

RESPONSABILITÀ DA COMPORAMENTO

REPORT ANNUALE - 2011 - ITALIA

(Giugno 2011)

Prof. Paola CHIRULLI

INDICE

1. LA RESPONSABILITÀ DA COMPORAMENTO: PROFILI GENERALI. RAPPORTI CON LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO. GIURISDIZIONE

2. IPOTESI SPECIFICHE

2.1 Il danno da cose in custodia

2.2 Il danno da ritardo e da violazione dei doveri procedurali

2.3 Il danno da omessa vigilanza

2.4 Il danno da occupazione acquisitiva

2.5 La responsabilità precontrattuale e da atti legittimi

2.6 Il danno da mancato recepimento di direttive comunitarie

1. LA RESPONSABILITÀ DA COMPORAMENTO: PROFILI GENERALI. RAPPORTI CON LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO. GIURISDIZIONE

Fino all'introduzione dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo, la risarcibilità dei danni da provvedimento era pressoché esclusa nel nostro ordinamento.

Al contrario, la responsabilità dell'amministrazione per comportamenti e attività materiali è stata pacificamente riconosciuta a partire dalla seconda metà dell'Ottocento ed è stata anzi a lungo considerata l'unica forma di responsabilità dell'amministrazione ammessa nel nostro ordinamento¹.

Proprio perché ricollegata ad attività che non consistono nell'esercizio di poteri amministrativi, e che dunque più agevolmente si prestano a essere calate negli istituti del diritto comune, rapportandosi a diritti e non a interessi legittimi, la responsabilità dell'amministrazione non ha dato luogo all'individuazione di un modello autonomo o speciale di responsabilità².

D'altra parte, l'art. 28 della Costituzione, nel prevedere la responsabilità dello Stato e dei suoi funzionari per gli atti compiuti in violazione di diritti, ha confermato l'assoggettamento dell'amministrazione allo stesso regime di responsabilità applicabile ai privati³.

¹ Sulla responsabilità, in generale, anche per riferimenti bibliografici, v. COMPORI G. D., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., vol. V, Milano, 2006, 5125 ss.; RACCA G. M., *L'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione*, in GAROFOLI R., RACCA G. M., DE PALMA M., *La responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno dinanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003. Favorevole all'ampliamento delle forme di responsabilità anche alle attività di diritto pubblico dell'amministrazione già CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, s.d., 877 ss.

² La dottrina si era posta tuttavia il problema della necessità di adattare all'amministrazione delle norme sull'illecito civile soprattutto con riferimento al principio della colpa, ipotizzando una responsabilità obiettiva dell'amministrazione: ORLANDO V. E., *Saggio di una nuova teoria sul fondamento della responsabilità*, in *Arch. dir. pubbl.*, III, 1893, 251 ss.

³ Rammenta come la responsabilità dell'amministrazione, così come riconosciuta dall'art. 28 della Costituzione, si caratterizzi per l'inesistenza di regole speciali e per la sua sottoposizione alla comune disciplina privatistica, SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir.*

Lo sforzo della giurisprudenza e della dottrina è stato anzi proprio quello di assimilare il più possibile la responsabilità dell'amministrazione a quella prevista in via generale per gli altri soggetti dell'ordinamento, riducendo quei profili di specialità che, pur dettati dalle peculiarità organizzative e funzionali dell'attività amministrativa, potessero determinare l'applicazione all'amministrazione di un trattamento più favorevole in quanto soggetto di diritto pubblico.

Oggi, a seguito dell'ampliamento della tutela risarcitoria, nessuna attività amministrativa, sia essa svolta nelle forme del diritto privato o in quelle del diritto pubblico, sia essa lesiva di diritti o di interessi legittimi, può dirsi esente da responsabilità.

Dal 1998, anno in cui è stata per la prima volta prevista con legge la possibilità di rivolgersi al giudice amministrativo per il risarcimento dei danni derivanti dai provvedimenti illegittimi, la tutela risarcitoria è tuttavia affidata a due distinte modalità di azione: se il danno è arrecato dall'esercizio o dal mancato esercizio di un potere amministrativo, essa va azionata dinanzi al giudice amministrativo, se invece viene invocata a fronte di un illecito puramente comportamentale, spetta al giudice ordinario⁴.

Se si considera che il d.lgs. n. 104/10 (c.p.a.) ha attribuito al giudice amministrativo il potere di conoscere dei comportamenti della P.A., purché connessi con l'esercizio del potere, e ha affidato in via esclusiva al giudice amministrativo la giurisdizione sulle fattispecie di danno da ritardo nell'emanazione di provvedimenti

amm., 2009, 535. Sulla natura diretta o indiretta della responsabilità dello Stato per gli illeciti compiuti dai dipendenti, v. GRECO G., *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., ROMANO A., SCOCA F. G., Bologna, 2001, 1727 ss.

⁴ L'art. 7 del c.p.a. affida al giudice amministrativo tutte le controversie «nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritto soggettivo, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti o accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere».

amministrativi, se ne ricava che la giurisdizione del giudice ordinario acquista carattere residuale e resta dunque ferma per i soli danni da comportamento e da attività materiali.

L'individuazione delle ipotesi di responsabilità la cui cognizione resta riservata al giudice ordinario non è in concreto agevole, perché è affidata a un criterio di non semplice applicazione: il compito di tracciare il confine tra fattispecie di illecito direttamente o "mediatamente" collegate all'esercizio del potere e fattispecie puramente comportamentali è dunque affidato al giudice.

L'esistenza di due giudici diversi non è d'altra parte indifferente, poiché anche se il modello di riferimento resta quello del codice civile e dell'illecito extracontrattuale, gli elementi della fattispecie risarcitoria vengono ricostruiti in modo diverso da parte dei due giudici.

Ferma restando l'applicazione del codice civile in materia di responsabilità contrattuale, il giudice civile fonda la responsabilità dell'amministrazione sulla responsabilità da fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c.⁵, e solo in talune specifiche ipotesi, su altre norme del codice civile che prevedono forme di responsabilità c.d. aggravata.

