Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Le responsabilità per gli illeciti degli enti pubblici

a cura di

Roberto Cavallo Perin e Gabriella M. Racca

UNIVERSITÀ DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Giappichelli

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino

12

Comitato scientifico:

Valeria Marcenò (*coordinatrice*)
Alessandra Algostino
Stefano Barbati
Roberto Cavallo Perin
Maurizio Cavanna
Federico Consulich
Elena D'Alessandro
Riccardo de Caria
Paolo Gallo
Michele Graziadei
Enrico Grosso
Daniela Izzi
Barbara Lavarini
Anna Mastromarino
Pier Giuseppe Monateri
Simona Novaretti
Michele Rosboch
Michele Vellano
Annamaria Viterbo
Georgia Zara
Ilaria Zuanazzi


IUSTITIAM COLIMUS

Le responsabilità per gli illeciti degli enti pubblici

a cura di

Roberto Cavallo Perin e Gabriella M. Racca

UNIVERSITÀ DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Giappichelli

© Copyright 2026 – G. Giappichelli Editore - Torino
10124 Torino, Via Po, 21 - Tel. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-1766-0
ISBN/EAN 979-12-211-6533-3 (ebook - pdf)
ISBN/EAN 979-12-211-7136-5 (ebook - epub)

© Copyright 2026 – Università degli Studi di Torino
10124 Torino, Via Verdi 8
www.collane.unito.it/oa/
www.openaccess@unito.it

ISBN/EAN 978-88-759-0424-1

Opera finanziata con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza con il Master in Diritto della Pubblica Amministrazione (MasterPA), e del Dipartimento di Management "Valter Cantino" con il Master in Strategie per l'Efficienza, l'Integrità e l'Innovazione nei contratti pubblici (SEIIC), dell'Università di Torino.
Si ringraziano Silvia Ponzio, Mara Demichelis, Francesco Gorgerino, Gloria Sdanganelli, Alexander Di Donato e Federica Gatto per la preziosa collaborazione.



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino



Quest'opera è distribuita con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale
Non opere derivate 4.0 Internazionale

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Al Professor Alberto Romano

Dedicare ad Alberto Romano una monografia sulla responsabilità della pubblica amministrazione – dopo il convegno su tale tema in onore di Elio Casetta e della scuola torinese di diritto amministrativo (2024) – può segnare non solo il dato storico della maturazione come maestro a fianco di quest'ultimo (1966-87) nel ventennio precedente la sua chiamata alla Sapienza in Roma, ma anche una delle questioni teoriche che hanno appassionato il suo pensiero critico sulla risarcibilità degli interessi legittimi.

È infatti nota l'originalissima teoria che da Guicciardi trae la distinzione tra norme di relazione e norme di azione come fondamento del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo e che – pel tramite della teoria istituzionale – vede nelle prime la definizione dell'ordinamento generale a tutti comune e nelle seconde gli ordinamenti particolari di ciascuna amministrazione pubblica, ergendo un confine tra legge e regolamento, che riserva alla prima la definizione dei limiti esterni che sono indisponibili all'autonomia delle amministrazioni pubbliche, che al contempo coinvolge le posizioni soggettive che – come diritti soggettivi o interessi legittimi – si ergono a protezione dei soggetti dell'ordinamento legittimati a fare valere i confini esterni oppure quelli d'esercizio del pubblico potere.

Due maestri che vogliamo qui idealmente riuniti nel ricordo di un insegnamento del Diritto amministrativo, del Diritto costituzionale e del Diritto regionale, che lascia a ciascuno quella passione e volontà di ricerca portata sin nel tardo degli anni: certo con serietà, ma altresì con quell'ironia e simpatia nella relazione, che aiuta a vivere la ricerca della verità scientifica.

Indice

pag.

Notizie sugli Autori XVII

Prefazione e prospettive di ricerca. Le responsabilità degli enti pubblici al tempo della trasformazione digitale
Roberto Cavallo Perin e Gabriella Margherita Racca XIX

Introduzione
Roberto Cavallo Perin e Gabriella Margherita Racca XXVII

La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale
Roberto Cavallo Perin

1. L'illecito di diritto comune e la non specialità dell'amministrazione pubblica 1
2. La natura giuridica e la configurazione della responsabilità dell'amministrazione pubblica 4
3. L'illecito e la perdita della sanzione 8
4. L'illecito di funzionari e dipendenti e l'ordinamento degli uffici 12
5. La pluralità di sanzioni tra concentrazione dei processi e ragionevole cumulo 14

Situazioni soggettive e pubblici poteri
Giuseppe Morbidelli 19

pag.

Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive
Aldo Travi

1. Premessa 25
2. La difficile ricerca di una distinzione rigorosa fra diritti soggettivi e interessi legittimi 25
3. La responsabilità dell'amministrazione fra diritto comune e diritto speciale: il contributo di Elio Casetta 29

Per le magnifiche corti e progressive. Ipotesi sugli interessi legittimi trans-soggettivi
Pier Luigi Portaluri

1. Il balzo nel passato e le condizioni di un nuovo divenire: oltre la giurisdizione soggettiva? 33
2. Legittimazione ad agire del cittadino e legittimazione democratica del giudice: il dilemma contromaggioritario e la resistibile conquista della duplice sovranità 36
3. Jhering *reloaded*: «nei nostri interessi dipingiamo noi stessi». Quando un civilista dà agli amministrativisti una lezione di civismo 46
4. Espropriare l'Inappropriabile: la P.A. e l'azione in trans-soggettività 54
5. Il progressismo giuridico del Consiglio di Stato e delle alte Corti 60

Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di giustizia contabile
Giovanna Colombini

1. Introduzione al tema 65
2. La sospensione della colpa grave commissiva e gli effetti sulla responsabilità erariale 71
3. La responsabilità erariale e il concorso di giurisdizioni tra giudice civile e giudice contabile 77
4. Considerazioni di prospettiva sul sistema di tutela contabile alla luce della riforma di alcune disposizioni riguardanti le funzioni della Corte dei conti 81

pag.

L'elemento psicologico della responsabilità amministrativa nel nuovo equilibrio tra poteri dello Stato

Sergio Foà

1. La "graduabilità in via generale" dell'elemento psicologico secondo la giurisprudenza costituzionale 89
2. La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: il "monito di politica legislativa" ... *in itinere* 95
3. Il principio del risultato e l'asserito modello del Codice dei contratti pubblici per tipizzare la colpa grave 96
4. La *underdeterrence* è l'unica via per rafforzare la capacità amministrativa? 98

I sistemi di tutela amministrativa e contabile

Franco Gaetano Scoca

1. Diritti soggettivi e interessi legittimi 101
2. Interesse legittimo e diritto soggettivo al risarcimento 103
3. La specialità del diritto amministrativo 104
4. Interessi trans-soggettivi 105
5. Responsabilità amministrativa 105
6. Responsabilità civile o responsabilità amministrativo-contabile 107

La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo

Mario Pilade Chiti

1. La lenta apertura al diritto dell'Unione europea 111
2. I maggiori legati della giurisprudenza degli ultimi tre decenni 114
3. *Segue*: la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione 118
4. Tre casi esemplari del nuovo regime della responsabilità della pubblica amministrazione 120
5. Talune conclusioni 128

pag.

Invalidità degli atti amministrativi e responsabilità della pubblica amministrazione

Maria Alessandra Sandulli

1. Premessa 131
2. Il danno da "mera incertezza": a) per inerzia della P.A. 133
   2.1. *Segue*: b) per adozione di atti nulli o inefficaci 134
3. Il danno da annullamento di provvedimento illegittimo favorevole 139
4. I limiti alla risarcibilità dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza 142
5. Considerazioni conclusive 143

Ordinamento degli uffici e responsabilità dei funzionari tra disciplina e onore

Bernardo Giorgio Mattarella

1. Le differenze fra pubblico e privato 145
2. Le convergenze fra pubblico e privato 147
3. Gli eccessi del legislatore 148

Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile

Guido Greco

1. Il principio di buona fede e il collegamento con altri principi 151
2. Casistica giurisprudenziale e conseguenti problematiche 153
3. La fattispecie di illecito configurata (o comunque presupposta) dall'art. 5, comma 3, del Nuovo Codice dei contratti pubblici 156
4. Contrasto di opinioni sulla posizione giuridico soggettiva risultata lesa 162
5. La buona fede nel procedimento amministrativo e la sua mancanza: rilevanza o meno, ai fini della legittimità dell'atto? 164
6. Per concludere 167

pag.

La collaborazione nel procedimento amministrativo

Marcello Clarich

1. Premessa 173
2. La collaborazione pre-procedimentale 175
3. La collaborazione post-procedimentale 178
4. La collaborazione endo-procedimentale 179
5. L'iniziativa e l'interesse alla collaborazione 181
6. La collaborazione spontanea e indotta 185
7. La modalità formale e informale 187
8. La collaborazione impropria 189
9. Cenni conclusivi 190

La fiducia nel rapporto con l'amministrazione pubblica

Vincenzo Cerulli Irelli

1. I principi generali nel Codice dei contratti pubblici 193
2. Il principio della fiducia (art. 2, comma 1, cod. contr. pubbl.) 195
3. Il principio della fiducia (art. 2, comma 2, cod. contr. pubbl.): discrezionalità e risultato 196
4. Riscontri giurisprudenziali 197
5. Sul principio di rinegoziazione (art. 9) 198
6. Istituto di "protezione" del "funzionario": responsabilità amministrativa, abuso d'ufficio, copertura assicurativa 200
7. Una rapida conclusione 202

Il principio di "diritto comune" alla correttezza dell'amministrazione pubblica

Gabriella Margherita Racca

1. L'evoluzione degli "illeciti" degli enti pubblici 205
2. La responsabilità da scorrettezza e l'effettività della tutela, oltre i conflitti fra giurisdizioni 207
3. L'evoluzione digitale della buona fede e correttezza: dai procedimenti ai contratti pubblici su piattaforme interoperabili 212
4. Il nuovo paradigma collaborativo e la modellazione digitale 219
5. La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nelle attività pubbliche digitalizzate 221

pag.

La responsabilità della P.A. all'incrocio di diversi regimi
Daria de Pretis 229

Responsabilità amministrativa e giurisdizioni
Carlo Emanuele Gallo

1. Il coinvolgimento delle giurisdizioni 235
2. Giurisdizioni e disciplina sostanziale 235
3. Giurisdizioni e processo 238
4. Controllo e collaborazione tra le giurisdizioni 240

La responsabilità della pubblica amministrazione nel bilanciamento costituzionale
Giancarlo Montedoro

1. Premesse: l'importanza delle scelte legislative 241
2. Il bilanciamento costituzionale nella giurisprudenza del Giudice delle leggi sulla responsabilità della pubblica amministrazione 242
3. La questione del rapporto fra azione risarcitoria ed azione di annullamento 247
4. La natura contrattuale o aquiliana della responsabilità 254
5. Bene della vita e perdita di chance 257
6. La colpa 260
7. Il nesso causale e la quantificazione del danno 262
8. Conclusioni 265
9. Questioni aperte 266

La responsabilità della pubblica amministrazione in concorso con soggetti privati
Aristide Police

1. Premessa sul percorso che ci indica la lezione di Casetta 271
2. La responsabilità civile delle P.A. tra diritto comune e specialità 272
3. La responsabilità dell'amministrazione in concorso con quella dei privati 274
4. L'azione di condanna nel processo amministrativo e il rilievo della condotta dei privati 276

pag.

5. La speciale disciplina del Codice dei contratti pubblici 277
6. Una conclusione sul tema del riparto di giurisdizione 279

La responsabilità amministrativa dei funzionari nelle recenti evoluzioni
Giovanni Pitruzzella 281

Dialogo fra le giurisdizioni

La giurisdizione civile
Margherita Cassano 295

La giurisdizione amministrativa
Luigi Maruotti 299

La giurisdizione contabile
Guido Carlino 303

Appendice bibliografica 311

Notizie sugli Autori

GUIDO CARLINO, *Presidente della Corte dei conti.*

MARGHERITA CASSANO, *già Prima Presidente della Corte di cassazione.*

ROBERTO CAVALLO PERIN, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

VINCENZO CERULLI IRELLI, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università La Sapienza di Roma.*

MARIO PILADE CHITI, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Firenze.*

MARCELLO CLARICH, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università La Sapienza di Roma.*

GIOVANNA COLOMBINI, *già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Pisa.*

DARIA DE PRETIS, *Giudice Emerito della Corte costituzionale.*

SERGIO FOÀ, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

CARLO EMANUELE GALLO, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

GUIDO GRECO, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Milano.*

LUIGI MARUOTTI, *Presidente del Consiglio di Stato.*

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università LUISS "Guido Carli" di Roma.*

GIANCARLO MONTEDORO, *Presidente di Sezione del Consiglio di Stato.*

GIUSEPPE MORBIDELLI, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università La Sapienza di Roma.*

GIOVANNI PITRUZZELLA, *Giudice della Corte costituzionale.*

ARISTIDE POLICE, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università LUISS "Guido Carli" di Roma.*

PIER LUIGI PORTALURI, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università del Salento.*

GABRIELLA MARGHERITA RACCA, *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Torino.*

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *Giudice della Corte costituzionale.*

FRANCO GAETANO SCOCA, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università La Sapienza di Roma.*

ALDO TRAVI, *Professore Emerito di Diritto Amministrativo, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.*

Prefazione e prospettive di ricerca. Le responsabilità degli enti pubblici al tempo della trasformazione digitale

Roberto Cavallo Perin e *Gabriella Margherita Racca*

Si intende offrire un'analisi delle recenti elaborazioni e delle linee evolutive di ricerca sulle responsabilità degli enti pubblici e dei funzionari dettate dalle prossime trasformazioni digitali. L'evoluzione nella rilevazione di atti, fatti e comportamenti, correlati alla rilevanza giuridica che i differenti sistemi normativi gli attribuiscono, impone una nuova indagine del sistema giuridico delle responsabilità. Si tratta di indagare sulla capacità, in precedenza impensabile, degli enti pubblici di fruire della nuova potenza tecnologica di rilevare ed elaborare dati che definiscono atti, fatti e comportamenti delle organizzazioni pubbliche, per quanto è qui specificamente di interesse.

L'elaborazione scientifica cui si vuole attendere con queste prime riflessioni apre – come sempre – a interpretazioni e a stimoli per un adeguamento dei sistemi normativi e degli strumenti di azione e d'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, che ora paiono concentrati tra le piattaforme tecnologiche interoperabili con le basi di dati e la conservazione dei procedimenti così come sinora definiti dall'assetto normativo generale e di settore, pensati su carta e così traslati su supporto digitale, ma non ridefiniti in ragione delle nuove tecnologie.

Queste discrasie determinano una complessità operativa e rischi di aggravamento delle procedure che vanno superati per evitare nuovi formalismi digitali e aggravi procedimentali privi di ogni fondamento in astratto e di ragionevolezza o proporzionalità in concreto, non foss'altro perché le nuove tecnologie vanno accolte proprio ove consentano di ottenere risultati opposti: di favore per i destinatari dell'azione amministrativa e di minor aggravio per i componenti dell'organizzazione pubblica.

Si è notato che cinque fasi di evoluzione tecnologica hanno riguardato le amministrazioni pubbliche, la più recente delle quali è quella dell'Intelligenza Artificiale. Una prima fase (fine anni '90), di mera informatizzazione di processi analogici e basati su documentazione cartacea; una seconda (nei primi anni 2000) caratterizzata dall'introduzione dei primi strumenti di *e-government*, a supporto delle attività svolte ancora secondo modalità tradizionali. Una terza fase (a partire dagli anni 2010), segnata dall'uso di strumenti elettronici e piattaforme, sebbene solo ad integrazione di alcuni ambiti dell'attività amministrativa (*silos*). Una quarta fase (dagli anni 2020) basata sull'avvio di una reingegnerizzazione

organizzativa e dei procedimenti amministrativi, grazie a soluzioni digitali avanzate e interoperabili.

Si avvia ora la fase dell'Intelligenza Artificiale incentrata sull'impiego sistematico di tecnologie *disruptive*, di analisi dati, *Large Language Models* che – ben oltre le piattaforme interoperabili e l'analisi massiva di dati – consente di creare "agenti" virtuali di supporto alle funzioni e ai servizi pubblici e di radicare un'effettiva riorganizzazione degli enti pubblici, misurando le loro capacità di svolgimento o gestione, anche in cooperazione tra i medesimi, ridisegnando ove necessario le relative competenze e le conseguenti responsabilità.

La trasformazione digitale afferma una capacità di conoscenza e possibilità d'innovazione che considera gli effetti di medio periodo delle scelte d'organizzazione considerando l'andamento dell'attività, con predizione, rilevazione e gestione dei rischi e conseguente distribuzione delle responsabilità dei diversi enti pubblici, dei soggetti anche privati coinvolti, di funzionari e dipendenti per le competenze definite dall'ordinamento degli uffici e dei servizi.

La conoscenza più completa dei fatti e dei dati permette una visione più ampia che incide su tutto il sistema organizzativo con effetti sulle possibili lesioni e sulle responsabilità connesse ai rischi, alle valutazioni e alla gestione degli stessi, determinando un profondo cambiamento anche dei sistemi assicurativi, previdenziali, in genere allocativi delle conseguenze dannose o comunque da fatto illecito.

Rilevazioni dei fatti non più solamente statistico-attuariale, ma con acquisizioni precise e capillari, individuano settore per settore le migliori scelte d'allocazione dei rischi e dei costi e delle possibili responsabilità residue, che i nuovi sistemi di previdenza pubblica, assicurazione e redistribuzione dei rischi suggeriranno.

Si tratta di una questione che riguarda tutti i settori, pubblici e privati e che dovrà affrontare la predizione e gestione dei differenti rischi, da quelli catastrofali, fino a quelli conseguenti all'illiceità di un atto amministrativo o di un atto materiale, ad esempio medico.

Un sistema che dovrà ripensare, nel sistema Costituzionale, l'allocazione allo Stato ed agli enti pubblici, nelle differenti forme possibili di previdenza pubblica, rispetto a quelle private, in un sistema in cui il ruolo della previdenza sociale, delle compagnie di assicurazioni e di riassicurazioni diverrà strategico, come pure le scelte di autoassicurazione (*self-insurance*) per talune categorie di rischi, per i quali risulti più efficace. L'analisi di questi sistemi è essenziale per ridefinire le responsabilità degli enti pubblici, di funzionari e dipendenti che non riusciranno ad essere coperti dai precedenti sistemi assicurativi, come può avvenire nella responsabilità medica (rischio clinico), ma anche nelle responsabilità per attività ad alto rischio, come i contratti pubblici, il territorio, il clima, ripensando il complessivo sistema della responsabilità civile anche in ambito pubblico.

Allo stato occorre procedere ad individuare anzitutto le più significative ricadute organizzative e funzionali (art. 118, e art. 97, comma 3, Cost.) che consentano di delimitare il contenzioso più significativo, riallineando all'analisi casistica le conseguenti forme e tipologie di risarcimenti.

Un sistema che è da tempo delineato nei suoi principi dalla Costituzione con il principio secondo il quale l'attribuzione delle funzioni è definita dall'adeguatezza dell'organizzazione (art. 118, comma 1, Cost.) e che è la disciplina di quest'ultima, in particolare l'ordinamento degli uffici e dei servizi, a definire le attribuzioni, le competenze e le (conseguenti) responsabilità dei funzionari (art. 97, comma 3, Cost.).

Le evoluzioni tecnologiche impongono una riconfigurazione dei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, secondo una prospettiva digitale di maggiore tracciabilità che richiede reciproca collaborazione e buona fede, come previsto in via generale dalla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990) e in via speciale nel codice dei contratti pubblici (art. 5 d.lgs. n. 36/2023).

L'enunciazione espressa dei principi apre ad ipotesi di responsabilità da inadempimento più che extracontrattuale (c.d. responsabilità "del passante") in ogni attività connessa all'esercizio di un potere amministrativo o nell'esercizio di un servizio pubblico, poiché tutti gli elementi costitutivi della responsabilità sono nella esclusiva disponibilità dell'organizzazione pubblica e predeterminati direttamente da norme di legge o regolamento, dalle stesse per *relationem* ad atti amministrativi o contratti, o ancora fatti o dati rilevati ormai con precisione dalle piattaforme, che anche dal punto di vista probatorio delimitano i rischi d'irragionevole estensione delle responsabilità.

La responsabilità per comportamento scorretto determina certamente una complessità di ambiti che la tecnologia permette di rilevare, per concentrare i giudizi avanti al giudice amministrativo, in quanto attività comunque connessa all'esercizio del potere che è perciò attratta alla giurisdizione amministrativa.

Prospettive di necessaria collaborazione – digitale e d'interoperabilità – che richiedono dunque di certificare l'adeguatezza delle organizzazioni pubbliche rispetto alle funzioni attribuite, da cui ricavare le responsabilità di enti e di persone in ragione di principi costituzionali e che diventano d'immediata applicazione grazie alle nuove tecnologie (artt. 97, 117 e 118 Cost.).

Il sistema delle responsabilità di una pubblica amministrazione digitalizzata è definito dalla conoscenza – ormai ineludibile – della complessità dei fatti e delle scelte conseguenti, correlate a efficaci monitoraggi, controlli in tempo reale, gestione e riduzione dei rischi.

L'imputazione degli atti è da tempo riferita all'ente, anche per la scienza del diritto amministrativo che ha elaborato la teoria dell'immedesimazione organica, sicché ora non è difficile affermare conseguentemente che ciò vale *a fortiori* per gli atti digitali, in linea con quell'evoluzione che riconosce una responsabilità dell'apparato, che non è riferibile agli individui che ne fanno parte.

È necessario inoltre pervenire a riconoscere nuove forme di "errore digitale scusabile" del funzionario pubblico, da correlare all'osservanza degli esiti dell'istruttoria digitale e delle elaborazioni del "*copilot*".

Il principio costituzionale del buon andamento (art. 97 Cost.) può ora essere

attuato monitorando in tempo reale i differenti servizi pubblici o procedimenti, correggendo con immediatezza gli scostamenti, ad opera di piattaforme che acquisiscono dati automaticamente, assolvono ad analisi delle differenti complessità di azione delle amministrazioni, lasciando infine alla supervisione umana – a campione o su ricorso – la correzione delle ingiustizie o anche solo delle disfunzioni.

Non si tratta più solo di prestare attenzione e di rendere giustizia all'invalidità di un singolo atto (impugnazione amministrativa o giurisdizionale) o a un caso di disservizio (carta dei servizi), ma di valutare in sede sistemica ipotesi che possano rivelarsi sintomatiche di un cattivo andamento, considerando la complessità di un intero settore d'amministrazione, di procedimenti assunti nelle relative decisioni degli ultimi trenta o venti anni.

L'introduzione di sistemi digitali di gestione dei rischi, riallocazione e ridistribuzione delle risorse può effettivamente favorire un giudizio sulla responsabilità che garantisca un risarcimento adeguato ai diversi settori dell'amministrazione, dai contratti pubblici ai servizi pubblici, fino alla sanità e all'istruzione.

Evoluzioni che evidenziano la necessità di una tutela effettiva basata su un'analisi massiva dei dati, resa possibile da strumenti digitali in grado di rilevare, con innovativi strumenti di intelligenza artificiale, l'andamento delle funzioni e dei comportamenti delle organizzazioni pubbliche, permettendo di correggere ingiustizie e distorsioni, prevenendo rischi e precludendo attività o modi dannosi di agire, incentivando (o imponendo) comportamenti corretti (mediante tecnologie che impediscono la violazione; si pensi, ad esempio, a piattaforme che bloccano operazioni non conformi, come dispositivi automobilistici che non permettono di superare il limite di velocità).

L'intelligenza artificiale permette di migliorare la validità, l'efficienza, l'efficacia, l'economicità e la qualità delle funzioni e delle attività pubbliche, e tra queste ciò che ne è l'esito come gli atti o i servizi pubblici, favorendo l'evoluzione di modelli di gestione e prevenzione dei rischi e di strumenti correttivi, inibitori o repressivi (sanzionatori o assicurativi) calibrati sulla rimodulazione degli stessi. Ciò anche attraverso nuove configurazioni nell'organizzazione pubblica, come nell'autoassicurazione, con soluzioni che non ricorrono al mercato per sviluppare una funzione assicurativa capace di garantire un risarcimento adeguato in tutti gli ambiti dell'amministrazione.

In tale prospettiva, l'impiego dell'intelligenza artificiale e dell'analisi dei dati permette di rilevare atti, fatti e comportamenti delle organizzazioni pubbliche e dei suoi dipendenti, selezionando i rischi e i danni meritevoli di risarcimento, e quali, di tipo seriale o comunque sistemico, richiedano strumenti diversi (indennizzo, compensazione su base tabellare, strumento assicurativo, sanzione disciplinare, o sociale, ecc.) da calibrare in base alla specifica funzione pubblica coinvolta (sanità, appalti, territorio, ecc.), per evitare distorsioni già rilevate in altri ambiti, quale la limitata efficacia nella responsabilità oggettiva del produttore (non praticata per gli eccessivi effetti collaterali di pubblicità negativa).

Pare dunque possibile ricavare indici di rischiosità rilevati, differenziando tra attività provvedimentale e materiale, ove regole concepite per specifici contesti, come il modello di responsabilità per rischio, idoneo a svolgere funzioni di prevenzione e redistribuzione nell'attività d'impresa, potrebbero rivelarsi inadeguate, in quanto applicate a settori caratterizzati da rischi talmente ineliminabili (come la sanità) da equivalere alla certezza, richiedendo strumenti alternativi, come il governo clinico o meccanismi assicurativi, per garantire una tutela effettiva.

Alla previdenza pubblica paiono avvicinarsi, attraverso modelli misti e funzioni differenziate, le esperienze di assicurazione obbligatoria (come nella responsabilità civile automobilistica e più di recente, nel settore medico), ove l'obbligo di stipula è previsto a tutela di soggetti diversi dal singolo assicurato, esprimendo, in tal modo una funzione "sociale" che incentiva lo svolgimento di attività rischiose ma socialmente utili, anche in settori o ambiti innovativi e ad alto contenuto tecnologico. Un esempio è il settore sanitario, ove l'obbligo di assicurazione – anche pubblico (INAIL) – o di dotarsi di sistemi di governo clinico con autoritenzione dei rischi è funzionale alla «sicurezza delle cure» come parte integrante del diritto alla salute (art. 32 Cost.).

Similmente le "*driverless cars*" richiederanno di ripartire i costi dei "nuovi" incidenti derivanti dall'automazione della circolazione stradale, con evoluzione dei modelli di *Market Enterprise Responsibility* (MER), fondati sul principio mutualistico della condivisione del rischio tra gli utenti, con un'innovazione che richiede la partecipazione tramite contribuzione direttamente dai produttori dei veicoli a guida autonoma.

Il settore privato con la "responsabilità per rischio di impresa", si distingue infatti dalla "responsabilità per un'attività organizzata" dell'ente pubblico. L'attività della pubblica amministrazione «implica che, statisticamente, i poteri propri del funzionario facilitino anche il compimento di attività dannose, o la situazione in cui il dipendente si trova facilita la realizzazione di certi rischi tipici dell'attività», e questo ha giustificato in passato il superamento dell'immunità dell'amministrazione, e l'estensione delle responsabilità che si va oggi ripensando.

Rispetto ai privati, il settore pubblico dispone di strumenti – anche contrattuali – più articolati, ove diventa essenziale per ogni ambito se la responsabilità civile sia sempre lo strumento più adeguato, valutando in alternativa il ricorso alle sanzioni amministrative, pecuniarie o interdittive, che disincentivino fortemente i comportamenti, ragguardando tale sistema sanzionatorio con modelli assicurativi innovativi e coerenti con l'interesse pubblico da tutelare.

L'evoluzione prospettata richiede di evitare sovrapposizioni tra strumenti di tutela, che impediscono di raggiungere l'obbiettivo di interesse pubblico, come peraltro ribadito dalla Corte costituzionale nel riaffermare il divieto di duplicazioni risarcitorie o interferenze tra tutele eterogenee, che finirebbero per aggravare inutilmente le responsabilità dei funzionari e delle organizzazioni pubbliche.

Le prossime scelte interpretative e normative tra responsabilità oggettiva e responsabilità per colpa andranno affrontate unitamente alle scelte di estensione degli ambiti di responsabilità e alle forme e quantificazioni dei risarcimenti.

Sono note le carenze della responsabilità civile, sui presupposti e sulla misura del risarcimento che non sempre consente tutele adeguate o determina costi eccessivi dei premi assicurativi, delle spese di gestione amministrativa dei casi e di quelle per contenzioso.

La scelta di prospettare forme di responsabilità oggettiva (d'organizzazione o d'apparato) sposta la funzione dissuasiva della responsabilità civile – collegata alla funzione compensativa – dagli individui che esercitano o erogano attività (medici, insegnanti, ecc.) al più verso i gestori dell'organizzazione (*manager*).

La scelta del regime oggettivo consente di riattribuire «il danno a chi è in grado di affrontarlo economicamente, evitando che rimanga a carico dei danneggiati, per i quali esso sarebbe di regola intollerabile». Presupposto perché si realizzi la «funzione economica» compensativa della responsabilità oggettiva è che «essa possa venire volta a volta affrontata con misure di previdenza, così da venire sentita come una pressione costante sui costi». Questo consente di calcolare il rischio che permette al danneggiante di affrontarlo economicamente e al danneggiato di disporre di tutela risarcitoria adeguata, evitando così «ripercussioni a danno della società».

L'evoluzione tecnologica permette una più netta separazione, lasciando la compensazione alla previdenza pubblica o privata, imputando il danno all'ente senza cercare sempre una *colpa* umana, evitando i costi e tempi dei contenziosi, gli effetti disastrosi per l'ente, per gli agenti e per i destinatari di una amministrazione difensiva, grazie anche ad una – non comparabile con il passato – conoscenza e rilevazione dei fatti, dell'andamento delle azioni nel medio periodo, in forza delle professionalità di cui si possa ragionevolmente disporre e dei bisogni sempre nel medio periodo (dati acquisiti mediante scatole nere, telecamere, droni, satelliti, banche dati di altre amministrazioni o di gestori di servizi pubblici, oppure *open*, ecc.). Tutto ciò con analisi predittive della complessità cui si deve attendere, riorganizzando interi settori sulla base di una più ampia collaborazione tra pubblico e privato, di una nuova cooperazione tra amministrazioni, rendendo *open – erga omnes* o in via bilaterale – (trasparenza) l'acquisizione dei dati sui rischi individuali e degli apparati tra le compagnie assicurative e le strutture pubbliche.

La funzione dissuasiva potrebbe divenire recessiva con i relativi accertamenti della colpa unicamente ai casi più rilevanti, oltre determinati limiti, o in determinati settori, che potrebbe venire assolta – si è detto – da uno o più sistemi di sanzioni, pecuniarie, interdittive, o morali da recare beneficio personale o sociale a coloro che sono stati destinatari o esposti al comportamento illecito.

Da tempo si è affermato che la responsabilità civile «non è il solo strumento giuridico rivolto alla prevenzione dei danni ingiusti», potendo operare meglio mediante altre misure come sanzioni amministrative (e ovviamente penali). Nella

valutazione dell'efficacia dissuasiva della responsabilità civile occorre considerare «non solo il peso diretto della sanzione economica, ma anche i suoi effetti collaterali», come l'eventuale pubblicità dell'azione, del contenzioso, e dell'eventuale condanna, con potenziali «effetti sanzionatori anche più importanti dell'obbligo di pagare il risarcimento (soprattutto in materia di responsabilità medica, diffamazione, responsabilità della pubblica amministrazione, danni da prodotti difettosi)». Resta la responsabilità civile per casi non assicurabili, come gli illeciti dolosi, ove «il peso della sanzione viene avvertito nel modo più diretto e pieno».

La complessità di queste conseguenze risarcitorie e i nuovi rischi connessi all'evoluzione della tecnica permettono di avanzare l'ipotesi di una parziale sostituzione della responsabilità civile, che manterrebbe la sua funzione dissuasiva, lasciando alla previdenza pubblica o privata la compensazione pura e semplice, del tutto indipendente dalla funzione dissuasiva.

Un superamento della riconduzione di tutte le questioni di compensazione alla responsabilità civile sarebbe possibile ove si acquisisse una più ampia visione dei "bacini" di risorse pubbliche e private che si muovono nella sanità, nella previdenza e nelle assicurazioni e che potrebbero essere analizzate nel loro fluire e nell'emersione degli eventi dannosi che richiedono interventi compensativi o dissuasivi di tipo diverso e che realizzino una equa redistribuzione. Tale redistribuzione opererebbe *ex ante*, con la previsione di fondi pubblici e privati e premi assicurativi, ed *ex post*, ove non si sia riusciti a predire ed evitare il danno mediante la gestione dei rischi, mediante la determinazione in automatico per la gran parte dei casi. La funzione dissuasiva resterebbe a sanzioni disciplinari, interdittive e sociali, mentre le discussioni sulla colpa e l'elemento soggettivo umano si limiterebbero ai casi che rilevino peculiarità e pericolosità che abbiano fatto emergere rischi nuovi, non previsti o particolarmente gravi, che andranno in seguito ad integrare la funzione preventiva per evitarne prossime occasioni.

L'evoluzione delle forme di tutela dei diritti della personalità e dei diritti non patrimoniali consente di rilevare che non tutte le violazioni o i conflitti possono essere convenientemente disciplinati o governati efficacemente da sanzioni giuridiche, essendo più opportuno rimetterli a norme e prassi, con le relative sanzioni sociali che meglio assolvono alla funzione dissuasiva.

Introduzione

Roberto Cavallo Perin e *Gabriella Margherita Racca*

Il Volume *Le responsabilità per gli illeciti degli enti pubblici* pubblica le relazioni presentate in occasione del convegno svoltosi a Torino il 21 e 22 marzo 2024, corredate da ulteriori interventi e riflessioni critiche sulle linee di evoluzione delle responsabilità delle organizzazioni pubbliche. Rileggere il volume di Elio CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953 – del quale in occasione del convegno si è presentata la ripubblicazione anastatica – riporta in continuità con quella tradizione giuridica che trovava espressione nelle *Memorie* dell'allora *Istituto Giuridico* dell'Università degli Studi di Torino, in cui l'opera di Casetta figura come ottantesima pubblicazione della Serie II, cui sono seguiti i contributi dei primi allievi nelle successive serie (F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967, Serie II; R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore – Profili pubblicistici*, Giuffrè, Milano, 1983, Serie III e ID., *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1985, Serie III; C.E. GALLO, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1983, Serie III), poi le monografie dei curatori del presente Volume (R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità – Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Giuffrè, Milano, 1990, Serie III, e ID., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, Napoli, 1993, Serie IV), da ultimo confluite nelle *Memorie* del *Dipartimento di Scienze Giuridiche* (G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, Serie V) sino all'attuale del *Dipartimento di Giurisprudenza*, ove, il Volume si colloca in continuità.

A settant'anni dalla pubblicazione de *L'illecito degli enti pubblici*, che delineava in modo innovativo la natura giuridica indiretta della responsabilità degli enti pubblici in conformità al nuovo testo costituzionale, a venticinque dalla sentenza della Corte di cassazione n. 500/1999, a venti e quindici anni rispettivamente dalla Corte costituzionale n. 204/2004 e dalla Corte di giustizia 2010, C-314/09, il Volume ripercorre i più recenti sviluppi in materia di illecito delle amministrazioni pubbliche e dei loro dipendenti.

Da ultimo la Corte costituzionale con le proprie sentenze n. 178/2022 e n. 132/2024 ha chiarito i confini della responsabilità dell'amministrazione pubblica, sottolineando la necessità di ricomposizione complessiva del sistema di tutele e sanzioni, individuando un «punto di equilibrio» capace di rendere «la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo» per le amministrazioni e i funzionari pubblici.

Rilanciando il dialogo tra giurisdizioni e libera scienza, il Volume indaga la prospettiva funzionale delle responsabilità pubbliche, ritracciandone l'evoluzione giuridico-sociale, alla luce dei differenti contributi, effetti e natura giuridica degli «illeciti» disciplinati dall'ordinamento giuridico nei confronti dell'amministrare pubblico. Viene così offerto un raffronto tra le soluzioni elaborate dalla dottrina e giustizia costituzionale, amministrativa, ordinaria e contabile, favorendo una sintesi capace di delineare un adeguato livello di protezione tanto "nell'amministrazione" che "per l'amministrazione". Un'amministrazione responsabile verso i cittadini nella prospettiva tradizionale ma che ora pare evolvere in organizzazione amministrativa che si confronta con organizzazioni economiche, secondo logiche in rapida evoluzione anche tecnologica.

Un primo ambito affrontato nel Volume riguarda le forme di manifestazione del potere e le situazioni giuridiche soggettive correlate, evidenziando la necessità di una tutela effettiva basata su un'analisi massiva dei dati, resa possibile da strumenti digitali in grado di rilevare l'andamento delle funzioni e dei comportamenti delle organizzazioni pubbliche. A tale evoluzione è chiamato a adeguarsi anche il sistema assicurativo, del quale si può prefigurare un'evoluzione in chiave di funzione pubblica e digitale, orientata alla rimodulazione dell'allocazione e della gestione del rischio, anche attraverso modelli di autoassicurazione, sulla base di una conoscenza sempre più puntuale dei procedimenti, nonché dei comportamenti giuridici e materiali connessi all'esercizio delle funzioni pubbliche.

La digitalizzazione incide profondamente sui rapporti giuridici tra privati e pubblica amministrazione soprattutto nelle relazioni tra organizzazioni complesse, ove l'asimmetria informativa e funzionale tende ormai a risultare rovesciata a favore del privato. Ciò rende necessario un nuovo rapporto collaborativo che tenga conto della transizione digitale, il quale, a settant'anni dall'*illecito degli enti pubblici*, investe oggi non solo l'organizzazione, i procedimenti e la loro semplificazione, ma anche l'affidamento e la buona fede che connotano tali rapporti.

L'opera, si apre con un omaggio di ROBERTO CAVALLO PERIN alla Scuola torinese del diritto amministrativo, evidenziando i caratteri e l'attualità della monografia del 1953 di Elio Casetta sull'*illecito degli enti pubblici*, per l'affermata immediata precettività delle norme costituzionali in materia di responsabilità e per la compenetrazione delle stesse con i principi del diritto comune. Si richiama l'idea dell'illecito come fenomeno anzitutto dell'organizzazione, non riducibile a mera deviazione soggettiva, riletta alla luce delle trasformazioni digitali sull'uso di strumenti predittivi e algoritmici utili all'azione amministrativa. In questa prospettiva, le conseguenze degli illeciti si configurano sia come "responsabilità di organizzazione", sia residuale degli individui per gli atti *compiuti* dai medesimi e a diverso titolo sanzionati secondo le leggi penali, civili e amministrative (art. 28 Cost.), in correlazione. Una responsabilità che è anzitutto definita in ragione dell'adeguatezza dell'apparato pubblico (art. 118 e art. 97, comma 3, Cost.), intesa come capacità di gestire i rischi, con strumenti digitali e di intelligenza artificiale, tramite una ragionevole distribuzione delle funzioni a presidio del buon andamento e imparzialità.

La responsabilità degli individui è perciò modulata dalle norme sull'ordinamento degli uffici e dei servizi in ragione dei compiti a ciascuno ragionevolmente attribuiti (art. 97, comma 3, Cost.).

Il contributo di GIUSEPPE MORBIDELLI ripercorre l'evoluzione dalla responsabilità da provvedimento amministrativo come prospettiva di osservazione delle situazioni soggettive e degli strumenti di tutela, fino al riconoscimento di una responsabilità da comportamento scorretto, soffermandosi sui persistenti nodi relativi al riparto di giurisdizione e alla quantificazione del danno. Secondo l'Autore, occorre considerare la funzione e gli interessi oggetto di tutela, perseguendo una logica di stabilità degli effetti giuridici nota in altri settori del diritto privato, ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino all'esercizio non corretto del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse (con un richiamo all'art. 2377, comma 6, c.c.). Prospettiva che permette adeguata tutela del privato tramite la stabilità degli effetti giuridici con contestuale protezione dell'interesse al consolidamento dei bilanci delle pubbliche amministrazioni in quanto dotato di protezione costituzionale (artt. 81, 97 e 119 Cost.).

ALDO TRAVI affronta le perduranti incertezze teoriche e applicative derivanti dalla distinzione tra le categorie giuridiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo in relazione alle responsabilità della pubblica amministrazione, che l'evoluzione del diritto civile e dei principi di buona fede e affidamento potrebbero permettere di superare. In questa prospettiva, viene ripresa la visione innovativa di Elio Casetta, il quale, già settant'anni fa, proponeva una lettura unitaria della responsabilità civile dell'amministrazione, rifiutando le costruzioni fondate su una pretesa specialità del diritto pubblico. Un'impostazione che conserva tuttora attualità, anche alla luce di orientamenti giurisprudenziali che introducono elementi di specialità in tema di responsabilità civile per lesione di interessi legittimi, seppur in assenza di una ragione fondata obiettivamente sul diritto.

Note critiche sull'attuale configurazione della tutela giurisdizionale sono presenti nel contributo di PIER LUIGI PORTALURI, che ne offre un inquadramento giuridico in chiave "trans-soggettiva", superando la concezione individualista della legittimazione ad agire. Muovendo da una ricostruzione storica dell'interesse legittimo e richiamando il pensiero di *Jhering* in ordine a una funzione (anche) pubblica del diritto privato, si sostiene la necessità di riconoscere situazioni soggettive orientate al perseguimento di interessi "non appropriativi", azionabili da soggetti qualificati e differenziati, ma con effetti processuali e sostanziali che trascendono la sfera individuale. Tale prospettiva viene valorizzata alla luce dell'apertura mostrata dalle corti sovranazionali verso una legittimazione processuale più ampia, come dimostrano il riconoscimento della «*vicinitas* globale» o della giustizia climatica intergenerazionale, prospettando un'evoluzione della giustizia amministrativa capace di rispondere alle sfide collettive del nostro tempo.

Il Volume ripercorre l'evoluzione della tutela amministrativa e contabile, soffermandosi sui rapporti tra i relativi plessi giurisdizionali. A partire dai profili costituzionali emersi con le riforme degli anni '90, la responsabilità amministrativa viene

riletta unitamente ad altre sanzioni come sintesi di funzioni restitutorie e deterrenti, da intendersi quale stimolo – e non disincentivo – all'azione dei dipendenti e funzionari pubblici. In tale prospettiva, la tutela giurisdizionale è chiamata ad assicurare una protezione sistemica e non frammentata dei diritti, articolata tra giurisdizione ordinaria, amministrativa e contabile, modulando in modo appropriato la diversa rilevanza dell'elemento soggettivo, che può risultare attenuato (art. 21 d.l. n. 76/2020) o persino escluso (CGUE, 30 settembre 2010, C-314/09). La stessa nozione di danno erariale richiede una rivisitazione, evidenziandosi come i pregiudizi pubblici più rilevanti possano proprio derivare dalla mancata adozione di tecnologie facilmente implementabili, il cui utilizzo eviterebbe aggravamenti procedimentali, nonché dalla violazione dell'obbligo di interoperabilità tra banche dati, essenziale per il controllo digitale dell'azione amministrativa e dei servizi erogati. In un'ottica di collaborazione e buona fede, ciò impone una ridefinizione delle misure di tutela e delle diverse sanzioni – amministrative, disciplinari e reputazionali – nei confronti della dirigenza inerte rispetto alle nuove responsabilità digitali.

Tali riflessioni trovano particolare rilievo nel contributo di GIOVANNA COLOMBINI, in cui si evidenzia, da un lato, il nesso, fondato su basi costituzionali, tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale della Corte dei conti e, dall'altro, le recenti evoluzioni legislative, in particolare con riguardo alla "sospensione" della rilevanza della colpa grave commissiva, nonché le criticità rispetto alle esigenze di legalità sostanziale, buon andamento ed equilibrio finanziario, anche in riferimento al principio del risultato affermato nel nuovo Codice dei contratti pubblici. In chiave prospettica, si affronta la questione del concorso di giurisdizioni tra giudice contabile e giudice civile, sollevando interrogativi circa la compatibilità del sistema del "doppio binario" con il principio del *ne bis in idem.* Si richiamano, a tal fine, talune proposte avanzate dalla dottrina, quali il possibile trasferimento della materia delle responsabilità erariali al giudice civile con la costituzione di apposite Sezioni specializzate, ovvero le più recenti ipotesi di riforma della giustizia contabile (Atto Camera: 1621, presentato il 19 dicembre 2023), volte a valorizzare la funzione consultiva della Corte dei conti, con il rischio, tuttavia, di alimentare conflitti e amministrazione difensiva, specie con riguardo alle previsioni di obbligo assicurativo per i soggetti responsabili della gestione delle risorse pubbliche, il cui premio, per i dirigenti pubblici, risulta posto a carico dell'amministrazione di appartenenza.

Nella medesima prospettiva si sviluppa il contributo di SERGIO FOÀ, che analizza l'evoluzione della responsabilità amministrativa nelle recenti riforme e nella giurisprudenza costituzionale, nonché gli effetti sui confini della giurisdizione contabile. Riprendendo le argomentazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024, si evidenzia il ruolo del principio del risultato nella valutazione dell'efficacia dell'azione amministrativa, che impone di superare le sovrapposizioni tra giurisdizioni per un rinnovato equilibrio tra funzione deterrente e di incentivo della responsabilità. Possibili strumenti in tale direzione sono individuati

nella semplificazione legislativa e nel potenziamento della funzione requirente, piuttosto che giudicante, del giudice contabile, quale presidio di prevenzione delle disfunzioni e della c.d. "burocrazia difensiva". Viene inoltre sottolineata l'esigenza di una più chiara tipizzazione delle condotte rilevanti per la responsabilità amministrativa, al fine di evitare che la ricerca di equilibrio tra *overdeterrence* e *underdeterrence* si traduca in una deresponsabilizzazione dell'amministrazione.

La questione della possibile sovrapposizione tra forme di tutela, in particolare tra responsabilità civile e amministrativa, è precisata da FRANCO GAETANO SCOCA, il quale indica i rischi di paralisi derivanti dall'attuale doppio binario processuale in materia risarcitoria. L'Autore propone due possibili soluzioni quali, da un lato, l'assegnazione in via esclusiva dell'azione risarcitoria al giudice contabile, con esclusione di autonome iniziative processuali da parte dell'amministrazione; dall'altro, la concentrazione in capo ad un unico plesso giurisdizionale, civile o penale, anche su impulso della procura contabile, così da garantire coerenza e razionalità nell'assetto delle tutele. L'analisi sulle forme di tutela si sofferma, preliminarmente, sulla differenza concettuale tra posizioni giuridiche soggettive, evidenziando come il diritto soggettivo attenga a rapporti giuridici già compiuti e stabilizzati, mentre l'interesse legittimo si collochi nella fase dinamica del procedimento amministrativo, in cui l'esercizio del potere autoritativo definisce il futuro assetto degli interessi. A fronte di ciò, si sostiene che il modello della responsabilità civile sia unico e fondato sul diritto soggettivo al risarcimento, che può discendere anche dalla violazione di un interesse legittimo, dovendosi distinguere sul piano teorico, da un lato, la situazione giuridica violata e, dall'altro, la diversa situazione soggettiva che sorge a seguito della lesione, la quale dà titolo al risarcimento del danno e all'esperimento dell'azione di responsabilità.

Il Volume ripercorre il processo di integrazione tra il diritto europeo e nazionale in materia di responsabilità della pubblica amministrazione, a partire dalla giurisprudenza europea favorevole a un ravvicinamento degli ordinamenti degli Stati membri, pur nel rispetto delle peculiarità e differenze sostanziali della disciplina e nell'assetto delle giurisdizioni, e nella comune esigenza di concentrazione ed effettività delle tutele (artt. 6 e 13 CEDU; art. 25 Cost.). Assume importanza – in questo come in altri settori del diritto – il ruolo dei principi costituzionali nella definizione dello statuto delle responsabilità delineato dall'art. 28 Cost. (a partire dall'*illecito degli enti pubblici* di settant'anni fa), con riflessi sulla disciplina dell'ordinamento degli uffici e delle "predefinite" responsabilità dei funzionari (art. 97, u.c., Cost.), sul presupposto di un comportamento che ha da essere improntato a disciplina e onore (art. 54, comma 2, Cost.).

Si coglie come la tracciabilità digitale di atti e comportamenti amministrativi consenta oggi di sistematizzare l'azione della pubblica amministrazione, selezionando le prassi virtuose e sanzionando le condotte illecite secondo le diverse forme di responsabilità penale, civile e amministrativa. Quanto al giudice naturale degli interessi legittimi (e in particolari materie dei diritti soggettivi) a questi

spetta la cognizione sul risarcimento dei danni derivanti da condotte amministrative scorrette, contraddittorie o non collaborative, anche quando si tratti di comportamenti connessi in via mediata all'esercizio della funzione. Rientrano in tale ambito anche omissioni organizzative, come chiarito dalla Corte costituzionale (sent. n. 178/2022), che ha escluso la giurisdizione amministrativa solo per i comportamenti meramente materiali – insidie, trabocchetti, omissioni di custodia – non riconducibili al doveroso esercizio del potere, a prescindere dal fatto che quest'ultimo sia stato esercitato.

Muovendo da tali premesse ricostruttive, il contributo di MARIO PILADE CHITI esamina l'evoluzione della responsabilità della pubblica amministrazione nella prospettiva dell'integrazione tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea. A partire dalla svolta giurisprudenziale con la sentenza Francovich del 1991, si evidenzia il contributo dall'ordinamento sovranazionale nell'affermazione del principio di responsabilità degli Stati membri – e delle loro amministrazioni – per violazioni del diritto europeo, con il progressivo superamento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, l'affermazione del principio di responsabilità oggettiva e l'ampliamento delle tutele nella giurisprudenza europea. Particolare attenzione è riservata a tre applicazioni significative nella tutela risarcitoria della pubblica amministrazione, segnatamente negli ambiti di cooperazione amministrativa (caso *Kočner/Europol*), negli appalti pubblici (caso *Ingsteel*) e nelle crisi bancarie (caso *Tercas*), mostrando come il regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione nello «Spazio amministrativo europeo» – quale nozione incorporata nel TFUE, in particolare agli artt. 197 e 298 e sviluppata anche nella comunicazione della Commissione europea «Rafforzare lo spazio amministrativo europeo» del 25 ottobre 2023 (*ComPAct*) – resti un "cantiere aperto" ma al tempo stesso imprescindibile per l'effettività della tutela giurisdizionale.

