAR Lazio, Roma, sez. III, 7 novembre 2016, n. 11025, Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797.

⁵⁹ Si veda in merito Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797; Cons. St., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1559; Cons. St., sez. V, 1 febbraio 2013, n. 633.

appaiono più incerte le posizioni dell'aggiudicatario provvisorio o di coloro che partecipano a una gara interrotta nella fase iniziale⁶⁰.

In conclusione, si può ritenere che in tutti i casi sopra esaminati il richiamo all'affidamento costituisca un espediente argomentativo per sottolineare, da un lato, l'applicazione dei canoni di correttezza e buona fede nella conduzione dell'iter procedimentale a conferma dei doveri e delle responsabilità che esso impone⁶¹ e, dall'altro, la possibile e autonoma rilevanza, anche ai fini risarcitori, di danni che trovano origine nell'ambito del procedimento.

4.3. Il risarcimento dei danni conseguenti alla lesione degli interessi procedurali e il rapporto amministrativo complesso

Il paragrafo precedente ha messo in luce come il tema della tutela dell'affidamento possa avere dei punti di intersezione con quello della

⁶⁰ Sul punto alcune decisioni recenti precisano che, dopo la fase di qualificazione, quella di valutazione delle offerte determina un grado crescente di stabilizzazione delle aspettative procedurali in vista del bene della vita finale (così in particolare TAR Campania, Napoli, sez. I, 14 settembre 2016, n. 4300); tuttavia, la posizione tradizionale della giurisprudenza ritiene che gli effetti degli atti endoprocedimentali, tra cui anche dell'aggiudicazione provvisoria, siano precari e impediscano, perciò, l'insorgere di un affidamento che possa trovare una tutela nell'ambito della responsabilità precontrattuale (Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838; Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2010, n. 2199). La questione delle responsabilità precontrattuali dell'amministrazione anteriormente alla scelta del contraente rimane dibattuta ed è stata da ultimo rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato da Cons. Stato, sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492.

⁶¹ In tema si vedano anche S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.; P. LAZZARA, *Procedimento amministrativo e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Milano, 2005; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss. Già U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 288, riteneva che il divario informativo tra amministrazione procedente e amministrato potesse essere colmato attraverso la messa a disposizione delle conoscenze della prima a favore del secondo in un'ottica collaborativa. In tema, si veda anche L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53 ss.

risarcibilità degli interessi procedurali, anche indipendentemente dalla prova della spettanza del bene della vita finale.

Tra questi, si ritiene debbano qualificarsi come interessi legittimi meramente strumentali quelli che rappresentano un mezzo per il raggiungimento dello scopo favorevole che si intende ottenere attraverso il provvedimento amministrativo.

In chiave esplicativa può essere utile richiamare qui la ricostruzione del rapporto giuridico a «struttura complessa», utilizzata in passato da uno dei più autorevoli Maestri del diritto civile pur per finalità diverse da quelle qui rilevanti.

Come è noto, la tesi della struttura complessa dell'obbligazione risale infatti a Luigi Mengoni, secondo cui accanto all'obbligo avente ad oggetto la prestazione principale sussistono svariati obblighi accessori «coordinati in un nesso funzionale unitario» rispetto al primo⁶².

In questo modo si delineavano i c.d. obblighi di protezione, per cui la tutela derivante dal rapporto obbligatorio si estende a beni giuridici ulteriori rispetto all'esatto adempimento della prestazione, con il fine di garantire complessivamente la posizione della parte da rischi tipici e prevedibili derivanti dalla relazione giuridica instauratasi tra i contraenti.

Nella formulazione originaria della teoria, tra gli obblighi di protezione venivano fatti rientrare anche i doveri di correttezza, cui iniziava a riconoscersi portata integrativa a carattere autonomo⁶³ con riferimento all'interesse negativo di entrambe le parti del rapporto obbligatorio a conservare le rispettive sfere giuridiche e patrimoniali.

⁶² Così L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507 ss. e in particolare 509. Come è noto, al tema sono dedicati magistrali scritti degli anni '50 del secolo scorso e, in particolare, L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss., 280 ss., 366 ss. In argomento si veda A. DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 119 ss.

⁶³ Così E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 98 ss. Sul punto cfr. F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss. che richiama anche l'influenza in merito della dottrina tedesca e in particolare di W. SIEBERT, *Treu und Glauben*, in H.T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar*, § 242, I, Stuttgart-Köln, 1952.

Proprio il riconoscimento della loro natura *autonoma* ma *integrativa* comportava una duplice conseguenza.

In primo luogo, essi potevano essere azionati indipendentemente dall'obbligazione principale attraverso un'azione risarcitoria autonoma in caso di violazione.

In secondo luogo, però, la loro natura complementare portava parte della dottrina a ritenere che essi costituissero una sorta di precisazione negoziale del generale principio di *neminem laedere*, risultando perciò assorbiti nel paradigma della responsabilità contrattuale⁶⁴.

Applicando un approccio analogo all'analisi del rapporto amministrativo procedimentale⁶⁵, si può ritenere che la violazione dei doveri di

⁶⁴ L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, cit., 300. La teoria degli obblighi di protezione verrà ripresa e sviluppata da C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss. Altri Autori ne criticarono sin dall'inizio, invece, l'impostazione "contrattualistica". Tra questi si ricorda U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in A. CICU, G. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, 14 ss. Secondo, tuttavia, A. DI MAJO, *op. cit.*, 127 la ricostruzione di Mengoni implicava che la violazione degli obblighi di protezione rappresentasse «una forma di inadempimento contrattuale *alternativa* e non concorrente con la qualificazione come atti illeciti» e portasse quindi ad ammettere la cumulabilità di azioni contrattuali ed extra-contrattuali.

⁶⁵ Sul punto particolarmente significativa è la ricostruzione compiuta da M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., in particolare 207-209 secondo il quale le peculiari caratteristiche del rapporto amministrativo determinerebbero nel privato una posizione risarcibile già nel corso del procedimento che andrebbe qualificato come «affidamento obiettivo». In questo modo l'obbligo imposto dall'ordinamento a un soggetto (nella maggior parte dei casi la pubblica amministrazione che acutamente non viene definita parte del rapporto, ma soggetto dell'ordinamento) si precisa in relazione a altro soggetto nel caso in cui quest'ultimo subisca una perdita economica a seguito della violazione della norma la cui applicazione dipende dalla natura del legame materiale instauratosi tra questi. Per comprendere compiutamente la teoria richiamata, occorre precisare che il rapporto procedimentale è *species* del rapporto amministrativo ed esprime «la relazione materiale tra amministrazione e privato in cui quest'ultimo esercita la libertà attiva di cui è titolare» (187). In questo modo dal rapporto procedimentale derivano a carico di entrambi i soggetti coinvolti obblighi anche diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti espressamente dalla disciplina legislativa riconducibili all'operatività di clausole generali (192-195). Tra questi obblighi rientrerebbero, per esempio, quelli di correttezza e di

correttezza e buona fede deducibili da molte norme e principi procedurali sia tutelabile indipendentemente dalla deduzione e dall'accertamento dell'interesse finale per la soddisfazione del quale il singolo è interessato all'esito dell'azione amministrativa.

Allo stesso tempo, però, se a tale violazione si riconduce la protezione dell'interesse negativo funzionalmente connesso a quello (positivo) finale, la posizione soggettiva lesa non può che avere la medesima natura giuridica di quest'ultimo, ovvero quella dell'interesse legittimo. Allo stesso tempo, la natura della responsabilità invocata sarà quindi la medesima di quella applicabile alla lesione dell'interesse legittimo principale rilevante ai fini della emanazione del provvedimento favorevole che, a parere di chi scrive, rimane di natura extracontrattuale come si chiarirà in sede di considerazioni conclusive al presente lavoro.

Sul piano della teoria generale del diritto, infatti, gli "obblighi di protezione" hanno una propria consistenza dogmatica che consente di astrarli dal settore delle obbligazioni e dei contratti e di collocarli nell'ambito delle strutture giuridiche complesse di cui i primi costituiscono solo un esempio.

Da questo punto di vista la buona fede e la correttezza si confermano clausole generali che, in ragione della loro elasticità, consentono di adeguare la dimensione fattuale delle relazioni giuridiche alle esigenze della società in cui si inseriscono⁶⁶.

4.4. Lesione dell'affidamento e tutela risarcitoria del singolo di fronte al giudice ordinario

Occorre ora valutare se residuino casi in cui la tutela risarcitoria dell'affidamento debba essere esperita di fronte al giudice ordinario, in quanto non direttamente collegata alla lesione di interessi legittimi sostanziali e/o procedurali.

Per trattare il tema, può essere utile partire da alcune ipotesi trattate nei paragrafi precedenti e ragionare per differenza.

informazione che, se violati dal privato, determinerebbero l'eventuale concorso di colpa nella determinazione del fatto dannoso (200-201).

⁶⁶ Così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 8 ss.

Non si può escludere, infatti, che l'inosservanza di un adempimento procedimentale possa avere un valore anche "esterno" rispetto alla dinamica procedimentale, che costituisce quindi la mera occasione del danno dovuto alla lesione di interessi non dedotti nella procedura, sebbene possano riferirsi ai soggetti comunque coinvolti nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Si pensi alla vicenda, peraltro già ipotizzata da autorevole dottrina⁶⁷, in cui un soggetto compia investimenti economici o avvii trattative in merito a un bene che, a sua insaputa, è oggetto di un procedimento di espropriazione rispetto al quale è mancata la comunicazione di avvio del procedimento.

Una volta intervenuto il decreto di esproprio, proprio l'applicazione della teoria del rapporto a struttura complessa induce a ritenere che il danno, rappresentato in specie dall'inutile impiego di somme di denaro o dall'impossibilità di portare a termine le trattative, non sia riconducibile alla lesione di uno degli interessi protetti dalle norme del procedimento in vista dell'esito provvedimentale. Il pregiudizio riguarderebbe, infatti, una posizione soggettiva che si mantiene al di fuori dell'esercizio dell'azione, ovvero l'integrità patrimoniale del singolo e la sua libertà di autodeterminarsi in modo consapevole.

A tal riguardo sarebbe quindi corretto ritenere esperibile un'azione risarcitoria autonoma di fronte al giudice ordinario⁶⁸.

⁶⁷ M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 557.

⁶⁸ La dottrina civilistica ha applicato in passato un ragionamento analogo per inquadrare i comportamenti illeciti delle parti contraenti nell'art. 1337 c.c. (norma sul dovere di buona fede oggettiva nel corso delle trattative) piuttosto che nell'art. 2043 c.c. Anche a voler riconoscere la natura extracontrattuale di entrambe le forme di responsabilità, alcune differenze si ponevano in ordine agli elementi costitutivi e probatori. Così, per esempio, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 154 ss. distingue il caso in cui una parte abbia rotto ingiustificatamente le trattative da quello in cui divulghi fatti e circostanze conosciute nel corso delle stesse e dannosi per la controparte. Mentre la prima condotta determina pacificamente una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., stante il ragionevole affidamento dell'altra parte nella positiva conclusione del contratto, la seconda va ricondotta all'illecito extracontrattuale generale di cui all'art. 2043 c.c., in quanto frutto di un comportamento doloso o colposo del quale le trattative hanno costituito solo l'occasione e, quin-

A conclusioni analoghe dovrebbe pervenirsi per l'ipotesi già descritta e oggetto di un'ordinanza della Sezione Unite in cui un soggetto privato lamentava le conseguenze dannose che l'annullamento di un provvedimento favorevole rilasciato al suo dante causa aveva determinato rispetto alla conclusione e successiva esecuzione di un contratto di compravendita immobiliare.

Appare evidente, infatti, che la posizione del presunto danneggiato non è sicuramente qualificabile come interesse legittimo, dal momento che costui non è il destinatario dell'atto, né un soggetto i cui beni sono stati direttamente incisi dagli effetti del provvedimento.

Egli si duole invero del fatto che un'operazione economica, frutto dell'esercizio dell'autonomia privata, sia risultata più onerosa (o meno vantaggiosa) del previsto e intende imputare la responsabilità di tale esito all'amministrazione che, con il provvedimento illegittimo, ha contribuito a falsare la realtà sulla base della quale i soggetti coinvolti hanno compiuto atti dispositivi del proprio patrimonio.

A parere di chi scrive, l'attribuzione della controversia al giudice ordinario sussisterebbe anche nel caso in cui la pretesa fosse azionata dal beneficiario dell'atto annullato, il quale non lamenterebbe il danno che questo ha direttamente causato nella sua sfera giuridica privandolo del bene della vita di cui prima godeva, ma alcune conseguenze pregiudizievoli ulteriori che dipendono in larga parte da decisioni frutto dell'esercizio dell'autonomia privata delle parti coinvolte.

Si tratta, peraltro, di una fattispecie analoga ad altre riscontrate in alcuni ordinamenti stranieri e affrontate nei capitoli precedenti, dove i profili critici emersi non riguardano la qualificazione giuridica e la meritevolezza di tutela risarcitoria della posizione giuridica del singolo, quanto piuttosto la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta dell'amministrazione e i danni patrimoniali conseguenti.

In questo senso si ricorderà che in Francia, dove l'*illégalité fautive* ha un ambito di applicazione così ampio da ricomprendere anche le istanze risarcitorie aventi ad oggetto i danni (patrimoniali e non) connessi all'avvenuto annullamento giurisdizionale di un provvedimento

di, indipendentemente da una valutazione in termini di conformità alla buona fede oggettiva (par. 20).

favorevole su ricorso di un terzo⁶⁹, il giudice amministrativo ha escluso in più occasioni che l'illegittimità di un provvedimento possa avere un'incidenza eziologica determinante nel fallimento di una trattativa contrattuale tra privati⁷⁰.

Quanto all'ordinamento tedesco, è interessante sottolineare che ipotesi di questo tipo⁷¹, in cui è predominante la lesione di interessi patrimoniali, possono rientrare nel modello dell'*Amtshaftung* solo se si segue una interpretazione *in concreto* della *Drittbezogenheit* nell'ambito della teoria più generale dello scopo della norma violata (c.d. *Schutzzweck der Norm* o *Normzwecklehre*).

Come visto, quest'ultima operazione impone un esame piuttosto approfondito e puntuale sull'elemento causale richiesto dalla fattispecie risarcitoria, riconoscendo la tutela a fronte di quei danni che siano la

⁶⁹ Al riguardo si veda, per esempio, la decisione CE, 1^{ème}/6^{ème}, 8 ottobre 2008, n. 295343 in cui è stata confermata la condanna dell'amministrazione a risarcire i danni sofferti dal privato già destinatario di un permesso di costruire, poi annullato su ricorso del terzo perché emanato in attuazione di un atto di pianificazione urbanistica annullato dal giudice amministrativo.

⁷⁰ Si ricordano al riguardo, per l'ordinamento francese, i casi decisi dal Conseil d'État *Consorts Chodron de Courcel* del 1970 e *Société Les Trois Coteaux* del 2016. Come si ricorderà, nel caso del 2016 il rigetto dell'azione è stato motivato in ragione dell'insussistenza di un danno certo ed attuale in quanto le perdite connesse all'impossibilità di realizzare l'operazione immobiliare non potevano ricondursi causalmente all'attività amministrativa illegittima. La mancata conclusione delle trattative per la futura vendita degli immobili era da imputare all'esercizio dell'autonomia privata e soprattutto alla impresa ricorrente, che aveva accettato e non contestato la condizione sospensiva inserita nel contratto preliminare secondo cui la conclusione dell'accordo definitivo era subordinato alla emanazione dell'autorizzazione.

⁷¹ Tra cui emblematica è la sentenza resa dalla Corte federale il 6 luglio 1989, III ZR 251/87 relativa ad una istanza risarcitoria avanzata dal proprietario di un terreno e dai suoi promissari acquirenti nei confronti dell'amministrazione comunale conseguente alla sopravvenuta impossibilità di realizzare un progetto edificatorio a causa della contaminazione del fondo, dovuta ad una precedente discarica scoperta dall'ente competente solo dopo che era già stata dichiarata l'edificabilità del suolo. La Corte ha sottolineato che gli interessi delle parti erano protetti dalla norma attributiva del potere, ma ai fini della condanna dell'amministrazione occorreva valutare se le parti (e in particolare i promissari acquirenti) fossero o meno consapevoli del precedente utilizzo del fondo, in modo tale da valutare una loro eventuale corresponsabilità a titolo di concorso di colpa.

conseguenza diretta e tipica dell'evento, che il rispetto del dovere avrebbe dovuto fare prevedere e prevenire.

4.5. *La lesione dell'affidamento a seguito di informazioni o dichiarazione false ed erronee: alcune suggestioni dall'analisi comparata*

L'analisi comparata ha dimostrato come la tutela risarcitoria dell'affidamento nei confronti dell'amministrazione abbia, negli ordinamenti considerati, una portata molto più circoscritta rispetto all'interpretazione datane dalla Corte di Cassazione italiana.

Un affidamento qualificato in capo al privato viene tendenzialmente riconosciuto quando vi siano state informazioni o dichiarazioni false e erronee da parte della pubblica amministrazione o dei suoi agenti che hanno operato dolosamente o, comunque, con trascuratezza e negligenza particolarmente gravi⁷².

In termini analoghi si è espresso talvolta anche il giudice civile nazionale che, per esempio, ha ritenuto le informazioni inesatte rilasciate dall'amministrazione una potenziale

fonte di responsabilità aquiliana perché ledono la posizione [...] di affidamento che il soggetto in contatto con la P.A. ha nella stessa, tenuto conto che questa deve ispirare la propria azione a regole di correttezza, imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.)⁷³.

⁷² Nel diritto inglese i casi di c.d. *reliance-induced damages* causati dal comportamento dell'amministrazione, o meglio dei suoi agenti, attenuano le rigidità connesse al sistema dei *torts* tradizionali e in particolare del *tort of negligence* consentendo del resto anche il risarcimento delle *pure economic losses*. Nel sistema tedesco va ricordata la fattispecie risarcitoria di cui al § 826 BGB. Si tratta di un illecito tipico applicabile a tutti i soggetti dell'ordinamento, derivante dalla violazione dei c.d. buoni costumi (*contra bonos mores*) e sussistente nelle ipotesi in cui il danno sia stato commesso con dolo o, comunque, con la consapevolezza degli effetti dannosi della condotta. Come anticipato, la giurisprudenza ha fatto rientrare in questa ipotesi le condotte e i comportamenti sleali nella diffusione di informazioni false o scorrette, così come l'induzione in errore di un soggetto che abbia riposto la propria fiducia su una apparenza difforme dalla realtà.

⁷³ In questo senso Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2004, n. 2424. Il caso di specie riguardava l'errata informazione fornita dall'amministrazione regionale circa la necessità

L'affidamento sorgerebbe in capo al privato in virtù del valore giuridico e reputazionale di cui la pubblica amministrazione gode in una data materia e in un dato settore rientranti fra le sue competenze.

Il giudice valuta se la posizione soggettiva è meritevole di tutela risarcitoria nella misura in cui le informazioni, rivelatesi poi fallaci, siano state rilasciate da un soggetto istituzionalmente qualificato che avrebbe dovuto essere consapevole della fiducia generata nei potenziali destinatari in merito alla serietà, correttezza e credibilità delle proprie esternazioni.

Tutte le ipotesi descritte non potrebbero che essere ricondotte alla responsabilità extracontrattuale per violazione del principio del *neminem laedere* che, insieme ai doveri di prudenza e diligenza, è norma primaria e limite esterno alla discrezionalità amministrativa, intesa come «potere della P.A. di apprezzare liberamente gli interessi pubblici»⁷⁴.

Per la sussistenza dell'illecito, occorrerà accertare l'influenza e la capacità persuasiva dell'informazione resa dal soggetto pubblico che avrebbe dovuto prevedere il conseguente condizionamento deleterio sul processo decisionale del soggetto ricevente.

di ottenere un'autorizzazione di smaltimento rifiuti per lo svolgimento di un'attività di riciclo dei residui lignei provenienti dalla produzione industriale di mobili.

⁷⁴ Sul punto la giurisprudenza è pacifica. Interessante al riguardo è la sentenza Cass. civ., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28460 relativa a un caso di lesioni fisiche e patrimoniali dovute al cedimento di un terreno e dell'edificio che su questo era stato costruito. Confermando la decisione del giudice di merito, la Corte di Cassazione ha stabilito che l'ente territoriale è tenuto ad accertare preventivamente, e già in sede di rilascio del provvedimento edilizio, la liceità complessiva del progetto, evitando di permettere lo svolgimento di un'attività costruttiva che sia incompatibile con il contesto territoriale e che determini un rischio per la pubblica incolumità. In particolare, la responsabilità dell'amministrazione comunale non dipende dal fatto di aver concesso la licenza edilizia omettendo di effettuare controlli sulla idoneità tecnica dell'attività di costruzione in quanto tale (e quindi in violazione di una norma sull'esercizio del potere), ma dal fatto di averla rilasciata pur sapendo che il progetto edilizio si sarebbe svolto in un'area di cui era nota la franosità e l'instabilità. Sulla base di questa valutazione è corretto ritenere che la condotta del comune sia stata una concausa dell'evento. In una precedente decisione (Cass. civ., sez. III, 29 aprile 1996, n. 3939), è stata accertata la responsabilità extracontrattuale della P.A. per i danni derivanti dal crollo di un fabbricato in quanto l'ente locale aveva ommesso, in violazione del principio del *neminem laedere*, qualsiasi accertamento preventivo sul terreno la cui instabilità era nota.

Nell'ambito dell'art. 2043 c.c., infine, la responsabilità dell'amministrazione non potrebbe essere riconosciuta per il solo fatto che la dichiarazione non corrisponde al vero e crea una apparenza difforme dalla realtà, ma è necessario che il danneggiato dimostri la colpa dell'agente, la quale potrebbe misurarsi anche secondo criteri di correttezza e perizia tecnico-professionali nella gestione e circolazione delle informazioni in possesso dell'amministrazione⁷⁵.

⁷⁵ In questo senso la fattispecie non differirebbe da altri casi di responsabilità civile conseguente a informazioni inesatte provenienti da soggetti qualificati. La dottrina civilistica sul punto è piuttosto vasta. Tra i molti contributi in materia si ricordano in particolare F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539; P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.; G. FACCI, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009. Un'ipotesi risalente ha riguardato le società di revisione e il rilascio di attestazioni non veritiere circa i dati di bilancio delle società revisionate causando così danni ai terzi (investitori, fornitori, finanziatori) che avevano riposto su tali certificazioni un affidamento incolpevole. Sul punto F. BONELLI, *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. Soc.*, 1979, 983. Più di recente, in merito alla responsabilità connessa alla circolazione di informazioni inesatte nelle relazioni economico-finanziarie, cfr. F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011. Infine il problema si è posto con riferimento all'attività delle società di *rating* su cui si vedano, tra gli altri, F. GRECO, *La responsabilità extracontrattuale delle agenzie di rating nei confronti dell'investitore*, in *Riv. dir. banc.*, 2013, 30 ss.; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 9 ss.; C. SCARONI, *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. e impr.*, 2011, 799 ss.; A. MAIETTA, *La responsabilità delle società di rating*, in *Danno e resp.*, 2015, 836 ss.

