

# La responsabilità civile della pubblica amministrazione

a cura di Marco Macchia e Alfredo Moliterni (\*)

Pur generalmente negando che la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo risponda ad un modello autonomo, non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile, la più recente giurisprudenza non manca di far emergere profili di specialità. Tale tendenza si riscontra in sede di individuazione degli elementi strutturali dell'illecito, rispetto alla ricostruzione dell'elemento soggettivo, nella prognosi sulla spettanza del bene della vita e, infine, in sede di quantificazione del danno. Ciò contribuisce a dare vita ad un sistema connotato da maggiore incertezza, in quanto caratterizzato dalla presenza di molteplici profili ancora controversi, che rischiano di alimentare un senso di disorientamento tra gli stessi operatori giuridici.

## La qualificazione dell'illecito dell'ente pubblico

La responsabilità civile della pubblica amministrazione è al centro di un intenso dibattito giurisprudenziale e dottrinario che, a partire dalla questione della qualificazione dell'illecito e del relativo grado di specialità rispetto alla fattispecie di diritto comune, viene ad investire numerosi profili, come l'elemento soggettivo e il relativo onere probatorio, il nesso di causalità, l'ingiustizia del danno e la sua quantificazione. È un dibattito che - anche a seguito di importanti pronunce intervenute a livello europeo - si va sviluppando sempre più in una dimensione multilivello. Da un lato, infatti, si assiste all'orientamento del giudice europeo verso una maggiore *oggettivizzazione* dell'illecito dell'amministrazione in una prospettiva di intensificazione del grado di tutela dei privati nei confronti dei pubblici poteri nei settori maggiormente armonizzati (come gli appalti pubblici). Dall'altro, il giudice nazionale tende a valorizzare il profilo della necessaria imputabilità soggettiva dell'illecito, secondo un'ottica di unitarietà del modello di responsabilità civile, applicabile a tutti i soggetti dell'ordinamento. Rispetto all'orientamento tradizionale, incentrato sul necessario accertamento della colpevolezza, seppure alla luce della violazione di regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione (**Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500**) e con un'attenuazione dell'onere probatorio in capo al privato mediante il riferimento ad indici presuntivi di colpevolezza (**Cons. Stato, VI, 12 marzo 2004, n. 1261**), in più occasioni la giurisprudenza europea ha escluso la compatibilità con il diritto dell'Unione di una normativa nazionale che subordinasse, in materia di pubblici appalti, il risarcimento del danno alla dimostrazione, da parte del danneggiato, del dolo o della colpa della pubblica amministrazione (**Corte di giustizia Ue, 14 ottobre 2004, C-275/2003**). Di recente, la Corte di Lussemburgo ha precisato che in tema di responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice si prescinde dalla dimostrazione della colpa, venendosi sostanzialmente a configurare una responsabilità di tipo oggettivo: e ciò al fine di assicurare un sistema di rimedi giurisdizionali rapidi ed efficaci, soprattutto in un'ottica di maggiore apertura e trasparenza nel mercato dei contratti pubblici (**Corte di giustizia Ue, III, 30 settembre 2010, C-314/09**). Il diritto europeo, dunque, osta ad una normativa nazionale che limiti il risarcimento dei danni alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione, ancorché ricostruito in termini presuntivi. Il ricorrente danneggiato non è gravato dall'onere di provare che il danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo sia conseguenza della colpa del soggetto pubblico, né questo può esimersi dal risarcire il danno, adducendo l'inesistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

## L'inquadramento domestico ispirato all'unitarietà

I riflessi di tale orientamento sull'ordinamento interno non sono pacifici e producono molteplici profili di incertezza. Proprio in quest'ottica, il Consiglio di Stato è intervenuto per tentare di razionalizzare e sistematizzare la problematica dell'imputazione soggettiva dell'illecito. In particolare, ribadendo la tesi della responsabilità presunta, salva la dimostrazione dell'errore scusabile, il giudice ha confermato che nell'ordinamento interno la

(\*) Il contributo è frutto di una riflessione comune. Nondimeno, le parti relative a "Il danno da ritardo a provvedere e quello cagionato dal silenzio dell'amministrazione"; "L'accertamento del danno e la sua quantificazione", "Il risarcimento del danno non patrimoniale" sono da attribuirsi a Marco Macchia, mentre le restanti parti ad Alfredo Moliterni.

responsabilità civile dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi da attività provvedimentale rimane da inquadrarsi necessariamente nello schema dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c., al che consegue la necessaria verifica della rimproverabilità dell'amministrazione (**Cons. Stato, IV, 31 gennaio 2012, n. 482**). E infatti, mediante il ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., nell'ordinamento nazionale l'illegittimità del provvedimento amministrativo si atteggia come uno degli indici presuntivi della colpevolezza: «una volta accertata l'illegittimità dell'azione dell'amministrazione, è a quest'ultima che spetta di provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi dell'errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita una volta accertata l'illegittimità dell'azione amministrativa (**Cons. Stato, V, 6 dicembre 2010, n. 8549; Id., VI, 27 aprile 2010, n. 2384**).