MARIA ALESSANDRA SANDULLI affronta il tema della tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione richiamando l'esigenza di bilanciamento tra la protezione delle posizioni giuridiche con l'equilibrio di bilancio e il buon andamento della pubblica amministrazione. Sono esaminate tre fattispecie significative, relative all'evoluzione della "rete di contenimento" di tale responsabilità. Anzitutto, il danno da "mera incertezza", che può derivare sia dall'inerzia amministrativa, sia dall'adozione di atti nulli o inefficaci, suscettibili comunque di produrre effetti materiali e responsabilità per l'amministrazione. In secondo luogo, il danno da lesione dell'affidamento ingenerato da provvedimenti favorevoli successivamente annullati, la cui risarcibilità viene limitata ai soli casi di affidamento incolpevole secondo criteri delineati dal Consiglio di Stato e recepiti dal nuovo Codice dei contratti pubblici. Infine, sono analizzati i limiti alla tutela risarcitoria connessi all'onere di ordinaria diligenza del danneggiato, tenuto ad attivarsi mediante strumenti procedimentali (es. diffida) e processuali per evitare l'aggravarsi del pregiudizio. Secondo l'Autrice, resta centrale l'aspettativa di correttezza e buona fede che grava in misura rafforzata sull'amministrazione,

evitando che le imperizie istruttorie e conseguenti costi di contenzioso vengano ribaltati sul privato, come spesso accade nei nuovi strumenti di semplificazione auto-dichiarativa (es. in materia edilizia).

Il contributo di BERNARDO GIORGIO MATTARELLA esamina le differenze tra il regime di responsabilità dei funzionari pubblici rispetto al settore privato, a partire dall'analisi delle peculiarità derivanti dalla natura pubblicistica del rapporto d'impiego, oggetto di specifiche previsioni costituzionali (artt. 54 e 28 Cost.). Quanto alle possibili convergenze, si evidenziano, oltre alla privatizzazione del pubblico impiego e alla contrattualizzazione della responsabilità disciplinare, anche l'estensione di alcuni istituti privatistici, come i modelli organizzativi per la prevenzione dei reati (d.lgs. n. 231/2001), che nel settore pubblico tendono a sovrapporsi ai piani per la prevenzione della corruzione, con il rischio di duplicazioni, ad esempio nel caso delle società a controllo pubblico, ove si avverte maggiormente l'esigenza di un generale intervento di riordino e razionalizzazione normativa.

Un ulteriore ambito di riflessione nel Volume riguarda l'evoluzione del principio di buona fede nel rapporto giuridico amministrativo, ora esplicitamente introdotto nella legge sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990) e nel Codice dei contratti pubblici (art. 5 d.lgs. n. 36/2023). La buona fede, integrata dai principi di collaborazione e di fiducia che oggi qualificano l'azione pubblica, si correla a una ridefinizione delle responsabilità delle organizzazioni pubbliche, riconoscendosi obblighi di protezione e di prestazione più articolati e incisivi rispetto a quelli gravanti sui destinatari dell'azione amministrativa, in funzione di garanzia rafforzata. La collaborazione e la buona fede richiedono oggi una rinnovata fiducia digitale, basata su analisi complesse dei dati, in grado di distinguere con precisione inedita tra comportamenti accettabili e inaccettabili, selezionando prassi virtuose e orientando l'addestramento degli strumenti di intelligenza artificiale, utili a consentire una istruttoria e attività conoscitiva di grado elevato, che per ciò solo richiede nuovi paradigmi di responsabilità. In questa prospettiva, molte questioni aperte, come quelle relative alla tutela dell'affidamento e alla responsabilità precontrattuale, appaiono superabili, riconoscendone il collegamento con l'esercizio di funzioni pubbliche. Le pubbliche amministrazioni e gli operatori economici potrebbero così ottenere una tutela effettiva, e le amministrazioni verrebbero responsabilizzate rispetto a comportamenti soggetti a obblighi di collaborazione e buona fede. In tal senso la Corte costituzionale, sent. 15 luglio 2022, n. 178, ha chiarito che i comportamenti meri (insidie, trabocchetti, omissioni di custodia) restano alla giurisdizione ordinaria, mentre permane la giurisdizione amministrativa anche sui comportamenti materiali ove connessi all'organizzazione pubblica di un servizio pubblico, con un riposizionamento che ricorda – con nuova prospettiva – l'*Arrêt Blanco* del francese *Tribunal des Conflits*, 8 febbraio 1873, che già individuava l'ambito esteso dei comportamenti connessi alla funzione pubblica, sempre funzionalizzata all'interesse generale, secondo canoni di imparzialità e buona amministrazione.

L'obbligo di correttezza dell'amministrazione è principio di "diritto comune", che nella nuova dimensione digitale assume nuova forza con l'incremento dell'attività conoscitiva fondata sui dati e sull'elaborazione dei medesimi ad opera di potenti algoritmi, che si va affermando in specie nei settori ad alta innovazione individuati dalle Istituzioni europee, come quello degli appalti pubblici (Comunicazione della Commissione, *Una nuova agenda europea per l'innovazione*, Strasburgo, 5 luglio 2022; *ComPAct*, Bruxelles, 25 ottobre 2023), e nella sanità, con la previsione di fascicoli sanitari digitali e interoperabili transfrontalieri, nei quali l'uso primario dei dati è rilevante per la cura della persona e l'uso secondario per la ricerca (regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2025, sullo *Spazio Europeo dei Dati Sanitari*).

Il primo ambito si è nel tempo arricchito di norme sostanziali, formando un *corpus* articolato anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di effettività della tutela e responsabilità, pur nel rispetto dell'«autonomia procedurale degli Stati membri» (v. CGUE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o.*, Conclusioni dell'Avvocato Generale, 7 dicembre 2023, sul risarcimento per perdita di *chance* in una gara pubblica). La persistente mancata integrazione dei mercati dei contratti pubblici mette in luce le peculiarità italiane nel recepimento delle direttive e le pratiche di *goldplating* ancora da superare (Corte dei conti europea, *Appalti pubblici nell'UE*, relazione speciale n. 28/2023; Risposte della Commissione europea, 28 novembre 2023), richiedendo il passaggio dall'informatizzazione alla effettiva trasformazione digitale, non per la concorrenza, ma per il risultato di buona amministrazione digitale.

Questi profili evolutivi del principio di buona fede nell'esercizio del potere amministrativo sono evidenziati da GUIDO GRECO, il cui contributo ne evidenzia la rilevanza sia sul piano della legittimità dell'azione amministrativa, sia quale fonte autonoma di responsabilità civile. Nonostante la recente positivizzazione dell'obbligo di correttezza nei procedimenti amministrativi e nel Codice dei contratti, permane un'incertezza giurisprudenziale circa la configurazione dell'affidamento risarcibile, le voci di danno ammissibili e il riparto di giurisdizione. In particolare, si evidenzia il contrasto tra la tesi del diritto soggettivo (accolta dalla Corte di cassazione) e quella dell'interesse legittimo (sostenuta dal Consiglio di Stato). Si avverte tuttavia come tale dibattito abbia limitata rilevanza pratica, data la modesta incidenza risarcitoria di tali fattispecie. Si sostiene, infine, che la violazione del canone di buona fede, anche alla luce della sua positivizzazione, possa incidere sulla legittimità del provvedimento amministrativo non solo come violazione di legge, ma come indice sintomatico di vizi della discrezionalità amministrativa, configurandosi alla stregua di una regola di validità e non solo ai fini della tutela risarcitoria.

Il contributo di MARCELLO CLARICH esamina il principio di collaborazione tra amministrazione e soggetti privati nella recente introduzione nella legge sul procedimento amministrativo. La collaborazione è indagata nelle sue molteplici fasi procedimentali (pre-, endo- e post-procedimentale) e declinazioni. In particolare,

si distinguono la collaborazione spontanea da parte del privato e quella indotta dalla pubblica amministrazione, la collaborazione che si esplica con modalità formali e quella invece di tipo informale, nonché la collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione o, viceversa, del privato, e ancora quella posta nell'interesse esclusivo dell'amministrazione, del privato o di entrambe le parti. Infine, si analizza la categoria della collaborazione "impropria", che ricorre quando al privato è imposto un onere di diligenza, con effetti potenzialmente eccessivi e penalizzanti, come nel caso della riduzione dell'indennizzo in presenza di conoscenza o conoscibilità dell'atto oggetto di revoca, o ancora dell'onere gravante sul danneggiato di contenere il danno o di attivarsi per instaurare un giudizio di impugnazione del provvedimento illegittimo, ove l'interesse appare invece esclusivo dell'amministrazione.

Il contributo di VINCENZO CERULLI IRELLI analizza il principio della fiducia nell'azione amministrativa e la sua positivizzazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici, evidenziandone la natura di principio generale, particolarmente rilevante in materia di responsabilità. Si richiamano, a tal fine, le tesi di Cammeo e Giannini che riconoscono la responsabilità quale istituto generale del diritto, non proprio del diritto privato o di quello pubblico, ma ascrivibile in quanto tale al diritto comune. Tale impostazione trova conferma nell'esperienza più recente, con l'introduzione del principio di buona fede nella legge generale sul procedimento amministrativo. La fiducia è declinata sia come principio di organizzazione, attinente al buon andamento, sia come criterio funzionale all'esercizio della discrezionalità nelle gare pubbliche, al fine di conseguire, tramite l'operazione contrattuale, il risultato (es. la realizzazione dell'opera, la fornitura del servizio) nell'interesse della collettività. Si sottolinea, infine, come il Codice dei contratti preveda specifici strumenti di protezione del funzionario, tra cui misure di copertura assicurativa per i rischi connessi allo svolgimento delle funzioni, che costituiscono un risvolto "pratico" della fiducia riposta dall'ordinamento nel ruolo e nella responsabilità degli agenti pubblici.

GABRIELLA MARGHERITA RACCA analizza l'evoluzione del principio di correttezza come principio di diritto comune applicabile ai rapporti giuridici tra le pubbliche amministrazioni e i privati destinatari dell'azione amministrativa, considerando che nei contratti pubblici i privati sono operatori economici, organizzazioni complesse, "forti", rispetto alla parte pubblica, che pur ha un obbligo di correttezza rafforzato e più intenso rispetto al privato, cui si richiede collaborazione e "fiducia digitale" (monitoraggio nella selezione ed esecuzione). Si evidenzia come la positivizzazione nella legge sul procedimento amministrativo e nel Codice dei contratti pubblici consente di configurare una responsabilità da inadempimento per la violazione degli obblighi di collaborazione e buona fede, superando la tesi della natura giuridica extracontrattuale, nonché le residue questioni di giurisdizione, riconoscendo che in tutte le attività connesse all'esercizio di un potere e, dunque, funzionalizzate, gli elementi per il riconoscimento del risarcimento sono oggettivi e limitano i rischi di estensioni irragionevoli. Tale

evoluzione consente di valorizzare la prospettiva funzionale della responsabilità, sostenuta da sistemi di rilevazione e gestione del rischio e da strumenti assicurativi coerenti con i nuovi *standard* digitali. Le piattaforme interoperabili e gli strumenti di intelligenza artificiale permetteranno la predizione di rischi e inadempimenti, anche attraverso la sperimentazione di modelli collaborativi digitali lungo l'intero ciclo di vita del contratto pubblico, come avviene nel settore delle costruzioni con la modellazione informativa, che realizza un'alleanza collaborativa che può superare i comportamenti opportunistici e limitare fortemente il contenzioso su inadempimenti e responsabilità.

La riflessione di DARIA DE PRETIS si incentra sul carattere intersezionale della responsabilità della pubblica amministrazione che, richiamando l'opera di Elio Casetta, si colloca al confine tra diritto civile e diritto amministrativo, nonché tra norme generali e settoriali. Particolare importanza assume, nell'evoluzione delle tutele, il diritto europeo, evidenziando una persistente dinamica tra autonomia procedurale da parte degli Stati membri e armonizzazione in funzione dell'effettività della tutela, particolarmente evidente per i contratti pubblici. In tale prospettiva, rileva e merita ulteriore riflessione il tema delle assicurazioni, in quanto utile a delineare l'equilibrio tra tutela del danneggiato e buon andamento amministrativo, attraverso la distinzione tra rischi assicurabili e non assicurabili relativi all'attività delle amministrazioni pubbliche.

Il Volume considera inoltre l'intersezione tra responsabilità dell'organizzazione e tutela dei diritti costituzionali, partendo dall'analisi della prospettiva funzionale con il risarcimento e le differenti sanzioni sia per enti, sia per gli agenti. Le responsabilità delle amministrazioni pubbliche, da tempo ricondotte all'organizzazione, anche dalla Corte europea (CGUE, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*), richiedono una nuova sistematica che tenga conto delle interpretazioni funzionali connesse alla allocazione dei costi e benefici e alla gestione dei rischi, recuperando in modo innovativo le tradizionali configurazioni.

Partendo da tali presupposti, il contributo di CARLO EMANUELE GALLO sviluppa una riflessione sulla natura giuridica composita delle responsabilità delle pubbliche amministrazioni, rilevando come tale complessità si rifletta sulla pluralità di giurisdizioni – civile, penale, amministrativa e contabile – che ne sono interessate, richiedendo nondimeno un coordinamento tra le stesse, per evitare sovrapposizioni e duplicazioni risarcitorie. In questa prospettiva, l'Autore richiama la necessità di soluzioni capaci di contemperare le specificità, in termini di preparazione ed esperienza dei singoli plessi giurisdizionali (il giudice civile sulla responsabilità patrimoniale, il giudice penale sull'accertamento del fatto e dell'elemento soggettivo – dolo e colpa –, il giudice amministrativo e contabile sul funzionamento dell'amministrazione, tanto dell'apparato quanto dei singoli componenti), con l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di economicità processuale e la tutela effettiva delle posizioni soggettive coinvolte.

Le diverse esigenze di tutela, correlate a differenti interessi costituzionalmente garantiti, mantengono rischi ed equivoci nello sviluppo normativo e giurisprudenziale

in materia di responsabilità della pubblica amministrazione, oggetto dell'analisi di GIANCARLO MONTEDORO. L'Autore ne ricostruisce l'evoluzione, evidenziando gli aspetti di maggiore interesse e le criticità emerse, con riguardo alla natura giuridica della responsabilità (aquiliana, contrattuale o *tertium genus*), all'autonomia dell'azione risarcitoria e ai connessi oneri di diligenza gravanti sul privato, all'elemento soggettivo della "colpa dell'apparato", nonché alla quantificazione del danno. Si prospetta, infine, un'evoluzione del sistema delle responsabilità a seguito della positivizzazione del canone di buona fede e alla trasformazione digitale, tramite la standardizzazione degli obblighi contrattuali e nel quadro di una possibile futura razionalizzazione e concentrazione degli strumenti di tutela innanzi al giudice amministrativo, quale garante della funzionalizzazione dell'attività sia procedimentale sia contrattuale.

Nel contributo di ARISTIDE POLICE si esaminano le criticità dell'impostazione favorevole alla "specialità" della responsabilità dell'amministrazione, chiarendo, sulla scorta della lezione di Elio Casetta, che la responsabilità attiene all'applicazione di regole di diritto comune, mentre la specialità riguarda le forme di tutela, come l'annullamento e il risarcimento. Più correttamente, si dovrebbe parlare di specialità delle tre giurisdizioni – ordinaria, amministrativa e amministrativo-contabile – che, ciascuna nel proprio ambito, conosce le conseguenze di tali condotte illecite. La disciplina sulla responsabilità richiede di considerare anche l'apporto del privato nella causazione dei danni, come riconosciuto anche nel Codice dei contratti pubblici con la previsione dell'azione di rivalsa nei casi in cui la stazione appaltante sia condannata a risarcire il terzo pretermesso per un'aggiudicazione illegittima conseguita dall'operatore economico con comportamento illecito (art. 5 d.lgs. n. 36/2023). Si evidenzia infine come il principio della concentrazione delle tutele richieda un'evoluzione in favore di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle ipotesi derivanti dal danno prodotto dall'esercizio del potere, trovando fondamento nella specialità sostanziale del rapporto amministrativo dal quale queste controversie originano.

Le novità normative post-pandemiche e la transizione digitale impongono progressivamente l'adozione di *standard* volti a migliorare la qualità dell'azione amministrativa, oggi esercitata su piattaforme interoperabili che riducono i margini di responsabilità degli agenti pubblici, pur richiedendo loro la capacità di correggere nuovi vizi decisionali. La tracciabilità digitale e gli strumenti di intelligenza artificiale aprono una nuova stagione fondata sulla cultura della gestione del rischio e delle responsabilità, favorendo la ridefinizione degli *standard* assicurativi in base agli andamenti pregressi e consentendo di individuare comportamenti devianti rispetto agli *standard* attesi, da poter contrastare con l'intera gamma di sanzioni risarcitorie, disciplinari e reputazionali, nell'ambito dell'ordinamento degli uffici (art. 97, ult. comma, Cost.).

In particolare, il contributo di GIOVANNI PITRUZZELLA considera gli aspetti legati alla gestione dei rischi nell'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione, il che consente di individuare un bilanciamento tra eccesso di

deterrenza (*over-deterrence*), che può paralizzare l'azione amministrativa, e difetto di deterrenza (*under-deterrence*), con l'opposto rischio di favorire inefficienza e abusi. Si richiama a tal fine la giurisprudenza della Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 132/2024, ove la questione di legittimità relativa alla limitazione soggettiva della responsabilità amministrativa al solo dolo e alla colpa grave omissiva è stata affrontata evidenziando l'esigenza di un punto di equilibrio che il legislatore deve individuare tramite soluzioni normative coerenti con le trasformazioni digitali e istituzionali.

Conclude il Volume un dialogo tra le tre giurisdizioni civile, amministrativa e contabile, svolto dai relativi Presidenti: Margherita Cassano, Luigi Maruotti, Guido Carlino.

MARGHERITA CASSANO richiama la forza della tradizione di una collaborazione istituzionale che ora con rinnovato vigore va estesa alla giurisdizione contabile, con il presidio della Corte costituzionale, senza dimenticare la rilevanza oggettiva delle altre due Corti sovranazionali. Le trasformazioni digitali e le nuove prospettive di tutela del sistema delle responsabilità pubbliche rendono evidente – quasi a un secolo di distanza dal «Concordato Romano-D'Amelio» del 1930 – la necessità di pervenire a forgiarne uno nuovo, che garantisca l'effettività e la concentrazione della tutela per una buona amministrazione digitale e responsabile.

LUIGI MARUOTTI ripercorre l'evoluzione del rapporto tra tutela risarcitoria e giurisdizione e le riforme confluite nel codice del processo amministrativo, che ha recepito l'elaborazione giurisprudenziale, in specie della Corte costituzionale, che riconosce nel giudice amministrativo il «giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica» (art. 25 Cost.). Un fecondo dialogo istituzionale tra le giurisdizioni trova oggi fondamento nella condivisione e nella convergenza di principi comuni, ispirati all'esigenza di garantire la tutela effettiva degli interessati e di dare piena applicazione ai principi costituzionali.

GUIDO CARLINO ricorda il ruolo della Corte dei conti quale giudice naturale del buon andamento (art. 97 Cost.) e dell'equilibrio finanziario (art. 81 Cost.), e – riaffermando la specificità della responsabilità erariale – indica il fondamento ultimo della funzione giudiziaria contabile nella tutela dell'adeguatezza delle risorse pubbliche, di garanzia dei diritti sociali e della solidarietà intergenerazionale. Si richiama la centralità dei collegamenti tra le giurisdizioni per assicurare l'effettività della tutela e la piena protezione dei diritti e degli interessi dei cittadini. In questa prospettiva, la collaborazione tra i plessi giudiziari, nell'ambito dell'unità funzionale della giurisdizione, costituisce un valore imprescindibile per offrire una risposta più adeguata alla domanda di giustizia.

Si tratta di aspetti, sostanziali e processuali, che solo un sistema di giurisdizioni e Corti in dialogo può garantire, assicurando l'effettività della tutela e l'autorevolezza della capacità di raccogliere le sfide dei tempi.

La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale

Roberto Cavallo Perin

SOMMARIO: 1. L'illecito di diritto comune e la non specialità dell'amministrazione pubblica. – 2. La natura giuridica e la configurazione della responsabilità dell'amministrazione pubblica. – 3. L'illecito e la perdita della sanzione. – 4. L'illecito di funzionari e dipendenti e l'ordinamento degli uffici. – 5. La pluralità di sanzioni tra concentrazione dei processi e ragionevole cumulo.

1. *L'illecito di diritto comune e la non specialità dell'amministrazione pubblica*

Nel linguaggio giuridico la parola validità individua un giudizio di conformità ad una norma, più precisamente all'ordinamento giuridico cui appartiene una determinata norma [1], poiché ai soli atti validi è assicurata la protezione dell'ordinamento costituito. Se la validità è normalmente riferita agli atti giuridici, per definire la difformità dei comportamenti si rinvia di preferenza all'inadempimento o alla scorrettezza, oppure all'illiceità qualificata ulteriormente come civile, penale e amministrativa.

L'illiceità indica – oltre al rifiuto più o meno marcato di assicurare la protezione dell'ordine costituito comune all'invalidità – inoltre la previsione di una sanzione afflittiva (penale, civile, o amministrativa, personale o pecuniaria, espulsiva o riabilitativa, ecc.), o più ampiamente l'obbligo di risarcimento del danno al danneggiato per l'accertata responsabilità extracontrattuale, da scorrettezza o da inadempimento (artt. 2043, 1337, 1218 c.c.).

La compresenza di un giudizio di validità e di illiceità si può avere ove per affermare la liceità di un comportamento occorra anche accertare la validità o al

[1] P. PINNA., voce *Crisi costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, p. 480 ss.; F. LEVI, voce *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 124 ss.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 56 ss.; P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 420; ID., *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano, 1953; SANTI ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Arch. giur.*, vol. LXVIII, Modena, 1902, poi in *Scritti minori*, vol. I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950, p. 153 ss.

contrario l'invalidità di un atto giuridico: di un contratto (es. contratto di locazione, di comodato) o di un atto amministrativo (es. regolamento edilizio, decreto di requisizione, o di demolizione di un fabbricato, ecc.) che dà legittimità ad un comportamento da ritenersi altrimenti illecito (es. disporre o fruire di un bene d'altri).

All'inadempimento ci si riferisce specificamente per i contratti conclusi da enti pubblici, ma anche per qualsiasi obbligazione che intercorra tra l'amministrazione e gli amministrati, tra cui le prestazioni di servizio pubblico che, *ex lege* o per atto di autonomia, sono assunte dal gestore a favore dei creditori utenti. Oltre le valutazioni di efficienza, efficacia e economicità, è normale vedere trattare del grado d'inadempimento nei servizi pubblici ("disservizi") [2], senza escludere – anche in questo caso – che venga eccepita (es. dal gestore) la validità dei programmi, degli atti di assunzione o dismissione del pubblico servizio, che di tale obbligazione sono il presupposto o il fondamento.

In questo contributo si vuole riflettere sulla responsabilità della pubblica amministrazione [3], dei suoi funzionari e dipendenti, cui la monografia del 1953 del prof. Casetta è essenzialmente dedicata, che resta importante per più ragioni, che voglio provare a ricordare per spunti ricostruttivi.

L'illecito degli enti pubblici [4] è una voce di rottura nella dottrina di quegli anni poiché – contrariamente all'opinione dominante, in particolare della dottrina

---

[2] *Amplius* cfr. G. CORSO, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 84 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998.

[3] In diritto amministrativo: R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1951; E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953; M.S. GIANNINI, *Svolgimento della dottrina delle responsabilità contabili*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1962, p. 183 ss.; R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1964; E. CANNADA-BARTOLI, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 112-127. Sull'illecito amministrativo già SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 1898, poi in *Scritti minori*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1950, p. 75 ss.; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Torino, 1924; ID., *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale*, 1921, poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 127 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 537 ss.

[4] Sull'illecito nella teoria generale, oltre agli autori sopra citati, si vedano: F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Cedam, Padova, 1930; F. ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Istituto Italiano d'Arti Grafiche, Bologna, 1930; M. COZZI, *La responsabilità civile per i danni da cose*, Cedam, Padova, 1935; C. MAIORCA, *Problemi della responsabilità civile*, Jovene, Napoli, 1936; G. SCADUTO-D. RUBINO, *Illecito (atto)*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. VI, Utet, Torino, 1938, p. 702 ss.; G. PACCHIONI, *Dei delitti e quasi delitti*, Cedam, Padova, 1940; W. CESARINI-SFORZA, *Risarcimento e sanzione (Scritti in onore di Santi Romano)*, vol. I, Cedam, Padova, 1940; E. GIUSIANA, *Il concetto di danno giuridico*, Ambrosiana, Milano, 1944; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (Diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1957; C. MAIORCA, *Colpa civile (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 534 ss.; P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 90 ss.

civilistica che rivendicava allo *jus* civile una lunga tradizione romanistica, ma anche di molte elaborazioni nel diritto pubblico – *l'Illecito degli enti pubblici* non assegna alla Costituzione il ruolo di norma ideale, d'indirizzo, o norma principio, cui il legislatore debba ancora dare attuazione. Ci si scostava in tal modo dal senso che nel secondo dopoguerra si attribuiva alle norme programmatiche, cui oggi si assegna il *nomen juris* di norme non *self-executing* o non immediatamente applicabili [5], con un atteggiamento che è tipico dell'avvio di ogni nuovo ordinamento giuridico, ancor più ove imponga principi particolarmente innovativi.

Si tratta di questione che pare oggi risolta, ma riandando al dibattito dell'epoca si comprende la portata innovativa della teorica all'ora argomentata, che era a favore di una compenetrazione tra enunciati costituzionali e codice civile – tra 2049 c.c. e 28 Cost. – che assume un particolare significato non appena si pensi alla data di edizione, che precede di tre anni la prima sentenza della Corte costituzionale (n. 1/1956). Per Elio Casetta è senz'altro precettiva la norma della Costituzione che interviene in materia di responsabilità civile dello Stato e degli enti pubblici [6].

A ciò si aggiunga che l'illecito degli enti pubblici è un tema che nei decenni a venire assumerà un grande rilievo, anche per l'asserita risarcibilità degli interessi legittimi (Cass., sez. un., n. 500/1999) [7], un profilo che non è portante nell'analisi dell'epoca, ma che nell'opinione dominante parrebbe segnare il culmine di una riflessione aperta dall'illecito, che non può dirsi estranea all'autore. Molti anni più tardi questi indica la via della «risarcibilità delle posizioni soggettive costituzionalmente rilevanti» non volendo tanto riferirsi – se ho ben compreso – agli

---

[5] La questione è ritornata d'attualità – per così dire a contrario – con l'affermarsi del diritto dell'Unione europea, che ha considerato immediatamente applicabili le direttive europee ove siano sufficientemente precise e oltre i termini per la recezione, su cui si veda – oltre al caso Francovich (CGCE, 19 novembre 1991, cause riunite C6/90 e C-9/90) e alle sentenze italiane Corte cost. n. 170/84; Corte cost. n. 113/1985 e n. 39/1989; Corte cost. n. 64/1990 e n. 168/1991 – da ultimo: N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità*, in *Giornate di studio Identità nazionale degli Stati membri* (Roma, Palazzo della Consulta, 5 settembre 2022), *https://cortecostituzionale.it/jsp/consulta/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Zanon.pdf*, p. 13 ss.

[6] Cfr. G. VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 1967; S. PUGLIATTI, *Responsabilità civile*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1968; più recenti: P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 2006; F. GALGANO, *I fatti illeciti*, Cedam, Padova, 2008; M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa-S. Patti, Cedam, Padova, 2009; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Giappichelli, Torino, 2010; G. ALPA, *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 2018, p. 23 ss., p. 229 ss.

[7] Per la ricostruzione della vicenda: ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 1 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 341 ss.; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi non più solo legittimi;* in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 843 ss.; S. CASSESE, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam;* in *Giorn. dir. amm.*, IX, 1999, p. 1067 ss.

enunciati costituzionali più evidenti dal punto di vista processuale (artt. 24, 103, 113 Cost.) quanto a quelli che in Parte Prima sono normalmente considerati per la protezione che assicurano ai diritti soggettivi, dimenticando che non pochi enunciati (artt. 41, 42, 43 Cost.) segnano al contempo la protezione dei relativi interessi legittimi.

La Costituzione assume rilievo, dunque, nella definizione delle posizioni giuridiche soggettive di rilevanza costituzionale, non tanto per le norme processuali ivi contenute (art. 24, 102, 103, 113 Cost.), quanto per quelle di diritto sostanziale, avanzando una tesi che avvicina Elio Casetta a Leopoldo Mazzarolli [8] (di cui era grande amico), più che non al maestro di quest'ultimo, il prof. Enrico Guicciardi [9].

Una prospettazione sulla risarcibilità dei danni causati dalla pubblica amministrazione – in particolare "commessi o dipendenti" della medesima – che pare forse giunta a compimento nei termini in cui la stessa fu a suo tempo proposta, per ragioni su cui siamo chiamati in questo convegno a fare il punto.

2. *La natura giuridica e la configurazione della responsabilità dell'amministrazione pubblica*

La disciplina civilistica, secondo la quale chi reca un danno ingiusto è tenuto al risarcimento del medesimo, pare accolta in Costituzione incidentalmente, con l'estensione allo Stato e agli enti pubblici della responsabilità civile di funzionari e dipendenti pubblici per gli atti da questi compiuti in violazione di diritti (art. 28, seconda proposizione, Cost.).

Si tratta di una posizione di rilievo nella tutela dei diritti (titolo I di parte I), che in Costituzione non trova eguali a tutela degli individui che si vedano lesi da organizzazioni "private", poiché ciò dipende dai limiti della disciplina posta altrimenti, come nel caso di quella a tutela del consumatore di derivazione europea, che risponde a principi di tutt'altra natura giuridica [10].

---

[8] L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluriennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 543 ss.

[9] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Cedam, Padova, 1954; ID., *Concetti tradizionali e principi costruttivi della giustizia amministrativa* (1937); *Interesse personale, diretto e attuale* (1961); *Diritto, interesse e doppia tutela* (1951); *Norme di relazione e di azione* (1951); *Risarcibilità degli interessi legittimi* (1963); tutti poi in *Studi di giustizia*, Utet, Torino, 1967.

[10] Sulla tutela del consumatore da ultimi e per tutti: A. WIEWIÓROWSKA et al., *Contribution to Growth: Legal Aspects of Protecting European Consumers*, pubblicato per la *Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori*, del Parlamento europeo, Lussemburgo, 2019; i riferimenti in *Il diritto dei consumatori*, a cura di G. CASSANO-M. DONA-R. TORINO, Giuffrè, Milano, 2021; S. PAGLIANTINI, *Il consumatore frastagliato*, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, p. 33 ss.; S.

Fuori dalla responsabilità diretta di funzionari e dipendenti pubblici, non si ritiene che la Costituzione abbia posto norme generali che differenzino la responsabilità dell'amministrazione pubblica sicché – si è detto – la stessa è quella definita dal generale paradigma che distingue tra responsabilità extracontrattuale (o aquiliana: artt. 2043 ss. c.c.) e da inadempimento (artt. 1218 ss. c.c.), in quest'ultima a prescindere dalla fonte dell'obbligazione, che non è solo contrattuale (art. 1173 c.c.). Una dicotomia da cui – come è noto – si è in parte e variamente inteso differenziare la responsabilità precontrattuale anche della pubblica amministrazione (art. 1337 c.c.) [11].

Le questioni sorgono non appena l'analisi dalla natura giuridica scende al dettaglio degli elementi costitutivi della responsabilità, in particolare ove il comportamento *contra jus* sia essenzialmente determinato dall'annullabilità di un provvedimento amministrativo autoritativo, per il quale si è talora dubitato che debba essere ulteriormente comprovato l'elemento soggettivo dell'illecito [12].

Certo che affermata la risarcibilità del danno per lesione dell'interesse legittimo, la relativa tutela giurisdizionale può ricevere protezione avanti al suo giudice naturale (artt. 24, 25, 103, comma 1, Cost.) [13] affermando senz'altro la pregiudiziale qualificazione extracontrattuale della responsabilità della P.A. (art. 2043 c.c.), anche se conseguente all'annullabilità di un atto amministrativo, assecondando i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta del danno (art. 2056 c.c.), nonché dell'evitabilità del medesimo secondo l'ordinaria diligenza (artt. 1223 e 1227 c.c.).

Maggiori problemi sorgono quando la responsabilità derivi da un comportamento della pubblica amministrazione posto in essere contestualmente e in occasione dell'esercizio di poteri che non sono diretta causa del danno [14], ma da cui

---

MIRATE, *La tutela del cittadino utente consumatore: profili pubblicistici*, in *Resp. civ. e prev.*, 2020, p. 40 ss.

[11] Per tutti G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000; da ultimo: F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

[12] Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2012, n. 483, ove si si afferma che – fermo il carattere aquiliano della citata responsabilità – l'illegittimità del provvedimento amministrativo rappresenta solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, unitamente ad altri (chiarezza della normativa, semplicità del fatto, pacifica questione esaminata, bassa discrezionalità). Accertata l'illegittimità spetta alla P.A. provare l'assenza di colpa, mediante gli estremi del c.d. errore scusabile, o per l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita.

[13] Per la ricostruzione *ex* art. 2043 ss. c.c. – oltre a Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500; Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7; più di recente cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2024, n. 1581; già Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124; sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3723; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 12.

[14] Per la legittimità della revoca dell'aggiudicazione di gara per mancanza di somme occorrenti

derivi la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza (artt. 1337 e 1375 c.c.; art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, cit.; art. 5, d.lgs. n. 36/2023) [15].

Sia che si tratti di violazioni di aspettative giuridicamente protette, o come appare preferibile di violazione degli obblighi di protezione [16], la logica e la conseguente prospettazione della responsabilità civile, come illecito aquiliano per violazione d'interessi legittimi, riapre la questione di una giurisdizione del giudice ordinario ove un atto autoritativo manchi [17] o l'annullabilità dell'atto amministrativo sia solo la circostanza e non direttamente la causa del danno risarcibile, non tanto perché tale ricostruzione sia teoricamente inevitabile, ma perché una volta assunta la via maestra della lesione dell'interesse legittimo appare più difficile – in difetto di quella lesione – eccepire su un diverso riparto di giurisdizione in punto [18].

Più precisamente si tratta di atti amministrativi che sono accompagnati o contornati da meri comportamenti (risponditore automatico polisenso, errate precisazioni, orario di sportello inesatto, ecc.) la cui sommatoria nel caso concreto definisce un'azione amministrativa che è nel suo complesso lesiva e perciò risarcibile, ove il comportamento – sia esso atto o fatto – assume una propria rilevanza giuridica come causa di responsabilità (art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, cit.), unitamente o indipendentemente dalla invalidità dell'atto amministrativo che chiude il procedimento.

La lesione – dell'aspettativa o degli obblighi di protezione – si configura infatti non solo nel caso di un atto legittimo (es. di revoca dell'aggiudicazione per carenza di fondi), ma anche in caso di atto illegittimo seppur favorevole al destinatario, poi

---

alla stipula e all'esecuzione del contratto, salva la violazione del dovere di collaborazione e buona fede gravante per omessa vigilanza sull'amministrazione sugli impegni economici assunti quando era stata avviata la procedura di evidenza pubblica: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, che configura una *responsabilità precontrattuale della p.a. per il mancato rispetto delle norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune*; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 sulla correttezza e buona fede che sussiste anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione.

[15] Sulla sussunzione della responsabilità precontrattuale della P.A. nel paradigma della responsabilità contrattuale si veda per tutte Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

[16] Sugli obblighi di protezione C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *Tra contratto e torto l'obbligazione senza prestazione*, in *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 443 e 444; critici: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 96 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1960, p. 1342 ss. Si riprende il pensiero di G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale*, cit.; poi cf. Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132; F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, 2024, p. 122 ss.

[17] Cass., 28 aprile 2020, n. 8236; cfr. Corte cost. n. 204/2004.

[18] Per un tentativo di configurare l'interesse legittimo come categoria di teoria generale, da ultimo: F.G. SCOCA, *op. loc. cit.*

annullato in sede giurisdizionale o in autotutela, ove l'amministrazione leda l'affidamento [19] (incolpevole) del destinatario sulla (apparente) legittimità del provvedimento (in realtà illegittimo) poi annullato.

Non di lesione della spettanza di un bene della vita – la cui infondatezza è dimostrata dal legittimo annullamento del provvedimento favorevole – ma della lesione di un affidamento ragionevole, che varia inevitabilmente ove si tratti di un individuo o di un professionista organizzato, oppure della violazione degli obblighi di protezione (art. 97 Cost.; art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, cit.) che è agevole correlare a un diritto soggettivo della personalità (art. 13 Cost.) a ricevere comportamenti informati alla correttezza e buona fede nelle relazioni tra amministrazione e cittadino [20].

La questione assume rilievo non solo – come è ormai evidente – nei casi di responsabilità precontrattuale [21], ma anche di erogazione di servizi pubblici [22] ove i poteri di gestione sono accompagnati e consustanziati dai comportamenti che dei primi sono, non solo esecuzione, ma vera e propria interpretazione.

In tali contesti è il principio di concentrazione dei processi – come articolazione del giusto processo – a richiedere un'unica trattazione delle questioni di responsabilità avanti al giudice naturale degli interessi legittimi, anche ove si tratti di disporre del risarcimento degli obblighi di correttezza e buona fede, leggendo l'assegnazione della tutela risarcitoria in tali casi come giurisdizione esclusiva, che si definisce in ragione della principale tutela giurisdizionale degli interessi legittimi (art. 30 c.p.a.) [23].

Il fondamento della responsabilità della pubblica amministrazione come violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nei rapporti tra amministrazione e cittadino consente di affrontare con maggiore serenità la questione della rilevanza dell'elemento soggettivo nella definizione della responsabilità medesima, considerando normale che a fronte di un principio di prova del danneggiato, sia l'amministrazione a doversi liberare provando che il fatto non sia ad essa

---

[19] Sui presupposti della tutela risarcitoria dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale o in autotutela cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19; in senso conforme, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20; ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

[20] La questione non è nuova, si veda per i limiti generali ai poteri pubblici di prudenza, diligenza, perizia: già Cass., sez. un., 12 luglio 1961, n. 1675, Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2013, n. 339; in materia di poteri d'ordinanza di necessità e urgenza: Cass., sez. un., 7 ottobre, n. 2884; Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1975, n. 3833 in particolare § 37 e 38 ove afferma che il rimedio del risarcimento del danno per il diritto dell'Unione europea è «strumento di ultimo grado».

[21] Per tutti G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit.; Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

[22] Corte cost. n. 178/2022 per un caso in materia di servizi pubblici.

[23] Sia che si giunga in via di un'interpretazione adeguatrice al principio del giusto procedimento, sia per via di rettifica normativa del Codice del processo amministrativo, che tuttavia impone una rilettura di Corte cost. n. 204/2004.

imputabile (art. 1218 c.c.), non tacciando di eresia quelle ulteriori ricostruzioni che – oltre al danno e al nesso di consequenzialità – affermano la responsabilità dell'amministrazione pubblica unicamente per avere violato le norme che regolano la scelta del contraente [24].

A centocinquant'anni dall'Arrêt Blanco (*Tribunal des conflits, 8 février 1873, 12, Blanco)*, a quasi venticinque dalla prospettazione di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione [25], si può ora serenamente pensare che l'intera responsabilità della pubblica amministrazione sia riconducibile alla violazione del principio di buona fede e correttezza [26], per le forti assonanze segnalate a suo tempo tra correttezza precontrattuale e procedimentale [27].

Si tratta di un principio assunto dapprima in sede giurisprudenziale [28], poi come principio di collaborazione e buona fede previsto da un emendamento alla legge generale sul procedimento amministrativo (art. 1, comma 2-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241), compendiato come obbligo di collaborazione che integra le norme procedimentali sulla scelta del contraente [29].

3. *L'illecito e la perdita della sanzione*

Si è detto che il termine "illecito" assume significati differenti nella scienza giuridica, essendo talora ricondotto – seppure impropriamente – a una responsabilità

---

[24] Oltre alla primigenia sentenza Francovich CGCE, 11 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90; si veda la famosa CGUE, 30 settembre 2010, C-314/09 che nega ogni rilevanza all'elemento soggettivo; da ultimo CGUE, 6 giugno 2024, C-547/22; nonché CGUE, 14 ottobre 2004, C-275-03, che dichiara non conforme la disciplina che impone la prova del dolo o della colpa a chi agisce in giudizio. Da ultimo e con tratto ricostruttivo Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, su cui F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, cit., p. 122 ss.; per interessanti considerazioni critiche: S. FOÀ, *L'elemento psicologico della responsabilità amministrativa nel nuovo equilibrio tra poteri dello Stato*, in questo volume; G. COLOMBINI, *Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di giustizia contabile*, in questo volume e in *Dir. amm.*, 3, 2024, p. 675 ss.

[25] G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit.

[26] ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1, 1998, p. 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2, 2004, p. 209 s.

[27] M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1963, p. 269 ss., poi anche in *Massimo Severo Giannini. Scritti*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2004, p. 155 ss.

[28] Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

[29] G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 41 e p. 198. Art. 5, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, Codice dei contratti pubblici: «Nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento».

penale della pubblica amministrazione [30], ma con maggior rigore è riferito agli illeciti commessi da persone fisiche o giuridiche o da pubbliche amministrazioni, il cui comportamento possa determinare l'irrogazione di una sanzione civile, amministrativa o penale (arg *ex* art. 28 Cost.).

Se l'illecito degli enti pubblici segna il tempo della soggezione al diritto comune della responsabilità della pubblica amministrazione secondo un'interpretazione che l'ha resa compatibile con una diretta responsabilità di coloro che materialmente vi hanno dato causa (art. 28 Cost.), occorre riconoscere che appaiono oggi affievolite le ragioni profonde di quella giurisprudenza degli interessi, o meglio dello scopo nel diritto [31], che l'hanno in questi decenni sospinta, imponendoci di riconsiderare la questione con un uguale tratto innovativo.

Come è noto l'argomento che si va a ricordare non è un patrimonio culturale dei soli giuristi [32] men che mai di diritto amministrativo: da tempo non è più vero – neppure per i giuristi – che a pagare il danno sia il patrimonio di chi l'abbia causato [33], in ragione di analisi che da oltre trent'anni ci provengono dagli USA [34], da noi già largamente considerate [35] nell'evoluzione. Si è ormai giunti a considerare

---

[30] Per la responsabilità c.d. "da reato" degli enti (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) cfr. tra gli altri, S. DI PINTO, *La responsabilità amministrativa da reato degli enti: profili penali sostanziali e ricadute sul piano civilistico*, Giappichelli, Torino, 2003.

[31] R. VON JHERING, *Lo scopo del diritto*, tr. it. M.G. LOSANO, I ed., Einaudi Torino, 1972; cfr. P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1932; F. BELVISI, *Dalla giurisprudenza dei concetti alla giurisprudenza degli interessi*, Giappichelli, Torino, 2010.

[32] Per tutti H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel-Verlag, Francoforte sul Meno, 1979, tr. it. *Il principio responsabilità, Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2009, p. 91 ss., p. 108 ss., pp. 116-118, p. 121, pp. 129-133, p. 135 ss.

[33] Sulle configurazioni di un tempo: G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Bernardo Seeber, Firenze, 1906; G. CESAREO CONSOLO, *Trattato sul risarcimento del danno*, Utet, Torino, 1908; F. CARNELUTTI, *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, II, 1912, p. 745 ss.; G. VENEZIAN, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Studi sulle obbligazioni*, vol. I, Athenaeum, Roma, 1919; più di recente A. DE CUPIS, *Il danno – Teoria generale della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1966; ID., I *diritti della personalità*, in A. CICU-F. MESSINEO (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. IV, t. 1, Giuffrè, Milano, 1959; M. COMPORTI, *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*, Morano, Napoli, 1965; F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964; T. BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Giuffrè, Milano, 1959; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milano, 1958; ID., *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1966, p. 460 ss.; E. ALTAVILLA, *La colpa*, Utet, Torino, 1957; A. FEDELE, *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1954; P. SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile,* in *Jus*, 1960, p. 336 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

[34] R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1976.; G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile analisi economica-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975; R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law & Economics*, Vol. 3, Oct., 1960.

[35] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; ID., *Causalità e danno*,

le differenti funzioni della disciplina sull'illecito civile [36], tra cui appare oggi largamente prevalente quella risarcitoria-redistributiva tra tutti i consociati, oppure solo tra coloro che tra questi fruiscono di vantaggi (es. automobilisti), con preferenza verso chi svolga un'attività d'impresa.

L'assicurazione moderna – che grazie al calcolo attuariale superò la scommessa [37] – potrebbe trovare nuovo impulso dall'accresciuta conoscenza (di assicurati e assicuratori) sui caratteri dei comportamenti umani (profilazione), che l'intelligenza artificiale ora consente di conoscere in modo minuzioso [38], anche più largamente di ciò che in questi anni le carte di credito abbiano consentito di apprendere sulla propensione ai consumi di beni e servizi.

Con l'intelligenza artificiale è ormai possibile conoscere [39] luogo per luogo (rc auto), per ogni tipo di attività e per ogni capacità professionale che voglia esercitarla, gli elementi causali che l'hanno in diversa percentuale determinata, considerando non solo i casi che hanno causato danni, ma in via predittiva i comportamenti, con il

---

Giuffrè, Milano, 1967; ID, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 23 ss.; G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 1975.

[36] Per tutti già R. ROVELLI, *La responsabilità civile da fatto illecito*, Utet, Torino, 1964; poi esattamente: G. ALPA, *La responsabilità civile nelle codificazioni dell'Ottocento: la colpa e le direttive del "laissez faire"*, in *Resp. civ.*, 1974, p. 3 ss.; G. ALPA-F. PULITINI-S. RODOTÀ-F. ROMANI, *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 1982; G. ALPA, *Interpretazione economica del diritto (Economic analysis of law)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, IV, Utet, Torino, 1983, p. 315 ss.; P.G. MONATERI, *Risultati e regole. Un'analisi giuridica dell'analisi economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 605 ss.; ID., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 1998; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 65 ss.; A. M. GAROFALO, *Interesse legittimo e obbligazione senza prestazione: il rapporto giuridico di affidamento tra rimedi specifici e risarcitori*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, p. 1257 ss.; P.G. MONATERI-D. GIANTI-L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Trattato sulla responsabilità, G*iappichelli, Torino, 2013; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, III ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 768 ss.

[37] A. DE MOIVRE, *The doctrine of chances; or a method of calculating the probability of events in play*, III ed., Printed for A. Millar, Londra, 1756; cfr. G. GENTILE, voce *Danno alla persona*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 634 ss., sull'utilità del calcolo attuariale come «metodo razionale per la valutazione del danno alla persona».

[38] Cfr. E. BATTELLI, *Le nuove frontiere dell'automatizzazione contrattuale tra codici algoritmici e big data: gli smart contracts in ambito assicurativo, bancario e finanziario*, in *Giust. civ.*, 4, 2020, spec. p. 708 ss.; G. D'IPPOLITO-E.M. INCUITTI, *I processi decisionali interamente automatizzati nel settore assicurativo*, in *Riv. dir. impr.*, 3, 2019, pp. 735-752; D. PORRINI, Big data, *personalizzazione delle polizze ed effetti nel mercato assicurativo*, in V. FALCE-G. GHIDINI-G. OLIVERI (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 319 ss.; *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica*, punti 57-58; sui sistemi assicurativi: Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, § 6.4. e 11.1.

[39] G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2023, p. 723 s., spec. p. 738 ss.

relativo livello di rischio, che l'amministrazione deve valutare e gestire al fine di evitare il danno [40].

Si può così giungere a definire valori tabellari di risarcimento per standard d'attività (clausola penale) e possibili massimi valori risarcibili per le attività che non hanno ancora raggiunto una evoluzione significativa e sono ancora da ritenersi in qualche modo sperimentali [41]. Di interesse è perciò la rilevazione dei comportamenti standard della pubblica amministrazione, in particolare dei suoi funzionari e dipendenti, con valutazione dei rischi e dei modelli assicurativi conseguenti atti a ripartire tra una molteplicità di soggetti i valori del danno.

Il risarcimento dei danni da illecito civile manterrebbe l'effetto giuridico tradizionale di reintegrazione del patrimonio del danneggiato per tutte le attività che eccedono uno standard, nei limiti prestabiliti nel prossimo futuro dall'operare di sofisticati algoritmi d'intelligenza artificiale, che lo definiscono con riferimento ad una determinata area e in un certo tempo (rilevazione statistica con correttivi), standard definiti come misure idonee a evitare il danno (arg. *ex* art. 2050 c.c.), oltre i quali – per così dire – il danneggiato "accetta" parte del rischio e subisce il relativo danno, salvo valori d'indennizzo che le norme legislative o regolamentari assegnino a compensazione dei danni da attività, considerata lecita dall'ordinamento giuridico. Non permane invece l'effetto restitutorio o sanzionatorio del danneggiante il quale verrebbe liberato (effetto assicurativo) dal pagamento della quota che corrisponde alla sua classe di rischio, definita con riferimento a suoi comportamenti pregressi, abbia o non abbia egli compiuto l'illecito, pagando così, in certo qual modo (pro quota), danni d'altri [42].

---

[40] D.M. Salute, MEF, M. Imprese e made in Italy, 15 dicembre 2023, in G.U., 1° marzo 2024, su responsabilità medica.; cfr. G. COMMANDÉ, *Intelligenza artificiale e responsabilità tra l*iability *e a*ccountability*. Il carattere trasformativo dell'IA e il problema della responsabilità*, in *An. giur. econ.*, 1, 2019, spec. p. 171 ss. per il ruolo di programmatori e produttori nella definizione del rischio accettabile del prodotto di AI pur tenendo conto del loro carattere trasformativo e adattivo al contesto.

[41] Si pensi ad es. all'aviazione (su cui già: S. CACOPARDO, *Navigazione aerea*, in *Noviss. Dig. it.*, Utet, Torino, 1957, pp. 108-116) disciplinata da fonti sovranazionali (regolamento (CE) 2027/97 sulla responsabilità del vettore aereo) e trattati internazionali (Convenzioni di Varsavia del 1929 e di Montreal del 1999) che distinguono tra danno alle merci, pur con limiti quantitativi alla risarcibilità dei danni (già previsti dall'art. 423 del codice italiano della navigazione), mentre progressivamente si superano le restrizioni alla responsabilità del vettore aereo per danni alla persona con sistemi di redistribuzione assicurativa del danno *ex ante* fra una platea più o meno ampia di persone che non hanno causato il danno ma che a tale rischio sono esposte e perciò indotte al pagamento – in anticipo rispetto alla commissione dell'illecito – di una somma corrispondente alla propria classe di rischio, scindendo totalmente la riparazione del danno-conseguenza da colui che lo ha realizzato. Sulle tipologie di responsabilità derivanti da velivoli autonomi: A. ALBANESE, *Mobilità del futuro e funzione preventiva della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, 2023, pp. 439-450; per veicoli senza conducente: P. DE GIOIA CARABELLESE-C. DELLA GIUSTINA, *Il futuro ruolo dell'assicuratore nei rischi legali dei veicoli automatici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2023, spec. p. 1248 ss.; da ultimo G. ALPA, *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 2018, p. 23 ss.