CAPITOLO VIII

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO COME GIUDICE DELLA RESPONSABILITÀ

ALCUNE QUESTIONI RELATIVE AL GIUDIZIO RISARCITORIO NELL'AMBITO DELLA GIURISDIZIONE DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: *1. L'ambito di applicazione dell'art. 30 CPA e le fattispecie ad esso sottese: alla ricerca dei confini della responsabilità dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi. 2. La natura sostanziale dell'interesse legittimo come premessa per lo sviluppo dell'apparato rimediabile: le tappe più significative dell'evoluzione degli orientamenti dottrinali. 2.1. Il rapporto tra giudizio impugnatorio e giudizio risarcitorio nell'ottica di una tutela adeguata alla natura sostanziale dell'interesse legittimo. 2.2. La questione della pregiudiziale amministrativa "mascherata". 3. La "lesione degli interessi legittimi" e la latitudine della giurisdizione del giudice amministrativo come giudice della responsabilità. 3.1. L'illegittimità dell'azione amministrativa e la lesione di interessi "esterni" rispetto al procedimento: il caso del danno da mero ritardo.*

1. L'ambito di applicazione dell'art. 30 CPA e le fattispecie ad esso sottese: alla ricerca dei confini della responsabilità dell'amministrazione per lesione degli interessi legittimi

Per completare la ricostruzione sistematica dell'illecito dell'amministrazione, è necessario a questo punto concentrare l'analisi sull'azione risarcitoria conseguente alla lesione degli interessi legittimi, che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo a norma del combinato disposto degli artt. 7 e 30 CPA.

Si è già avuto modo di osservare che la formulazione dell'art. 30 CPA è a tratti infelice, dal momento che richiama diverse fattispecie risarcitorie la cui corretta definizione è lasciata all'interprete¹.

¹ Per questo sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Questioni ancora attuali*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico*, cit., 317-318. Sui caratteri

La disposizione in parola disciplina l'azione (*rectius* le azioni) di condanna al risarcimento dei danni ingiusti derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. All'interno di questa categoria generale, il legislatore individua due ipotesi di illecito, vale a dire il risarcimento dei danni per lesione degli interessi legittimi (art. 30 co. 3) e quello derivante dalla inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 30 co. 4).

In queste ultime due ipotesi la tutela risarcitoria può essere esperita anche in via autonoma rispetto a quella impugnatoria.

Lo studio del contenzioso amministrativo risarcitorio che si intende condurre di seguito consentirà di apprezzare alcuni elementi evolutivi generali nella fisionomia del processo amministrativo e del suo oggetto.

Ai fini del presente lavoro, i punti maggiormente rilevanti sono essenzialmente due: il rapporto tra giudizio risarcitorio e giudizio impugnatorio² e le ricadute sostanziali del giudizio sull'illecito dell'amministrazione rispetto alla concezione dell'interesse legittimo che si sviluppa tra il procedimento e il processo.

Quanto al primo punto, occorre precisare che questo verrà affrontato non tanto nell'ottica della c.d. questione della pregiudiziale amministrativa, oggetto comunque di alcune osservazioni specifiche, quanto piuttosto con l'intento di verificare l'incidenza che i vizi di legittimità, intesi come motivi di ricorso e quindi come *causa petendi* della domanda di

dell'azione di responsabilità dell'amministrazione subito dopo l'entrata in vigore del CPA si rinvia alla bibliografia citata nel Capitolo I, nt. 12.

² Si intende seguire l'approccio espresso di recente da autorevole dottrina (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., in particolare 344-349) per cui l'incremento dei mezzi di tutela esperibili dai titolari dell'interesse legittimo nella giurisdizione amministrativa di legittimità non modifica la peculiare natura di questa posizione giuridica soggettiva, ma piuttosto completa l'assetto tradizionale del contenzioso nei confronti dell'azione amministrativa autoritativa. Sul sistema delle azioni di cui al CPA la letteratura è alquanto vasta. Per un quadro generale dei mezzi di tutela, senza pretesa di esautività, sia consentito rinviare a B. SASSANI, *L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.; R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, cit., 857 ss.; G. VERDE, *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 795 ss.

annullamento, hanno sulla pretesa al risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo³.

La riflessione svolta fornirà le premesse per affrontare il secondo approfondimento, che intende invece indagare e chiarire la possibile latitudine della c.d. "lesione degli interessi legittimi" cui si riferisce il comma terzo dell'art. 30 CPA.

L'obiettivo è quello di comprendere se questa espressione rinvii a un'interpretazione esclusivamente finalistica dell'interesse legittimo o se permetta di farvi rientrare anche i pregiudizi causati ai c.d. interessi procedurali o, più precisamente, alle facoltà e ai poteri⁴ strumentali di cui l'interesse legittimo si compone, secondo lo schema del rapporto «a struttura complessa» esposto nel precedente capitolo.

2. La natura sostanziale dell'interesse legittimo come premessa per lo sviluppo dell'apparato rimediabile: le tappe più significative dell'evoluzione degli orientamenti dottrinali

Il primo punto che si intende affrontare riguarda il rapporto tra il giudizio impugnatorio e il giudizio risarcitorio, considerando che il

³ A seguito dell'emanazione del CPA e nell'ambito di un processo amministrativo progressivamente atipico, autorevole dottrina ha evidenziato la necessità di scomporre la domanda giudiziale nel *petitum* e nella *causa petendi*. Sul punto si veda in particolare L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss. e in particolare 620-621 per cui la situazione giuridica posta alla base della pretesa imporrebbe al giudice un accertamento della stessa a prescindere dal contenuto specifico della domanda.

⁴ Il termine "poteri" va qui inteso nel significato datogli da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. Cardì, A. Nigro, Bologna, 2002 (I ed. 1973), 102, secondo cui le forme di protezione dell'interesse legittimo consistevano in poteri e, in particolare, nel potere di reagire all'emanazione di un atto amministrativo illegittimo (tanto di fronte al giudice amministrativo, quanto in via amministrativa) e nel potere di partecipare al procedimento amministrativo, così come di provocare l'esercizio dell'azione amministrativa dandovi inizio. In questo quadro va collocata anche la tesi del rapporto amministrativo che, per come inteso da Nigro, si configura allorché, con l'avvio del procedimento, si determinano gli obblighi di provvedere, di prendere in considerazione gli interessi pubblici e privati interessati dallo svolgimento dell'azione e di motivare in ordine alla loro valutazione e alla decisione infine assunta.

primo è stato storicamente il modello di tutela dominante nel processo amministrativo.

Al riguardo, si è soliti ricordare che proprio l'introduzione dell'azione risarcitoria nella giurisdizione di legittimità ha accostato un sindacato sul rapporto al tradizionale sindacato sull'atto, mettendo in crisi il modello classico del contenzioso amministrativo incentrato sull'azione di annullamento.

Come è stato correttamente evidenziato⁵, questo cambiamento nella prospettiva rimediabile si è rivelato necessario per garantire l'effettività del diritto sostanziale amministrativo e per allineare ad esso il corrispondente sistema di tutela⁶.

La Costituzione configura infatti l'interesse legittimo come la situazione giuridica soggettiva che, insieme al diritto soggettivo, determina il complesso della tutela che l'ordinamento giuridico riconosce agli interessi individuali.

⁵ Così si è espresso molto efficacemente B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss. e in particolare 603. Si veda, inoltre, dello stesso Autore, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001.

⁶ Chiaramente questo tema ha una portata ben più ampia di quella funzionale al tema oggetto del presente lavoro incidendo sul problema del rapporto tra diritto processuale e diritto sostanziale. Una volta accolta la tesi per cui l'apparato rimediabile non precede il riconoscimento dei diritti, ma è il processo a dover farsi strumento dei bisogni di tutela sostanziale secondo uno schema essenzialmente atipico, sono emersi con sempre maggiore evidenza i limiti del processo amministrativo legato a una concezione quasi esclusivamente impugnatoria. Sul punto è imprescindibile il pensiero di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1944, 50, secondo cui «nel diritto moderno le azioni sono tante quante sono le norme che possono attuarsi (quanti sono, cioè, i diritti soggettivi previsti dal diritto sostanziale) e non hanno necessariamente e rigorosamente un nome» e di A. PROTO PISANI sin da *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e Giur.*, 1978, 1 ss. Quest'ultimo Autore ha approfondito il tema dei limiti insiti nella fisionomia tradizionale della giurisdizione amministrativa. Al riguardo si vedano A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, V, 2001, 21 ss.; ID., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, V, 2009, 369 ss.; ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, V, 2012, 1 ss.

Per questa ragione la giustizia amministrativa, come quella civile, deve essere improntata a logiche soggettive efficaci ed effettive⁷, nonostante le tecniche di protezione degli interessi possano variare da un ordine giurisdizionale all'altro in quanto, ad avviso di chi scrive, si tratta pur sempre di situazioni giuridiche diverse e previste da tipologie di norme differenti⁸.

Il percorso dottrinale diretto a definire la natura sostanziale dell'interesse legittimo ha affiancato, dunque, quello relativo all'oggetto del processo amministrativo con l'obiettivo di adeguare quest'ultimo⁹ al

⁷ Così già E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 1 ss. e in particolare 9, dove si sottolinea che gli artt. 24 e 113 sanciscono la completezza della tutela giurisdizionale del cittadino. La rilevanza della Costituzione in merito alla nozione sostanziale dell'interesse legittimo è ripresa da F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 184-185.

⁸ In tema è sempre suggestivo il pensiero di A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss. e in particolare 151-152, secondo cui il *proprium* dell'interesse legittimo sta nella sua riconduzione al c.d. ordinamento amministrativo e ne costituisce la posizione soggettiva centrale. Esso è protetto quindi dalle norme di azione (la cui inosservanza costituirà la *causa petendi* della sua pretesa giurisdizionale) o da una norma posta dalla stessa amministrazione per il perseguimento dei propri interessi. Dal momento che tale protezione deve essere "voluta" dalla p.a. (per cui non può escludersi che la norma amministrativa si identifichi con il contenuto dispositivo e costitutivo di un provvedimento puntuale), è necessario che l'amministrazione valuti la protezione dell'interesse del singolo come funzionale al perseguimento dei propri interessi (*rectius* alla soddisfazione dell'interesse pubblico). In tema si veda anche A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 145-147.

⁹ Sull'evoluzione della giustizia amministrativa si veda da ultimo G.D. COMPORI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol. VII, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 7 ss. Nel tempo il tema è stato affrontato da autorevole dottrina, tra cui si ricorda: V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; G. MIELE (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1968; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1970, 589 ss.; G. BERTI, *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1861 ss.; E. CAPACCIOLI, *La funzione del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Milano, 1978, 133

l'evoluzione che, sul piano sostanziale, individuava una dimensione procedimentale del rapporto tra privato e pubblica amministrazione e arricchiva i parametri di legittimità dell'azione amministrativa anche nell'interesse del singolo.

Di fronte all'azione tipica di annullamento, il primo segnale di cambiamento è andato nella direzione di distinguere le situazioni giuridiche rilevanti rispetto all'esercizio del potere.

L'interesse privato protetto era infatti alla base di due vicende giuridiche distinte: una aveva origine con l'emanazione del provvedimento e trovava tutela nel processo amministrativo, l'altra si collocava invece in un momento precedente all'atto e consentiva al soggetto di esercitare tutte le facoltà previste dalle norme di azione all'interno del procedimento.

Secondo questa concezione, l'interesse legittimo in senso stretto si identificava con la prima delle due situazioni evidenziate e sorgeva quindi al momento della lesione, rappresentando, per così dire, una sorta di potere o diritto di annullamento¹⁰.

ss.; M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, V, 1978, 161 ss.; F. MERUSI, *L'«ingiustizia amministrativa» in Italia*, in F. MERUSI, G. SANVITI (a cura di), *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, 9 ss.; E. CASSETTA, *Relazione introduttiva*, in *Atti del Convegno celebrativo. Cento anni di giurisdizione amministrativa. Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Torino, 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996, 3 ss.; L. MAZZAROLLI, *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, *ivi*, 201 ss.; S. CASSESE, *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 422 ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005; A. POLICE, *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 al c.p.a.*, in *AA.VV.*, *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Roma, 2011, 77 ss.; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.; L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss.; R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.

¹⁰ Punto di riferimento essenziale per l'elaborazione di questa tesi, che è stata decisiva e determinante per gli sviluppi successivi, è l'opera di M.S. GIANNINI e A. PIRAS. In particolare va attribuito a quest'ultimo l'articolazione della teoria individuata origi-

Il problema veniva così affrontato tenendo in debito conto le peculiarità connesse al regime di annullabilità degli atti giuridici, con esiti che possono essere ritenuti ancora oggi di significativo valore dogmatico.

L'atto annullabile è infatti un atto invalido, ma efficace, che per questo modifica la realtà giuridica anteriore e determina l'insorgere di nuove situazioni rilevanti per l'ordinamento; tra queste ultime vi sarebbe il potere di impugnare l'atto e di determinarne l'annullamento¹¹, che è attribuito dal diritto positivo a uno o più soggetti specifici.

In questa prospettiva, i vizi di legittimità dell'atto rilevanti sul piano sostanziale diventano i motivi dell'impugnazione, ovvero la *causa petendi* della domanda di annullamento.

Non è un caso che la dottrina più autorevole, già in precedenza, avesse precisato che i vizi del provvedimento amministrativo rimango-

nariamente dal Maestro già nelle *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 273. Viene escluso che l'interesse legittimo possa preesistere alla emanazione ed efficacia del provvedimento amministrativo lesivo. In altre parole, l'interesse legittimo diventa rilevante per il diritto solo una volta pregiudicato, quando cioè possa essere esercitato nelle forme del potere di annullamento. A fronte delle norme che prevedevano poteri privati prima dell'emanazione dell'atto, e quindi durante il procedimento, si poteva riconoscere un interesse protetto, ma inattivo, tale da definire la posizione del singolo in un rapporto amministrativo dove dominava l'interesse pubblico. Così A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II - *L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962, 244 e, ancora, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., e *ivi*, 1964, 12 ss. e 217 ss.

¹¹ Così N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 2765 ss. e in particolare 2767, descrive l'annullabilità degli atti come fenomeno di risolubilità degli effetti sottolineando che l'atto annullabile produce senz'altro un effetto duraturo e irreversibile, vale a dire la costituzione, in capo a uno o più soggetti, del potere di impugnarlo. In questo modo, in particolare per gli atti pubblici, si realizza quello che A.J. Merkl individuava come il c.d. calcolo del vizio o calcolo erroneo (*Fehlerkalkül*) ovvero quell'istituto giuridico di diritto positivo «che consente giuridicamente di imputare allo Stato atti normativi che non rispettano tutte le condizioni di diritto positivo per la loro emanazione e quindi per la loro validità». In questo modo si comprende la differenza con il giudizio di nullità implicito nella norma che statuisce i requisiti dell'atto. A.J. MERKL, *Justizirrtum und Rechtswahrheit* (1925), in H. KELSEN, A.J. MERKL, A. VERDROSS, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, I, Wien, 1968 (rist. 2010), 195 ss. e in particolare 201.

no una categoria generale, mentre i motivi del ricorso sono una loro concreta specificazione che qualifica la domanda¹².

Rispetto al tema del rapporto tra interesse legittimo sostanziale e processo amministrativo, rimaneva tuttavia centrale l'interesse individuale – i.e. il bene della vita – di cui il primo costituiva, in fondo, un mezzo di realizzazione eventuale in quanto questa non era garantita direttamente dall'ordinamento nei confronti dell'amministrazione.

Tale sostrato materiale dell'interesse legittimo, pur rimanendo estraneo all'ordinamento amministrativo, finiva per rappresentare l'elemento di congiunzione tra procedimento e processo e legittimava la proposizione del ricorso costituendo di fatto la concreta esigenza di tutela a cui il giudizio doveva dare risposta¹³.

¹² E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 176-177. Sulla meritevolezza e fondatezza della tesi che si sviluppa in relazione alla questione della identificazione delle azioni nel processo amministrativo cfr. A. AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, 64 ss., in particolare 68-69.

¹³ Si richiama qui la tesi di A. ROMANO, *Interessi legittimi*, cit., 160-163, secondo cui l'ordinamento amministrativo e la violazione delle norme che lo compongono circoscrive l'oggetto della cognizione del giudice amministrativo. L'ordinamento amministrativo va tuttavia inserito nell'ordinamento generale dove si colloca l'interesse individuale che nel processo amministrativo svolge il ruolo di «fattore legittimante la proposizione del ricorso» (162). In senso in parte analogo vanno anche le osservazioni di F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, 136-137 che ricostruisce in senso critico il rapporto tra interessi procedurali e interessi legittimi sostanziali riproponendo in un certo senso la tesi della duplicazione delle posizioni giuridiche soggettive. Così secondo l'Autore se è condivisibile «individuare posizioni giuridicamente rilevanti del cittadino nell'ambito del procedimento, altrettanto inesatto è accomunarle alle posizioni che si determinano ad attività svolta e che assumono un significato assolutamente tipico e specifico quando l'attività è stata insoddisfacentemente svolta: qui infatti si parla solo di pregiudizio subito e di reazione contro la pubblica amministrazione, cioè di tutela giurisdizionale; lì di situazioni di interesse, che aspirano ad influire sull'esercizio del potere» (nt. 9). In un certo senso già G. Miele aveva avviato le riflessioni sul carattere sostanziale dell'interesse legittimo accostando i due “piani” in cui lo stesso va inquadrato. Sul piano della tutela, la posizione di vantaggio del singolo sussiste entro il perimetro del controllo di legittimità dell'azione rispetto alle norme che la disciplinano. Sulla base di criteri extragiuridici, tuttavia, il titolare è protetto nella misura in cui la pubblica amministrazione deve fare un buon uso del suo potere facendo convergere gli interessi rilevanti. Si trattava evidentemente di una tutela ulteriore degli interessi che si

Da questa prospettiva gli effetti, anche conformativi, della decisione di annullamento erano solo parzialmente soddisfattivi, soprattutto per quanto concerne gli interessi pretensivi, dal momento che essi si limitavano, nella migliore delle ipotesi, a dettare le regole d'azione per il successivo agire della pubblica amministrazione.

La svolta teorica più significativa nella configurazione dell'interesse legittimo sostanziale è, quindi, debitrice della valorizzazione che questa figura ha avuto all'interno del procedimento e ai fini dell'apprezzamento che l'amministrazione è tenuta a riservarle in vista del perseguimento dell'interesse pubblico e di una legalità che ha assunto con crescente evidenza una connotazione sostanziale e concreta¹⁴.

In questo senso, appariva indubitabile che le norme sul procedimento riguardassero e tutelassero anche quegli interessi privati che concorrevano alla definizione in concreto dell'interesse pubblico, solo astrattamente prefigurato dalla legge. La definizione di quest'ultimo doveva essere, infatti, il risultato di un coordinamento tra i molteplici interessi pubblici e privati emersi nell'iter procedimentale amministrativo¹⁵ in vista della decisione finale¹⁶.

spingeva oltre il confine della legittimità, ma che, secondo il pensiero dominante dell'epoca, non poteva che qualificarsi come un interesse semplice. Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1966, 55-56.

¹⁴ In tema, fondamentale è la voce di F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss. Tra le diverse prospettive ricostruttive dirette a risolvere la legittimità non solo in rapporto ai parametri fissati dal diritto positivo viene richiamata anche quella di E. CASSETTA, *Attività ed atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss. per cui la legge attributiva del potere prefigura un interesse pubblico alla cui cura e perseguimento l'atto è preordinato. La legittimità impone che vi sia l'accertamento degli interessi in vista dei quali l'atto è previsto dall'ordinamento.

¹⁵ La felice espressione è, come è noto, tratta da F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss. Secondo R. FERRARA, *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso*, cit., 245, il procedimento amministrativo e la logica ad esso sottesa rappresentano il profilo emblematico per analizzare e comprendere la specialità del diritto amministrativo. In questo le norme sul procedimento consentirebbero una sorta di «decisione sulle forme giuridiche della decisione» dove gli interessi pubblici e privati si incontrano e confrontano in dinamiche di bilanciamento e ponderazione. Il provvedimento finale non potrà quindi prescindere del tutto da quanto i privati hanno rappresentato nel corso della sequenza procedimentale nella

Proprio rispetto alle norme che dirigono e scandiscono il concreto dispiegarsi della funzione, viene identificata una nuova dimensione degli interessi legittimi, che si affrancano progressivamente dall'interesse materiale per assumere un contenuto autonomo e peculiare¹⁷.

Sul punto sono emblematici alcuni esempi tratti da un noto saggio¹⁸, imprescindibile in materia, che insieme ad altri ha tratto origine dal dibattito avviato nell'ambito del Convegno di Napoli del 1963 sulla risarcibilità dei danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo.

Secondo il noto Autore, in una procedura concorsuale vi sarebbero tanti interessi legittimi quante sono le norme che impongono all'amministrazione precedente: i) di consentire ai candidati di dimostrare al

speranza di giungere a una mediazione favorevole degli interessi in gioco (così 245 e 252).

¹⁶ Proprio il venir meno della aprioristica immedesimazione tra ordinamento e amministrazione pubblica, per cui l'interesse espresso da quest'ultima si identificava con quello riconducibile al primo, ha consentito di valorizzare il ruolo del cittadino come «elemento costitutivo dell'interesse pubblico generale» dato il ruolo creativo dell'apparato nella definizione del risultato amministrativo. Questa dinamica evolutiva spiegherebbe altresì il risalto dato progressivamente alle forme di responsabilità dell'amministrazione e alle nuove esigenze di tutela (anche risarcitoria) del privato. Così A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, 966 ss. In tema si veda anche M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, in particolare 67-129.

¹⁷ Nel procedimento si realizza l'effettiva partecipazione del cittadino al processo decisionale pubblico consentendo il pieno esercizio della sua libertà attiva e realizzando quella che la miglior dottrina ha definito demarchia, ovvero la cooperazione e collaborazione dei destinatari della funzione pubblica alla formazione del risultato amministrativo. Imprescindibile sul punto il riferimento a F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 e ora anche in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2006, 869 ss. Sulla visione dinamica del procedimento amministrativo in senso funzionale si veda, inoltre, G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento. Contributi alle iniziative legislative in corso*. Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, 33 ss.

¹⁸ Si vuole fare riferimento a E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963, pubblicato in forma provvisoria e poi riprodotto nella sua formulazione originaria con modifiche essenzialmente formali, l'aggiunta di note e della postilla nella raccolta *Diritto e processo*, Padova, 1978, 100 ss.

meglio le proprie capacità; ii) di valutarli in condizioni di parità; iii) di organizzare la selezione in modo congruo e opportuno e iv) di nominare una commissione adeguata a garantire gli obiettivi da raggiungere all'esito della procedura selettiva.

In senso analogo, rispetto ad un provvedimento di natura ablatoria o comunque restrittiva, dove è più evidente la presenza e la potenziale lesione di un bene della vita materiale, l'interesse legittimo mantiene pur sempre un oggetto diverso da quest'ultimo riferendosi, per esempio, alle modalità con cui il bene deve essere espropriato o requisito.

Da queste riflessioni si è sviluppata, infine, la corrente dottrinale che ha accentuato la natura soggettiva e strumentale della posizione giuridica del privato rispetto al potere amministrativo.

L'oggetto specifico dell'interesse legittimo è il comportamento della pubblica amministrazione che, nella prospettiva del singolo, è a propria volta funzionale a ottenere, attraverso un provvedimento finale favorevole, un bene della vita da acquisire al proprio patrimonio (se pretensivo), oppure a evitare di perdere un'utilità che fa già parte della propria sfera giuridica (se oppositivo), grazie a un provvedimento che abbia perciò contenuto non pregiudizievole.