Ciò, tuttavia, non conduce ad una «semplicistica dicotomia» tra l'ordinamento interno e quello comunitario: anzi, secondo il giudice amministrativo, tali orientamenti «piuttosto che discostarsene, si pongono in significativa convergenza con gli approdi della Corte di giustizia dell'Unione Europea, in tema di accertamento degli elementi costitutivi della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario». Infatti, ad eccezione di alcuni settori caratterizzati dalla presenza di una normativa assai dettagliata che lascia un limitato margine di discrezionalità agli Stati membri - come nel settore degli appalti pubblici ovvero rispetto alle direttive in materia di formazione e retribuzione dei medici specializzandi (**Cass., III, 27 gennaio 2012, n. 1182**) -, il diritto dell'Unione richiede l'esistenza di una violazione «grave e manifesta» ai fini dell'imputabilità, la quale dipende dal grado di chiarezza e di precisione della norma violata, dall'ampiezza del potere discrezionale, ovvero dalla scusabilità di un eventuale errore di diritto. Proprio tali indici testimoniano che, pur muovendo da presupposti diversi, sia l'ordinamento interno che quello europeo appaiono caratterizzati dal comune «sforzo di individuare a livello oggettivo una serie di elementi destinati ad agire come presupposti o condizioni per il riconoscimento di una responsabilità del soggetto pubblico che non discenda sempre e comunque in modo automatico dalla mera illegittimità del suo operato». Da questo punto di vista, la prospettazione di un sistema «più marcatamente oggettivo» andrebbe circoscritta al settore degli appalti pubblici: e ciò anche in ragione del fatto che in tale settore il risarcimento del danno rappresenta una «alternativa procedurale» al conseguimento del «bene della vita» cui si aspira (ovvero l'aggiudicazione mediante subentro). In tale contesto, infatti, il risarcimento ha una funzione «*riparatorio-compensativa*», oltre che sanzionatoria dell'illegittimo operato dell'amministrazione, più che «*retributiva*», mentre in settori diversi dagli appalti opererebbero gli ordinari criteri europei in tema di responsabilità degli Stati da violazione del diritto dell'Unione.

Tale orientamento ha avuto il merito di razionalizzare il criterio generale di qualificazione dell'illecito dell'ente pubblico ed è stato sostanzialmente condiviso dalla giurisprudenza successiva che ha confermato la chiara sussumibilità del danno da illecito provvedimentale nello schema della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c. (**Cons. Stato, III, 19 marzo 2014, n. 1357; Id., V, 17 gennaio 2014, n. 183; Cass., III, 22 ottobre 2013, n. 23993; Cons. Stato, Ad. plen., 19 aprile 2013, n. 7; Id., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3**).

Affinché si possa configurare tale responsabilità, è necessario che sussistano l'elemento oggettivo, rappresentato dall'illegittimità provvedimentale o dalla illegittimità dell'azione amministrativa, un elemento soggettivo, rappresentato dalla colpa dell'amministrazione, il nesso di causalità tra la illegittimità del comportamento attivo od omissivo, colposo o doloso, e il danno subito dal privato (**Cons. Stato, V, 8 aprile 2014, n. 1651; Cass., III, 10 marzo 2014, n. 5500**). Gli elementi costitutivi, come la condotta, l'evento, il nesso di causalità, l'antigiuridicità, la colpevolezza, devono essere provati dalla parte danneggiata che abbia visto riconosciuto l'illegittimo esercizio della funzione pubblica (**Cons. Stato, V, 27 maggio 2014, n. 2708**).

Secondo l'indirizzo prevalente, «l'illegittimità del provvedimento amministrativo, una volta accertata, costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, a valutare la quale vanno presi in considerazione anche altri fattori, quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell'azione amministrativa» (**Cons. Stato, IV, 6 dicembre 2013, n. 5823**). Pertanto, non appare ammissibile «un meccanismo di automatica equivalenza tra l'intervenuto annullamento dell'atto amministrativo, l'evidenziato comportamento illegittimo della pubblica amministrazione e la risarcibilità del danno ingiusto eventualmente patito dal soggetto destinatario degli effetti lesivi dell'atto annullato, ed è alla parte istante, secondo la normale ripartizione dell'onere probatorio nell'ambito dei diritti soggettivi, che spetta dare contezza dei fatti sui quali si fonda la propria pretesa» (**Cons. Stato, IV, 13 giugno 2013, n. 3266**).

La marginale  
applicazione della  
responsabilità da  
contatto sociale

Raramente il giudice ha percorso strade diverse, in termini di qualificazione della relazione giuridica tra danneggiato e danneggiante, sottolineando che ci si trova dinanzi ad un *modello speciale*, non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile, e assimilabile allo schema del «contatto sociale qualificato» tra amministrazione e privato (**Cons. Stato, V, 2 settembre 2005, n. 4461; Cass., I, 10 gennaio 2003, n. 157**). La «peculiarità dell'attività amministrativa - che deve svolgersi nel rispetto di regole procedurali e sostanziali a tutela dell'interesse pubblico - rende speciale anche il sistema della responsabilità da attività illegittima» (**Cons. Stato, VI, 29 maggio 2014, n. 2792**). In particolare, «rispetto alla responsabilità civile, quella dell'amministrazione presuppone che il comportamento illecito si inserisca nell'ambito di un procedimento amministrativo»; da questo punto di vista, poiché «l'amministrazione, in ossequio al principio di legalità, deve osservare predefinite regole, procedurali e sostanziali, che scandiscono le modalità di svolgimento della sua azione», ne deriva che «l'esercizio del potere autoritativo non è assimilabile alla condotta di chi - con un comportamento materiale o di natura negoziale - cagioni un danno ingiusto a cose, a persone, a diritti, posizioni di fatto o altre posizioni tutelate ai fini risarcitori *erga omnes* dal diritto privato (e la cui tutela è prevista dagli artt. 2043 e ss. c.c.)» (**Cons. Stato, VI, 27 giugno 2013, n. 3521**). Né il modello di responsabilità dell'amministrazione può assimilarsi a quello propriamente contrattuale, dal momento che sono diverse le posizioni soggettive che si confrontano: «da un lato, dovere di prestazione (o di protezione) e diritto di credito, dall'altro, potere pubblico e interesse legittimo o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, diritto soggettivo».

Stando a questo differente inquadramento, la procedimentalizzazione dell'attività amministrativa e l'affidamento del privato nei confronti dei pubblici poteri rendono non perfettamente applicabile alla responsabilità dell'amministrazione il modello di responsabilità aquiliana, la quale, invece, presuppone l'assenza di una relazione giuridica tra danneggiato e danneggiante. In particolare, «nell'ambito di una configurazione strumentale e procedimentale del diritto al risarcimento del danno, in quanto connesso alla pretesa lesione di un interesse legittimo, si parla di una specifica relazione tra amministrazione e cittadino, preventiva rispetto al fatto o atto produttivo di danno e perciò distinta dalla pura e semplice responsabilità extracontrattuale; relazione che ormai nel linguaggio giuridico ha assunto la denominazione di "contatto sociale qualificato" o di "responsabilità da contatto", implicante appunto, da parte dell'amministrazione, il corretto sviluppo dell'*iter* procedimentale secondo non solo le regole generali di diligenza, prudenza e perizia, ma anche e soprattutto di quelle specifiche del procedimento amministrativo, sulla base delle quali avviene la legittima emanazione del provvedimento finale» (**Tar Campania, Napoli, IV, 22 maggio 2013, n. 2641**).