[42] Cfr. R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale*

4. *L'illecito di funzionari e dipendenti e l'ordinamento degli uffici*

Le conseguenze dell'illecito sono divenute un'attività professionale organizzata, non solo più dell'impresa d'assicurazione, ma anche della pubblica amministrazione che si trovi a gestire l'organizzazione pubblica [43], tra cui quella dei rischi e la relativa prevenzione [44], giovando della conoscenza fornita dall'intelligenza artificiale sui comportamenti dei propri funzionari e dipendenti (art. 2049 c.c.; art. 28 Cost.), comparati con quelli medi di milioni di persone che svolgono la stessa attività. La necessità di una gestione del rischio reca con sé la soluzione di eleggere, predire e gestire soluzioni standard, cui fare seguire i correttivi organizzativi che dei comportamenti escludano i peggiori, favorendone i migliori.

È il collegamento tra organizzazione e responsabilità che pare assumere particolare interesse e che trova riscontro nella nostra Costituzione, a partire dall'enunciazione che correla l'assegnazione delle competenze tra organi e enti della Repubblica (art. 114 Cost), non solo in base al principio di sussidiarietà e differenziazione, ma – per ciò che è qui di interesse – soprattutto per il principio di adeguatezza (art. 118, comma 1, Cost.), che equivale alla capacità degli elementi costitutivi dell'organizzazione pubblica (beni, finanza, età e professionalità del personale, ecc.) a ricevere l'assegnazione di funzioni amministrative [45].

---

in ambito sanitario, in *Giust. civ.*, 1, 2024, spec. p. 179 ss.; U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, a cura di U. RUFFOLO, Giuffrè, Milano, 2017, p. 15 ss.; A. BERTOLINI, *La responsabilità civile derivante dall'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale: il quadro europeo*, in M. BIASI (a cura di), *Diritto del lavoro e intelligenza artificiale*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 55 ss.

[43] A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione amministrativa*, 2 voll., Cedam, Padova, 1931-1936; F. BENVENUTI, *L'organizzazione impropria della p.a.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 969-992; P. VIRGA, *L'organizzazione amministrativa*, Edizioni Universitarie, Palermo, 1958; N. PICELLA, *L'organizzazione dell'amministrazione centrale dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Amm. civ.*, 1961, II, pp. 129-144; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Edizioni Comunità, Milano, 1964; N. SAITTA, *Premesse per uno studio delle norme d'organizzazione*, Giuffrè, Milano, 1965; L. ELIA, *Problemi costituzionali dell'amministrazione centrale*, Giuffrè, Milano, 1966; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, pt. I, Cedam, Padova, 1968; A. ROVERSI MONACO, *Profili giuridici del decentramento nell'organizzazione amministrativa*, Cedam, Padova, 1970; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, pt. I, Giuffrè, Milano, 1977; C. E. GALLO, *Osservazioni sul coordinamento amministrativo*, in *Foro amm.*, I, 1977, pp. 1643-1665. *Amplius:* R. CAVALLO PERIN, *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e l'integrazione europea*, in L. FERRARA-D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. I, University Press, Firenze, 2016, pp. 3-36.

[44] In tema cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio,* Giuffrè, Milano, 2005, *passim;* di recente: F. LAUS, *L'amministrazione del rischio: tra regolazione e procedimento, principio di precauzione e approccio multidimensionale*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2023.

[45] *Amplius:* R. CAVALLO PERIN, *La capacità tecnico professionale degli enti pubblici tra principio*

Un principio che è completato dall'imparzialità [46] e dal buon andamento [47], ma soprattutto dalla riserva di norma che la Costituzione pone in materia. Spetta *all'ordinamento degli uffici* determinare sia le sfere di competenza e le attribuzioni, sia «le responsabilità proprie dei funzionari» che insorgano per effetto di tali scelte organizzative (art. 97, comma 3, Cost.), elevando anche in ambito pubblico le scelte d'organizzazione a fonte prima di determinazione degli standard di azione nell'erogazione di servizi e nell'esercizio delle funzioni, la cui violazione definisce anzitutto le responsabilità dei funzionari per gli atti dagli stessi compiuti – siano essi omissivi o commissivi – in violazione di diritti (art. 28 Cost.).

Se l'analisi dell'intelligenza artificiale e la conseguente gestione dei rischi in sede organizzativa, unitamente ad una nuova ideazione ad essa correlata del sistema assicurativo (es. responsabilità medica), è soluzione che si va affermando [48], può risultare di interesse verificarne gli effetti giuridici ordinamentali.

A diritto vigente (art. 1900 c.c.) resterebbe a carico del danneggiante il risarcimento dei comportamenti dolosi, ma anche per scelta d'organizzazione i casi di colpa grave [49] che gli algoritmi abbiano evidenziato come disdicevoli o inaccettabili in ragione di determinati luoghi, attività e persone addette.

In ogni altro caso il sistema assicurativo e di prevenzione dei rischi lascerebbe

---

di adeguatezza e differenziazione, in S. TORRICELLI (a cura di), *Ragionando di diritto delle pubbliche amministrazioni*, ESI, Napoli, 2020, pp. 265-270; G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, p. 723 ss.

[46] Corte conti, sez. I giurisd. app., 22 aprile 2022, n. 208; Corte conti, sez. II giurisd. app., 23 novembre 2023, n. 360; Corte conti, sez. II giurisd. app., 30 dicembre 2021, n. 462; Corte conti, sez. giurisd. app. Sicilia, 31 agosto 2021, n. 145; Corte conti, sez. II giurisd. app., 23 dicembre 2020, n. 308. Contra: Corte conti, sez. II giurisd. app., 15 dicembre 2020, n. 298.

[47] Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2020, n. 21992; Corte conti, sez. II giurisd. app., 24 maggio 2024, n. 155; Corte conti, sez. II giurisd. app., 23 novembre 2023, n. 360; Corte conti, sez. I giurisd. app., 22 aprile 2022, n. 208; Corte conti, sez. II giurisd. app., 30 dicembre 2021, n. 462; Corte conti, sez. II giurisd. app., 29 aprile 2021, n. 124; Corte conti, sez. giurisd. app. Sicilia, 31 agosto 2021, n. 145. Contra: Corte conti, sez. III giurisd. app., 24 giugno 2024, n. 183; Corte conti, sez. giurisd. app. Sicilia, 24 luglio 2024, n. 85; Corte conti, sez. II giurisd. app., 15 dicembre 2020, n. 298.

[48] Cfr. R. SCOTTI, *La responsabilità civile dei danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario*, cit., 159 ss.; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e medicina: l'impatto sulla relazione di cura (Cenni)*, in U. SALANITRO (a cura di), *Smart – La persona e l'infosfera*, Pacini editore, Pisa, 2022, p. 107 ss.; art. 8, legge 8 marzo 2017, n. 24, *Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie.* Sull'obbligo assicurativo in sanità v. P. PACILEO-S. SICA, *Art. 10. Obbligo di assicurazione*, in B. MEOLI-S. SICA-P. STANZIONE (a cura di), *Commentario alla legge 8 marzo 2017 n. 24*, ESI, Napoli, 2018, pp. 221-240.

[49] Sulla legittimità dell'esonero temporaneo della responsabilità contabile dei funzionari per colpa grave derivante da una condotta commissiva si v. Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132, par. 6.3 ss.

l'azione di contrasto dell'ordinamento ad altri tipi di sanzione, a cominciare dal trattamento disciplinare dell'illecito (art. 54, comma 2, Cost.), che per principio costituzionale l'offeso dovrebbe poter esercitare direttamente avanti alla commissione disciplinare, se non altro come accusa complementare a quella prevalente d'ufficio (art. 28 Cost.) [50].

5. *La pluralità di sanzioni tra concentrazione dei processi e ragionevole cumulo*

Nell'organizzazione pubblica i comportamenti illeciti sono da tempo oggetto di sanzioni penali oltreché di sanzioni amministrative, sia pecuniarie sia ripristinatorie [51].

Così nell'edilizia, ma ancor più in sede ambientale, con procedure c.d. miste penali-amministrative nella materia della sicurezza del lavoro e della sicurezza degli alimenti [52], lasciando aperti almeno due problemi di non poco momento: quello del cumulo in concreto delle sanzioni e quello della concentrazione dei processi per attrazione al giudice naturale di ogni giudizio su una medesima condotta, anche ove l'ordinamento l'abbia sanzionata a vario titolo, secondo le leggi penali, civili, amministrative (art. 28 Cost.).

Di interesse è notare che le sanzioni amministrative colpiscono i comportamenti a prescindere dal danno recato, con una controspinta che potrebbe almeno in parte deflazionare le ipotesi di risarcimento del danno soprattutto ove si pensi al crescente operare di sistemi di rilevazione automatica degli illeciti che potrebbero trovare un potenziamento negli strumenti di intelligenza artificiale (*internet of things*, ecc.).

Alle tradizionali sanzioni in danaro, o disciplinari che non sono patrimoniali,

---

[50] *Amplius*: R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 147 ss.; ID., *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI-R. DEL PUNTA-M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 143 ss.

[51] Di recente in tema: S. TERRACCIANO, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali*, ESI, Napoli, 2023, p. 125 e *passim.*

[52] Sulla nozione di rischio e salute nel diritto alimentare: *Art. 3, co. 9, Regolamento (Ce) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare.* Il rischio è la "*funzione*" della probabilità e della gravità di un effetto nocivo per la salute derivante dalla presenza di un pericolo. In altri termini, il rischio è definito in termini relazionali rispetto al pericolo, che è identificato come un agente biologico, chimico o fisico presente in un alimento o mangime capace di provocare un effetto nocivo per la salute.

l'ordinamento degli uffici e dei servizi (artt. 97, comma 3 e 117, comma 6, Cost.) potrebbe con legge affiancarne di nuove, seguendo l'innovazione già sperimentata per le pene alternative socialmente utili, con effetti di sistema interessanti sui comportamenti dei componenti un'organizzazione, sia sul piano dell'uguaglianza (pene per tutti uguali anche con capacità patrimoniali diverse) sia dell'effettività della sanzione sull'organizzazione (giorni o carichi di lavoro riparatori).

Le sanzioni amministrative hanno avuto un enorme sviluppo che è a tutti noto [53], colpendo le persone intese, non solo come individui, ma soprattutto come organizzazioni (d.lgs. n. 231/2001), per la loro incapacità – qui di nuovo anche come individui – di gestire i rischi (d.lgs. n. 81/2008).

Per quanto riguarda la concentrazione dei processi, si tratta di piccoli accorgimenti in ragione di un'immediata precettività dell'art. 28 e dell'art. 111, Cost. sul giusto processo, ben oltre quanto pensato nel secondo dopoguerra.

---

[53] Cfr. tra i primi G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Torino, 1924; *A*. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Tipografia Tocco, Napoli, 1925; SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1937, p. 299 ss.; U. ARDIZZONE, *Sanzione amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XI, Utet, Torino, 1939, p. 1084 ss.; G. VASSALLI, *La potestà punitiva, U*tet, Torino, 1942; R. ALESSI, *Responsabilità amministrativa*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, Utet, Torino, 1957, p. 618 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., p. 550 ss.; N. BOBBIO, *Sanzione, i*n *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, Utet, Torino, 1969 (rist. 1980), p. 530 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, *G*iuffrè, Milano, 1970, pp. 1291-1316; E. CAPACCIOLI, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in M. STELLA RICHTER-P. NUVOLONE-E. CAPACCIOLI-G. MARONGIU (a cura di), *Le sanzioni in materia tributaria*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 125 ss.; M.A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione (Studi preliminari)*, Jovene, Napoli, 1981; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedimentali*, Jovene, Napoli, 1983; E. CASETTA, *Illecito penale e illecito amministrativo*, in AA.VV., *Le sanzioni amministrative (Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 18-20 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 45-57; ID., *Sanzione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, Utet, Torino, 1997, p. 598 ss.; P. NUVOLONE, *Pena (dir. pen.), i*n *Enc. dir.*, vol. XXXII, Giuffrè, Milano, 1982, p. 787 ss.; A. DE ROBERTO, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie, i*n U. POTOTSCHIG (a cura di), *Le sanzioni amministrative (Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione di Varenna, 18-20 settembre 1980)*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 126 ss.; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Profili sostanziali e procedimentali*, Jovene, Napoli, 1983; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983; C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; ID., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 345 ss.; G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Cedam, Padova, 1988; F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 303 ss.; G. AVAZZI, voce *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Treccani, Roma, 1992, p. 11 ss.; più di recente S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico, E*ditoriale Scientifica, Napoli, 2017; E. BINDI-A. PISANESCHI, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, Giappichelli, Torino, 2017; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, III, Giappichelli, Torino, 2018; S.L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2018; G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della P.A. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; S. TERRACCIANO, *Le sanzioni amministrative a tutela degli interessi pubblici procedimentali*, cit.

I risarcimenti predeterminati in via tabellare e secondo comportamenti standard, agevolano sia la definizione della provvisionale in sede penale, sia la liquidazione del danno in sede amministrativa, concentrando avanti al giudice naturale (art. 25 Cost.) a tutela dei diritti o degli interessi legittimi (art. 113 Cost.) la parte di responsabilità propria del funzionario che l'ordinamento degli uffici assegna a quest'ultimo (art. 97, comma 3, Cost.), chiamandolo (integrazione del contraddittorio) a rispondere direttamente di quella parte di risarcimento dei danni a esso ascrivibile (art. 28 Cost.).

Spetta al giudice naturale così inteso affrontare la questione del cumulo in concreto delle sanzioni giuridiche – intese in senso lato – prescritte per un medesimo comportamento: cioè quelle penali, civili e amministrative, evitando non solo il *ne bis in idem* [54], ma anche che il cumulo in concreto sia irragionevole [55], tenuto conto delle condizioni del destinatario (arg. *ex* art. 3, comma 2, art. 27, Cost.).

Anche così inteso il titolo dell'opera su *l'illecito degli enti pubblici* torna ad essere di grande sprone, obbligandoci nell'analisi a ripartire da quegli inevitabili mutamenti cui stiamo assistendo e cui ciascuno può contribuire, con la consapevolezza che il centro della *definizione* delle responsabilità degli individui è l'organizzazione (art. 97, comma 3, Cost.), correlata alla definizione delle competenze e attribuzioni.

Il rinvio della Costituzione è all'ordinamento degli uffici (art. 97, comma 3, Cost.), dunque alla sua normale definizione in via generale e astratta (standard) di legge o di regolamento (art. 117, comma 6, Cost.) o con atto generale, comunque in osservanza dei principi di imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici, in genere dell'organizzazione pubblica, posti in attuazione della Costituzione (art. 97, comma 2, Cost.).

Funzionari e dipendenti sono chiamati a rispondere ogni qualvolta, prima di assumere un provvedimento, abbiano per «atti dagli stessi compiuti» dato applicazione a standard con comportamenti irragionevoli, oppure messo in atto un'irragionevole applicazione dei medesimi, in ogni altro caso è lo standard a essere lecito o illecito e a risponderne è l'ente – e in esso l'organo collegiale o monocratico, indirettamente l'appaltatore – che lo abbia erroneamente definito [56].

---

[54] Sul principio del *ne bis in idem* in Ue: CEDU, Protocollo n. 7, art. 4; Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi; Corte EDU, 29 maggio 2001, *Franz Fisher c. Austria*; Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*; Corte EDU, 25 giugno 2009, *Maresti c. Croatia*; Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia;* Corte EDU, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia;* Corte EDU, 18 maggio 2017, *Johannesson c. Islanda.* In dottrina si veda sul tema V. ZAGREBELSKY, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1197-1198; più di recente M. CAPPAI, *Dal* ne bis in idem *europeo di diritto amministrativo al diritto alla buona amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 7 ss.

[55] P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, Zanichelli, Bologna, 2007; G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Giuffrè, Milano, 1955.

[56] In tema di discostamento dallo standard definito dalle linee guida in ambito medico, cfr.

Il punto di vista dell'illecito degli enti pubblici è perciò l'organizzazione, intesa sia come persona giuridica cui sono imputati anche indirettamente gli atti di funzionari e dipendenti (art. 28, seconda frase, Cost.), sia come attività d'organizzazione che deve essere posta in essere per prevenire che un illecito sia comunque compiuto o ridotto nella sua possibilità d'accadimento (gestione del rischio).

Trattasi di un'attività d'organizzazione da cui dipendono a cascata le responsabilità proprie degli individui (art. 97, u.c., Cost.) che abbiano causato comunque l'illecito per dolo, o per irragionevole applicazione dello standard ideato dall'intelligenza artificiale, per l'incomprensibile applicazione di standard che si rivelino poco appropriati a quel singolo caso concreto (qui è il momento dell'intelligenza umana) [57] – in violazione di leggi penali, civili e amministrative.

Questo mi pare sia il sistema dell'illecito degli enti pubblici che possiamo derivare dall'ordinamento giuridico a partire dalla Costituzione (art. 28 Cost., in correlazione all'art. 97, comma 3, Cost.), poiché una responsabilità pubblica dipende anzitutto da un'adeguata e ragionevole distribuzione di funzioni e servizi (art. 118, comma 1, art. 97, comma 3, Cost.), nonché dall'organizzazione cioè dell'ordinamento degli uffici, che disciplina ogni ente pubblico, compresa la responsabilità diretta dei funzionari e dipendenti per gli "atti compiuti" (commissione o omissione) in violazione di leggi penali, civili o amministrative (art. 28 Cost.) [58].

La disciplina sulle responsabilità dello Stato e degli enti pubblici si afferma da ultimo anche in ambito pubblico per il suo carattere organizzativo che resta sia rilevante verso i terzi (*accountability e reputation*; disciplina e onore art. 54, comma 2, Cost.) sia con un carattere redistributivo, di allocazione predeterminata dei danni in sede di ordinamento degli uffici unitamente all'operare del sistema

---

A. PERIN, *Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale*, in *Biolaw Journal*, 1, 2019, p. 207 ss.; per i profili penalistici, cfr. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento: profili di responsabilità penale del produttore di sistemi di I.A.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2024, spec. p. 292 ss.

[57] In genere sull'attività amministrativa mediante algoritmi, cfr. tra i primi U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 1993, p. 55 ss.; più di recente D.-U. GALETTA-J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0*, in *federalismi.it*, 3, 2019, p. 2 ss.; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Edizioni scientifiche, Napoli, 2019; E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, marzo 2020, p. 2 ss.; *amplius:* R. CAVALLO PERIN-I. ALBERTI, *Atti e procedimenti amministrativi digitali*, in R. CAVALLO PERIN-D.-U. GALETTA (a cura di), *Diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2025, p. 138 ss. Di recente: L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, ESI, Napoli, 2022; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, ESI, Napoli, 2023, spec. p. 134 ss.

[58] Di recente per tutti cfr. G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 601 ss., spec. p. 627.

assicurativo per i rischi e danni che permangono in capo all'ente a titolo di risarcimento dell'illecito o come indennizzo di una attività lecita.

L'intelligenza artificiale consente una migliore rilevazione e dunque definizione dell'esposizione al rischio di ciascun tipo di attività svolta dalla pubblica amministrazione, con possibilità di scegliere le migliori pratiche e assumendole come standard, riducendo con ciò l'esposizione della pubblica amministrazione ai rischi ricorrenti.

Ciò consente di distinguere tra i danni statisticamente inevitabili e quelli che invece sono dovuti all'errore della standardizzazione (programmi, piani, prassi, ecc.) oppure a malfunzionamento [59], o ancora dell'individuo, che con intelligenza non si sia scostato dall'esito manifestamente irragionevole ("ingiustizia grave e manifesta") dell'algoritmo in quel caso concreto.

L'ordinamento degli uffici (leggi e regolamenti) si rivela oggi una scelta costituzionale di sistema molto utile, che – in ragione delle competenze e attribuzioni – (art. 4 legge n. 241/1990) – definisce *ex ante* le responsabilità proprie dei funzionari (onorari o professionali) di cui costoro rispondono direttamente (art. 28 Cost.), fermo restando che la responsabilità si estende agli enti pubblici (art. 28, seconda proposizione, Cost.).

[59] Cfr. M. INFANTINO, *La responsabilità per danni algoritmici: prospettive europeo-continentali, i*n *Responsabilità civile e previdenza*, 5, 2019, spec. p. 1772 ss. sulla multifattorialità correlata ai danni che possono derivare dall'uso di intelligenza artificiale, con difficoltà nell'individuazione della causa del danno. M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'Amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *federalismi.it*, 16/2019, p. 18 ss. Sul malfunzionamento si v. C.G.A.R.S., sez. giurisd., 16 febbraio 2021, n. 115, par. 14.

Situazioni soggettive e pubblici poteri

Giuseppe Morbidelli

La sessione che ho avuto l'onore e il piacere di presiedere grazie agli amici torinesi Gabriella Racca e Roberto Cavallo Perin, è dedicata alla responsabilità della pubblica amministrazione. Ma la dedica principale, e che percorre invero tutte le articolate sessioni del convegno, è rivolta ad Elio Casetta, Maestro di tutti noi, di diritto e anche di impegno e di stile. È appena il caso di rammentare come il suo *L'illecito degli enti pubblici* [1] sia stato e sia tuttora ad oltre 70 anni dalla sua pubblicazione un testo fondamentale in materia di responsabilità della pubblica amministrazione, ed infatti è stata più che meritoria la decisione di ripubblicarlo. Ed è fondamentale non solo per l'ampiezza e la profondità di indagine, nonché per aver colto la portata assolutamente innovativa dell'art. 28 Cost. in quanto inserito tra i rapporti civili di cui al Titolo I, parte I della Costituzione, ma anche per il metodo rappresentato dalla applicazione delle categorie civilistiche, mettendo quindi in disparte la specialità del diritto amministrativo, in tal maniera allargando ben oltre il ridotto perimetro in cui era astretta la responsabilità della pubblica amministrazione verso un paesaggio del tutto nuovo e soprattutto foriero di aperture, come del resto dimostra la evoluzione in senso garantistico che si è avuta in ordine al campo di applicazione degli artt. 2043 ss. c.c. Tanto che lo studio di Casetta ha trovato ampia considerazione anche da parte della dottrina civilistica, come confermato, per fare un esempio tra i tanti, dalle reiterate citazioni che si trovano nella monografia innovativa e ormai classica di F.D. Busnelli sulla responsabilità per lesione del credito [2]. Inutile dire che il contributo di Casetta richiederebbe una indagine filologica e in filigrana che qui non è possibile svolgere, fermo restando che sono tantissimi i saggi e le monografie che ha ispirato, malgrado non tutte le sue tesi abbiano avuto conferme nel diritto "vivente": ma ognuna di esse si segnala comunque per rigore di analisi e per la sensibilità verso le esigenze garantistiche.

La mia introduzione non può che limitarsi ad uno dei tanti capitoli del *mare magnum* della responsabilità civile degli enti pubblici, ovvero al tema della responsabilità da provvedimento amministrativo, che infatti è una delle prospettive di osservazione e delle situazioni soggettive e degli strumenti di tutela. Tema che investe veri e propri santuari del diritto amministrativo e del diritto civile, quali la natura dell'interesse legittimo, la spettanza del bene della vita, la discrezionalità

---

[1] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953.

[2] F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.

amministrativa, la nozione di ingiustizia del danno, il nesso di casualità, l'elemento soggettivo e tanto altro ancora. Tutti temi che verranno scrutinati nelle varie relazioni ottimamente programmate e scandite.

Senonché ogni disquisizione teorica, seppur costruita cartesianamente, è tuttavia cedevole di fronte ad un riscontro pratico che è da tutti avvertito, anche se sarebbe auspicabile una indagine sul campo, perlomeno a campione, per avere una verifica sul piano dei numeri di quello che è un convincimento diffuso. Ovvero che, ad onta della vera e propria rivoluzione copernicana determinata dall'*overruling* in punto di risarcibilità degli interessi legittimi, in realtà soprattutto grazie alla spinta decisiva dell'ordinamento comunitario, la risarcibilità da provvedimento è ben lungi dal raggiungere quella pienezza di tutela quale si riscontra nella azione risarcitoria davanti all'A.G.O. Le ragioni sono molteplici (anche se invero non tutte convincenti), e che si può dire complessivamente costituiscano un (nuovo) "muro", così come era definito il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi.

La prima è che con tutta probabilità dietro all'indirizzo restrittivo vi è un retropensiero che poi era quello che innervava l'indirizzo pietrificato affermatosi in giurisprudenza sino alla notissima sentenza delle Sezioni unite n. 500/1999, ovvero la tutela del pubblico erario [3]. Retropensiero che del resto traluce con chiarezza dalla sentenza della Corte costituzionale n. 94/2017 nella quale, al fine di giustificare il rigetto della questione di legittimità costituzionale del termine decadenziale introdotto nel codice del processo amministrativo (c.p.a.) per l'azione risarcitoria dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, si legge appunto che nel rapporto giuridico amministrativo, assume preminenza la sua certezza, intesa come stabilità degli effetti giuridici, anche nella sua declinazione risarcitoria [4]. Ciò – si assume – secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di sicurezza degli assetti economici (art. 2377, comma 6, c.c.). Questo anche perché la protezione dell'interesse al consolidamento dei bilanci delle pubbliche amministrazioni in quanto dotato di protezione costituzionale (artt. 81, 97 e 119 Cost.), esclude che, a distanza rilevante di tempo, siano possibili continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa.

Altra ragione è data dalla struttura del processo amministrativo, o ancor più dalla sua tradizione (anche forense), che è concentrata sul provvedimento ed ha una scarsa attenzione o, meglio, propensione alla fase istruttoria, necessaria invece sia per stabilire il nesso di casualità, sia il *quantum.*

Una terza ragione della "dequotazione risarcitoria" sta nel fatto che il risarcimento è considerato un rimedio complementare rispetto a quello demolitorio,

---

[3] Cass. civ., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali.*

[4] Corte cost., sentenza 4 maggio 2017, n. 94, Pres. Grossi, Red. Criscuolo.

che viene considerato come il rimedio primario nei confronti dell'attività provvedimentale della pubblica amministrazione. Ciò è tanto vero che disposizioni come quella dell'art. 125 c.p.a., tra l'altro estese dalla più recente legislazione ad altre ipotesi e in via giurisprudenziale alle sanzioni in materia sportiva, che hanno introdotto la tutela per equivalente in luogo della tutela annullatoria, hanno trovato non poche reazioni critiche presso la dottrina (peraltro a mio avviso non convincenti, come ho cercato di dimostrare in un mio recente scritto). Nel contempo, si è sostenuto che a fronte degli interessi oppositivi la reintegrazione in forma specifica coinciderebbe *tout court* con l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, nel senso che risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente costituiscono forme alternative di ristoro, di cui la prima, ove praticabile, elimina l'area del danno risarcibile, o al più la confina al solo danno emergente.

Una quarta ragione sta nel fatto che nel giudizio risarcitorio si ritiene necessario dimostrare la spettanza del bene della vita, ovvero la certezza che il provvedimento richiesto dovesse essere rilasciato. Il che, al di fuori delle ipotesi di potere del tutto vincolato, è oltremodo difficile da dimostrare, e in ogni caso deve fare i conti con il potere di riedizione del potere amministrativo. Lo stesso principio vale per il danno da ritardo, essendo la giurisprudenza consolidata nel ritenere la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il richiesto provvedimento ampliativo favorevole.

Una ulteriore ragione è che, malgrado non siano mancate né in dottrina né in giurisprudenza tesi volte ad inquadrare la responsabilità da provvedimento illegittimo nella responsabilità precontrattuale per inosservanza delle regole di buona fede e correttezza che devono presiedere alle trattive contrattuali, oppure nella responsabilità da contatto sociale qualificato o da rapporto procedimentale, nel senso che gli obblighi imposti alla pubblica amministrazione in sede di procedimento amministrativo si configurano come obbligazioni a favore degli interessati nascenti direttamente dalla legge, alla fine ha prevalso la tesi della responsabilità extra contrattuale con tutte le conseguenze in punto di prova del nesso di casualità e di prescrizione, che sono fattori di ulteriori ostacoli.

Ma c'è di più, che nasce dalla specialità della disciplina posta dall'art. 30, comma 3, del c.p.a. Ivi infatti si dispone che nel determinare il risarcimento, «il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti». Nella sostanza ciò significa che una condotta (attiva od omissiva che sia), per la quale vengono provocati danni che invece si sarebbero potuti evitare secondo il canone della causalità civile fondata sulla probabilità relativa (secondo il criterio del "più probabile che non"), spezza, in tutto o in parte, il nesso causale che deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza dell'omessa impugnazione, in quanto preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presuntivamente evitati attraverso l'azione

giudiziaria. Tra l'altro, nella giurisprudenza è anche riscontrabile un generico richiamo all'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali possono essere i ricorsi amministrativi ma anche iniziative finalizzate alla autotutela amministrativa (c.d. invito all'autotutela). Malgrado non siano mancate forti contestazioni in dottrina (tra le tante quelle raffinatissime e penetranti di F.G. Scoca), e – aggiungo io – malgrado i forti dubbi di costituzionalità rispetto all'art. 28 Cost. che questa sostanziale riduzione della responsabilità solleva, la giurisprudenza è orientata nel senso di dare una lettura *quam maxime* estensiva dei controlimiti alla responsabilità introdotti dall'art. 30 c.p.a.

Altro punto controverso, e in definitiva riduttivo della responsabilità, è quello dell'elemento soggettivo. È rimasta infatti limitata alla materia dei contratti pubblici il principio affermato dalla Corte di giustizia dell'Ue, sentenza 30 settembre 2010 in causa C-314/09 (Stadt Graz), secondo cui il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c) della Direttiva 89/665 costituisce un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. Invero, la qualificazione del risarcimento da mancata aggiudicazione come ipotesi di responsabilità che prescinde dal requisito soggettivo (da riferire – come noto – all'apparato e non al soggetto agente) presenta una valenza extrasettoriale, in quanto principio generale del diritto comunitario, dovrebbe trovare applicazione al di là del campo degli appalti pubblici. E anzi, la giurisprudenza è propensa ad escludere la responsabilità in tutti i casi di incertezza normativa, di oscillazioni giurisprudenziali, di novità normative, di incertezze sui fatti e anche di istanza non sufficientemente ponderata da parte dell'interessato (ad esempio una domanda incompleta o che si basa solo su una prassi).

Quanto al danno, ove si giunga a ravvisarne i presupposti, di solito è determinato (anche quando – se pur raramente – il giudice si limita a dettare criteri ai sensi dell'art. 34 c.p.a), attraverso presunzioni o criteri asseritamente equitativi, senza alcun riferimento alla concretezza dello stesso. A meno che – "l'osservazione" di C.E. Gallo – il giudizio non provenga da una *translatio* dal giudice ordinario, e in tale sede sia stata svolta una completa istruttoria sul nesso di casualità e sui danni.

Tra l'altro questo *self-restraint* è presente anche nelle controversie interessanti i diritti fondamentali, la cui cognizione, come ha più volte rilevato la Corte costituzionale, non è preclusa alla giurisdizione amministrativa (ovviamente ove tali diritti siano piegati o negletti da provvedimenti amministrativi): il che è in palese distonia con la giurisprudenza civile che proprio dalla tutela dei diritti fondamentali ha tratto una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., nel senso che sono risarciti anche i danni non patrimoniali pur in assenza di reato.

Stando così le cose viene anche da considerare, in maniera diversa da quella riscontrabile presso tutti gli amministrativisti, il noto indirizzo della Cassazione

secondo cui la responsabilità dell'Amministrazione derivante da provvedimento poi annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale sarebbe una responsabilità da comportamento o meglio da un comportamento che ha violato le regole di correttezza e di buona fede, nel senso che l'evento dannoso, sarebbe nella sostanza provocato da una condotta che ha determinato una fiducia mal riposta, e pertanto soggetto alla giurisdizione ordinaria. È risaputo che si tratta di un indirizzo criticato da più parti, sia perché trascura il principio di concentrazione delle tutele (nonché la giurisdizione esclusiva in molte materie), sia perché in definitiva il fattore causale del danno è sempre un provvedimento poi rivelatosi illegittimo.

Tuttavia, davanti al giudice ordinario non vi sono tutte le limitazioni né di diritto positivo né culturali che incombono sul giudizio risarcitorio davanti al giudice amministrativo e sopra in sintesi ricordate. Dico questo non perché auspichi una estensione della giurisdizione dell'AGO (al contrario!), ma perché confido che gli indirizzi giurisprudenziali che si andranno via via a formare in punto di responsabilità da comportamento vadano a determinare un influsso positivo verso la giurisprudenza amministrativa, inducendola ad abbandonare quella congerie di veri e propri *idola fori*, che nel complesso costituiscono una solida rete di contenimento della responsabilità da provvedimento.

Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive

Aldo Travi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La difficile ricerca di una distinzione rigorosa fra diritti soggettivi e interessi legittimi. – 3. La responsabilità dell'amministrazione fra diritto comune e diritto speciale: il contributo di Elio Casetta.

1. *Premessa*

Il tema che mi è stato assegnato vede intrecciati due motivi ugualmente importanti: potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive da un lato, e responsabilità degli illeciti degli enti pubblici dall'altro lato. Su questi due motivi se ne sovrappone un terzo, non meno importante, rappresentato dall'insegnamento di Elio Casetta, la cui monografia è stata meritoriamente ristampata dall'Università di Torino [1]. Raccogliere in un unico filo questi motivi è difficile e la difficoltà non è attenuata dalla circostanza che vengono considerate ragioni che sono alle origini del nostro diritto amministrativo e che nello stesso tempo rivelano una piena attualità, come è testimoniato, in particolare, dalle vicende recenti della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica.

2. *La difficile ricerca di una distinzione rigorosa fra diritti soggettivi e interessi legittimi*

Il tema rappresentato dalle situazioni giuridiche soggettive e dalla loro relazione con il potere amministrativo concerne alcune nozioni fondamentali, ma ancora oggi discusse, del diritto amministrativo. Si pensi alla nozione di potere amministrativo, che si innesta su quella di potere giuridico, introducendo però una qualificazione – potere "amministrativo" – che non è puramente soggettiva: l'interesse legittimo considerato dall'art. 103 della Costituzione [2] non si rapporta

[1] Per chi ha avuto l'onore di conoscere Elio Casetta, il piacere di frequentarlo, il privilegio di averlo come amico si tratta di un'iniziativa straordinaria, di altissimo rilievo culturale.

[2] Sull'art. 103 Cost. e sulla rappresentazione del giudice amministrativo come "giudice del po-

semplicemente con un "potere regolato" dell'amministrazione, ma, come è stato sottolineato nel 2004 dalla Corte costituzionale in una celebre sentenza [3], è appunto in relazione con il "potere amministrativo". Si pensi ancora alla sistematica delle situazioni giuridiche soggettive e al dibattito sul fondamento dell'interesse legittimo e sulla sua individuazione [4], fondamento a mio parere di non facile identificazione, ma, ciò nonostante, imposta dalla norma costituzionale sul riparto di giurisdizione. Sullo sfondo emergono ragioni ancora più profonde, che attengono alla distinzione fra diritto amministrativo e diritto comune e fra alcune forme di potere dell'amministrazione e le altre modalità di esercizio della funzione amministrativa [5], in definitiva tutti temi identitari per la cultura e la scienza del diritto amministrativo.

A me pare che la riflessione più recente sulle situazioni giuridiche soggettive evidenzi, accanto a profili strutturali che riconducono a ragioni di ordine generale e perciò di teoria generale [6], anche profili condizionati dalla evoluzione concreta

---

tere", cfr. A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 474 ss., specialmente p. 460 ss.

[3] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204. La sentenza fu subito oggetto di un'attenzione non circoscritta alla sua portata pratica. Fra gli altri, si segnalano in questo senso gli interventi di V. CERULLI IRELLI e di R. VILLATA, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 799 ss.; di L. ALBINO, di F.G. SCOCA e di S. LARICCIA, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2181 ss.; di M. CLARICH, A. POLICE, B.G. MATTARELLA e di A. PAJNO in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 969 ss.; di S. BENINI, F. FRACCHIA e di A. TRAVI in *Foro it.,* 2004, I, p. 2594 ss.; di M.A. SANDULLI in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, p. 121 ss.; di A. ANGELETTI, in *Resp. civ.*, 2004, p. 1003 ss.

[4] Illustrare qui anche solo i profili essenziali di questo dibattito non è possibile: mi permetto soltanto di richiamare, fra gli interventi recenti, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Giuffrè, Milano, 2005; AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo. Atto del convegno in memoria di Umberto Pototschnig (Milano, 19 aprile 2013)*, Jovene, Napoli, 2014; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017. L'attualità del dibattito è testimoniata anche dagli interventi suscitati dalla pubblicazione dei volumi (che a loro volta originariamente traevano spunto da una prospettiva soprattutto processuale) di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2020-2023: cfr. gli interventi di F.G. SCOCA, V. CERULLI IRELLI, M. TRIMARCHI, E. ZAMPETTI, in *P.A. – Persona e amministrazione*, 2, 2021, p. 509 ss., e A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2022, p. 244 ss.

[5] Ne è esempio, sul piano formale, l'istituto degli accordi pubblici (artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241): gli accordi pubblici sono atti consensuali (mentre del potere è considerata tradizionalmente, come carattere, proprio l'unilateralità), ma non sfuggono alla logica del potere; rappresentano infatti una modalità di espressione del potere amministrativo, come d'altronde è riconosciuto anche da Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, già cit. Sul piano sostanziale il tema assume un rilievo centrale nelle riflessioni sulla c.d. funzionalizzazione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, oggetto di un dibattito più intenso a partire dagli anni '90 in seguito alla c.d. trasformazione del pubblico impiego in un rapporto contrattuale.

[6] Si tratta di profili messi in luce innanzi tutto negli studi che hanno analizzato questa tematica nella prospettiva di una teoria generale del "potere" giuridico: fra essi, in particolare: A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di economia e commercio*

delle relazioni giuridiche e dell'ordinamento in cui si ambientano tali relazioni. Al primo ordine di profili attengono alcune considerazioni complessive sui due termini fondamentali di riferimento, l'interesse legittimo e il diritto soggettivo. Dell'interesse legittimo, su un piano generale, è comune il riscontro della relazione con il potere amministrativo, relazione che però spesso finisce col caricare sul secondo termine (il potere amministrativo, appunto) le incertezze che gravano originariamente sul primo. Ne è esempio la difficoltà di considerare unitariamente, per questi profili, l'attività discrezionale e l'attività vincolata: difficoltà evidenziata non solo nelle elaborazioni più raffinate di Capaccioli [7] e di Orsi Battaglini [8], ma anche in alcune considerazioni più banali, come quelle di quella nota giurisprudenza di Cassazione secondo cui rispetto ad un'attività vincolata indirizzata a soddisfare interessi privati si configurerebbe sempre un diritto soggettivo [9]. A queste obiezioni si suole rispondere richiamando una nozione formale di potere giuridico: essa soddisfa molte esigenze di sistema, ma non riesce sempre a corrispondere al quadro positivo; basti pensare, in proposito, all'assetto della tutela nei confronti delle sanzioni amministrative [10], o dei provvedimenti in tema di iscrizione in albi o in registri [11]. La distinzione fra due figure giuridiche deve avere confini chiari e non può convivere con ragioni solo parziali o tendenziali. Nello stesso tempo continua a riemergere, per lo meno nella dottrina, l'immagine di un interesse legittimo identificato con una pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, e perciò amputato della sua componente – a mio parere, fondamentale – rappresentata dal c.d. bene della vita. È un'immagine alla quale già Elio Casetta dedicò alcune pagine critiche, pur accogliendo la distinzione fra interesse materiale e interesse legittimo sostenuta con vigore in quegli anni da Edoardo Garbagnati [12].

---

dell'Università di Messina, 2, 1981, p. 405 ss., in dialettica soprattutto con G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova 1968. Sulla riflessione di Romano Tassone, anche alla luce dei suoi interventi successivi su questi temi, cfr. E. FOLLIERI, *Il potere amministrativo tra autorità e consenso nelle opere di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, p. 651 ss.

[7] E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, pubblicato anche in *Diritto e processo*, Cedam, Padova 1978, p. 301 ss.; *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Cedam, Padova 1983, p. 239 ss.

[8] Di Orsi Battaglini, oltre a *Alla ricerca dello Stato di diritto* cit., ai fini che qui rilevano è fondamentale: *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Utet, Torino, 1987, p. 1 ss.

[9] Cfr. per esempio Cass., sez. un., 23 agosto 1990, n. 8576 (in tema di rilascio della carta di circolazione di un autoveicolo).

[10] Cfr. già Corte cost., 4 marzo 1970, n. 32 (ma cfr. anche Corte cost., 18 aprile 1983, n. 90).

[11] Cfr. Cass., sez. un., 15 marzo 2017, n. 6821.

[12] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, p. 26 ss. Sull'opera scientifica di E. Garbagnati, e sull'influenza del suo volume, *La giurisdizione amministrativa. Concetto ed oggetto*, Giuffrè, Milano, 1950, sulla dottrina successiva (su Piras e su Nigro, in particolare), cfr. AA.VV., *Edoardo Garbagnati: atti della giornata di studio per il centenario della nascita*, in *Jus*, 1, 2014, p. 5 ss.

Problemi ancora maggiori si presentano se si considera il secondo termine di confronto, il diritto soggettivo, i cui caratteri dai cultori del diritto amministrativo sono spesso più postulati, che analizzati. Mi riferisco non tanto ad alcune celebri rappresentazioni del diritto soggettivo che risentono ancora di illustri schemi ottocenteschi (da Savigny [13], a Jhering [14], o a Thon [15]), ma al confronto del diritto soggettivo con altre nozioni fondamentali per l'analisi delle situazioni giuridiche soggettive. Santoro Passarelli, settant'anni fa, nelle pagine delle sue «Dottrine generali del diritto civile» [16], registrava la difficoltà di distinguere nel diritto privato il diritto soggettivo dalle situazioni di potere giuridico e proponeva di considerarli unitariamente, con un indirizzo che non è stato condiviso da tutti – basti pensare alle più acute elaborazioni sulla figura dell'interesse legittimo nel diritto privato [17] –, ma che risulta ancora oggi maggioritario nella dottrina civilistica.

Ritengo, però, che l'elemento più significativo, nel dibattito recente sul diritto soggettivo, sia stato un altro, e cioè il superamento di una concezione schematica dell'obbligazione (e non possiamo dimenticare che è soprattutto ai rapporti di credito che, almeno a partire dagli scritti di Barbero, si appuntava il confronto fra diritto soggettivo e interesse legittimo nella scienza privatistica). In questa concezione schematica la relazione fra creditore e debitore veniva sintetizzata nella relazione fra una condizione di potere ed una soggezione che incontrava come unico limite la configurabilità del credito stesso. Oggi si ritiene invece che anche questa relazione presenti caratteri diversi, soprattutto per l'estensione che hanno ricevuto i principi di buona fede e di affidamento: tali principi condizionano e ridisegnano i caratteri del credito e inducono a non accettare un'immagine puramente passiva della posizione del debitore [18]. D'altronde gli obblighi di buona fede, in base all'art. 1175 c.c., gravano su entrambe le parti, e ciò significa, fra l'altro, che l'affidamento non può essere risolto nell'aspettativa del creditore

---

[13] Si pensi alla concezione di Savigny del diritto soggettivo, come potere di agire entro i confini segnati dal diritto oggettivo.

[14] Si pensi, particolarmente, alla concezione del diritto soggettivo come interesse protetto dall'ordinamento.

[15] Mi riferisco alla concezione del diritto soggettivo come tecnica di protezione di un interesse.

[16] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1954, p. 53 ss.

[17] La proposta di L. BIGLIAZZI GERI, in *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967, è stata al centro di approfondimenti e di sviluppi in U. BRECCIA-L. BRUSCUGLIA-F. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Giappichelli, Torino, 2001. Mi pare significativo, a conferma del carattere non occasionale di questo dibattito sulla collocazione dell'interesse legittimo anche nel diritto privato, che le elaborazioni sull'interesse legittimo nel diritto privato storicamente avessero accompagnato, più ancora che seguìto, le omologhe elaborazioni nel diritto amministrativo (cfr. G.P. CHIRONI-L. ABELLO, *Trattato di diritto civile*, vol. I, F.lli Bocca, Torino, 1904, p. 128).

[18] Su questi sviluppi ha portato l'attenzione particolarmente A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico – Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa e dir. privato*, 4, 2014, 1191 ss. (e in AA.VV., *Colloquio sull'interesse legittimo*, cit., p. 67 ss.).

all'adempimento del debitore. Si tratta di soluzioni che in certi ambiti sono state particolarmente valorizzate, tanto che in alcuni casi – penso, per tutti, al diritto dei consumatori – facciamo fatica a tradurre le posizioni delle parti nella contrapposizione fra un soggetto creditore e un soggetto debitore. Queste soluzioni sono state rispecchiate però anche in termini più generali, per esempio, negli sviluppi riconosciuti all'abuso del diritto rispetto all'adempimento delle più comuni obbligazioni [19]. Infine, anche rispetto alle situazioni giuridiche del diritto privato, non si può dimenticare che i principi costituzionali hanno contribuito a rimodellare per molti aspetti il rapporto fra le parti, dando rilievo a profili diversi dal contenuto della prestazione: basti pensare, per tutti, al caso dei poteri privati del datore di lavoro.

In questo contesto rimane ferma l'esigenza di ricercare una distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo, se non altro perché, come ho già ricordato, il nostro sistema di giustizia amministrativa all'art. 103 Cost. la richiede. Alla distinzione fra le due figure, però, non si può assegnare il valore di una separatezza sul piano dei principi o di una incomunicabilità sul piano delle discipline [20].

3. *La responsabilità dell'amministrazione fra diritto comune e diritto speciale: il contributo di Elio Casetta*

Queste considerazioni riconducono necessariamente alla monografia di Elio Casetta di cui pochi mesi orsono ricorreva il 70° anniversario dalla pubblicazione. A me pare infatti che da questa monografia si possano trarre ancora oggi alcuni insegnamenti importanti.

Non mi riferisco soltanto ad alcuni indirizzi di fondo, come la chiara consapevolezza della novità del quadro costituzionale e della necessità di porlo al centro anche dell'indagine sull'illecito degli enti pubblici, o al metodo dell'indagine, testimoniato dall'attenzione scrupolosa e tutt'altro che passiva anche per gli sviluppi della dottrina privatistica. Questi indirizzi sono pienamente attuali, in un contesto odierno in cui il dibattito – una volta superata la barriera rappresentata dalla irrisarcibilità dei danni a interessi legittimi – tende a privilegiare la logica della parcellizzazione e a rinunciare a fornire un contributo sul piano della teoria generale. L'attualità del volume di Casetta, però, non si risolve soltanto su questo piano.

«L'illecito degli enti pubblici» non rinnegava le convinzioni dell'epoca: anche le soluzioni più innovatrici venivano valutate dall'autore in un contesto di

---

[19] Basti pensare alla nota tematica dell'abuso del diritto nel diritto privato, come recepita, per esempio, dalla giurisprudenza che ha stigmatizzato il frazionamento delle azioni per il recupero di un credito (cfr. Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090; Cass., sez. II, 17 settembre 2021, n. 25174).

[20] In questo senso, a mio parere, l'interesse legittimo meriterebbe di essere considerato – più che nella logica di una situazione giuridica alternativa al diritto soggettivo – come una '*species*' del '*genus*' rappresentato dal diritto soggettivo.

ragionevole realismo. Questa rappresenta una "cifra" costante della riflessione dell'autore. Nel volume erano registrate alcune posizioni allora del tutto comuni, come quella secondo cui l'illecito aquiliano nel codice civile avrebbe garantito soltanto i diritti assoluti: la sentenza della Cassazione sul caso Meroni sarebbe intervenuta oltre quindici anni dopo, nel 1971 [21]. Trovava spazio inoltre la tesi secondo cui per l'interesse legittimo sarebbe stata ammessa soltanto una tutela impugnatoria: questa affermazione allora, sul versante amministrativistico, era messa in discussione da pochi, come Giovanni Miele [22], e solo alcuni anni dopo sul versante civilistico l'esclusione del risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi sarebbe stata oggetto di critica serrata, soprattutto grazie ad una celebre prolusione di Piero Schlesinger incentrata su una nuova lettura del sintagma del "danno ingiusto" [23]. Peraltro lo stesso Casetta dichiarava di auspicare il superamento di tale esclusione [24]: così dimostrava per lo meno di nutrire perplessità sulla rigidità della soluzione negativa e poneva in evidenza come anche una posizione realistica non potesse escludere un'attenzione critica.

Analogamente potrebbe suscitare più di un dubbio l'impegno con cui l'autore propugnava la tesi secondo cui la responsabilità dell'ente pubblico per il fatto del funzionario sarebbe stata solo "indiretta" (corollario di questa tesi, fra l'altro, la dissociazione fra illecito e responsabilità dell'ente) [25], oppure la tesi che traduceva l'illecito nell'assoggettamento a obblighi risarcitori imposti dalla legge (a proposito degli enti pubblici, scriveva Casetta, la responsabilità consegue all'inadempimento dell'obbligazione risarcitoria [26]).

---

[21] Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174.

[22] G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Cedam, Padova 1953, p. 183 ss., poneva alla base dell'illecito la lesione di un «interesse giuridico», e non solo di un diritto soggettivo: di conseguenza, «quando la lesione di siffatto interesse [l'interesse legittimo] si traduce in un danno per il suo titolare, come è concepibile che avvenga, nulla si oppone a che trovi applicazione anche qui il concetto di responsabilità, nonostante che l'autore del fatto lesivo non abbia contravvenuto ad alcun suo obbligo o speciale o generale» (*ivi*, p. 183). Nel senso che una responsabilità civile dell'amministrazione potesse configurarsi soltanto per violazione di diritti soggettivi, si era espresso anche R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1939, p. 173 ss.

[23] P. SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 3, 1960, p. 336 ss. Non si può dimenticare che il Convegno di Napoli, in cui fu affrontato puntualmente il tema della risarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi, si tenne dieci anni dopo la pubblicazione della monografia di Casetta (27-29 ottobre 1963 – cfr. AA.VV., *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè, Milano, 1965).

