

LA TUTELA RISARCITORIA INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO: IN PARTICOLARE, L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO

[\(http://www.giustizia-amministrativa.it/\)](http://www.giustizia-amministrativa.it/)

DI CARMINE VOLPE
PRESIDENTE DI SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La responsabilità della pubblica amministrazione e la tutela risarcitoria per i danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere. 3. L'originaria previsione di un rimedio risarcitorio da parte dell'articolo 2, comma 1, lett. c), della direttiva ricorsi 89/665/CEE. 4. Il superamento del dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo ed il recente percorso giurisprudenziale e normativo verso l'affermazione di una tutela piena nei confronti dell'esercizio del potere. 5. La tutela risarcitoria nel codice del processo amministrativo come attuazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, garantiti dalla Costituzione e dal diritto europeo. 6. La specialità della responsabilità della pubblica amministrazione per danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere. 7. L'irrilevanza dell'elemento soggettivo negli appalti pubblici: l'ordinamento comunitario dimostra che ai fini risarcitori rileva l'ingiustizia del danno e non l'elemento della colpevolezza. 8. La reintegrazione in forma specifica come obiettivo primario da perseguire nella tutela risarcitoria. Il risarcimento per equivalente costituisce una misura residuale e di norma subordinata all'impossibilità (parziale o totale) di pervenire alla correzione del potere amministrativo. 9. La problematica della dichiarazione di inefficacia del contratto, risolta dal decreto legislativo n. 53/2010 - di attuazione della direttiva 2007/66/CEE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici - e dal codice del processo amministrativo. 10. Il principio dell'affidamento e la sua tutela. 11. Permane la giurisdizione del giudice ordinario per il risarcimento dei danni conseguenti a lesione di posizioni di diritto soggettivo nel caso in cui la materia non sia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

1. L'argomento in trattazione non può prescindere dal sottolineare due norme di profondo rilievo; l'una che disciplina l'attività amministrativa e l'altra che riguarda la tutela nei confronti della medesima attività.

Si tratta dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 241/1990, secondo cui "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario", nonché dell'articolo 1 del codice del processo amministrativo (decreto legislativo n. 104/2010), per il quale "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

Ossia i principi del diritto europeo disciplinano l'attività amministrativa e conformano la giurisdizione del giudice amministrativo.

2. La tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo per i danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere è argomento vasto e pieno di tante sfaccettature, il quale include aspetti che vanno dal risarcimento come conseguenza della responsabilità della pubblica amministrazione alla patologia del provvedimento amministrativo che ne costituisce manifestazione del potere, e quindi alla conformità delle manifestazioni del potere con la normativa e le regole dell'agire amministrativo (imparzialità, correttezza e buona amministrazione).

I limiti temporali dell'intervento non consentono uno svolgimento completo ed esaustivo, ma saranno focalizzati alcuni punti essenziali della tematica.

L'argomento comprende non solo le condizioni per la sussistenza della responsabilità della pubblica amministrazione ma anche il variegato strumentario di tutela riconosciuto dall'ordinamento.

E' principio fondamentale nella configurazione stessa dello Stato di diritto che i poteri pubblici (a qualsiasi livello essi operino) nel loro concreto agire sono soggetti alla legge, e la violazione della legge mediante atti od omissioni, in quanto produca danni in capo a soggetti terzi (cui la stessa legge ha attribuito situazioni protette di vantaggio), dà luogo ad una obbligazione risarcitoria circa il danno prodotto secondo le regole del diritto comune.

Nell'ordinamento italiano solo recentemente si è pervenuti alla piena attuazione di questo principio. E la materia della tutela risarcitoria nei confronti dell'illegittimo esercizio del potere pubblico è quella in cui si è maggiormente sentita l'influenza del diritto europeo, con particolare riguardo ai principi del Trattato, alle norme contenute nelle direttive e ai principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in specie quello dell'effettività della tutela.

3. Ai sensi degli articoli 1 e 2, comma 1, lett. c), della direttiva ricorsi 89/665/CEE, in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, le decisioni prese dalle amministrazioni

aggiudicatrici devono essere oggetto “di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile...qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono” e gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini della decisione dei relativi ricorsi prevedano “i poteri che permettano di...c) accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione”.

I citati articoli 1 e 2 sono stati sostituiti dall'articolo 1 della direttiva 2007/66/CE, ma la vecchia impalcatura è rimasta inalterata.