Ugualmente nel settore degli appalti pubblici il modello della responsabilità dell'amministrazione si è allontanato dallo schema dell'illecito extracontrattuale. La mancata conclusione di una procedura ad evidenza pubblica è stata più volte ricondotta al modello della responsabilità precontrattuale, posto che in tale ipotesi non viene in rilievo tanto un problema di legittimità dell'esercizio della funzione pubblica, quanto di «correttezza del comportamento da essa complessivamente tenuto durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.» (**Cons. Stato, IV, 16 gennaio 2014, n. 142**). La responsabilità precontrattuale è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative con i terzi, compia azioni o incorra in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuto già nel procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, ossia nel momento in cui entra in contatto con una pluralità di offerenti, instaurando con ciascuno di essi trattative idonee a determinare la costituzione di rapporti giuridici. Proprio l'inosservanza di tale precetto, anche prima della conclusione della gara, determina l'insorgere della responsabilità dell'amministrazione per violazione del dovere di correttezza previsto dall'art. 1337 c.c., a prescindere dalla prova dell'eventuale diritto all'aggiudicazione del partecipante (**Cass., I, 3 luglio 2014, n. 15260**). Da questo punto di vista, l'intreccio di un procedimento amministrativo e di un procedimento negoziale nella fase di formazione della volontà contrattuale non rappresenta un ostacolo all'applicazione delle regole della responsabilità precontrattuale, posto che si è dinanzi ad una ipotesi di formazione necessariamente progressiva del contratto, non derogabile dalle parti, e che si sviluppa secondo lo schema dell'offerta al pubblico. Rispetto a tale ipotesi non sarebbe possibile scindere il momento di sviluppo del procedimento negoziale, limitando l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il "contatto sociale" viene individualizzato con l'atto di aggiudicazione; ciò anche in ragione del fatto che, persino nel diritto civile, il modello formativo dell'offerta al pubblico presuppone normalmente il "contatto" con una pluralità di "partecipanti" al procedimento negoziale. Secondo il giudice, diversamente argomentando, l'interprete sarebbe costretto a scindere un comportamento che si presenta unitario e che conseguentemente non può che essere valutato nella sua complessità

## Il problema dell'elemento soggettivo

(**Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3831**). Poiché nella fase che precede la formazione del vincolo contrattuale sorgono in capo ai futuri contraenti specifici obblighi di lealtà e correttezza nello svolgimento delle trattative, «se l'amministrazione recede dalle trattative instaurate fino al punto di suscitare in capo all'impresa il legittimo affidamento nella conclusione del contratto, detta condotta contrasta con le regole di probità e diligenza di cui all'art. 1337 c.c. e può generare un'obbligazione risarcitoria» (**Tar Lombardia, Brescia, II, 25 giugno 2013, n. 610**).

La qualificazione giuridica della responsabilità dell'amministrazione assume una rilevanza decisiva ai fini della ricostruzione del profilo dell'elemento soggettivo. Benché si continui a fare riferimento al necessario accertamento della colpa, anche lieve, dell'apparato amministrativo (**Cons. Stato, IV, 18 novembre 2013, n. 5458**), i parametri per l'accertamento dell'imputabilità soggettiva consistono nella «violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi»; e ciò verificando se «la violazione risulti grave e commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimento normativo e giuridico tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato e negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto» (**Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2419**). Pur attraverso un giudizio astrattamente calibrato sulla colpa, la giurisprudenza amministrativa richiede che «il vizio sia "grave", dovendosi comunque anche valutare la natura, formale o sostanziale, della violazione commessa e la eventuale esistenza di una pluralità di destinatari dell'atto illegittimo» (**Cons. Stato, III, 5 giugno 2014, n. 2867; Cons. Stato, VI, 27 giugno 2013, n. 3521**).

Quanto all'onere probatorio, il danneggiato è chiamato ad invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche ad allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile (**Cons. Stato, IV, 18 novembre 2013, n. 5458**). Si registra, a tal proposito, un tentativo di "oggettivizzare" il giudizio di imputabilità del comportamento all'ente pubblico, soprattutto mediante il ricorso al sistema delle presunzioni semplici, ai sensi degli artt. 2727 e 2729, co. 1, c.c. Sotto questo profilo, «l'acclarata illegittimità del provvedimento amministrativo integra il fatto costitutivo di una presunzione semplice in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione» (**Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2195**, secondo cui, in ordine alla sussistenza della colpa in capo all'amministrazione, si ha una presunzione semplice nell'ipotesi di risarcimento di un ente pubblico conseguente all'illegittima sospensione e revoca dell'autorizzazione all'attività di recupero dei rifiuti).

Oltre all'illegittimità, che opera come presunzione semplice, è richiesta generalmente anche la presenza di negligenze, omissioni o errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Con particolare riferimento alle «negligenze inescusabili», vanno annoverati comportamenti superficiali, sbrigativi nel compiere operazioni valutative di agevole esecuzione, specie qualora affidate a commissioni di esperti (**Tar Campania, Napoli, IV, 22 maggio 2013, n. 2641**). La dimostrazione dell'elemento soggettivo è stata peraltro richiesta anche nelle ipotesi di violazione del giudicato (**Cons. Stato, III, 4 settembre 2013, n. 4408**), nonché nelle ipotesi di danno da ritardo per le quali è comunque indispensabile la dimostrazione che «il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente o ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.» (**Cons. Stato, IV, 4 settembre 2013, n. 4452**).