Il concetto di strumentalità associato all'interesse legittimo può essere letto quindi in una duplice prospettiva.

Se l'interesse legittimo è messo in relazione all'interesse materiale che il titolare vuole acquisire o conservare, è chiaro che quest'ultimo non è garantito direttamente dall'ordinamento, altrimenti sarebbe oggetto di un diritto soggettivo.

L'esito sperato dipende, infatti, dal contenuto favorevole (o non sfavorevole) del provvedimento amministrativo. L'interesse legittimo diviene allora una situazione giuridica sostanziale sì, ma strumentale rispetto all'interesse finale la cui soddisfazione è incerta se misurata sul piano dell'ordinamento generale¹⁹.

Se invece l'interesse legittimo viene inquadrato rispetto all'esercizio del potere amministrativo, esso è strumentale alla definizione in concreto dell'assetto di interessi favorevole al singolo. In questo modo la situazione giuridica soggettiva nei confronti dell'amministrazione acqui-

¹⁹ F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.

sta un oggetto specifico e una piena portata sostanziale direttamente protetta dalle norme pubblicistiche (o di/sulla azione). In vista della sua realizzazione, data dall'emanazione dell'atto, essa è altresì affiancata da interessi che sono funzionali al raggiungimento di questo obiettivo, primi fra tutti gli interessi di natura procedimentale.

2.1. Il rapporto tra giudizio impugnatorio e giudizio risarcitorio nell'ottica di una tutela adeguata alla natura sostanziale dell'interesse legittimo

Prendendo le mosse dalla concezione di interesse legittimo delineata in chiusura del precedente paragrafo, e quindi come interesse di natura sostanziale ma strumentale rispetto all'esito dell'azione amministrativa e all'assetto di interessi da questa risultante, si avvertono i limiti della tutela meramente annullatoria rispetto all'apprezzamento della pluralità e varietà degli interessi coinvolti nell'esercizio della funzione²⁰.

Vale solo per il giudizio impugnatorio, infatti, quanto affermato da autorevole dottrina, ovvero che è in fondo poco (o per nulla) rilevante definire se e in che misura le norme concernenti il potere amministrativo abbiano (anche) un contenuto protettivo di interessi privati.

Con l'azione di annullamento, infatti, l'interesse legittimo non è tutelato sulla base di norme che possano dirsi poste nell'interesse del privato, in quanto costui può far valere in giudizio qualunque vizio di legittimità utile per ottenere l'accoglimento della sua domanda²¹.

²⁰ Sul punto A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 972 avverte che l'interesse legittimo non ha mai rappresentato una categoria realmente omogenea di interessi protetti in quanto ha rappresentato un'espressione giuridica di sintesi in rapporto ad una tutela unitaria in cui centrale era il controllo di legittimità dell'azione. Il tema è ripreso anche in ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss.

²¹ Così L. MAZZAROLLI, *Giustizia amministrativa. Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, 1874. Occorre precisare, tuttavia, che l'affermazione per cui la natura protettiva della norma violata non è una questione così significativa ai fini della tutela annullatoria non significa certo ritenere che le norme sul potere amministrativo non possano proteggere anche l'interesse privato.

Diverso è invece il caso dell'azione risarcitoria²² rispetto alla quale il giudice, anche amministrativo, è chiamato ad accertare: i) che l'interesse legittimo sia stato leso *in concreto*; ii) che a tale lesione siano riconducibili i danni dedotti dal privato e iii) che tali danni, anche alla luce di un giudizio controfattuale, non si sarebbero prodotti se l'amministrazione si fosse determinata legittimamente o, meglio, se non avesse colposamente violato la(e) norma(e) invocata(e)²³.

In questo modo, nel giudizio risarcitorio, i vizi dell'atto e soprattutto i presupposti fattuali ad essi sottesi diventano i veri e propri motivi della domanda e i fatti costitutivi della pretesa risarcitoria, la quale dovrà

A tal riguardo è significativo l'esempio riportato dall'Autore per giustificare la propria tesi relativa al procedimento espropriativo e alla norma che impone all'amministrazione di redigere lo stato di consistenza dei beni espropriati. Per un verso, è innegabile che tale norma sia posta anche (e forse soprattutto) nell'interesse di colui che subisce l'atto ablatorio. Per altro verso, quando costui fa valere l'interesse legittimo in un contenzioso di annullamento non è tenuto a far valere quella norma o le altre che siano poste (anche) nel suo interesse. Tali norme, infatti, «concorrono (se ve ne fosse bisogno) a giustificare il riconoscimento che l'espropriando è titolare di interesse legittimo, ma una volta che un tale interesse possa predicarsi esistente l'azione rivolta alla sua tutela può coinvolgere tutte le norme disciplinanti il potere amministrativo, senza che abbia alcun rilievo quali tra esse possano considerarsi poste anche a tutela dell'interesse privato e quali no».

²² E questo sia che si ritenga risarcibile il solo bene della vita finale, sia che si riconosca la meritevolezza della tutela dell'interesse legittimo in senso autonomo. Sull'oggetto della tutela risarcitoria in caso di lesione degli interessi legittimi cfr., da ultimo, F.G. SCOCA, *Interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 274-337 e 422-425. Sul fatto che la tutela risarcitoria confermerebbe la dimensione finalistica dell'interesse legittimo, v. G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1126 ss. Quest'ultima tesi trova sostegno nella posizione della Cassazione a partire già dalla svolta "epocale" del 1999.

²³ In senso analogo si esprimeva anche G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli, dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, 29 ss. e in particolare 32.

dimostrare la sussistenza di un «nesso di causalità tra il vizio che inficia il provvedimento e il contenuto del provvedimento stesso»²⁴.

Questa precisazione non solo aiuta a comprendere il principio di autonomia che nel nostro ordinamento ispira il rapporto tra tutela annullatoria e risarcitoria, ma contribuisce anche a stigmatizzare quel fenomeno di iperprotezione di alcuni interessi legittimi, e in particolare di quelli oppositivi, rispetto ai quali l'annullamento dell'atto è ritenuto spesso elemento sufficiente per dimostrare l'ingiustizia del danno subito²⁵.

Se, per esempio, la lesione di un interesse oppositivo fosse avvenuta a seguito dell'emanazione di un provvedimento sanzionatorio, sarebbe più opportuno distinguere il caso in cui quest'ultimo difetti dei presupposti predeterminati dalla legge, da quello in cui sia sostanzialmente fondato, ma infligga una sanzione eccessiva e sproporzionata. In questa seconda ipotesi, a fronte di un comportamento magari *non iure* dello stesso danneggiato, si dovrebbe ritenere che costui non ha titolo a un pieno ristoro del danno sofferto²⁶.

²⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 633, che ha interpretato in questo modo anche il giudizio prognostico per come originariamente indicato dalle Sez. Un. della Cassazione nel 1999.

²⁵ Così, prima ancora della sentenza n. 500 del 1999, A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 973. La decisione della Cassazione perpetrava questa tendenza dell'ordinamento, portando a ritenere che vi fossero interessi incondizionatamente risarcibili e interessi risarcibili solo in ragione di determinate circostanze. Sul punto cfr. F.G. COCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss. Di un fenomeno analogo si parla talvolta anche in un altro senso ovvero rispetto ai quei casi in cui l'illegittimità meramente formale dell'atto rende iperprotetto l'interesse legittimo dedotto in giudizio anche se di natura impugnatoria. In questo senso oltre a A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, 967 si veda anche L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss. e in particolare 107, il quale affronta la questione con riferimento alla portata dell'art. 21 *octies* co. 2 della legge n. 241 del 1990.

²⁶ In alcune occasioni la giurisprudenza mostra di seguire questa impostazione. Così, a fronte di un'ordinanza sindacale che anticipava, per alcuni mesi, l'orario di chiusura di un esercizio per la vendita di generi alimentari e bevande, il giudice amministrativo ha riconosciuto al privato il risarcimento del danno per il mancato profitto subito nel periodo di vigenza dell'atto precisando che quest'ultimo era stato emanato con riferimento a fatti e circostanze prive della connotazione emergenziale richiesta *ex lege* per

Riconoscere in sede risarcitoria una rilevanza decisiva alla particolare natura dei vizi di legittimità dedotti in sede di annullamento era, del resto, un approccio tipico del giudice ordinario di merito quando, prima del 1999, la sua competenza in materia risarcitoria per i danni consequenziali all'annullamento dell'atto non era messa in discussione²⁷.

Emblematica, a tal riguardo, è una sentenza della Corte di Cassazione su una vicenda precedente al 1999 in cui la domanda risarcitoria nei confronti di un Comune è stata rigettata sull'assunto che, a fronte dell'annullamento della revoca di una licenza edilizia per motivazione lacunosa e mancato bilanciamento degli interessi in gioco, non poteva configurarsi il diritto al risarcimento in quanto la caducazione del provvedimento per quei motivi non dimostrava che lo *ius aedificandi* spettasse in concreto al privato e che il progetto edilizio fosse di fatto realizzabile²⁸.

Più in generale la Cassazione affermava che, a prescindere dal giudicato amministrativo sull'illegittimità dell'atto, il giudice ordinario poteva comunque apprezzare in via autonoma gli elementi di sussistenza dell'illecito della pubblica amministrazione in virtù della documentazione allegata alla domanda e, solo in via subordinata, sulla base delle valutazioni contenute nella decisione del giudice amministrativo²⁹.

Ex post si può senz'altro dubitare della compatibilità di queste affermazioni con il dettato costituzionale in tema di riparto tra le giurisdizioni. Il giudice ordinario finiva, infatti, per accertare la lesione non del diritto, ma della sua proiezione rispetto ai contenuti dell'azione amministrativa, pronunciandosi quindi su un interesse legittimo.

Le considerazioni svolte dalla Cassazione si ritengono tuttavia corrette nel merito e devono valere a maggior ragione per guidare il sindacato del giudice amministrativo nell'accertamento della lesione dell'interesse legittimo.

la legittimità del potere esercitato. Così, TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 24 agosto 2010, n. 4876.

²⁷ Non si può escludere che così facendo il giudice ordinario eccedesse l'ambito della propria giurisdizione.

²⁸ Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2006, n. 8244.

²⁹ In questo senso si veda ancora più di recente Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7115.

Giunti a questo punto si può quindi porre la questione della necessaria corrispondenza tra vizi di legittimità ed elementi costitutivi della domanda risarcitoria nel caso in cui il singolo esperisca l'azione risarcitoria dopo aver ottenuto la tutela costitutiva a norma dell'art. 30, co. 5, CPA.

In quest'ottica, è utile richiamare quanto osservato per il modello francese in relazione alle ricadute processuali dell'*illégalité fautive* e ipotizzare che anche nell'ordinamento interno il ricorrente possa dedurre, al fine di provare la responsabilità dell'amministrazione, vizi e motivi di illegittimità diversi e ulteriori rispetto a quelli individuati nel giudizio impugnatorio.

Non si può del resto escludere che nel giudizio risarcitorio l'illegittimità dell'atto sia un sintomo del più ampio concetto di antigiridicità, integrata invece dalla violazione dei più generali doveri di *neminem laedere*, correttezza e buona fede.

A parere di chi scrive quest'ultima affermazione non vale ad escludere la giurisdizione amministrativa in materia risarcitoria.

L'oggetto del giudizio non è infatti, come talvolta ritiene la giurisprudenza, l'illegittimità dell'atto, ma la lesione dell'interesse legittimo che va accertata nell'ambito della disciplina generale dell'illecito aquiliano, il quale ha una struttura atipica e richiede il bilanciamento tra l'interesse (privato) del danneggiato e l'interesse (pubblico) del danneggiante.

Come si è anticipato nel precedente capitolo, ci si trova di fronte alla lesione di un interesse legittimo per il solo fatto che il privato lamenta un danno connesso all'aspettativa che egli riponeva su un determinato assetto di interessi e che poteva realizzarsi solo a seguito dell'emanazione di un provvedimento (favorevole nel suo interesse).

L'illegittimità dell'atto sarebbe quindi condizione necessaria (anche se non sufficiente) per la tutela aquiliana dell'interesse legittimo esclusivamente nel caso in cui il danno si identifichi con la lesione del bene della vita materiale cui l'interesse legittimo si collega, in linea con gli approdi della sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione³⁰.

³⁰ Punto 9 della motivazione.

2.2. La questione della pregiudiziale amministrativa “mascherata”

A differenza che nel diritto francese, nel sistema italiano il rapporto di autonomia tra le azioni è mitigato dalla previsione contenuta nell’ultima parte dell’art. 30, co. 3, CPA, secondo cui il giudice può rigettare nel merito la pretesa risarcitoria per quei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza e sperando i mezzi di tutela che l’ordinamento prevede a garanzia del suo interesse legittimo sostanziale. Si tratta di un rinvio implicito all’art. 1227 c.c.

L’applicazione da parte della giurisprudenza³¹ della disposizione *de qua* ha finito tuttavia per snaturarne la reale portata, avvalorando l’idea che il legislatore abbia voluto introdurre una sorta di pregiudiziale amministrativa “mascherata”, operante sul piano sostanziale e non più su quello processuale, quale condizione di ammissibilità della domanda risarcitoria³².

La tendenza è stata quella di utilizzare l’argomento del mancato esperimento dell’azione di annullamento (o della mancata richiesta di esercizio dell’autotutela amministrativa) per rigettare *tout court* la domanda risarcitoria, senza valutare l’effettiva incidenza causale dell’omessa impugnazione e rimozione degli effetti dell’atto sul verificarsi del danno o della sua entità.

Come anticipato dalla dottrina più autorevole³³ e come precisato, poi, dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011,

³¹ Sul punto si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1781 e Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 820.

³² Come è stato acutamente sostenuto, questa previsione finisce per indebolire ulteriormente l’autonomia della tutela risarcitoria, soprattutto se letta in combinato disposto con il termine di decadenza cui l’azione è soggetta. In questo senso, F. CORTESE, *L’Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 962 ss.

³³ Coloro che anche prima dell’entrata in vigore del CPA avevano proposto l’applicazione dell’art. 1227 co. 2 c.c. ai casi di proposizione autonoma dell’azione risarcitoria inquadravano questa proposta nell’ambito della azionabilità del rimedio nell’ordinario termine di prescrizione quinquennale. In dottrina cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001, 399, F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 47 ss., A. ROMANO TASSONE, *Sul problema della “pregiudiziale amministrativa”*, in G. FAL-

si deve ritenere che l'art. 30 CPA richiami il solo comma secondo dell'art. 1227 c.c., a norma del quale il risarcimento è diminuito se e nella misura in cui il fatto colposo del creditore abbia contribuito a cagionare il danno³⁴.

Il meccanismo previsto dal Codice, infatti, dovrebbe operare principalmente sul piano eziologico, in quanto il giudice della responsabilità è chiamato a verificare, sulla base di un giudizio causale di tipo ipotetico, se il danno si sarebbe evitato a fronte di una tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento lesivo e dannoso³⁵.

Significativo è anche il riferimento, contenuto nella stessa decisione del 2011, ai principi di buona fede e solidarietà circa l'uso dei mezzi processuali.

La soluzione interna è in parte accostabile al principio della *Primärrechtsschutz* di derivazione tedesca. Questo è infatti temperato dai canoni di diligenza e buona fede (*Treu und Glauben*) che permettono di escludere una rigida pregiudizialità tra le azioni ove: i) i rimedi specifici siano troppo onerosi per l'interessato; ii) le prospettive di accoglimento dei ricorsi non possano essere valutate agevolmente o iii) i motivi di illegittimità dell'azione non siano stati facilmente percepibili e identificabili.

L'ordinamento nazionale si pone, inoltre, in linea con gli approdi del giudice europeo il quale, con riferimento alle posizioni giuridiche garantite direttamente dall'ordinamento sovranazionale, consente che a livello interno la tutela risarcitoria sia condizionata all'esperimento di

CON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 286; C. CONSOLO, *Problemi del nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge 205 del 2000*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse*, cit., 322-323, M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 243. Il tema del (difficile) coordinamento tra azione di annullamento e azione risarcitoria è ripreso anche da F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503 ss.

³⁴ Su tali profili si veda da ultimo A. GIANNELLI, *Responsabilità della pubblica amministrazione. b) Profili processuali*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, 819 ss. e in particolare 827-831.

³⁵ Cons. Stato, Ad. pl., n. 3 del 2011, punto 3.2 della motivazione.

strumenti di garanzia diversi a patto che siano previsti criteri di scusabilità.

In virtù di un principio generale e comune agli ordinamenti giuridici, infatti, la persona lesa deve sempre essere in grado di dimostrare di aver agito con diligenza anche dal punto di vista della difesa dei propri interessi³⁶.

Infine, sul piano sistematico, ma anche di politica del diritto, si può sostenere che la soluzione italiana risponde al rischio che una piena autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella annullatoria finisca con l'assegnare all'azione di responsabilità una funzione quasi *correttiva* dell'invalidità.

La scelta della parte in relazione ai rimedi esperibili potrebbe così determinare quasi una sorta di *convalida onerosa* del provvedimento illegittimo e dannoso, qualificando come un danno anche quell'utilità che, lungi dall'essere definitivamente compromessa al momento del perfezionarsi degli effetti lesivi, sarebbe garantita dall'esecuzione della sentenza di annullamento o dal nuovo esercizio dell'azione amministrativa³⁷.

³⁶ Si vedano al riguardo le già citate *Günter Fuß v. Stadt Halle* (C-429/09, punti 76 e 77 della motivazione) e *Mulder e a. v. Consiglio e Commissione* (cause riunite C-104/89 e C-37/90, in particolare punto 30 della motivazione).

³⁷ Nel diritto privato perplessità analoghe sono state sollevate con riferimento al rapporto tra azione di annullamento del contratto e tutela risarcitoria da M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in ID., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 467 ss., il quale critica la deriva correttiva espressa talvolta dalla giurisprudenza di legittimità. Il rischio si aggraverebbe ove la logica correttiva portasse a intravedere una facoltà del giudice di ricorrere alla tutela compensativa in luogo dell'annullamento dell'atto nei casi in cui quest'ultimo pregiudichi in modo consistente l'interesse pubblico o quello di terzi coinvolti nella vicenda amministrativa. Il problema non è meramente ipotetico, dal momento che la questione è stata portata all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con sentenza n. 4 del 2015, ha stabilito l'impossibilità per il giudice di procedere *ex officio* alla condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati in luogo del loro annullamento. Il principio della domanda, infatti, non può essere frustrato dalla considerazione che l'annullamento, rispetto al quale il privato conserva interesse, possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti. Un ragionamento in parte analogo è stato svolto da A. Police con riferimento al tema della responsabilità aquiliana a fronte

3. La “lesione degli interessi legittimi” e la latitudine della giurisdizione del giudice amministrativo come giudice della responsabilità

Dalle riflessioni condotte sul rapporto tra le azioni nel processo amministrativo, si possono trarre utili considerazioni anche in ordine alla ricostruzione di quelle fattispecie risarcitorie che implicano la lesione di un interesse legittimo e che per questo rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo e possono essere tutelate tramite un’azione in via autonoma nel rispetto del termine decadenziale di cui al comma terzo dell’art. 30 CPA.

Negli ordinamenti in cui si propende per una concezione atipica dell’illecito, come in Francia, nell’Unione europea e teoricamente in Italia, la meritevolezza di tutela risarcitoria degli interessi non è necessariamente cristallizzata a monte, ma può emergere in concreto anche (solo) nel giudizio di responsabilità, che si qualifica perciò come strumento di tutela a spettro generale.

Seguendo questa linea interpretativa e riprendendo alcune delle osservazioni svolte nei precedenti paragrafi, il privato può dedurre in sede risarcitoria la lesione di molteplici interessi³⁸, siano essi di natura oppositiva, pretensiva, procedimentale o legati all’affidamento generato da comportamenti illegittimi e/o scorretti dell’amministrazione³⁹.

di provvedimenti amministrativi viziati sul piano meramente formale. Se da un lato sarebbe improbabile per il privato dimostrare la sussistenza del danno e, quindi, la spettanza di un provvedimento più favorevole nella sostanza, l’eventuale riparazione del pregiudizio del destinatario rappresenterebbe una mera compensazione patrimoniale e una sorta di «giusto prezzo» della illegittimità» che «consacrerebbe il principio della derogabilità della norma (di procedura o sulle forme) previo pagamento di un prezzo. È questo il costo che comporterebbe l’abbandono della sanzione dell’invalidità in favore di altre sanzioni, *maxime* di quelle a contenuto patrimoniale, se ad esse non si accompagnasse comunque l’obbligo giuridico per l’amministrazione di ripristinare la legalità (sia pur formale) che è stata violata». Così, A. POLICE, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss. e in particolare 785-787.

³⁸ Sulla necessità di differenziare le ipotesi risarcitorie legate alla lesione degli interessi legittimi già E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 689 ss. e in particolare 696.

³⁹ In questo senso l’antigiuridicità rilevante ai fini del giudizio risarcitorio non coincide necessariamente con l’illegittimità del procedimento, ma può discendere da

Come visto, infatti, si ritiene che ai fini risarcitori vi sia la lesione dell'interesse legittimo e, di conseguenza, la giurisdizione del giudice amministrativo ogniqualvolta il privato lamenti un danno ricollegabile all'aspettativa di godere di un assetto di interessi a sé favorevole realizzabile solo attraverso l'agire amministrativo.

Questa affermazione è chiaramente in linea con una concezione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica soggettiva, differente dal diritto soggettivo e avente ad oggetto non la diretta pretesa di ottenere o

violazioni diverse del diritto positivo o di clausole generali. Sul punto si veda in particolare A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 ss. Si ricordi tuttavia l'orientamento dottrinale secondo cui anche l'eccesso di potere e le sue figure sintomatiche sarebbero riconducibili alla violazione di regole di condotta contenute in atti normativi o espresse da clausole generali. Così, in particolare C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008 e L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, cit., 575. Quest'ultima posizione pare sottintendere una sorta di parallelismo tra diritto amministrativo e diritto privato dove l'applicazione del principio di buona fede ha, infatti, alimentato la tematica dell'abuso del diritto (soggettivo). Tuttavia, nella misura in cui la buona fede oggettiva venga intesa come mezzo di controllo della libertà negoziale, si finisce per importare nel diritto privato canoni di giudizio squisitamente pubblicistici. In altre parole, la buona fede diventa un «metro oggettivo di valutazione» *ex post* di atti e comportamenti «attraverso il quale è possibile far emergere quegli elementi ed interessi altrimenti irrilevanti in un'ottica di pura e semplice verifica della corrispondenza formale ad un'astratta previsione normativa, consentendo un contemperamento degli interessi contrapposti alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento contenuti nella Costituzione». Così A. PALMA, *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, 2003, vol. III, 27 ss. e in particolare 39. In tema è imprescindibile il riferimento a U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Milano, 1974, 12 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto, I (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 3 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 61 ss.; SALV. ROMANO, *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.

conservare un bene o un'utilità materiali, ma il risultato del provvedimento.

La dottrina più autorevole ha espresso questi concetti ritenendo che l'ordinamento riconosca un diritto soggettivo quando «il solo assetto di interessi giuridicamente corretto è quello favorevole all'interesse materiale del soggetto»; si è invece in presenza di un interesse legittimo quando, in applicazione delle norme pubblicistiche e nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, «residua pur sempre la possibilità di una sistemazione egualmente negativa di tale interesse»⁴⁰.

Date queste premesse, si può sostenere che gli interessi legittimi rilevanti ai fini dell'illecito della p.a. possono avere due differenti contenuti.