Per le fattispecie risarcitorie che vengono conosciute dal giudice amministrativo si è invece a lungo discusso dello stesso fondamento della responsabilità e non sono mancate ricostruzioni volte a ritenere che si tratti di una forma di responsabilità speciale o a

⁵ Art. 2043 c.c. (*Risarcimento per fatto illecito*): «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno». Chi agisce per ottenere il risarcimento dei danni deve dunque dimostrare l'esistenza di un evento dannoso, l'antigiuridicità della condotta che ha causato il danno, la riferibilità dell'evento dannoso alla condotta (commissiva o omissiva) della P.A., la sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa).

qualificare come contrattuale la responsabilità dell'amministrazione in virtù del particolare rapporto che si instaura con il privato nel corso del procedimento amministrativo⁶.

Il giudice ordinario, a differenza di quello amministrativo, richiede tradizionalmente una prova rigorosa degli elementi costitutivi dell'illecito, e segnatamente di quello soggettivo della colpa.

E tuttavia, forse anche per effetto del confronto con il diverso approccio del giudice amministrativo, non sono mancati interessanti sviluppi nella recente giurisprudenza dei giudici ordinari, alla quale si deve riconoscere il tentativo di ampliare l'applicazione della clausola generale del *neminem laedere* alle attività amministrative, allargando le maglie di quella che la dottrina efficacemente ha definito la rete di contenimento⁷. Si registra inoltre nella giurisprudenza più recente una tendenziale convergenza dei giudici ordinari e amministrativi sul riconoscimento più ampio di ipotesi di responsabilità oggettiva dell'amministrazione, con una conseguente valorizzazione in capo all'amministrazione della funzione di prevenzione del rischio. Di contro, i giudici amministrativi, a fronte di un'inclinazione ad alleviare gli oneri probatori del privato rispetto all'elemento soggettivo e segnatamente alla dimostrazione della colpa, mostrano un maggior rigore nel richiedere la prova dei danni subiti, sia nella natura che nell'ammontare.

Nei paragrafi che seguono ci si soffermerà sulle fattispecie che hanno dato luogo negli ultimi anni a significative evoluzioni giurisprudenziali o all'emersione di questioni nuove o comunque di particolare interesse.

⁶ Sull'individuazione di un modello speciale di responsabilità dell'amministrazione, v. GAROFALO R., *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1 ss.

⁷ Invocata al fine di limitare il risarcimento degli interessi legittimi, come ricorda SCOTTI E., *op. cit.*, 522.

2. IPOTESI SPECIFICHE

2.1 Il danno da cose in custodia

Novità giurisprudenziali si registrano in tema risarcimento dei danni causati da cose in custodia e segnatamente da una cattiva manutenzione delle strade e di beni demaniali.

Fino a qualche anno fa la giurisprudenza in queste ipotesi disapplicava a vantaggio dell'amministrazione l'art. 2051 del codice civile, che prevede una ipotesi di responsabilità oggettiva e applicava, per di più con particolare rigore, l'art. 2043 c.c.

Al danneggiato, oltre alla prova del nesso causale e del danno, veniva infatti richiesta la dimostrazione dell'esistenza di una insidia non visibile da un punto di vista oggettivo e non prevedibile da un punto di vista soggettivo, con conseguente inversione dell'onere della prova rispetto a quanto previsto dall'art. 2051 c.c.⁸.

I giudici ritenevano infatti che, soprattutto in caso di beni demaniali, l'estensione dei beni e l'uso generale e diretto di essi da parte della collettività fossero indici dell'impossibilità di una costante vigilanza da parte del custode, così negando in molti casi il ricorrere della responsabilità dell'amministrazione e riconoscendo sussistenti i presupposti della fattispecie risarcitoria solo in presenza di pericoli occulti, ossia delle cosiddette "insidie e trabocchetti". Vi era, in sostanza, la sostituzione del dovere di vigilanza dell'amministrazione con un particolare dovere di prudenza e di "autoresponsabilità" del privato.

Un più recente indirizzo giurisprudenziale, che oggi appare in via di consolidamento, tende a restringere l'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c. e del suo più

⁸ Art. 2051 c.c. (*Danno cagionato da cose in custodia*): «Ciascuno è responsabile del danno cagionato dalle cose che ha in custodia salvo che provi il caso fortuito».

oneroso regime probatorio a vantaggio dell'applicazione dell'art. 2051 c.c., pur riconoscendo che nel caso di beni demaniali l'uso pubblico espone il bene a rischi molteplici, imprevedibili e spesso indeterminati⁹.

Pur persistendo tuttora un diverso ma ormai minoritario indirizzo giurisprudenziale, che si giustifica con la necessità di proteggere l'amministrazione da fattori di rischio potenzialmente indeterminati, i giudici ordinari si stanno orientando nel senso di escludere che il danno derivante dall'uso del bene demaniale o dall'omessa manutenzione di beni o impianti pubblici¹⁰ sia riconducibile alla norma generale in materia di fatto illecito, ma vada senz'altro inquadrato nella fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.¹¹, con

⁹ Emblematico il caso delle autostrade, per le quali, anche in virtù del rapporto contrattuale che si instaura tra utente e gestore, la Corte di Cassazione ha ritenuto configurabile il rapporto di custodia di cui all'art. 2051 c.c.: v. sul punto Cass., sez. III, 6 giugno 2006, n. 15383, in *Danno e resp.*, 2006, 1145; Cass., sez. III, 6 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.*, 2008, I, 2823, con nota di PALMIERI A., *Custodia di beni demaniali e responsabilità: dopo il tramonto dell'insidia, ancora molte incertezze sulla disciplina applicabile*. Ha riconosciuto l'applicazione dell'art. 2051 c.c. in una fattispecie di incidente stradale provocato da una macchia d'olio sull'asfalto, pur negando il risarcimento per il fatto che il danno era stato provocato da cause estrinseche create da terzi, Corte d'Appello di Trento, sez. distaccata di Bolzano, 10 agosto 2009, n. 172, in *www.lexitalia.it*. Sulla natura della responsabilità del custode disciplinata dall'art. 2051 c.c., secondo la più recente giurisprudenza della Corte regolatrice, v. Cass., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e Resp.*, 2010, 10, 921, con nota di MANINETTI P., *Responsabilità oggettiva: come e perché*.