Le incertezze sulla ricostruzione del modello di responsabilità – e sul relativo livello di specialità rispetto al modello civilistico – incidono sulla problematica del riparto dell'onere probatorio. Da un lato, la giurisprudenza appare saldamente ancorata al principio generale fissato dall'art. 2697 c.c., escludendo qualsiasi spazio per il soccorso istruttorio del giudice, essendo le prove nella piena disponibilità della parte (**Cons. Stato, IV, 10 gennaio 2014, n. 46**). Dall'altro, in ragione della specialità del modello di responsabilità, si consente al privato danneggiato di limitarsi ad «invocare l'illegittimità dello stesso quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile, mentre spetta all'amministrazione dimostrare il contrario» (**Cons. Stato, III, 5 giugno 2014, n. 2867**). In questa prospettiva, è stato precisato che «l'atipicità del regime relativo alla responsabilità della pubblica amministrazione per danno arrecato a privati a seguito di attività illegittima, rispetto a quello generale di cui all'art. 2043 c.c., consiste nel fatto che nel primo caso non è richiesto alla parte lesa un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa dell'apparato amministrativo in quanto, pur non essendo configurabile una generalizzata presunzione di colpa di quest'ultima, in mancanza di una espressa previsione normativa, possono operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c. desunta dalla singola fattispecie, con la conseguenza

che il privato può invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile a fronte del principio di prova che comunque deve essere fornito dal privato, sia pure in maniera non rigorosa». È quindi la pubblica amministrazione «che è tenuta a dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, conseguente a contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di norme, o a formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, o alla complessità del fatto, o all'influenza determinante di altri soggetti, o all'illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata» (**Cons. Stato, V, 8 aprile 2014, n. 1644**).

In definitiva, si assiste ad una sorta di *inversione dell'onere probatorio* dal momento che l'amministrazione, al fine di escludere l'effettiva imputabilità della condotta, può limitarsi a dimostrare l'esistenza di un errore scusabile, circostanza che la giurisprudenza ha tentato in più occasioni di tipizzare (**Cons. Stato, III, 6 maggio 2013, n. 2452**). Ad esempio, si è fatto riferimento all'esistenza di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma - o di improvvisi *revirements* da parte delle Corti supreme -, di oscurità oggettiva del quadro normativo, anche a causa della formulazione incerta di norme recenti, rispetto alle quali sono plausibili opposte opzioni ermeneutiche (**Cons. Stato, IV, 6 dicembre 2013, n. 5822**), di rilevante complessità del fatto, della influenza determinante dei comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da successiva declaratoria di incostituzionalità della norma applicata dall'amministrazione (**Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2195; Id., V, 9 ottobre 2013, n. 4968; Id., IV, 21.10.2013, n. 5091; Id., VI, 11 dicembre 2013, n. 5935**). Altro profilo rilevante è rappresentato dall'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo, nonché dalle condizioni concrete in cui ha operato l'amministrazione (**Cons. Stato, IV, 6 dicembre 2013, n. 5823**). Altre pronunce hanno fatto riferimento anche all'eventuale apporto fornito dai privati nel procedimento (**Cons. Stato, IV, 12 febbraio 2014, n. 674**). Tali profili, costituendo eccezione di merito, devono essere allegati e provati dall'amministrazione convenuta, la quale non può semplicemente invocare, a scusante delle illegittimità verificatesi, prassi o comportamenti reiterati e consolidati degli uffici, atteso che essi non possono essere considerati neppure rilevanti allorché siano *contra legem* e manifestamente lesivi degli interessi dei cittadini, in quanto ostativi rispetto all'esercizio delle facoltà di tutela riconosciute dalla legge (**Cons. Stato, V, 9 ottobre 2013, n. 4968**).

Il giudizio di riprovazione è rilevante poiché consente di imputare al pubblico potere il pregiudizio sofferto dalla parte privata. Alla luce di tali criteri, ad esempio, è stato ritenuto sussistente l'elemento soggettivo della colpa, intesa come «consapevolezza da parte di un organo competente di violazione della norma comportamentale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.», in un caso di occupazione *sine titulo* da parte dell'amministrazione (**Cons. Stato, IV, 3 ottobre 2012, n. 5189**). È stata esclusa, invece, la responsabilità nell'ambito di un giudizio di illegittimità dell'annullamento in autotutela della concessione edilizia, in ragione del fatto che, da un lato, la disciplina urbanistica da applicarsi era particolarmente complicata e oscura e, dall'altro, i lavori eseguiti in corso di validità del titolo edilizio non erano di rilevante entità (**Cons. Stato, IV, 6 dicembre 2013, n. 5823**). Parimenti, è stata esclusa la colpevolezza di un'amministrazione rispetto alla revoca di un alloggio popolare, in ragione del fatto che la legge indicava puntualmente i requisiti per ottenere il beneficio e in capo all'amministrazione non residuasse alcun margine di discrezionalità (**Cons. Stato, V, 27 maggio 2014, n. 2756**).

Con riguardo alla procedura di ricostruzione dell'errore scusabile, appare decisiva la valutazione della gravità della violazione. Difatti, «ricorre l'elemento psicologico della colpa, costitutivo della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione, ove l'azione di questa sia caratterizzata da ripetute violazioni di legge e dei fondamentali principi *ex art. 97 Cost.* (*sub specie* dell'imparzialità e del buon andamento e dei corollari di economicità, speditezza, efficienza, buona fede e della tutela dell'affidamento, a causa del riscontrato nella specie difetto assoluto di motivazione degli atti emanati ovvero per la mancata adozione di atti doverosi, oltre che l'ingiustificato, illogico ed arbitrario aggravamento e conseguente arresto del procedimento), ascrivibili esclusivamente a grave negligenza o imperizia degli uffici dell'amministrazione complessivamente considerati (non essendo necessario provare la sussistenza dell'elemento psicologico in capo ad ogni singolo agente, dipendente, responsabile o dirigente degli uffici comunali di volta in volta interessati)» (**Cons. Stato, V, 9 ottobre 2013, n. 4968**).