In primo luogo, le aspettative del privato a una conclusione favorevole dell'azione amministrativa assumono rilevanza giuridica già durante la sequenza procedimentale e si esprimono attraverso le facoltà e le garanzie previste dalle norme che dispongono gli adempimenti, gli obblighi e i doveri che l'amministrazione è tenuta a svolgere nel corso della procedura.

Gli interessi legittimi del privato al rispetto di queste norme hanno natura procedimentale e possono essere lesi dall'inosservanza della disciplina sul procedimento o anche da doveri più generici di correttezza, senza che ne venga modificata la qualificazione giuridica.

Diverso è il secondo caso, sicuramente più comune e meno controverso, della lesione dell'interesse legittimo sostanziale, che si verifica quando il danno dedotto dipende dalla perdita o dal mancato conseguimento del bene materiale cui il primo si collega, ma di cui l'amministrazione ha e mantiene il potere di disporre.

Qui si pongono tre possibili scenari, in cui i profili di incertezza possono incidere con diversa intensità.

Il primo si verifica quando è possibile dimostrare che l'ordinamento imponeva all'amministrazione di soddisfare l'interesse legittimo del privato e, di conseguenza, di garantirgli il godimento del bene della vita materiale sperato.

⁴⁰ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, cit., 975.

Si tratta di un'ipotesi in cui la tutela risarcitoria sarà dovuta, salvo la prova degli altri elementi costitutivi, e dove eventuali considerazioni probabilistiche e incerte potranno porsi solo con riferimento alla determinazione dell'entità delle conseguenze dannose del fatto (c.d. danno conseguenza), soprattutto se si tratta di mancati guadagni⁴¹.

Più agevole è la situazione diametralmente opposta in cui risulta evidente che le aspettative del singolo dovevano essere deluse e che quindi non gli spetta alcuna tutela risarcitoria.

I maggiori problemi sorgono quando nel giudizio risarcitorio rimane incerto se l'interesse del privato avrebbe potuto o meno essere soddisfatto, visto che l'amministrazione non ha consumato tutti i profili inerenti alla propria discrezionalità.

L'incertezza che domina la fattispecie, e che è percepibile nel giudizio prognostico identificato dalle Sezioni Unite della Cassazione già nel 1999, ha portato talvolta a richiamare in modo ibrido e improprio⁴² il concetto di *chance*.

Quest'ultimo istituto⁴³, problematico anche nel diritto civile⁴⁴, viene talvolta utilizzato quasi come un sinonimo dell'interesse legittimo (pre-

⁴¹ In questo caso è fisiologico, infatti, che debbano essere formulate ipotesi sull'evolversi degli eventi che si sarebbero verificati se la condotta antigiuridica non ci fosse stata o, meglio, se vi fosse stata quella favorevole per l'interesse del singolo.

⁴² In questo senso si esprime F. CORTESE, *Ancora sul danno da provvedimento amministrativo: le chances perdute del risarcimento per perdita di chance*, in AA.VV. (a cura di), *Dialoghi del Diritto, dell'Avvocatura, della Giurisdizione* (Trim. di giurisprudenza e di informazione a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Venezia), Padova, 2011, 244 ss. e in particolare 250. Con riferimento alla materia dei contratti pubblici si veda, dello stesso Autore, ID., *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 183 ss.

⁴³ Il cui nome (*chance*) deriva dal termine latino *cadentia* intesa come "buona probabilità di riuscita" dopo il lancio e la caduta dei dadi. L'istituto dovrebbe permettere al danneggiato di dedurre come danno/lesione non il mancato verificarsi del risultato sperato, quanto la perdita delle probabilità favorevoli di conseguirlo. In questo senso P. ZATTI, *Manuale di diritto civile*, Padova, 2015, 1143 e G. FACCI, *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur.*, agg. XVIII, 2009, 1 ss.

⁴⁴ Da ultimo G. FUSCHINO, *La sorte appesa a un filo: sulla perdita della chance*, in *Danno e resp.*, 2017, 221 ss. ricorda che sulla natura giuridica della *chance* gli orientamenti dottrinali si dividono. Una prima posizione, che è però minoritaria, ricostruisce la *chance* come nozione eziologica identificandola con il lucro cessante. La prevalente

tensivo) la cui soddisfazione rimanga incerta⁴⁵. È chiaro che questo approccio è mosso dall'esigenza di riconoscere una tutela risarcitoria, magari esigua sul piano della liquidazione del danno, ove non sia possibile fornire con certezza la prova del nesso eziologico tra l'antigiuridicità e il danno medesimo. In tal modo, però, si finisce per attribuire rilevanza giuridica a quella che sarebbe altrimenti una aspettativa non garantita⁴⁶.

La risarcibilità degli interessi pretensivi fa emergere una questione problematica nella maggior parte delle esperienze giuridiche continentali, che la risolvono in senso restrittivo attraverso canoni piuttosto rigidi circa la prova del nesso di causalità.

Questa considerazione è palese per i sistemi tedesco e francese quando l'amministrazione eserciti un potere discrezionale. In quello inglese la tutela è invece esclusa automaticamente, e quindi anche a fronte di attività vincolata, quando il pregiudizio corrisponde al negato

interpretazione propone, invece, una teoria ontologica della *chance* quale danno emergente. Mentre per la tesi eziologica la *chance* è un'occasione perduta, ovvero un bene astratto che non è ancora parte del patrimonio del danneggiato, ma che lo sarebbe stato se non fosse intervenuto il fatto lesivo altrui, la tesi ontologica considera la *chance* come un'utilità a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e quindi già presente nel patrimonio del singolo. Le differenti concezioni della *chance* hanno delle ricadute piuttosto peculiari nel settore degli appalti pubblici. Per una completa ed aggiornata analisi della giurisprudenza e dei contributi dottrinali in materia si rinvia a L. PARONA, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici. Profili teorici e questioni applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1168 ss. e in particolare 1187-1190.

⁴⁵ Questo è il senso con cui il concetto è utilizzato da D. SORACE, *Gli interessi di diritto pubblico tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 e ID., *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi"*, *comparando*, cit., 277. Si veda, inoltre, G. VERCILLO, *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012 e da ultimo V. ANTONELLI, *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, vol. III, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 73 ss.

⁴⁶ Si veda al riguardo F.D. BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50 ss. e più recentemente M. BARCELLONA, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 945 ss.

riconoscimento di un bene della vita e i danni coincidono con i mancati guadagni che questo avrebbe garantito.

Anche la giurisprudenza amministrativa italiana prevalente ritiene che la mera lesione dell'interesse legittimo pretensivo non sia sufficiente a configurare l'ingiustizia del danno sul piano della causalità, giacché occorre procedere a un giudizio prognostico sulla fondatezza o meno dell'istanza e quindi sulla spettanza del bene della vita⁴⁷.

Il criterio eziologico utilizzato non è però quello civilistico.

Si dimostra infatti, ancora una volta, l'assunto per cui la peculiarità della fattispecie regolata dal diritto amministrativo impone un adattamento delle regole comuni. Secondo queste ultime, infatti, la certezza del nesso causale tra due fattori si raggiunge secondo la formula del *più probabile che non* e quindi della causalità adeguata. In altre parole, una probabilità superiore al cinquanta per cento che un evento si verifichi equivale a renderlo certo sul piano giuridico e ai fini dell'illecito aquiliano.

In più occasioni, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha precisato che nel modello di responsabilità dell'amministrazione la ricostruzione del nesso eziologico è necessaria per valutare se la condotta amministrativa sia stata davvero idonea a ledere la posizione giuridica dell'interessato.

In questo senso, nel caso in cui l'annullamento di un determinato provvedimento consenta un nuovo esercizio di poteri discrezionali, il giudice amministrativo non potrebbe effettuare un giudizio prognostico ricorrendo alla teoria condizionalistica pur se corretta, ove occorra, da quella della causalità adeguata.

Vi osterebbe l'area di valutazioni che la Costituzione e i principi fondamentali sulla separazione dei poteri riservano all'amministrazione. In questo caso, trattandosi di un giudizio sulla spettanza, «la regola probatoria applicata è quella della “certezza”»⁴⁸.

⁴⁷ Sul giudizio di spettanza, cfr. per tutti G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss., ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, 369 ss.

⁴⁸ Così Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2016, n. 5025; Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio, n. 2792; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6260; Cons. Stato, sez. IV,

Nonostante questo approccio rigoroso abbia destato alcune perplessità⁴⁹, si ritiene che esso dovrebbe essere applicato anche nel caso di lesione degli interessi oppositivi.

Nonostante il bene della vita materiale sia già riconosciuto in capo al suo titolare prima della riscontrata illegittimità e prima ancora del provvedimento fonte di danno, sarebbe comunque necessario dimostrare che al privato spettava un atto non (o meno) pregiudizievole e perciò (più) favorevole. Nei confronti dell'amministrazione, che ha il potere di disporre di quell'interesse materiale, la tutela risarcitoria riguarda infatti e pur sempre la lesione dell'interesse legittimo e non del diritto soggettivo ad esso sotteso.

3.1. L'illegittimità dell'azione amministrativa e la lesione di interessi "esterni" rispetto al procedimento: il caso del danno da mero ritardo

Si è visto nel capitolo precedente come l'inosservanza di una norma sull'azione amministrativa che imponga un adempimento procedimentale possa anche avere un valore "esterno" rispetto alla procedura. Quest'ultima costituisce, in altre parole, la mera occasione per il verificarsi del danno che riguarda un interesse non legato all'aspettativa di veder emanato un provvedimento favorevole.

4 settembre 2013, n. 4452; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1781; Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854.

⁴⁹ Non sembra essere stata accolta la suggestione espressa da parte della dottrina per cui il giudizio prognostico si dovrebbe svolgere secondo un «criterio di normalità» così come precisato dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999. La formula non imporrebbe di per sé «che la tutela risarcitoria sia prospettabile solo se la disciplina del caso è tale da garantire l'esito favorevole dell'istanza». Il giudice di legittimità non distingueva i casi in ragione della natura vincolata o discrezionale del potere, rinviando a un giudizio regolato «secondo i criteri ordinari [...] applicati da un'amministrazione che agisca in modo corrispondente al suo ruolo istituzionale, cioè in modo normale». Così F. TRIMARCHI BANFI, *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss. e in particolare 888-889. La stessa Autrice aveva già avanzato l'ipotesi di applicare il giudizio prognostico nel giudizio di responsabilità della p.a. pur in presenza di poteri discrezionali in ID., *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, cit., 76 ss.

In quella sede si è sostenuto che tali lesioni riguarderebbero posizioni soggettive qualificabili come diritti soggettivi, la cui cognizione spetterebbe dunque alla giurisdizione del giudice ordinario.

Ciò non toglie che il legislatore possa attribuirne la cognizione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

A parere di chi scrive, un esempio di questo tipo è dato dal c.d. danno da mero ritardo che, infatti, rientra tra le fattispecie di cui all'art. 133 CPA dove si prevede che siano devolute alla giurisdizione esclusiva le controversie sul risarcimento del danno ingiusto dovuto all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (lett. a, n. 1).

Quest'ultima previsione non porterebbe quindi a ritenere, come è stato talvolta sostenuto⁵⁰, che l'interesse al rispetto dei termini proce-

⁵⁰ In tema si v. per esempio F. GAFFURI, *Brevi note sul rapporto procedimentale*, cit., 247 che rinvia a F. VOLPE, *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in *Lexitalia.it*, 2009, 2. Come si ricorderà, per la tesi dell'esistenza di specifici obblighi procedurali cui corrisponderebbero diritti soggettivi in capo al privato occorre fare riferimento a M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; A. TRAVI, *Interessi procedurali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 531 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giustizia amministrativa*, Milano, 2003. Nella stessa direzione va anche il pensiero di G.D. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, cit., *passim* e ID., *La tutela risarcitoria "oltre" il codice*, cit., *passim*, che trae le conseguenze di questa impostazione sul piano dell'illecito che diverrebbe di natura contrattuale o, meglio "contattuale". Quest'ultima osservazione ha trovato in più occasioni conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e in particolare della prima sezione. Basti qui richiamare le note decisioni rese da Cass. civ. sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157; Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438 e Cass. civ., sez. I, Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188. Di orientamento contrario alla configurabilità di diritti soggettivi sono, invece, le posizioni di M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002 e F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, cit.; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il*

dimentali è sempre un diritto (di credito) del singolo, ma invece a concludere che la violazione di quella previsione può ledere tanto una componente dell'interesse legittimo (che mira ad ottenere il bene della vita in tempi rapidi e certi), quanto interessi esterni alla dinamica procedimentale e riconducibili alla categoria del diritto soggettivo.

Il danno c.d. da ritardo⁵¹ pone, infatti, problemi ricostruttivi del tutto peculiari, dal momento che finisce per ricomprendere ipotesi molto diverse tra loro nelle quali i danni possono derivare: i) dal fatto che l'amministrazione, dopo aver adottato un provvedimento illegittimo e sfavo-

Consiglio di Stato, in *Foro it.*, 2003, I, 3363 ss. Un orientamento intermedio era stato espresso originariamente da E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 253 ss., secondo cui le situazioni giuridiche procedimentali dovevano considerarsi autonome rispetto al contenuto sostanziale del provvedimento. Per una completa e ragionata ricostruzione delle diverse posizioni dottrinali in merito si rinvia a M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., nota bibliografica (575-577).

⁵¹ Sulla responsabilità da ritardo la bibliografia è piuttosto ampia. Tra i contributi più recenti, si rinvia qui, senza pretesa di esaustività, a A. BIFANI SCONOCCHIA, *Il danno da mero ritardo è risarcibile? Necessità di un intervento chiarificatore dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 83 ss.; S. SCREPANTI, *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 378 ss.; S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Dir. economia*, 2015, 403 ss.; R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in *Giustamm.it*, 2014; G. MARI, *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'attività amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, I, Milano, 2013, 261 ss.; ID., *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 263 ss.; A. COMINO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo: una questione aperta*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 942 ss.; P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 857 ss.; M. RENNA, F. FIGORILLI, *Commento agli artt. 2 e 2-bis della legge n. 241/1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 105 ss.; M.L. MADDALENA, *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in *federalismi.it*, 2009; M. CLARICH, F. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2006, 60 ss.; S.S. SCOCA, *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *Giustamm.it*, 2005.

revoles per il privato, ne assuma uno legittimo e favorevole in esecuzione della sentenza che ha annullato il precedente; ii) dall'adozione di un provvedimento favorevole oltre il termine di conclusione del procedimento; iii) dalla mera inosservanza di quest'ultimo, indipendentemente dal contenuto dell'atto finale (c.d. danno da mero ritardo).

Mentre per le prime due ipotesi la giurisprudenza riconosce l'astratta risarcibilità della pretesa del singolo, la terza si è rivelata quella più problematica in quanto impone di risolvere in senso affermativo la nota questione del tempo dell'azione amministrativa e della sua certezza come bene giuridico dotato di autonoma rilevanza⁵².

L'ammissibilità del c.d. "danno da ritardo" è, infatti, oggetto di un contrasto giurisprudenziale in merito alla necessità o meno di provare la lesione dell'interesse sostanziale pregiudicato dal provvedimento.

Si tratta di una impostazione invero risalente all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005, dove si era affermato che il danno da ritardo costituiva una forma di tutela risarcitoria dell'interesse pretensivo e presupponeva, quindi, l'accertamento della spettanza del bene della vita⁵³.

⁵² In tema, per tutti, F. MERUSI, *La certezza della azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss. e ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 44 ss.

⁵³ Tale posizione richiama implicitamente quella dottrina autorevole che, ancora a metà degli anni '60, sosteneva che la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi potesse essere concepita come indennizzo a fronte dell'efficacia retroattiva del provvedimento legittimo e favorevole emanato in luogo di quello illegittimo (e annullato) che avrebbe, quindi, dimostrato *ora per allora* la spettanza del bene della vita. In questo senso E. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi?*, *Tentativo di impostazione del problema... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 217 ss. e, in particolare, 224 e 226. Il presupposto della tesi era dato dalla competenza sulle questioni attinenti ai *diritti patrimoniali consequenziali (alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre)* riconosciuta al giudice ordinario dall'allora art. 30 del R.D. n. 1054 del 1924 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato). Tale disposizione, che si poneva in sintonia con l'art. 2 della l. n. 2248 del 1865 All. E, riguardava espressamente i casi di giurisdizione esclusiva e, per questo, valeva *a fortiori* per le ipotesi di giurisdizione generale di legittimità. Stante l'interpretazione tradizionale del 2043 c.c. come norma sanzionatoria a fronte della lesione dei diritti soggettivi, era lecito dedurre che i casi di risarcibilità degli interessi legittimi coincides-

Successivamente, a fronte della previsione espressa di una responsabilità dell'amministrazione per inosservanza del termine di conclusione del provvedimento⁵⁴, parte della giurisprudenza ha ritenuto plausibile configurare un danno da "mero ritardo", vale a dire un danno che il privato subisce indipendentemente dall'esito di quest'ultimo e per il solo fatto di rimanere a lungo nell'incertezza di vedere definita la vicenda amministrativa per cui si procede.

Così, il ritardo imputabile alla pubblica amministrazione nello svolgimento di procedimenti che riguardano interessi economici di cittadini e imprese dovrebbe essere sempre un costo risarcibile. Il fattore tempo è, infatti, una variabile essenziale per le scelte individuali e ne condiziona la convenienza economica.

Tale incertezza si traduce in un aumento, spesso eccessivo, del c.d. "rischio amministrativo" che la legge pone in capo al privato nei limiti della predeterminazione e del necessario rispetto dei termini procedurali⁵⁵.

sero con i diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento. In quest'ottica, Guicciardi affermava che «il problema della risarcibilità degli interessi legittimi è in realtà il problema della risarcibilità delle conseguenze dannose derivate dalla esecuzione di atti annullati per illegittimità» (224). Il problema della c.d. risarcibilità degli interessi legittimi andava per l'Autore risolto secondo questa progressione logica: i) il problema può sorgere solo *dopo* che il provvedimento amministrativo è stato annullato e concerne i danni nei confronti del privato che persistono *malgrado l'annullamento con efficacia retroattiva dell'atto e quanto può essere fatto dall'amministrazione o da altri in esecuzione del giudicato*; ii) il comportamento dell'amministrato visto in retrospettiva non trova più titolo nel provvedimento annullato e deve aver leso un diritto soggettivo *fondato su una norma diversa da quella che ha determinato il suo annullamento in quanto violata*; iii) nel caso in cui l'ipotesi descritta nel punto precedente non si verifichi occorre *portare al limite estremo l'effetto retroattivo dell'annullamento dell'atto illegittimo (dovere giuridico dell'Amministrazione di provvedere nuovamente ora per allora) o attribuire efficacia retroattiva al nuovo provvedimento emanato al posto di quello annullato* (225-226) [corsivo nostro].

⁵⁴ Avvenuta inizialmente con l'art. 7, co. 1, lett. c) della l. n. 69 del 2009 e oggi confermata dal CPA.

⁵⁵ C.G.A., sez. giur., 4 novembre 2010, n. 1368. Si vedano anche Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271 e Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739. Più di recente il Consiglio di Stato, in un caso piuttosto complesso, ha ritenuto astrattamente configurabile il danno da mero ritardo. Per il giudice «questa ricostruzione del pregiu-

Applicando quanto detto sopra, quindi, indipendentemente dalla prova della spettanza del bene finale si possono ipotizzare due fattispecie illecite.

Nella prima, i danni/costi sofferti sono rappresentati dalle spese sostenute in vista dell'ottenimento del provvedimento favorevole, che risultano più gravose a causa del ritardo.

Nella seconda, il danno può riguardare la libertà di autodeterminazione del singolo, che magari conclude un contratto a condizioni poco vantaggiose nell'incertezza prolungata circa l'esito del procedimento.

Mentre nel caso precedente vi sarebbe la lesione di un interesse legittimo, in quest'ultimo le conseguenze dannose si riversano esclusivamente sulla sfera di autonomia negoziale del singolo.

Queste conclusioni devono tuttavia tenere conto dell'ulteriore svolta della giurisprudenza che, dopo le aperture descritte in precedenza, è tornata a negare la risarcibilità del danno da mero ritardo richiedendo la dimostrazione della spettanza del bene della vita finale.

Uno degli argomenti addotti in tal senso si fonderebbe sulla previsione di cui all'art. 2 *bis*, co. 1 *bis*, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dalla legge n. 98 del 2013) secondo cui, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, il privato ha il diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo secondo quanto previsto dalla legge o da atti regolamentari⁵⁶.

Tale posizione non sembra del tutto condivisibile, né la disposizione da ultimo richiamata pare fornire un elemento risolutivo rispetto alla questione di cui si è dato conto.

In primo luogo, infatti, il comma primo *bis* fa salvo quanto previsto al comma primo *ove*, in linea con quanto previsto dal CPA, si afferma

dizio sofferto, prescinde del tutto dalle valutazioni circa l'attribuibilità del bene della vita finale, cui il privato tende[va] con la presentazione dell'istanza, alla quale l'Amministrazione non ha dato riscontro (o l'ha fatto con ritardo)». Il fondamento della risarcibilità del danno da mero ritardo risiede «nell'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa che sembra – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del c.d. rapporto amministrativo – essere interesse meritevole di tutela in sé considerato» (Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258).

⁵⁶ Sul punto si vedano da ultimo Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2015, n. 1287 e Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 5663.

che la responsabilità dell'amministrazione non consegue automaticamente all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, essendo necessaria, tra l'altro, la prova dell'elemento soggettivo.

La disposizione precisa inoltre che l'indennizzo corrisposto va detratto dall'eventuale risarcimento, dimostrando quindi che le fattispecie sottese ai due meccanismi sono diverse e non coincidenti e che, nonostante la previsione dell'indennizzo *ex lege*, può dirsi pur sempre ammissibile l'azione per il maggior danno.

Quest'ultimo infatti, proprio perché indipendente dalla spettanza del bene della vita, potrebbe superare la misura dell'indennizzo automatico che prescinde dalla dimostrazione del danno ed è dovuto anche quando la mancata emanazione del provvedimento risulti scusabile⁵⁷.

⁵⁷ Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 9 gennaio 2014. Si è sostenuto che la disposizione avrebbe posto «a carico dell'amministrazione [...] una sorta di penale – denominata impropriamente “indennizzo”» secondo logiche sanzionatorie. Così M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 565. Si tratterebbe dunque di una ipotesi di tutela indennitaria diversa da quella prevista dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 in caso di revoca.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: *1. Sintesi dell'indagine svolta. 2. I risultati raggiunti. 3. Alcune considerazioni finali sul rapporto tra illiceità e illegittimità dell'azione e sulla natura dell'illecito dell'amministrazione.*

1. Sintesi dell'indagine svolta

A conclusione della ricerca svolta, ci si propone qui di ripercorrere sommariamente il percorso d'indagine condotto e di fornire alcune considerazioni di sintesi sul modello italiano di illecito dell'amministrazione.

Ciò consentirà di individuare alcuni spunti ricostruttivi ulteriori rispetto a quelli già svolti sui due temi principali che ricorrono in ogni riflessione scientifica in materia di responsabilità della pubblica amministrazione: il rapporto tra illegittimità e illiceità della condotta dannosa e le conseguenze che la natura delle norme di diritto pubblico sull'azione amministrativa determina in merito al regime dell'illecito dei pubblici poteri.