¹⁰ In materia di impianti fognari, nel senso favorevole a riconoscere il dovere di controllo e vigilanza in capo all'amministrazione, secondo quanto previsto dall'art. 2051 c.c., Cass., sez. III, 19 marzo 2009, n. 6665, in *Foro it.*, 2010, I, 562. In materia di opere idrauliche e di argini fluviali, v. Cass., SS.UU., 5 marzo 2009, n. 5287, in *Demanio e Patrimonio pubblico*, 2009, 26.

¹¹ In questo senso, v. Cass., sez. III, 23 gennaio 2009, n. 1691 (in *Danno e Resp.*, 2009, 3, 322), la quale, muovendo da quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 156 del 10 maggio 1999, ha precisato come «il fattore decisivo per l'applicabilità della disciplina ex art. 2051 c.c. debba individuarsi nella possibilità o meno di esercitare un potere di controllo e di vigilanza sui beni demaniali, con la conseguenza che l'impossibilità di siffatto potere non potrebbe ricollegarsi puramente e semplicemente alla notevole estensione del bene e all'uso generale e diretto da parte dei terzi, considerati meri indici di tale impossibilità, ma all'esito di una complessa indagine condotta dal giudice di merito con riferimento al caso singolo, che tenga in debito conto innanzitutto gli

conseguente applicazione del regime probatorio più vantaggioso per il danneggiato che tale norma comporta¹².

indici suddetti». La Corte ha confermato delle precedenti decisioni in cui aveva già segnalato, con particolare riguardo al demanio stradale, «la necessità che la configurabilità della possibilità in concreto della custodia debba essere indagata non soltanto con riguardo all'estensione della strada, ma anche alle sue caratteristiche, alla posizione, alle dotazioni, ai sistemi di assistenza che lo connotano, agli strumenti che il progresso tecnologico appresta, in quanto tali caratteristiche acquistano rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti, rilevando ancora, quanto alle strade comunali, come figura sintomatica della possibilità del loro effettivo controllo, la circostanza che le stesse si trovino all'interno della perimetrazione del centro abitato (v. Cass. n. 3651/2006; n. 15384/2006)». Per una rassegna delle ipotesi in cui la giurisprudenza ha ritenuto prevalente l'onere di custodia della P.A. e dunque applicabile l'art. 2051 c.c., v. DONADONI P., *La responsabilità civile nella pubblica amministrazione tra onere di custodia e cd. "insidia o trabocchetto"*, in *Contratto e impresa*, 2008, 145 ss. Da ultimo, di segno negativo, Trib. Brindisi, sez. distaccata di Fasano, 7 aprile 2011, n. 38, in www.lexitalia.it, che ha ribadito l'orientamento più tradizionale rigettando la domanda risarcitoria in quanto l'attore non aveva dimostrato l'esistenza di una situazione di pericolo occulto.

¹² Con riferimento agli oneri probatori del danneggiato Cass., sez. III, Ord. 9 ottobre 2008, n. 24881 (in *CED Cassazione*, 2008) ha precisato che chi «domanda il risarcimento del pregiudizio sofferto in conseguenza dell'omessa o insufficiente manutenzione delle strade o di sue pertinenze invocando la responsabilità della P.A. è tenuto, secondo le regole generali in tema di responsabilità civile, a dare la prova che i danni subiti derivino dalla cosa, in relazione alle circostanze del caso concreto. Tale prova consiste nella dimostrazione del verificarsi dell'evento dannoso e del suo rapporto di causalità con la cosa in custodia, e può essere data anche con presunzioni, giacché la prova del danno è di per sé indice della sussistenza di un risultato "anomalo", e cioè dell'obiettiva deviazione dal modello di condotta improntato ad adeguata diligenza che normalmente evita il danno, non essendo il danneggiato viceversa tenuto a dare la prova anche della presenza di un'insidia o di un trabocchetto – estranei alla responsabilità ex art. 2051 c.c. – o dell'insussistenza di impulsi causali autonomi ed estranei alla sfera di controllo propria del custode o della condotta omissiva o commissiva del medesimo. Facendo eccezione alla regola generale di cui al combinato disposto degli artt. 2043 e 2697 c.c., l'art. 2051 c.c., determina infatti un'ipotesi (non già di responsabilità oggettiva bensì) caratterizzata da un criterio di inversione dell'onere della prova, ponendo (al secondo comma) a carico del custode la possibilità di liberarsi dalla responsabilità presunta a suo carico mediante la prova liberatoria del fortuito (c.d. responsabilità aggravata), dando cioè, in ragione dei poteri che la particolare relazione con la cosa gli attribuisce cui fanno peraltro riscontro corrispondenti obblighi di vigilanza, controllo e diligenza (i quali impongono di adottare tutte le misure idonee a prevenire ed impedire la produzione di danni a terzi, con lo sforzo adeguato alla natura e alla funzione della cosa e alle circostanze del caso concreto) nonché in ossequio al principio di c.d. vicinanza alla prova, la dimostrazione che il

Questi significativi sviluppi giurisprudenziali verso un più ampio riconoscimento di forme di responsabilità oggettiva dell'amministrazione sono stati apprezzati dalla dottrina, che ha auspicato un più ampio ricorso a meccanismi presuntivi anche nella responsabilità da attività provvedimentale, ipotizzando così un percorso unitario nel graduale affrancamento delle ipotesi di responsabilità dell'amministrazione dal requisito della colpa¹³.