Unicamente nel settore degli appalti pubblici, sulla scia della giurisprudenza europea, si è affermato il principio della sovrapposizione tra regole di validità e regole di responsabilità, accogliendo un modello di responsabilità di tipo oggettivo (**Cons. Stato, VI, 26 marzo 2013, n. 1669**). Nelle gare pubbliche non è necessaria, dunque, alcuna particolare indagine in ordine all'elemento soggettivo della responsabilità civile, atteso che, trattandosi di violazione della normativa sugli appalti pubblici, la conseguente concessione di un risarcimento danni non può essere subordinata al riconoscimento del carattere colpevole

## L'ingiustizia del danno e il problema della spettanza del bene della vita

della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice (**Cons. Stato, IV, 27 marzo 2014, n. 1478**). Pertanto, ogni danno che sia conseguenza immediata e diretta della violazione di norme in tema di appalti pubblici può, per ciò solo, definirsi ingiusto e, come tale, meritevole di adeguato ristoro (**Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013, n. 966; Id., V, 16 gennaio 2013, n. 240**).

Fra gli elementi strutturali dell'illecito vale la pena soffermarsi sulla spettanza del bene della vita, giacché il risarcimento è subordinato alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato *ex ante*, dell'effettiva spettanza in capo all'interessato del bene che viene ad essere colpevolmente inciso dai provvedimenti illegittimamente assunti dall'amministrazione (**Cons. Stato, V, 28 luglio 2014, n. 3999**). L'ingiustizia del danno non può considerarsi *in re ipsa* nella sola illegittimità dell'esercizio della funzione amministrativa, dovendo il giudice procedere ad accertare che sussista un evento dannoso e, soprattutto, che il danno sia qualificabile come ingiusto in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento (**Cons. Stato, V, 2 maggio 2013, n. 2388; Cons. Stato, IV, 4 settembre 2013, n. 4439**). La prova dell'esistenza dell'antigiuridicità del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione, che è configurabile (oltre che nell'ovvia evidenza fattuale) allorquando vi sia una rilevante probabilità di risultato utile, frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima dell'autorità (**Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2195; Id., V, 27 maggio 2014, n. 2708**).

La lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da «sostrato materiale della situazione soggettiva e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative, dei ritardi procedurali, o degli interessi *contra ius*» (**Cons. Stato, V, 27 maggio 2014, n. 2708; Id., V, 21 giugno 2013, n. 3405; TAR Puglia, Lecce, III, 10 ottobre 2013, n. 2109**). La giurisprudenza tende sempre più spesso a valorizzare, a tal proposito, la distinzione tra violazioni formali (o meramente procedurali) e violazioni sostanziali, poiché unicamente nel secondo caso il vizio viene a costituire il presupposto del risarcimento, risultando comprovata la spettanza del bene della vita. Difatti, se il provvedimento è viziato per ragioni attinenti alla sola forma oppure al solo procedimento, ma risulta ineccepibile sul piano sostanziale, l'amministrazione può sempre adottare un provvedimento di identico contenuto sfavorevole per il privato. In questa situazione è difficile giustificare un diritto al risarcimento, salvo sganciare la responsabilità dell'amministrazione dal paradigma aquiliano, con conseguente differente valutazione dei presupposti fondanti il diritto al ristoro e distinta quantificazione dei pregiudizi riparabili (**Cons. Stato, VI, 11 dicembre 2013, n. 5944**).

In caso di lesione di un interesse legittimo pretensivo, serve la dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene (**Cons. Stato, III, 9 giugno 2014, 2896**). Secondo il principio generale fissato dall'art. 2697 c.c., l'onere della prova spetta al privato danneggiato non potendo supplire il soccorso istruttorio del giudice, trattandosi di prove che sono nella piena disponibilità della parte (**Cons. Stato, V, 2 maggio 2013, n. 2388**).

L'indagine sulla spettanza del bene della vita può avvenire in due modi: ricorrendo al canone della *certezza*, allorquando il giudice non può effettuare il giudizio prognostico, poiché è indispensabile attendere che l'amministrazione rinnovi il procedimento discrezionale, emendato dal vizio riscontrato, per accertare il diritto del privato al bene della vita; ovvero applicando la teoria *condizionalistica* e della causalità adeguata, la quale consente al giudice di effettuare un giudizio prognostico là dove ci si trovi in presenza di un'attività amministrativa vincolata (rispetto alla quale quindi la rinnovazione procedimentale è limitata a quanto stabilito dal giudice o a quanto determinato dalla legge), ma anche nel caso in cui sia stata proposta un'autonoma azione di responsabilità (**Cons. Stato, VI, 29 maggio 2014, n. 2792**).

Quando la sentenza invocata per provare il fatto ingiusto accerti che al ricorrente non spettava l'ottenimento del bene della vita sotteso al suo interesse legittimo - tanto che l'amministrazione, qualora avesse posto in essere una condotta *jure* avrebbe dovuto respingere l'istanza -, il rimprovero mosso all'amministrazione non ha ad oggetto l'esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la condotta colposa, consistita nell'aver orientato il richiedente verso comportamenti negoziali che, altrimenti, non avrebbe tenuto (**Cons. Stato, V, 17 gennaio 2014, n. 183**). In tali casi non è riscontrabile, allora, alcuna lesione dell'interesse legittimo azionato, poiché il riscontro della pretesa ha superato solo il "primo sbarramento" legato all'ingiustizia del danno (ossia quello legato alla presenza di un fatto *non jure*), essendo stato accertato in sede giurisdizionale che il potere amministrativo era stato utilizzato in modo illegittimo per avere l'amministrazione posto in essere una condotta non autorizzata. Ma non spettando al privato l'ottenimento del bene della vita e, quindi, non essendo stata rilevata alcuna lesione dell'interesse legittimo, non risulta superato il "secondo sbarramento" richiesto per

il riconoscimento del risarcimento del danno. In definitiva, affinché l'ingiustizia, come indica la legge, sia riferibile al danno - che dovrà presentarsi come *contra jus* -, l'accertamento deve essere doppio, dovendo avere ad oggetto sia la condotta del danneggiante, che l'effettiva lesione di un bene giuridico del danneggiato. Essendo, infatti, l'art. 2043 una norma generale, a fronte della atipicità dei danni *non jure*, il giudice dovrà rintracciare un danno *contra jus*, ossia tipico, poiché la risarcibilità resta ancorata alla presenza di una posizione giuridica soggettiva precedentemente riconosciuta dall'ordinamento.