[24] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 26 ss.

[25] Nel senso che l'art. 28 Cost., nel contemplare l'"estensione" allo Stato e agli enti pubblici della responsabilità civile per fatto dei funzionari e degli impiegati pubblici, intendesse recepire il modello della responsabilità "indiretta" (art. 2049 c.c.), cfr. già G. COLZI, *La responsabilità dei pubblici funzionari*, in *Commentario sistematico alla Costituzione*, a cura di P. CALAMANDREI-A. LEVI, Barbera, Firenze, 1950, p. 266 ss.

[26] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 98.

Il profilo nodale, a mio parere, è un altro. Casetta dimostrava, nel suo volume, come il tema della responsabilità civile dell'amministrazione dovesse essere affrontato alla luce dei principi generali sulla responsabilità civile: si dovevano perciò evitare argomenti "ad hoc", come era quello che concepiva una responsabilità di carattere speciale, la c.d. "responsabilità di diritto pubblico" [27]. Rispetto alla responsabilità dell'amministrazione, nel nostro ordinamento la dialettica fra ragioni generali, chiaramente fondate sul diritto, e prospettive di specialità, che invece in ultima analisi si basavano su assiomi ideologici, era già ben presente all'autore e la soluzione che lui coltivava non poteva che essere a favore del diritto. Anche l'art. 28 della Costituzione – di cui Casetta, a differenza di altri, sosteneva già allora l'immediata precettività – doveva essere letto proprio in questa logica. L'autore dimostrava infatti che la distinzione fra attività di diritto privato e attività di diritto pubblico non si rifletteva in alcun modo sulla responsabilità dell'amministrazione, che richiedeva perciò di essere «impostata su una base unitaria» [28].

Questo insegnamento risulta ancora pienamente attuale, alla luce delle ricorrenti proposte – prima della Cassazione, oggi del Consiglio di Stato – di introdurre elementi di specialità, quando si discuta di responsabilità civile per lesione di interessi legittimi. Nella giurisprudenza dell'ultimo quarto di secolo l'esito sembra quasi paradossale. Infatti, sul piano dei principi, viene proclamata la convergenza verso un modello generale, identificato in genere nell'art. 2043 c.c.: la deviazione verso una responsabilità contrattuale [29] sembra riscuotere minori consensi, ma comunque non pone in discussione la convergenza verso un modello generale di matrice civilistica [30]. Tuttavia, quanto più viene dichiarata l'adesione a un modello generale, tanto più risulta praticato un canone di specialità. Basti pensare, nella giurisprudenza amministrativa, alla rappresentazione dell'elemento soggettivo [31], all'identificazione di oneri speciali di diligenza a carico del creditore

---

[27] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 97 ss. Da ciò derivava la tesi – illustrata *ivi* a p. 103 ss. – secondo cui i casi in cui sarebbe stato configurabile un obbligo di corrispondere un indennizzo per attività lecita avrebbero dovuto ritenersi casi peculiari di una giustizia distributiva, dai quali non si sarebbe potuto desumere alcun principio generale.

[28] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 107.

[29] In genere essa risulta filtrata attraverso la figura – peraltro ampiamente discussa in ambito privatistico (cfr. C. CASTRONOVO, *La 'civilizzazione' della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2013, p. 637 ss.) – della responsabilità da contatto sociale: cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2020, n. 2358, Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833. In termini critici rispetto a questa tesi, rispetto alla responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, cfr., Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7; Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291, che richiamano invece come modello la responsabilità aquiliana rappresentata dall'art. 2043 c.c.

[30] Sono piuttosto rare, infatti, le pronunce che invece ascrivano espressamente la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi ad una responsabilità di carattere "speciale". Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5611.

[31] Cons. Stato, sez. II, 24 luglio 2019, n. 5219; Cons. Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882; Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2016, n. 4266.

che penalizzano pesantemente la sua azione [32], all'utilizzo di argomenti indiziari, più che di prove in senso proprio, per identificare il danno e per determinarne la consistenza, all'applicazione di criteri di liquidazione restrittivi che spesso mirano a compensare tutt'al più il danno emergente [33]. Ancora una volta, alla specialità della giurisdizione segue l'elaborazione di un diritto sostanziale "speciale" in assenza di una ragione fondata obiettivamente sul diritto.

La distinzione fra le situazioni giuridiche soggettive non giustifica soluzioni del genere. E Casetta, pur in un contesto ben diverso da quello attuale determinato dall'indirizzo inaugurato dalle sezioni unite nel 1999, lo dimostrava puntualmente. Lo dimostrava, per esempio quando rilevava con fermezza che la circostanza che l'amministrazione fosse dotata di un potere discrezionale non poteva escludere in alcun modo la sua responsabilità, se era configurabile la lesione di una situazione giuridica altrui [34]. Lo dimostrava, ancora, quando, sulle orme di Cammeo e di Santi Romano, ricostruiva la "colpa" dell'amministrazione nella violazione del dovere di agire come prudente e diligente amministratore [35].

Certamente, la replica di Casetta alla tesi secondo cui il carattere discrezionale del potere avrebbe precluso la configurabilità di qualsiasi responsabilità civile riconduceva ancora allo schema secondo cui una responsabilità sarebbe stata configurabile solo nel caso di lesione di un diritto soggettivo. Tuttavia, emergevano anche argomenti diversi, come appunto quello rappresentato dal rilievo assegnato alla figura del «prudente e diligente amministratore», che erano idonei ad estendere la responsabilità civile dell'amministrazione anche a situazioni caratterizzate dall'esercizio di un potere [36]. A ben vedere, centrale e determinante – nell'opera di Casetta – non era più la lesione di un diritto soggettivo, ma diventava la circostanza che una condotta scorretta dell'amministrazione pregiudicasse un interesse meritevole di tutela [37].

In questo modo anche l'argomento fondato sulla "specialità" del diritto dell'amministrazione pubblica finiva – e a maggior ragione finisce anche oggi – con l'essere messo seriamente in discussione. E, una volta superato l'argomento della specialità, anche il dibattito sulle situazioni giuridiche soggettive può essere riportato alla sua dimensione reale.

---

[32] Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 12; Cons. Stato, sez. VI, 20 giugno 2013, n. 3368; Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2012, n. 4309; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3066.

[33] Sui criteri di liquidazione del danno, come esempio di un atteggiamento molto prudente nei confronti dell'amministrazione, cfr. Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7.

[34] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 155.

[35] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p. 156 ss. Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Cedam, Padova, 1937, p. 307; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, La Litotipo, Padova, 1914, p. 415.

[36] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., p.156.

[37] In questo senso riemerge l'importanza dell'insegnamento di Miele, già richiamato nella nota n. 22.

Per le magnifiche corti e progressive. Ipotesi sugli interessi legittimi trans-soggettivi [*]

Pier Luigi Portaluri

SOMMARIO: 1. Il balzo nel passato e le condizioni di un nuovo divenire: oltre la giurisdizione soggettiva? – 2. Legittimazione ad agire del cittadino e legittimazione democratica del giudice: il dilemma contromaggioritario e la resistibile conquista della duplice sovranità. – 3. Jhering *reloaded*: «nei nostri interessi dipingiamo noi stessi». Quando un civilista dà agli amministrativisti una lezione di civismo. – 4. Espropriare l'Inappropriabile: la P.A. e l'azione in trans-soggettività. – 5. Il progressismo giuridico del Consiglio di Stato e delle alte Corti.

1. *Il balzo nel passato e le condizioni di un nuovo divenire: oltre la giurisdizione soggettiva?*

Un "diritto" aperto, spalancato sulla dimensione politica della vita. Che lo alimenta, lo sostanzia nella sua interezza. Non riesco a concepire diversamente il tema dell'accesso al giudice, civile o amministrativo che sia. Inutile ripercorrere le strade che il pensiero ha battuto, con le sue polemiche sulla possibilità o comunque utilità di giuridicizzare le chiavi che aprono o chiudono quella porta: il cupo *Rechtsschutzbedürfnis* di Adolf Schönke (da lui, poi, prontamente denazificato nell'immediato dopoguerra, a seguito di ravvedimento tanto subitaneo, quanto – dobbiamo ritenere – sincerissimo …); il sarcasmo di Redenti sulla quinta ruota del carro; la pericolosa rinascita del controllo (sostanziale e) processuale sulla meritevolezza di tutela come terza condizione dell'azione (onde il tema dell'abuso); adesso la perfida cattiveria di Benjamin Pouchoux, che parla dell'interesse ad agire come pargoletto giuridico «né de norme inconnue» [1], d'ignoti natali; stanno lì a dimostrare che quella serratura non funziona con i nostri arnesi.

È, in somma, *Prozessidee.* Ognuno ci mette quello che *avverte*, nel senso alto e pieno dell'etimo: quello, cioè, cui l'animo si volge perturbato e commosso, come direbbe il Gran Napoletano della *Scienza nuova.*

---

[*] Questo scritto è destinato al *Liber amicorum* Stelio Mangiameli.

[1] B. POUCHOUX, *Accès au juge administratif et intérêt à agir: je t'aime... moi non plus?*, in A.G. OROFINO-O. RENAUDIE (a cura di), *L'accès au juge administratif. Tensions et évolutions*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2025, p. 11 ss., spec. p. 12.

Marco Magri, per esempio, esprime così il *credo*, affiggendo alla porta del suo studio immaginale la propria, personalissima tavola dei valori: «Non è vero che l'accesso alla giustizia amministrativa, più largo è, meglio è. Il suggestivo progetto di rinnovare la figura dell'interesse legittimo corredandola di imperativi morali o altruistici può forse essere adeguato ad altri contesti giudiziari, non, di certo, ai sistemi giuridici democratici, dove i rischi di deformazione del ruolo del giudice sono superiori ai benefici apportati dai concetti e dalle formule impiegate per dimostrare la soggettivazione di istanze pseudo-popolari»[2]. Un giurista statunitense di ispirazione liberale probabilmente lo considererebbe un *non relaxed or non softened approach*, una visione troppo restrittiva dello *standing to sue* in base alla *Case and Controversy Clause* di cui all'art. III della loro Costituzione.

A me pare, invece, che il tema presupponga una teoria o una teologia *politica* circa la funzione del giudice.

Parlo qui del giudice amministrativo.

Si può, per esempio, portare all'esasperazione persino grottesca il carattere *soggettivo* della sua giurisdizione. Un'operazione pesantemente ideologica, di stampo vetero-borghese e paleo-individualista. Ammettiamolo: da quel 9 giugno 1864 a oggi si sono acquietati gli echi del «ch'ei si rassegni», gli alti lai per i vuoti di tutela verso il cittadino angariato dagli attacchi del bieco e feroce potere amministrativo al suo personalissimo patrimonio, alla sua amata «roba». Tutti Mazzarò[3] in eterno pericolo.

È passato tanto, troppo tempo. Faccio una gran fatica a immaginare – nella parte dei predatori cattivi – quattro sindaci squattrinati[4] e terrorizzati dallo strapotere delle procure penali (aggiungo quelle contabili)[5]; o comunque un'amministrazione pubblica egra e slabbrata, ben lontana dall'essere quel monolite misterioso e inesorabile[6] combattuto dai *patres*, quando i percorsi di giuridicizzazione e di giustiziabilità erano accidentati cammini semitali.

---

[2] Dice così M. MAGRI, *Genesi e protezione delle posizioni giuridiche soggettive avverso il potere pubblico: per un ripensamento della teoria della "delegittimazione" ad agire nel processo amministrativo*, in *P.A. – Persona e Amministrazione*, 2, 2023, p. 1 ss., spec. p. 10.

[3] *La Roba* di Verga, ovviamente.

[4] Disposti persino a "svendere" il proprio territorio e la qualità dell'abitare ricorrendo a quell'ignobile *monstrum* etico-giuridico che va sotto il nome di monetizzazione delle opere di urbanizzazione: tutto, pur di incamerare danaro per risanare (?) il bilancio.

[5] Resta poi da vedere se ci sarà *Tod und Verklärung* per l'abrogato abuso d'ufficio, fra le tante rimessioni alla Consulta (una gara presenzialista, perché con argomentazioni abbastanza sovrapponibili, a investire la Corte: Trib. Firenze, 24 settembre 2024; Trib. Locri, 30 settembre 2024; Trib. Firenze, 3 ottobre 2024; Trib. Busto Arsizio, 21 ottobre 2024; ma ce ne sono altre, credo. Il 7 ottobre 2024 il Tribunale di Reggio Emilia ha saputo invece respingere la richiesta della procura) e le probabili strategie ermeneutiche pericolosamente dimentiche del *nullum crimen*, volte a compensare la perdita di potere attraverso l'estensione dell'area coperta dagli altri reati contro la P.A.

[6] Farei poche eccezioni. Fra queste, il potere d'interdittiva antimafia. Ma qui siamo in pieno diritto amministrativo (e penale) del nemico: tutta un'altra storia, quindi, ai limiti persino del *Rechtsstaat.*

Nel XXI secolo ergersi *ancora* a paladini e difensori della giurisdizione soggettiva, ritenendola una conquista *ancora* minacciata, mi sembra – sono sincero – risibile.

I tempi di Mantellini, Orlando e Chiovenda, ma anche dell'inevitabile (a citarsi) Calamandrei, sono alle nostre spalle. La *damnatio memoriae* della giurisdizione oggettiva è completa, a causa del suo peccato imperdonabile: la troppa intelligenza col nemico, l'interesse pubblico, il *nemicissimo* [7].

Il punto è un altro. In sé e per sé il "sintagma della conquista" ci dice poco, forse nulla, se prima non ne definiamo il perimetro: chi è il soggetto per cui la giurisdizione – appunto, soggettiva – è costruita, nella quale si specchia?

Subisco il fascino di una lettura *classicamente conservatrice*, intesa nel senso ideologicamente più pieno, quindi più fecondo.

Non quello teorizzato da Luciano Canfora con riferimento alla dorsale culturale che andrebbe dritta da Wilamowitz al *Mein Kampf* [8] passando per l'immancabile *Germania* tacitiana e le *virtutes Arminii* («Classicità in quanto paradigma è la forma suprema di limitazione del discorso, di rifiuto preventivo della parola altrui. L'idea di un discorso fatto una volta per sempre, e che fornisce a ogni possibile altro discorso non solo le forme ma anche i contenuti. Al fondo vi è, evidentemente, l'inclinazione a intendere come valide in assoluto *determinate* forme di pensiero, poetiche ecc.») [9].

È a Jhering, invece, che si deve andare. Un uomo il quale sa distinguere il «conservatorismo» *deteriore*, che «desidera conservare ciò che è diventato di per sé, e che sottrae al presente ciò che riserva al passato: il diritto di divenire, […] dal «conservatorismo» *autentico*, che non conserva ciò che è diventato di per sé, ma perché e nella misura in cui racchiuda in sé le condizioni di un nuovo divenire, rigettando ciò che è morto» [10].

Dice Pasquale Femia: «il futuro non si attende, si costruisce», perché «il diritto del divenire non è il destino inevitabile – è […] il diritto di comprendere come funziona la realtà e orientarne il corso […] senza macchine ideali mosse come

---

[7] Fatemi ricordare il Vate a Buccari, il dieci e l'undici febbraio 1918: «In onta alla cautissima Flotta austriaca occupata a covare senza fine dentro i porti sicuri la gloriuzza di Lissa, sono venuti col ferro e col fuoco a scuotere la prudenza nel suo più comodo rifugio i marinai d'Italia, che si ridono d'ogni sorta di reti e di sbarre, pronti sempre a osare l'inosabile. E un buon compagno, ben noto – il nemico capitale, fra tutti i nemici il nemicissimo, quello di Pola e di Cattaro – è venuto con loro a beffarsi della taglia».

[8] L. CANFORA, *Ideologie del classicismo*, Einaudi, Torino, 1980.

[9] L. CANFORA, *Ideologie del classicismo*, cit., p. 281.

[10] «Das Gewordene seiner selbst wegen erhalten möchte, und der Gegenwart vorenthält, was sie der Vergangenheit einräumt: das Recht des Werdens […] Aber von dem echten Conservativismus, der das Geworbene nicht seiner selbst wegen conservirt, sondern weil und insofern es die Bedingungen eines neuen Werdens in sich schließt, das Erstorbene aber abthut»: R. VON JHERING, *Friedrich Karl von Savigny*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1861, pp. 354-377, spec. p. 368). Nel testo l'enfasi è mia.

marionette dai fili della ristretta comunità ieri dei sapienti, oggi degli esperti» [11]. Guardando indietro. O – meglio – *sapendo come* guardare indietro. Ci guida Walter Benjamin, le sue *Tesi sul concetto di storia* [12]. La XIV, «il balzo di tigre nel passato» [13].

«Die Bedingungen eines neuen Werdens», dunque: le condizioni di un nuovo divenire; e quindi il *diritto* di divenire («das Recht des Werdens»).

2. *Legittimazione ad agire del cittadino e legittimazione democratica del giudice: il dilemma contromaggioritario e la resistibile conquista della duplice sovranità*

C'è da fare una scelta di campo, in somma. Che non è giuridica. Se considerare o meno *valore positivo* un *ampliamento progressivo* della legittimazione. Discende da qui il passo successivo. Se la risposta fosse – come io credo – affermativa, si devono elaborare tutte le tesi discorsivamente sostenibili in punto di diritto per arrivare a questo risultato politico: forse non è piacevole dirlo, ma per me le basi giuridiche vengono dopo. L'*intendance suivra* [14].

Le implicazioni – ripeto: politiche – di questo orientamento vanno ben oltre il tema in sé, cioè l'estensione dell'accesso al giudice.

La questione vera – la grande montagna che si vede sullo sfondo, neanche molto lontana – consiste nell'immagine dello Stato di diritto che vogliamo avere nel XXI secolo, visto nella declinazione specifica della separazione dei poteri e – in modo ancor più particolare – del *judicial lawmaking*.

Siamo – inutile nasconderlo – su di un piano inclinato, sempre più inclinato. Aumentare le vie di accesso alla tutela significa accrescere anche la legittimazione *democratica* e *popolare* del giudice: in una parola, significa spianare la strada a rivendicazioni di *sovranità* da parte della magistratura [15].

---

[11] P. FEMIA, *Sei anni di cammino, sette di divenire. Rudolf von Jhering e la svolta nella scienza del diritto*, il Mulino, Bologna, 2024, p. 133.

[12] «Der Tigersprung ins Vergangene»: W. BENJAMIN, *Thesen über den Begriff der Geschichte*, in W. BENJAMIN, *Gesammelte Schriften*, I-I, a cura di R. TIEDEMANN-H. SCHWEPPENHÄUSER, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 701.

[13] Femia ricorda un passo di D. GENTILI, *Il tempo della storia. Le tesi* sul concetto di storia *di Walter Benjamin*, Quodlibet, Macerata, 2020, p. 185: «il passato non è un archivio inerte, deputato a testimoniare il corso evolutivo necessario scritto dai forti; il passato è invece un immenso aperto campo, nel quale ancora e sempre si rinvengono occasioni di lotta per la liberazione dall'ingiustizia».

[14] Sulla scia di A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2011, p. 505 ss., spec. p. 513, che con riferimento alla legittimazione a ricorrere parla di un vero e proprio «impegno civile» del giudice amministrativo. I contorni incerti dell'interesse legittimo han fatto sì che «nella giurisdizione amministrativa, in ampia misura, è lo stesso giudice chiamato a decidere la controversia, che decide anche chi possa rivolgersi a lui».

[15] Il punto è messo perfettamente a fuoco da Carol Harlow a proposito dei gruppi di pressione

La separazione dei poteri è una grande e faticosa conquista della civiltà occidentale, come pure una delle principali espressioni in cui si manifesta la sovranità *popolare.* Entrambe in crisi, per molte ragioni. Come in crisi è l'idea stessa di legalità, dilaniata da un uso ipocrita: una sorta di santino, una immaginetta sacra utile per coprire qualunque disinvoltura interpretativa a fini politici, nobili o meno che siano. Le cose – come tutti vedono – sono peggiorate con l'ingresso nell'Unione europea, il cui diritto prevale su quello degli Stati membri: un giudice comune può infatti disapplicare una norma anche di rango primario se ritenuta in palese contrasto con l'ordinamento UE. Valutazione non priva di discrezionalità, e quindi esposta a insidiosi soggettivismi manipolativi [16].

Vi sono state risposte, anche recenti. E con padri certamente nobili. Che a me comunque sembrano, pur con tutte le cautele di cui sono circondate, abbastanza preoccupanti.

Si vorrebbe concepire la sovranità come spettante non solo al popolo (e quindi

(*campaigning groups*) e della loro sempre crescente legittimazione processuale, che mette a rischio la natura stessa della giurisdizione: «Il procedimento politico può essere paragonato a una superstrada, alla quale tutti i cittadini di una democrazia moderna dovrebbero avere accesso. Allo stesso modo, essa è libera, nel senso che, nei limiti della libertà di parola, tutti dovrebbero poter dire la loro. Il processo giudiziario, invece, è apprezzato per diverse qualità. Ha un carattere formale, le sue conclusioni sono – o dovrebbero essere – raggiunte attraverso un metodo artificiale di prova ragionata, basato su argomenti presentati dalle parti a un giudice indipendente e imparziale. Il suo obbiettivo è principalmente la tutela degli interessi giuridicamente protetti, per cui è opportuno che l'accesso sia limitato a coloro che possono dimostrare la titolarità di tale interesse. Si tratta, ovviamente, di uno stereotipo. Tuttavia, sto suggerendo che, se ci allontaniamo troppo dallo stereotipo, potremmo finire col banalizzarlo. Se permettiamo che lo stile *campaigning* della politica invada il processo giurisdizionale, potremmo finire per minare le qualità stesse di certezza, di funzionalizzazione e soprattutto di indipendenza, per le quali il processo giudiziario ha una sua ragion d'essere, compromettendo così la sua legittimità» («*The political process can be compared to a freeway, to which all the citizens of a modern democracy should have access. Equally, it is a free-for-all in the sense that, within the limits of free speech, everyone should have their say. The judicial process is valued for different qualities. It is formal in character, its conclusions are – and should be – reached through an artificial method of reasoned proof based on arguments submitted by the parties to an independent and impartial judge. Its objective being primarily the protection of legal interests, it is appropriate for access to be limited to those who can show such an interest. This is, of course, a stereotype. I am suggesting, however, that, if we move too far away from the stereotype, we may end by stultifying it. If we allow the campaigning style of politics to invade the legal process, we may end by undermining the very qualities of certainty, finality and especially independence for which the legal process is esteemed, thereby undercutting its legitimacy*») (C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, in *The Modern Law Review*, 2002, p. 1 ss., spec. p. 2).

[16] Ne è assai poco mirabile esempio ciò che sta accadendo nella vicenda – tutta politica, al di là delle vestizioni di comodo in termini di esegesi "innocente" e avalutativa – dei c.dd. paesi di origine sicuri. Sezioni di alcuni nostri tribunali, specializzate in materia d'immigrazione, disapplicano le designazioni di alcuni paesi come sicuri, avvenute con provvedimenti amministrativi e legislativi, asserendone il contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia. L'atteggiamento antigiuridico di questi giudici territoriali prosegue anche dopo le sostanziali, recenti sconfessioni da parte della Cassazione (sentenza n. 33398/2024 e ordinanza n. 34898/2024): il cui *dictum*, a sua volta, subisce lo stesso processo manipolativo orientato in senso pesantemente ideologico.

agli organi democraticamente eletti), ma anche – quantomeno per la tutela dei diritti fondamentali – alla magistratura. La quale in questo modo si vedrebbe riconosciuto un ruolo di *contropotere sovrano*, volto a proteggere i principî costituzionali da azioni in maggiore o minore misura violative che fossero commesse – *à la* Schmitt – dai mutevoli detentori del *potere politico.*

È, come ho appena detto, un disegno già noto alla nostra cultura istituzionale. Sentiamone direttamente le voci, anche critiche. Nel suo *Repertorio di fine secolo* Stefano Rodotà sosteneva che «l'investitura popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo». Posizione abbastanza scivolosa, anche se mitigata subito dopo: «questo non significa che la magistratura diventa tramite (o addirittura protagonista) di esplicite politiche "di minoranza", così violando le regole di base di un sistema rappresentativo» [17].

---

[17] S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 187 ss. Per la loro pregnanza trascrivo i passi centrali del suo pensiero, solo una cui parte è nel testo. «È ormai chiaro, però, che l'investitura popolare non rappresenta l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in largo senso, una funzione di "governo". La presenza di questo tipo di legittimazione può essere dedotta, ad esempio, dall'"esposizione al controllo" di una istituzione determinata. Al Tribunale costituzionale federale tedesco è stata riconosciuta una legittimazione crescente quanto più erano argomentate le sue sentenze, quanto più erano ricche di riferimenti non solo interni, quanto più si aprivano alle opinioni dissenzienti, evitando quella "danza sulle uova" che sfuma i conflitti, prepara i compromessi e impoverisce le motivazioni delle decisioni degli organismi che all'esterno devono presentare un'unica immagine. La presentazione di una decisione giudiziaria in tutta la sua ricchezza e complessità favorisce la comprensione e il controllo diffuso da parte dell'opinione pubblica, che costituisce sicuramente un forte strumento di legittimazione della decisione e dell'organo che l'ha presa. Questa, peraltro, è una indicazione di tendenza più generale e che vale sicuramente anche per soggetti formalmente legittimati da una investitura popolare, che poi può essere sostanzialmente contraddetta da un modo d'essere fondato sulla segretezza e sul rifiuto del controllo. La trasparenza istituzionale, in altri termini, si presenta ormai come un complemento, o un fondamento, della costituzione della legittimazione democratica, o del suo permanere. La legittimazione democratica si accresce quando la sede giudiziaria si presenta, almeno tendenzialmente, come luogo di rappresentanza di soggetti e interessi altrimenti esclusi, condannati al silenzio. Dar voce ai cittadini, infatti, è funzione tipica della democrazia. E perché la funzione di inclusione nel processo democratico sia effettiva, non basta il riconoscimento della libertà d'espressione, ma è indispensabile la predisposizione di sedi istituzionali diversificate. Questa funzione di partecipazione, e dunque la legittimazione democratica, risultano accresciute quando si costruisce la sede giudiziaria, il processo, come un luogo nel quale si possono manifestare voci non riducibili a quelle delle parti, quali ci sono indicate dalla tradizione. L'abituale articolazione delle parti processuali non corrisponde più alla reale articolazione degli interessi in gioco. Non ci si può continuare a muovere in un mondo a due dimensioni, quella della parte privata e quella della parte pubblica, quando ormai, e sempre più spesso, la realtà si presenta come tridimensionale. […] Questo non significa che la magistratura diventa tramite (o addirittura protagonista) di esplicite politiche "di minoranza", così violando le regole di base di un sistema rappresentativo. La sua funzione è diversa: quella di dare attuazione piena a diritti riconosciuti, di offrire legittimazione, e quindi tutela, a interessi nuovi nel quadro di valori fondamentali già definiti, anche se a loro volta destinati ad un processo continuo di ridefinizione e di adeguamento alle dinamiche sociali. In questo senso si può dire che il sistema giudiziario si realizza come "sede di rappresentanza", come luogo

espressivo della pluralità di posizioni che si manifestano nella società. E tutto questo è coerente con una evoluzione complessiva che lo ha portato ad essere, da mero luogo di garanzia, *strumento* necessario per l'attuazione di politiche legislative». Già in precedenza Rodotà aveva affrontato il tema della legittimazione democratica, mantenendo posizioni forse più "moderate": «… in tutta una serie di aree, ormai, la ripartizione di compiti e di poteri non può essere più quella del passato, spettando al legislatore l'indicazione dei fini ed essendo conferita al giudice una sorta di delega per ciò che riguarda i mezzi attraverso i quali tali fini possono poi essere realizzati. Si viene così ricondotti – ed è antica discussione, svolta anche all'interno di Magistratura democratica – alle questioni della legittimazione del giudice per compiere questo tipo di operazioni e del tipo di controlli a cui il giudice deve essere a sua volta sottoposto nel momento in cui si amplia la sua discrezionalità. Io non torno sulle varie riflessioni che sono state fatte, in Italia e fuori, sulla legittimazione democratica del giudice, uscendo dallo schema per cui sarebbero democratici solo i poteri legittimati attraverso un voto popolare e mettendo l'accento (come è stato fatto soprattutto in Germania, con suggestioni nordamericane molto evidenti) sul controllo dell'opinione pubblica, sulla visibilità dei conflitti, sul canale giudiziario come veicolo di inclusione di soggetti ed interessi che non trovano altrimenti possibilità di ingresso nei tradizionali canali istituzionali. Dalla somma di tutti questi elementi si è dedotta una legittimazione democratica che a sua volta dovrebbe legittimare quello spettro più ampio di discrezionalità attribuito al giudiziario. […] Se la ridefinizione dei nostri sistemi si compie attraverso i diritti fondamentali, ciò comporta una variazione molto notevole. Qualcuno ha parlato, in modo ironico e forse spregiativo, della prospettiva di un'amministrazione giudiziaria del diritto naturale, come una delle caratteristiche della fase che si è appena aperta. Al di là della formula, è certo che si delinea una serie di problemi. Non è un caso che si sia riaperta, proprio nell'ultimo anno, negli Stati Uniti, una forte discussione sulla interpretazione della Costituzione. Probabilmente questa discussione è ora destinata a declinare; ma non per una ragione teorica, bensì per una ragione tutta pratica. Quella discussione sull'interpretazione della Costituzione si era svolta infatti nell'ottica di nomine alla Corte suprema tendenti ad accentuare il self restraint della Corte e sembrava perciò orientata – lo dico in termini estremi – a considerare legittima solo un'interpretazione della Costituzione in linea con le opinioni dei padri fondatori e quindi a mettere in discussione tutta la logica evolutiva dell'interpretazione costituzionale» (S. RODOTÀ, *Il potere giudiziario nelle moderne democrazie: ruolo, limiti e controlli*, in N. ROSSI (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 1994, p. 193 ss., spec. p. 198 s.). L'*idem sentire* di Rodotà con le correnti magistratuali "progressiste" è ovviamente amplissimo. Ecco N. ROSSI, *I tratti dell'esperienza italiana: l'indipendenza della magistratura e l'attiva presenza di una magistratura progressista*, in N. ROSSI (a cura di), *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, cit., p. 283 ss., spec. p. 297 s.: «In conclusione: durante tutto il loro percorso culturale e politico i magistrati democratici si sono interrogati sulla possibilità di una loro legittimazione democratica. Apparentemente un problema insolubile. Come possono aspirare ad una tale legittimazione magistrati di professione? L'esperienza, la prassi, l'ispirazione ideale dei magistrati progressisti stanno tutte racchiuse nel tentativo di dare una risposta a questo dilemma. Dilemma insolubile sul piano di un'astratta logica istituzionale. Interrogativo destinato a restare senza risposta senza mettere in campo la storia, i valori, la politica, l'esperienza concreta del rendere giustizia. Se democrazia fosse solo regola di maggioranza, solo procedura, solo forma e tecnica, l'aspirazione alla legittimazione democratica di una magistratura non elettiva resterebbe relegata tra le ideologie, sarebbe una forma tra le tante di erronea rappresentazione del proprio ruolo, di falsa coscienza. Incompatibile con una visione semplificata della democrazia (concepita come tecnica decisionale ed esclusivamente imperniata sullo schema maggioritario), l'idea di una legittimazione "democratica" (e cioè non esclusivamente formale della magistratura) ritrova però una sua cittadinanza all'interno di una concezione non solo formale di democrazia. Mi riferisco ad una concezione che, accanto al principio di maggioranza, contempli l'esistenza di diritti non conculcabili delle minoranze: e non solo i diritti essenziali di libertà, ma anche fondamentali diritti sociali dei cittadini che non possono

Il rispetto più profondo per quel grande Maestro – non solo di diritto, ma anche di alta coscienza civile – non può impedirmi, però, di considerare almeno ottativa la sua posizione: quella cioè di ritenere per un verso possibile (se non proprio auspicabile) la legittimazione democratica della magistratura (alle condizioni viste sopra); ma poi – per altro verso – di predicarne la doverosa distanza da un ruolo esplicitamente e *legittimamente* politico in senso oggettivamente *countermajoritarian*.

Tutto questo mi ricorda troppo il *Noble Dream* [18] di Hart, pronto in un attimo a tramutarsi in un *Nightmare* [19]: dove «il diritto di ottenere dai giudici

essere elusi, pena la delegittimazione dello Stato. Una concezione che identifichi nella democrazia un regime preordinato al raggiungimento di mete sociali, alla realizzazione di valori essenziali di eguaglianza e di emancipazione, di salvaguardia dei soggetti deboli, delle molte minoranze che popolano le moderne società. Per inverare questa idea di democrazia, nitidamente scritta nella Costituzione repubblicana, la magistratura può svolgere un ruolo significativo ed insostituibile svolgendo il suo quotidiano lavoro e seguendo il tracciato segnato dal Costituente oggi e nel futuro non facile che attende il nostro paese. Un percorso impervio, irto di ostacoli. Ma rimuovere ostacoli – allo sviluppo della libertà, dell'eguaglianza, della partecipazione – non è stato sempre, per i magistrati progressisti, un compito strettamente intrecciato al mestiere di giudicare?». La domanda, a mio avviso, resta sempre la stessa. Qual è il punto di arrivo di questo pur nobile progredire verso una legittimazione democratica della magistratura? Come si concilia con la separazione dei poteri? Di questi nodi, che pure sono il *punctum crucis d*el discorso, non trovo nessuna elaborazione teorica.

[18] H.L.A. HART, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in *Georgia Law Review*, vol. 11, 5, 1977, p. 969 ss., spec. p. 978. Gran bella pagina. Merita la trascrizione. «Come la sua antitesi, l'Incubo, ha molte varianti, ma in tutte le forme rappresenta la convinzione, forse la fede, che, nonostante le apparenze superficiali del contrario e nonostante interi periodi di aberrazioni ed errori giudiziari, si possa ancora fornire una spiegazione e una giustificazione per l'esperienza comune dei contendenti, secondo cui i giudici dovrebbero applicare ai loro casi la legge esistente e non crearne di nuova, anche quando il testo di particolari disposizioni costituzionali, leggi o precedenti disponibili sembra non offrire una guida determinata. E insieme con ciò procede la convinzione della possibilità di giustificare molte altre cose, come ad esempio la forma delle argomentazioni degli avvocati che, in base alle stesse aspettative, nei tribunali si rivolgono ai giudici come se stessero cercando, e non creando, il diritto» («*Like its antithesis the Nightmare, it has many variants, but in all forms it represents the belief, perhaps the faith, that, in spite of superficial appearances to the contrary and in spite even of whole periods of judicial aberrations and mistakes, still an explanation and a justification can be provided for the common expectation of litigants that judges should apply to their cases existing law and not make new law for them even when the text of particular constitutional provisions, statutes, or available precedents appears to offer no determinate guide. And with this goes the belief in the possibility of justifying many other things, such as the form of lawyers' arguments which, entertaining the same expectations, are addressed in courts to the judges as if he were looking for, not creating, the law*»).

[19] Anche qui, una prosa stupenda di Hart «L'Incubo è questo. Le parti ritengono di avere il diritto di ottenere dai giudici un'applicazione alle loro controversie del diritto esistente, non di avere un nuovo diritto, fatto per loro. Naturalmente si accetta che ciò che il diritto esistente è non sia necessariamente – e molto spesso non è – ovvio, e che sia necessaria l'esperienza qualificata del giurista per estrarla dalle fonti appropriate. Ma per il pensiero convenzionale, l'immagine del giudice, per usare la frase di un eminente giudice inglese, Lord Radcliffe, è quella del "dichiaratore oggettivo, imparziale, erudito ed esperto del diritto", da non confondere dunque con l'immagine – molto diversa – del legislatore. L'Incubo è che questa immagine del giudice, che lo distingue dal

un'applicazione alle loro controversie del diritto esistente, non di avere un nuovo diritto, fatto per loro», finisce per essere un'illusione, poiché nella realtà le corti usano il loro potere per fare una insindacabile e quindi pericolosa cripto-legislazione.

Contromaggioritario, ho appena detto. Mi riferisco ovviamente al terribile *dilemma* messo spietatamente a nudo più di sessant'anni fa da Alexander Bickel [20], e rimasto senza risposta [21]: «Il problema di fondo è che il controllo giudiziario è

---

legislatore, sia un'illusione, e le aspettative che essa suscita sono destinate a essere deluse – in una visione estrema, sempre; e in una visione moderata, molto spesso. Certamente un esame lucido delle decisioni costituzionali americane sembra sostenere la visione da incubo delle cose e suggerisce a un inglese un'interpretazione cinica dell'osservazione di Tocqueville che le questioni politiche negli Stati Uniti prima o poi diventano questioni giudiziarie. "Forse è così", potrebbe dire l'inglese, "ma il fatto che siano decise dai giudici nei tribunali americani non significa che non siano decise politicamente. Quindi, se la vostra Costituzione ha reso diritto ciò che altrove sarebbe politica, lo ha fatto con il rischio di politicizzare i vostri tribunali" […] l'uso da parte dei tribunali dei loro poteri di revisione giudiziaria per realizzare importanti riforme legislative, che in altri Paesi sono state realizzate, se mai, solo dopo aspre battaglie parlamentari, ha fornito un'altra serie di esempi a sostegno della visione da incubo del processo giudiziario come mera cripto-legislazione»; («*The Nightmare is this. Litigants in law cases consider themselves entitled to have from judges an application of the existing law to their disputes, not to have new law made for them. Of course it is accepted that what the existing law is need not be and very often is not obvious, and the trained expertise of the lawyer may be needed to extract it from the appropriate sources. But for conventional thought, the image of the judge, to use the phrase of an eminent English Judge, Lord Radcliffe, is that of the "objective, impartial, erudite, and experienced declarer of the law," not to be confused with the very different image of the legislator. The Nightmare is that this image of the judge, distinguishing him from the legislator, is an illusion, and the expectations which it excites are doomed to disappointment – on an extreme view, always, and on a moderate view, very frequently. Certainly a clear-eyed scrutiny of the course of American constitutional decision seems to support the Nightmare view of things and suggests to an Englishman a cynical interpretation of de Tocqueville's observation that political questions in the United States sooner or later become judicial questions. "Perhaps they do so," the Englishman may say, "but the fact that they are decided in American law courts by judges does not mean that they are not there decided politically. So, if your Constitution has made law of what elsewhere would be politics, it has done so at the risk of politicising your courts". […] the courts' use of their powers of judicial review to effect major law reforms, which in other countries have been brought about, if at all, only after bitterly fought parliamentary battles, has provided a different series of examples to support the Nightmare view of the judicial process as mere crypto-legislation*»).

[20] E da qui viene la *countermajoritarian difficulty*, il ben noto – e paradossale – "problema contromaggioritario". «*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system. […] When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it. That, without mystic overtones, is what actually happens. […] and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic*» (A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics,* The Bobbs-Merrill Company, Inc., Indianapolis-New York, 1962, p. 16 s). Nella II edizione, del 1986 (Yale University Press), compare la prefazione di Harry H. Wellington di cui traduco un brano più avanti nel testo.

[21] S. SHERRY, *Judges of Character,* in 38 *Wake Forest L. Rev.* 793, 2003, p. 793 ss., spec. p. 793: «Per quarant'anni, gli studiosi di diritto si sono persi in una selva nata dalla difficoltà del contromaggioritario. Nonostante un pedigree di due secoli, stiamo ancora discutendo sulla legittimità del

una forza contromaggioritaria nel nostro sistema. […] Quando la Corte Suprema dichiara incostituzionale un atto legislativo o l'azione di un governo eletto, essa vanifica (*thwarts*) la volontà dei rappresentanti del popolo su cui esercita il controllo, non a favore della maggioranza prevalente, ma contro di essa. Questo, senza eccessi misticheggianti, è ciò che accade realmente […] ed è il motivo per cui si può imputare al controllo giudiziario di essere antidemocratico». D'altra parte – rincara la dose Harry Wellington – «la maggior parte degli studiosi oggi condivide una delle preoccupazioni principali di Alex [22]: il controllo giudiziario è una pratica contro-maggioritaria. I giudici della Corte Suprema sono nominati a vita. I legislatori sono responsabili elettoralmente. Come non essere in apprensione quando i primi dichiarano invalido il lavoro dei secondi appellandosi a un documento del XVIII secolo che è, per dirla in modo eufemistico, a trama aperta (*open textured*)?» [23].

Qui *Justice* Gorsuch [24] ci ricorda qualcosa di molto naturale, ma che fatichiamo ad ammettere: «con molto rispetto, non sarebbe un po' assurdo riconoscere, da una parte, la separazione tra i poteri legislativo e giudiziario imposta dalla Costituzione, nonché il dovere dei giudici di applicare quest'ultima, salvo poi lodare i giudici che si fanno beffe di tutto ciò, per poter perseguire ciò che essi hanno divinato essere il miglior risultato in termini di politiche pubbliche? E non sarebbe folle non temere che, se i giudici si sentono liberi di non rispettare la separazione dei poteri costituzionalmente definita, essi finiranno presto per trovare altre fastidiose parti della Costituzione ugualmente indegne di essere applicate alla lettera?» [25].

---

controllo giurisdizionale e ci chiediamo se sia una maledizione o una benedizione. Molti dei nostri studiosi costituzionali più importanti sono impantanati nel tentativo di limitare il controllo giurisdizionale in modo da conciliarlo con la loro visione idealizzata di un regime costituzionale fondato sul maggioritarismo puro. Nessuno ci è riuscito» («*For forty years, legal academics have been lost in a wilderness born of the countermajoritarian difficulty. Despite a two-century pedigree, we are still arguing about the legitimacy of judicial review and asking whether it is a curse or a blessing. Many of our most prominent constitutional scholars are mired in attempts to constrain judicial review so as to reconcile it with their idealized vision of a constitutional regime grounded in pure majoritarianism. None has succeeded*»).

[22] «Alex» è – appunto – Alexander Bickel. Wellington lo chiama sempre così, ed è una cosa deliziosa…

[23] H.H. WELLINGTON, *Foreword*, cit., p. X s.: «*Most scholars today share one of Alex's central concerns: namely, that judicial review is a countermajoritarian practice. Supreme Court justices are appointed for life. Legislators are electorally accountable. How can one fail to be apprehensive when the former declare the work of the latter invalid by appealing to an eighteenth-century document that is, to put it euphemistically, open textured?*»

[24] All'interno della Corte suprema USA Neil Gorsuch fa parte della c.d. *conservative supermajority:* sei giudici (Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh e Barrett) sono infatti conservatori; tre (Sotomayor, Kagan e Brown Jackson) sono invece di vedute *liberal.*

[25] N. GORSUCH, *Di leoni e di orsi, di giudici e di legislatori*, p. 5, consultato all'indirizzo *https://www.brunoleoni.it/wp-content/uploads/2023/12/IBL-OP_111-Gorsuch.pdf* (traduzione italiana

Dare legittimazione democratica in senso stretto al giudice è insomma un'operazione molto insidiosa, sopra tutto in realtà come quella italiana in cui il terzo potere non trabocca certo di «virtù passive» [26]: non pratica cioè la cristianissima strada dell'astensione dalle spire della tentazione, che assume qui il sembiante malioso dell'attivismo marcatamente interventista, anche a carattere extra-giudiziale (mediatico, istituzionale, ecc.) [27].

Non potrei quindi sentirmi rassicurato neppure dai tentativi che chiamerei *mediali.* Di chi forse spera che l'equilibrio del sistema possa scaturire dalla prospettazione delle contraddizioni presenti nell'ordinamento, capace – come tale e per forza ingenita – di trovare una sintesi.

Una analisi – elegante e sottile – di questo tipo la disegna un altro Maestro, Giuseppe Zaccaria [28]. Ascoltiamolo. «Da una parte stanno le «voci» indubbiamente positive, rappresentate dall'affermarsi di una visione più complessa ed articolata del diritto, costituito non più soltanto da testi ed enunciati scritti, ma anche da principi, da valori, da concetti dottrinali e da istituzioni politiche. […] In questo quadro, molto più mosso, flessibile e pluralistico rispetto alle semplificazioni ed ai riduzionismi giuspositivistici della centralità della legge e dell'identificazione tra legge e diritto positivo, si consolida il ruolo sempre più incisivo della giurisdizione […]. Dall'altra parte stanno i dubbi e le preoccupazioni inevitabili circa la compatibilità della sempre più marcata creatività giudiziale con i principi

---

parziale di ID., *Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia*, in *Case Western Reserve Law Review*, 2016, p. 905 ss., spec. p. 911: «*And, respectfully too, wouldn't we have to be at least a little crazy to recognize the Constitution's separation of judicial and legislative powers, and the duty of judges to uphold it, but then applaud when judges ignore all that to pursue what they have divined to be the best policy outcomes? And crazy not to worry that if judges consider themselves free to disregard the Constitution's separation of powers they might soon find other bothersome parts of the Constitution equally unworthy of their fidelity?*»).

[26] Quelle che sempre Bickel compendia come «l'uso strategico da parte dei tribunali (in particolare della Corte Suprema) delle dottrine sulla giustiziabilità e di altre tecniche processuali per evitare di decidere questioni che si ritiene preferibile rinviare a una data successiva» («the strategic use by courts (particularly the Supreme Court) of justiciability doctrines and other procedural techniques to avoid deciding issues the Court believes are best deferred to a later date»). Da leggersi qui H. HERSHKOFF, *State Courts and the "Passive Virtues": Rethinking the Judicial Function*, in *Harvard Law Review*, 2001, p. 1833 ss.

[27] Come potrei, a questo punto, non ricordare le parole di Gaetano Silvestri? Queste: «Abbiamo assistito, negli ultimi decenni, a troppe epopee di giudici "salvatori della Patria", alcuni autentici eroi, altri autentici furbacchioni, per sottovalutare il pericolo rappresentato dalla perdita del senso del limite, dallo spirito di crociata, fanatica o opportunista, dalle carriere politiche costruite all'ombra del controllo di legalità piegato spesso alle esigenze di uno strumentale pan-penalismo. Nel riconoscere tutto ciò, come giuristi costituzionalisti abbiamo nondimeno il dovere di distinguere l'uso dal cattivo uso degli strumenti che un ordinamento costituzionale, improntato sì alla separazione dei poteri, ma anche all'effettività del *Bill of rights*, della sua Costituzione rigida, mette a disposizione degli operatori del diritto, a tutti i livelli» (G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 4, 2020, p. 4).

[28] G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, il Mulino, Bologna, 2022, p. 32 ss.

di certezza e di separazione dei poteri, garanti delle libertà individuali nelle società liberali. […] In un contesto nel quale è la stessa inarrestabile globalizzazione del diritto a rendere cruciale il lavoro ricostruttivo ed interpretativo dei giudici, il recupero del valore della certezza come valore assoluto diviene nient'altro che mera utopia». Ed ecco la risposta, in cui Zaccaria richiama proprio Rodotà: «l'investitura popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo» [29].

Non solo i giusfilosofi, ma anche *in partibus poenalium* la tentazione estensiva alligna. Incontriamo un altro Maestro, Giovanni Fiandaca. Il quale pochissimo tempo fa ha posto una domanda secca: quale debba essere la «concezione della sovranità nel contesto di una democrazia costituzionale», e se essa debba essere «ancora intesa come spettante esclusivamente al popolo e ai suoi organi rappresentativi». Non pochi studiosi – questa la sua risposta – «tendono a reinterpretare la sovranità democratica in maniera "dualistica", cioè fondata sulla sovranità popolare e al tempo stesso sulla tutela dei diritti fondamentali da parte del potere giudiziario. Approccio che consente di ritenere più compatibili (o meno incompatibili) principio democratico e giurisdizione costituzionale, con l'attribuzione a quest'ultima della funzione (cosiddetta contromaggioritaria) di salvaguardare i principi costituzionali, tenendoli al riparo dalle fluttuazioni delle contingenti maggioranze politiche» [30].

Storia vista, in realtà, anche nel concreto. In Italia basta riandare alla fine degli anni '60, con la fuoriuscita di alcuni giudici da Magistratura Democratica – come Raffaele Bertoni – proprio per il dissenso dal «mito di una giustizia che potesse risolvere i problemi sociali, il mito della palingenesi sociale realizzata anche nei tribunali» [31]. Chi rimase – come Domenico Pulitanò – non esitò a sostenere invece che «è possibile sostenere applicazioni eterodosse, minoritarie, anche ferocemente avversate, purché radicate in punti di vista socialmente significativi e, *in qualche misura*, ricollegabili ai dati testuali», poiché «la "creatività"

[29] Onde l'assioma. «Più che alla legge il giudice è dunque soggetto alla Costituzione», cioè – osservo – alle immagini che egli ne scorge: in ultimo, a sé stesso. Subito il contrappunto serenante: «il fisiologico spazio di valutazione che la ricostruzione dei fatti porta con sé, accresciuto dall'incertezza e dalla mancata precisazione di un contenuto di disvalore tipico, si amplia ulteriormente, dischiudendo all'interprete uno spazio rilevantissimo ed indefinito, destinato ad introdurre nuove fattispecie. Sia per alcuni giudici sia per alcuni pubblici ministeri il rispetto dei termini per le indagini preliminari ed il controllo effettivo del rispetto delle leggi da parte del giudice delle indagini preliminari finiscono per diventare elementi secondari rispetto alla celebrazione di processi mediatici insensibili al principio della durata ragionevole del processo […] Esorbitando nel suo potere, il giudice rischia di divenire così non colui che colma delle lacune, ma il giudice moralizzatore e giustiziere» (G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 127).

[30] G. FIANDACA, *I giudici non eccedano in discrezionalità, ma la politica faccia il suo*, in *Il Foglio*, 29 dicembre 2024.

[31] S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti. Magistratura Democratica nel quadro della Associazione Nazionale Magistrati*, FrancoAngeli, Milano, 1987, p. 251. Quelle riportato nel testo sono proprio le parole pronunciate da Bertoni nell'intervista raccolta da Pappalardo.

dell'interpretazione e applicazione del diritto […] deve pur sempre essere una "creazione" sociale quanto più possibile comunitaria» [32].

Uberto Scarpelli replicò con molta ironia, parlando di «democrazia totalitaria», che «si affida a un rapporto diretto fra il portatore del potere ed il popolo, all'intuizione che il portatore del potere abbia della volontà generale [...]. Nel nostro caso, un po' curiosamente, il portatore di potere che intuisce, oltre la legge, la volontà generale e sa di sicuro (senza indicare nessuna tecnica per controllare la sua credenza) che il consenso del popolo è con lui, non è il capopopolo cui siamo abituati a pensare in simili casi, bensì un magistrato entrato in carriera attraverso un regolare concorso e regolarmente stipendiato» [33].