Una delle principali ragioni sottese al presente lavoro è stata quella di analizzare e ricondurre a sistema un fenomeno piuttosto problematico emerso nel diritto domestico durante gli ultimi anni.

Anche dopo l'affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi e l'attribuzione dell'illecito in parola alla giurisdizione amministrativa, confermata dal CPA, vi è stata infatti un'evidente proliferazione delle fattispecie dannose nei confronti della pubblica amministrazione e, parallelamente, delle situazioni potenzialmente meritevoli di tutela risarcitoria.

Alla base di tale fenomeno, frutto soprattutto dell'attivismo del giudice civile e della Corte di Cassazione, possono esservi varie ragioni. Tra queste, predomina forse l'intento di ricondurre alla giurisdizione ordinaria nuove ipotesi risarcitorie, qualificando come diritti soggettivi e non come interessi legittimi le posizioni giuridiche lese dall'attività

amministrativa, anche se questa assume natura provvedimento o procedimentale.

Emblematiche, sul punto, sono state le note ordinanze rese dalle Sezioni Unite della Cassazione a partire dal 2011 in materia di lesione dell'affidamento. A tale fattispecie è stata infatti riconosciuta una crescente *vis expansiva*, che è giunta a inglobare pregiudizi relativi a interessi procedimentali o meramente strumentali rispetto al bene della vita di cui l'amministrazione può disporre attraverso il provvedimento¹ o, ancora, danni di natura essenzialmente patrimoniale connessi alla sfera di autonomia privata del singolo, rispetto ai quali la vicenda provvedimentale rimane un mero antecedente fattuale².

¹ Si tratta di "affidamenti" aventi ad oggetto la corretta gestione del procedimento amministrativo, che sorgono in occasione della sequenza procedimentale nella misura in cui il privato, nell'attesa o aspettativa di ottenere un provvedimento favorevole o non pregiudizievole, confida nell'attuazione corretta degli adempimenti procedimentali e nel rispetto di alcuni principi fondamentali, quali ad esempio, quello di *non venire contra factum proprium*. A un caso di questo tipo, si riferisce per esempio TAR, Sicilia, Palermo, sez. III, 2 ottobre 2012, n. 1751. Da ultimo, la prima sezione della Corte di Cassazione, in un *obiter dictum* contenuto nella sentenza del 12 luglio 2016, n. 14188, ha ritenuto che i danni conseguenti alla violazione delle regole procedimentali sono riconducibili ad una responsabilità contrattuale dell'amministrazione da contatto sociale qualificato tra le parti rappresentato dal rapporto procedimentale. In quella sentenza, fondamentale anche per la civilistica in quanto la responsabilità da contatto sociale viene infine ricondotta chiaramente alla responsabilità contrattuale, la Cassazione non chiarisce la natura della posizione giuridica lesa nell'ipotesi descritta, ma, secondo un criterio logico, non potrebbe che essere assimilata a un diritto soggettivo di credito. Di conseguenza, l'azione risarcitoria sarebbe autonomamente esperibile di fronte al giudice ordinario.

² Un caso emblematico è quello sotteso a Cass. civ., sez. un., ord. 2 agosto 2017 (ud. 4 luglio 2017), n. 19170, in cui è stata richiamata la precedente giurisprudenza in tema di lesione dell'affidamento incolpevole. La vicenda riguarda i danni che una società, promissaria acquirente di un terreno edificabile, lamentava di aver subito a causa della condotta dell'amministrazione comunale la quale aveva annullato d'ufficio alcune determinazioni amministrative, e in particolare, la concessione edilizia rilasciata al suo dante causa. Il pregiudizio veniva identificato nell'affidamento incolpevole tradito e leso dall'illegittimità riscontrata e dall'inevitabile rimozione degli atti originari, il quale era risultato a suo tempo determinante per la conclusione del contratto. Il venir meno dell'assetto di interessi apparentemente legittimo causava un inevitabile aumento dei

Si tratta invero di ipotesi molto diverse tra loro, il cui inquadramento sistematico ha portato a proporre soluzioni in parte diverse da quelle accolte dalla giurisprudenza civile e amministrativa.

Per perseguire l'obiettivo dell'indagine, si è ritenuto utile il ricorso al metodo della comparazione giuridica, nella convinzione che l'analisi delle maggiori esperienze giuridiche europee e dell'ordinamento dell'Unione europea possa fornire elementi proficui per lo studio delle questioni emerse sul versante interno.

A tal fine, si è reso necessario approfondire i diversi aspetti dell'illecito dell'amministrazione nei sistemi prescelti e presentare i tratti caratterizzanti delle corrispondenti discipline da un punto di vista diacronico e sincronico.

Sono stati quindi individuati alcuni modelli di riferimento, a seconda che nell'ordinamento giuridico preso in considerazione venga riconosciuto o meno un regime speciale per l'illecito dell'amministrazione.

Così, mentre in Francia la disciplina di natura pubblicistica, tanto sul piano sostanziale che su quello processuale, ha reso possibile l'accesso all'azione risarcitoria a molteplici interessi colpiti dall'*illégalité fautive*, in Inghilterra l'applicazione dei *tort* di diritto comune da parte delle Corti ordinarie ha irrigidito il sistema di tutela riservandolo soltanto alla lesione di *private e/o legal rights*, i quali sono però tendenzialmente esclusi a fronte dell'esercizio di funzioni amministrative illegittime, a meno che non vi siano comportamenti dei funzionari molto gravi o addirittura intenzionali.

In Germania, invece, la responsabilità dei pubblici poteri è oggetto principalmente di un diritto privato speciale composto in parte dalle disposizioni del BGB e in parte dall'opera ricostruttiva delle Corti civili che detengono la giurisdizione in materia.

Uno degli elementi più significati dell'illecito dell'amministrazione nel diritto tedesco è dato da una attenuazione, ai fini dell'*Amtshaftung* di cui al § 839 BGB, del c.d. *Enumerationsprinzip*, sotteso al § 823 BGB, che conferisce natura tipica al sistema di responsabilità vigente in Germania.

costi e degli oneri relativi all'intera operazione immobiliare che costituivano il danno dedotto con l'azione di responsabilità.

Il problema dell'ingiustizia del danno è infatti ambivalente nell'illecito dell'amministrazione e si collega alla duplice interpretazione che può essere data al requisito della *Drittbezogenheit*, traducibile come riferibilità a un terzo del dovere d'ufficio violato, ove quest'ultimo può essere tanto il destinatario di un provvedimento, quanto un soggetto estraneo al rapporto amministrativo in senso stretto, ma comunque pregiudicato dall'esercizio dell'attività pubblica non conforme a quanto previsto dall'ordinamento.

Dall'analisi delle ipotesi applicative, si è compreso che il requisito in parola impone di dimostrare che la norma attributiva della funzione è posta anche a protezione dell'interesse di cui il privato lamenta la lesione e a cui riconduce i danni asseritamente sofferti.

In particolare, l'accertamento del requisito può tradursi nella selezione a monte degli interessi risarcibili, che sono poi quelli maggiormente contigui al fine pubblico protetto in via principale dal parametro normativo violato oppure, alternativamente, in un'indagine più articolata del nesso di causalità che porta a riconoscere la tutela aquiliana a fronte dei danni che siano conseguenza diretta di un evento tipico che il rispetto del dovere o lo svolgimento legittimo della funzione avrebbero dovuto contribuire a prevedere e a prevenire.

Nel primo caso le ripercussioni sull'ingiustizia del danno emergono in astratto, mentre nel secondo caso risultano più sfumate e la selezione degli interessi avviene indirettamente mediante l'irrigidimento del metodo di imputazione eziologica del fatto dannoso alla condotta amministrativa.

Questo criterio ha ispirato anche uno degli elementi costitutivi dell'illecito nel diritto dell'Unione europea, in quanto il giudizio sulla responsabilità a livello sovranazionale presuppone in primo luogo che la violazione commessa dalle istituzioni – ma anche dagli Stati membri – si riferisca ad una norma intesa a tutelare o a conferire un diritto al singolo protetto dall'ordinamento sovranazionale. Sembra tuttavia che questo requisito non sia impiegato con piena consapevolezza dalla giurisprudenza europea e che sia solo raramente applicato per individuare e selezionare a monte, dal punto di vista soggettivo, gli interessi meritevoli di tutela risarcitoria.

Sulla base della casistica esaminata, infatti, l'elemento centrale dell'illecito europeo è dato dalla manifesta gravità della violazione, che sottintende il difficile contemperamento tra una piena tutela per equivalente dell'interesse privato e la natura discrezionale o meno del potere esercitato.

La difficoltà di tale bilanciamento è invero una costante di tutti gli ordinamenti considerati, che si acuisce nel caso in cui le scelte sottese alla decisione contestata siano di natura politico-amministrativa o regolatoria, come spesso avviene a livello europeo anche dopo la sentenza *Bergaderm* del 2000, cui si deve l'attuale elaborazione della condizione esaminata³.

L'esito dell'analisi comparata ha consentito di individuare un approccio metodologico in grado di scomporre e ricomporre i dati giuridici più significativi che il tema oggetto di studio presenta nel diritto italiano.

Attraverso una sorta di operazione ermeneutica circolare, ci si è quindi voluti accostare al diritto interno con gli occhi del comparatista che solo in un secondo momento, e alla luce della riflessione svolta, assume le vesti del giurista nazionale per cercare di ricondurre le questioni concrete agli enunciati teorici fondamentali propri dell'ordinamento generale e della disciplina speciale in cui si colloca l'oggetto del suo studio seguendo una prospettiva più feconda e ricca⁴.

³ *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA e Jean-Jacques Goupil v Commissione*, 04.07.2000, C-352/98P.

⁴ Sul punto, appare ancora attuale e significativa la quinta tesi di Trento secondo cui «La conoscenza di un sistema giuridico non è monopolio del giurista appartenente al sistema dato; se da una parte è favorito dall'abbondanza delle informazioni, sarà però impacciato più di ogni altro dal presupposto che gli enunciati teoretici presenti nel sistema siano pienamente coerenti con le regole operazionali del sistema considerato». Come è noto, le tesi di Trento hanno costituito un manifesto culturale della scienza comparata del diritto proponendo di individuare il suo oggetto e il suo metodo. Elaborate in occasione di un incontro informale tenutosi a Trento il 3 giugno 1987 da R. Sacco, vennero firmate da F. Castro, P. Cendon, A. Frignani, A. Gambaro, M. Guadagni, A. Guarnieri, P.G. Monateri, G. Ajani e U. Mattei. In tema, si ricordano R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992; A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv.*,

2. I risultati raggiunti

Nessuna delle esperienze giuridiche considerate nell'analisi comparata distingue le ipotesi di responsabilità dell'amministrazione sulla base della qualificazione della posizione giuridica lesa. Tendenzialmente, infatti, l'illecito presenta una disciplina unitaria all'interno della quale possono essere distinte differenti ipotesi dannose e differenti tipologie di condotta.

Questo potrebbe dirsi vero anche per l'ordinamento italiano nel caso in cui si ritenga preferibile, come si dirà *infra*, il carattere extracontrattuale dell'illecito dell'amministrazione, giacché il regime di riferimento contenuto nell'art. 2043 c.c. sarebbe lo stesso per ogni possibile fattispecie.

Visto che distinguere la natura degli interessi lesi è essenziale in Italia per definire la giurisdizione cui attribuire le fattispecie dannose, si è ritenuto di considerare criticamente l'incremento delle ipotesi risarcitorie avvenuto negli ultimi anni, proponendo un inquadramento delle stesse che prenda le mosse dal danno sofferto e dal pregiudizio che il privato ritiene sia imputabile alla condotta dell'amministrazione nella misura in cui non si sarebbe verificato se questa si fosse determinata in modo corretto o legittimo.

Secondo quanto approfondito, è la natura pubblica o privata delle norme che prevedono e proteggono l'interesse pregiudicato in concreto a determinarne la qualificazione giuridica rilevante anche ai fini risarcitori.

Risulta dunque fuorviante ritenere, per esempio, che l'affidamento sia sempre e comunque un autonomo diritto soggettivo, laddove esso identificherebbe, invece, la violazione di regole di condotta di portata generale come la correttezza e la buona fede oggettiva, che sono applicabili a ogni relazione giuridica.

Di conseguenza, molti dei casi ricompresi nella "fattispecie" identificata dalla Cassazione a partire dal 2011 implicherebbero, a parere di

Sez. civ., III, 1988, 48 ss.; A. GAMBARO, *The Trento Theses*, in *Global Jurist Frontiers*, 2004, 4, 1, Article 2.

chi scrive, la lesione di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo.

Questo varrebbe, in particolare, proprio nel caso di danni derivanti dalla rimozione di un provvedimento favorevole rispetto ai pregiudizi sofferti dall'originario beneficiario dell'atto. Tale danno-evento si verifica in ragione dell'illegittimità del primo provvedimento, che porta al suo annullamento d'ufficio. Ad analoga conclusione si dovrebbe giungere nell'ipotesi in cui il provvedimento venga meno a seguito dell'annullamento giurisdizionale su ricorso del terzo o della revoca dei suoi effetti.

Si è sostenuto infatti che l'interesse (di fatto) di cui il privato invoca la risarcibilità è quello alla stabilità⁵ degli effetti del provvedimento. Come è noto, pur in un sistema come quello italiano in cui l'illecito si ispira al principio di atipicità⁶, ogni interesse è meritevole di tutela risarcitoria se è giuridicamente protetto⁷ e questa operazione va svolta

⁵ Sul punto, si veda in particolare F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 465-466.

⁶ Mentre il sistema italiano ha optato per un sistema di illecito atipico fondando la responsabilità extracontrattuale sull'art. 2043 c.c., viceversa, i sistemi tedesco ed inglese presentano un sistema di illeciti tipici. Il sistema francese, che ha evidentemente influenzato quello italiano, presenta invece una norma primaria, l'art. 1382 Cod. civ., per cui qualunque fatto umano e colposo che abbia causato ad altri un danno, obbliga l'autore della condotta alla riparazione. In questo senso, si veda P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 ss., secondo cui «La materia dei fatti illeciti, che alla teoria generale delle obbligazioni appartengono anch'essi sotto il limitato profilo dei fatti costitutivi (e precisamente del dovere di risarcire il danno), è informata invece all'opposto principio dell'atipicità, ove si ponga mente alla definizione dell'illecito come «qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto» (art. 2043). In verità la tesi è da tutti accettata e serve generalmente ad istituire un motivo di confronto e di netta differenza tra i sistemi come il nostro, costruiti sull'atipicità dell'illecito, e quelli di *common law* dove i *torts* appaiono il risultato di una riduzione per tipi delle attività lesive d'interessi protetti».

⁷ La natura atipica dell'illecito ha un ulteriore e fondamentale corollario. Non prevedendo a monte una serie di interessi tipicamente definiti in quanto dotati di una specifica qualificazione giuridica, impone che sia il giudice a compiere un'opera di bilanciamento tra l'interesse dell'agente e quello del danneggiato per verificare quale sia destinato a prevalere nel caso concreto. Sul punto si è espressa la più autorevole dottrina civilistica. Si vedano in particolare P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano 1970, 90 ss.; F.D. BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV,

sulla base di un'analisi dell'ordinamento nel suo complesso e di una valutazione comparativa in concreto rispetto alla condotta del presunto danneggiante.

Quanto al primo profilo, si può dire che la qualificazione dell'interesse leso dipende da una disciplina differente rispetto a quella che impone la responsabilità; l'individuazione della natura dell'interesse leso torna quindi ad essere determinante nell'illecito dell'amministrazione non tanto ai fini della sussistenza del requisito dell'ingiustizia del danno, come accadeva in passato, quanto piuttosto per definire il riparto di giurisdizione.

In tutte le vicende appena descritte, l'interesse alla stabilità degli effetti dell'atto è giuridicamente rilevante in ragione delle norme sull'azione amministrativa che, oltre a regolare quest'ultima, hanno anche una funzione protettiva dell'interesse del singolo, di modo che, ove possibile e compatibilmente con l'interesse pubblico, l'esercizio procedimentale della funzione si concluda in modo conforme agli interessi di quest'ultimo (e quindi in senso favorevole o non pregiudizievole, a seconda che sia dedotto un interesse pretensivo o oppositivo).

Questa prima riflessione ha permesso di svolgere ulteriori considerazioni in merito a temi altrettanto dibattuti, tra i quali è emerso, in particolare, quello concernente l'autonoma tutela risarcitoria dei c.d. interessi procedurali. Si è quindi giunti a ritenere che una soluzione in senso affermativo di questa seconda questione sia compatibile con il sistema amministrativo sostanziale e processuale, a patto però che il danno corrisponda a quanto si è perduto in attesa e in vista della realizzazione dell'assetto di interessi sperato attraverso il provvedimento⁸.

Roma, 1991, 10 ss.; V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 54 ss.; ID., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 668 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1998, 60 ss. Tale orientamento è stato oggetto di critica e perplessità in particolare da F. PIRAINO, «*Ingiustizia del danno*» e *antigiuridicità*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 774 ss. e M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, ivi, 2000, 401 ss. e ID., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, cit., *passim*.

⁸ Nel corso dell'indagine, si è ipotizzato il caso in cui il destinatario del provvedimento da emanare confidi nella possibilità di una propria piena partecipazione al-

Per avvalorare questa tesi, si è ritenuto utile richiamare in chiave esplicativa la teoria del rapporto giuridico a “struttura complessa” elaborata in passato dalla più autorevole dottrina civilistica⁹. In estrema sintesi, secondo questa tesi, accanto all’obbligo e al diritto aventi ad oggetto la prestazione principale sussistono obblighi e diritti accessori che sono collegati al primo in un “nesso funzionale unitario”.

Nel diritto privato, la previsione di tali obblighi ha fatto sì che la tutela derivante dal rapporto obbligatorio si estendesse a beni giuridici ulteriori rispetto all’esatto adempimento della prestazione, al fine di garantire complessivamente la posizione della parte da rischi tipici e prevedibili che possono derivare dalla relazione giuridica instauratasi tra loro in qualità di contraenti.

Tra tali obblighi, venivano fatti rientrare anche i c.d. doveri di correttezza, cui iniziava a essere riconosciuta portata *integrativa* a carattere *autonomo* rispetto al legame contrattuale per la protezione dell’interesse negativo che entrambe le parti invocavano per conservare le rispettive sfere giuridiche e patrimoniali da comportamenti sleali nel corso delle trattative, della formazione e dell’esecuzione del contratto¹⁰. Proprio la natura autonoma e integrativa di tali obblighi comportava una duplice e significativa conseguenza: i) le pretese risarcitorie corrispondenti erano azionabili anche indipendentemente da quella principale; ii) alla violazione dell’obbligo integrativo si estendeva il modello di responsabilità applicabile al rapporto di base, che nella formulazione originaria della teoria aveva ovviamente natura contrattuale, intervenendo su un rapporto obbligatorio.

l’istruttoria procedimentale e investa risorse per poter rappresentare i propri interessi nel modo più completo possibile in quella sede. L’amministrazione, tuttavia, consente un accesso solo parziale e lacunoso ai documenti e alle informazioni in suo possesso, costringendo il privato a investire ulteriormente in una difesa procedimentale lunga e costosa, magari dopo un primo annullamento che lasci margini di incertezza in merito al conseguimento del bene della vita finale. Non pare vi siano argomenti dirimenti per escludere che quei danni (riconducibili all’interesse negativo) siano risarcibili, né per considerarli tali solo dopo la prova della spettanza del bene, facendoli quindi confluire nel danno da ritardo conseguente.

⁹ L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, cit., 509.

¹⁰ Sul punto si veda F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 709 ss.

Si ritiene che un approccio metodologico analogo¹¹ possa essere applicato anche al rapporto amministrativo procedimentale, per cui i danni conseguenti alla violazione dei doveri di correttezza e buona fede, deducibili da molte disposizioni e da molti principi che regolano il procedimento e il concretizzarsi della funzione amministrativa, siano ristorabili indipendentemente dalla deduzione e dell'accertamento dell'interesse finale, per la soddisfazione del quale il singolo è interessato all'esito dell'azione amministrativa.

Se a tale violazione si riconduce la protezione dell'interesse negativo funzionalmente connesso a quello positivo e finale, la posizione soggettiva che si assume lesa non potrà che partecipare della medesima natura di quella principale e sarà quindi da qualificare come un interesse legittimo.

Ovviamente, affinché sussista l'obbligazione risarcitoria in capo all'amministrazione, sarà necessario dimostrare la colpa dell'apparato e l'incolpevole affidamento del singolo sul piano dell'elemento soggettivo.

Vanno, invece, attribuiti alla giurisdizione ordinaria i casi in cui l'inosservanza di un adempimento procedimentale, o più in generale l'illegittimità o la scorrettezza riscontrate, assumono un valore "esterno" rispetto alla dinamica procedimento/provvedimento che rappresenta quindi una mera occasione per il verificarsi del danno riconducibile alla lesione della sfera di autonomia privata del singolo¹².

¹¹ Sul piano della teoria generale del diritto, gli "obblighi di protezione" hanno una propria consistenza dogmatica che consente di astrarli dal settore delle obbligazioni e dei contratti e di applicarli alle strutture giuridiche complesse di cui i primi costituiscono l'esempio più rilevante e significativo.

¹² Si pensi al caso in cui un soggetto compia investimenti economici o avvii delle trattative negoziali rispetto a un bene che, a sua insaputa, è oggetto di un procedimento di espropriazione rispetto al quale è mancata, da parte dell'amministrazione procedente, la comunicazione di avvio del procedimento. Una volta intervenuto il decreto di esproprio, il danno rappresentato nella specie dall'inutile impiego di somme di denaro o dall'impossibilità di portare a termine le trattative non è riconducibile alla lesione di uno degli interessi protetti dalle norme sul procedimento in vista dell'esito dello stesso. Il pregiudizio riguarda, infatti, una posizione giuridica che si mantiene al di fuori dell'esercizio dell'azione, vale a dire l'integrità patrimoniale del singolo e la sua libertà di autodeterminazione consapevole.

Sul piano più squisitamente processuale, l'indagine ha portato a interrogarsi sul ruolo del giudice amministrativo come giudice della responsabilità dell'amministrazione, considerato che l'azione risarcitoria conseguente alla lesione degli interessi legittimi rientra nella sua giurisdizione ai sensi del combinato disposto degli artt. 7 e 30 del CPA.

Anche in ragione del confronto con le diverse esperienze giuridiche esaminate nell'indagine comparata, si può dire che il codice ispira il rapporto tra giudizio impugnatorio e giudizio risarcitorio al principio di autonomia, che viene tuttavia corretto dalla rilevanza causale del mancato esperimento degli altri mezzi di tutela previsti dall'ordinamento a favore del danneggiato, secondo un criterio di ordinaria diligenza che richiama implicitamente l'art. 1227, co. 2, c.c.

Analogamente a quanto avviene nel sistema francese di responsabilità della p.a., dall'autonomia tra le azioni si dovrebbe poter dedurre che l'accertamento rilevante ai fini dell'illecito trae beneficio da un eventuale e precedente sindacato sulla legittimità dell'atto, ma non coincide necessariamente con questo, dal momento che i vizi dell'atto, e soprattutto i presupposti fattuali ad essi sottesi, partecipano della *causa petendi* della pretesa risarcitoria. Per mezzo di quest'ultima, infatti, si dovrà dimostrare la sussistenza di un nesso causale tra la particolare illegittimità riscontrata, il contenuto del provvedimento e il danno lamentato¹³.