Il profilo del necessario accertamento della spettanza del bene della vita - che tradizionalmente ha costituito un fattore discriminante ai fini della distinzione tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi - sembra rilevare oggi anche per il risarcimento degli interessi legittimi oppositivi. E infatti è stata rigettata la linea di pensiero classica, secondo cui «mentre in caso di interessi pretensivi, che si proiettano verso il conseguimento di un bene futuro, sarebbe necessario accertare, almeno in termini probabilistici, la fondatezza della pretesa sostanziale, nell'ipotesi di interessi oppositivi, miranti alla difesa di un bene della vita preesistente, tale indagine non sarebbe necessaria, derivando in via automatica dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto lesivo il precipitato dell'indebita sottrazione o lesione di un bene della vita preesistente» (**Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2187**). Ne consegue che si rende necessaria la verifica della sussistenza della lesione di un bene della vita per gli interessi oppositivi, al fine di evitare un'iper-protezione degli stessi, con riguardo sia ai casi in cui il provvedimento è affetto da vizi formali, sia quando è vincolato in punto di diritto o anche solo di fatto, sia ancora a quelle ipotesi in cui, azionando l'interesse oppositivo, il privato mira alla protezione di un bene della vita conseguito *contra ius*. Pertanto, per rivendicare il risarcimento del danno, va comunque accertato se l'illegittimità, ancorché incidente su un interesse oppositivo, abbia leso un bene della vita acquisito legittimamente da un punto di vista sostanziale.

Con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici, nel caso di illegittima esclusione da una gara l'interesse pretensivo violato deve essere stimato come una perdita di *chance* favorevole, parametrabile alla probabilità di conseguimento dell'incarico stesso. Ciò deve essere «necessariamente esaminato alla luce della peculiarità delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, proprie del diritto amministrativo, la cui probabilità di transitare dalla fase *in potentia* a quella *in actu*, requisito indispensabile per la configurabilità di una *chance* risarcibile, va verificata alla stregua della consistenza dei poteri attribuiti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione» (**Cons. Stato, V, 27 marzo 2013, n. 1772**).

**Il danno da ritardo a provvedere e quello cagionato dal silenzio dell'amministrazione**

La fattispecie risarcitoria del danno da ritardo a provvedere trova specifica disciplina nell'art. 2-bis, l. proc. amm., disposizione questa che tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte l'amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della stessa, ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento. Sul piano oggettivo, l'illecito *de quo* riceve qualificazione dall'inosservanza del termine ordinamentale per la conclusione del procedimento. Sul piano soggettivo, il ritardo deve essere ascrivibile ad un'inosservanza dolosa o colposa dei termini di legge o di regolamento stabiliti per l'adozione dell'atto terminale. In particolare, in caso di pregiudizio sofferto per ritardo nella conclusione di un procedimento, sia sotto il profilo del danno emergente che del lucro cessante, non è sufficiente il solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che l'ente abbia agito con dolo o colpa grave, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente od ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. (**Tar Puglia, Lecce, II, 29 luglio 2014, n. 2027**).

Ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria, deve accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se, al contrario, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto. Sussiste la colpa per il ritardo anche in tutti i casi in cui l'amministrazione non può ignorare le norme che le fanno obbligo di concludere i procedimenti entro un determinato arco temporale. Incombe sulla parte ricorrente l'onere probatorio circa la dimostrazione dei presupposti dell'azione, tra cui la prova dell'obbligo di provvedere in capo all'apparato pubblico e della correlativa spettanza del bene della vita (**Cons. Stato, IV, 1 luglio 2014, n. 3295**).

Quale ipotesi atipica di illecito civile dell'amministrazione, il danno da ritardo, collegato all'inerzia o al silenzio inadempimento dell'ente pubblico, va risarcito, poiché il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il fattore tempo rappresenta un'essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione dei piani finanziari di qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica. Per le imprese (ma anche per i cittadini) ogni incertezza sui tempi di realizzazione di un'iniziativa economica si traduce nell'aumento del c.d. *rischio amministrativo*, ovvero in un danno che va risarcito (**CGA, 8 settembre 2014, n. 518**). Di converso, il comportamento diligente del danneggiato risulta dalla circostanza che lo stesso abbia impugnato il silenzio inadempimento mettendo così sull'avviso l'amministrazione, sebbene quest'ultima non abbia provveduto, preferendo restare inerte.

Il problema della lesione del bene della vita assume una rilevanza decisiva anche con riguardo al danno da ritardo. Il giudice amministrativo può riconoscere il risarcimento del danno, causato al privato dal comportamento inoperoso dell'amministrazione, solo quando sia stata accertata la spettanza del bene della vita, che costituisce il presupposto indispensabile, in materia di risarcimento degli interessi legittimi di tipo pretensivo, per poter configurare una condanna della stessa al risarcimento del relativo danno (**Cass., I, 28 febbraio 2014, n. 4804; Cons. Stato, V, 22 gennaio 2014, n. 318**). Negli appalti pubblici, l'inosservanza della clausola dello *stand still*, pur non incidendo sul procedimento di gara, può avere effetti sul contratto e rilevare ai fini della valutazione della responsabilità risarcitoria (**Tar Umbria, Perugia, I, 2 agosto 2014, n. 427; TAR Campania, Napoli, I, 9 aprile 2014, n. 2031**).