E Sergio Pappalardo, che fu l'iniziatore degli studi su questa importante corrente: «Operando, in sostanza, un rifiuto del principio della separazione dei poteri a favore dell'unità della sovranità popolare [gli esponenti di MD: n.d.r.] ponevano il giudice a rappresentanza di quella sovranità. Lo Stato non viene così più scorto come un comitato di affari della classe borghese ma, alla stessa stregua di Rousseau, come struttura comunitaria, e alla legge scritta viene anteposta, così come faceva il filosofo ginevrino, una legge "incisa nei cuori" [34]. Di tale legge e

---

[32] D. PULITANÒ, *Giudice negli anni '70. Un'esperienza di magistratura democratica*, De Donato, Bari, 1977, p. 64.

[33] U. SCARPELLI, *I magistrati e le tre democrazie*, in *Riv. dir. proc.*, 4, 1970, p. 646 ss., spec. p. 652.

[34] J.-J. ROUSSEAU, *Du contract social ou, principes du droit politique*, Rey, Amsterdam, 1762. Mi avvalgo dell'edizione bilingue edita – con una importante introduzione di Tito Magri – da Laterza (VII ed., 2010). Il passo si trova a p. 78 s.: «la più importante di tutte, che non s'incide sul marmo o sul bronzo, ma nei cuori dei cittadini; che fa la vera costituzione dello Stato; che si arricchisce ogni giorno di nuovo vigore; che, quando le altre leggi invecchiano o vengon meno, le rianima o ne fa le veci, conserva il popolo nello spirito della sua costituzione, e sostituisce un po' alla volta la forza dell'abitudine a quella dell'autorità. Parlo dei costumi, delle usanze, e soprattutto dell'opinione, settore sconosciuto ai nostri politici, ma da cui dipende il successo di tutti gli altri; il grande legislatore se ne occupa in segreto, mentre sembra limitarsi a particolari regolamentazioni che sono solo il sesto della volta di cui i costumi, più lenti a formarsi, costituiscono alla fine l'incrollabile chiave» («*qui ne se grave ni sur le marbre ni sur l'airain, mais dans les coeurs des citoyens; qui fait la véritable constitution de l'Etat; qui prend tous les jours de nouvelles forces; qui, lorsque les autres loix vieillissent ou s'éteignent, les ranime ou les supplée, conserve un peuple dans l'esprit de son institution, et substitue insensiblement la force de l'habitude à celle de l'autorité. Je parle des moeurs, des coutumes, et surtout de l'opinion; partie inconnue à nos politiques, mais de laquelle dépend le succès de toutes les autres: partie dont le grand Législateur s'occupe en secret, tandis qu'il paraît se borner à des règlements particuliers qui ne sont que le cintre de la voûte, dont les moeurs, plus lentes à naître, forment enfin l'inébranlable Clef*»). Ho riportato il passo perché esprime molto bene il senso della primazia attribuita da Rousseau ai costumi (*moeurs*), alle usanze (*coutumes*) e all'opinione (*opinion*) rispetto alla legge, cioè al diritto politico rappresentativo, quando essa invecchi o sia venuta meno (*lorsque les autres loix vieillissent ou s'éteignent*). Inutile dire quale sarebbe la figura – legittimata non si sa bene da chi o da cosa – idonea a percepire questo allontanamento dei *costumi*, delle *usanze* e dell'*opinione* dalla legge scritta, che ne verrebbe infirmata al di fuori di qualunque procedimento – modificativo o addirittura abrogativo – strutturato in termini di trasparenza e garanzia.

dell'ethos sociale che la pervade il giudice viene – ai sensi di tale concezione – autoelettivamente designato quale interprete privilegiato» [35].

Potremmo risalire ancora il corso della storia. Ci ritroveremmo in un altro Stato, in un dodicennio nero. Vedremmo che "interpretare" la giurisdizione come partecipe della sovranità ha radici oscure.

I would prefer not to [36].

3. *Jhering* reloaded*: «nei nostri interessi dipingiamo noi stessi». Quando un civilista dà agli amministrativisti una lezione di civismo*

Tutte le perplessità che ho espresso sulla "conquista" della legittimazione democratica da parte del *Judiciary* mi sembrano diminuire se si parla di accesso al processo, e a quello amministrativo in particolare.

Non solo perché qui non si controverte *de libertate* (anche se gli interessi in gioco possono essere di rango comunque elevatissimo, come da ultimo ci ha insegnato la tragedia pandemica), ma per la plurisecolare "cultura del ritegno" che tradizionalmente caratterizza la giurisdizione nostra.

È questa la ragione per cui l'ampiezza della legittimazione deve essere assunta come vero e proprio valore processuale cui ispirare il diritto giurisprudenziale: che quindi nei casi dubbi orienterà il giudice verso la sentenza di merito in luogo di quella ostativa in rito [37].

Fermi i *caveat*, la posizione di Rodotà tocca comunque un punto condivisibile: occorre andare oltre il binarismo giuridico sostanziale e processuale, superando la visione del rapporto processuale in senso angustamente *adversarial.*

Disponiamo di una grande riflessione teorica: è di Jhering, come ho detto prima. Il più moderno e sorridente giurista dell'800. Poeta e musicista mancato. Convertito, teatralmente, nella notte di San Silvestro del 1858, quando il gran Tedesco dice di ricevere la Luce. È la svolta (*Umschwung*, la chiama): il diritto non vive nel «cielo dei concetti» (*Begriffshimmel*), poiché deve rispondere ai bisogni della vita, ai fini che realizza, ai problemi che risolve. Ecco la celeberrima «giurisprudenza degli interessi», che porta la scienza giuridica dalla parte della realtà. Fu vittima di gravi disletture: lo si vide ora come precursore del diritto libero, che a cavaliere dei due secoli predicava l'indipendenza del giudice dal testo della legge, se avvertita come inadeguata (onde la teoria dell'obbedienza intelligente, del *rationabile obsequium*). Ora considerato – all'opposto – come arido stenografo logicista del pensiero giuridico. Infine, marginalizzato in quanto rozzo

---

[35] S. PAPPALARDO, *Gli iconoclasti*, cit., p. 294.

[36] G. DELEUZE-G. AGAMBEN, *Bartleby. La formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 1998.

[37] Più in generale, l'ordinamento avrebbe a mio avviso da incorporare l'esito meritale come un paradigma assiologico cui conformare, anche mediante un'interpretazione adeguatrice, la lettura della norma che rileva nel caso concreto.

darwinista di complemento. Anche nel dodicennio nero l'ombra di Jhering è demonizzata. Chi – come lui [38] – pensa al diritto in termini di interessi, cioè di «disposizioni a desiderare» (*Begehrungsdispositionen*), «ha già scelto un determinato mondo spirituale», dunque è estraneo alla neohegeliana idea nazista di diritto: secondo la quale «non è lo scopo a essere il creatore del diritto, ma l'idea di diritto determinata secondo il popolo, cioè lo spirito del popolo come conferimento di senso ultimo (*Sinngebung*) della vita della comunità» [39].

Curioso. Nel dopoguerra l'accusa si rovescia nel suo esatto contrario: il positivismo vitalista e senza valori di Jhering avrebbe spianato il campo ai totalitarismi. Al contrario, Jhering ci chiama, *inter alia*, a *balzare* su due suoi temi, per i quali combatté. Il primo, dove fu in parte vincente: il diritto soggettivo *oltre* il soggetto e *oltre* il patrimonio; l'altro, dove *all'epoca* si celebrò la sua sconfitta: la proprietà di cose comuni diversa da quella riferibile allo Stato (o ad altra figura pubblica istituzionalizzata).

Organicismo, Stato etico, dissoluzione dell'individuo nella macchina statale, e così via? Da un conservatore intriso di liberalismo come Jhering non possiamo di certo aspettarcelo. E così infatti non è. C'è solo una lezione – attenuo i toni: un monito – per l'amministrativista che esalta soggettivazioni e soggettivismi sempre più estremi, sempre più intransigenti.

Ascoltiamola, chiedendoci se forse non sia il caso di riprenderci il posto che ci spetta, invece di inseguire nuove fughe nel diritto dell'egoismo che guardano all'interesse privato: «Chi non fu mai uso a difendere coraggiosamente il suo proprio diritto, come mai potrà sentire la spinta ad esporre volonteroso la vita e gli averi per quello della comunanza? Chi non ha mai mostrato d'intendere lo sfregio ideale, cui egli nell'onore e nella persona sua si sobbarca, allorché, per non darsi noie e fastidî, abbandona il suo buon diritto; e chi rispetto al Diritto non ha mai conosciuto altra misura che quella dell'interesse materiale, come potrà levarsi a concepire ed impiegare altra stregua, ove si tratti invece del diritto e dell'onore della nazione? Donde e come potrebbe svegliarsi d'un colpo l'idealismo del sentimento in chi lo ha sempre negato? No! L'unico, che possa e sappia lottare per il diritto dello Stato e della nazione, è il medesimo che lotta per il suo diritto privato. Le qualità stesse di cui s'è appropriato nelle relazioni sue private sono

---

[38] Il passo nel testo è di Karl Larenz, il gran giurista di regime, a proposito del pensiero di Philipp Heck (K. LARENZ, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Eine Erwiderung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1937, p. 257 ss., spec. p. 275): «Chi parla come Heck, chi riferisce il diritto solo agli "interessi" e lo intende come "disposizioni a desiderare", ha già deciso a favore di un certo mondo spirituale» («*Wer so redet, wie Heck, wer das Recht lediglich auf „Interessen" zurückführt und darunter „Begehrungsdispositionen" versteht, der hat sich eben für eine bestimmte geistige Welt entschieden*»).

[39] Ancora lui, Karl Larenz. Il passo è tratto questa volta da *Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule*, in *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, 1935, p. 40 ss., spec. p. 44 s. («*Nicht der Zweck ist der Schöpfer des Rechts, sondern die völkische bestimmte Rechtsidee, d. h. der Volksgeist als letzte Sinngebung des Gemeinschaftslebens*»).

quelle che lo regolano e accompagnano anche nelle relazioni pubbliche, e in fondo lo determinano. E ciò che dalla nazione è stato seminato e fecondato nel campo del diritto privato produce poi i suoi frutti in quello del diritto pubblico e del popolo. Negli umili strati del diritto privato, nelle piccole, anzi nelle minime relazioni della vita deve, quasi stilla a stilla, formarsi e raccogliersi quella forza, accumularsi quel capitale morale, onde lo Stato ha bisogno per poter attuare i suoi fini universali. *Non il diritto pubblico ma il privato, è la vera scuola di educazione politica di un popolo* e se si vuole sapere come una nazione difenderà, se necessario, i propri diritti politici e la propria posizione nel diritto internazionale, si deve vedere come il singolo membro fa valere i propri diritti nella vita privata» [40].

Jhering teorizza una oggettivante funzionalizzazione – se non *giuridica*, al meno *politica* – persino della situazione (attiva) privata per eccellenza: il diritto soggettivo. E lo fa dalle sponde del diritto – appunto – privato: che eleva immediatamente, e nella sua interezza, a «*wahre Schule der politischen Erziehung*», cioè a «palestra autentica di civismo» (vorrei volgere così).

Gli odiatori – dalle nostre parti (sia geografiche, sia disciplinari) – di qualunque lontano sentore che possa evocare il lezzo dell'interesse pubblico, farebbero bene a soffermarsi su quelle pagine. E magari domandarsi se proprio questa privatizzazione – prima morale e poi giuridica [41] – del diritto amministrativo attuale non stia contribuendo, a mo' di una «wahre Schule» che insegni però l'individualismo egotista, ad allontanarci sempre di più dall'idea del *civis:* inteso però nel senso delle sue origini.

Ne abbiamo perso il senso profondo [42]. Questo: «Il termine *cives*, che viene definendo il suo significato, non designa originariamente coloro che abitano una

---

[40] «*Wer kein Verständniss gezeigt hat für den idealen Schaden, den er an seiner Ehre und Person erlitt, indem er aus Bequemlichkeit oder Feigheit sein gutes Recht preisgab, wer gewohnt war, in Dingen des Rechts bloss den Maßstab des materiellen Interesses anzulegen: wie kann man von dem erwarten, dass er einen andern Maßstab zur Anwendung bringe und anders empfinde, wenn es das Recht und die Ehre der Nation gilt? Woher sollte hier plötzlich der Idealismus der Gesinnung kommen, der sich bisher stets verläugnet hat? Nein! der Kämpfer um das Staatsrecht und Völkerrecht ist kein anderer als der um's Privatrecht; dieselben Eigenschaften, die er in den Verhältnissen des letzteren sich angeeignet hat, begleiten ihn auch in den Kampf um die bürgerliche Freiheit und gegen den äussern Feind – was gesäet ist im Privatrecht, trägt seine Früchte im Staatsrecht und Völkerrecht. In den Niederungen des Privatrechts, in den kleinen und kleinsten Verhältnissen des Lebens muss tropfenweis sich jene Kraft bilden und sammeln, sich jenes moralische Kapital anhäufen, dessen der Staat bedarf, um für seine Zwecke im Grossen damit operiren zu können. Das Privatrecht, nicht das Staatsrecht ist die wahre Schule der politischen Erziehung der Völker, und will man wissen, wie ein Volk erforderlichen Falls seine politischen Rechte und seine völkerrechtliche Stellung vertheidigen wird, so sehe man zu, wie das einzelne Mitglied im Privatleben sein eignes Recht behauptet*».

[41] Con le sue immediate ricadute processuali in termini di vieta *estremizzazione* della natura soggettiva che certamente connota il nostro sistema giurisdizionale di tutela nei confronti della P.A.

[42] Di una vera e propria «ideologia della cittadinanza come comunità tra eguali» parla L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Le vie del diritto romano*, il Mulino, Bologna, 2023, p. 22.

città: esso è il termine matrice di *civitas.* Il suffisso *-tas* in latino indica una "condizione", un "modo di essere" e quindi *civi-tas* indica innanzitutto la "condizione giuridica, lo *status* di *civis*", e, come è stato sottolineato, esso, spesso accompagnato dall'aggettivo possessivo 'mio' fin da usi antichi, esprime un significato di "con-cittadino": *cives* sono i "con-cittadini" l'uno dell'altro, in una strutturale relazione di reciprocità, di mutualità, di condivisione» [43].

Jhering ci ha indicato almeno due strade da prendere.

La prima è la sua lettura dell'interesse, di ciò che lui chiama «il sentimento della condizionalità della vita» (*Gefühl der Lebensbedingtheit*), il nostro esistere attraverso qualcosa di esterno a noi: una parte di me – dice – è inscritta nell'alterità, un pezzo di me è conficcato in ciò che è altro da me (*ein Stück von mir steckt im Fremden*).

Il suo discorrere è sublime: «interesse è il sentimento della condizionalità del nostro esistere attraverso qualcosa che è fuori di noi: persone, cose, stati, eventi. Chi è interessato a qualcosa riconosce che il suo esistere, il suo benessere (sensibile, spirituale, morale) è condizionato in ciò che esso è come un suo tratto prolungato, una parte di sé stesso. […] Nei nostri interessi dipingiamo noi stessi, essi danno prova di quanto lontano si estenda il nostro io nel mondo («In unseren Interessen malen wir uns selber, sie beweisen, wie weit unser Ich in der Welt sich erstreckt»); per l'uno essi terminano con la sua casa e la sua famiglia, per l'altro abbracciano l'intera umanità; per quello, perché sente la sua vita condizionata soltanto dalla sua casa e dalla sua famiglia; per questo, perché non ripone la determinazione della sua stessa vita nel suo proprio misero io, ma nel metterla al servizio dell'umanità» [44].

---

[43] S. SCHIPANI, *Le vie dei codici civili. La codificazione del diritto romano comune e l'interpretazione sistematica in senso pieno. Per la crescita della certezza del diritto*, Jovene, Napoli, 2023, che rimanda a É. Benveniste, *Deux modèles linguistique de la cité*, in J. POUILLON-P. MARANDA (a cura di), *Échanges et communications. Mélanges offerts à Claude Lévi-Strauss à l'occasion de son 60ème anniversaire*, I, Mouton, L'Aia, 1970, p. 589 ss., ora in ID., *Problèmes de linguistique général*, II, Gallimard, Parigi, 1974, p. 274: «La costruzione con il possessivo rivela di fatto il vero significato di *civis*, che è un termine di valore reciproco e non una designazione oggettiva: è *civis* per me colui del quale io sono il *civis meus;* per cui *civis* non può significare altro che "il mio concittadino"». Ma forse non v'è neppure necessità dell'immaginifico, del *verborum conditor.* Basta iniziare il desiato viaggio fantastico a ritroso nel tempo, abbracciati a una parola. Come Louis Lambert, l'eroe dell'omonimo romanzo di Balzac: «Spesso […] ho compiuto viaggi meravigliosi negli abissi del passato a bordo di una parola, come un insetto che galleggi sopra a un filo d'erba in balia del fiume. Partito dalla Grecia, arrivavo a Roma e attraversavo la distesa delle epoche moderne. Che libro meraviglioso si potrebbe comporre narrando la vita e le avventure di una singola parola! È probabile che ogni vocabolo sia stato modellato dalle diverse occasioni in cui se n'è fatto uso e, secondo i luoghi, abbia significato concetti differenti […]. Ma non è forse così per ogni parola? Tutte sono impregnate di un potere vitale che ricevono dall'anima, a cui lo restituiscono in virtù dei misteri di un'azione e reazione meravigliose tra parola e pensiero».

[44] R. V. JHERING, *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode*, Gustav Fischer, Jena, 1889, p. 25, nt. 1: «*Interesse ist das Gefühl der Bedingtheit unseres Daseins durch etwas außer uns: Personen, Sachen, Zustände, Ereignisse. Wer sich für etwas interessirt, erkennt*

Jhering contrappone quindi – ma nello stesso tempo considera *entrambi* giuridicamente meritevoli di tutela, pur nella loro profondissima differenza assiologica – due tipi di interesse: quello generato da un egoismo «meschino» (*kleinliche Selbstsucht*) e quello nascente da un interesse «grandioso» e «magnanimo» (*grandiose, großartig Selbstsucht*), tale – quest'ultimo – perché teso al bene pubblico [45].

Il punto è molto importante. Il Nostro lo considera – giustamente – uno snodo fondamentale della sua riflessione sulla portata, cioè sull'ampiezza, della situazione soggettiva intesa come interesse giuridicamente protetto.

Di nuovo le sue parole: «Chiunque voglia dedicare un po' d'attenzione allo sviluppo della nostra Amministrazione statale negli ultimi secoli, troverà che una serie di compiti sociali che lo Stato oggi ha assunto, originariamente sono stati perseguiti per mezzo di libere associazioni: l'istruzione mediante le associazioni scolastiche, il sostegno ai non abbienti attraverso le società per la loro assistenza, la costruzione di strade, l'erezione di dighe e così via. E il diritto dovrebbe porre il veto a questi sforzi così straordinariamente efficaci per la prosperità della comunità, e dovrebbe intimare ai privati, i quali dedicano il loro tempo, i loro sforzi e il loro denaro a scopi di interesse comune (*gemeinnützige Zwecke*): "Occupatevi degli affari vostri, non di quelli pubblici"?» [46].

---

damit an, daß sein Dasein, Wohlsein (sinnliches, geistiges, moralisches) dadurch bedingt ist, es ist ein erweitertes Stück von ihm selber, ein Theil von ihm […] In unseren Interessen malen wir uns selber, sie beweisen, wie weit unser Ich in der Welt sich erstreckt, bei dem Einen enden sie mit seinem Hause und seiner Familie, bei dem Anderen umfassen sie die ganze Menschheit, bei jenem, weil er sein Leben nur durch sein Haus und seine Familie bedingt fühlt, bei diesem, weil er die Bestimmung desselben nicht in sein eigenes Dürftiges Ich setzt, sondern darein, es im Dienste der Menschheit zu verwerthen».

[45] R. v. JHERING, *Geist des römischen Geists auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I, II ed., Breitkopf und Härtel, Lipsia, 1866, p. 319 s.: «C'è un egoismo piccolo, piccolo in termini morali e intellettuali, miope nei suoi calcoli, senza energia nella sua realizzazione, che trova la sua soddisfazione in vantaggi momentanei e gretti. Ma c'è anche un egoismo grandioso, magnanimo nelle mete che si è prefissato, ammirevole nelle sue concezioni, nella sua logica e lungimiranza, impressionante nell'energia, nella perseveranza e nel fervore con cui persegue i suoi obiettivi remoti. Questo secondo tipo di egoismo ci offre lo spettacolo del massimo esercizio dei poteri morali e intellettuali, ed è la fonte di grandi azioni e virtù» («*Es gibt eine kleinliche Selbstsucht, kleinlich in moralischer und intellectueller Beziehung, kurzsichtig in ihren Berechnungen, ohne Energie in der Ausführung, in augenblicklichen, kleinlichen Vortheilen ihre Befriedigung findend. Es gibt aber auch eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele, die sie sich Gesetz hat, bewundernswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Singebung, mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt. Diese zweite Art der Selbstsucht gewährt uns das Schauspiel der vollsten Anspannung der moralischen und intellectuellen Kräfte, sie ist die Quelle großartiger Thaten und Tugenden*»).

[46] R. VON JHERING, *Rechtsgutachten in Sachen des Interkantonalen Vorbereitungs-Comité's der Gäubahn gegen die Gesellschaft der Schweizerischen Centralbahn betreffend die Vollendung und den Betrieb der Wasserfallenbahn und ihrer Fortsetzung von Solothurn nach Schönbühl erstattet auf Ansuchen des klägerischen Comité's*, Buchdruckerei des Volksblatt vom Jura, Olten, 1878, p. 118 s.: «*Wer die Entwicklung unserer modernen Staatsverwaltung in den letzten Jahrhunderten einer flüchtigen Aufmerksamkeit widmen will, wird finden, dass eine Reihe von gesellschaftlichen Aufgaben, die heutzutage der Staat in die Hand genommen hat, ursprünglich auf dem Wege der freien Association*

In sintesi. Jhering teorizza la funzione (anche) pubblica del diritto privato: la cui situazione soggettiva attiva per eccellenza può infatti derivare da un interesse sostanziale che resta giuridicamente rilevante – e azionabile nel processo – anche se orientato *soltanto* verso fini non egoistici.

Vedo un paradosso molto amaro. La stessa impostazione teorica jheringhiana è invece inammissibile nel campo del diritto amministrativo, dove una "privatizzazione" esasperata del bisogno sostanziale sotteso alla situazione soggettiva dell'interesse legittimo ha espunto la dimensione pubblica dallo spettro del giuridicamente rilevante, facendola regredire a profilo occasionalmente protetto. Si andrebbe completando così un assai discutibile percorso storico-istituzionale e di pensiero che dalla originaria compressione del privato, schiacciato nel dialogo impossibile col potere inesorabile, porterebbe oggi al risultato opposto di precludere al privato stesso – pur differenziato dalla generalità dei consociati mediante adeguati filtri selettivi (sganciati però dall'angusta *Schutznormtheorie*) – di agire a tutela dell'interesse pubblico. E tutto questo in un ecosistema giuridico-normativo qual è il nostro, che fa della strutturale *Öffentlichkeit*, quindi della specialità, una ragion d'essere costitutiva: sia sostanziale, sia processuale.

Veniamo così alla seconda strada mostrata da Jhering: pur assiso, non dimentichiamolo, sul massiccio – plurimillenario nella sua sapienzialità – del diritto *civile.* Luogo che non impedisce certo al genio tedesco di esplorare nuovi percorsi di giuridicizzazione muovendo sempre dall'osservazione della realtà concreta, della vita vera.

Ho ricordato sopra l'esortazione di Rodotà ad andare oltre il giusbinarismo: in senso non solo sostanziale, così da infrangere finalmente lo stereotipo del rapporto processuale in senso gretto, perché soltanto *adversarial.*

Se inteso in senso jheringhiano, cioè come sentimento della condizionalità, il concetto di interesse tende a mutare, ad ampliarsi. Non può più essere contenuto entro una soggettività *confinata*, agìta solo da processi personali, emotivi o razionali che siano. Tutto è connesso: ogni fatto è indescrivibile se valutato unicamente come circoscritto nei limiti degli effetti giuridici imputabili ai titolari dei rapporti giuridici, diremmo oggi, dei quali quei fatti costituiscono vicende costitutive, modificative o estintive di rapporti [47].

---

verfolgt worden sind: der Unterricht durch Schulverbände, die Unterstützung der Armen durch Armenvereine, der Bau von Strassen, Errichtung von Deichen u. s. w. Und diesen für das Gedeihen des Gemeinwesens so ausserordentlich wirksamen Bestrebungen sollte das Recht ein Veto entgegen setzen, es sollte den Privaten, die ihre Zeit, Mühe, Geldmittel gemeinnützigen Zwecken widmen, zurufen: bekümmert Euch um Eure eigenen, nicht um die öffentlichen Angelegenheiten?».

[47] R. v. JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts*, 1871, p. 245 ss., spec. p. 245 s.: «Ma come nel mondo fisico o morale non è possibile un isolamento assoluto di una cosa o di un fatto in se stesso (ogni cosa, e ancor più ogni evento, se da un lato è condizionato e determinato dall'esterno, così dall'altro retroagisce di nuovo verso l'esterno), così avviene anche nel mondo giuridico. Non c'è quasi nessun fatto di diritto privato [...] al quale, oltre agli effetti previsti

Non è concepibile un «isolamento (*Isolierung*) assoluto di una cosa o di un fatto in se stesso», poiché ogni fatto-evento (*Ereigniß*) può spiegare anche un «effetto di retroazione» (*Rückwirkung*) su altre persone, al di là della sua peculiare sfera di efficacia stabilita dalla legge o dall'intenzione di chi agisca o sia legittimato.

È questo – dice Jhering – l'«effetto riflesso» (*Reflexwirkung*): il mio diritto, la mia azione proietta il suo riflesso nello spazio di interesse altrui; e usa poi un'immagine di limpida bellezza: «la mia luce illumina allo stesso tempo un altro» («mein Licht leuchtet zugleich einem Andern») [48].

Femia puntualizza perfettamente questo aspetto della teoria jheringhiana: «Nel saggio sugli effetti riflessi – una delle tante innovazioni terminologiche che dobbiamo a questo giurista geniale – Jhering avverte ben prima di ogni altro quale fosse il limite cognitivo cui si sottoponeva la dogmatica civilistica […]: la binarizzazione, la riduzione del significato sociale di ogni interazione in un confinamento giuridico costituito da una fattispecie, dai suoi effetti e da due soggetti che di tali effetti erano destinatari delle conseguenze attive e passive. Ciò che è socialmente complesso, è ridotto a relazione binaria, alle parti del rapporto, isolando tutto il resto nella irrilevanza. Il punto di partenza è pertanto una critica della fattispecie, nel momento stesso della sua costituzione. Il fatto reale che accade nella società, costituito in fattispecie giuridica perde potenza cognitiva, poiché restringe indebitamente il suo ambito epistemico» [49].

La teoria da cui l'assetto tradizionale – la *Schutznormtheorie* – muove è chiaramente inattuale. Come lo è, in particolare, lo schema binario/confinativo, col suo rapporto tendenzialmente a due: attore vs. convenuto; provvedimento amministrativo vs. destinatario. Onde poi le sue note ricadute *restrittive* sulla costruzione delle situazioni soggettive e sulle condizioni dell'azione: in pratica, sull'accesso al giudice.

---

per i beneficiari, non siano collegati, allo stesso tempo, effetti per i terzi» («*Aber so wenig in der physischen oder moralischen Welt eine absolute Isolierung eines Dinges oder einer Thatsache auf sich selber möglich ist, jedes Ding, jedes Ereigniß vielmehr, wie es einerseits von außen bedingt und bestimmt ist, so andererseits nach außen zurückwirkt, ganz so verhält es sich auch in der Rechtswelt. Es gibt kaum irgend eine privatrechtliche Thatsache, […] an die sich nicht neben den bestimmungsmäßigen Wirkungen für die Destinatäre zugleich Wirkungen für dritte Personen knüpfen können*»).

[48] R. v. JHERING, *Die Reflexwirkungen*, cit., p. 248: «Chiamo effetto riflesso l'effetto di retroazione che un fatto giuridico o economico ha su terzi al di là della sua effettiva sfera di influenza, determinata dalla legge o dall'intenzione di chi agisce o è autorizzato ad agire. Il mio diritto, la mia azione, proietta il suo riflesso, per così dire, nella sfera di interessi altrui – la mia luce illumina allo stesso tempo un altro. […]» («*Die Rückwirkung, welche eine rechtliche oder ökonomische Thatsache über ihre eigentliche, durch das Gesetz oder die Absicht des Handelnden oder Berechtigten Gesetze Wirkungssphäre hinaus für dritte Personen äußert, bezeichne ich als Reflexwirkung. Mein Recht, meine Handlung wirft ihren Reflex, so zu sagen, in ein fremdes Interessengebiet – mein Licht leuchtet zugleich einem Andern*»).

[49] P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine. Rudolf von Jhering tra interessi ideali e beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2024, p. 151.

Resterebbero infatti esclusi dall'accesso al giudice tutti i soggetti che non sono "riconosciuti" all'interno di un rapporto amministrativo multipolare [50], poiché – oltre a non essere, ovviamente, destinatari diretti del provvedimento – non sono neppure *intended beneficiaries* della norma invocata: sono quelle sempre più estese categorie di "terzi" in via di progressiva legittimazione a opera del diritto giurisprudenziale, il quale li va riconoscendo pur se non vi sia una norma che li prenda esplicitamente in considerazione in relazione al bene della vita oggetto di regolazione [51].

Lo dico di nuovo. In questa mia visione non vi sono affatto «incrostazioni oggettivistiche» [52] da rimuovere, né «un fardello oggettivizzante dell'interesse pubblico» [53] che inquina la purezza della giurisdizione soggettiva e del processo di parti. È l'opposto. Il ricorrente non è affatto una trascurabile e scolorita figurina aggiogata solo per veicolare un'evanescente e imprecisata tutela di un altrettale interesse pubblico: il cui gran burattinaio – non si sa bene se il ripristino della legalità ordinamentale, o l'*imperium*, o qualche altro dio delle astrazioni istituzionaleggianti – la degraderebbe a ruoli serventi, svilendo sul piano sostanziale la titolarità della sua situazione attiva, e su quello processuale la piena praticabilità del suo *Klagerecht.*

No. Continuo a credere che la teoria della legittimazione debba essere costruita avendo ben ferma sullo sfondo (anche) l'idea del cittadino come contropotere civilissimo, che in tal modo si erge a fronteggiare nel processo – paritariamente, certo! – l'antagonista (soggettivamente) pubblico col suo non condiviso assetto regolativo della vicenda concreta. Nessuna ancillarità, quindi, ma una funzione di contrasto: per dirla con Jhering, il cittadino legittimato che si fa, sì, gli affari suoi, ma anche (e nello stesso tempo) gli affari pubblici.

---

[50] Rispetto al terzo, giustamente «si è sostenuto che esso è da considerare come destinatario del provvedimento, ovvero come destinatario di effetti meramente riflessi. Fattispecie unitarie sono state scomposte in varie porzioni non comunicanti, quasi mai rilevando che, nella previsione normativa, terzo e destinatario sono posti tra loro in una data relazione, stabilita dalla stessa norma attributiva del potere. Si è insomma trascurata l'unitarietà della fattispecie, in ragione della centralità del provvedimento amministrativo»; mentre «dal riconoscimento della norma multipolare deriva […] il superamento della logica, tipicamente liberale, prettamente bipolare, in forza della quale il diritto amministrativo si disinteressa delle relazioni tra soggetti privati, rimesse in toto al diritto civile, essendo inteso unicamente alla cura dell'interesse pubblico» (L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 237 e p. 241).

[51] Lo ha messo bene in evidenza Guido Corso recensendo G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Maggioli, Rimini, 2016, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 517 ss., spec. p. 520: «il Consiglio di Stato e poi i tribunali amministrativi regionali hanno allargato la protezione del cittadino proprio perché non hanno preteso di subordinarla all'accertamento di una situazione soggettiva preesistente all'esercizio del potere».

[52] G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., p. 105 e p. 113.

[53] G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., p. 346.

4. *Espropriare l'Inappropriabile: la P.A. e l'azione in trans-soggettività*

Il sistema attuale sembra invece bloccato nella articolazione fra:

a) il soggetto pubblico (nelle tante sue articolazioni figurative) che storicamente si è appropriato dell'interesse pubblico, esercitando il *potere* di gestione ed escludendo il privato;
b) il soggetto privato "organizzato" [54], che accentra su di sé il *contropotere forte* di gestione dello stesso interesse;
c) il soggetto privato "disorganizzato" ma mosso anche da spirito di tutela dell'interesse pubblico («*public-spirited*») [55], il cui *contropotere* debole – perché residuale – necessita ancora oggi dell'armamentario classico con tutti i suoi limiti: fra cui gli antiquati cascami riduzionisti della *vicinitas, s*e e quando intesa in senso fisico e necessariamente accompagnata dalla prova del danno. Verso di lui la giustizia amministrativa si rivolge quale strumento di tutela *a corto raggio*, poiché limitato da uno – se non da due – fattori restrittivi del suo utilizzo: in primo luogo, la sfera di interessi sarà giustiziabile se direttamente incisa o quantomeno situata praticamente a ridosso del punto su cui impatta fisicamente il provvedimento; in secondo luogo, essa – almeno nei casi in cui la giurisprudenza lo esige in aggiunta al primo fattore – da quell'atto deve subire un pregiudizio diretto.

Se lasciamo finalmente perdere le onfaloscopie veteroborghesi e ci decidiamo ad alzare lo sguardo, ci rendiamo conto di quanto sia anacronistico, pericoloso perseverare nel XXI secolo – in piena e violenta dialettica fra Antropocene ed

---

[54] Per esempio, i *campaigning groups*, su cui C. HARLOW, *Public Law and Popular Justice*, cit. e i soggetti dotati di legittimazione speciale, *ex lege.*

[55] «Sarebbe a mio avviso una grave lacuna nel nostro sistema di diritto pubblico, se a un gruppo di pressione, come la federazione, o anche un singolo contribuente mosso da spirito di tutela dell'interesse pubblico fosse impedito, a causa di regole tecniche 'obsolete' sulla legittimazione ad agire, di portare la questione in tribunale.» («*It would, in my view, be a grave lacuna in our system of public law if a pressure group, like the federation, or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of locus standi from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped*»). Sono le note parole che si leggono nella *dissenting opinion* espressa da Lord Diplock in *Inland Revenue Commissioners v National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd*, decisa nel 1981 dall'Appellate Committee of the House of Lords. Il quale aggiunge, più in generale: «Le regole sulla "legittimazione ad agire" […] come la maggior parte del diritto pubblico inglese, non si trovano in alcuno statuto. Sono state elaborate da giudici e da giudici possono essere modificate; e così è stato nel corso degli anni per soddisfare la necessità di preservare l'integrità dello Stato di diritto nonostante i cambiamenti nella struttura sociale, nei metodi di governo e nella misura in cui le attività dei privati cittadini sono controllate dalle autorità governative […]» («*The rules as to "standing", […] like most of English public law, are not to be found in any statute. They were made by judges, by judges they can be changed; and so they have been over the years to meet the need to preserve the integrity of the rule of law despite changes in the social structure, methods of government and the extent to which the activities of private citizens are controlled by governmental authorities* […]»).

Ecocene degli iper-oggetti – con una teoria angustamente unitaria della legittimazione.

Mentre il diritto civile – l'abbiamo visto – cerca di scrollarsi l'immagine individualista di derivazione borghese per aprirsi verso tecniche di tutela dell'interesse pubblico, mettendo giustamente in crisi la Grande Dicotomia [56], il processo amministrativo sembra muoversi in direzione vietamente ostinata e contraria; o, peggio, resta proprio fermo, inchiodato a un grigio iperprivatismo, privo di sogni e di speranze.

Non ho mai condiviso gli eccessi teorico-ricostruttivi secondo cui occorrerebbe uscire dall'assolutismo giuridico stato – e legolatrico che avrebbe distrutto un deposito plurimillenario di *sapientia*, sostituito con la visione illusoria di un re Mida – il legislatore, appunto – capace di razionalizzare l'ordinamento attraverso la normazione [57].

---

[56] J.-E. SCHIRMER, *Das Private ist politisch. Warum das Mietendeckelurteil eine gute Nachricht für ein progressives Privatrecht ist*, in *VerfassungsBlog.de*, 15 aprile 2021, nel ritenere che la sentenza della Corte di Karlsruhe del 25 marzo 2021 sui tetti agli affitti, pur avendo dichiarato nulla per incompetenza la legge del Land berlinese, sia comunque una buona notizia per il diritto privato "politico" e "progressista" poiché al punto 129 ha affermato che «Il legislatore può perseguire obiettivi sociali e di altro tipo, in particolare strutturando a tal fine il diritto civile» («Der Gesetzgeber kann insbesondere mit der entsprechenden Ausgestaltung des bürgerlichen Rechts soziale und andere Ziele verfolgen»), osserva: «Cosa già ammessa da molti, talvolta dai sostenitori stessi della distinzione pubblico-privato. Ma ora la tesi del diritto privato come "spazio di libertà" è stata riconosciuta dalle massime autorità per quello che è ed è sempre stata: un castello di sogni» («*Das wussten zwar viele schon vorher, mitunter selbst die Anhänger:innen der public private distinction. Aber jetzt ist die These vom privatrechtlichen „Freiheitsraum" von höchster Stelle als das identifiziert, was sie ist und immer war: ein Traumschloss*»).

[57] P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 9: «All'isolamento torreggiante del potere legislativo, grazie al principio di legalità si accompagnava, ben oltre l'indubbio èsito garantistico, la gigantizzazione di quel potere. Il principio di legalità era, infatti, sorretto da una sola finalità: la creazione da parte dello Stato di un diritto legislativo espressione della sua volontà, né letto né inventato altrove. Con un ulteriore ed essenziale punto fermo: al di là di questo v'era solo il vasto territorio della irrilevanza giuridica, una complessa realtà socio-economica trasformabile in diritto unicamente mediante un atto di volontà dello Stato, un novello re Mida, l'unico capace di mutare in oro (ossia in leggi) l'incomposta fattualità pullulante nel basso della società». Ottant'anni prima, più o meno. Siamo nel dodicennio nero. Valori assolutamente opposti, ovviamente. Ma l'immagine metodologica è la stessa. I nazisti avevano mostrato la loro vera faccia. Eppure, un giurista che si dimostrerà capace di (auto)critica come Forsthoff è incredibilmente pieno di scetticismo per l'idea di un "legislatore re Mida" (*der Midas Gesetzgeber*) e irride alla possibilità di razionalizzare l'ordinamento attraverso la normazione. Occorre – egli dice – concepire il giuridico eticamente, cioè irrazionalmente, donde il suo dubbio che l'oro del diritto non derivi affatto dalla regolazione positiva («*Aber davon abgesehen muß uns die Einsicht in die Rationalisierung durch Normierung gegenüber dem Midas Gesetzgeber mit Skepsis erfüllen, den sofern wir das Recht ethisch, d.h. irrational begreifen, muß es uns erscheinen zweifelhaft, ob aus der Normierung notwendig das Gold des Rechtes hervorgeht*»). *La norma in sé – prosegue – non porta a nessuna decisione razionale: raramente potrà essere una norma a indicare a un buon giudice la strada della sentenza eticamente corretta* («*Eine Norm kann nichts entscheiden, sondern nur zur Entscheidung anleiten oder hin-führen. Die Entscheidung entzieht sich gemeinhin der rationalen Auflösung. [...] Ein guter Richter wird nur in den*

Questa impostazione di pensiero, che Ferrajoli riferisce criticamente a Paolo Grossi e ben definisce come «neopandettista» [58], coglie però un punto importante. L'espansione del potere statale ha progressivamente occupato spazi pubblici prima condivisi con l'azione del soggetto privato a vantaggio della collettività.

Le variegate teorie sui beni comuni sono uno degli esempi, ancora *in fieri*, di questa riappropriazione. Un altro ambito – che forse altro non è che la declinazione processuale di settore – di questa "riconquista" può essere il processo amministrativo: a condizione che se ne slarghi anzitutto il varco d'accesso.

Ora, sarà pur vero che *entia non sunt multiplicanda*, ma il celebre rasoio qui non taglia: a me sembra infatti evidente la *necessitas* di una teoria *separata* per la legittimazione a insorgere contro i provvedimenti a impatto *lato sensu* territoriale, o comunque trascendenti la sfera d'interessi del singolo. Espunta definitivamente – a torto o a ragione, ormai non importa più – l'azione popolare (con le note e limitatissime, qui irrilevanti, eccezioni), il modello vigente si è infatti rattrappito nel suo opposto: la contiguità fisica, un criterio *confinativo* (quanto ai pochi fatti-eventi giuridicizzati, quindi ai pochi soggetti legittimati, i *viciniores*) e dunque escludente (quanto a tutti gli altri fatti-eventi e soggetti).

Resta in somma misterioso – o comunque irrazionale – il motivo per cui la costruzione del processo amministrativo per la tutela del soggetto *privato* [59] debba comportare preclusioni al diritto di accesso qualora si tratti di un cittadino egualmente differenziato dagli altri in quanto oggettivamente *public-spirited.*

Non sto ipotizzando – sia chiaro – meccanismi di più o meno latente autoqualificazione: sarebbe uno scoperto tentativo di dissimulare un'azione popolare. Penso invece a schemi di legittimazione che derivino da concreti assetti decisori, i quali di fatto "incidono" – in questo modo differenziandoli – solo su alcuni soggetti privati, portatori di una visione alternativa, antagonista, dissidente quanto alla gestione dell'interesse pubblico coinvolto dalla scelta amministrativa.

---

seltensten Fällenden den Weg zu der als ethisch richtig erkannten Entscheidung durch eine Norm verstellt sehen») (E. FORSTHOFF, *Grenzen des Rechts*, Gräfe und Unzer, Königsberg, 1941, risp. p. 12 e p. 14).

[58] L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2024, p. 86: «Appartiene infine a un orientamento analogo a quello realista, pur se talora si richiama all'ermeneutica giuridica, il creazionismo giudiziario in senso forte di Paolo Grossi, il quale parimenti enfatizza il diritto come fatto anziché come norma, squalifica i principi di legalità e di soggezione dei giudici alla legge come "mitologie della modernità" e propone, in alternativa alla crisi giudicata irreversibile della legge, un rinnovato "ruolo dei giuristi" ispirato a una chiara opzione giusnaturalista e anti-illuminista. È un approccio che chiamerò "neopandettista", nostalgico del diritto giurisprudenziale premoderno che Grossi, tuttavia, vede riprodotto nell'odierno dialogo tra le corti dei diversi paesi, e perciò nello sviluppo di una giurisprudenza costituzionale transnazionale, oltre che nelle forme della globalizzazione liberista dell'economia».

[59] Il che è vero nei limiti in cui il contenzioso non si svolge – cosa frequente – fra figure soggettive pubbliche.

Una base teorica può trovarsi nella celeberrima lettura «dialogica» dell'interesse legittimo che dobbiamo a Scoca [60]. Il Maestro già nel 1985 antivede la necessità di un «*allargamento della nozione di interesse legittimo, che andrebbe collegato a meri interessi di ordine culturale*» [61]. Non credo di eccedere nell'interpretazione di questo passo se attribuisco alla parenesi scochiana l'invito a ripensare tutta la teoria del substrato di interesse *lato sensu* materiale da porre a base delle situazioni soggettive, in particolare dell'interesse legittimo.

La giuridicizzazione dell'interesse culturale – cogliendone i frutti quarantennali – credo ci spinga ad andare oltre.

Mi avvalgo, a questo scopo, di una teoria che proviene – col paradosso consueto – dai civilisti. Col paradosso consueto (solo apparente, forse), è proprio da quelle parti che viene la dicotomia fra *appropriabile* e *inappropriabile.* Lascio ancora una volta la parola a Pasquale Femia: «il non patrimoniale, del quale abbiamo parlato per decenni, è ancora l'*appropriabile*: la *mia* salute, la *mia* libertà, la *mia* riservatezza – è la logica dell'interesse individuale appropriativo: il *mio* diritto della personalità, e quindi il *mio* risarcimento. Ma potremmo dire, senza essere ridicoli: il *mio* clima, la *mia* cultura, la *mia* libertà di non essere informativamente manipolato? Questi sono *diritti senza solitudine*, diritti fraterni: non si dà godimento né esercizio del diritto, in senso tecnico, se non assicurando paritariamente agli altri clima salubre, cultura, non manipolazione. E ciò implica un concetto del diritto soggettivo nuovo e un risarcimento eterodestinato: se non è il *mio* danno, non ne ricaverò *miei* soldi» [62]. V'è quindi – prosegue Femia (rifacendosi ancora a Jhering) – «*un diritto delle cose appropriabili* e un *diritto delle cose inappropriabili.* Limitare la tutela giuridica offerta dal diritto soggettivo esclusivamente al modello appropriativo significherebbe limitare il sistema giuridico alla tutela del *commercium;* ma ciò sarebbe una contraddizione in sé, poiché nessun *commercium* può sostenere sé stesso, se non vi siano strutture giuridiche comuni, spazi liberi di *condotte non appropriative* entro i quali soltanto circolano le *condotte appropriative*» [63].

Alla base v'è quindi la diade non dialettica fra interesse appropriativo e non: si configura il primo quando la sua lesione e il relativo ristoro (non importa se di natura cassatoria o risarcitoria) andranno a beneficio esclusivo del soggetto inciso *contra ius.* L'assetto non muta anche quando «il danno lamentato costituisca il riflesso di un danno all'ambiente sia patrimoniale (ad es. danno alle proprie coltivazioni o allevamenti) che non patrimoniale (danno alla persona)», atteso che «il bene tutelato dal rimedio resta pur sempre individuale, corrispondente alla tutela di un interesse appropriativo (tale è anche il danno alla salute: è il

---

[60] F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

[61] F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *Dir. soc.*, 1985, p. 637 ss., spec. p. 644.

[62] P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., p. 22 s.

[63] P. FEMIA, *op. cit.*, p. 179.

risarcimento alla *propria s*alute che si chiede nelle forme della *class action*, non certo alla salute degli altri, per la quale in tale processo vi sarebbe un difetto assoluto di legittimazione)» [64].

Si inserisce a questo punto l'effetto sistemico distorsivo di un fatto storico-istituzionale. Torno a Femia: «la pubblica Amministrazione […] ha espropriato la moltitudine del suo potere civile di tutelare situazioni soggettive che non siano collegate direttamente a diritti della personalità del titolare o alla conservazione della sua ricchezza, incluse le sue possibilità di arricchimento. In una parola: il diritto privato è stato espropriato dal diritto pubblico della dimensione non appropriativa. Appropriativo, infatti, non significa non patrimoniale: anche ai diritti della personalità corrispondono interessi (non patrimoniali) appropriativi: la *mia* salute, la *mia* riservatezza e così via – l'equivoco che sarebbe bastato introdurre la non patrimonialità per assicurare la civiltà del diritto privato deve essere assolutamente superato. Tutto ciò che è sotto il controllo del soggetto è appropriativo; per pervenire alla dimensione non appropriativa bisogna postulare la trans-soggettività» [65].

L'interesse non appropriativo identifica due categorie di soggetti astrattamente idonei a tutelarlo. Quello pubblico, l'"espropriante" di cui ho appena detto. E quello privato – storicamente espropriato, ma teso alla riconquista del suo ruolo [66] – *purché attivi in giudizio situazioni soggettive di cui è sì titolare u*ti singulus, *ma non esclusivo: i diritti o gli interessi legittimi trans-soggettivi.*

È utile, per una migliore comprensione, contrapporre la situazione attiva *appropriativa* [67] (patrimoniale o non patrimoniale che sia: l'ho chiarito più sopra) a

---

[64] Ho riportato due brani di V. CONTE, *Per una teoria civilistica del danno climatico. Interessi non appropriativi, tecniche processuali per diritti trans-soggettivi, dimensione intergenerazionale dei diritti fondamentali*, in *DPCE online*, 2, 2023, p. 669 ss., spec. p. 674, nt. 25.

[65] P. FEMIA, *Sentimento e moltitudine*, cit., p. 202.

[66] Se non se ne sviliscono le enormi potenzialità applicative, l'art. 118, u.c., Cost., può dare all'operazione dogmatica una solida base di copertura nel registro normativo più alto. P. FEMIA, *Responsabilità civile e c*limate change litigation, in *Enc. dir. – I tematici, VII (Resp. civ.)*, 2024, p. 847 ss., spec. p. 866 s.: «L'ostacolo teorico al riconoscimento di diritti trans-soggettivi proviene da una inesatta valutazione del significato dell'affermazione storica del diritto pubblico mediante il riconoscimento della personalità giuridica dello Stato. Compiuta sul piano teorico nell'Ottocento la soggettivizza dello Stato (confinamento soggettivo), tutto ciò che non è individuale tende a rientrare nell'orbita della titolarità di un soggetto pubblico. Che questa sia una formula di sussidiarietà e non una realtà naturale è apparso chiaro nella seconda metà del Novecento, quando la giurisprudenza ha cominciato a discorrere di interessi diffusi. L'approccio è tuttavia viziato, poiché muove pur sempre dalla necessità di un soggetto pubblico titolare di diritti e investito di sovranità regolativa, più o meno temperata da garanzie partecipative associative. Che tutto ciò abbia una sua razionalità, fin troppo ben tutelata da molti cultori del diritto amministrativo (e dalle istituzioni che in quei discorsi si rispecchiano) è innegabile; ma il dato negativo – sia pure con eccezioni molto meritorie – è l'avere così indotto la convinzione che per l'iniziativa individuale a beneficio collettivo non vi siano spazi giuridici diversi da quelli degli enti e delle organizzazioni non governative».

[67] Che può essere – come ho detto più sopra – sia patrimoniale (il mio terreno, il mio danaro, ecc.), sia non patrimoniale (la mia salute, la mia cultura, ecc.).

quella *non appropriativa.* Nella prima, l'azione a tutela va a vantaggio esclusivo del relativo titolare. Nella seconda, invece, no. Gli effetti favorevoli dell'azione non si fermano nella sola sfera giuridica dell'attore o ricorrente, ma *transitano* oltre: la *attraversano*, beneficiando anche altri soggetti. Questa situazione attiva (diritto o interesse), azionata dal soggetto legittimato perché differenziato, ha natura *trans-soggettiva.*

*N*e deriva che questa situazione attiva, e quindi l'azione in trans-soggettività, non sono strutturalmente pensati per locupletare il patrimonio del ricorrente, il quale non può quindi accedere a definizioni risarcitorie della lesione in forma transattiva: «l'*eterodestinazione* del risarcimento a iniziative di rilevanza collettiva e, meglio ancora, le riparazioni in forma specifica nelle nuove forme della obbligazione rimediale sono rivolte al circuito collettivo, soltanto dal quale ogni diritto trans-soggettivo trae legittimazione giuridica» [68].