Il principio di effettività della tutela, assieme al principio di tutela della concorrenza, richiedono che, a fronte dello (accertato) illegittimo esercizio del potere in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, venga assicurata un'adeguata tutela risarcitoria per i danni conseguentemente arrecati. In materia di appalti pubblici la disponibilità di rimedi rapidi ed efficaci per l'annullamento delle decisioni illegittime e per il risarcimento del danno costituisce la *ratio* fondamentale ed il presupposto per l'effettiva tutela dei concorrenti.

I due principi si fondono nella materia degli appalti e interagiscono tra di loro al fine di realizzare uno degli obiettivi dell'Unione europea; ossia il mercato comune. Per esserci concorrenza occorre un sistema che garantisca l'effettività della tutela; e un sistema che garantisca una tutela effettiva alimenta la concorrenza.

4. Il nostro sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie con le pubbliche amministrazioni ha compiuto negli ultimi 15 anni importanti passi avanti in una prospettiva di piena effettività e di completa attuazione dei principi costituzionali (articoli 24 e 111).

Il sistema italiano conosce due posizioni giuridiche soggettive, i diritti e gli interessi legittimi che, come da Costituzione (articoli 103 e 113), individuano il riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo. L'interesse legittimo, anche se sconosciuto al diritto europeo, non è altro che quella posizione soggettiva che fa da contraltare all'esercizio del potere, contrapponendosi ad esso (interessi legittimi oppositivi) o pretendendo qualcosa (utilità o provvedimento) dall'amministrazione. Si tratta pur sempre di una posizione sostanziale protetta dall'ordinamento e la cui lesione consente la tutela innanzi a un giudice; nella specie quello amministrativo.

Al momento della direttiva ricorsi 89/665/CEE la regola era quella dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, mentre erano considerate risarcibili alcune posizioni lese dal potere pubblico, riportate pur sempre dalla giurisprudenza alla struttura del diritto soggettivo ma che non erano altro che posizioni di interesse legittimo di tipo oppositivo.

Per parlare di risarcibilità dell'interesse legittimo in senso proprio occorre attendere la legge n. 142/1992, attuativa della prima direttiva ricorsi, la quale all'articolo 13 disponeva che i soggetti lesi da un atto amministrativo adottato, in materia di pubblici appalti di lavori o forniture, in violazione del diritto comunitario o delle relative norme interne di recepimento, ottenuto l'annullamento dell'atto con sentenza del giudice amministrativo, potevano proporre, innanzi al giudice ordinario, domanda risarcitoria contro l'amministrazione aggiudicatrice.

Così che le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere venivano conosciute da due giudici diversi; quello amministrativo per accertare l'illegittimità del potere esercitato e conseguire l'annullamento del provvedimento manifestazione del potere, quello ordinario per conseguire il risarcimento dei danni arrecati sempre dal medesimo potere.

Questo sistema duale che non rappresentava certo il massimo in ambito di pienezza ed effettività della tutela viene superato, in parte, con il decreto legislativo n. 80/1998, il quale attribuiva nuove materie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (in cui il giudice conosce anche dei diritti soggettivi), consentendogli per la prima volta di condannare l'amministrazione a risarcire i danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere e, del tutto, con la legge n. 205/2000, che ha attribuito al giudice amministrativo in ogni caso in cui lo stesso ha giurisdizione la tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio del potere.

Nel frattempo, con la sentenza della Cassazione, sezioni unite, n. 500 del 1999, veniva superato il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, consentendo la tutela risarcitoria anche a seguito di lesione di posizioni di interesse legittimo, ossia in caso di situazioni lese dall'illegittimo esercizio del potere pubblico, ma in presenza di date condizioni. Quali: sussistenza di un evento dannoso; che il danno sia qualificabile come ingiusto (in relazione alla sua incidenza su di un interesse rilevante per l'ordinamento); che l'evento dannoso sia riferibile, sotto il profilo causale, ad una condotta della pubblica amministrazione; che l'evento dannoso sia imputabile all'amministrazione anche sotto il profilo soggettivo del dolo o della colpa (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2388). Di qui l'affermazione del principio secondo cui ogni lesione di un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico obbliga il danneggiante (nella specie la pubblica amministrazione) a risarcire i danni arrecati al danneggiato, ma in presenza di quelle che sono le condizioni della responsabilità extracontrattuale (conseguente al principio del *neminem laedere* di origini romanistiche) di cui all'articolo 2043 del codice civile.