Appare quindi ancora attuale quanto autorevole dottrina puntualizzava già negli anni '40 del secolo scorso, ovvero che l'illiceità consiste in una difformità dalle norme diversa dall'invalidità e, per questo, i rimedi esperibili non possono che dare luogo «a tipi di processo pure diversi»¹⁴.

¹³ Così F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, cit., 632 ss. Sul punto, si veda però già G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 29 ss.

¹⁴ In questo senso si esprime A. AMORTH, *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, cit., 66. Ad Amorth si deve una delle analisi più attente e precise del pensiero di E. Guicciardi dopo la pubblicazione del volume su *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942.

Si è sostenuto altresì che l'illegittimità dell'atto sarebbe certamente condizione necessaria ai fini del giudizio sull'illecito quando il danno derivi direttamente dagli effetti del provvedimento e riguardi il bene della vita di cui l'amministrazione ha il potere di disporre.

Sulla base di quanto sostenuto con riferimento alle diverse ipotesi di risarcibilità degli interessi legittimi, non si può escludere tuttavia che la lesione di un interesse legittimo sussista nel caso in cui si riesca a dimostrare anche solo una gestione poco accorta e scorretta della sequenza procedimentale o di un'operazione amministrativa complessivamente intesa, integrando così parimenti la violazione dei doveri di *neminem laedere*, di correttezza o di buona fede oggettiva.

Ai fini della tutela risarcitoria, infatti, la lesione dell'interesse legittimo sussiste in quanto la posizione pregiudicata è qualificata in questo modo, sul piano del diritto sostanziale, dalle norme sull'azione amministrativa¹⁵.

¹⁵ In tema, si ricordano le acute riflessioni di A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., 215-218, dove si precisa che vi sono ipotesi in cui la condotta anti-giuridica dell'amministrazione nell'esercizio del potere è illecita, ma non illegittima di modo che le ipotesi starebbero in rapporto di autonomia logico-giuridica. Tuttavia, non sarebbe del tutto corretto chiarire la portata di questa relazione attraverso la contrapposizione tra atto e comportamento, riferendo solo al primo dei due termini la questione dell'illegittimità. Già E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, sottolineava che nella fattispecie risarcitoria anche l'atto dell'amministrazione rileva pur sempre come comportamento. Riprendendo le osservazioni contenute in G.M. RACCA, *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione. Risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 203 ss., Romano Tassone conclude che solo alcuni momenti della «serie comportamentale costitutiva dell'azione autoritativa della p.a. [...] valgono ai fini della qualificazione di legittimità» (217). Tali momenti sono quelli che compongono un nucleo comportamentale privilegiato dell'azione amministrativa che si colloca nel processo decisionale da cui promana il provvedimento. Devono essere considerati estranei a tale dinamica «i profili comportamentali che appaiono [...] estranei nella determinazione del contenuto dispositivo dell'atto»: per questi non sarebbe possibile un apprezzamento sul piano dell'invalidità/illegittimità, ma solo su quello della illiceità.

3. Alcune considerazioni finali sul rapporto tra illiceità e illegittimità dell'azione e sulla natura dell'illecito dell'amministrazione

Quanto detto sinora consente di mettere a fuoco, seppur brevemente, un particolare aspetto della relazione tra illiceità e illegittimità della condotta amministrativa e di svolgere alcune brevi considerazioni finali sulla natura della responsabilità della p.a.

Il primo profilo è di indubbio interesse dal punto di vista teorico, in quanto viene talvolta ricondotto a un fenomeno di *pluriqualificazione* delle fattispecie giuridiche.

Questa espressione rischia tuttavia di essere fuorviante nella misura in cui può portare a ritenere che un atto qualificato come illegittimo in virtù di un determinato parametro normativo (i.e. la violazione del principio del contraddittorio) sia anche illecito in virtù di altra norma (i.e. l'art. 2043 c.c. o, anche, gli artt. 1337 e 1338 c.c.) o, addirittura, che la prima norma non regoli solo l'agire amministrativo, ma generi sul piano civilistico/risarcitorio un rapporto giuridico paragonabile ad una relazione obbligatoria e paracontrattuale in quanto posta (anche) nell'interesse del privato.

Come ha dimostrato anche in questo caso la più autorevole dottrina civilistica, invalidità dell'atto e illiceità della condotta possono senz'altro coesistere in un ordinamento giuridico, ma il loro rapporto non esprime una qualificazione parallela della medesima fattispecie (normativa e astratta). Ciò sarebbe logicamente impossibile, visto che si tratta di parametri normativi diversi che determinano, invece, due autonome valutazioni normative applicate agli stessi fatti concreti.

Si dovrebbe infatti parlare, più correttamente, di un fenomeno di *doppia qualificazione* che determina non tanto una *pluriqualificazione* della medesima fattispecie, quanto la duplicazione delle fattispecie rilevanti¹⁶.

¹⁶ In tema, per tutti, N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, cit., 2769: «nulla è di per sé valido, nulla è di per sé illecito: i predicati sono attribuiti, sempre e soltanto, da *singole norme*. Nessun principio, né logico né giuridico, impedisce che l'atto annullabile o annullato [...] sia preso in considerazione da un'altra norma: *altra* rispetto a quella statuenta ipotesi e modi dell'annullabilità. La diversa norma ben potrà contemplare l'atto annullabile o annullato per sé solo, o collocarlo in

Sul piano dell'interpretazione delle norme che disciplinano l'azione, occorre invece essere piuttosto cauti nell'interpretare dal punto di vista finalistico le norme sul potere amministrativo, dal momento che la crescente mobilità del confine tra diritto pubblico e diritto privato affermata nel corso degli anni¹⁷ non è tuttavia tale da negare o disconoscere la precipua ragion d'essere delle regole di specialità riguardanti l'agire dell'amministrazione pubblica¹⁸.

La premessa delle norme e dei principi che regolano i rapporti privatistici è data, infatti, dall'autonomia della volontà con cui un soggetto decide di perseguire, mediante la propria azione, la soddisfazione dei propri interessi o quelli della controparte.

Salvi gli eventuali limiti previsti dalla legge per evitare che le parti si pongano un fine illecito, quello appena descritto rappresenta anche il principale canone interpretativo per valutare la correttezza e l'esattezza

una fattispecie più ricca di elementi soggettivi e oggettivi: in ambedue i casi, l'esistenza dell'atto non riuscirà incompatibile con la qualifica di illiceità. L'atto non è degradato a comportamento, come se una norma fosse ignara di quello che l'altra valuta e qualifica: l'atto, rimanendo tale, è assunto nella fattispecie della norma descrittiva dell'illecito. *L'unità dell'ordinamento non esclude l'autonomia delle due valutazioni normative*».

¹⁷ Il fenomeno del mutato rapporto tra diritto pubblico e privato nella disciplina dell'azione amministrativa e il loro progressivo intreccio è analizzato ampiamente da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 70 ss.

¹⁸ E ciò vale nonostante la relativizzazione dei concetti giuridici e della sistematica tradizionale. Parte della dottrina più autorevole ha infatti richiamato l'attenzione sulla esigenza di mantenere fermi, pur in chiave evolutiva, «gli elementi comuni e fondanti, [...] le linee strutturali del sistema, [...] i collanti e le cerniere che ne consentono il funzionamento complessivo». Così L. TORCHIA, *Introduzione*, in L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, XVI. Di qui l'importanza di riavviare una riflessione puntuale sul metodo giuridico e sui criteri di interpretazione delle norme secondo quanto sottolineato da A. TRAVI, *Il metodo nel diritto amministrativo e gli «altri saperi»*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 865 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 ss. e ID., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, *ivi*, 2002, 18 ss.; L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002 e ID., *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, 661 ss. Più di recente, M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss. ha sottolineato il compito assegnato alla scienza giuridica di assicurare la sistematicità del diritto amministrativo attraverso l'individuazione di un criterio di coerenza complessiva del sistema (352).

della prestazione e, quindi, la concreta responsabilità di colui sul quale incombono specifici doveri e obblighi di condotta.

Ne consegue che, nel rapporto obbligatorio generato dal contratto – o, come alcuni ritengono, da un contatto sociale qualificato – il comportamento del debitore deve essere specificatamente diretto al soddisfacimento dell'interesse del creditore.

Le norme pubblicistiche, invece, nella misura in cui regolano l'espressione della volontà del titolare della funzione pubblica non si limitano, nella loro struttura di base, a garantire «la libera esplicazione dell'autonomia dei soggetti [...] alla quale la legge si appaghi di mettere freni e limiti», ma impongono la realizzazione di un assetto di interessi già prefigurato dalla legge che, nonostante i margini più o meno ampi di discrezionalità di volta in volta rilevanti, segue pur sempre uno schema eteronomo o eteronormativo¹⁹.

¹⁹ In questo senso, già E. BETTI, *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949, 235-236. Del resto, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 207, aveva dimostrato come l'interpretazione dell'atto amministrativo seguisse regole proprie che non potevano identificarsi con quelle prescritte per il negozio giuridico. Una delle ragioni di questa differenza era individuata nella diversa volontà di cui i due atti erano espressione e dal fatto che quella amministrativa si esplicava nella attuazione di una norma e, pur con i margini di discrezionalità consentiti dall'ordinamento, doveva essere teleologicamente indirizzata al perseguimento di un pubblico interesse specificamente indicato dall'ordinamento. In tema di interpretazione dei provvedimenti amministrativi, cfr. anche S. VASTA, *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 473 ss. Sull'importanza dell'eteronomia come categoria concettuale in grado di giustificare lo statuto speciale del diritto amministrativo, si veda M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonomia branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss. e in particolare 492-493, dove l'Autore sottolinea correttamente che «il principio di libertà che governa il diritto privato comporta la «autonomia» dei fini. [...] Nel diritto amministrativo invece l'amministrazione è retta dalla «eteronomia» dei fini. Essa può perseguire soltanto quei fini che le sono stati attribuiti dall'ordinamento giuridico, e questa delimitazione teleologica diviene condizione di legittimità delle relative azioni». Il tema è trattato anche da A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, in particolare XXVI. In una prospettiva in parte analoga si colloca anche il saggio di A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss., secondo cui nell'ordinamento amministrativo dominante è il c.d. «interesse pubblico amministrativo» che andrebbe distinto dall'interesse generale

Si ritiene che questa ricostruzione debba valere sia con riferimento alle norme che incidono sulla discrezionalità e, quindi, sul bilanciamento e sulla conseguente determinazione dell'assetto di interessi perseguito attraverso l'atto, sia con riferimento a quelle che disciplinano il procedimento e che sono quindi coesenziali alla traduzione in concreto della funzione.

Dall'esame della dottrina civilistica che più ha alimentato l'idea che nel rapporto amministrativo si instauri un contatto sociale qualificato tra amministrazione e amministrati, emerge infatti una parallela concezione restrittiva delle norme di diritto pubblico, le quali sarebbero tali solo se enunciano scelte di valore riguardanti diversi interessi in gioco e nella misura in cui impongano una valutazione discrezionale e comparativa tra gli stessi. Ogni altra disposizione sull'azione amministrativa fonderebbe invece un rapporto giuridico paritario alla stregua di quelli privatistici di tipo obbligatorio²⁰.

In ragione di quanto argomentato in precedenza, si ritiene che questa interpretazione non sia del tutto in linea con i principi fondamentali dell'ordinamento amministrativo e porti a snaturarne l'essenza in relazione al ruolo istituzionale dell'amministrazione.

Date tali premesse, derivano almeno due ordini di conseguenze.

In primo luogo, i possibili diritti e interessi riconosciuti al privato nel rapporto con i poteri pubblici vanno ricostruiti alla luce delle norme che li individuano e che costituiscono parallelamente dei limiti all'esercizio dell'autorità in vista della realizzazione di un interesse pubblico concretamente rilevante.

in quanto quest'ultimo sarebbe alla base di quelle scelte legislative che impongono limiti e condizionamenti esterni all'autonomia privata. Al contrario, quando il contesto normativo individua un interesse pubblico amministrativo e attribuisce a un soggetto dell'ordinamento un potere autoritativo, tale interesse diventa il «fattore prevalente e decisivo nel concreto, nel procedimento e nel provvedimento». In questo senso, l'interesse pubblico non è limite esterno rispetto all'autonomia amministrativa, ma il criterio che definisce tutta la prospettiva dell'azione, sulla base del quale orientare il bilanciamento di tutti gli interessi coinvolti (in particolare 827-832).

²⁰ In questo senso, andrebbero alcune affermazioni di C. CASTRONOVO, *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, cit., 664. Alcuni spunti in tema possono rinvenirsi in A. DI MAJO, *Ascesa e/o declino del diritto civile?*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 1143 ss. e in particolare 1144.

Tali posizioni giuridiche soggettive, difficilmente sovrapponibili ai diritti di credito in senso stretto²¹, dovrebbero allora caratterizzarsi per una propria e peculiare razionalità sistemica in quanto ad esse non corrisponderebbero veri doveri in senso civilistico ma, piuttosto, ipotesi di “incapacità” di esercitare legittimamente il potere attribuito dalla legge.

Nella nota terminologia hohfeldiana, all’interesse legittimo così come inteso nell’ordinamento italiano, corrisponderebbe la categoria del *no-right*, del *no-power* o della *disability*²².

In secondo luogo e più in generale, quando una controversia si ponga nella terra di confine tra diritto pubblico e diritto privato diviene necessario e imprescindibile operare un bilanciamento tra gli “scopi” delle due discipline e delle diverse finalità perseguite.

²¹ La miglior dottrina ha peraltro sottolineato la differenza tra comportamento obbligatorio e comportamento dovuto rilevando che, se una norma qualifica come dovuto il comportamento di un soggetto, ciò non determina necessariamente il riconoscimento di un preciso diritto al loro rispetto in capo ad altra parte. Così per tutti F.G. COCCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 7 ss. L’argomento è ripreso e sviluppato anche da S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss. e in particolare 503-504.

²² Per la concezione dinamica dei diritti, il riferimento teorico indiscusso è senza dubbio il pensiero hohfeldiano espresso a partire da due articoli pubblicati rispettivamente nel 1913 e nel 1917 nel *Yale Law Journal* (rispettivamente W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* e W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*). Secondo B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P. COMANUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001, 1 ss. e ora in B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 17 ss. nel pensiero di Hohfeld, il termine ‘diritto’ (*a right*) non connota una singola nozione, ma rinvia nel discorso giuridico corrente, a quattro diversi fenomeni denominati rispettivamente: (i) diritto in senso stretto (“in the strictest sense”), o pretesa (*claim*); (ii) privilegio (*privilege*); (iii) potere (non fisico, ma giuridico (*power*)); (iv) immunità (*immunity*). A ciascuna di queste quattro nozioni corrisponde una nozione correlativa, rispettivamente di: (i) dovere (*duty*); (ii) non diritto (*no-right*); (iii) soggezione (*liability*); (iv) incapacità (*disability*). Come è noto, spesso le traduzioni possono non corrispondere al significato giuridico degli istituti nel sistema di appartenenza. In ogni caso la coppia obbligazione/diritto di credito di cui al diritto privato italiano rappresenta una declinazione di quella generale *right/duty*.

Nell'ambito della responsabilità civile complessivamente intesa, tale operazione è inevitabilmente agevolata dalla struttura atipica dell'illecito, riconosciuta oggi all'art. 2043 c.c., per cui l'accertamento dell'ingiustizia²³ del danno dipende dal confronto tra l'interesse del danneggiato ad ottenere una riparazione per il pregiudizio subito e l'interesse del danneggiante a svolgere l'attività che ha provocato il danno senza che gli venga imputato il rischio economico connesso al risarcimento delle eventuali lesioni a terzi che ne possano derivare²⁴.

²³ La contrapposizione tra natura tipica e atipica del sistema italiano di responsabilità civile è un tema classico della civilistica, che lo ha trattato ampiamente. In tema, nell'ambito di una letteratura particolarmente vasta, si ricordano senza pretesa di esaustività, P. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 338 ss.; R. SACCO, *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 46 ss.; G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, 154 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, cit.; M. FRANZONI, *L'illecito*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010, 807 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1962, XV, 628 ss.; ID., *Illecito (diritto vigente)*, ibidem, VIII, 164 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 567 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, III ed., Padova, 2005, 38 ss.; E. NAVARRETTA, *Il danno ingiusto*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), coordinato da A. Zoppini, *Diritto Civile, Attuazione e tutela dei diritti*, IV, *La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009, 137 ss.; G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010, 358 ss.

²⁴ Autorevole dottrina ha precisato che il bilanciamento va compiuto considerando gli interessi in conflitto, ma anche, e forse soprattutto, l'interesse della collettività a frenare, arginare o promuovere determinate condotte. L'interesse generale che regola il confronto va a propria volta individuato sulla base di una valutazione complessiva dei presupposti normativi presenti nell'ordinamento e che incidono sul comportamento che ha causato il pregiudizio, della cui meritevolezza di tutela si discute. Così, tra gli altri, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1990, 663. In questa direzione, vanno anche alcune considerazioni sull'elemento della colpa che nell'illecito dell'amministrazione ha carattere oggettivo e può consistere anche nella violazione dei doveri di correttezza e buona fede come indicato dalla Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999 e confermato dalla costante giurisprudenza del giudice amministrativo. In piena sintonia con gli approdi della Corte di giustizia, inoltre, la prova della colpa è stata oggi alleggerita dal ricorso alle regole di comune esperienza e a presunzioni semplici in modo tale da non imporre al presunto danneggiato criteri più rigorosi di quelli derivanti dalla violazione grave e manifesta del diritto vigente e da consentire all'amministrazione di provare la scusabilità dell'errore in cui è incorsa.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La Responsabilité Administrative: Comparaison Internationale*, numero speciale della *Revue Française d'Administration Publique*, n. 147, 2013
- AALTO P., *Public Liability in EU Law: Brasserie, Bergaderm and Beyond*, London, 2011
- ABBAMONTE G., *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli, dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, 29 ss.
- ALESSI R., *Responsabilità del pubblico funzionario e responsabilità dello Stato in base all'art. 28 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 897 ss.
- ALLEGRETTI U., *Forme costituzionali della storia unitaria: monarchia e repubblica*, in *Rivista AIC (Associazione italiana dei costituzionalisti)*, n. 1/2012
- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965
- ALLEN M., *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 105 ss.
- ALLISON J.W.F., *A Continental Distinction in the Common Law: a Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, 1996
- ALONSO GARCÍA R., MORAL SORIANO L., PLAZA MARTÍN C., *EU Rights and Discretion as Reflected in Spanish Public Law*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of European Law, The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008, 123 ss.
- ALPA G., *La responsabilità civile. Parte generale*, Milano, 2010
- ALPA G., *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, 1 ss.
- AMORTH A., *Figura giuridica e contenuto del diritto subiettivo affievolito*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 195 ss. e in *Scritti giuridici (1940-1948)*, vol. II, Milano, 1999, 533 ss.
- AMORTH A., *Una nuova sistematica della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1943, I, 64 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ANDENAS M., FAIRGRIEVE D., *Misfeasance in Public Office, Governmental Liability and European Influences*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 757 ss.
- ANGELETTI A., *La pregiudizialità amministrativa e la distinzione tra diritti e interessi*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 790 ss.
- ANGELETTI A., *Responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 223 ss.
- ANTONELLI V., *La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato*, in B. MARCHETTI, M. RENNA (a cura di), *La giuridificazione*, vol. III, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 73 ss.
- ANTONIAZZI S., *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza*, Torino, 2013
- ANTONIOLLI L., *Community Liability*, in H. KOZIOL, R. SCHULZE (eds.), *Tort Law of the European Community*, Wien, 2008, 213 ss.
- AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence: Or, the Philosophy of the Positive Law*, London, 1861-1863
- AUSTIN J., *Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832
- AZZARITI G., *Relazione*, in *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Atti della Tavola rotonda, Roma, 24 aprile 1982, in *Foro amm.*, 1982, I, 1689 ss.
- BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966
- BAMFORTH N., *The Application of the Human Rights Act 1998 to Public Authorities and Private Bodies*, in *Columbia Law Journal*, 1999, 159 ss.
- BARBIERATO D., *La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante. Profili risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 2070 ss.
- BARBIERI E.M., *Qualche motivo a favore della pregiudizialità della tutela demolitoria rispetto alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 471 ss.
- BARCELLONA M., «*Scopo della norma violata*», *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 311 ss.
- BARCELLONA M., *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e privazione di un risultato utile*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, 945 ss.
- BARCELLONA M., *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul «concetto» di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 211 ss.

- BARCELLONA M., *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in ID., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 467 ss.
- BARCELLONA M., *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, *Europa e dir. priv.*, 2000, 401 ss.
- BARTOLINI A., *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 939 ss.
- BARTOLINI A., *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo: la nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005
- BARUCCI E., MESSORI M. (a cura di), *Towards the European Banking Union*, Firenze, 2014
- BATTINI S., *I “due grandi dualismi” alla prova del diritto (amministrativo) globale*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*. Atti del IV Congresso nazionale della Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD), Trento 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016, 101 ss.
- BATTINI S., *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.
- BEATTIE D.J., *Ultra Vires in its Relation to Local Authorities*, London, 1939
- BEAUCAMP G., *Überprüfung bestandskräftiger Verwaltungsakte durch die Zivilgerichte*, in *D.V.Bl.*, 2004, 352 ss.
- BELJIN S., *Rights in EU Law*, in S. PRECHAL, R. VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of European Law, The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008, 91 ss.
- BELLANTE M., *L'azione di arricchimento senza causa nei confronti della P.A.: le nuove indicazioni delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 470 ss.
- BENACCHIO G.A., GRAZIADEI M. (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*. Atti del IV Congresso nazionale della Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD), Trento 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016
- BENETAZZO C., *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 107 ss.
- BENÖHR H.P., *Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB*, in R. ZIMMERMANN, *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 2000, 499 ss.
- BENOIT F.P., *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (problèmes de causalité et d'imputabilité)*, in *Juris-Classeur périodique (La Semaine Juridique)*, I, 1957, 1351 ss.