Ci sono spazi teorici, in sintesi, per elaborare una nuova declinazione della situazione attiva che – a seconda dei casi – "dialoga" o "confligge" [69] col potere amministrativo: l'interesse legittimo è adesso categorizzato nella *species* trans-soggettiva, azionabile dal singolo (differenziato e qualificato) che ne è – come ho detto prima – attraversato.

In questo modo i principî generali del nostro diritto amministrativo vivente – sostanziale e processuale – non sono indubbiati; né persevero – «piuttosto che indagare sulla configurabilità di situazioni soggettive private su beni comuni» – nel «torcere all'inverosimile la categoria degli interessi legittimi» senza risolvere il problema vero: cioè la «configurabilità di spazi di azione popolare non espropriabili dalla logica dell'azione degli apparati del potere esecutivo. Spazi quindi di diritto civile, riservati alla cognizione del giudice civile» [70].

Che la controazione rispetto a quell'"esproprio" sia affatto necessaria; che sia anche assiologicamente condivisibile l'uso pubblico del diritto privato in funzione rigenerativa e restitutiva degli "spazi di azione" occupati dal potere amministrativo, autolegittimatosi con la forza del tempo profondo, della storia; tutto ciò non toglie comunque la stringente necessità, a mio avviso, dell'arsenale processuale amministrativo. Poiché diversi sono – nel conflitto – i rispettivi terreni d'elezione.

Da una parte, il *politisches Zivilrecht*, emblematizzato dal diritto trans-soggettivo: che par calibrato a fronteggiare la vasta platea degli eventi (omissivi o commissivi) lesivi di beni inappropriabili rispetto ai quali il potere pubblico – il Grande Espropriante – non può o non intende reagire, così rinunciando ad aprire il conflitto col danneggiante. Definiamola come vogliamo: surrogatoria,

---

[68] P. FEMIA, *Responsabilità civile* e climate change litigation, cit., p. 868 s.

[69] Il "dialogo", *à la* Scoca, non nasconde certo la possibilità di un rapporto aspro, di scontro aperto. Allo stesso modo dell'altro "dialogo", quello fra le Corti alte: dove l'eufemismo non deve occultare la sostanza di una dialettica spesso molto accesa.

[70] È il rilievo che P. FEMIA, *Responsabilità civile* e climate change litigation, cit., p. 864, fa – nei passi riportati – alla strategia dogmatica degli amministrativisti.

vicaria, sostitutiva, riacquisitiva (se restiamo nell'immagine dell'Esproprio); resta comunque fermo che la funzione del diritto trans-soggettivo (meglio, del suo titolare) si pone sulla *stessa* linea dell'azione pubblica mancata, cioè non intrapresa dalla P.A. nella vicenda concreta. Se si preferisce, potremmo dire che senza l'inazione del pubblico, esso e il privato sarebbero stati *alleati* o quantomeno *cobelligeranti.*

Dall'altra parte, il campo di battaglia confacente all'interesse legittimo trans-soggettivo, perfettamente a suo agio come esponente di un *politisches Verwaltungsrecht* indispensabile per le sfide globali del XXI secolo. Già per genesi storico-funzionale [71] più che avvezza a reggere e affrontare lo sguardo della Medusa amministrativa, questa situazione è opposta a quella del diritto trans-soggettivo. Nessun *idem sentire* potenziale con la P.A., qui: scontro aperto, invece, per ottenere l'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti che ledono il bene inappropriabile. In breve, l'interesse legittimo trans-soggettivo ha natura avversariale ma non binaria: il suo titolare (lo ripeto: qualificato e differenziato) domanda la rimozione della decisione amministrativa, consapevole che dell'esito in ipotesi accoglitivo beneficerà – oltre a lui – una ben più ampia platea di soggetti. L'azione – è appena il caso di dirlo – non è rinunciabile, né sono ipotizzabili esiti transattivi o risarcitori che si esauriscano nella sfera patrimoniale del ricorrente, arricchendola.

5. *Il progressismo giuridico del Consiglio di Stato e delle alte Corti*

Se, e in che misura, il processo amministrativo italiano – con i suoi protagonisti – accoglierà il modello dell'azione in trans-soggettività dipenderà anzitutto dalla disponibilità a non opporsi, anzi a essere sulla frontiera dello spirito nel cammino già da tempo avviato dagli ordinamenti verso l'allargamento dei varchi di accesso al giudice.

Se volessimo usare un sintagma tipico del discorso performativo, si potrebbe dire che quella "macchina" ha ancora – sul punto – enormi margini di miglioramento.

---

[71] Come ho detto, purtroppo equivocata dal pensiero e dalla giurisprudenza amministrativi, i quali hanno sovrapposto l'oggettivismo delle origini con le immense potenzialità del processo amministrativo, sino a oggi sacrificando queste pur di non rischiare (rischio peraltro inesistente) l'accusa di anacronismo statalista e autoritario. Emblematica di questa tendenza è Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che evidenzia «l'evoluzione della giustizia amministrativa da strumento di garanzia della legalità della azione amministrativa a giurisdizione preordinata alla tutela di pretese sostanziali. La necessità di dimostrare nei fatti tale evoluzione appare anche coerente con la recente affermazione – che il collegio condivide pienamente – secondo la quale, avendo riguardo alla concezione soggettiva della tutela e alla centralità processuale della situazione soggettiva rispetto all'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, sembra ormai potersi capovolgere definitivamente l'allocazione tradizionale delle due situazioni soggettive, entrambe attive, che si muovono nel processo, e ci si può forse spingere ad affermare che è l'interesse alla mera legittimità ad essere divenuto un interesse occasionalmente protetto, cioè protetto di riflesso in sede di tutela della situazione di interesse legittimo».

La costruzione in senso strettamente fisico – mediante il criterio della *vicinitas* – del modello legittimante ha a mio avviso causato un fenomeno di stenosi autoindotta, restringendo senza motivo l'ambito dei processi reali, cioè dei fatti materiali storicamente situati, che possono essere portati alla cognizione di quel giudice. E ciò suona ancora più strano – onde l'innaturalità di quel fenomeno – se si pensa che dell'interesse pubblico, gestoriamente espropriato o meno, egli è il controllore assolutamente naturale: per scelta istituzionale costituzionalizzata e, ancor prima, per mirabile esperienza ultrasecolare nel somministrare tutele sempre crescenti nei confronti dell'*imperium.*

Liberare le potenzialità del processo amministrativo eliminando una strozzatura (*Verhinderung*) all'ingresso (onde la restrizione dell'area cui l'ordinamento processuale assicura tutela), sostituendola con l'opposto vettoriale, l'ampliamento (*Ermöglichung*) del diritto al giudice.

Il Consiglio di Stato, anzitutto, ha riconosciuto che la *vicinitas* può essere transfrontaliera, poiché può superare i confini nazionali [72]. Questo orientamento ha indotto il pensiero giuridico a ritenere che possa configurarsi una posizione legittimante di «*vicinitas* globale»: basata su «un ampio concetto di *vicinitas*, comprendente nello spettro dei soggetti legittimati anche associazioni ambientaliste non nazionali, che risultino comunque implicate nella tutela di un interesse ambientale, il quale per sua natura spesso trascende la realtà meramente locale» [73].

Sempre il consesso amministrativo supremo mostra – si noti, in sede plenaria – di volersi prospetticamente liberare dalle angustie della *vicinitas* intesa in senso tradizionale, interessandosi discorsivamente a modelli dottrinali di contiguità legittimante *sganciati* dalla gretta fisicità: «sempre nel quadro della tutela degli interessi meta-individuali, si invoca una sorta di "liberazione" della *vicinitas* dal suo perimetro originario, sino a ritenerla esistente anche quando la relazione di prossimità tra il soggetto ed il bene protetto non sia fisica ma assiologica» [74].

Da poco tempo, poi, vacilla – o forse è collassata definitivamente – un'altra assurda posizione di *Verhinderung*: lo sbarramento alla legittimazione dei comitati di occorrenza.

---

[72] Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4775, che applica il criterio della *vicinitas* anche a enti associativi stranieri laddove l'attività amministrativa possa produrre effetti «immediatamente e macroscopicamente transfrontalieri».

[73] S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, FrancoAngeli, Milano, 2018, p. 269.

[74] Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22. La letteratura osserva da tempo questo fenomeno: P. DURET, *Taking "commons" seriously*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 1, 2013, p. 35, per esempio, coglie molto bene la traiettoria della *vicinitas*, oramai «necessariamente piegata alle esigenze indotte dalla *res o*ggetto di tutela, sottoposta quasi ad una torsione rispetto al suo significato etimologico, e dunque sempre più "de-spazializzata" […] e dilatata a "*valore elastico"* e modulabile, in realtà dotato di una *vis d*efinitoria sempre più evanescente» (il sintagma «valore elastico» è tratto da Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2010, n. 6554).

Anche qui il Consiglio di Stato ha dato ottima dimostrazione di *progressismo* giuridico. Nel 2024 quell'alta corte lo ha finalmente affermato: «in alcun modo può assumere rilevanza decisiva in senso negativo la circostanza della costituzione poco prima della proposizione del ricorso, poiché in tal modo si impedirebbe in modo irragionevolmente discriminatorio a formazioni sociali di nuova costituzione di accedere agli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per la tutela di situazioni giuridiche protette, in violazione dei principi espressi dagli artt. 2, 3 e 39 Cost.» [75].

Oltralpe la tendenza ampliativa trova riscontro positivo, almeno con riferimento alla giustizia costituzionale. Mi riferisco, per esempio, alla celebre decisione del *Bundesverfassungsgericht* resa il 24 marzo 2021 circa il diritto fondamentale alla giustizia (climatica) intergenerazionale (*Grundrecht auf Generationengerechtigkeit*): «i ricorsi costituzionali non sono nemmeno un'*actio popularis* inammissibile. Il semplice fatto che un numero molto elevato di persone sia interessato non esclude che le persone siano individualmente interessate nei loro diritti fondamentali […] Nei procedimenti per reclamo costituzionale, non è generalmente richiesto che i ricorrenti siano particolarmente incisi – al di là del semplice fatto di essere individualmente interessati – in qualche modo particolare che li differenzi da tutte le altre persone» [76].

---

[75] Cons. Stato, sez. VII, 18 marzo 2024, n. 2616. Ma v. già Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2023, nn. 7952, 7953, 7954, 7956. Ottima l'indagine di V. TOFFALETTI, *Riflessioni sulla figura del ricorrente a*d hoc *in materia ambientale nel processo amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1, 2024, p. 54 ss., con una conclusione equilibrata: «Il grado di apertura del processo alle istanze sociali e, di conseguenza, anche la sua struttura attengono, in ultima analisi, ad una scelta di politica del diritto, le cui eventuali implicazioni processuali, pertanto, dovranno essere valutate considerando che – come si è mostrato – i singoli istituti non sono monadi a sé stanti ma si inseriscono in un complesso tessuto ordinamentale in cui agire su un singolo filo della trama può ripercuotersi anche sugli altri, con il rischio, se non si adotta la dovuta cautela, di danneggiare il disegno complessivo che da tale tessuto emerge» (p. 84). Da segnalare anche l'ordinanza della Cassazione, sez. un., 18 gennaio 2024, n. 2000, che ha affermato la sufficienza del criterio della *vicinitas* a radicare sia la legittimazione, sia l'interesse a ricorrere.

[76] Punto 110 della sentenza: «*Es handelt sich auch nicht um unzulässige sogenannte Popularverfassungsbeschwerden. Allein der Umstand, dass eine sehr große Zahl von Personen betroffen ist, steht einer individuellen Grundrechtsbetroffenheit nicht entgegen. […] Im Verfassungsbeschwerdeverfahren wird eine über die bloße eigene Betroffenheit hinausgehende besondere Betroffenheit, die die Beschwerdeführenden von der Allgemeinheit abheben würde, regelmäßig nicht verlangt*». «*Nor are the constitutional complaints an inadmissible actio popularis. The mere fact that very large numbers of people are affected does not exclude persons from being individually affected in their own fundamental rights […]. In constitutional complaint proceedings, it is not generally required that complainants are especially affected – beyond simply being individually affected – in some particular manner that differentiates them from all other persons* […]». «*Le recours constitutionnel ne constitue pas non plus une action populaire, laquelle n'est pas admise par la Loi fondamentale. Le simple fait qu'un très grand nombre de personnes est concerné ne fait pas obstacle à ce que les droits fondamentaux de l'individu se trouvent affectés […]. Dans la procédure du recours constitutionnel, il n'est en principe pas exigé que le requérant soit affecté d'une manière particulière le distinguant des membres du grand public* […]».

Qui il filtro di differenziazione, la *Abhebung*, è molto sfumato: secondo Vincenza Conte, infatti, «il *Bundesverfassungsgericht* ha cura di precisare che il diritto di azione per la tutela intertemporale delle libertà fondamentali non ha carattere di *actio popularis.* È tuttavia evidente che la Corte estende così tanto il senso di interesse individuale da condurlo esattamente nel punto nel quale giunge la teoria della trans-soggettività; ovvero che l'interesse agito dall'individuo transiti la sua soggettività, rivolgendosi immediatamente alla collettività» [77].

Tempo di chiudere.

I possenti moti *generali* del diritto occidentale sembrano tracciare linee andamentali convergenti verso l'ampliamento del diritto al giudice. Sono traiettorie spesso misteriose: volute dallo Spirito, o forse dalle «idee casuali di tanti casuali», dalle «intuizioni di tanti nessuno» [78]. Oppure dal Caso in sé, semplicemente dal Caso. Arduo prevederne la meta.

Segni fausti, comunque, non mancano.

---

[77] V. CONTE, *Per una teoria civilistica*, cit., p. 681.

[78] F. PESSOA, *Una sola moltitudine*, I, Adelphi, Milano, 1979, p. 366: «[…] E le metafisiche dimenticate nei canti dei caffè d'ogni dove, / le filosofie solitarie dei solai di tanti falliti, / le idee casuali di tanti casuali, / le intuizioni di tanti nessuno, / forse un giorno, in fluido astratto e sostanza implausibile, / si coaguleranno in un Dio e occuperanno il mondo. […]» («[…] *E as metafísicas perdidas nos cantos dos cafés de toda a parte, / As filosofias solitárias de tanta trapeira de falhado, / As ideias casuais de tanto casual, as intuições de tanto ninguém – / Um dia talvez, em fluido abstracto, e substância implausível, / Formem um Deus, e ocupem o mundo.* […]»).

Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di giustizia contabile

Giovanna Colombini

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. La sospensione della colpa grave commissiva e gli effetti sulla responsabilità erariale. – 3. La responsabilità erariale e il concorso di giurisdizioni tra giudice civile e giudice contabile. – 4. Considerazioni di prospettiva sul sistema di tutela contabile alla luce della riforma di alcune disposizioni riguardanti le funzioni della Corte dei conti.

1. *Introduzione al tema*

In questi ultimi anni mi sono occupata prevalentemente dei controlli della Corte dei conti nelle sue diverse declinazioni, non senza accenti molto critici nei confronti di alcuni interventi legislativi per la ragione che questi, nell'introdurre norme dirette a sospendere od a ridimensionare i controlli di legittimità e regolarità finanziaria sui bilanci pubblici [1], o ad eliminare forme di controllo, come nel caso del controllo concomitante sulle risorse PNRR e PNC [2], od a coinvolgere la Corte dei conti nei processi di *spending review* [3], od ancora ad

[1] Sia consentito rinviare a G. COLOMBINI, *I decreti semplificazione e rilancio alla luce dei principi generali di contabilità pubblica, ovvero dei falsari di parole*, in *federalismi*, 8, 2021, p. 21 ss.

[2] Si tratta dell'art. 1, comma 12-*quinquies*, lett. b) del d.l. n. 44/2023, che ha eliminato il controllo concomitante su risorse del PNRR e PNC, previsto dall'art. 22 del d.l. n. 76/2020.

[3] Il riferimento è all'art. 9, comma 8 del d.l. n. 152/2021, in forza del quale, in attuazione del Milestone M1C1-102 del PNRR «Riforma del quadro di revisione della spesa pubblica», è stato istituito presso il Mef, Dipartimento della RGS, un «Comitato scientifico» presieduto dal Ragioniere generale dello Stato e composto dai dirigenti da questo delegati e da quelli di volta in volta competenti in relazione alla materia trattata, da un rappresentante della segreteria tecnica del MEF, un rappresentante dell'Istat, della Banca D'Italia e della Corte dei conti, al fine di rafforzare le attività e gli strumenti di analisi e monitoraggio della spesa pubblica e dei processi di revisione e valutazione della spesa nelle amministrazioni statali. Ebbene il coinvolgimento di un rappresentante della Corte dei conti nel Comitato cui il legislatore ha affidato il compito di indicare i criteri e le metodologie per la definizione dei processi di revisione della spesa pubblica nonché gli obiettivi da perseguire sulla base delle linee guida stabilite dal Presidente del Consiglio, genera, inevitabilmente, una commistione tra attività di *spending review* riferita alle amministrazioni statali ed il controllo esterno "terzo ed imparziale" che la Corte dei conti svolge sulla

enfatizzare la funzione consultiva della Corte dei conti trasformandola in una funzione consulenziale dell'amministrazione [4], ne hanno offuscato e confuso le finalità, andando ad incidere sulla effettività della funzione con pesanti riflessi anche sulla funzione giurisdizionale della Corte dei conti, essendo controllo e giurisdizione due facce di una stessa medaglia che trovano negli artt. 100 e 103 Cost. una unitaria base giuridica di integrazione [5].

Unitaria base giuridica di integrazione, direi nel bene e nel male, posto che le stesse norme che hanno inciso sulla funzione di controllo hanno contemporaneamente inciso anche sulla funzione giurisdizionale, sospendendo in materia di responsabilità erariale la colpa grave commissiva fino a dicembre 2025 [6], *ovvero* prevedendo, ai sensi dell'art. 46 della legge europea 2019-2020 del 23 dicembre 2021, n. 238, che la colpa grave *tout court* sia esclusa per gli atti finanziati con le risorse stanziate dal PNR e dal PNC (fondi complementari al PNRR) e dunque fino al 2026 e forse oltre, nei casi in cui le amministrazioni abbiano richiesto alle Sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva pareri nelle materie di contabilità pubblica su fattispecie del valore complessivo non inferiore ad un milione di euro, ed a questi si siano conformate. Dunque introducendo una deroga sia al principio di generalità-astrattezza che deve contraddistinguere la funzione consultiva (pareri) [7], sia agli artt. 69 e 95 del codice di giustizia contabile che, viceversa, rimettono «l'assenza di colpa grave» e dunque l'assenza di responsabilità erariale, nei

gestione delle stesse amministrazioni statali. Peraltro va tenuto presente che la revisione e la valutazione della spesa decise dal Comitato, non possono estendersi, se non eventualmente e facoltativamente per gli aspetti tecnici delle metodologie, agli enti territoriali, per la ragione che la Costituzione all'art. 119 ha riconosciuto loro autonomia finanziaria di entrata e di spesa nel rispetto dell'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivante dall'ordinamento dell'Unione europea e dell'equilibrio dei bilanci sottoposti al controllo di regolarità e legittimità finanziaria delle sezioni regionali della Corte dei conti.

[4] Cfr. art. 46 legge europea 2019-2020.

[5] Per una ricostruzione storica, dell'unitaria base giuridica che lega funzione di controllo e funzione giurisdizionale (art. 100, comma 2, Cost., e art. 103, comma 2, Cost.), si rinvia agli Atti del Convegno svoltosi a Torino 11 ottobre 2022 per i 160 della Corte *Il ruolo della Corte dei conti a servizio della collettività nell'evoluzione delle sue funzioni*, in *Riv. Corte conti*, Quaderno monografico, *2*, 2022.

[6] Si tratta del d.l. n. 76/2020 che all'art. 21, commi 1 e 2, e successive modificazioni, integra il disposto dell'art. 1, comma 1 della legge n. 20/1994, relativo quest'ultimo alla disciplina sostanziale della responsabilità del pubblico dipendente che, per dolo o colpa grave rechi danno all'Erario, introducendo la sospensione della colpa grave *commissiva originariamente* fino a luglio 2021, termine prorogato più volte e giunto, per ora, a seguito del d.l. 12 maggio 2025, n. 68 conv. con legge 2 luglio 2025, n. 100, al 31 dicembre 2025.

[7] La esenzione dalla colpa grave (sia commissiva che omissiva) è stata prevista dagli artt. 69 e 95 del codice di giustizia contabile, in caso di conformazione al parere rilasciato dalle Sezioni regionali della Corte dei conti sia in sede di controllo che in sede consultiva. Anche se l'art. 95, post decreto correttivo al codice di giustizia contabile precisa che il giudice, ai fini della valutazione dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo della responsabilità e del nesso di causalità, considera, ove prodotti in causa, anche i pareri resi dalla Corte dei conti in sede di controllo e consultiva, lasciando

casi di conformazione ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva o in sede di controllo in favore degli enti locali, non ad un automatismo ma ad una valutazione del giudice contabile o del pubblico ministero contabile [8].

A questi recenti interventi legislativi di esenzione (praticamente) automatica dalla colpa grave, si sono aggiunti ulteriori interventi che incidono sempre sull'elemento psicologico della responsabilità erariale, quando, sempre nella stessa norma che ha disposto la sospensione della colpa grave commissiva [9], si è integrata la originaria formulazione dell'art. 1 della legge n. 20/1994, disponendo che la *prova* del dolo deve intendersi come diretta e cosciente volontà dell'evento dannoso, e dunque introducendo un aggravamento dell'onere probatorio che evoca una impostazione penale dell'illecito erariale da cui una parte della giurisprudenza contabile anche in passato si era allontanata privilegiando una concezione civilistica del "*dolo in adimplendo*" per evitare di conferire alla responsabilità erariale una configurazione di stampo penale foriera di possibili sovrapposizioni con il giudice penale [10].

Né va sottaciuta, per le conseguenze in termini di equilibri di finanza pubblica che si possono riflettere sull'esercizio della funzione giurisdizionale in riferimento al rispetto dell'art. 97, comma 1, e dell'art. 103, comma 2, Cost., la disposizione (art. 23-*quater* d.l. n. 137/2020) che ha limitato la giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione, in materia di elenchi Istat «ai soli fini dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa» [11] nonostante che il

---

pertanto un margine nella valutazione di merito circa la esenzione della colpa grave. L'art. 46 della legge europea riprende tale impostazione disponendo che ai fini di sviluppare la funzione consultiva della Corte dei conti, tale esenzione viene applicata anche alle risorse del PNRR ed ai fondi complementari al PNRR. Tuttavia, la norma riconduce il parere ad una questione specifica di importo non inferiore ad un milione di euro, e questo può costituire un rischio di trasformazione della funzione consultiva in una funzione di consulenza che può alimentare commistioni tra funzione esterna di controllo ed amministrazione attiva.

[8] Sul controllo c.d. collaborativo espressione della funzione consultiva della Corte dei conti, si veda G. COLOMBINI, *Il nuovo sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali*, in *Riv. Corte dei conti*, 3-4, 2015, 588 p. ss.

[9] Cf. art. 21, comma 2, d.l. n. 76/2020 che integra il disposto dell'art. 1, comma 1, legge n. 20/1994.

[10] L'art. 21, comma 1, d.l. n. 76/2020, introduce una configurazione del dolo in chiave penalistica (art. 43 c.p.) e non in chiave civilistica, come invece si era andata consolidando in una parte della giurisprudenza contabile che aveva ritenuto raggiunta la prova del dolo inteso come dolo del singolo atto compiuto. In sostanza l'art. 21, comma 1, non opera soltanto un aggravamento dell'onere probatorio ma introduce un elemento che potrebbe avere riflessi sulla definizione sostanziale dell'illecito erariale, posto che la giurisprudenza contabile ha finora ritenuto non necessariamente applicabile al processo contabile per responsabilità erariali (*rectius* finanziarie) i criteri relativi al dolo penale, orientandosi invece verso una concezione c.d. contrattuale o in adempimento, vale a dire una concezione che si incardina su di un comportamento scientemente adottato in violazione di un loro obbligo senza la diretta e cosciente intenzione di "nuocere".

[11] La questione degli elenchi Istat in riferimento alla competenza del giudice contabile è stata sempre oggetto di contestazioni tra giudice contabile e giudice amministrativo. L'art. 11 del codice

codice di giustizia contabile [12] avesse disposto all'art. 11 che «le sezioni riunite in speciale composizione, nell'esercizio della propria giurisdizione *esclusiva* in tema di contabilità pubblica, decidono in unico grado» su un ventaglio di materie indicate *ex lege*, e tra queste rientrasse proprio il sindacato sugli elenchi Istat vale a dire quegli elenchi funzionali alla «perimetrazione» delle amministrazioni pubbliche ai fini della predisposizione del conto economico consolidato delle pubbliche amministrazioni ai sensi del nuovo Sistema europeo dei conti nazionali e regionali degli Stati membri (SEC2010) [13]. Sindacato, dunque, che oltre ad essere espressione tangibile del nesso tra materie di contabilità pubblica ed *esclusività* della giurisdizione contabile, aveva risolto in radice, con il citato art. 11, le questioni che erano sorte in tema di riparto di giurisdizione con il giudice amministrativo proprio in materia di elenchi Istat, avvalorando, peraltro, anche l'esclusività della giurisdizione contabile in materie chiaramente riconducibili alla contabilità pubblica come le deliberazioni di dissesto degli enti locali, oggi rimesse al sindacato del giudice amministrativo [14].

---

di giustizia contabile (d.lgs. n. 174/2016 come modificato dal d.lgs. n. 114/2019) aveva finalmente posto un punto fermo, prevedendo al comma 6 la giurisdizione piena ed esclusiva in unico grado delle Sezioni riunite in speciale composizione, introducendo un elenco di materie tra le quali, rientrava appunto, «la giurisdizione in materia di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata dall'Istat». La norma (art. 23-*quater* d.l. n. 137/2020) apre pertanto una questione di giurisdizione, tant'è che le Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti hanno sollevato con ordinanza n. 5/2021 e con ordinanza n. 6/2021, una questione pregiudiziale in riferimento all'art. 47 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione europea, rimettendo alla Corte di giustizia *ex* art. 267 Trattato sul funzionamento, la questione interpretativa pregiudiziale della compatibilità dell'art. 23-*quater* d.l. n. 137/2020 con il diritto dell'Unione europea. Nelle due ordinanze si sottolinea come la norma, con suddetta limitazione, restringa di fatto il perimetro delle P.A. andando a toccare, in sostanza, il presupposto alla formazione del bilancio e del conto consolidato delle P.A., ed all'applicazione dei Trattati europei in materia di finanza pubblica quali i parametri di indebitamento, i disavanzi ecc. Cfr. *La Corte dei conti ricorre alla Corte di Giustizia contro i limiti posti alla sua giurisdizione sul perimetro della P.A.*, in nota Redazionale in *Diritto e Conti*, 4 giugno 2021.

[12] Cfr. d.lgs. n. 174/2016 e succ. modificazioni con d.lgs. n. 114/2019.

[13] Per un quadro generale della normativa nazionale ed europea cfr. Regolamento Ue n. 549/2013 noto come SEC2010 e *Manual on Government Deficit and Debt (MGDD)*, redatto da Eurostat, che riguardano la predisposizione del conto economico consolidato delle P.A. Per un inquadramento di carattere generale sulle implicazioni del SEC2010 si rinvia agli atti del Convegno nazionale di contabilità pubblica: A. BALESTRINO-M. BERNASCONI-S. CAMPOSTRINI-G. COLOMBINI-M. DEGNI-P. FERRO-P. ITALIA-V. MANZETTI (a cura di), *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

[14] Emblematica di una interpretazione incoerente con il dettato costituzionale è la recente posizione assunta dal Tar Abruzzo, sez. I, sentenza n. 325/2022, in *Riv. Corte dei conti*, 4, 2022, p. 236, con la quale il giudice amministrativo ha affermato la propria giurisdizione in materia di dissesto, sostenendo che la deliberazione di dissesto si sostanzia in un mero atto amministrativo, non considerando che le conseguenze giuridiche che derivano dal dissesto quali previste dall'art. 248 del TUEL, oltre a coinvolgere il controllo e la giurisdizione della Corte dei conti, non si risolvono nell'accertamento sui vizi dell'atto, per la ragione che il dissesto rappresenta una situazione patologica della gestione del bilancio ed implica che il giudice sindachi la veridicità dei dati di bilancio al

Questioni che oggi si ripropongono con particolare tensione proprio sugli elenchi Istat, considerato che, al ricorso pregiudiziale delle Sezioni riunite in speciale composizione alla Corte di giustizia, ha fatto seguito la sentenza della Corte di giustizia che, nelle sue conclusioni, afferma che «i regolamenti n. 473/2013 e 549/2013, la Direttiva 2011/85, nonché l'art. 19 del paragrafo 1, comma 2 del TUE, letti alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e dei principi di equivalenza ed effettività, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa nazionale che limiti la competenza del giudice contabile a statuire sulla fondatezza dell'iscrizione di un ente nell'elenco delle amministrazioni pubbliche, *purché* siano garantiti l'effetto utile dei regolamenti e della direttiva summenzionati nonché la tutela giurisdizionale effettiva imposta dal diritto dell'Unione». Motivazione, a dir il vero non risolutiva, considerato che ha consentito una duplice lettura, nel senso che mentre le Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti, hanno interpretato l'assunto della Corte di giustizia, ritenendosi legittimate, con la sentenza n. 17/2023, a disapplicare la norma di diritto interno (art. 23-*quater* d.l. n. 137/2021) al fine di garantire sia l'effetto utile che l'effettività della tutela imposta dal diritto dell'Unione [15], non analoga lettura è stata fatta nel ricorso promosso dal MEF e dall'Istat contro Autostrada del Brennero S.p.a innanzi alle sezioni unite della Cassazione, per l'annullamento della sentenza n. 17/2023 delle Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti. Infatti, nella memoria dell'Avvocato generale dello Stato si legge «Non si vede come, sulla base della pronuncia della CGUE, la Corte dei conti sia pervenuta alla scelta di disapplicare la norma nazionale ritenuta invece compatibile con i principi comunitari dalla stessa CGUE». Affermazione a cui l'Avvocato generale fa seguire il dubbio dell'attinenza di un giudizio diretto all'annullamento dell'elenco Istat alla materia della contabilità pubblica [16]. Ebbene le sezioni unite della Cassazione, pur riconoscendo l'afferenza di tali elenchi alla materia "contabilità pubblica", hanno sostenuto che la materia «è di per sè suscettibile di evoluzioni non definibili oggettivamente» e pertanto legittimamente attribuibile al giudice amministrativo. Ed ancora che «l'attribuzione residua alla giurisdizione contabile dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa, non crea un irresolubile vuoto di tutela, o il mancato rispetto utile della disciplina unionale, risolvendosi in una regola positiva di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice contabile» [17].

---

fine di accertare la reale sussistenza dei presupposti del dichiarato dissesto. Sindacato che attiene, come previsto dall'art. 248 cit., al controllo della Corte dei conti e che prevede anche la responsabilità erariale sanzionatoria ai sensi dei commi 5 e 5-*bis* nelle materie di contabilità pubblica.

[15] Cfr. Corte conti, Sezioni riunite in speciale composizione, sentenza n. 17/2023/RIS emessa il 5 settembre 2023 e depositata il 19 ottobre 2023.

[16] L'Avvocato generale dello Stato (Avv. Garofoli) supporta la sua argomentazione richiamando la giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare Corte cost., sentenza n. 773/1988.

[17] Cfr. Cass., sez. un., sentenza n. 30220/2024. In dottrina cfr. S. CALDARELLI, *Note a prima*

Ebbene, a differenza di quanto sostenuto dalla Cassazione, non si può sottacere che l'art. 23-*quater* nell'aver limitato il sindacato del giudice contabile a favore del giudice amministrativo, preclude una tutela piena ed effettiva del soggetto inserito nell'elenco, dovendo quest'ultimo, per far valere i propri diritti, proporre due distinti ricorsi a due giudici differenti (quello amministrativo per l'annullamento dell'inserimento nell'elenco Istat e quello contabile per l'annullamento dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa), con ciò rischiando di avere giudizi confliggenti [18], e di veder leso il principio di certezza del diritto per quanto riguarda il proprio *status* [19]. Ed infatti le Sezioni riunite in sede giurisdizionale in speciale composizione, della Corte dei conti, con ordinanze nn. 70, 71, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 del 2025, hanno rimesso la QLC dell'art. 23-*quater* alla Corte costituzionale.

Queste brevi considerazioni rendono evidente che molti sono gli argomenti su cui meriterebbe fare una riflessione in ordine alla definizione di «materie di contabilità pubblica», tuttavia, dovendo rimanere al tema della responsabilità erariale, due sono gli aspetti di rilievo sui quali merita soffermarsi: l'esenzione dalla colpa grave commissiva dei soggetti in rapporto di impiego o di servizio con una pubblica amministrazione, il sistema processuale del c.d. doppio binario, vale a dire il concorso del giudice civile e del giudice contabile ai fini risarcitori.

---

lettura di Corte di Cassazione a sezioni unite n.30220/2024 sulla ripartizione della giurisdizione amministrativa sull'elenco Istat, in *Diritto e Conti*, 2, 2024.

[18] Si prefigura infatti il paradosso del concorso di due giurisdizioni sulla materia «elenco delle amministrazioni pubbliche che concorrono alla formazione del conto consolidato della P.A.» ai sensi del SEC2010 cui è funzionalmente e necessariamente connessa «l'applicazione delle disposizioni di contenimento della spesa pubblica». Stando, infatti, agli effetti della formulazione dell'art. 23-*quater*, il paradosso si concreta nel fatto che si prefigura sia il ricorso al Tar per l'annullamento del provvedimento Istat, sia il ricorso al giudice contabile (Sezioni riunite in speciale composizione), per l'annullamento dell'applicazione della normativa nazionale di contenimento della spesa per le amministrazioni pubbliche. L'art. 23-*quater* tratta dunque la materia come se si trattasse di aspetti del tutto separati e indipendenti, non considerando che l'iscrizione nell'elenco Istat comporta automaticamente l'applicazione della normativa sulla limitazione della spesa proprio perché trattasi di amministrazioni rientranti nella contabilità pubblica, materia che lo stesso codice riconosce in via *esclusiva* alla giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione della Corte dei conti. Il concorso delle due giurisdizioni (amministrativa e contabile) che pertanto consegue all'introduzione della limitazione *ex* art. 23-*quater*, alimenta invece di risolvere il possibile configurarsi di decisioni confliggenti a danno del principio di certezza del diritto e di tutela del ricorrente.

[19] Cfr. Memoria Avvocatura generale dello Stato, Cass civ., sez. un. civili, ricorso *ex* artt. 111, ultimo comma c.p.c., per MEF e Istat ricorrenti contro Autostrada del Brennero S.p.a. per l'annullamento in *parte qua* della sentenza n. 17/2023/Ris (RG 804/SR/RIS) emessa dalle Sezioni Riunite in speciale composizione della Corte dei conti.

2. *La sospensione della colpa grave commissiva e gli effetti sulla responsabilità erariale*

In riferimento alla sospensione della colpa grave commissiva, a venire in rilievo è la compatibilità dell'art. 21, comma 2 del d.l. n. 76/2020 con gli artt. 103, 3, 97, 28, 81 Cost.

Premesso che la giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato, anche di recente, che la colpa grave costituisce per la responsabilità amministrativa il "*minimum*" individuato, vale a dire il punto di equilibrio in generale del sistema della responsabilità fondato sulla colpa e sul dolo, è chiaro che la sospensione della colpa grave commissiva, introdotta dall'art. 21, comma 2, cit., originariamente sino a luglio 2021, poteva essere ritenuta giustificabile in quanto si collocava in una fase di gestione dell'emergenza Covid e di attività che dovevano consentire, in quel periodo, un rilancio dell'economia [20].

Il fatto poi che questa esenzione sia stata oggetto di proroga in proroga, e quindi ben oltre la cessazione del periodo emergenziale, al fine, si è detto, della valorizzazione dei comportamenti attivi, complice in questo anche il sopravvenuto PNRR che, in attuazione della condizionalità aggravata del *NEXT Generation EU*, richiede, il raggiungimento, nei tempi stabiliti dal cronoprogramma, dei *milestone* e dei *target* quale condizione necessaria per il pagamento delle *tranche* da parte della Commissione europea, ha portato il giudice contabile a dover ritenere scriminante l'esenzione prevista e «mandare esenti da responsabilità coloro che hanno posto in essere condotte commissive gravemente colpose dalle quali è derivato un danno erariale», pur nella consapevolezza che un sistema del genere rischia «di apparire irragionevole nell'attuale sistema di pesi e contrappesi fondato sul binomio potere/responsabilità tipico anche del diritto eurounitario» [21].

Emblematico al riguardo è il caso esaminato dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Campania [22]. Ebbene, il giudice contabile si è trovato a dover valutare sotto il profilo risarcitorio, la condotta dolosa del cassiere e, sul piano dei *responsabili del servizio amministrativo e della gestione finanziaria*, la condotta gravemente *omissiva* del dipendente per non aver effettuato le verifiche ed i controlli dei documenti contabili, nonché la condotta gravemente *commissiva* del dipendente che ha apposto la firma sugli assegni formando in questo modo unitamente al cassiere, *titoli di pagamento* che ne hanno consentito la illecita riscossione per svariati milioni di euro [23].

---

[20] Corte cost., sentenza n. 123/2023.

[21] Cfr. Corte cost., sentenza n. 203/2022 e sentenza n. 123/2023, Corte conti, sez. giurisd. Emilia-Romagna, n. 72/2022, sez. giurisd. Trentino-Alto Adige, n. 19/2023.

[22] Cfr. Corte conti, sez. giurisd. Campania, ordinanza n. 228/2023, nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 73565 del registro di segreteria, promosso dal Procuratore regionale della Corte dei conti.

[23] Il procuratore regionale ha stimato un danno erariale quantificato in complessivi euro 2.413.150,00,

Ora, stando all'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76/2020, il giudice contabile sarebbe stato abilitato a valutare la sussistenza della responsabilità erariale soltanto nei confronti di coloro che hanno omesso la vigilanza ed il controllo, mentre non avrebbe potuto perseguire coloro che, co-firmando gli assegni, hanno posto in essere il *titolo di pagamento*, concorrendo, pertanto, alla determinazione *effettiva* del danno.

Di qui la decisione della Sezione giurisdizionale per la Campania, di sospendere il giudizio di responsabilità erariale e di rimettere con ordinanza n. 228/2023 la questione di legittimità dell'art. 21, comma 2, alla Corte costituzionale per violazione degli artt. 103, 3, 28, 81, 97 Cost. Questione che la Corte costituzionale, con sentenza n. 132/2024, ha dichiarato inammissibile in riferimento agli artt. 28, 81, 103 e non fondata in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

È dunque evidente che, contrariamente alle ragioni emergenziali e di semplificazione che ne avevano giustificato l'introduzione, e al di là di quello che è stato l'esito della questione di legittimità costituzionale, considerato il carattere temporaneo della disposizione di esenzione, tale norma, includendo qualunque condotta attiva gravemente colposa, compresa dunque anche quella fattuale, è comunque causa di inefficienza sia amministrativa che finanziaria, nel senso che rischia, sul versante amministrativo, di abbassare la soglia di «attenzione amministrativa» contraddicendo il principio di responsabilità dei dipendenti pubblici sancito dall'art. 28 Cost., e, sul versante finanziario, di non rispettare i principi a presidio degli equilibri di finanza pubblica [24].

Porre fine al sistema delle proroghe della esenzione dalla colpa grave commissiva è pertanto una esigenza di tutela della legalità sostanziale dell'azione amministrativa specie se si considera che in un settore strategico come quello dei contratti pubblici, il nuovo codice ha normato con particolare attenzione le procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei lavori, dedicando una rinnovata attenzione al principio di conservazione dell'equilibrio economico-finanziario della gestione per i contratti di durata (quale la concessione) [25], e

---

a carico del soggetto che ha omesso le verifiche e i controlli, nonché un danno di euro 2.013.350,00 per i restanti soggetti evocati in via sussidiaria a titolo di colpa grave in conseguenza di un ammanco di cassa dovuto a plurime riscossioni da parte del cassiere di 78 assegni non autorizzati di cui conseguentemente non vi era alcuna traccia giustificativa nelle scritture contabili dell'Amministrazione danneggiata.

[24] Infatti la sospensione della colpa grave commissiva, anche in presenza di danni economici, va ad incidere sugli equilibri dei bilanci pubblici, in palese violazione dei principi di equilibrio e sostenibilità del debito pubblico di tutte le amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 97, comma 1, Cost.

[25] Il principio di "conservazione dell'equilibrio economico-finanziario" della gestione ricopre, per il Nuovo codice, una rilevanza fondamentale per la ragione che il suo venir meno può provocare la cessazione dell'attività e del servizio con evidenti effetti anche per il configurarsi di responsabilità erariali. Per una analisi della rilevanza e della funzione del piano economico-finanziario e la conseguente responsabilità dell'amministrazione sulla sua valutazione cfr. G.F. CARTEI, *Piano economico*

considerando i possibili danni pubblici che derivano dalla *mala gestio* del rapporto con il privato in riferimento alla mancata applicazione di penali ovvero all'omesso esercizio dei poteri di controllo da parte della stazione appaltante [26], nonché introducendo, per la prima volta in una fonte legislativa, anche una definizione di colpa grave [27], ai fini della individuazione dei presupposti della responsabilità erariale dei soggetti "preposti". Tutti aspetti che aprono, rispetto al passato, vasti ambiti di indagine per l'azione di responsabilità erariale da parte dei Procuratori regionali della Corte dei conti in veste di Pubblici ministeri contabili [28].

In questa prospettiva anche l'introduzione, all'art.1, comma 3 del nuovo codice dei contratti pubblici, del principio di risultato quale «…risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività», diviene espressione dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, in una parola di legalità sostanziale riconducibile al principio costituzionale di buon andamento previsto dall'art. 97 della Costituzione e del principio di buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, principi, entrambi, alla base dell'organizzazione e dell'azione amministrativa e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità [29].

---

finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione, in *Giur. it.*, 8-9, 2022, p. 1931 ss. Per le conseguenze inerenti il mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2023, p. 298 ss.

[26] La mancata applicazione di penali convenzionalmente dovute al privato e/o l'omesso esercizio dei poteri di controllo da parte della stazione appaltante sul rapporto in corso di svolgimento, coinvolgono il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241/1990.

[27] L'art. 2, comma 3 del Nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), introduce, per la prima volta in una fonte primaria, una definizione di colpa grave rilevante ai fini erariali che, secondo quanto affermato nella relazione al codice, sarebbe frutto dell'orientamento giurisprudenziale della Corte dei conti in tema di responsabilità erariale (e dunque, soggiungo, non particolarmente innovativa), quale la violazione delle norme di diritto (vale a dire violazione di un qualunque atto normativo) e degli autovincoli (vale a dire i criteri che si impone l'amministrazione in tema contrattuale), nonché la palese violazione delle regole di prudenza, perizia, diligenza, fatti salvi tutti i casi in cui le violazioni siano state determinate da indirizzi giurisprudenziali prevalenti o pareri delle autorità competenti, che comporterebbero l'esclusione *tout court* della colpa grave sia commissiva che omissiva. Cfr. da ultimo Corte conti, sez. giurisd. app. Sicilia, sentenza n. 135/2021 e i precedenti *ivi* richiamati. Va comunque ricordato che il giudice contabile ha escluso la colpa grave non soltanto in presenza di orientamenti consolidati, ma anche nei casi in cui vi siano orientamenti contrastanti. Si veda al riguardo Corte conti, sez. giurisd. Toscana, sentenza n. 242/2017.

[28] Si rinvia per un approfondimento di questi aspetti a E. AMANTE, *La responsabilità amministrativa nei contratti pubblici*, in G.F. CARTEI-D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 967-973.

[29] A. POLICE, *La Terra, l'Aria, il Fuoco. Spigolature sulle innovazioni per l'effettività della tutela*, in R. CAVALLO PERIN-M. LIPARI-G. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice*, Jovene, Napoli, 2024, pp. 137-149.

Se poi tale principio si legge nella *prospettiva finanziaria* da cui origina la responsabilità erariale, questo viene ad essere espressione, a seguito della riforma costituzionale del 2012 che ha modificato gli artt. 81, 117, 119, Cost., e ha introdotto un nuovo primo comma all'art. 97 [30], anche del principio *eurounitario* di sana gestione [31], nel senso che il raggiungimento del *risultato* non può essere perseguito in contrasto con il principio di legalità finanziaria che impone a tutte le amministrazioni pubbliche la *legittimità e la regolarità della spesa* nonché l'*equilibrio* dei bilanci e la *sostenibilità* del debito pubblico in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea [32], tant'è che il Pubblico ministero contabile [33] è legittimato ad esercitare l'azione risarcitoria anche nel caso di danni al bilancio dell'Unione europea, in virtù del *principio di assimilazione* [34].

---

[30] Sul principio di buon andamento nella prospettiva finanziaria ai sensi del comma 1 dell'art. 97, Cost., come modificato dalla legge costituzionale n. 1/2012, cfr. S. CIMINI, *Equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in A. BALESTRINO-M. BERNASCONI (cura di), *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*, cit., p. 495 ss.

[31] Regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2002 del Consiglio del 25 giugno 2002, che stabilisce il regolamento finanziario applicabile al bilancio generale della Comunità europea.

[32] Con la sottoscrizione del *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance dell'Unione economica e monetaria (*c.d. *Fiscal compact*) a marzo 2012 gli Stati membri dell'Unione europea si sono impegnati a introdurre nei propri ordinamenti il principio del pareggio. In Italia si è scelta la strada della riforma costituzionale (legge cost. n. 1/2012) supportata dalla legge di attuazione c.d. rinforzata n. 243/2012, introducendo il principio di equilibrio finanziario in luogo del principio di pareggio contabile, proprio per il carattere dinamico e non statico della finanza pubblica.

[33] Il termine Pubblico ministero contabile viene usato per indicare, a somiglianza del Pubblico ministero penale, il carattere pubblico ed obbligatorio dell'azione di responsabilità erariale che l'ordinamento ha affidato ai Procuratori presso le Sezioni giurisdizionali regionali della Corte dei conti.

[34] Le sezioni unite della Cassazione con ordinanze n. 20701 e n. 26935 rispettivamente del 10 luglio e del 2 dicembre del 2013 sui ricorsi per regolamento di giurisdizione n. 23628 e n. 24426 del 2012, hanno respinto tali ricorsi ritenendoli infondati e riconoscendo la piena competenza del giudice italiano sulla base del principio di assimilazione recepito dalla Cassazione, sezioni unite penali, nella sentenza n. 1235/2010. Si trattava di danni all'erario comunitario conseguente a frodi su fondi diretti dell'Unione, talché la Cassazione ha riconosciuto che la configurazione di fattispecie di responsabilità amministrative a carattere risarcitorio a carico di soggetti facenti parte dell'associazione transnazionale di enti pubblici, privati ed imprese, fosse correttamente riconducibile alla competenza della Corte dei conti a tutela dell'erario comunitario. Infatti il ricorso promosso innanzi alle Sezioni unite della Cassazione era diretto ad interrompere il giudizio di responsabilità che il procuratore regionale presso la Sezione giurisdizionale per la Lombardia della Corte dei conti aveva azionato nel convincimento che, per il principio di assimilazione, la Corte dei conti fosse legittimata ad intervenire a tutela dell'erario comunitario ai sensi dell'art. 274 TFUE. Peraltro la Cassazione, richiamando ancora il principio di assimilazione, ha ritenuto sulla base dell'art. 274 del TFUE che in presenza di danni erariali, ancorché subiti dal bilancio dell'Unione, la giurisdizione contabile non può essere preclusa dagli eventuali rimedi che rientrano nella competenza della Commissione per il recupero dei finanziamenti, ovvero, per l'esercizio di proprie sanzioni o azioni di inadempimento contrattuale, trattandosi di rimedi, quello dell'azione del PM contabile, e quelli attribuiti alla Commissione, che mantengono ognuna la propria autonomia ed indipendenza nei rispettivi profili istituzionali. Ragione per la quale, prosegue la Cassazione, se la Commissione avesse intrapreso una

Ebbene nell'era del PNRR c'è da chiedersi se le condizionalità previste dal programma *NEXT Generation EU* e dal Dispositivo *Recovery and Resilience Facility*, tutte impostate sul raggiungimento del risultato *alias* dei *milestone* (riforme) e dei *target* (obiettivi), nei tempi prestabiliti dal cronoprogramma, quale condizione necessaria per l'erogazione dei finanziamenti, e non sulla regolarità della spesa relativa alla *rendicontazione* costi-rimborsi tipica dei fondi strutturali, si raccordino, ed in quale misura, in riferimento alla responsabilità erariale, con il principio di risultato declinato in termini di legalità sostanziale e finanziaria vale a dire nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza, concorrenza e di sana gestione [35].

A venire in rilievo al riguardo è la vicenda processuale del Polo strategico nazionale rientrante nella Missione 1 del PNRR. Ebbene il Consiglio di Stato, ritenendo illegittima l'aggiudicazione a fronte dell'illegittimo esercizio della prelazione da parte di RTI TIM, dopo aver confermato (con diversa motivazione) la sentenza non definitiva del TAR davanti a cui dovrà proseguire il giudizio risarcitorio ai sensi dell'art. 125 c.p.a. [36], ha trasmesso gli atti alla Procura regionale della Corte dei conti per le valutazioni di competenza [37].

Ebbene ad oggi, al di là della definizione del *quantum* risarcibile davanti al giudice amministrativo che tuttavia potrà essere rilevante ai fini della responsabilità erariale, il giudice contabile dovrà comunque tener conto che il *primo milestone* del Polo strategico nazionale, è stato realizzato (risultato) nel rispetto dei tempi stabiliti dal cronoprogramma [38].