Tuttora più restrittiva, nel senso di ritenere applicabile l'art. 2043 c.c. e non altre norme che prevedono forme di responsabilità oggettiva, è invece la giurisprudenza in materia di danni causati da fauna selvatica¹⁴ e da attività pericolose¹⁵, riguardo alle quali la dottrina auspica una più ampia applicazione degli artt. 2050 e 2052 c.c., che configurano altre ipotesi di responsabilità c.d. aggravata, al fine di esaltare la funzione preventiva della

danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con lo sforzo diligente adeguato alle concrete circostanze del caso». In termini, anche Cass., sez. III, 22 aprile 2010, n. 9546, in *Bollettino legisl. tecnica*, 2010, 6, 567.

¹³ Per l'applicazione della presunzione di colpa di cui all'art. 2051 c.c. anche all'attività amministrativa illegittima, v. COMPORI G. D., *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 2009, 663 ss. In termini simili le conclusioni di AVANZINI G., *Nuovi sviluppi nella responsabilità delle amministrazioni per danni derivanti da attività pericolose e da cose in custodia*, in *Dir. amm.*, 2010, 297. Verso una oggettivazione della colpa muove anche la giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità: v. Corte Giust., sez. III, 30 settembre 2010 (causa C-314/09), in *www.curia.europa.eu*. In dottrina, v. VALAGUZZA S., *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 50 ss.

¹⁴ Sul punto, cfr. Cass., sez. III, 8 gennaio 2010, n. 80, in *Resp. civ.*, 2010, 12, 814, con nota di BENATTI F., *Danno da animali: sulle precauzioni idonee a prevenire il danno*. In tema, anche Cass., sez. III, 13 gennaio 2009, n. 467, in *Mass. Giur. It.*, 2009.

¹⁵ Cass., ss.UU., 11 gennaio 2008, n. 584, (*Foro it.*, 2008, 2, 1, 451) in materia di responsabilità del Ministero della Salute per danni conseguenti ad infezione da HIV e da epatite contratte all'esito di trasfusioni. In termini, anche Cass., sez. III, Ord., 12 marzo 2010, n. 6117, in *CED Cassazione*, 2010.

responsabilità e di rafforzare l'onere dell'amministrazione di adeguamento costante delle misure di sicurezza¹⁶.

2.2 Il danno da ritardo e da violazione dei doveri procedurali di correttezza

Il danno da ritardo nell'emanazione di provvedimenti favorevoli, pur rappresentando un illecito tipicamente comportamentale, che si verifica in caso di inadempimento dell'obbligo di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, è affidato al giudice amministrativo, secondo quanto oggi previsto dall'art. 30, comma 4 del codice del processo amministrativo¹⁷.

La giurisprudenza e la dottrina hanno chiarito come in questo caso il bene tutelato dalla norma sia il diritto alla certezza dei tempi di conclusione del procedimento, prescindendo del tutto dalla c.d. spettanza del bene della vita.

Mentre in precedenza la giurisprudenza riteneva che il risarcimento del danno da ritardo fosse subordinato comunque alla conclusione del procedimento e all'emanazione di un provvedimento anche di tenore negativo da parte dell'amministrazione¹⁸, l'intervenuta

¹⁶ Così AVANZINI G., *Nuovi sviluppi*, cit., 281 ss.

¹⁷ Cass., SS.UU., 25 marzo 2010, n. 7160, in *Urb. e App.*, 2010, 791, con nota di SPEZZATI A., *Giurisdizione in materia di risarcimento per danno da ritardo della p.a.*

¹⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale «il sistema di tutela degli interessi pretensivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assunta a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita")».

modifica dell'art. 2-bis della legge n. 241/90 ha reso risarcibili i danni causati dal ritardo, anche in assenza di un provvedimento negativo e comunque indipendentemente dalla dimostrazione della spettanza di un provvedimento favorevole.

L'art. 30 del c.p.a. ha dunque recepito quanto già previsto dalla legge n. 69/09 e ha disancorato la risarcibilità dalla effettiva conclusione del procedimento. Per l'esercizio dell'azione, la norma ha fissato tuttavia un termine di decadenza e non di prescrizione, ma sul punto si rinvia al report dedicato agli aspetti processuali della responsabilità.

Per quanto riguarda gli elementi dell'illecito, spetta al ricorrente dimostrare il nesso di causalità e l'elemento soggettivo: l'art. 30 c.p.a. espressamente richiede che il danno si ricolleggi «all'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento»¹⁹.

La giurisprudenza, mentre riconosce nell'inutile decorso del termine un elemento sufficiente nella maggior parte dei casi a dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, o comunque applica il metodo acquisitivo, tende invece ad applicare un criterio più rigoroso per la dimostrazione dei danni subiti e per la loro quantificazione²⁰.

Quanto alla natura dei danni risarcibili, deve segnalarsi una recente pronuncia nella quale il giudice non ha ritenuto risarcibili soltanto i danni patrimoniali ma anche quelli non patrimoniali, ammettendo il risarcimento dei danni biologici subiti²¹.

¹⁹ Sulla specifica previsione dell'elemento soggettivo è critico GOTTI P., *Osservazioni in tema di risarcibilità del danno da ritardo della p.a. nella conclusione del procedimento*, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 2473.

²⁰ CHIEPPA R., *Il danno da ritardo (o da inosservanza dei termini della conclusione del procedimento)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Danno e Resp.*, 2011, 5, 543, che ha risarcito il danno esistenziale subito a causa del protrarsi per un biennio del tempo di rilascio di un permesso di costruire, al quale era legata la sorte dell'unica attività imprenditoriale svolta dal ricorrente. In tema di danno non patrimoniale, v.

L'introduzione di un'azione risarcitoria *ad hoc* per i danni da ritardo ha suscitato vivo interesse in dottrina, e ha alimentato l'idea che sia configurabile in via generale una responsabilità dell'amministrazione da comportamento procedimentale scorretto indipendentemente dalla dimostrazione che il privato avrebbe potuto conseguire la soddisfazione del suo interesse sostanziale²².