## Il nesso di causalità

Uno dei profili strutturali su cui si sofferma di frequente il giudice è rappresentato dal nesso di causalità, ossia l'accertamento della riferibilità dell'evento dannoso, sotto il profilo causale, ad una condotta dell'amministrazione. E infatti, affinché sorga un'obbligazione risarcitoria occorre non soltanto un fatto lesivo, retto dalla causalità materiale, ma anche un danno conseguenza di questo, retto dalla causalità giuridica (**Cass., III, 19 febbraio 2013, n. 4043**). In particolare, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale da cattivo esercizio della funzione pubblica, la giurisprudenza ha tentato di declinare il nesso di causalità facendo applicazione dei principi penalistici di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in base ai quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (teoria della *condicio sine qua non*). Tuttavia, il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., trova il suo temperamento nel principio di *causalità efficiente*, desumibile dal comma 2 dell'art. 41 c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto. Al contempo, non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo soltanto a quelle che, nel momento in cui si produce l'evento causante, non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della *causalità adeguata* o quello similare della *regolarità causale*. In altre parole, anche ai fini dell'accertamento della responsabilità civile, occorre dar rilievo, all'interno della serie causale, solo a quegli eventi che non appaiano del tutto inverosimili, con la sola distinzione derivante dal fatto che, mentre nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", nel processo penale vige la regola della prova «oltre il ragionevole dubbio» (**Cons. Stato, V, 27 maggio 2014, n. 2708; Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2195**). Sotto questo profilo, al fine di accertare la presenza del nesso di causalità in ambito civilistico, è sufficiente la sola prova che lo renda probabile, a nulla rilevando che tale prova non sia idonea a garantire un'assoluta certezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Ne consegue che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica deve essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del «cinquanta per cento *plus unum*» (**Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2195**). In applicazione di tali principi, va rigettata la domanda risarcitoria allorquando non si rinvenga alcun nesso causale tra l'attività svolta dall'organo pubblico e il danno patito dalla parte: ad esempio, la funzione di vigilanza del ministero diretta al controllo della effettiva sussistenza della natura mutualistica di un ente e del perseguimento dello scopo mutualistico appare inidonea a fondare la pretesa al risarcimento di danni dovuti alla dispersione del patrimonio di una cooperativa (**Cass., III, 10 marzo 2014, n. 5500**).

## L'accertamento del danno e la sua quantificazione

Riguardo alle regole dettate per l'individuazione del danno risarcibile - inteso sia come danno evento che come danno conseguenza - e la sua quantificazione, va precisato che entrambe devono essere oggetto di un rigoroso onere allegatorio, da parte dell'attore, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni (*praesumptio tantum iuris*) solo in rela-

zione ai danni non patrimoniali, comunque dovendosi ripudiare le suggestioni derivanti dalla teorica del c.d. diritto all'integrità patrimoniale, in favore del più rigoroso e ben conosciuto metodo sotteso alla *Differenzhypothese*, per cui il danno risarcibile viene identificato con la differenza fra la situazione patrimoniale complessiva del danneggiato a seguito dell'illecito e la situazione patrimoniale che si sarebbe determinata in mancanza dell'illecito (**Cons. Stato, V, 28 aprile 2014, n. 2195**). Ciò vale anche per la lesione di diritti inviolabili della persona e di valori riconosciuti a livello costituzionale, dal momento che la categoria del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c., costituisce pur sempre un'ipotesi di danno-conseguenza, il cui ristoro è in concreto possibile solo a seguito dell'integrale allegazione e prova in ordine alla sua consistenza, desumibile da specifiche circostanze che possano evidenziare la violazione di interessi di rilievo costituzionale e alla sua riferibilità eziologica alla condotta del soggetto danneggiato (**Cons. Stato, VI, 9 gennaio 2014, n. 34**).

Quanto al problema della quantificazione, occorre distinguere la tutela del diritto di proprietà dal giudizio in materia di contratti pubblici. Riguardo la prima, il *quantum* del risarcimento dovuto al privato in conseguenza del danno subito per effetto dell'illegittima espropriazione di un terreno di sua proprietà va collegata al valore effettivo dello stesso, inteso come suo valore di mercato in ragione delle sue caratteristiche intrinseche e della sua possibile destinazione (**Cons. Stato, IV, 14 maggio 2014, n. 2482**). Nell'occupazione illegittima di suolo, è dovuto il pagamento a titolo risarcitorio di una somma pari al valore venale del bene al momento dell'illecito, attraverso la valutazione delle caratteristiche intrinseche dell'immobile e delle sue eventuali potenzialità edificatorie, la verifica dei prezzi risultanti da atti di compravendita di immobili finitimi con analoghe caratteristiche nel periodo in questione, e tenendo anche conto degli eventuali accertamenti operati dall'amministrazione finanziaria, rivalutati all'anno di riferimento (**Cons. Stato, IV, 9 gennaio 2013, n. 76**). Non sono risarcibili i danni meramente ipotetici, come l'incremento dei prezzi necessari per la realizzazione dell'opera che si fondi su meri preventivi e non su spese effettivamente sostenute, ovvero la forzata protrazione del contratto di locazione di abitazione (quando non è certa la destinazione dell'opera ad abitazione), poiché si basano su una serie di elementi incerti e teorici, rispetto ai quali non vi sarebbe alcun riscontro (**Cons. Stato, IV, 13 giugno 2013, n. 3266**). Dato che dalla responsabilità extracontrattuale sorge un'obbligazione di valore, la somma dovuta a titolo di capitale dovrà essere annualmente rivalutata, in base agli indici ISTAT, con decorrenza dalla data dell'illecito, sino alla data di pubblicazione della sentenza. Sulla somma originaria, rivalutata anno per anno, spettano inoltre gli interessi compensativi al saggio legale sino all'effettivo soddisfo (**Cons. Stato, IV, 14 aprile 2014, n. 1910**).

In materia di contratti di appalto si continua a far ricorso a meccanismi di commisurazione del danno *automatici* o *semiautomatici*, pur con alcuni temperamenti. In particolare, il criterio del 10% del prezzo a base d'asta, se pure è in grado di individuare in via presuntiva l'utile che l'impresa può trarre dall'esecuzione di un appalto, non può formare oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, risultando per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale. Occorre allora procedere con il criterio ex art. 124 c.p.a., ossia l'impresa deve dimostrare rigorosamente l'utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara e suddivisa per il numero di partecipanti alla gara medesima (**Cons. Stato, IV, 12 giugno 2014, n. 3003; Id., V, 7 giugno 2013, n. 3135**). Ai fini della determinazione del risarcimento per equivalente, pari al lucro cessante corrispondente all'utile economico non percepito dalla parte vittoriosa per il periodo in cui il contratto è stato eseguito dall'originario aggiudicatario, ove la parte danneggiata non fornisca la prova specifica di non aver potuto utilizzare altrimenti maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione, il danno risarcibile può essere determinato nella misura del 5% del valore della commessa (**Cons. Stato, V, 9 dicembre 2013, n. 5884**).