---

azione risarcitoria nei confronti dei ricorrenti per aver riportato condanna definitiva per i delitti di cui agli artt. 416 e 640 del codice penale, lo avrebbe potuto fare o costituendosi parte civile nel relativo procedimento penale, od esercitando l'ordinaria azione risarcitoria davanti al giudice civile. Azioni che però la Commissione non ha esercitato e che, anche nel caso in cui le avesse esercitate, avrebbero posto una questione di proponibilità dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti per effetto del principio del *ne bis in idem* piuttosto che una questione di giurisdizione. Tali giudizi si sono conclusi, con l'intervento adesivo della Commissione nel giudizio contabile, con una condanna degli amministratori dell'associazione transnazionale a favore del bilancio UE per un ammontare complessivo di circa tre milioni di euro. Sul punto cfr. P.L. REBECCHI, *La Corte di Cassazione riconosce la giurisdizione contabile italiana nel caso di frode su fondi diretti dell'Unione europea*, in La *Redazione*, maggio 2014. Cfr. Corte conti, sez. giurisd. per la Lombardia, sentenza n. 220/2015 e n. 221/2015, nonché G. COLOMBINI, *La nuova dimensione finanziaria dell'amministrazione pubblica e gli antidoti ai fenomeni gestionali di cattiva amministrazione*, in *Annuario AIPDA* 2016, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 321 ss.

[35] Il tema dell'amministrazione di risultato non è del tutto nuovo in quanto è stato oggetto di riflessioni da parte della dottrina amministrativistica. Si vedano a titolo meramente esemplificativo i contributi di M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino, 2007; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 107; G. CORSO, *Amministrazione di risultati, ivi*, p. 127 ss.

[36] Cfr. Tar Lazio, sez. I-*bis*, sentenza n. 4338/2023.

[37] Cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza n. 9210/2023.

[38] Il Polo strategico nazionale nasce il 4 agosto del 2022, a seguito della aggiudicazione della

Per cui c'è da capire, indipendentemente dal periodo di vigenza della sospensione dalla colpa grave commissiva, come il risultato del PNRR così raggiunto, pur avendo determinato a carico dell'amministrazione il giudizio risarcitorio, debba essere considerato dal Procuratore regionale della Corte dei conti: una *compensatio lucri cum damno* e dunque non dar luogo all'azione risarcitoria tenendo conto del risultato raggiunto e del carattere compensativo-riparatorio della responsabilità erariale, o invece, a prescindere dal milestone-*risultato* PNRR raggiunto, ritenere che il comportamento illecito determinato dall'illegittimo esercizio del diritto di prelazione abbia comunque dato luogo ad un danno da *omessa concorrenza*, od ancora, ritenere che la condotta posta in essere da chi ha operato per conto dell'amministrazione si sia connotata da un carattere misto (*omissivo e commissivo*) che non rende operativo lo scudo erariale [39].

Come se non bastasse, a rendere ancora più complessa la individuazione della responsabilità erariale, in materia di contratti pubblici, concorre anche l'esenzione, senza termini temporali, dalla colpa grave che, sino all'entrata in vigore della recentissima legge n. 1/2026, prevedeva *limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo*, per tutti gli atti del Governo o di amministrazioni statali (centrali) sottoposti al controllo preventivo di legittimità ai quali il funzionario/dirigente abbia dato attuazione, e da questi siano derivati danni per l'amministrazione [40], considerato che nell'elenco di tali atti, ai sensi dell'art. 3,

---

gara per la realizzazione e gestione dell'infrastruttura ad alta affidabilità, prevista dalla Strategia Cloud Italia, da parte della società partecipata TIM, Leonardo, Cassa depositi e Prestiti-Equity e Sogei. La creazione del PNS si inserisce nel piano di accelerazione di trasformazione digitale del Paese, a garanzia della affidabilità dei dati e per fornire servizi ai cittadini ed alle imprese, come previsto dal PNRR, e dagli interventi normativi in materia di infrastrutture digitali. Il 24 agosto 2022 il PSN ha sottoscritto con il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri la Convenzione per l'affidamento in concessione, per la durata di 13 anni, della progettazione, realizzazione e gestione dell'infrastruttura per l'erogazione di servizi *cloud* per la pubblica amministrazione. L'attivazione della infrastruttura *cloud p*er ospitare i dati e i servizi critici e strategici delle amministrazioni interessate è avvenuta il 22 dicembre 2022, nel pieno rispetto dei tempi previsti dal milestone del PNRR (Acilia e Pomezia nel Lazio, Rozzano e Santo Stefano Ticino in Lombardia, sono le sedi individuate per ospitare i *Data center*). Il raggiungimento di questo primo *milestone* di progetto ha rappresentato dunque un traguardo importante per la Missione 1 del PNRR.

[39] Cfr. Corte conti, sez. giurisd. Piemonte, sentenza n. 339/2023.

[40] Con l'art. 17, comma 30-*quater* del d.l. n. 78/2009 conv. in legge n. 102/2009, si è superato il c.d. criterio dell'*indifferenza s*econdo il quale il giudice contabile non si riteneva condizionato, ai fini della responsabilità erariale, dal fatto che l'atto causativo di danno posto in essere dal dipendente pubblico avesse superato il vaglio di legittimità della Sezione di controllo di legittimità della Corte dei conti su atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato. La recentissima legge di riforma n. 1/2026, pubblicata in G.U., 7 gennaio 2026, comportante modifiche alla legge n .20/1994 e altre disposizioni nonché delega al Governo in materia di funzioni della Corte dei conti e di responsabilità amministrativa e per danno erariale, ha sostituito le parole "limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo" con le parole "ovvero dagli atti richiamati e allegati che costituiscono il presupposto logico e giuridico dell'atto sottoposto al controllo". In tal

comma 1, lett. g) della legge n. 20/1994, rientrano anche i decreti ministeriali approvativi di contratti attivi e passivi il cui importo (per quelli passivi), come previsto dal comma 1 del citato art. 3 della legge n. 20/1994, deve essere calcolato sulla base della normativa europea e dunque delle modifiche disposte dal regolamento delegato della Commissione europea in materia di appalti pubblici di forniture, servizi, lavori e concorsi di progettazione [41].

3. *La responsabilità erariale e il concorso di giurisdizioni tra giudice civile e giudice contabile*

Venendo all'altro aspetto, quello del *doppio binario* in tema di responsabilità erariale, con tale termine ci si riferisce alla ammissibilità, su un *medesimo fatto*, del *concorso* della giurisdizione contabile con quella civile, nel caso in cui un dipendente pubblico che ha commesso un illecito dal quale è derivato un danno all'amministrazione, sia tenuto al risarcimento sia tramite *l'azione pubblica ed obbligatoria* del Pubblico ministero contabile innanzi al giudice contabile, sia tramite l'azione *diretta o di rivalsa* della amministrazione danneggiata in sede civile, trattandosi, secondo la giurisprudenza, di tutela di interessi distinti [42].

Che su questi presupposti di doppia tutela per la P.A, si giustifichi la sottoponibilità del dipendente pubblico a due contestuali giudizi (quello contabile e quello civile con regole processuali e sostanziali diverse) per un *medesimo fatto*, pone una serie di interrogativi: 1) se un medesimo fatto dannoso può essere giudicato e deciso da due distinti plessi giurisdizionali sia pure entro i limiti del pregiudizio complessivamente subito dall'amministrazione; 2) se la soluzione adottata del *doppio binario* sia una soluzione rispondente al principio del *giusto processo sostanziale* da intendersi anche nel significato di *equo processo.*

---

modo si è ampliata di fatto l'esenzione dalla colpa grave e dunque dalla responsabilità erariale, per la ragione che può accadere che "i vizi non di rado si nascondono non in ciò che c'è nelle enunciazioni amministrative, ma in ciò che non c'è". Cfr. M. MAZZAMUTO, *I casi di esclusione della colpa grave nella responsabilità amministrativa: profili di incostituzionalità e di incongruenza del disegno di legge A.S. n.1457*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2, 2025.

[41] Con regolamento delegato (UE) 2023/2495 della Commissione, del 15 novembre 2023, si è modificata la Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le soglie degli appalti pubblici di forniture, servizi e lavori e dei concorsi di progettazione. Ai sensi di tale regolamento la Direttiva 2014/24/UE è così modificata: l'art. 4 è così modificato: a) alla lettera a) «5 383 000 EUR» è sostituito da «5 538 000 EUR» alla lettera b) «140 000 EUR» è sostituito da «143 000 EUR», alla lettera c) «2215 000 EUR» è sostituito da «221 000 EUR», all'art. 13, il primo comma è così modificato: a) alla lettera a) «5 382 000 EUR» è sostituito da «5 382 000 EUR», b) alla lettera b) «215 000 EUR» è sostituito da «221 000 EUR». Tali modifiche si applicano dal 1° gennaio 2024 in tutti gli Stati membri.

[42] Sul sistema del doppio binario civile e contabile si rinvia a E. ROMANI, *Il sistema del doppio binario civile e contabile in materia di responsabilità, tra giurisdizione esclusiva della Corte dei conti e diritto di difesa dell'amministrazione danneggiata*, in *federalismi.it*, 15, 2021, p. 217 ss.

Ebbene, di fronte a questi interrogativi, la prima considerazione da fare è se gli attuali impianti normativi sostanziali e processuali che delimitano le competenze della Corte dei conti in materia di responsabilità erariali rispetto a quelle del giudice ordinario, siano adeguati ai tempi ed ai processi evolutivi che hanno segnato la *contabilità pubblica* e se il concorso delle due giurisdizioni su di un medesimo fatto storico non incontri, ed in quale misura, il limite del principio del *ne bis in idem* quale venutosi a configurare nella giurisprudenza della CEDU e della Corte di cassazione.

La risposta coinvolge la dibattuta questione del carattere *esclusivo* o meno della giurisdizione della Corte dei conti nelle *materie di contabilità pubblica*, nonché il principio del *ne bis in idem.*

Ora, in ordine al carattere esclusivo della giurisdizione contabile a venire in rilievo è l'art. 103, comma 2, Cost., e l'interpretazione che dottrina e giurisprudenza costituzionale ne hanno dato negli anni, passando dal riconoscimento di una giurisdizione *esclusiva* a quello oramai consolidato di una giurisdizione a carattere *tendenzialmente generale* che richiede comunque l'*interpositio legislatoris* [43].

Il che ha comportato una *attenuazione* della copertura costituzionale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica che ha riguardato non soltanto la giurisdizione in materia di responsabilità erariale *in rapporto* con il giudice civile, ma anche la giurisdizione delle Sezioni riunite in speciale composizione in rapporto con il giudice amministrativo, come è emerso dalle vicende non ancora concluse in ordine agli elenchi Istat sopra richiamate [44].

---

[43] Il carattere tendenzialmente generale è stato affermato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 17/1965 nella quale si afferma che «Nulla autorizza però a ritenere che in tal modo i costituenti abbiano inteso riservare alla Corte dei conti la competenza a conoscere di tutti i giudizi comunque vertenti nelle materie della 'contabilità pubblica'». Sul tema la dottrina è ampia, a mero titolo esemplificativo cfr. A. POLICE, *Art. 103, 1° e 2°c.*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Utet Giuridica, Torino, 2008, p. 1987 ss., in cui si afferma la necessità dell'*interpositio legislatoris.* In tale direzione si è espressa anche la Corte costituzionale, sentenza n. 24/1993, ed ancor prima sentenza n. 641/1987, nelle quali si afferma che «la materia della contabilità pubblica non è definibile oggettivamente ma occorrono apposite qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all'oggetto ma anche rispetto al soggetto». Nella stessa direzione di *interpositio legislatoris* si sono espresse Corte cost. n. 102/1977, Id., sentenza n. 24/1993, Id., sentenza n. 773/1988; Id., sentenza n. 169/2018. Viceversa nella direzione dell'affermazione del carattere esclusivo della giurisdizione contabile si era invece espresso A. BARETTONI ARLERI, *Giurisdizione contabile pilastro della contabilità*, in "*Atti nono convegno di contabilità pubblica" – Giurisdizione contabile e collettività: analisi e prospettive*, in *Quaderni Regione Umbria,* 1987, p. 32 ss. L'A., in relazione ad alcune posizioni assunte dalla Corte costituzionale sulla portata dell'art. 103 Cost. aveva sostenuto che «il disegno della Costituzione non fu affatto quello di rimettere al legislatore le puntuali specificazioni» perché in tal modo si sarebbe operata una disaggregazione della materia di contabilità pubblica, mentre il dettato costituzionale mirava invece a concentrare le relative controversie nella giurisdizione della Corte dei conti.

[44] Si rinvia alle considerazioni svolte alla nota 11.

Quanto al principio del *ne bis in idem*, merita tener presente l'assunto cui è pervenuta la Corte di Strasburgo nella sentenza 'Rigolio' [45], per la ragione che, se per un verso, individua riferimenti idonei alla risoluzione della controversa questione inerente la *riserva di giurisdizione in favore del giudice contabile* e la *compatibilità* del c.d. doppio binario con il principio del *ne bis in idem*, per altro verso introduce aspetti che non tengono conto del *carattere pubblico ed obbligatorio* dell'azione del Pubblico ministero contabile, quando, a sostegno della *non assimilabilità* del processo contabile a quello penale, e su questo in verità non ci sono mai stati dubbi, adduce che la responsabilità erariale ha natura *compensativa-riparatoria* e riguarda *l'interesse particolare* di singole amministrazioni, a fronte della tutela di *interessi generali* cui è preposta l'azione penale (nel caso di specie si trattava del danno erariale all'immagine) [46].

Tutto dipenderebbe, dunque, dalla diversità degli interessi da tutelare in riferimento al pregiudizio subito dalla amministrazione.

Ebbene, la Cassazione, in linea con tale orientamento, ha sostenuto in diverse occasioni che, «l'azione di responsabilità per danno promossa dal Pubblico ministero contabile innanzi alla Corte dei conti, e quella promossa dalle singole amministrazioni interessate davanti al giudice ordinario, restano reciprocamente indipendenti anche quando investano i medesimi fatti materiali proprio perché diversi sono gli interessi perseguiti, ragione per cui un pubblico dipendente può essere convenuto affinché ne venga accertata la responsabilità per entrambi i titoli ovvero essere attinto da una soltanto delle due azioni, non sussistendo i presupposti per l'esercizio di entrambe, senza naturalmente che vi sia cumulo del danno risarcibile erariale o civile» [47].

---

[45] Cfr. CEDU, sez. I, 9 marzo 2023, *Rigolio c. Italia,* n. 20148/09.

[46] La CEDU, riguardo al principio del *ne bis in idem* ha avuto modo di sottolineare che tale principio viene in considerazione non soltanto nel caso di doppia condanna ma anche quando un soggetto sia sottoposto per il medesimo fatto materiale ad un doppio procedimento. In tal caso, prosegue la CEDU, a venire in rilievo è il fatto che l'eventuale decurtazione del quantum della sanzione comminata nel primo procedimento non esclude di per sé che sussista un *bis in idem.* Infatti nella pronuncia *A e B c. Norvegia,* sentenza n. 24130 e n. 29758 del 2011, che a sua volta trova un precedente nella sentenza, sez. II, n. 73661/01 *Nilsson c. Svezia* del 13 dicembre 2005, la CEDU, seguendo una interpretazione evolutiva dei principi espressi nella sentenza, sez. II, *Grand Stevens e altri c. Italia,* 4 marzo 2014, ricorsi riuniti nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, e 18698/10, ha precisato che la concorrenza delle due giurisdizioni erariale e civile, in riferimento alla liquidazione del danno, non sarebbe di per sé sufficiente ad escludere la violazione del divieto del *ne bis in idem* posto che a rilevare non è soltanto il divieto del doppio giudizio per il medesimo fatto materiale ma anche quello sostanziale del divieto di punire due volte per il medesimo fatto.

[47] In verità la Cass., sez. un., ordinanza 5 agosto 2020, n. 16772, in *Riv. Corte dei conti,* 6, 2020, p. 259, al punto 6 afferma che «il giudizio civile volto ad ottenere la liquidazione del danno patito dall'Amministrazione può essere instaurato e definito anche quando il giudizio di responsabilità amministrativa-contabile innanzi alla Corte dei conti sia già arrivato a decisione, quante volte quest'ultimo non si sia concluso con una pronuncia di condanna al ristoro integrale del pregiudizio,

Come pure ha sostenuto che l'eventuale concorso tra giudizio civile e giudizio contabile, è una questione risolvibile in termini di proponibilità dell'azione di responsabilità e non in termini di giurisdizione, talché nei casi in cui il danno sia stato risarcito integralmente in sede civile, l'azione del Pubblico ministero contabile diviene improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. [48]

Argomentazione questa che vuol provare troppo, nel senso che il riferimento al *pieno ristoro* lascia invece presupporre che la differenza nelle due azioni (contabile e civile), considerando il *potere riduttivo* di cui dispone il giudice contabile, sia sul *quantum* e non sull'*an.*

La questione del doppio binario appare, pertanto, irrisolvibile se non si scioglie il nodo del carattere esclusivo della giurisdizione della Corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica, tant'è che, per superare l'attuale concorso delle due giurisdizioni (contabile e civile), una parte della dottrina ha proposto di trasferire la materia delle responsabilità erariali al giudice civile con la costituzione di apposite Sezioni specializzate [49].

---

pena, altrimenti, l'irragionevole compressione della legittima aspettativa ad una integrale compensazione facente capo all'Amministrazione danneggiata». Con l'unico limite del divieto di duplicazione delle pretese risarcitorie, che impone di tener conto, con effetto decurtante, di quanto già liquidato in sede contabile che il debitore può far valere, se del caso, anche in fase di esecuzione. In tal senso cfr. anche Cass., sez. un., n. 14632/2015 e n. 32929/2018. Peraltro le motivazioni di volta in volta addotte dalla Cassazione, vedi da ultimo quella sulla improcedibilità, sono state ritenute un modo inadatto a risolvere il problema del doppio binario, stante il diverso esito a cui possono giungere i due processi che poggiano sullo stesso fatto materiale, sull'*idem s*oggetto e, fatto salvo il caso del potere riduttivo, sull'*idem petitum.* Cfr. F. PINTO, *Per un nuovo modello della giustizia contabile: riflessioni in tema di doppio binario e ruolo delle amministrazioni non statali,* in *federalismi.it,* 11, 2022, 102 p. ss. L'A. sottolinea che «non è possibile, cioè, immaginare la legittimità di un sistema che possa condannare e assolvere allo stesso tempo, che sia retto da gradi di giudizio diversi e, soprattutto, dalla possibilità che lo stesso fatto dia luogo a diversi tipi di responsabilità quanto all'elemento soggettivo. Soprattutto non è possibile ipotizzare un sistema che non abbia alcun modo per risolvere i potenziali conflitti se non attraverso ad un adattamento tra gli istituti ipotizzabile solo in via di fatto, e che si regge solo su un approccio, appunto di mero fatto, diciamo così, più tollerante dell'amministrazione nei confronti di chi la abbia danneggiata». Si vedano anche le considerazioni di F. LONGAVITA, *Il divieto del ne bis in idem e la responsabilità erariale,* in *Diritto e Conti,* 1, 2019, p. 33.

[48] La Corte di cassazione ha assunto una posizione di *negazionismo d*el carattere esclusivo della giurisdizione contabile anche in tempi recenti muovendo dalla coesistenza nel nostro ordinamento della pluralità di azioni che possono essere esercitate anche parallelamente e che questo cumulo di azioni è compatibile con il principio del *ne bis in idem,* a condizione che il concorso delle due azioni non si traduca in una duplicazione del risarcimento del danno, perché in tal caso si andrebbe a violare il principio del *ne bis in idem* quale elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si rinvia al riguardo Cass., sez. un., n. 24859/2019, Id. n. 16722/2020; Id. n. 14230/2020. Circa il principio del *ne bis in idem,* questo è sancito dall'art. 4 del protocollo 7 della CEDU e dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[49] A. TRAVI, *Il giudice amministrativo come risorsa?*, in *Riv. Quest. giust.,* 1, 2021. L'A muovendo da alcune considerazioni sulle giurisdizioni speciali, arriva a sostenere la necessità di una giurisdizione unica, articolata per sezioni specializzate. Si vedano anche le considerazioni di L. ROVELLI,

Ma al di là delle problematiche che potrebbero coinvolgere la percorribilità di questa proposta in riferimento all'art. 103, comma 2, Cost., deve essere chiaro che, dati alla mano, il mantenimento del concorso delle due giurisdizioni (civile e contabile) quale espressione di una doppia tutela dell'amministrazione che ha subito un danno, in realtà è solo sulla carta, dato che i casi in cui l'amministrazione ha esercitato l'azione di risarcimento davanti al giudice ordinario, nei confronti di un proprio dipendente o di un proprio amministratore, sono isolati e, in alcuni casi, indotti da cambi di maggioranze politiche negli organi rappresentativi degli enti, come isolate sono le azioni di rivalsa in caso di danno indiretto per responsabilità civile verso terzi, e che anche nei casi di condanna, l'amministrazione, ad oggi, riesce a riscuotere solo una minima parte del credito complessivo maturato sulla base delle sentenze definitive.

4. *Considerazioni di prospettiva sul sistema di tutela contabile alla luce della riforma di alcune disposizioni riguardanti le funzioni della Corte dei conti*

Di fronte alle problematiche richiamate, la legge di riforma n. 1/2026, invece di affrontare, per risolvere, le criticità derivanti dalla esenzione della colpa grave e dal concorso di giurisdizioni tra giudice civile e giudice contabile in materia di responsabilità erariali e tra giudice amministrativo e giudice contabile nei ricorsi innanzi alle Sezioni riunite in speciale composizione, ha introdotto alcune modifiche alla legge n. 20/1994, al codice di giustizia contabile nonché ad altre disposizione in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti, che solo apparentemente sembrano rivitalizzare il ruolo della Corte dei conti (nella relazione alla proposta di legge si afferma che tale riforma assegna un ruolo nuovo alla Corte dei conti), ma che nella sostanza, lungi dal preservare le amministrazioni pubbliche «dagli amministratori infedeli e incapaci», *rischiano* di deresponsabilizzare i dipendenti pubblici, contravvenendo al principio sancito dall'art. 28 della Costituzione, nonché di incidere sul ruolo di garanzia e di salvaguardia degli equilibri di finanza pubblica e di sana gestione delle risorse pubbliche, che la Costituzione ha assegnato alla Corte dei conti.

Infatti, dalla lettura dei sei articoli della legge emerge che il nuovo ruolo della Corte dei conti sarebbe riferito alla valorizzazione della funzione consultiva e dei relativi pareri, nel senso che il conformarsi ai pareri resi dalla Corte dei conti su richiesta delle amministrazioni interessate, costituirebbe causa di esenzione *tout*

Riflessioni sul tema del pluralismo delle giurisdizioni, ivi. Sulla necessità di chiarire il giudice competente a decidere in materia di responsabilità erariale, si rinvia alle considerazioni di F.G. SCOCA-A.F. DISCIASCIO (a cura di), *Le linee evolutive della responsabilità amministrativa e del suo processo,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, più diffusamente sulle responsabilità pubbliche cfr. D.SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche,* Cedam, Padova, 1998.

court dalla colpa grave e dunque dal configurarsi di responsabilità erariali qualora dall'atto conforme al parere sia derivato un danno per l'amministrazione.

Ebbene, sul piano sostanziale, la valorizzazione dei pareri quale espressione della funzione consultiva non sembrerebbe portare particolari novità posto che, come si è ricordato in premessa, il conformarsi ai pareri da parte delle amministrazioni pubbliche trova riscontro nel codice di giustizia contabile agli artt. 69 e 95 ed ancor prima trovava riscontro nell'art. 13 del r.d. n. 1214/1934 (la Corte *dà parere nella formazione degli atti e provvedimenti amministrativi indicati dalla legge*).

Tale valorizzazione, ripresa in tempi relativamente recenti dalla c.d. legge La Loggia (legge n. 131/2003 attuativa della riforma costituzionale n. 1/2001), è stata tuttavia oggetto di diversi interventi da parte della Corte dei conti, per la ragione che il parere, essendo di per sé non delimitabile *ex ante* nei contenuti, ha consentito il verificarsi di situazioni in cui le amministrazioni interessate si sono spinte a richiedere pareri anche su materie non direttamente riconducibili alla contabilità pubblica, ovvero pareri diretti a supportare decisioni dell'ente, alimentando il rischio di un coinvolgimento della Corte dei conti nelle decisioni di amministrazione attiva. Il fenomeno, particolarmente evidente a livello di enti locali, ha portato la Sezione Autonomie della Corte dei conti ad intervenire più volte svolgendo un ruolo di coordinamento e chiarendo che «la nuova funzione consultiva attribuita alle Sezioni regionali trova, da un lato, limiti nella inerenza dei quesiti alla materia di contabilità pubblica, dall'altro lato, limiti nella inerenza dei quesiti su fatti gestionali specifici, dovendo il parere concernere ambiti e oggetti di portata generale e non rispondere a quesiti che formano oggetto di esame da parte di altri organi, proprio per scongiurare interferenze e condizionamenti ed evitare di orientare le amministrazioni nelle scelte di condotte processuali in vertenze di carattere giudiziario in atto o in via di instaurazione» [50]. Rischi ben presenti anche alle Sezioni riunite che, intervenute in funzione nomofilattica, hanno ribadito il carattere di generalità e di astrattezza che devono assumere i pareri, pena la decisione di inammissibilità della richiesta di parere da parte della Corte dei conti [51]. Ragione per la quale appare quanto meno discutibile la previsione di pareri su questioni specifiche non inferiori ad un milione di euro, ancorché riferite al PNRR e al PNC (*ex* art. 46 legge europea 2019-2020), dato che una impostazione del genere contraddice i caratteri di generalità ed astrattezza che devono avere i pareri resi dalla Corte dei conti sia in sede di controllo che in sede consultiva.

Accanto alla esenzione dalla responsabilità in caso di conformazione ai pareri resi dalla Corte dei conti, la riforma introduce una ulteriore esenzione in riferimento agli atti sottoposti al controllo preventivo di legittimità che, per effetto

[50] Cfr. Corte conti, sez. autonomie, deliberazione n. 5/2006.

[51] Cfr. La funzione di orientamento generale affidata alle Sezioni riunite della Corte dei conti è stata prevista dall'art. 17, comma 31, d.l. n. 78/2009, conv. in legge n. 102/2009 e recepita da Corte conti, sez. riunite con delibera nomofilattica n. 8/2010 della Corte dei conti.

dell'art. 17, comma 30-*quater*, d.l. n. 78/2009, già escludevano la colpa grave «limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo». Infatti, la riforma oltre ad espandere il controllo preventivo di legittimità anche agli enti locali, introducendo la facoltà per gli enti di richiederlo su singoli atti, elimina del tutto l'inciso «limitatamente ai profili ...» sostituendolo con l'inciso «ovvero dagli atti richiamati e allegati che costituiscono il presupposto logico e giuridico dell'atto sottoposto a controllo», consentendo così di mandare esenti da responsabilità erariale i funzionari pubblici per qualunque danno derivante anche da aspetti non emersi dall'atto vistato e registrato e dagli atti richiamati. In tal modo non solo si è introdotto, surrettiziamente, uno scudo erariale generalizzato, ma si ripropone, anacronisticamente, quella impostazione che fondava la legittimità dell'azione amministrativa sul singolo atto e non sulla attività, e che dottrina, giurisprudenza e legislatore, palesandone i limiti, hanno da tempo superato a favore della cultura della valutazione del risultato e della relativa responsabilità del dipendente pubblico, quali espressione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa e della sana gestione del bilancio [52].

In più per quei provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori e per i provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono l'aggiudicazione formale dei contratti pubblici connessi alla attuazione del PNRR e PNC, sottoposti al controllo preventivo di legittimità, si introduce il dimezzamento dei termini entro cui deve essere rilasciato il visto, *passati* i quali l'atto si intende vistato anche ai fini della *esenzione* dalla responsabilità erariale.

A chiudere il cerchio del sistema di responsabilità erariale la riforma introduce limiti edittali al potere riduttivo del giudice contabile [53], nonché disposizioni sanzionatorie, alcune delle quali, per come formulate, lasciano spazio a possibili sovrapposizioni tra competenze riservate alla amministrazione e competenze del giudice contabile.

Infatti, mentre la previsione di sanzioni pecuniarie per i responsabili dell'attuazione del PNRR e PNC, configura fattispecie di responsabilità sanzionatoria pecuniaria che ben possono rientrare nella competenza del giudice contabile, tant'è che si fa esplicito rinvio al Capo III del codice di giustizia contabile (art. 133) [54],

---

[52] Sui limiti del controllo preventivo di legittimità sul singolo atto e sul suo superamento a favore del controllo sulla gestione si rinvia a G. D'AURIA, voce *Controlli,* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* II ed., Giuffrè, Milano, 2003; A. BRANCASI, *Autonomie locali e sistema dei controlli,* in *Nuovo sistema dei controlli sulla spesa,* Banca D'Italia, 2000.

[53] La riforma introduce dei limiti edittali al potere riduttivo, disponendo che la Corte dei conti esercita il potere riduttivo ponendo a carico del responsabile, in quanto conseguenza immediata e diretta della sua condotta, parte del danno accertato o del valore perduto di importo minimo pari a euro 150 e massimo non superiore a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo spettante al responsabile medesimo. La determinazione della entità della riduzione in misura superiore al minimo deve essere motivata.

[54] In verità la riforma prevede un sistema di sanzioni pecuniarie (da 150 euro fino a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo) per i responsabili della attuazione di procedimenti connessi al PNRR e al PNC, in caso di ritardi superiori al 10% rispetto al tempo stabilito

non altrettanto si può affermare per la previsione, in capo al giudice contabile, della possibilità, nella sentenza di condanna, di disporre, nei casi più gravi, a carico del dirigente o del funzionario, la sospensione dalla gestione di risorse pubbliche per un periodo compreso tra sei mesi e tre anni, e conseguente assegnazione da parte dell'amministrazione a funzioni di ricerca e studio [55].

Ora, a parte il fatto che la disposizione che impone la destinazione del funzionario o del dirigente "sospeso" ad attività di ricerca e studio, scarica sull'amministrazione non pochi problemi di tipo organizzativo e funzionale che potrebbero comportare anche oneri finanziari, c'è da dire che la riforma non chiarisce affatto alcuni aspetti che sono invece rilevanti per i rapporti tra giudice contabile e amministrazione. Infatti non viene esplicitato in cosa consista l'inciso rimesso alla valutazione del giudice «nei casi più gravi», né viene chiarito, visto che il fattore tempo nel caso di specie è fondamentale, il rapporto tra sentenza di condanna e obbligo per l'amministrazione di concludere il procedimento per la responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 21 d.lgs. n. 165/2001, entro il termine della sospensione disposta con il passaggio in giudicato della sentenza. Inoltre, non si chiarisce se la «sospensione del dirigente o funzionario pubblico dalla gestione di risorse pubbliche» disposta dal giudice contabile, possa rientrare in una misura cautelare a tutela delle finanze pubbliche o se invece sia una fattispecie riconducibile alla responsabilità dirigenziale *ex* art. 21 d.lgs. n. 165/2001, come sembrerebbe desumersi dal rinvio espresso all'art. 21 [56].

---

per la conclusione del procedimento. Trattandosi di sanzioni pecuniarie, nella norma si rinvia al rito previsto dal Codice di giustizia contabile per le fattispecie di responsabilità sanzionatorie pecuniarie (parte II, titolo V, capo III).

[55] L'introduzione, da parte dell'art. 1della legge di riforma n. 1/2026, di un comma I-*nonies* all'art. 1 della legge n. 20/1994 che prevede che nei casi più gravi di accertamento della responsabilità erariale, il giudice contabile possa disporre a carico del dirigente o funzionario condannato la sospensione dalla gestione di risorse pubbliche per un periodo compreso tra sei mesi e tre anni, a cui segue l'assegnazione, da parte dell'amministrazione, del dirigente o del funzionari sospesi a funzioni di studio e ricerca, e conseguente avvio del procedimento di responsabilità dirigenziale ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001. Al di là delle considerazioni sul potere sanzionatorio del giudice contabile, visto che il codice di giustizia contabile configura un rito per il potere sanzionatorio ancorandolo ad una sanzione pecuniaria e non alla sospensione dal servizio, c'è da chiedersi come e dove le funzioni di studio e ricerca saranno svolte, e quali oneri finanziari dovrà sostenere l'amministrazione.

[56] L'art. 21, d.lgs. n. 165/2001 e succ. modificazioni, prevede le fattispecie di responsabilità dirigenziali, confermando che tale responsabilità è espressione di un rapporto stretto tra funzionario e/o dirigente e l'amministrazione. Così mentre il comma 1 configura la responsabilità dirigenziale in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del d.lgs. n. 15/2009, il comma 1-*bis* si riferisce ai casi di colpevole violazione del dovere di vigilanza, mentre il comma 2 si riferisce ai casi di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa. Insomma tutte situazioni in cui è evidente che la decisione non solo di *adottare,* ma anche di *decidere* provvedimenti nei confronti del dirigente spetta all'amministrazione. Tali infatti sono il "non rinnovo" dell'incarico dirigenziale, ovvero la "revoca" dell'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli, od

Ne consegue che, come è accaduto per i pareri, la riforma tende, ancora una volta, a creare commistioni tra provvedimenti rientranti nella competenza degli organi dell'amministrazione attiva e funzione giurisdizionale.

Quanto, infine, all'introduzione dell'obbligo di assicurazione "personale" per tutti coloro che abbiano responsabilità nella gestione delle risorse pubbliche al fine di garantire il risarcimento completo della lesione patrimoniale subita dall'amministrazione ascrivibile a colpa grave a prescindere dalle condizioni economiche del condannato, è fondato avanzare riserve sulla efficacia della disposizione in questione [57]. Infatti resta tutta da verificare la disponibilità (ovviamente esclusa in caso di dolo) delle società di assicurazione a risarcire il danno causato da colpa grave in relazione alle varie configurazioni elaborate dalla giurisprudenza contabile: danno alla concorrenza, danno da perdita di *chance*, danno da tangente, danno all'immagine, danno da disservizio, danno agli equilibri di finanza pubblica ecc. [58].

È dunque evidente che, dalle considerazioni sin qui svolte, emerge che, in presenza di danni causati alle amministrazioni da soggetti in rapporto di impiego o di servizio, la creazione di un sistema finalizzato alla configurazione di fattispecie di esenzione dalla colpa grave non può essere ritenuto elemento riformatore e di valorizzazione delle funzioni della Corte dei conti.

La legge n. 20/1994 "*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*", come integrata dalle innovazioni introdotte dal d.l. n. 543/1996

---

ancora la "decurtazione della retribuzione" fino all'ottanta per cento in caso di grave violazione del dovere di vigilanza, od infine "l'esclusione dal conferimento di incarichi" per un periodo non inferiore a due anni, fino alla "decisione di recedere" dal rapporto di lavoro. Sulla responsabilità dirigenziale e sulla sua evoluzione, si rinvia agli scritti, datati ma sempre rilevanti sotto il profilo scientifico e di inquadramento della materia, raccolti in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche,* cit., pp. 567-597, nonché allo scritto fondamentale di L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale,* Cedam, Padova, 2000.

[57] La riforma, facendo riferimento alla copertura assicurativa riprende in sostanza la *ratio* già enunciata nel nuovo codice dei contratti, soltanto che, mentre il codice dei contratti si concentra sulla copertura assicurativa del personale tecnico per i rischi inerenti tale attività, per cui la finalità che, con tale norma, si persegue è quella di valorizzare e promuovere l'autonomia decisionale dei dipendenti pubblici sulla base del principio della fiducia, nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione (cfr. art. 2, comma 4 e art. 45 comma 7, del nuovo codice), nella legge di riforma si fa riferimento alla copertura assicurativa di chiunque assuma un incarico che comporti la gestione di risorse pubbliche dalla quale discenda la sua sottoposizione alla giurisdizione della Corte dei conti, in caso di responsabilità erariale, per il *ristoro* dei danni arrecati con colpa grave alla amministrazione di appartenenza o ad altra amministrazione pubblica. In sostanza si tratta di una situazione in cui il rapporto di fiducia reciproca è venuto meno! La conclusione che si può trarre è che questa disposizione ancora una volta mostra un approccio basato essenzialmente su comportamenti difensivi nelle amministrazioni pubbliche. Si veda al riguardo S. BATTINI-F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1, 2019, p. 293 ss.

[58] Per una ampia panoramica delle tipologie di danno elaborate dal giudice contabile si rinvia a titolo esemplificativo a S. BRIZZI, *I diversi tipi di danno erariale,* nota a sentenza Corte conti, sez. giurisd. per la Toscana, 3, 2022, in *Diritto e Conti,* 16 maggio 2022.

convertito nella legge n. 639/1996 e dai successivi interventi legislativi [59], ferma restando la delimitazione della funzione consultiva e dei relativi pareri nei termini indicati dalle Sezioni riunite, ha delineato una responsabilità erariale *sui generis* fondata sul dolo e sulla colpa grave che ha, rispetto all'illecito civile e penale, una sua propria autonomia, peraltro rafforzata anche dal potere riduttivo in capo al giudice contabile che appunto la rende una singolare combinazione di aspetti *compensativi e riparatori*, od ancora *restitutori e di deterrenza*, riconosciuti (come si è visto) anche dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte costituzionale (sentenza n. 203/2022), per la ragione che i soggetti coinvolti sono inseriti in un contesto organizzativo e/o funzionale caratterizzato dal perseguimento dell'interesse pubblico con risorse pubbliche, in cui una parte del rischio è assunto dall'amministrazione, e dunque in un contesto ben diverso da quello che caratterizza i rapporti tra soggetti privati [60]. Ebbene, avere, con la legge di riforma n. 1/2026, introdotto una tipizzazione della colpa, tetti al risarcimento del danno, limiti edittali

[59] Si ricordano a titolo meramente esemplificativo le ulteriori integrazioni introdotte all'art.1 della legge n. 20/1994 (commi 1-*bis,* 1-*ter*, 1-*quater,* 1-*quinques,* 1-*sexies,* 1-*septies*) dagli artt.: art. 4, comma 12-*ter,* legge n. 55/2019; art. 21, comma 1, legge n. 120/2020; art. 17, comma 30-*quater,* legge n. 102/2009; art. 1, comma 62, legge n. 190/2012; art. 4, comma 1, lett. e), allegato 3, d.lgs. n. 174/2016 (codice di giustizia contabile).

[60] Per una disamina delle innovazioni in materia di responsabilità erariale apportate alla legge n. 20/1994, la letteratura è ampia, come pure è ampia la letteratura che, a seguito della legge n. 142/1990 (di riforma dell'ordinamento degli enti locali) ha introdotto, per la prima volta, alcune innovazioni al sistema delle responsabilità erariali previsto per gli enti locali (TULCP regio decreto del 1934 n. 383), tra le quali merita segnalare l'introduzione della responsabilità erariale anche per danni arrecati ad enti diversi da quelli di appartenenza. Regola divenuta successivamente di carattere generale per tutte le amministrazioni pubbliche e che ha alimentato la sua riconduzione al principio del *neminem laedere ex* art. 2043 c.c. Si rinvia a mero titolo esemplificativo in riferimento alla legge n. 142/1990, al *Commentario della costituzione,* fondato da G. BRANCA e proseguito da A. PIZZORUSSO (a cura di), *art.128, supplemento: legge n.142/1990,* Zanichelli, Bologna-Roma, 1996; per gli aspetti generali della responsabilità erariale cfr. M. SCIASCIA, *Manuale di diritto processuale contabile,* Giuffrè, Milano, 2009; F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa,* in *Atti II Convegno di Varenna,* Giuffrè, Milano, 2006; A. POLICE, *La giurisdizione della Corte dei conti: evoluzione e limiti di una giurisdizione di diritto oggettivo,* in F.G. SCOCA-A.F. DI SCIASCIO, *op. cit.*, p. 25 ss. In sostanza, la legge n. 20/1994, come integrata dalle innovazioni introdotte dalla legge n. 639/1996 e dai successivi interventi legislativi, delinea un quadro normativo a supporto di una autonoma configurazione della responsabilità erariale non riconducibile né a quella dell'illecito contrattuale né a quella dell'illecito extra-contrattuale: la responsabilità erariale è personale e non è trasmissibile agli eredi salvo indebito arricchimento del dante causa, in luogo della colpa lieve si introduce la colpa grave, si introduce la ripetibilità del danno nella misura in cui ognuno vi ha preso parte, si introduce l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, si riconduce il potere riduttivo alla valutazione da parte del giudice contabile delle circostanze attenuanti soggettive ed oggettive, e si introduce la prescrizione quinquennale. Sul piano costituzionale, la Corte, riconducendosi ai caratteri assunti dalla responsabilità erariale dopo gli interventi legislativi intervenuti sulla legge n. 20/1994, ha affermato che tale responsabilità non ha un carattere esclusivamente ripristinatorio del patrimonio dell'ente pubblico, ma è il risultato di una combinazione di elementi *restitutori* e di *deterrenza* per

al potere riduttivo, configurazione penale del dolo, obbligo per chiunque assuma un incarico che comporti gestione di risorse pubbliche di sottoscrizione di polizze assicurative, significa aver operato una modifica sostanziale della natura giuridica della responsabilità erariale, trasformando l'attuale carattere compensativo-riparatorio, frutto di un processo evolutivo che è venuto a consolidarsi negli anni, in uno di tipo sanzionatorio a contenuto pecuniario.

A tutto questo si aggiunge la previsione nella legge di riforma, di una delega al Governo per la riorganizzazione di tutte le funzioni svolte dalla Corte dei conti, i cui principi e criteri direttivi hanno suscitato non poche perplessità nella Corte dei conti sia in riferimento alla previsione che le sezioni a livello centrale e regionale debbano svolgere unitariamente le funzioni di controllo, consultive e giurisdizionali, sia in riferimento alla previsione di un sistema verticistico per le Procure che comporterebbe «un processo di dequalificazione delle figure dei procuratori regionali che potrebbe (secondo la Corte dei conti) presentare profili di dubbia costituzionalità» [61].

Questa la situazione allo stato dell'arte. Queste le criticità che avrebbero meritato maggiore attenzione da parte del legislatore ed il cui impatto sul corretto uso delle risorse pubbliche e sugli equilibri di finanza pubblica sarà tutto da verificare.

cui il risarcimento che ne consegue è parziario e non solidale ed assoggettato al potere riduttivo del giudice contabile ed integrato, quanto all'elemento soggettivo, dal dolo o dalla colpa grave. Cfr. Corte cost., sentenza n. 203/2022 e n. 371/1998. Ed ancora in riferimento alla legittimità costituzionale, la Corte ha affermato che la responsabilità per danno ingiusto arrecato all'amministrazione da un soggetto in rapporto di impiego o di servizio, può essere oggetto di discipline differenziate rispetto ai principi comuni. Cfr. Corte cost., sentenza n. 453/1998, ed ancora sentenza n. 203/2022.

[61] Si rinvia a Corte dei conti, *Risoluzione* del 17/4/2025 del Consiglio di Presidenza.

L'elemento psicologico della responsabilità amministrativa nel nuovo equilibrio tra poteri dello Stato

Sergio Foà

SOMMARIO: 1. La "graduabilità in via generale" dell'elemento psicologico secondo la giurisprudenza costituzionale. – 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: il "monito di politica legislativa" ... *in itinere*. – 3. Il principio del risultato e l'asserito modello del Codice dei contratti pubblici per tipizzare la colpa grave. – 4. La *underdeterrence* è l'unica via per rafforzare la capacità amministrativa?

1. *La "graduabilità in via generale" dell'elemento psicologico secondo la giurisprudenza costituzionale*

L'introduzione in via legislativa del c.d. "scudo erariale" e la sua ripetuta proroga [1], con la limitazione della responsabilità amministrativa al solo dolo per le condotte commissive, rievoca alcune questioni dibattute allorquando il legislatore, nel 1996, limitò alla colpa grave la medesima responsabilità (allora anche per condotte omissive).

Già in quel momento, come noto, la limitazione dell'elemento soggettivo rilevante fu censurata dalla Corte dei conti alla Corte costituzionale, ma venne da questa ritenuta costituzionalmente legittima con motivazione dal sapore attuale. Nel 1998 il professor Casetta commentò con un titolo estremamente pungente la sentenza di rigetto della Corte costituzionale n. 371/1998 [2]: «Colpa del dipendente pubblico o colpa del legislatore?» [3].

---

[1] Art. 21, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, ai sensi del quale «limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 aprile 2025, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente». Il termine è stato ripetutamente prorogato, da ultimo fino al 31 dicembre 2025 (dal d.l. 12 maggio 2025, n. 68 conv. con legge 2 luglio 2025, n. 100).

[2] Corte cost., sentenza 20 novembre 1998, n. 371, Pres. Vassalli, Redattore Vari.

[3] E. CASETTA, *Colpa del dipendente pubblico o colpa del legislatore?*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 3257 ss.

Tutti conoscono quale fosse il punto cruciale di quella sentenza, che auspicava un assetto normativo nel quale il timore della responsabilità del funzionario non disponesse l'amministrazione pubblica all'inerzia. Pare tuttavia opportuno rileggere l'apparato argomentativo per valutare se sia applicabile al contesto dello scudo erariale: «Il punto è la combinazione di elementi restitutori e di deterrenza per raggiungere l'equilibrio che renda la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo» [4]. Si tratta di una evidente forzatura lessicale, solo ove si consideri la difficoltà che la responsabilità amministrativa possa costituire uno stimolo. Non è certo la responsabilità che funge da stimolo ma è la configurazione di un adeguato *status* giuridico del dipendente pubblico, in via normativa e amministrativa, a stimolarne l'azione legittima e efficiente.

A parte l'infelice formulazione, i motivi del rigetto della questione di legittimità costituzionale allora sollevata sono illuminanti e meritano riflessione, soprattutto in relazione alla questione recentemente scrutinata dalla Corte costituzionale. Sintetizzando, la disciplina legislativa censurata non avrebbe violato l'art. 97 Cost. poiché la discrezionalità del legislatore non è censurabile «se non quando è arbitraria o irragionevole». In questo caso, la Corte, invero in modo sbrigativo, ritenne che quell'"upgrade" dell'elemento soggettivo (dalla colpa alla colpa grave) non fosse né irragionevole né arbitrario, nella ricerca di quell'agognato equilibrio tra stimolo e disincentivo per il funzionario pubblico [5].

Non c'era violazione dell'art. 103 della Costituzione, poiché la materia della contabilità pubblica è definita dalla legge e, quindi, è la razionalità del legislatore, con la sua discrezionalità, a definire il perimetro entro il quale giudica la Corte dei conti. Non era inoltre ravvisato un nesso diretto tra la disciplina censurata e gli adempimenti degli obblighi sovranazionali (all'epoca si trattava del rispetto dei parametri di Maastricht), nonostante il giudice *a quo* avesse sostenuto una violazione del diritto (allora) comunitario, ridondante in violazione dell'art. 81 Cost.

Ma il professor Casetta, con la sua nota caustica, criticava l'intero sistema ordinamentale che aveva condotto a quella scelta legislativa. Criticava *in primis* la stessa formulazione dell'art. 28 della Costituzione, poi il legislatore successivo, la Corte dei conti come giudice *a quo n*ella formulazione della rimessione, e infine la sentenza della Corte costituzionale, con diverse sfumature di riprensione [6].

Riguardo all'art. 28 Cost., sulla scorta dei propri importanti studi [7], affermava che i lavori preparatori erano confusi e certamente non illuminanti, frutto di un difetto di redazione lessicale. Riguardo alle leggi successive, come il Testo Unico

---

[4] Corte cost. n. 371/1998, cit., punto 6 in diritto.

[5] Il termine "upgrade", riferito alla diversa qualificazione dell'elemento soggettivo, è stato utilizzato da G. MORBIDELLI nella Relazione al convegno «Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici», Università di Torino, 21 marzo 2024.

[6] E. CASETTA, *Colpa del dipendente pubblico o colpa del legislatore?, op. e loc. cit.*, ed ivi il riferimento a un «(provvisorio?) epilogo» alla «tormentata vicenda dell'istituto della responsabilità dei dipendenti e funzionari pubblici».

[7] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953, spec. p. 240 ss.

n. 3/1957 e il decreto sulla privatizzazione del pubblico impiego, il legislatore «ha creduto di intervenire con una limitazione della responsabilità, illusoria e inutile, fondatamente sospetta di incostituzionalità». Sulla Corte dei conti in funzione di giudice *a quo*, considerava le censure formulate fragili e poco penetranti, tanto da agevolare il rigetto delle questioni mediante una semplice riaffermazione della discrezionalità del legislatore [8].

Infine, riguardo alla Corte costituzionale, il professor Casetta riteneva che il rigetto della questione di legittimità costituzionale fosse costruito su presupposti errati, poiché la discrezionalità del legislatore era arbitraria per avere "rovinato" la visione unitaria, di matrice civilistica, della natura risarcitoria comune alla responsabilità civile e a quella amministrativa.

Riportando l'osservazione del professor Casetta ai giorni nostri, riguardo allo scudo erariale e alla limitazione di responsabilità di cui si è ampiamente discusso, si possono notare differenze notevoli rispetto al precedente "upgrade" normativo dell'elemento soggettivo.

Le censure sollevate riguardo alla proroga dello "scudo erariale" dalla Sezione giurisdizionale campana della Corte dei conti hanno delineato profili d'incostituzionalità senz'altro nuovi, alcuni dei quali, ad avviso di chi scrive, non sono stati adeguatamente esaminati dalla Corte costituzionale, come si noterà a breve.

Rispetto alla "paura della firma", alla "burocrazia difensiva", alla "fatica dell'amministrare" e alle diverse formulazioni entrate vigorosamente nel lessico giuridico [9], la limitazione emergenziale della responsabilità amministrativa è divenuta in questi ultimi anni ordinaria, giustificando, ben oltre le ragioni del suo esordio, la corrispondente limitazione dei poteri requirenti e giurisdizionali della Corte dei conti.

Anche la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 132/2024, con la sua inedita *vis propulsiva*, suggerisce al legislatore rimedi di diritto sostanziale, appunto intesi a ridisegnare i confini della responsabilità amministrativa, e rimedi di natura ordinamentale e processuale, che interessano le funzioni giurisdizionali della Corte dei conti [10].

Come ricorda il Professor Carlo Emanuele Gallo nel Manuale di contabilità pubblica, tuttavia, la Corte dei conti ha sempre valutato il regime della responsabilità amministrativa con estrema attenzione alle esigenze della pubblica amministrazione, preoccupandosi più di affermare i principi di correttezza nella gestione che di sanzionare gli agenti [11]. Questo è l'orientamento della giurisprudenza contabile,

---

[8] E. CASETTA, *op. e loc. ult. cit.*

[9] Addirittura, nella Relazione di accompagnamento alla p.d.l. AC 1621 "Foti", di cui *infra* nel testo, si ostenta l'improponibile termine "firmite".

[10] Corte cost., sentenza 17 luglio 2024, n. 132, Pres. Barbera, Red. Pitruzzella, specie punto 11 in diritto.