Il tema si collega a quello della responsabilità da lesione del legittimo affidamento²³, ipotesi nella quale il danno si verifica qualora l'amministrazione che aveva rilasciato un provvedimento favorevole al privato e tuttavia viziato, successivamente lo annulli d'ufficio. In questi casi, nel periodo in cui si sono prodotti gli effetti del provvedimento favorevole, certamente il privato ha maturato un affidamento rispetto al consolidamento della sua posizione.

La vicenda è suscettibile di due diverse letture, dalle quali scaturiscono conseguenze opposte quanto alla scelta del giudice competente. Se si ritiene che il danno sia comunque una conseguenza dell'illegittimità del provvedimento favorevole originariamente emanato, la giurisdizione si radica in capo al giudice amministrativo.

anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 26 ottobre 2010, n. 1334, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 2500, che ha ritenuto risarcibile il danno morale subito a causa del protrarsi ventennale di una procedura espropriativa, richiamando la giurisprudenza della Cassazione secondo la quale il danno non patrimoniale è risarcibile quando il fatto illecito ha colpito diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti.

²² Sottolinea l'importanza della ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione come violazione di regole di condotta che può portare al risarcimento di danni non necessariamente riferiti al mancato conseguimento del bene della vita, SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità*, cit., 568 ss. Da ultimo, per una ricostruzione originale del danno da ritardo operata sulla scorta di una revisione delle situazioni soggettive che si rapportano alla pubblica amministrazione, v. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 663 ss.

²³ Sul legittimo affidamento e sulla sua tutela, anche per indicazioni bibliografiche, v. GIGANTE M., *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2011, 130 ss.

Diversamente, qualora si ritenga che il danno nasce dalla condotta complessiva dell'amministrazione e non dagli effetti del provvedimento, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto giudice "naturale" dei comportamenti dell'amministrazione.

Deve segnalarsi in questo ambito un recentissimo orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione volto ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario su ipotesi di danni per lesione del legittimo affidamento circa il consolidamento della situazione giuridica creata da un provvedimento favorevole²⁴.

I giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che in queste circostanze non possa invocarsi il collegamento con l'esercizio del potere, anche perché quest'ultimo risulta essere stato esercitato legittimamente²⁵.

I giudici hanno precisato che in questo caso «la parte che invoca la tutela risarcitoria non postula un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un

²⁴ Cass., SS.UU., ordinanze n. 6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011, in www.federalismi.it, rese su fattispecie molto simili: nel primo caso venivano richiesti i danni subiti a causa dell'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire che aveva determinato l'emanazione di un ordine di demolizione dell'immobile frattanto costruito; nel secondo, venivano richiesti i danni derivanti dall'obbligo di demolizione di un immobile costruito sulla base di un permesso di costruire successivamente annullato dal giudice amministrativo; nel terzo, venivano richiesti i danni derivanti dall'esecuzione di un contratto di appalto successivamente caducato all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo.

²⁵ La Cassazione ha giustificato la propria giurisdizione affermando che «il provvedimento che aveva concesso il diritto a edificare e che, perché illegittimo, è stato legittimamente posto nel nulla, rileva per il titolare dello *ius aedificandi* esclusivamente quale mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del principio del *neminem laedere*, imputabile alla pubblica amministrazione in virtù del principio di immedesimazione organica, per avere tale atto, con la sua apparente legittimità, ingenerato nel destinatario l'incolpevole convincimento (fondato sull'affidamento in ordine alla legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, sulla correttezza dell'azione amministrativa) di potere legittimamente procedere all'edificazione».

comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronunzia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità e orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare».

Se questo indirizzo si consoliderà, non potranno escludersi altre ipotesi in cui il giudice ordinario riconoscerà il danno da violazione di regole comportamentali che, pur collegandosi con un atto amministrativo, non sono a questo strettamente consequenziali: in questi casi, infatti, il danno deriva dal comportamento dell'amministrazione in sé considerato e non è una conseguenza dell'accertata illegittimità del provvedimento.

Potrebbero anzi configurarsi nuove ipotesi di responsabilità in presenza di danni causati dalla violazione di regole procedurali che tuttavia non possono dare luogo all'annullamento giurisdizionale del provvedimento, poiché ricorre una delle ipotesi in cui l'art. 21-*octies* della legge sul procedimento impedisce al giudice di annullare il provvedimento viziato.

Il potenziale recupero di una fetta di giurisdizione sui danni da parte del giudice ordinario, che non ha mancato di suscitare vivaci reazioni in dottrina²⁶, se da una parte rappresenta un ampliamento degli strumenti di tutela offerti al privato, dall'altra aumenta le incertezze nell'individuazione del giudice competente, il che certo non costituisce un risultato sul fronte dell'effettività e della concentrazione della tutela.

²⁶ Critica verso questo orientamento è SANDULLI M. A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.federalismi.it. Di diverso avviso invece CAPONIGRO R., *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in www.giustizia-amministrativa.it.

2.3 Il danno da omessa vigilanza

Anche se in linea di principio spettano al giudice amministrativo le azioni risarcitorie connesse al mancato esercizio di poteri amministrativi, tra cui quelli che consistono nel vigilare su attività private di particolare interesse per la collettività (come quella assicurativa e bancaria), deve segnalarsi come di recente il giudice ordinario sia tornato ad affermare la responsabilità dell'amministrazione per omesso esercizio dell'attività di vigilanza sulle società bancarie e di gestione del risparmio in connessione con perdite subite da singoli risparmiatori.

In particolare, è stato riconosciuto il risarcimento dei danni subiti da un gruppo di risparmiatori a causa dell'omesso svolgimento di un'adeguata attività di vigilanza e di informazione sulle società di gestione del risparmio da parte delle autorità pubbliche competenti²⁷. La Suprema Corte ha ribadito che quando l'amministrazione agisce violando le clausole generali della buona fede e della correttezza essa si pone al di fuori dei limiti esterni del potere discrezionale e pertanto risponde ai sensi dell'art. 2043 c.c. dinanzi al giudice ordinario²⁸. Queste sentenze sono importanti perché ribadiscono che il comportamento colpevolmente omissivo dell'amministrazione è valutabile di per sé, come condotta produttiva di danno, alla luce della regola del *neminem laedere*.