In sostanza ciò che è risarcibile è l'interesse al bene della vita sottostante alla pretesa azionata. Al fine di conseguire la tutela risarcitoria è necessaria la lesione, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della pubblica amministrazione, dell'interesse al bene della vita al quale quella

posizione (chiamata di interesse legittimo) si correla e che detto interesse risulti meritevole di tutela secondo l'ordinamento positivo; e quindi sia protetta dallo stesso.

5. Il codice del processo amministrativo, nell'attuazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, garantiti dalla Costituzione e dal diritto europeo (articolo 1), conferma le opzioni abbracciate dalla legge n. 205/2000 e detta la disciplina della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo.

Gli articoli 7, 30, 117, comma 6 (ricorso avverso il silenzio e azione risarcitoria), 133, comma 1, lett. a), n. 1) (in tema di danni da inerzia e/o ritardo), nonché 133, comma 1, lett. e), n. 1 (in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture), del codice del processo amministrativo, concentrano innanzi al giudice amministrativo le controversie relative al risarcimento del danno arrecato dall'esercizio, o dal mancato o ritardato esercizio, del potere sulle situazioni (di interesse legittimo) conseguentemente lese.

L'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto costituisce, come species dell'azione di condanna, una delle diverse azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo.

Si realizza, quindi, la concentrazione della tutela con la soddisfazione completa della pretesa sostanziale azionata innanzi al giudice: annullamento del provvedimento amministrativo impugnato e risarcimento dei danni arrecati dallo stesso. Il risarcimento, come affermato dalla Corte costituzionale, non costituisce un'ulteriore materia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo bensì un'altra modalità, oltre quella annullatoria, di tutela del bene della vita oggetto della pretesa azionata.

6. Con il codice del processo amministrativo la responsabilità dell'amministrazione per danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere, pur rientrando nelle categorie civilistiche, assume, con riguardo al regime, carattere peculiare. Essa diviene una responsabilità aquiliana a regime speciale.

Per la proposizione dell'azione risarcitoria in caso di lesione di interessi legittimi è previsto un termine di decadenza di 120 giorni (articolo 30, commi 3, 4 e 5), mentre l'ordinaria azione risarcitoria da illecito extracontrattuale si presenta nel termine di prescrizione di 5 anni.

In tema di elemento soggettivo, che secondo le regole di cui all'illecito extracontrattuale va provato da parte di colui il quale ha subito il danno, l'onere della prova è enormemente attenuato dalla giurisprudenza che, al fine di venire incontro al soggetto danneggiato, fa ampio ricorso alle presunzioni e nella sostanza lo sposta in capo all'amministrazione danneggiante che dovrà semmai provare, ai fini dell'insussistenza dell'elemento soggettivo, di essere stata indotta in un errore scusabile (Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2012, n. 4894).

Ulteriore specialità è data dalla possibilità attribuita al giudice amministrativo, in caso di condanna pecuniaria, di stabilire i criteri in base ai quali il debitore (l'amministrazione) deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine (articoli 34, comma 4, del codice del processo amministrativo).

7. Specialità nella specialità della responsabilità della pubblica amministrazione per danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere si verifica nel campo degli appalti pubblici dove, in caso di violazione della normativa relativa, la colpa dell'amministrazione si presume in modo assoluto.

In tal senso si è pronunciata la Corte di Giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09. Così che in materia di appalti pubblici si configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tal modo, impone ulteriori passi avanti alle giurisdizioni nazionali degli Stati membri. Si rafforza l'influenza del diritto europeo sul diritto interno, considerato che i principi contenuti nelle sentenze della Corte di Giustizia sono direttamente applicabili negli ordinamenti interni.

E la regola vale per tutti gli appalti, anche quelli al di sotto delle soglie stabilite dalle direttive europee. La giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686), infatti, ritiene che la regola comunitaria dell'irrilevanza della colpa in materia di appalti pubblici non possa essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma debba estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel codice degli appalti.

Il principio di effettività della tutela, come detto, è estremamente sensibile in un settore, quale quello degli appalti pubblici, oggetto di particolare attenzione da parte delle istituzioni dell'Unione europea per la sua incidenza sul corretto funzionamento del mercato e della concorrenza.

8. Ai sensi dell'articolo 30, comma 2, terzo periodo, del codice del processo amministrativo, "Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica".

Il risarcimento del danno avviene attraverso due modalità: in forma specifica e per equivalente. Le quali presuppongono la sussistenza delle medesime condizioni.