BIBLIOGRAFIA

- BENTHAM J., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, a cura di E. Lecaldano, Torino, 1998
- BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 537 ss.
- BENVENUTI F., *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1970, 589 ss.
- BENVENUTI F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 e in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 2006, 869 ss.
- BENVENUTI F., *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in F. BENVENUTI, G. MIGLIO, *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1969, 67 ss. e in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 2006, 2733 ss.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss. in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, 2006, 3223 ss.
- BENVENUTI L., *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002
- BENVENUTI L., *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, 661 ss.
- BENVENUTI M., *Art. 28*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, 580 ss.
- BERTEZZOLO G., *L'essere "direttamente ed individualmente riguardato" quale requisito di legittimazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado*, in *Riv. it dir. pubbl. com.*, 2004, 383 ss.
- BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 175 ss.
- BERTI G., *Momenti della trasformazione della giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 1861 ss.
- BERTI G., *Una riflessione sulla posizione giuridica del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 2004, 91 ss.
- BERTONAZZI L., *La tutela dell'affidamento nelle procedure selettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 39 ss.
- BERTONI M., *Pregiudiziale amministrativa, risarcimento del danno e questioni di giurisdizione*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 1087 ss.
- BETTI E., *Interpretazione delle leggi e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 98 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, vol. 3, Il contratto, Milano, 2000

- BIFANI SCONOCCHIA A., *Il danno da mero ritardo è risarcibile? Necessità di un intervento chiarificatore dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 83 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, 154 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 527 ss.
- BIGOT G., *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, (trad. it. Giuliana Nobili), in *Scienza e politica*, 2010, 21 ss.
- BIONDI A., FARLEY M., *The Right to Damages in European Law*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2009
- BIONDI F., *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 839 ss.
- BOBBIO N., *La grande dicotomia*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1984, 145 ss. e in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1976, 2187 ss.
- BOBBIO N., *Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, vol. XIII, Torino, 1981 e in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 16 ss.
- BODDA P., *Arricchimento, azione di (dir. amm.)*, in *Novissimo dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, 1009 ss.
- BODIN J., *Exposé du droit universel*, trad. L. Jerphagnon, Paris, 1985
- BOMBARDELLI M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996
- BONELLI F., *Responsabilità delle società di revisione nella certificazione obbligatoria e volontaria dei bilanci*, in *Riv. Soc.*, 1979, 969 ss.
- BONNARD R., *Les droits publics subjectifs des administrés*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1932, 695 ss.
- BOOTH C., SQUIRES D., *The Negligence Liability of Public Authorities*, Oxford, 2006
- BOSCOLO E., *L'Adunanza Plenaria consolida – senza giustificare – la regola della pregiudizialità tra annullamento e risarcimento*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 1570 ss.
- BOUGHEY J., *Administrative Law: the Next Frontier for Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, 55 ss.
- BOUSTA R., *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, Paris, 2010
- BRADLEY C.F., BELL J. (eds.), *Governmental Liability, Compensation and the Law of Civil Wrongs: A Comparative Study*, London, 1991

- BRIZZOLARI V., *Arricchimento ingiustificato della pubblica amministrazione: la fine di un privilegio?*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 10863 ss.
- BRÜGGEMEIER G., *Tort Law in the European Union*, Austin-Boston-Chicago-New York-The Netherlands, 2015
- BRUNNER O., CONZE W., KOSELLECK R. (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, III, Stuttgart, 2004
- BÜHLER O., *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Stuttgart, 1914
- BÜHLER O., *Zur Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte*, in Z. GIACOMETTI, D. SCHINDLER (a cura di), *Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, 1927
- BURGI M., *Damages and EC Procurement Law. German Perspectives*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford-Portland, 2011, 19 ss.
- BUSNELLI F.D., *Illecito civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XV, Roma, 1991, 10 ss.
- BUSNELLI F.D., *Itinerari europei nella terra di nessuno tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. e impr.*, 1991, 539 ss.
- BUSNELLI F.D., *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhi del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 531 ss.
- BUSNELLI F.D., *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, 50 ss.
- BUSSANI M., *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, 547 ss.
- BUXTON SIR R., *The Human Rights Act and Private Law*, in *Law Quarterly Review*, 2000, 48 ss.
- CALZOLAIO E., *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno: una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1910
- CANE P., *Tort law and public functions*, in J. OBERDIEK (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford, 2014, 148 ss.
- CANNADA BARTOLI E. (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1976
- CANNADA BARTOLI E., *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 1 ss.
- CAPACCIOLI E., *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, 1963 e in *Diritto e processo*, Padova, 1978, 100 ss.

- CAPACCIOLI E., *La funzione del processo amministrativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, I, Milano, 1978, 133 ss.
- CAPONIGRO R., *Il tempo come bene della vita*, in *Giustamm.it*, 2014
- CAPPELLETTI M., *Comparative law teaching and scholarship. Method and objectives*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di R. Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, Milano, 1994, 173 ss.
- CAPUTI JAMBRENGHI M.T.P., *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 159 ss.
- CARANTA R., *Damages for Breaches of EU Public Procurement Law, Issues of Causation and Recoverable Losses*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford-Portland, 2011, 167 ss.
- CARANTA R., *Judicial Protection against Member States. A New Jus Commune Takes Shape*, in *Common Market Law Review*, 1995, 703 ss.
- CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993
- CARANTA R., *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Parte generale, Milano, 2007, 1031 ss.
- CARANTA R., *Le controversie risarcitorie*, in ID. (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico*, Bologna, 2011, 629 ss.
- CARANTA R., *On Discretion*, in S. PRECHAL, B. VAN ROERMUND (eds.), *The Coherence of EU Law, The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford, 2008, 185 ss.
- CARLASSARE L., *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti del potere*, Padova, 2003
- CARNWALTH SIR R., *Welfare Services - Liabilities in Tort after the Human Rights Act*, in *Public Law*, 2001, 210 ss.
- CARNWALTH SIR R., *Tribunal Justice - A New Start*, in *Public Law*, 2009, 48 ss.
- CARPENTIERI P., *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 857 ss.
- CARRÀ M., *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento presupposti e regime*, Torino, 2005
- CARUSI F., *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.
- CASSETTA E., *Attività ed atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 ss.
- CASSETTA E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. economia*, 2001, 317 ss.

- CASSETTA E., *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 689 ss.
- CASSETTA E., *Relazione introduttiva*, in *Atti del Convegno celebrativo. Cento anni di giurisdizione amministrativa. Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Torino, 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996, 3 ss.
- CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013
- CASSESE S., *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 1990, 5 ss.
- CASSESE S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 23 ss.
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Diritto amministrativo generale, Milano, 2003, 1 ss.
- CASSESE S., *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 501 ss.
- CASSESE S., *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 422 ss.
- CASSESE S., *Lo studio comparato del diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 678 ss.
- CASTRONOVO C., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 637 ss.
- CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.
- CASTRONOVO C., *Osservazioni a margine della giurisprudenza nuova in materia di responsabilità civile della p.a.*, in *Jus*, 2004, 69 ss. e in *Studi in onore di Giorgio Berti*, I, Napoli, 2005, 691 ss.
- CASTRONOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647 ss.
- CATTANEO G., *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss.
- CAVALLARO M.C., *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1100 ss.
- CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991
- CELANO B., *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in P.COMANDUCCI, R.GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*.

- Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2001, 1 ss. e in B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013, 17 ss.
- CERRI A., *Potere e potestà*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990
- CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Paris, 1, 2001
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2008
- CHEVALLIER J., *L'obligation en droit public*, in *Archives de philosophie du droit (APD)*, fasc. 44 (*L'obligation*), 2000, 179 ss.
- CHEVALLIER J., *Le service public*, Paris, 2012
- CHIEPPA R., *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010, 168 ss.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1944
- CHITI M.P., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1 ss.
- CHITI M.P., *Dalla "Comunità di diritto" alla Unione dei diritti*, in S. MICOSSÌ, G.L. TOSATO (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. Nel dubbio, per l'Europa*, Bologna, 2008, 259 ss.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990, 206 ss.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo comparato*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, vol. III, Milano, 2006, 1929 ss.
- CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013
- CHITI M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745 ss.
- CHITI M.P., *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto processuale amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 177 ss.
- CHITI M.P., *La responsabilità dell'amministrazione nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 505 ss.
- CHITI M.P., SANTORO V. (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016
- CIAN G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966
- CICERO C., *Arricchimento senza causa - Spunti in tema di arricchimento senza causa dell'ente pubblico*, in *Giur. it.*, 2015, 2069 ss.
- CIMINI S., *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della P.A.?*, in *Giur. it.*, 2011, 664 ss.

- CIMINI S., *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008
- CINTIOLI F., *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità. Ovverossia «della specialità perduta»?», in Dir. proc. amm.*, 2009, 933 ss.
- CINTIOLI F., *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *Giustamm.it*, n. 7/2004
- CIOFFI A., *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss.
- CIRILLO G.P., *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'anti-giuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, in *Foro. amm.*, CDS, 2003, 885 ss.
- CIRILLO G.P., *La giurisdizione sulla azione risarcitoria a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, 1991 ss.
- CLARICH M., MERUSI F., *Art. 28*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 356 ss.
- CLARICH M., FONDERICO F., *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa*, in *Urb. app.*, 2006, 60 ss.
- CLARICH M., *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Gior. dir. amm.*, 969 ss.
- CLARICH M., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 1089 ss.
- CLARICH M., *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Parte generale, Milano, 2007, 589 ss.
- CLARICH M., *Sul modello di responsabilità civile dell'art. 28 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1987, 1857 ss.
- CLARICH M., *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995
- CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 557 ss.
- CLAYTON R., TOMLINSON H. (eds.), *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000
- COMINO A., *La risarcibilità del danno da mero ritardo: una questione aperta*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 942 ss.
- COMPORI G.D., *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in ID. (a cura di), *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol. VII, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016, 7 ss.

- COMPORI G.D., *La concentrazione delle tutele alla prova dell'effettività*, in *Giur. it.*, 2012, 194 ss.
- COMPORI G.D., *La tutela risarcitoria 'oltre' il codice*, in *federalismi.it*, 2010, 7 ss.
- COMPORI G.D., *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 280 ss.
- COMPORI G.D., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 5125 ss.
- COMPORI G.D., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003
- CONSOLO C., *Problemi del nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge 205 del 2000*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 321 ss.
- CONSTANTINESCO L.J., *Les problèmes résultant de la responsabilité extra-contractuelle concomitante de la Communauté et d'un État membre*, Bruxelles-Luxembourg, 1980
- CORLETTO D., *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in ID. (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1 ss.
- CORMIER C., *Le préjudice en droit administratif français: étude sur la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques*, Paris, 2008
- CORNELLA S., *The 'Market Economy Investor Principle' to Evaluate State Aids: Latest Developments and New Perspectives*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, 553 ss.
- CORNFORD T., *Toward a Public Law of Tort*, Aldershot, 2008
- CORSALE M., *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.
- CORTESE F., *Ancora sul danno da provvedimento amministrativo: le chances perdute del risarcimento per perdita di chance*, in AA.VV. (a cura di), *Dialoghi del Diritto, dell'Avvocatura, della Giurisdizione* (Trim. di giurisprudenza e di informazione a cura del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Venezia), Padova, 2011, 244 ss.
- CORTESE F., *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudiziale amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 511 ss.
- CORTESE F., *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Gior. dir. amm.*, 2007, 183 ss.

BIBLIOGRAFIA

- CORTESE F., *L'accertamento della colpa della P.A. nella fattispecie di danno da provvedimento illegittimo: il giudice amministrativo in equilibrio tra diritto interno e diritto europeo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1613 ss.
- CORTESE F., *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 962 ss.
- CORTESE F., *La "guerra delle banane" e la questione della responsabilità civile del "legislatore" comunitario: i nodi vengono al pettine?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 87 ss.
- CORTESE F., *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007
- CORTESE F., *Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione e azionabilità dei rimedi interni: la Corte di giustizia, il dibattito spagnolo e la flessibilità dell'integrazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1304 ss.
- COSTA P., ZOLO D., *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, II ed., 2003
- CRAIG P.P., *Administrative Law*, London, 2008
- CRAIG P.P., *One More Unto the Breach: the Community, the State and Damages Liability*, in *Law Quarterly Review*, 1997, 67 ss.
- CRAIG P.P., *Compensation in Public Law*, in *Law Quarterly Review*, 1980, 439 ss.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008
- CUJO E., *L'autonomie du recours en indemnité par rapport au recours en annulation - évolutions jurisprudentielles*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 1999, 414 ss.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992
- D'ALBERTI M., *Regole e rimedi: convergenza fra diritti amministrativi d'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 1048 ss.
- D'ALTERIO E., *La "guerra delle banane": rapporti tra ordinamenti e responsabilità delle istituzioni comunitarie*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 490 ss.
- DARCY G., *La responsabilité de l'administration*, Paris, 1996
- DE GASTINES L., *La responsabilité extracontractuelle des personnes morales publiques*, in *Revue de droit public*, 1992, 135 ss.
- DE GASTINES L., *Les présomptions en droit administratif*, Paris, 1991

BIBLIOGRAFIA

- DE PRETIS D., *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione europea*, ed. prov., Trento, 2000
- DE PRETIS D., *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 283 ss.
- DE PRETIS D., *Pregiudizialità o concorrenzialità fra azione di annullamento e tutela risarcitoria?*, in *Riv. trim. servizi pubbl.*, 2002, 159 ss.
- DE VISSER M., *The concept of concurrent liability and its relationship with the principle of effectiveness: a one-way ticket into oblivion?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, 4 ss.
- DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, 1994
- DELAUNAY B., *La faute de l'administration*, Paris, 2007
- DELBEZ L., *De l'excès de pouvoir comme source de responsabilité*, in *Revue de droit public*, 1932, 183 ss.
- DENCH S., *The Tort of Misfeasance in a Public Office*, in *Auckland ULR*, 1981, 182 ss.
- DI MAJO A., *Ascesa e/o declino del diritto civile?*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 1143 ss.
- DI MAJO A., *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, 119 ss.
- DI SERI C., *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 116 ss.
- DICEY A.V., *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885
- DÖRR O., *Staatshaftung in Europa. Nationales und Unionsrecht*, Berlin, 2014
- DRAGO R., *La notion d'obligation: droit public et droit privé*, in *Archives de philosophie du droit (APD)*, fasc. 44 (*L'obligation*), 2000, 43 ss.
- DUEZ P., *La responsabilité de la puissance publique (en dehors du contrat)*, Paris, 1938
- DUGUIT L., *De la situation des particuliers à l'égard des services publics*, in *Revue du droit public et de la sociologie politique en France et à l'étranger*, 1907, 411 ss.
- DUGUIT L., *L'État, le droit objectif e la loi positive*, Paris, 1901
- DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Paris, 1913
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, t. III, 3^{ème} éd., Paris, 1930
- DURY G., *Rapport de synthèse. Le préjudice. Regards croisés privatistes et publicistes*, in *Responsabilité civile et assurances*, 2010, III, 58 ss.

- ELIANTONIO M., *Information Exchange in European Administrative Law. A Threat to Effective Judicial Protection?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, 531 ss.
- ELIANTONIO M., *The Enforcement of EC Rights Against National Authorities and the Influence of Koebler and Kuehne & Heitz on Italian Administrative Law: Opening Pandora's Box?*, in *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 2006
- ELLIOTT M., *The Human Rights Act 1998 and the Standard of Substantive Review*, in *Cambridge Law Journal*, 2001, 301 ss.
- ENDICOTT T., *Administrative Law*, Oxford, 2009
- ERBGUTH W., *Primär- und Sekundärrechtsschutz im öffentlichen Recht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 2002, 221 ss.
- FACCI G., *Chance (danno da perdita di)*, in *Enc. giur.*, agg. XVIII, 2009, 1 ss.
- FACCI G., *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009
- FAIRGRIEVE D., ANDENAS M., BELL J. (eds.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, London, 2002
- FAIRGRIEVE D., LICHÈRE F., *Introduction*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford-Portland, 2011, 1 ss.
- FAIRGRIEVE D., LICHÈRE F., *The Liability of Public Authorities in France*, in K. OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016, 155 ss.
- FALCON G., DE PRETIS D., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011
- FALCON G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287 ss. e in *Scritti scelti*, Padova, 2015, 369 ss.
- FALCON G., *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 241 ss. e in *Scritti scelti*, Padova, 2015, 561 ss.
- FALCON G., *La tutela giurisdizionale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. II, Parte generale, Milano, 2007, 697 ss.
- FELIZIANI C., *Responsabilità della pubblica amministrazione senza colpa? Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Foro amm.*, 2011, 3015 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989

- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss.
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 2006
- FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 617 ss.
- FERRARA L., *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.
- FERRARA R., *La pubblica amministrazione tra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 225 ss.
- FERRARI E., *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 563 ss.
- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008
- FIGORILLI F., *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996
- FIGORE G., *Il risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi: sua applicabilità secondo la Costituzione*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli, dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, 101 ss.
- FLOGAITIS S., *Administrative Law et Droit Administratif*, Paris, 1987
- FOLLIERI E., *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 253 ss.
- FORSYTH C.F., *Beyond O'Reilly v. Mackman: The Foundations and Nature of Procedural Exclusivity*, in *Cambridge Law Journal*, 1985, 415 ss.
- FOULQUIER N., *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Paris, 2003
- FRACCHIA F., *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, I, 2605 ss.
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Responsabilità delle amministrazioni: divergenze e convergenze tra la Cassazione e il Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2003, I, 3363 ss.

- FRACCHIA F., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss.
- FRAENKEL-HAEBERLE C., *Stabilità e contendibilità del provvedimento tra tutela costitutiva e risarcitoria nell'ordinamento tedesco*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, vol. II, Milano, II ed., 2010
- FRANZONI M., *L'illecito*, in ID. (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II ed., Milano, 2010
- FULLER L.L., *Human Purpose and Natural Law*, in *Journal of Philosophy*, 1956 e in *Natural Law Forum*, 1958, 68 ss.
- FULLER L.L., *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, 1958, 630 ss.
- FUSCHINO G., *La sorte appesa a un filo: sulla perdita della chance*, in *Danno e resp.*, 2017, 221 ss.
- GABAYET N., *Damages for Breach of Public Procurement Law. A French Perspective*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford-Portland, 2011, 7 ss.
- GAFFURI F., *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013
- GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.
- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, 9 ss.
- GALLO C.E., *L'adunanza plenaria si pronuncia sulla pregiudizialità amministrativa*, Nota a Cons. Stato, ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4, in *Urb. app.*, 2003, 802 ss.
- GALLO C.E., *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 547 ss.
- GAMBARO A., *Alcune novità in materia di comparazione giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, 297 ss.
- GAMBARO A., MONATERI P.G., SACCO R., *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, 1988, 48 ss.
- GAMBARO A., *The Trento Theses*, in *Global Jurist Frontiers*, 2004, 4, 1, Article 2
- GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, 274 ss.
- GIANI L., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005

- GIANNELLI A., *Responsabilità della pubblica amministrazione b) Profili processuali*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, 819 ss.
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss. e *Riv. dir. proc.*, 1964, 12 ss., 217 ss.
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939
- GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, vol. III, Milano, 1963, 265 ss.
- GIANNINI M.S., *Le strutture giuridiche*, in *Lezioni del corso di aggiornamento per esperti sociali*, Roma, 1965, ora in *Scritti*, V, Milano, 468 ss.
- GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950
- GILIKER P., *English tort law and the challenge of Francovich Liability: 20 years on*, in *Law Quarterly Review*, 2012, 541 ss.
- GILIKER P., *The Europeanisation of English Tort Law*, Oxford, 2014
- GIUSTI A., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 679 ss.
- GOODNOW F.J., *Comparative Administrative Law*, New York-London, 1893, in J. RIVERO, *Cour de droit administratif comparé (1954-1955)*, Paris, 1957
- GORLA G., *Diritto comparato*, in AA.VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1981, 596 ss.
- GORLA G., *Diritto comparato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 928 ss.
- GORTSOS C.V., *The Single Supervisory Mechanism (SSM)*, Athens, 2015
- GRECO F., *La responsabilità extracontrattuale delle agenzie di rating nei confronti dell'investitore*, in *Riv. dir. banc.*, 2013, 30 ss.
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2014, 585 ss.
- GRECO G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (nota a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 513 ss.
- GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento del danno: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1126 ss.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 109 ss.

- GRECO G., *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 480 ss.
- GRECO G., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, 1727 ss.
- GRILLI A., *Aux origines du droit de L'Union Européenne: le "ius commune" national dans les conclusions des avocats généraux: Karl Roemer et Maurice Lagrange (1954-1964)*, in *The Legal History Review*, 2008, 155 ss.
- GRZESZICK B., *Staatshaftungsrecht*, in H.U. ERICHSEN, D. EHLERS (a cura di), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 2006
- GUETTIER C., *La responsabilité administrative*, Paris, 1996
- GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942
- GUICCIARDI E., *Recensione a K.H. Smith, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss.
- GUICCIARDI E., *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli, dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, 217 ss.
- GUTMAN K., *The Evolution of the Action for Damages against the European Union and its Place in the System of Judicial Protection*, in *Common Market Law Review*, 2011, 695 ss.
- HABA M., *The Case of State Liability: 20 Years after Francovich*, Wien, 2015
- HARDING C., *The Choice of Court Problem in Cases of Non-contractual Liability under EEC Law*, in *Common Market Law Review*, 1979, 389 ss.
- HARLOW C., *'Public' and 'Private' Law: Definition without Distinction*, in *Modern Law Review*, 1980, 241 ss.
- HARLOW C., *Compensation and Government Torts*, in *Modern Legal Studies*, London, 2008
- HARLOW C., *Francovich and the Problem of the Disobedient State*, in *European Law Journal*, 1996, 199 ss.
- HARLOW C., *Understanding Tort Law*, London, 1995
- HART H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958, 593 ss.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1994
- HARTLEY T., *Concurrent Liability in EEC: a Critical Review of the Cases*, in *European Law Review*, 1977, 249 ss.

- HÉLIN J.C., *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Nantes, 1969
- HEUKELS T., MCDONNELL A. (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague, 1997
- HOFMANN H.C.H., TIDGHI M., *Rights and Remedies in Implementation of EU Policies by Multi-Jurisdictional Networks*, in *European Public Law*, 2014, 147 ss.
- HOGG P., *Liability of the Crown*, Melbourne, 1989
- HOHFELD W.N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1917, 710 ss.
- HOHFELD W.N., *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale Law Journal*, 1913, 16 ss.
- HÖSCH U., *Staatshaftung und Aufopferung*, in *DÖV*, 1999, 192 ss.
- HUNT M., *The “Horizontal Effect” of the Human Rights Act*, in *Public Law*, 1998, 423 ss.
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999
- IRTI N., *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2765 ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979
- ITZEL P., *Neuere Entwicklungen im Amts- und Staatshaftungsrecht*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2009, 730 ss.
- JACQUEMET-GAUCHÉ A., *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne. Étude de droit comparé*, Paris, 2013
- JELLINEK G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892, trad. it. di G. VITAGLIANO con prefazione di V.E. ORLANDO, 1912
- JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1905, trad. it. di M. PETROZZIELLO, con una introduzione generale di V.E. ORLANDO, Milano, 1949
- KELSEN H., *Diritto pubblico e privato*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1924, 340 ss.
- KELSEN H., *L'illecito dello Stato*, a cura di A. Abignente, Napoli, 1988
- KOCH C., *Locus standi of Private Applicants under the EU Constitution: Preserving Gaps in the Protection of Individuals' Right to an Effective Remedy*, in *European Law Review*, 2005, 511 ss.
- KOMAREK J., *Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2005, 9 ss.
- KÖTZ H., WAGNER G., WAGNER G., *Deliktsrecht*, München, 2010
- LACHAUME J.F., *Les lois du service public: entre tradition et modernité*, in *RFDA*, 2006, 1219 ss.

- LAMORGESE A., *Stop della Cassazione alla giurisdizione pan-amministrativa*, in *Giust. civ.*, 2011, 1217 ss.
- LATOURNERIE M.A., *Responsabilité publique et Constitution*, in *Mélanges Chapus: Droit administratif*, Paris, 1992, 353 ss.
- LATOURNERIE R., *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)*, 1945, 292 ss.
- LAZARI A., *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005
- LAZZARA P., *Procedimento amministrativo e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoresponsabilità privata*, Milano, 2005
- LEDDA F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss.
- LEVI F., *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 124 ss.
- LEWIS C., *Judicial Remedies in Public Law*, London, 2000
- LIGUGNANA G., *L'altra giustizia amministrativa. Modelli ed esperienza d'oltremarina*, Torino, 2010
- LIGUGNANA G., *L'amministrazione giudicante. Modello ed esperienze inglesi*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto comunitario, italiano e comparato*, Padova, 2010, 63 ss.
- LIGUGNANA G., *Le trasformazioni della giustizia amministrativa inglese: la riforma dei Tribunals*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 432 ss.
- LLORENS-FRAYSSE F., *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, 1985
- LLORENS-FRAYSSE F., *Le poids de la faute dans la responsabilité administrative*, in *Droits*, 1987, 65 ss.
- LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Milano, 1942
- LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000
- LUCHET J., *L'arrêt Blanco - la thèse de la compétence administrative en matière civile de l'État*, Paris, 1935
- LUCIANI F., *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 503 ss.
- MACCHIA M., *La riforma degli Administrative Tribunals nel Regno Unito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 209 ss.