²⁷ Cfr. Cass., sez. III, 27 marzo 2009, n. 7531, in *Foro it.*, 2009, 12, 1, 3354, che ha ravvisato una «macroscopica colpa omissiva» del Ministero dell'Industria per avere tardivamente adottato e pubblicato il provvedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e per aver omesso di informare i risparmiatori sui rischi connessi alla situazione patrimoniale e gestionale della società.

²⁸ Da ultimo, v. Cass., sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681, in *Resp. civ.*, 2011, 6, 435, con la quale è stata confermata la sentenza della Corte d'Appello di Roma che aveva condannato la Consob a risarcire il danno subito da un gruppo di risparmiatori a causa della omessa vigilanza sulle attività di gestione svolte da società di intermediazione finanziaria.

2.4 Il danno da occupazione acquisitiva

Fino a una decennio fa, il problema della espropriazione indiretta, in assenza di una disciplina normativa, veniva risolto dalla giurisprudenza sulla base dei due istituti dell'occupazione acquisitiva e dell'occupazione usurpativa²⁹.

La prima si configurava quando, sulla base di un provvedimento valido di inizio della procedura espropriativa, questa proseguiva in modo irregolare, mentre la seconda ricorreva nei casi in cui mancava del tutto un titolo legittimante e l'acquisizione del bene avveniva all'esito di un mero fatto materiale.

In entrambi i casi, al privato spettava il risarcimento del danno ma la proprietà del bene, a seguito dell'intervenuta sua trasformazione e asservimento alla pubblica utilità, risultava definitivamente trasferita in capo all'amministrazione.

Il contrasto, più volte rilevato, dell'assetto di tale materia con la Convenzione europea dei diritti umani ha portato il legislatore a introdurre nel testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (d.P.R. n. 327/01) l'art. 43, che consentiva all'amministrazione, nel caso di procedure svolte in modo anomalo, di adottare un provvedimento che sanava i vizi della procedura espropriativa riconoscendo al proprietario il diritto al risarcimento dei danni subiti a causa della sottrazione dell'immobile³⁰.

²⁹ Sull'occupazione acquisitiva: CONTI R., *Occupazione acquisitiva, tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.

³⁰ Così disponeva l'art. 43 del t.u. n. 327/01: «Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico. 1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni. 2. L'atto di acquisizione: a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio; b) dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, indicando, ove risulti, la data dalla

L'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità della norma³¹ ripropone oggi la questione del risarcimento dei danni subiti a causa dell'espropriazione di immobili non svolta secondo le procedure previste dalla legge³².

La giurisprudenza che ha avuto finora modo di pronunciarsi, ha riconosciuto che una volta venuta meno la possibilità di sanare l'illegittima acquisizione dell'immobile, diviene obbligatorio per l'amministrazione concordare con il privato la cessione di proprietà del bene e corrispondere a quest'ultimo il risarcimento dei danni per l'occupazione illegittimamente protrattasi fino alla data della conclusione dell'accordo transattivo che formalizza il passaggio di proprietà dell'immobile³³.

La giurisprudenza afferma che mancando un valido titolo, la proprietà non si trasferisce per il semplice effetto dell'intervenuta trasformazione, poiché tale effetto sarebbe in contrasto con quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo

quale essa si è verificata; c) determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta; d) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili; e) comporta il passaggio del diritto di proprietà; f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari; g) è trasmesso all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2. 3. Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo».

³¹ Ad opera della Corte Costituzionale, sentenza 8 ottobre 2010, n. 293, in *Urb. e App.*, 2011, 1, 56, con nota di MIRATE S., *L'acquisizione sanante è incostituzionale: la Consulta censura l'eccesso di delega*.

³² Sulle conseguenze della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 t.u. espropri, v. PATRONI GRIFFI F., *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 del 2010*, in www.federalismi.it e MARI G., *L'espropriazione indiretta: la sentenza della Corte costituzionali n. 293 del 2010 sull'acquisizione sanante e le prospettive future*, in *Riv. giur. ed.*, 2010.

³³ Così Cons. Stato, sez. IV, 28 gennaio 2011, n. 676 e 1 giugno 2011, n. 3331, entrambe in www.lexitalia.it.

(CEDU), e che il comportamento tenuto dall'amministrazione configura un illecito permanente.

Ai fini del risarcimento, i giudici sono concordi nel ritenere che esso vada calcolato sulla base del valore di mercato dell'immobile alla data del perfezionamento dell'atto transattivo o dell'accordo con cui viene trasferita la proprietà³⁴.

Un diverso orientamento giurisprudenziale sostiene invece che la trasformazione del bene sia idonea di per sé a far trasferire la proprietà in capo all'ente pubblico per effetto dell'istituto civilistico della "specificazione". In questa ipotesi al privato spetterebbe sotto forma di indennizzo la corresponsione di una somma pari al valore di mercato dell'immobile al momento dell'acquisto della proprietà in capo all'amministrazione³⁵. L'azione esperita dal privato in questo caso non sarebbe risarcitoria, ma indennitaria, e comunque sempre da proporre dinanzi al giudice amministrativo, attesa la riconducibilità della fattispecie all'istituto dell'occupazione appropriativa.