La reintegrazione in forma specifica costituisce la forma principale e l'obiettivo primario da perseguire nella tutela risarcitoria. Solo con il risarcimento in forma specifica il danneggiato potrà conservare o conseguire il bene della vita collegato all'interesse oggetto di lesione. Mentre, il

risarcimento per equivalente costituisce una misura residuale e di norma subordinata all'impossibilità (parziale o totale) di pervenire alla correzione del potere amministrativo.

Il che lo si deduce soprattutto dalle norme in tema di appalti contenute nel codice del processo amministrativo (articoli 121 e seguenti); in particolare, l'articolo 124, comma 1, secondo periodo, del detto codice prevede che "Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato".

9. In attuazione della direttiva 2007/66/CEE - di modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici - la problematica della dichiarazione di inefficacia del contratto è stata risolta dal decreto legislativo n. 53/2010, prima, e dal codice del processo amministrativo, poi.

Innanzi al giudice amministrativo sono concentrate sia le questioni attinenti la legittimità dell'aggiudicazione che quelle inerenti l'efficacia del contratto; e comunque allo stesso compete dichiarare l'inefficacia del contratto nei casi previsti (articoli 121 e seguenti del codice del processo amministrativo).

Il che rappresenta altro caso di influenza del diritto europeo nel diritto interno, in applicazione del principio di effettività della tutela che trova espressa enunciazione in uno dei considerando della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CEE: "l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e...occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto".

10. Il principio del legittimo affidamento e la sua tutela, di origine comunitaria, ha avuto piena affermazione innanzi al giudice amministrativo con riguardo alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure di affidamento di appalti pubblici.

La relativa responsabilità va qualificata in termini di responsabilità non contrattuale né extracontrattuale bensì da contatto e quindi da inadempimento.

La responsabilità precontrattuale, conseguente alla violazione della buona fede oggettiva nelle trattative, rappresenta anche una delle ipotesi previste dall'articolo 1175 del codice civile. Infatti, la responsabilità precontrattuale tutela il rapporto che con le trattative si realizza tra le parti, le quali devono adempiere l'obbligo *ex lege* di comportarsi secondo correttezza e buona fede (articolo 1337 del codice civile); fattispecie ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex articolo 2043 del codice

civile, in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. Nella specie, l'obbligo di buona fede si estrinseca in doveri di coerenza, di trasparenza ed effettiva comunicazione.

Si prescinde dall'illegittimità provvedimento dato che il danno consegue a un comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative. In particolare, si configura la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione anche in caso di accertata legittimità del provvedimento amministrativo di autotutela (annullamento o revoca) che formalizza la volontà dell'amministrazione di eliminare dal mondo giuridico gli atti di gara, allorquando si considera che l'amministrazione non si sia comportata secondo buona fede e conseguentemente si tutela, a titolo risarcitorio, l'affidamento incolpevole ingenerato nella controparte (aggiudicatario), dal comportamento dell'amministrazione, sulla legittimità dell'aggiudicazione dell'appalto e sulla successiva stipulazione del contratto.

Comunque l'ordinamento consente la tutela risarcitoria anche a quel soggetto il quale, beneficiario di un provvedimento amministrativo, abbia subito l'eliminazione dello stesso dal mondo giuridico a seguito dell'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione o dell'annullamento da parte del giudice amministrativo. L'incolpevole affidamento riposto sull'apparente legittimità del provvedimento, poi esclusa dal giudice amministrativo, viene di per sé solo tutelato ammettendo l'interessato a chiedere il risarcimento dei danni subiti. Altro problema poi è quello di individuare il giudice innanzi al quale agire, che, secondo la Cassazione, è il giudice ordinario (Cass., sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6596 e 6594).

11. Permane la giurisdizione del giudice ordinario per il risarcimento dei danni conseguenti a lesione di posizioni di diritto soggettivo nel caso in cui la materia non sia attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sembra una stranezza del sistema italiano ma non lo è se si considera che il giudice amministrativo, storicamente, è l'unico ed esclusivo giudice a conoscere delle controversie in cui è parte una pubblica amministrazione, o soggetto equiparato alla stessa, che abbiano ad oggetto l'esercizio del potere. Così che egli solo conosce dei danni arrecati dall'illegittimo esercizio del potere e, conseguentemente, condanna la pubblica amministrazione al risarcimento. Mentre i diritti si possono configurare solo nel caso in cui non si è in presenza di esercizio di potere.