- MACHINIKOWSKI P., *The Liability of Public Authorities in the European Union*, in K. OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016, 559 ss.
- MADDALENA M.L., *Il danno da ritardo tra bene della vita finale e mero interesse al rispetto dei tempi del procedimento*, in *federalismi.it*, 2009
- MAGLIARI A., *Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, 153 ss.
- MAGLIARI A., *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in M.P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, 383 ss.
- MAGNUS U., *The liability of Public Authorities in Germany*, in K. OLIPHANT (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016, 177 ss.
- MAGRI M., *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento illegittimo sfavorevole*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 704 ss.
- MAIETTA A., *La responsabilità delle società di rating*, in *Danno e resp.*, 2015, 836 ss.
- MANFREDI G., *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, 5 ss.
- MANGANARO F., *Principio di buona fede ed attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995
- MARCHETTI B., *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA, B. MARCHETTI, *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 197 ss.
- MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996
- MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 1471 ss.
- MARCHETTI B., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 499 ss.
- MARCHETTI B., *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della Concorrenza*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, 5 ss.
- MARI G., *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardato esercizio dell'attività amministrativa*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, I, Milano, 2013, 261 ss.

BIBLIOGRAFIA

- MARI G., *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in M.A. SANDULI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 263 ss.
- MARKESINIS B., AUBY J.B., COESTER-WALTJEN D., DEAKIN S. (eds.), *Tortious Liability of Statutory Bodies*, Oxford, 1999
- MARKESINIS B., FEDKE J., *Damages for the Negligence of Statutory Bodies: the Empirical and Comparative Dimension to an Unending Debate*, in *Public Law*, 2007, 299 ss.
- MARKESINIS B., *Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*, in *Law Quarterly Review*, 1998, 114 ss.
- MASERA S.R., *Contenuto della sentenza amministrativa e sua esecuzione in Spagna, Francia e Germania*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 201 ss.
- MASERA S.R., *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. app.*, 2011, 915 ss.
- MASING J., *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts: europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Berlin, 1997
- MASSERA A., *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986
- MATTARELLA B.G., *Il lessico amministrativo della Corte costituzionale e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 979 ss.
- MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011
- MAURER H., *Staatshaftung im europäischen Kontext*, in C.T. EBENROTH (a cura di), *Verantwortung und Gestaltung: Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65 Geburtstag*, München, 1996, 591 ss.
- MAZZAMUTO M., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46 ss.
- MAZZAMUTO M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonomia branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.
- MAZZAMUTO M., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008
- MAZZAMUTO M., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.
- MAZZAMUTO S., PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012

- MAZZAROLLI L., *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1207 ss.
- MAZZAROLLI L., *Giustizia amministrativa. Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, 1771 ss.
- MAZZAROLLI L., *Profili evolutivi della tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Atti del Convegno celebrativo. Cento anni di giurisdizione amministrativa. Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Torino, 10-12 novembre 1989, Napoli, 1996, 201 ss.
- MAZZAROLLI L., *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 214 ss.
- MCBRIDE J., *Damages as a Remedy for Unlawful Administrative Action*, in *Cambridge Law Journal*, 1979, 323 ss.
- MEAD P., *The Relationship between the action for damages and the action for annulment: the return of Plaumann*, in T. HEUKELS, A. MCDONNELL (eds.), *The action for damages in Community Law*, The Hague, 1997, 243 ss.
- MENGGONI L., *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975
- MENGGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 507 ss.
- MENGGONI L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185 ss., 280 ss., 366 ss.
- MENGGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 8 ss.
- MERKL A.J., *Justizirrtum und Rechtswahrheit* (1925), in H. KELSEN, A.J. MERKL, A. VERDROSS, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, I, Wien, 1968 (rist. 2010), 195 ss.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 9 ss.
- MERUSI F., *L'«ingiustizia amministrativa» in Italia*, in F. MERUSI, G. SANVITI (a cura di), *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, 1986, 9 ss.
- MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- MERUSI F., *La certezza della azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

- MERUSI F., *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, 41 ss.
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007
- MIELE G. (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Atti del convegno celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1968
- MIELE G., *Introduzione al tema*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli, dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, 3 ss.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Padova, 1966
- MILES J., *Standing under the Human Rights Act 1998: Theories of Rights Enforcement and the Nature of Public Law Adjudication*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, 133 ss.
- MOHNHAUPT H., *I diritti di privilegio e i diritti di libertà nella Germania del XVIII e XIX secolo*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 42, Bologna, 1995, 17 ss.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998
- MOREAU J., *L'influence de la situation et du comportement de la victime sur la responsabilité administrative*, Paris, 1956
- MOREAU J., *La responsabilité administrative*, Paris, 1986
- MOSLER H. (ed.), *Haftung des Staates für Rechtswidriges Verhalten seiner Organe*, Heidelberg, 1967
- NAPOLITANO G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007
- NAPOLITANO G., *Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 461 ss.
- NAPOLITANO G., *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nella 'reinvenzione del governo': un'indagine comparata*, in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*. Atti del IV Congresso nazionale della Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD), Trento 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016, 243 ss.
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in A. CICU, G. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, 14 ss.

- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ss.
- NAVARRETTA E., *Il danno ingiusto*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), coordinato da A. Zoppini, *Diritto Civile, Attuazione e tutela dei diritti*, IV, *La responsabilità e il danno*, III, Milano, 2009
- NICOLUSSI A., *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1191 ss.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. Cardi, A. Nigro, Bologna, 2002
- NIGRO M., *Il «segreto» di Gerber*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 1971, 293 ss.
- NIGRO M., *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, V, 1978, 161 ss.
- NIGRO M., *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato: a proposito di condizioni legali*, in *Foro it.*, 1961, I, 457 ss.
- NOLAN D., *Negligence and Human Rights Law: the Case for Separate Development*, in *Modern Law Review*, 2013, 286 ss.
- NUNZIATA M., *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel codice del processo*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2011, 85 ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002
- OLIPHANT K. (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016
- OLIPHANT K., *Injunctions*, in ID. (ed.), *The Law of Tort*, London, 2015
- OLIPHANT K., *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, in ID. (ed.), *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016, 849 ss.
- OLIPHANT K., *The Liability of Public Authorities in England and Wales*, in ID., *The Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, Cambridge, 2016
- OLIVER P., *Joint Liability of the Community and the Member State*, in I. HEUKELS, A. MCDONNELL (eds.), *The Action for Damages in Community Law*, The Hague, 1997, 300 ss.
- ORLANDO V.E., *Inviolabilità regia* (1938), in ID., *Diritto pubblico generale: Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 459 ss.
- ORLANDO V.E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1891

- ORLANDO V.E., *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, vol. III, 1893, 250 ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005
- OSSENBÜHL F., CORNILS M., *Staatshaftungsrecht*, München, 2013
- PACE A., *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 Novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-Giudice*, in *Rivista AIC*, 2012
- PAILLET M., *Faute de service*, in *Juris-classeur administratif*, Paris, 1993, fasc. 818
- PAILLET M., *La faute de service public en droit administratif français*, Paris, 1980
- PAILLET M., *La responsabilité administrative*, Paris, 1996
- PALANDT O., *Bürgerliches Gesetzbuch*, sub § 823, München, 2003, 145 ss.
- PALMA A., *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistici*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova, 2003, vol. III, 27 ss.
- PARONA L., *La responsabilità della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici. Profili teorici e questioni applicative*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1168 ss.
- PASQUINO T., *La buona fede in senso soggettivo nell'ermeneutica giurisprudenziale. Notazioni intorno alla portata generale dell'art. 1147 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ.*, 2013, 523 ss.
- PASTORI G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale del procedimento. Contributi alle iniziative legislative in corso. Atti del XXXII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, 18-20 settembre 1986*, Milano, 1989, 33 ss.
- PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, 61 ss.
- PELLIZZARI S., *La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Questioni ancora attuali*, in M. MALO, B. MARCHETTI, D. DE PRETIS (a cura di), *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon*, Napoli, 2015, 315 ss.
- PELLIZZARI S., *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento amministrativo illegittimo in Inghilterra: questioni sostanziali e processuali a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 1003 ss.

- PELLIZZARI S., *La stabilità e la contestabilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contestabilità del provvedimento nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 95 ss.
- PERFETTI L.R., *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 53 ss.
- PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 326 ss.
- PFAB S., *Staatshaftung in Deutschland: Die Reformaufgabe und ihre Vorgaben in der rechtsstaatlichen Garantie des Artikel 34 Grundgesetz und durch die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts*, München, 1997
- PICHARD M., *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, 2006
- PIRAINO F., «Ingiustizia del danno» e antigiuridicità, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 774 ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo, II – L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano, 1962
- PLANIOL M., *Études sur la responsabilité civile*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1905, 277 ss.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, VII ed., 2, Paris, 1917
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, vol. I, 2000
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. II, Padova, 2001
- POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 ss.
- POLICE A., *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865 n. 2248 al c.p.a.*, in AA.VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Roma, 2011, 77 ss.
- POLICE A., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Gior. dir. amm.*, 985 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e Giur.*, 1978, 1 ss.
- PROTO PISANI A., *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, V, 2009, 369 ss.
- PROTO PISANI A., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, V, 2012, 1 ss.
- PROTO PISANI A., *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?*, in *Foro it.*, V, 2001, 21 ss.

- PROTTO M., *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urb. app.*, 1999, 1067 ss.
- PROTTO M., *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.
- PROTTO M., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 213 ss.
- PUBUSA A., *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996
- PUBUSA A., *Risarcimento dell'interesse legittimo: responsabilità aquiliana, precontrattuale o procedimentale?*, in *Foro amm. - TAR*, 2004, 1590 ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 696 ss.
- RABEL E., *Die Grundzüge des Rechts der unerlaubten Handlungen*, The Hague, 1932
- RACCA G.M., *Correttezza (Dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1529 ss.
- RACCA G.M., *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione. Risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 203 ss.
- RACCA G.M., *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA (a cura di), *Responsabilità della pubblica amministrazione. Risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003
- RACCA M.G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000
- RAISER T., *Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzen Norm*, in *Juristenzeitung*, 1963, 462 ss.
- RAMAJOLI M., *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.
- RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892 e in *Scritti giuridici scelti*, II, La giustizia amministrativa, Napoli, 1992, 3 ss.
- RANELLETTI O., *Della responsabilità degli enti pubblici per atti dei loro dipendenti*, in *Foro it.*, XXIII, I, 1898, 80 ss. e in *Scritti giuridici scelti*, II, La giustizia amministrativa, Napoli, 1992, 103 ss.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911
- RENNA M., FIGORILLI F., *Commento agli artt. 2 e 2-bis della legge n. 241/1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 105 ss.

- RENNA M., *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.
- RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, 557 ss.
- RENNA M., *Responsabilità della p.a.: la Cassazione innova e il Consiglio di Stato conserva*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 885 ss.
- RENNA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali*, in *Enc. dir., Annali IX*, Milano, 2016, 800 ss.
- RESCIGNO P., *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 133 ss.
- RICHER L., *Recherches sur la faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, Paris, 1976
- RIVERO J., *Cour de droit administratif comparé (1954-1955)*, Paris, 1957
- RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964
- ROMANO A., *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975
- ROMANO A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Parte Generale, Bologna, 2005, 145 ss.
- ROMANO A., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 95 ss.
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1931
- ROMANO S., *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico (1899)*, in ID., *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, a cura di G. Zanobini, Milano, 1950, 93 ss.
- ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906
- ROMANO S., *Teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano, 1897
- ROMANO S.A., *Indebito arricchimento nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 208 ss.
- ROMANO SALV., *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.

- ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, 273 ss.
- ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.*, 1997, 35 ss.
- ROMANO TASSONE A., *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 209 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. amm.*, 2002, 18 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Pluralità di metodi ed unità della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 1998, 651 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, 966 ss.
- ROMANO TASSONE A., *Sul problema della "pregiudiziale amministrativa"*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 280 ss.
- ROPPO V., *Responsabilità dello Stato per il fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story"*, in *attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 347 ss.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, I ed., Sirey, 1963 (ristampa, Paris, 2005)
- ROUGEVIN-BAVILLE M., *La responsabilité administrative*, Paris, 1992
- SABBIONETI M., *Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 2011, 397 ss.
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992
- SACCO R., *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.
- SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 92 ss.
- SALTARI L., *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milano, 2007
- SALVI C., *Abuso del diritto, I (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 3 ss.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 1998, 60 ss.
- SALVI L., *Autonomia procedurale e azione di responsabilità nei confronti dello Stato secondo la Corte di giustizia: non c'è obbligo di esaurire i rimedi interni*, in *Dir. com. e degli scambi int.*, 2011, 51 ss.

BIBLIOGRAFIA

- SAMUEL G., *Public and Private Law: A Private Lawyer's Response*, in *Modern Law Review*, 1983, 558 ss.
- SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989
- SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *federalismi.it*, n. 7/2011
- SARTORI F., *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011
- SASSANI B., *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, *Giustamm.it*, n. 7/2004
- SASSANI B., *L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1356 ss.
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986
- SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 668 ss.
- SCALISI V., *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 54 ss.
- SCARONI C., *La responsabilità delle agenzie di rating nei confronti degli investitori*, in *Contr. e impr.*, 2011, 799 ss.
- SCHIEMANN K., *The State's Liability in Damages for Administrative Action*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, 1548 ss.
- SCHLESINGER P., *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 338 ss.
- SCHMIDT ABMANN E., *Einführung*, n. 231, in E. SCHMIDT-ABMANN, F. SCHOCH (a cura di), *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, München, 1996
- SCHOCH F., *Amtshaftung*, in *Jura*, 1988, 585 ss.
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990
- SCOCA F.G., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1 ss.
- SCOCA F.G., *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVI, Roma, 1988, 8 ss.
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017
- SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 7 ss.
- SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.
- SCOCA F.G., *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.

- SCOCA F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario a buona fede*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. III, Padova, 2003, 471 ss.
- SCOCA S.S., *Il ritardo nell'adozione del provvedimento e il danno conseguente*, in *Giustamm.it*, 2005
- SCOGNAMIGLIO R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1962, VIII, 164 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Responsabilità civile*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, 1962, XV, 628 ss.
- SCREPANTI S., *Il risarcimento del danno da ritardo procedimentale*, in *Gior. dir. amm.*, 2015, 378 ss.
- SEILLER B., *Droits publics subjectifs des administrés et transformations contemporaines du contentieux*, in AFDA (Association Française pour la Recherche en Droit Administratif), *Les droits publics subjectifs des administrés*, Actes du colloques organisé les 10 et 11 juin 2010 à l'Université de Bordeaux, Paris, 2011, 191 ss.
- SIEBERT W., *Treu und Glauben*, in H.T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch-Kommentar*, § 242, I, Stuttgart-Köln, 1952
- SIMON D., *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif*, in *Europe - Actualité du droit Communautaire*, 2007, 12 ss.
- SIMONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009
- SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, 2011, 5 ss.
- SINGER J.W., *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, in *Wisconsin Law Review*, 1982, 97 ss.
- SMAGON M.S., *Liability for breach of law under § 823 sec. 2 BGB*, in B. HEIDERHOFF, G. ŽMIJ (eds.), *Tort Law in Poland, Germany and Europe*, München, 2009, 23 ss.
- SORACE D. (a cura di), *La responsabilità pubblica nell'esperienza europea*, Bologna, 1994
- SORACE D., *Gli interessi di diritto pubblico tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 ss.
- SORACE D., *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di 'interessi legittimi', comparando*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto am-*

- ministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 227 ss.
- SORDI B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione dell'interesse legittimo*, Milano, 1985
- SORDI B., *L'illecito dello Stato: un problema di "estetica del pensiero"*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 1989, 633 ss.
- SORDI B., *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fiorentini per la storia del pens. giur. mod.*, 2016, 193 ss. e in G.A. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*. Atti del IV Congresso nazionale della Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato (SIRD), Trento 24-26 settembre 2015, Napoli, 2016, 3 ss.
- SOULIER G., *Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger (R.D.P.)*, 1969, 1039 ss.
- SOUSSE M., *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, 1994
- STANTON K.M., *New Forms of the Tort of Breach of Statutory Duty*, in *Law Quarterly Review*, 2004, 324 ss.
- STANTON K.M., SKIDMORE P., HARRIS M., *Statutory Torts*, London, 2003
- STEVENS R., *Torts and Rights*, Oxford, 2007
- STREET H., *Governmental Liability. A Comparative Study*, Cambridge, 1953
- TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.
- TARULLO S., *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 437 ss.
- TONOLETTI B., *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001
- TONOLETTI B., *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 593 ss.
- TORCHIA L., CLARICH M., DE PRETIS D., *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1117 ss.
- TORCHIA L., *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Gior. dir. amm.*, 2003, 567 ss.
- TORCHIA L., *Introduzione*, in L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008

- TORCHIA L., *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 385 ss.
- TORCHIA L., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 265 ss.
- TORCHIA L., *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 1319 ss.
- TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1990
- TRAVI A., *Il metodo nel diritto amministrativo e gli «altri saperi»*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 865 ss.
- TRAVI A., *Interessi procedurali e 'pretese partecipative': un dibattito aperto*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 531 ss.
- TRAVI A., *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Foro it.*, 2004, I, 2598 ss.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2016
- TRAVI A., *Nota alle tre ordinanze delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2011, 2398 ss.
- TRAVI A., osservazioni all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro it.*, 2003, III, 433 ss.
- TREUMER S., *Basis and Conditions for a Damages Claim for Breach of the EU Public Procurement Rules*, in D. FAIRGRIEVE, F. LICHÈRE (eds.), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford-Portland, 2011, 149 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 632 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 873 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000
- TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967
- TRIMARCHI P., *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1970
- TROPEA G., *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007
- TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990

- VACCHELLI G., *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892
- VALERA G., *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello Stato nel pensiero di Georg Jellinek*, in R. GHERARDI, G. GOZZI (a cura di), *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 42, Bologna, 1995, 53 ss.
- VALUTYTE R., *The Legal Consequences for Disregarding the Obligation to Make A Reference for a Preliminary Ruling to the Court of Justice*, in *Jurisprudencija*, 2010, 177 ss.
- VAN BOOM W.H., *Pure Economic Loss - A Comparative Perspective*, in W.H. VAN BOOM, H. KOZIOL, C.A. WITTING (eds.), *Pure Economic Loss*, Wien-New York, 2004, 1 ss.
- VASTA S., *Alcune riflessioni sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2009, 473 ss.
- VELA A., *Arricchimento II) Arricchimento nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 419 ss.
- VERCILLO G., *La tutela della chance. Profili di diritto amministrativo*, Napoli, 2012
- VERDE G., *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 963 ss.
- VERDE G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 795 ss.
- VERNILE S., *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Dir. economia*, 2015, 403 ss.
- VILLATA R., *Ancora «spigolature» sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1512 ss.
- VILLATA R., *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 897 ss.
- VILLATA R., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 285 ss.
- VILLATA R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 832 ss.
- VILLATA R., *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 271 ss.
- VILLATA R., *Spigolature «stravaganti» sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 857 ss.

- VIOLA F., *Concezioni dell'autorità a confronto*, Saggio introduttivo, in ID., *Concezioni dell'autorità e teorie del diritto*, L'Aquila, 1982, 11 ss.
- VISINTINI G., *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*, III ed., Padova, 2005
- VOLPE F., *Danno da ritardo, natura dell'azione risarcitoria e spunti generali sulla responsabilità civile per lesione dell'interesse legittimo dell'Amministrazione*, in *Lexitalia.it*, 2009
- VOLPE F., *Una falsa soluzione al problema del pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nelle azioni risarcitorie per lesione di interesse legittimo*, in *Corr. giur.*, 2004, 345 ss.
- VOLPI M., *Responsabilità e immunità degli organi titolari di poteri politici. Un'analisi comparata*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Diritti e responsabilità dei soggetti investiti di potere*, Padova, 2003, 52 ss.
- VON BURI M., *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873
- VON CAEMMERER E., *Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht*, Karlsruhe, 1962
- VON CAEMMERER E., *Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht*, Freiburg, 1956
- VON GERBER K.F., *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in K.F. VON GERBER, *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, 1971
- WADE SIR H.W.R., *Horizons of Horizontality*, in *Law Quarterly Review*, 2000, 217 ss.
- WAKEFIELD J., *Judicial Protection Through the Use of Article 288(2)*, The Hague, 2002
- WATTEL P.J., *Kobler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, 177 ss.
- WEIL P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Paris, 1976
- WHEELER J., *Essentials of the English Legal System*, London, 2005
- WIEACKER F., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt, 1974
- WILCOX V., *Punitive Damages in England*, in H. KOZIOL, V. WILCOX (eds.), *Punitive Damages: Common law and Civil Law Perspective*, Wien, 2009, 7 ss.
- WILLIAMS A., *Public Authorities*, in D. HOFFMAN (ed.), *The Impact of the UK Human Rights Act on Private Law*, Cambridge, 2011, 48 ss.
- WILS W., *Concurrent Liability of the Community and a Member State*, in *European Law Review*, 1992, 191 ss.

BIBLIOGRAFIA

- WÖEHLING J.M., *Il giudice amministrativo francese e la regolarizzazione degli atti amministrativi viziati da illegittimità*, in V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano, 2004, 23 ss.
- WOLF C., *Die Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik für Verstöße gegen das europäische Gemeinschaftsrecht (EGV)*, Berlin, 1999
- WOLF J.G., *Der Normzweck im Deliktsrecht*, Göttingen, 1962
- WOOLF LORD H., *The Human Rights Act 1998 and Remedies*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Judicial Review in International Perspective*, London, 2000, 432 ss.
- ZATTI P., *Manuale di diritto civile*, Padova, 2015
- ZINGALES N., *Member State Liability vs. National Procedural Autonomy: What Rules for Judicial Breach of EU Law?*, in *German Law Journal*, 2010, 419 ss.
- ZITO A., *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996
- ZOLLER E., *Introduction au droit public. Historie comparative du droit public*, Paris, 2006
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Band 2, Institutionen, Tübingen, 1984

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)

2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)

3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)

4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)

5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno*. Prefazione di Diego Quagliani - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)

6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)

7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)

8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

9. *BANNITI NOSTRI TEMPORIS. Studi su bando e consuetudine nel diritto comune* - CHRISTIAN ZENDRI (2016)

10. *L'elemento normativo nella fattispecie penale. Questioni sistematiche e costituzionali* - SERGIO BONINI (2016)
11. *L'omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema* - ANTONIA MENGHINI (2016)
12. *L'abbandono mero degli immobili* - CARLO BONA (2017)
13. *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle Regioni ad autonomia speciale* - MATTEO COSULICH (2017)
14. *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale* - ELENA MATTEVI (2017)
15. *Il femminicidio come fattispecie penale. Storia, comparazione, prospettive* - EMANUELE CORN (2017)
16. *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata* - SILVIA PELLIZZARI (2017)