³⁴ In questo senso TAR Lazio, sez. II-*quater*, 14 aprile 2011, n. 3260, in www.lexitalia.it. Sul punto, v. inoltre Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 2 maggio 2011, n. 351, in www.lexitalia.it, secondo cui l'utilizzazione senza titolo di un bene di proprietà privata comporta, per la P.A., il risarcimento di due distinti danni: il primo attiene alla perdita (definitiva) della proprietà, mentre il secondo danno riguarda la mancata utilizzazione del bene (o del suo corrispondente valore monetario) per il periodo compreso tra l'inizio della occupazione senza titolo e la perdita della proprietà. «Tale seconda voce di danno deve essere risarcita in modo pieno e completo, ma, ovviamente, senza determinare duplicazioni o sovrapposizioni con il ristoro già insito nel risarcimento calcolato sulla perdita del bene, opportunamente rivalutato». Peraltro, sempre il Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 maggio 2011, n. 369, in www.lexitalia.it, ha precisato che «ai fini della determinazione del risarcimento del danno spettante al proprietario ai sensi dell'art. 43 del D.P.R. n. 327/2001, occorre tener conto, sia pure *ex post*, di quello che risulta esser stato l'effettivo andamento delle contrattazioni nella specifica area di riferimento e in relazione ai terreni aventi le medesime caratteristiche urbanistiche e fisiche di quelli oggetto di acquisizione sanante. Non si deve, pertanto, depurare il campione, escludendo da esso tutte quelle negoziazioni che a vario titolo non possano ritenersi espressione di un mercato idealmente funzionante in condizioni di perfetta concorrenzialità».

³⁵ Così TAR Puglia - Lecce, sez. I, 24 novembre 2010, n. 2683 e 29 aprile 2011, n. 785, entrambe in www.lexitalia.it.

Rimane fermo invece il principio in base al quale spettano alla cognizione del giudice amministrativo le ipotesi di occupazione acquisitiva che si ricollegano comunque a un valido provvedimento iniziale di dichiarazione di pubblica utilità, mentre sono devolute al giudice ordinario le sole ipotesi in cui la trasformazione del fondo da parte dell'amministrazione sia avvenuta in assenza di alcun provvedimento legittimante, sia pure indiretto³⁶.

2.5 La responsabilità precontrattuale e da atti legittimi

Costituisce principio generale quello per cui la responsabilità precontrattuale della P.A., secondo quanto previsto dagli artt. 1337 e 1338 c.c., è configurabile in tutti i casi in cui l'amministrazione, nelle trattative e nelle relazioni con i privati, abbia compiuto azioni o sia incorsa in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza anch'essa è tenuta, nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c.³⁷.

Anche in tale ambito, a seguito dell'introduzione dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo, sussiste una duplice competenza giurisdizionale: quella del giudice amministrativo, in tutte le ipotesi in cui l'accertamento dell'illegittimità di un procedimento amministrativo è il presupposto per il riconoscimento della responsabilità dell'amministrazione, e quella del giudice ordinario, nelle ipotesi in cui il comportamento scorretto dell'amministrazione, che non ha dato seguito a trattative contrattuali avviate con il privato, non si colleghi all'adozione di provvedimenti amministrativi ma si collochi in un rapporto di diritto privato.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁷ Sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, in generale, v. RACCA G. M., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

Così, ad esempio, è competente il giudice ordinario sulla controversia promossa da un privato per ottenere il risarcimento del danno conseguente alla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nella vendita di un complesso immobiliare, per avere taciuto l'inesistenza di tutte le condizioni di legge per procedere alla cessione dell'immobile³⁸.

È invece competente il giudice amministrativo laddove la scorrettezza del comportamento si radichi nell'illegittimità del procedimento con cui l'amministrazione ha annullato in autotutela una procedura di gara³⁹.

Sono queste le ipotesi più frequenti di responsabilità precontrattuale riconosciute dal giudice amministrativo.

In particolare, quanto ai comportamenti dell'amministrazione che possono essere fonte di responsabilità con riferimento a una procedura connessa alla realizzazione di opere pubbliche e di appalti pubblici, il Consiglio di Stato⁴⁰ ha chiarito come la responsabilità precontrattuale della P.A. possa configurarsi sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia: «a) nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara; b) per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento; c) nel caso di

³⁸ Così Cass., SS.UU., 24 giugno 2009, n. 14833, in *Mass. Giur. It.*, 2009, nonché TAR Calabria - Catanzaro, sez. I, 3 maggio 2011, n. 574, in *www.lexitalia.it*, le quali hanno affermato che vi è giurisdizione del giudice amministrativo soltanto sulla responsabilità precontrattuale connessa a procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, e non già di vendita di immobili.

³⁹ In giurisprudenza, v. Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, in *www.lexitalia.it*. In dottrina, v. CREPALDI G., *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, in *Foro amm. - CdS*, 2010, 868; RACCA G. M., *Contratti pubblici e comportamenti contraddittori delle pubbliche amministrazioni: la responsabilità precontrattuale*, in *Nel diritto*, 2009, 281.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245, in *Danno e Resp.*, 2009, 11, 1106.

annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura; d) nel caso di revoca dell'aggiudicazione o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza di fondi»⁴¹.

In giurisprudenza è stato ritenuto che anche il legittimo annullamento dei provvedimenti strumentali al ricorso alla finanza di progetto o l'interruzione ingiustificata delle trattative possa costituire un'ipotesi di responsabilità precontrattuale nel caso in cui vada a ledere un legittimo affidamento ingenerato (colposamente) in capo alla controparte privata proponente il progetto⁴².

La giurisprudenza ha ravvisato gli estremi della responsabilità precontrattuale nel fatto che il soggetto pubblico, pur non adottando provvedimenti illegittimi, avesse tenuto un comportamento illecito, in quanto lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative⁴³.

⁴¹ In senso conforme, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. (sentenza 25 gennaio 2011, n. 83, in www.lexitalia.it) che ha riconosciuto la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione in un'ipotesi in cui per errore il plico contenente l'offerta dell'unico partecipante era stato aperto prima di pervenire alla commissione di gara e per questo l'amministrazione successivamente aveva revocato la selezione.

⁴² In questo caso, il comportamento scorretto è comunque funzionalmente collegato alla procedura di affidamento dei lavori e dunque alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: v. Cass., SS.UU., Ord. 9 febbraio 2010, n. 2792, in www.lexitalia.it. TAR Sicilia - Catania, sez. I, 15 aprile 2010, n. 1090, in www.giustizia-amministrativa.it, ha precisato che il giudizio di responsabilità debba essere ancorato alla sussistenza di due elementi: uno positivo, rappresentato dall'affidamento senza colpa ingenerato nella controparte dal comportamento del soggetto recedente dalla trattativa; l'altro negativo, rappresentato dalla mancanza di una giusta causa di recesso. Per una ricerca rigorosa del requisito della colpa nel comportamento della P.A. che aveva revocato una procedura ad evidenza pubblica per venire meno dei finanziamenti, v. TAR Sicilia - Palermo, sez. I, 4 febbraio 2011, n. 210, in www.lexitalia.it.