È frequente il ricorso a criteri equitativi, in materia di contratti, invece, per far valere il danno curriculare, consistente nel pregiudizio economico connesso alla impossibilità di avanzare, nelle future contrattazioni, il requisito economico collegato alla esecuzione del lavoro o del servizio (**Cons. Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 661**); nonché il danno commerciale, scaturente dalla mancata promozione pubblicitaria che sarebbe derivata dall'aggiudicazione dell'appalto (**Cons. Stato, III, 12 dicembre 2013, 5979**).

Nel caso di danno da lucro cessante, è la *chance* a costituire lo strumento concettuale per ammettere alla tutela risarcitoria aspettative di incremento patrimoniale, vantaggi proiettati nel futuro, mediante un'attualizzazione della relativa possibilità di conseguirli, con adduzione di elementi da parte del danneggiante, in virtù dell'inderogabile principio contenuto nell'art. 2697 c.c., che consentano una prognosi concreta e ragionevole circa la possibilità dei vantaggi futuri (**Cons. Stato, V, 17 luglio 2014, n. 3774**).

Dal calcolo del risarcimento vanno escluse, in materia di appalti, le spese effettuate per la partecipazione alla procedura, atteso che mediante l'azione di responsabilità non può farsi conseguire al concorrente un beneficio maggiore di quello che ad esso sarebbe de-

rivato dall'aggiudicazione, ed anche le spese legali sostenute per l'annullamento dell'aggiudicazione, per le quali è applicabile la specifica disciplina prevista dall'art. 26 c.p.a. Va escluso, altresì, il mancato utile asseritamente derivante dall'affidamento non intervenuto, ove si versi non in ipotesi di contratti passivi, per la cui esecuzione è previsto un corrispettivo comprensivo di un margine di utile, ma di aiuti comunitari e nazionali, riconosciuti ex art. 5 Regolamento CE n. 288/2009, a fronte di costi effettivamente sostenuti (**Cons. Stato, IV, 12 giugno 2014, n. 3003; Id., III, 12 dicembre 2013, n. 5979**).

Qualora il danno derivi dall'esercizio di un potere di autotutela conseguente ad una nuova valutazione dell'interesse pubblico che incida sul rapporto negoziale, è stato ribadito che le eventuali conseguenze pregiudizievoli sono di carattere meramente indennitario, secondo le regole poste dall'art. 1337 c.c. e nei limiti del solo danno emergente (**Cons. Stato, VI, 27 novembre 2012, n. 5993**). Dato che, nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale rileva solo l'interesse negativo, ossia a non intraprendere trattative inutili e dispendiose in quanto infruttuose, il danno risarcibile nella trattativa con l'amministrazione è unicamente quello consistente nella perdita derivante dalle spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e dalle perdite sofferte per non aver usufruito delle ulteriori occasioni contrattuali (c.d. *chance* contrattuale alternativa) (**Cons. Stato, IV, 20 febbraio 2014, n. 790**).

In sede di quantificazione per equivalente del danno, in ipotesi di omessa o ritardata assunzione in posti di pubblico impiego, quest'ultimo non s'identifica nella mancata erogazione della retribuzione e della contribuzione - elementi che comporterebbero una vera e propria *restitutio in integrum* e che possono rilevare soltanto sotto il profilo della responsabilità contrattuale - occorrendo individuare, caso per caso, l'entità dei pregiudizi di tipo patrimoniale e non patrimoniale che trovino causa nella condotta dell'amministrazione datore di lavoro. Considerato il grave pregiudizio materiale conseguente alla mancata assunzione e alla colpa riferibile all'amministrazione, il danno risarcibile può essere quantificato equitativamente, in applicazione del combinato disposto degli artt. 2056, commi 1 e 2 e 1226 c.c., in una somma pari al 50% delle retribuzioni che sarebbero state corrisposte al ricorrente nel periodo decorrente dalla data della mancata assunzione a quella dell'effettivo collocamento in servizio, con esclusione della parte variabile della retribuzione relativa alle funzioni e di quanto, a qualsiasi titolo, percepito dall'interessato nel medesimo periodo per attività lavorative, che andrà appositamente accertato dall'amministrazione (**Cons. Stato, III, 22 luglio 2014, n. 3891; Id., IV, 7 luglio 2014, n. 3420**).

## Il risarcimento del danno non patrimoniale

Il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge o contemplati dall'ordinamento (**Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972; Id., 19 agosto 2009, n. 18356**). Stando ad un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., le fattispecie contemplate sono: «1) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato, giacché in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; 2) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad esempio, nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); 3) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati *ex ante* dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice» (**Tar Sardegna, II, 19 giugno 2014, n. 472**). Nell'ipotesi di lesione di diritti fondamentali della persona, il pregiudizio non patrimoniale potrà essere riconosciuto a condizione che l'interesse leso abbia rilevanza costituzionale, la lesione sia grave superando la soglia dell'apprezzabilità, e il danno non consista in un mero disagio (**Cons. Stato, IV, 5 settembre 2013, n. 4464**).

Facendo applicazione delle coordinate esposte, l'ampliamento della categoria del danno non patrimoniale è compensato dall'introduzione di un limite ontologico e di un onere probatorio. Quanto al primo, in un quadro interpretativo attento al temperamento tra i principi costituzionali di solidarietà e di tolleranza, il risarcimento del danno non patrimoniale è ammesso nei soli casi in cui la lesione del diritto fondamentale della persona sia qualificata dalla gravità della lesione e dalla non futilità delle conseguenze dannose. Quanto al secondo aspetto, il giudice, superando la teoria del *danno-evento*, esige che il danneggiato fornisca la prova, oltre che dell'evento lesivo - lesione di un diritto fondamentale della persona che superi la soglia della tollerabilità -, anche della ricorrenza di significative ripercussioni pregiudizievoli sotto il profilo del *danno-conseguenza* (**Tar Puglia, Lecce, II, 9 luglio 2014, n. 1708**).