⁴³ TAR Lombardia - Brescia, sez. II, 16 marzo 2010, n. 1239, in www.giustizia-amministrativa.it, ha affermato che anche l'accertato legittimo annullamento dei provvedimenti strumentali al ricorso alla finanza di progetto

Quanto ai danni risarcibili, in applicazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. può essere ottenuto il solo interesse negativo, ossia il danno derivato dall'impegno inutile delle energie negoziali. Pertanto, quanto al danno emergente, saranno risarcibili le spese inutilmente sostenute, mentre quale lucro cessante, le occasioni favorevoli perse. Tali danni dovranno essere provati nel loro ammontare dal danneggiato e non potranno essere indicati in modo generico.

2.6 Il danno da mancato recepimento di direttive comunitarie

Alcune recenti pronunce della Cassazione hanno apportato delle novità sul fronte della responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttive comunitarie, che siano attributive di diritti ai singoli ma non *self-executing*, fornendo precisazioni sulla natura della responsabilità e sui termini per l'esercizio della relativa azione.

Pur non mancando precedenti contrari a ravvisare una responsabilità dello Stato per l'omesso recepimento di direttive comunitarie⁴⁴, vi era un orientamento della Cassazione favorevole ad ammettere la responsabilità per mancata attuazione di direttive comunitarie qualificandola come un illecito extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*⁴⁵.

Una più recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione ha invece affermato

costituisce fonte di responsabilità precontrattuale, dal momento che l'amministrazione avrebbe dovuto procedere sin dalla definizione della proposta di *project financing* all'attenta analisi dei costi/benefici che ha poi rappresentato la base dell'annullamento d'ufficio della procedura di gara per l'affidamento della concessione. La sentenza chiarisce anche come nel caso di specie non potesse ravvisarsi una responsabilità contrattuale.

⁴⁴ Cass., sez. III, 1 aprile 2003, n. 4915, in *Danno e Resp.*, 2003, 7, 718, con nota di SCODITTI E., *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*.

⁴⁵ Così Cass., sez. lav., 9 aprile 2001, n. 5249, in *Foro it.*, 2002, I, 2663 e Id., sez. III, 12 febbraio 2008, n. 3283, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 581.

la natura contrattuale della responsabilità, da ricondurre all'inadempimento di un'obbligazione *ex lege*⁴⁶.

Secondo la Corte, la condotta dello Stato sarebbe anti giuridica nell'ordinamento comunitario ma non in quello interno e dunque non sarebbe qualificabile come fatto illecito alla stregua dell'art. 2043 c.c.⁴⁷.

Dall'inadempimento nascerebbe pertanto una obbligazione indennitaria e non risarcitoria, il cui termine di prescrizione sarebbe quello decennale e non quello quinquennale *ex art.* 2043 c.c.

Una più recente sentenza della Suprema Corte⁴⁸ ha ulteriormente affinato questa ricostruzione, ribadendo che la responsabilità dell'amministrazione (di cui non si dichiara stavolta la natura indennitaria) non discende da fatto illecito ma è di natura contrattuale, in quanto nasce dalla violazione di un obbligo⁴⁹.

La pronuncia ha affermato che la condotta omissiva dello Stato italiano provoca in

⁴⁶ Cass., SS.UU., 17 aprile 2009, n. 9147, in *Foro amm. - CdS*, 2274, con nota di GIANNELLI A., *La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto*. La sentenza ha per oggetto il risarcimento spettante ai medici specializzandi per la mancata retribuzione, prevista da una direttiva mai recepita nel nostro ordinamento.

⁴⁷ Critico nei confronti dell'autonomia tra diritto interno e comunitario e dell'anti giuridicità comunitaria SCODITTI E., *La violazione comunitaria dello Stato fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 175 ss. Fra gli studi monografici sul tema, v. BIFULCO R., *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999 e FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2008.

⁴⁸ Cass., sez. III, 17 maggio 2011, n. 10813, in *www.diritto24.ilssole24ore.com*.

⁴⁹ Sulle difficoltà a configurare il mancato esercizio della funzione legislativa come un fatto illecito e a sanzionare con la responsabilità il comportamento del legislatore, v. da ultimo BIFULCO R., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione Europea*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiorn., 2010, 506 ss.

modo permanente un obbligo di risarcimento dei danni a favore di coloro che avrebbero acquisito i diritti riconosciuti dal diritto comunitario, ove la direttiva fosse stata adempiuta, precisando che il termine inizia a decorrere dall'entrata in vigore della normativa di recepimento (ove intervenuta) e chiarendo quale sia il regime della prescrizione in presenza di un adempimento parziale dell'obbligo da parte del legislatore interno.

La sentenza della Corte di Cassazione è stata pubblicata appena due giorni prima della pronuncia con cui la Corte di Giustizia ha fatto chiarezza, in sede di rinvio pregiudiziale sollevato sempre sulla stessa questione, sul rapporto tra effettività della tutela e prescrizione, dichiarando che il diritto dell'Unione non osta a che uno Stato membro eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole a fronte di un'azione giurisdizionale proposta da un singolo per ottenere la tutela dei diritti conferiti da una direttiva, anche qualora lo Stato non l'abbia correttamente trasposta, a condizione che, con il suo comportamento, esso non sia stato all'origine della tardività del ricorso⁵⁰.

Dunque, l'interpretazione recentemente fornita dalla Cassazione rispetto alla prescrizione dell'azione risulta più favorevole per il privato rispetto a quella offerta dalla stessa Corte di Giustizia.

⁵⁰ Corte Giust., sez. I, 19 maggio 2011 (causa C-452/09), in www.curia.europa.eu.