[11] C.E. GALLO, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, VIII ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 207 ss.

come del resto testimoniano le relazioni di inaugurazione degli anni giudiziari e le relative appendici statistiche.

Piuttosto, citando di nuovo il professor Gallo, «è il legislatore che, talora, sbaglia» perché «prevede sanzioni incredibili, decine di volte maggiori rispetto al danno perpetrato», oppure «introduce incoerenze, come il danno di immagine». Le citazioni a riguardo sono numerose. Ad esempio, il caso della "medicina difensiva", parallelo a quello della "burocrazia difensiva", dimostra che i rimedi alla "paura" del personale esistono, non limitandosi alla copertura dei rischi mediante la stipulazione di polizze assicurative. Sappiamo benissimo che la legge n. 24 del 2017, c.d. legge Gelli-Bianco, in tale ambito, prevede altri efficaci rimedi, per esempio già prevede l'esonero di responsabilità in caso di conformità della condotta alle linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali, tra gli altri strumenti [12].

La visione unitaria dell'art. 28 della Costituzione è stata frantumata, come affermava il professor Casetta, da quando la responsabilità amministrativa si è disallineata rispetto alla responsabilità civile, sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Questo processo ha incrinato l'unitarietà, già debole, del modello di responsabilità discendente dalla laconica disciplina costituzionale.

La questione di fondo riguarda l'individuabilità di limiti a questa gradualità generale dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa; in altri termini dove si arresta la discrezionalità del legislatore e da quale punto essa diventi arbitraria e contraria ai principi costituzionali, nella diuturna ricerca dell'ottimale combinazione tra elementi restitutori e di deterrenza propri dell'istituto.

Se il modello di partenza è l'art. 28 Cost., va ricordato che la stessa previsione costituzionale ha occasionato letture profondamente divergenti: Carlo Esposito, nel 1954, riteneva addirittura che la Costituzione limitasse la responsabilità al solo dolo, poiché si riferiva ad atti compiuti in lesione di diritti [13]. Elio Casetta, invece, sosteneva che l'ampia discrezionalità legislativa avrebbe vanificato la Costituzione, portando a estremi problematici, come nel caso della responsabilità civile dei magistrati, ridotta «a essere quasi soltanto simbolica, nella dimensione dell'elemento soggettivo, quando nulla impediva di mantenere la colpa lieve» (regio decreto di contabilità pubblica n. 2440/1923).

Da ultimo, il Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36 del 2023, all'art. 2, comma 3, distingue la colpa grave generica dalla colpa lieve, che invece è specifica. Il profilo colposo si manifesta per violazione di norme di diritto o di autolimiti dell'amministrazione (qui abbiamo un profilo di colpa lieve specifica),

---

[12] Al riguardo si vedano gli ampi riferimenti giurisprudenziali contenuti nella relazione di P. SILVESTRI, Procuratore generale della Corte dei conti all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024, ed *ivi* in particolare, la parte curata dalla V.P.G., C. VETRO, *La responsabilità medica nel giudizio innanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 35 ss.; nonché nella relazione all'inaugurazione all'anno giudiziario 2025, ed *ivi* F. CERIONI e G. STOLFI, p. 83 ss.

[13] C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti secondo la Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, p. 103, richiamato da E. CASETTA, *op e loc. ult. cit.*

oppure per palese violazione di regole di prudenza, diligenza e perizia. In questo caso, il termine "palese" suggerisce una violazione macroscopica, riferibile alla colpa grave. Con una previsione degna di sistemi giuridici di *common law*, la stessa disposizione esclude poi dalla colpa grave «la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti». In disparte la ottimistica fiducia riposta nella formazione di giurisprudenza omogenea su temi complessi e verso l'armonia tra giurisprudenza e orientamenti delle autorità di vigilanza, questa formulazione non pare tipizzare la colpa grave, come per contro si sostiene nelle proposte normative di riforma della responsabilità amministrativa, che la assumono come modello di riferimento, anche alla luce del monito rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale.

Provando a riprendere il pensiero del professor Casetta e ad applicarlo al contesto attuale rispetto alla pronuncia della Corte costituzionale del 1998, sorgono diverse domande e questioni, che si ritiene solo in parte siano state affrontate dallo stesso Giudice delle leggi con la sentenza n. 132/2024. Partendo dal caso pratico, sorge spontaneo chiedersi perché lo "stimolo" di cui già allora parlava la sentenza della Corte costituzionale debba essere rivolto al progettista e non al collaudatore di un'opera pubblica e dove risieda la ragionevolezza della distinzione. Perché lo stimolo, e non il disincentivo, deve riguardare chi progetta e non chi collauda, in ragione della condotta attiva o omissiva? A chi scrive la stessa distinzione pare macroscopicamente viziata, ma la censura che originava dal giudizio *a quo* era riferita a condotte non inequivocamente riconducibili alla criticata contrapposizione azione/omissione, così consentendo alla Corte costituzionale di sfumare il proprio giudizio su tale punto nodale [14].

Per quanto riguarda l'art. 103 della Costituzione e l'ambito della giurisdizione contabile, sembrava che la questione non potesse essere liquidata in poche righe, come avvenne nel 1998, specie richiamando la giurisprudenza costituzionale che ha ripetutamente riconosciuto la funzione del giudice contabile come giudice naturale del bilancio e della contabilità pubblica. La Corte costituzionale, replicando il proprio originario orientamento, ha tuttavia ritenuto che la disciplina degli elementi della responsabilità amministrativa riguardi il solo diritto sostanziale, escludendo un correlato *vulnus* alla giurisdizione contabile [15]. L'affermazione stupisce, specie considerando il lungo monito che la stessa Corte costituzionale formula al legislatore, che riguarda congiuntamente profili di diritto sostanziale e di diritto processuale, destinati a incidere profondamente sull'ambito della giurisdizione della Corte dei conti. Lo stesso Presidente della Corte dei conti, nella relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2025 ha sollecitato una attenta ponderazione riguardo alle conseguenze di eventuali limitazioni della responsabilità erariale, con «riduzione dello spazio della giurisdizione contabile», che condurrebbero l'attività dannosa del pubblico funzionario nel più generale

[14] Corte cost. n. 132/2024, cit., punto 8 in diritto.

[15] Corte cost. n. 132/2024, cit., punto 10 in diritto.

alveo dell'illecito [16] civile, con assoggettamento allo statuto generale della relativa responsabilità, certamente meno attenta alla "fatica dell'amministrare".

Riesce davvero difficile disgiungere il riassetto della responsabilità amministrativa dalle conseguenze processuali indotte, in primo luogo riguardo agli effetti sulla giurisdizione contabile e ai rapporti tra quest'ultima e la giurisdizione ordinaria.

Il riferimento corre alla proposta di legge Foti (C-1621), presentata il 19 dicembre 2023, che nella sua versione originaria avrebbe sostanzialmente snaturato la Corte dei conti, rendendola un organo consultivo, financo consulenziale [17], per le amministrazioni statali con grave rischio di violare il divieto di co-amministrazione [18]. Gravissimo, poi, a parere di chi scrive, prevedere l'istituto del silenzio-assenso riguardo al rilascio dei medesimi pareri: un errore molto grave, indice della natura amministrativa e, per l'effetto, della funzione di co-amministrazione che verrebbe intestata alla stessa Corte, dimenticando la sua posizione nell'assetto costituzionale [19]. Ancora più anomala l'originaria previsione, ad opera della stessa proposta di legge, dell'attribuzione alla Corte dei conti di poteri sanzionatori nei confronti dei dipendenti quali la sospensione o destituzione dei dipendenti in caso di responsabilità amministrativa, che renderebbe la Corte dei conti una sorta di ufficio disciplinare esterno o la assimilerebbe ad una Authority, nuovamente in ispregio alla sua collocazione costituzionale [20]. Tutto il progetto di legge aumenta del resto il rischio di accentuare i profili sanzionatori della responsabilità amministrativo-contabile, allontanandosi dalla sua "natura risarcitoria di fondo" [21].

La relazione di accompagnamento alla richiamata proposta invoca a sostegno delle sue previsioni un effetto "tranquillizzante" per i funzionari pubblici, che lavorerebbero senza preoccupazioni grazie alla copertura assicurativa per la colpa grave, eliminando così le conseguenze di responsabilità amministrativa e contabile, previa funzione consultiva della Corte dei conti. Tuttavia, questa prospettiva

---

[16] G. CARLINO, *Relazione alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2025*, p. 12.

[17] In tali termini, Corte dei conti, SS.RR. in sede consultiva, adunanza 28 ottobre 2024, Parere n. 3/2024 in merito alla pdl C n. 1621, p. 27.

[18] Cfr. d.d.l. recante "Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al Codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale" (atto camera 1621), sul quale si veda "La riforma della Corte dei conti: il DDL Foti", in *Dir. e conti*, 30 settembre 2024. Analoga preoccupazione è espressa da M. LUCIANI, *Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) e la II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati*, 29 luglio 2024.

[19] Si vedano al riguardo anche gli emendamenti, intesi ad espungere dal testo i riferimenti al silenzio-assenso, formulati dal Presidente della Corte dei conti alle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei deputati, Audizione del 4 febbraio 2025.

[20] Da ultimo, per una critica complessiva alla riforma, cfr. M.T. POLITO, *La riforma della Corte dei conti. Si smantellano le funzioni per valorizzare l'esimente relativa alla responsabilità erariale a danno dei cittadini*, in *Giustiziainsieme.it*, 7 aprile 2025.

[21] Che invece è rimarcata proprio da Corte cost. n. 132/2024, cit., punto 5.2 in diritto.

condurrebbe a funzionari "anestetizzati" che operano senza il giusto stimolo a causa dell'indotto effetto deresponsabilizzante. Non si ritiene che sia questa la ragionevole misura tra "overdeterrence" e "underdeterrence" invocata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 132/2024 [22].

Citando il professor Rosario Ferrara, si può osservare la tendenza preoccupante del legislatore, già lamentata nel 1999, verso la disciplina di «un'amministrazione senza qualità, un'amministrazione deresponsabilizzata» [23]. Tale approccio disvela una sfiducia evidente, molto marcata, nella dirigenza e nell'apparato apicale delle pubbliche amministrazioni, con il rischio che anche il legislatore, procedendo in questo modo, violi il principio di fiducia (verso l'apparato amministrativo).

2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: il "monito di politica legislativa" ...* in itinere

La richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024 è già stata ampiamente e diffusamente commentata e a tali commenti si può fare un generale rinvio [24].

Si intendono tuttavia aggiungere alcune riflessioni, riferite alla forma della pronuncia, alla sua classificazione e ad alcuni paradossi che il futuro legislatore sarà tenuto ad affrontare e, auspicabilmente, a risolvere per effetto dell'articolato monito in essa contenuto [25].

Iniziando dalla forma, riferita alla redazione lessicale e allo sviluppo argomentativo, si può agevolmente constatare l'utilizzo di espressioni forzatamente evocative e poco tecniche. Se ne richiamano alcune, che ben rendono l'idea: «la spinta della macchina amministrativa», «rimettere in movimento il motore dell'economia», «i

---

[22] Punto 6.7 in diritto circa lo spostamento temporaneo della configurazione dell'elemento soggettivo verso il polo della *underdeterrence.*

[23] R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 1999, p. 323 ss.

[24] V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, in *Riv. Corte dei conti*, 4, 2024, p. 195 ss.; F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte dei conti*, 4, 2024, p. 1 ss.; F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, 19, 2024, p. 122 ss.; L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, ottobre 2024, p. 2166 ss.; A. INDELICATO, *Responsabilità e "scudo" erariale: retrospettive e prospettive dopo la rimessione alla Consulta*, in *Riv. Corte dei conti*, 6, 2023, p. 217 ss.; D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, in *Giustizia Insieme*, 18 novembre 2024.

[25] Sul punto, già S. FOÀ, *Relazione all'Incontro dibattito "Prospettive della responsabilità per colpa grave dopo la sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale"* presso la Scuola di alta formazione "Francesco Staderini", Corte dei conti, Roma, 16 gennaio 2025.

tasselli principali», «la testata d'angolo» *et similia.* È evidente l'intento della Corte di concentrare l'attenzione, come ribadito in diversi passaggi, sul risultato della ripresa dell'economia, che non può essere ostacolato da un'amministrazione pubblica "difensiva" (termine invero abusato), ostaggio di una legislazione complessa e di una amministrazione non pronta a farsene carico.

Il ragionamento complessivo è icasticamente ispirato al principio del risultato, che è divenuto centrale dopo la sua positivizzazione nel Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023.

Il sillogismo che origina dall'applicazione del principio del risultato è, tuttavia, non obbligato nella direzione segnata, o auspicata, dalla stessa pronuncia della Corte.

La "amministrazione di risultato" è richiamata più volte: al punto 6.2, al punto 6.4 con riferimento al Codice dei contratti pubblici e, infine, al punto 11 che, come noto, contiene una sorta di "monito di politica legislativa" (per riprendere una felice espressione dottrinale [26]) verso la riscrittura della disciplina della responsabilità amministrativa.

Di solito, tuttavia, le sentenze monito sollecitano il legislatore ad attivarsi *ex novo* e non recepiscono spunti da un'attività legislativa *in itinere* e in fase avanzata di analisi parlamentare, ancorché le tecniche monitorie del Giudice delle leggi siano progressivamente mutate nel tempo [27].

3. *Il principio del risultato e l'asserito modello del Codice dei contratti pubblici per tipizzare la colpa grave*

Chi scrive ha appena consegnato alle stampe un lavoro che approfondisce l'effetto del principio del risultato riguardo all'ambito del sindacato giurisdizionale amministrativo [28]: da tale studio si coglie un effetto divergente nell'applicazione del medesimo principio riguardo all'altro plesso di giurisdizione speciale.

In altri termini, i giudici amministrativi, in applicazione del principio del risultato [29], stanno ampliando l'ambito della propria cognizione, attraendo nel giudizio

---

[26] G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2018, p. 253 ss.

[27] Per un'analisi del mutamento delle tecniche monitorie, cfr. da ultimo E. COCCHIARA, *L' evoluzione dei moniti della Corte costituzionale al legislatore: un bilancio a settant'anni dalla L. 87 del 1953*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 3, 2023, p. 1 ss.

[28] S. FOÀ (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2025.

[29] Tra gli ormai abbondanti contributi sul principio del risultato, si vedano M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA-P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 49 ss.; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa, ambiguità della "lex specialis" di gara ed interpretazione logico-sistematica*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2024, p. 669 ss. Sulla nozione di "amministrazione di risultato", L.

di legittimità spazi che dapprima erano confinati nel merito amministrativo: il Consiglio di Stato replica ormai con convinzione la stessa massima [30].

Il sindacato del giudice amministrativo si irradia inoltre sulla intera «operazione amministrativa» [31]. Questo ampliamento del sindacato è consentaneo alla «individuazione della regola per il caso concreto» che grava sull'amministrazione, come ribadito dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 132/2024, cit., che richiama l'art. 1, comma 4, del Codice contratti e la riduzione della quota di rischio a carico del dipendente. Il richiamo implicito è alla classica teoria della "discrezionalità in azione" di Vittorio Ottaviano, che affidava appunto all'amministrazione la creazione della regola per il caso concreto [32].

A questo punto, tuttavia, ad avviso di chi scrive, il sillogismo ipotizzato dal Giudice delle leggi non mantiene più una univoca coerenza: si ricorda, infatti, che lo stesso Codice dei contratti mira a «favorire e valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei dipendenti» (art. 2, comma 2): come si può sostenere che l'autonomia decisionale sia garantita, a rime obbligate, da una disciplina che comporti un sostanziale e significativo sgravio di responsabilità? Si riconosce autonomia decisionale solo senza responsabilità o con forti limitazioni di responsabilità? Forse sì, ma solo in un contesto economico e sociale "peculiarissimo", utilizzando lo stesso superlativo assoluto speso dalla Corte costituzionale [33].

Il modello richiamato dalla Corte costituzionale è il Codice dei contratti pubblici, che sarebbe da seguire secondo due direttrici: la (asserita) tipizzazione della colpa grave; l'introduzione delle polizze assicurative per i rischi del personale, secondo un modello che si è visto non esaurisce i rimedi introdotti per fronteggiare la c.d. "medicina difensiva".

Qui la Corte costituzionale forse chiede troppo: ammette che la colpa grave è un «concetto giuridico indeterminato» (punto 6.5 in diritto) ma pretende che venga tipizzata. Ad avviso di chi scrive, non è certo una tipizzazione esemplare quella introdotta dal Codice dei contratti, che utilizza la classica distinzione tra colpa generica e colpa specifica senza aggiungere elementi utili a delineare le fattispecie rilevanti. È una contraddizione rendere determinato un concetto giuridico

---

IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, p. ss.

[30] Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, punto 6.4. La massima giurisprudenziale riecheggia ipotesi di eclissi del merito e relativa attrazione nell'area della legittimità: cfr. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013, p. 280; oggi S. FOÀ, *Il nuovo merito amministrativo, op. ult. cit.*

[31] Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2024, n. 3738; Id., sez. V, 12 gennaio 2023, n. 431. Sulla nozione di operazione amministrativa, cfr. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, *passim*, ed *ivi* la superata contrapposizione con la nozione di procedimento amministrativo, a partire dalle riflessioni di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1940, *passim*, ma spec. p. 35 ss.

[32] V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Annuario dir. comp. e studi legislativi*, Serie III, 1948.

[33] Corte cost. n. 132/2024, cit., punto 6.7 in diritto.

indeterminato, peraltro affidandosi allo stesso legislatore che viene ripetutamente criticato quale principale fonte dell'inefficienza amministrativa (punto 6.5, specificamente sulla «fame di norme»). Né è affidabile il riferimento agli indirizzi giurisprudenziali "prevalenti", specie nella magmatica materia dei contratti pubblici.

Invocare la tipizzazione delle condotte è inoltre in palese controtendenza rispetto ad un generale processo di "fuga dalla fattispecie" che caratterizza irreversibilmente l'intero sistema giuridico [34].

L'effetto del principio del risultato in sede di giurisdizione amministrativa consente al giudice di sindacare riguardo a scelte di merito, estese a tutta l'operazione amministrativa (nozione ben più estesa rispetto al procedimento, come noto). In tal modo il giudice "intercetta" la volontà dell'amministrazione, anche dove non espressa, mediante il risultato, una sorta di "faro" che illumina atti e comportamenti amministrativi, e amplia di conseguenza anche i propri poteri di decisione, giungendo ad annullare atti amministrativi viziati per tali ragioni (non più di opportunità ma di legittimità).

È appena il caso di notare che siffatto modo di procedere, indotto dalla legislazione per principi, approda ad una affermazione contraria a quella che ispira lo stesso legislatore, perché poggia su una generale sfiducia verso la pubblica amministrazione (una "amministrazione senza qualità", per dirla con R. Ferrara). L'iniziativa e autonomia decisionale del dipendente conduce paradossalmente ad un maggior controllo giudiziale sugli atti e ad un ampliato esito di annullamento delle decisioni amministrative.

4. *La* underdeterrence *è l'unica via per rafforzare la capacità amministrativa?*

La ricerca legislativa di un equilibrio tra *overdeterrence* e *underdeterrence* riporta ai ragionamenti della sentenza della Corte costituzionale n. 371/1998, che già allora giustificava la lata discrezionalità del legislatore, con l'effetto della progressiva "rovina" della visione unitaria della responsabilità fondata sull'art. 28 Cost.

Il «polo dell'underdeterrence» è ritenuto «socialmente più accettabile» e, in prospettiva, pare destinato a consolidarsi, già solo per il «timore del riespandersi della burocrazia difensiva» (Corte cost. n. 132/2024, cit., punto 11 in diritto).

Questo processo di *upgrade* dell'elemento soggettivo rilevante non pare dunque arrestarsi, e viene assunto come unica soluzione percorribile, sia pure razionalizzata (escludendo a regime la limitazione generalizzata al solo dolo), senza approfondire le altre strade che condurrebbero a rafforzare la capacità amministrativa, mediante doverosi investimenti a favore dell'amministrazione e della formazione del suo personale.

---

[34] N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2014, p. 36 ss., ed ivi l'affermazione secondo cui il valore «non ha bisogno di fattispecie, di una qualche figura o descrizione di fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso»; G. CORSO, *Tra legge e fattispecie: la prospettiva del diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 1, 2019, p. 71 ss.

Lo stesso Codice dei contratti pubblici, eretto a modello, sottolinea del resto il carattere della "esigibilità" delle condotte dell'agente pubblico «in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto» (art. 2, comma 3, d.lgs. n. 36/2023, cit.).

A tacere di alcune risposte della Corte costituzionale che, ad avviso di chi scrive, non sono soddisfacenti né esaustive rispetto alle questioni poste dall'ordinanza di rimessione (si pensi alla ingiustificata distinzione tra condotte attive e omissive e al riferimento alle condotte materiali, affrontato sbrigativamente al punto 7 in diritto), si segnalano due paradossi indotti dal monito al legislatore:

1. il riferimento all'operazione amministrativa (incluse le condotte materiali) consente un maggiore sindacato del giudice amministrativo e conduce all'annullamento di più atti amministrativi, ma fa punire di meno le condotte serventi, facendo gravare sulla collettività gli effetti pregiudizievoli dell'illegittimità. Non vi è quindi coincidenza tra «effetto tranquillizzante del dipendente» (*leit motiv* della p.d.l. Foti, cit.) e legittimità del risultato amministrativo;
2. se il risultato giustifica condotte viziate anche da colpa grave, esso produce un effetto disincentivante per il funzionario diligente [35].

Occorre infine ricordare che il principio del risultato, per espressa definizione normativa, costituisce attuazione del principio costituzionale del buon andamento ed è perseguito nell'interesse della comunità (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023, cit.). Occorrerà dunque che il legislatore, nel rivisitare la disciplina della responsabilità amministrativa, corregga gli eccessi di *underdeterrence* gravanti sulla collettività, riportando, nell'esercizio della sua razionale discrezionalità, l'inquadramento dell'elemento soggettivo rilevante a conformità con il principio costituzionale di cui all'art. 97 Cost.

Il "peculiarissimo" periodo economico e sociale che ha generato lo "scudo erariale" è superato e un generale *metus* del funzionario pubblico non può essere tollerato in via generalizzata come fisiologico, a meno di offrire una lettura del principio di buon andamento dell'amministrazione che consenta di riversare sulla collettività le conseguenze di condotte dei funzionari anche gravemente colpose (non sempre, ma in casi tipizzati). Ciò comporta una riparametrazione dell'"interesse della collettività", che sarebbe soddisfatto anche gravando su di essa il rischio della colpa grave del funzionario, sulla presunzione che l'amministrazione procederebbe complessivamente in modo più celere ed efficiente.

La collettività, in altri termini, beneficerebbe dell'effetto tranquillizzante garantito al funzionario perché l'amministrazione sarebbe, per l'effetto, più performante. Una lettura che non convince in via assoluta, non essendo dimostrato che questa sia la soluzione "socialmente più accettabile", come per contro perentoriamente asserito dalla Corte costituzionale.

---

[35] In tal senso anche la Relazione del Procuratore generale della Corte dei conti P. SILVESTRI all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024.

La tipizzazione delle condotte rilevanti per la responsabilità amministrativa richiede in primo luogo una decisa semplificazione normativa, accompagnata da un correlato e consentaneo "adeguamento" della funzione requirente della Corte dei conti: allorquando la normazione è complessa, l'errore d'interpretazione (e di conseguente applicazione in via amministrativa) non può né deve essere inteso come grave negligenza e non può integrare il presupposto per l'azione erariale [36].

Il legislatore, in altri termini, deve non solo tipizzare le condotte (attività non semplice, come si è visto, ma sollecitata dalla Corte costituzionale) ma deve anche, e soprattutto, semplificare e razionalizzare la disciplina normativa per l'attività delle pubbliche amministrazioni. La Corte dei conti, fin dall'azione requirente, deve continuare ad affermare i principi di correttezza nella gestione delle risorse pubbliche, soppesando e dimensionando adeguatamente la gravità della colpa del soggetto agente «in un quadro normativo multilivello caotico e con risorse non sempre adeguate al fabbisogno» [37]. In questo prospettato quadro di riforma, anche la parziale tipizzazione del potere riduttivo dell'addebito del giudice contabile, non sempre adeguatamente utilizzato [38], può ridurre il denunciato effetto disincentivante per l'azione amministrativa [39].

---

[36] La stessa posizione è espressa da M. LUCIANI, *Appunti per l'audizione innanzi la I Commissione (Affari costituzionali) e la II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati*, 29 luglio 2024, p. 5 ss.

[37] In tali termini la Relazione del Procuratore generale P. SILVESTRI all'inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei conti 2025, 5.

[38] In tal senso, cfr. C.E. GALLO, *La responsabilità amministrativa e contabile e la giurisdizione*, in AA.VV., *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, cit., p. 241 ss., spec. p. 243, ed *ivi* la critica all'atteggiamento più recente del giudice contabile, che conduce ad esercitare raramente il potere riduttivo e ad applicarlo in percentuali modeste.

[39] Sia pure entro i limiti invocati dalla stessa Corte dei conti: cfr. Corte conti, SS.RR. in sede consultiva, adunanza 28 ottobre 2024, Parere n. 3/2024 in merito alla pdl C n. 1621, ove si legge: «Se, in linea di massima, si può concordare sull'opportunità di riconsiderare la disciplina dell'esercizio del potere riduttivo dell'addebito, ampliando la dovuta motivazione del Giudice anche su questo profilo, la sostanziale introduzione di un tetto alla responsabilità pone una serie di criticità, tali da ritenere necessario un ripensamento, almeno rispetto alla formulazione così come prospettata. In primo luogo, la stessa Corte costituzionale, nella più volte richiamata sentenza n. 132/2024, espressamente formula un monito in ordine alla necessità di "vagliare con attenzione" – sostanzialmente negandone la pacifica legittimità, da valutarsi, dunque, in ragione della precipua articolazione di una eventuale disciplina – "la generalizzazione di una misura già prevista per alcune specifiche categorie, ossia l'introduzione di un limite massimo oltre il quale il danno, per ragioni di equità nella ripartizione del rischio, non viene addossato al dipendente pubblico, ma resta a carico dell'amministrazione nel cui interesse esso agisce" (v. punto 11.1 del diritto). L'introduzione generalizzata di un limite massimo, non riferito ad alcune specifiche categorie, né circoscritto temporalmente in ragioni di eccezionali circostanze, non appare agilmente coerente con i principi ribaditi dalla stessa Corte costituzionale, nella suddetta sentenza. Occorre valutare infatti se, quanto ivi chiarito con riferimento all'esclusione temporanea ed eccezionale della responsabilità per colpa grave, possa avere qualche validità anche rispetto a disposizioni normative che ne riducono l'effettività: una così forte limitazione, al pari dell'esclusione della responsabilità, riducendone la finalità risarcitoria e indebolendone anch'essa la funzione deterrente, per essere ritenuta non irragionevole dovrebbe trovare anch'essa una piena e valida giustificazione e, dunque, una applicazione non generalizzata, ma radicata nella particolarità di 'uno specifico contesto'».

I sistemi di tutela amministrativa e contabile

Franco Gaetano Scoca

SOMMARIO: 1. Diritti soggettivi e interessi legittimi. – 2. Interesse legittimo e diritto soggettivo al risarcimento. – 3. La specialità del diritto amministrativo. – 4. Interessi trans-soggettivi. – 5. Responsabilità amministrativa. – 6. Responsabilità civile o responsabilità amministrativo-contabile.

1. *Diritti soggettivi e interessi legittimi*

*M*i trovo veramente in condizioni abbastanza difficili, perché sono emersi tanti di quegli stimoli, che non è facile, adesso, trarre adeguate conclusioni da questa prima sessione. Quindi, vi chiedo preventivamente scusa, se non terrò conto di tutto quello che è emerso dalle relazioni, tutte pregevoli.

Vorrei cominciare con le cose molto interessanti che ha detto il Professor Travi, il quale ha delineato un quadro concettuale profondo e molto attuale delle situazioni giuridiche soggettive, facendo numerose considerazioni originali.

Rispetto alla sua io ho una visione molto più semplice, per la verità, delle situazioni giuridiche soggettive. Ritengo che il quadro, che ci proviene, almeno nelle linee di fondo, dalla pandettistica tedesca, ovviamente aggiornata, tutto sommato regga tuttora.

Il dato fondamentale – che è poi, a ben guardare, uno dei più importanti risultati della ricerca dottrinale del secolo scorso – è la distinzione tra la nozione del diritto soggettivo e quella del potere. Nelle concezioni più risalenti il diritto soggettivo e il potere erano nozioni indistinte o molto omogenee. Anzi, il diritto soggettivo era una delle categorie del potere, o, viceversa, il potere era una delle specie del diritto. Secondo me, invece, la distinzione concettuale tra il diritto soggettivo e il potere è profonda, è di totale separazione, ed è ciò che consente di avere un quadro più chiaro delle situazioni soggettive; nel senso che, semplificando al massimo la tesi, il potere è alla base della dinamica giuridica mentre il diritto è alla base della statica della esperienza giuridica.

Intese in questo modo, le due situazioni giuridiche assumono ruoli fondamentalmente diversi, l'una attiene alla esperienza giuridica in quiete, l'altra alla esperienza giuridica in movimento, o in trasformazione.

Questo approccio, io credo, che lo si debba, in particolare, a Giovanni Miele; il quale intendeva il potere giuridico come una forza, ossia – queste sono parole

mie, ma le ritengo rispettose del pensiero del grande maestro fiorentino – una energia giuridica, necessaria, e insieme idonea, per modificare un dato assetto di interessi, sostituendolo con (o trasformandolo in) un nuovo assetto di interessi. Nel che consiste, sempre a mio avviso, la dinamica giuridica.

La dottrina successiva si è divisa sul problema della natura obiettiva o soggettiva del potere, gli uni intendendolo come forza "ordinamentale" e conseguentemente negando che possa considerarsi (o costruirsi come) una situazione giuridica soggettiva, gli altri affermando, invece, che non possa trattarsi altro che di una situazione soggettiva.

Il delicato problema si può risolvere tuttavia facilmente, se si considera che, per essere giuridica, la forza non può che provenire dall'ordinamento giuridico, ed in questo senso è sicuramente "ordinamentale", oggettiva; ma che può essere "azionata" solo dal soggetto (giuridico) e pertanto diventa (necessariamente sul piano logico) una situazione soggettiva. Per chiarire l'idea, mi permetto di ricorrere ad un esempio che può apparire semplicistico: l'energia elettrica, non essendo energia umana (come l'energia muscolare), può essere considerata oggettiva (rispetto all'uomo); ma per utilizzarla (per accendere, ad esempio, una lampada) essa deve essere azionata dall'uomo; in questo senso diventa una energia soggettiva.

Mi discosto un poco da quello che diceva il professor Travi, il quale non vede, se non ho capito male, alcuna differenza tra diritto soggettivo e interesse legittimo sul piano della disciplina positiva. Io invece ritengo che ci sia ancora la possibilità, forse la necessità, di riaffermare la loro differenza concettuale; differenza posta non sul piano disciplinare, dei principi, dell'ordine prescrittivo, del diritto positivo, ma a monte, sul piano logico.

A me pare che il concetto di interesse legittimo sia profondamente diverso dal concetto di diritto soggettivo.

Qual è la differenza? Vediamola in concreto.

Poniamoci di fronte ai rapporti giuridici correnti tra il debitore e il creditore: in questo caso la disciplina dei rapporti è completamente compiuta. È ben vero che il debitore non abbia una posizione soltanto passiva, dato che dispone dei cosiddetti poteri di protezione, ma sono poteri che non riguardano l'oggetto dei rapporti, l'assetto degli interessi reciproci. La disciplina dei rapporti è (nell'attualità) già compiuta; si tratta soltanto di attuarla, e, semmai, di verificare se nella fase di attuazione (adempimento) i comportamenti non soltanto del debitore ma anche del creditore siano ispirati al principio di buona fede.

Differenti sono le vicende in cui "vive" l'interesse legittimo.

Esso si colloca in una fase in cui il precetto, la definizione (sul piano regolatorio) dell'assetto degli interessi, non è ancora compiuta; si tratta di una fase tipicamente dinamica, in cui si definisce il (futuro) assetto degli interessi. Se vogliamo dargli una sede "logistica" precisa, possiamo affermare – ed è quasi un luogo comune – che l'interesse legittimo vive nel procedimento (amministrativo), ossia è presente e attivo (soltanto) nel momento in cui viene esercitato un potere alieno,

di carattere autoritativo (ossia idoneo a determinare anche da solo, senza il consenso altrui, il definitivo assetto di interessi). Una volta che il procedimento termina, una volta che il nuovo precetto, la nuova regola, il nuovo assetto di interessi è stabilito, non c'è più spazio per l'interesse legittimo.

Ecco perché l'interesse legittimo ha, come situazione giuridica soggettiva contrapposta, il potere (autoritativo): perché il potere, appunto, ha carattere dinamico, serve per stabilire una nuova norma, un nuovo precetto, un nuovo assetto di interessi. Gli interessi, nella fase dinamica, sono ancora in ballo; nelle fasi statiche sono definiti, giuridicamente riconosciuti o giuridicamente disconosciuti.

Un altro problema, diverso ma connesso con la teorica dell'interesse legittimo, è quello attinente al modo ottimale per soddisfare l'interesse pubblico, nel senso specifico di interesse di cui è titolare la pubblica amministrazione.

Nella dinamica di diritto amministrativo la soddisfazione di tale interesse si compie nel procedimento, nel quale l'interesse pubblico nel senso suddetto (che può essere, anzi normalmente è, un coacervo di interessi diversi, perfino contrapposti) viene valutato a fronte degli interessi privati coinvolti nella medesima operazione, in modo da ottenere quello che si denomina interesse pubblico concreto. Il quale non è l'interesse pubblico originario bensì un interesse articolato, sintetizzante tutti gli interessi coinvolti nella operazione amministrativa, sia quelli originariamente pubblici sia quelli originariamente privati.

In definitiva, a mio avviso, la differenza tra interesse legittimo e diritto soggettivo risulta una differenza concettuale, perché il primo riguarda una vicenda *in fieri* e l'altro, viceversa, una situazione giuridicamente stabilizzata.

2. *Interesse legittimo e diritto soggettivo al risarcimento*

Per quanto riguarda invece la responsabilità, sono pienamente d'accordo con il professor Travi.

Il modello della responsabilità civile è soltanto uno ed è il modello caratterizzato dal risarcimento del danno. La responsabilità amministrativa, quella che riguarda l'amministrazione quale soggetto danneggiato, deve rispondere al modello della responsabilità civile: si fonda sul diritto al risarcimento.

Apro una parentesi: io non sono d'accordo con la tesi che sta alla base della ben nota sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004. Secondo me, la Corte in quel caso ha dovuto fare una forzatura per poter affermare la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie, e l'ha fatta per un'evidente ragione pratica, per evitare cioè la necessità di due processi, l'uno per l'annullamento dell'atto, l'altro per il risarcimento. La responsabilità civile presuppone logicamente la lesione di un diritto soggettivo, il diritto al risarcimento, anche se la nascita di questo diritto discende dalla violazione di un interesse legittimo. Una cosa è la situazione giuridica violata, una cosa diversa è la situazione

soggettiva che nasce dalla violazione e che dà ingresso al risarcimento del danno (e all'esperimento dell'azione di responsabilità).

Questo, dal punto di vista teorico. Dal punto di vista pratico, come dicevo, sono convinto che la Corte costituzionale sia stata saggia, dato che ha trovato il modo di unificare la tutela (le varie forme di tutela) del privato, superando la necessità derivante dalla differenza delle situazioni soggettive, che in teoria dovrebbero dare ingresso, da un lato, alla tutela di carattere costitutivo, davanti ad un giudice, e, dall'altro lato, alla tutela di carattere risarcitorio, davanti a un diverso giudice. Francamente, si può dire che la forzatura teorica della Corte costituzionale abbia una base ragionevole.

3. *La specialità del diritto amministrativo*

L'ultimo argomento affrontato dal prof. Travi è estremamente interessante: si tratta di considerare se il diritto amministrativo sia effettivamente un diritto speciale rispetto al diritto comune (diritto privato).

La constatazione che la specialità si vada assottigliando è fondata. Però, bisogna considerare i vari settori della sterminata materia amministrativa. La mia idea, per fare un esempio concreto ed attuale, è questa: quando si parla di trattative contrattuali, quando si scrive un codice degli appalti pubblici per stabilire che nell'attività precontrattuale dell'amministrazione si esercitano poteri autoritativi, di fronte ai quali sono concepibili soltanto interessi legittimi (non diritti soggettivi, come nelle trattative tra privati), si fa una evidente forzatura, dato che in ogni caso le trattative portano al consenso. La forzatura consiste nel fatto che la disciplina positiva diverge dai concetti teorici. Ed è ovvio che il legislatore, nella sua discrezionalità, ben possa farlo.

Sono convinto che l'attività precontrattuale, le trattative tra l'amministrazione e il privato, non abbiano, sul piano concettuale, natura diversa dalle trattative tra privati: in entrambi i casi si contrappongono diritti soggettivi, o, se si vuole, e più esattamente, poteri negoziali (non autoritativi). La posizione dell'amministrazione, elevata a potere autoritativo, e la posizione del privato, ridotta (sarebbe più congruo dire: elevata, data la maggiore tutela che il privato acquista) ad interesse legittimo sono dovute esclusivamente ad una scelta del legislatore.

Il che rende evidente che quando si parla di diritti soggettivi o di interessi legittimi, nonostante la differenza concettuale sussistente tra loro, non possiamo non tenere presente che, positivamente, il legislatore abbia ogni possibilità di trattare i diritti soggettivi come (se fossero) interessi legittimi e questi ultimi come diritti soggettivi.

Bisogna tuttavia subito aggiungere che ci sono altri settori in cui la riduzione della specialità del diritto amministrativo non riesco a vederla: si pensi alle interdittive antimafia, si pensi in generale al diritto di polizia, ma anche alla disciplina dell'urbanistica, alla disciplina dell'ambiente. C'è una nutrita serie di materie in

cui il potere amministrativo è, e si mostra, come un potere effettivamente autoritativo. Rispetto al potere di siffatta natura, non è pensabile, dato il livello della nostra civiltà, che non ci sia la necessità di un diritto speciale: se non ci fosse una disciplina speciale, che valga ad aumentare le difese giuridiche nei confronti dell'esercizio del potere autoritativo, l'amministrazione non troverebbe limiti al suo arbitrio.

Si tornerebbe alla situazione dei primordi dello Stato nazionale, quando la discrezionalità veniva intesa come (assoluta) libertà dell'amministrazione, e quando era convinzione diffusa (e bene interpretata da Pasquale Stanislao Mancini) che, a fronte dell'esercizio (come che fosse) del potere amministrativo, il privato, che se ne fosse sentito pregiudicato, non avrebbe avuto altra *chance* che di rassegnarvisi.

4. *Interessi trans-soggettivi*

Quello che ha detto il prof. Portaluri è estremamente importante, ma è rilevante soprattutto sotto il profilo sociologico, più che sotto il profilo giuridico. Quando Egli parla di una *vicinitas* che non è soltanto una *vicinitas* spaziale, ma è anche e soprattutto una *vicinitas a*ssiologica o una *vicinitas* culturale, ha perfettamente ragione; ma, secondo me, la rilevanza di questi diversi tipi di *vicinitas* già trova posto nel nostro diritto positivo.

Un tema importante è quello che attiene al trattamento giuridico degli interessi trans-soggettivi. L'accenno ad essi mi fa venire in mente quello che diceva Guicciardi, ovvero che il privato che sostiene, anche in giudizio, interessi che non sono i suoi personali, ma che sono interessi di una collettività o addirittura interessi pubblici, assume il ruolo di sostituto dell'amministrazione.

Va ancora rammentato che Guicciardi, il raffinato teorico della giustizia amministrativa, sosteneva che, nel giudizio amministrativo, ove si trascurino le apparenze, c'è una sola parte processuale, che è l'amministrazione; il privato non è parte effettiva, perché il processo è dedicato a tutelare esclusivamente l'interesse dell'amministrazione. Nel proporre il ricorso il privato non è, secondo tale ricostruzione, un (vero) attore, ma più correttamente può considerarsi il sostituto dell'amministrazione: si rivolge al giudice per far verificare a quest'ultimo la violazione di regole che riguardano soltanto l'interesse pubblico, non il proprio, e lo fa solo nella speranza di avvantaggiarsi di effetti indiretti dell'eventuale annullamento.

5. *Responsabilità amministrativa*

Passiamo ad un altro argomento, la responsabilità amministrativa. A questo proposito vorrei soffermarmi soltanto su due punti: il profilo soggettivo della

responsabilità e la strana disciplina che consente un doppio binario, un doppio processo, dinanzi a giudici diversi, per farla valere.

Comincio col dire che, secondo una impostazione razionale, la previsione del secondo comma dell'art. 21 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, (con le plurime estensioni temporali) è una disposizione normativa non condivisibile: è contrario al buon senso che si risponda dei danni provocati soltanto a titolo di dolo e non anche per colpa (grave).

Ciò detto, viene spontanea una domanda: perché il legislatore ha ritenuto di ridurre in questo modo, che anche a lui dev'essere apparso irrazionale, il tratto soggettivo della responsabilità amministrativa?

Cos'è che lo ha indotto a modificare la disciplina ordinaria della responsabilità amministrativa? Si può individuare di chi sia la "colpa"? Non c'è forse a fondamento di siffatta norma irrazionale il modo in cui la giurisprudenza contabile ha trattato la responsabilità dei funzionari pubblici?

La responsabilità amministrativa è una materia delicatissima, che, trattata rudemente, ha conseguenze negative sulla efficienza dell'azione amministrativa. Il suo impatto deterrente è rilevantissimo; si sparge a macchia d'olio tra gli operatori pubblici: condannarne uno significa impaurirli tutti, e conseguentemente indurli a comportamenti difensivi, non a comportamenti efficienti. Per questa sua delicatezza la responsabilità amministrativa è una responsabilità risarcitoria moderata, limitata alla colpa grave, e rispetto alla quale il giudice cui spetta accertarla e punirla è dotato del potere riduttivo.

Facciamo un po' di storia: fino a quando non si è posto affatto il problema della riduzione della responsabilità dalla colpa lieve alla colpa grave? Fino a quando il giudice contabile ha mantenuto un atteggiamento moderato.

Ad un certo punto la giurisprudenza ha iniziato a perseguire due obiettivi. Da un lato, la Corte dei conti ha cercato di ampliare l'ambito della sua giurisdizione (ed è proprio di qualsiasi giudice cercare di allargare la sua giurisdizione). Su tale atteggiamento, la Corte costituzionale ha fino ad un certo tempo fatto opera di sbarramento, ma non così, più recentemente, la Corte di cassazione.

Il giudice della giurisdizione è andato – mi si consenta l'espressione – a rimorchio della Corte dei conti, fino a consentire che si possa qualificare come responsabilità amministrativa l'inadempimento del privato, contraente con l'amministrazione, soggetto giuridico ad essa totalmente estraneo. Insomma, la responsabilità amministrativa è andata allargandosi, aggiungendo a coloro che sono legati da un rapporto di dipendenza, da un rapporto di servizio con l'amministrazione, e che agiscono nel suo nome e per i suoi interessi, a soggetti che non sono legati da alcun rapporto di tipo organizzativo con l'amministrazione, e sono solo controparti in un rapporto sinallagmatico, ossia in un rapporto fondato sulla differenza (e sulla conciliazione consensuale) dei rispettivi interessi. Questa, francamente, è una vicenda che lascia perplessi.

6. *Responsabilità civile o responsabilità amministrativo-contabile*

L'altra operazione che ha fatto la Corte dei conti è stata di giocare al ribasso sul profilo soggettivo della responsabilità, intravedendo la colpa dappertutto, e, a seguito dell'intervento del legislatore che tolse rilevanza alla colpa lieve, interpretando la colpa grave in modo da confonderla con la colpa *tout court.* Si può comprendere che il giudice si mostri piuttosto severo con chi provoca danni all'erario, ma è questione di misura: è rischioso punire chi, secondo una analisi obiettiva non si sente in colpa, perché provoca nei suoi colleghi, ossia in tutti coloro che possono essere chiamati a rispondere di responsabilità amministrativa, l'idea che si possa essere condannati, e condannati pesantemente (con scarsissimo impiego del potere riduttivo, che invece costituisce il tratto identitario della giurisdizione dedicata), anche senza la coscienza di avere gravemente sbagliato.

Non credo che sia inesatto ritenere che, a fronte di un programma impegnativo quale il PNRR, con ristretti tempi di attuazione, il legislatore si sia sentito costretto, per garantire la necessaria efficienza, ad intervenire per limitare ulteriormente il profilo soggettivo della responsabilità amministrativa. Arrivando a dettare una disposizione, che limita ai comportamenti dolosi la responsabilità nei confronti dell'amministrazione; disposizione che sarebbe irrazionale se non se ne conoscesse la genesi.

Assai indicativo è che la cosiddetta paura della firma si ravvisa anche con riferimento ad atti e comportamenti dalla liceità indiscutibile, il che la dice lunga sulla opinione che hanno i funzionari della giurisprudenza contabile. Quante volte si sente dire: anche se il tal provvedimento o il tal beneficio ti spetta, fattelo dare dal giudice?

A ciò si aggiunga che la legislazione è spesso ambigua, poco chiara, soggetta ad essere letta in modi diversi, e che anche la giurisprudenza talvolta è contraddittoria; ed è normale che i funzionari siano chiamati ad applicare norme sulle quali non si è ancora pronunciato il giudice. Non ci si può meravigliare che chi deve adottare un provvedimento, rischiando di rimetterci del suo (quasi sempre dopo molti anni, quando può non avere più i documenti per difendersi), ci pensi a lungo prima di firmarlo e, se può, finisca per non adottarlo.

Il secondo argomento è, secondo me, più grave.

Nel nostro ordinamento per i danni causati all'amministrazione dai suoi agenti convivono la responsabilità civile e la responsabilità amministrativo-contabile.

Sono forse due responsabilità diverse, l'una risarcitoria, l'altra sanzionatoria?

Non sono diverse: entrambe tendono al risarcimento, ossia al medesimo risultato; nel senso che, in caso di doppio processo, se la Corte dei conti condanna a pagare una determinata cifra e il giudice ordinario condanna a pagare una cifra diversa, le due cifre non si sommano, ma si compongono nella condanna alla cifra più alta. D'altronde sarebbe sommamente ingiusto, oltre che contrario ai principi generali e alle caratteristiche proprie della responsabilità dei funzionari pubblici, che fossero tenuti a corrispondere due volte il risarcimento dello stesso danno.

Le differenze di trattamento ci sono tra le due responsabilità: riguardano sia la disciplina sostanziale (si pensi all'elemento soggettivo: colpa o colpa grave), sia, ancor più, la disciplina processuale, a cominciare dalla giurisdizione. Tuttavia non toccano il fondamento e la natura (risarcitoria) delle due responsabilità.

Eppure la Corte di cassazione, per giustificare la proponibilità di due azioni e la procedibilità di due processi, afferma, contro ogni evidenza, che le due responsabilità hanno natura e finalità diverse, risarcitoria la civile, sanzionatoria l'amministrativa; quando la stessa Corte dei conti è fermamente convinta del carattere risarcitorio della responsabilità amministrativa.

Il che è inconfutabile in base al codice di giustizia contabile, che tiene separate dalla figura generale le ipotesi tassative di responsabilità sanzionatoria. Alla base della responsabilità amministrativa c'è indubitabilmente il risarcimento; alla base del risarcimento c'è indubitabilmente il danno; la misura del risarcimento corrisponde (deve corrispondere), ove si prescinda dall'esercizio del potere riduttivo, alla entità del danno. La responsabilità amministrativa potrebbe definirsi sanzionatoria solo se si accedesse alla tesi che ritiene che il risarcimento sia una sanzione; ma, a parte la non condivisibilità di tale tesi teorica, il problema della coesistenza di due azioni e di due processi rimarrebbe inalterato, perché in quel caso anche la responsabilità civile sarebbe sanzionatoria.

La Corte di cassazione, invece di tentare di giustificare la doppiezza delle azioni e dei processi, dovrebbe combatterla e fare in modo, anche, se del caso, portando la questione all'attenzione della Corte costituzionale o della Corte convenzionale, che tale strano fenomeno, dovuto alla trascuratezza del legislatore, abbia termine.

Pensiamo alle spese e agli inconvenienti anche psicologici, che il presunto responsabile deve affrontare per difendersi in due sedi distinte dalle iniziative dell'amministrazione danneggiata e del pubblico ministero contabile; ma pensiamo anche allo spreco di attività giurisdizionale. Si parla continuamente e ad ogni livello della giustizia come di una risorsa limitata. Ebbene, nel nostro ordinamento abbiamo due processi, articolati in un primo e in un secondo grado, e, per quanto riguarda la responsabilità civile, con aggiunta del ricorso in Cassazione; con l'unica prospettiva di accertare un solo illecito, un solo risarcimento, in una sola complessiva misura e con il pericolo, assai concreto, che i due accertamenti abbiano esiti diversi non solo nella misura del danno ma anche in ordine alla sua sussistenza.

Secondo me, un tempo c'era una maggiore consapevolezza di questi problemi. Pensiamo, per esempio, ai rapporti tra il processo civile e il processo penale per l'accertamento della responsabilità civile derivante da fatti costituenti reato e alla possibilità che l'azione civile fosse spostata dinanzi al giudice penale, allo scopo evidente di evitare due processi per gli stessi fatti. Se questa soluzione è stata ritenuta opportuna e praticabile, nonostante che la responsabilità civile sia ontologicamente diversa dalla responsabilità penale, non è giustificabile che la stessa soluzione non venga seguita per l'accertamento di due responsabilità entrambe risarcitorie.

Aggiungo una circostanza che mi sembra rilevante. Nel nostro ordinamento esiste una disposizione molto chiara: l'accertamento del fatto, raggiunto in sede penale, prevale, in caso di contrasto, sull'accertamento fatto in sede civile o in sede contabile. Ebbene, un tempo, che cosa succedeva? Se pendevano contemporaneamente un processo civile e un processo penale, il processo civile doveva necessariamente essere sospeso; lo stesso era per il processo contabile. Ora, invece, la sospensione del processo contabile o del processo civile è meramente facoltativa, e spetta ai giudici stabilirlo; per cui in pratica non si sospende mai. A me sembra razionale che, essendo prevalente l'accertamento del fatto in sede penale, il suo medesimo accertamento in altra sede dovrebbe essere con ogni cura evitato, in quanto inutile e costoso.

Propongo un esempio concreto e recentemente verificatosi. Il giudice contabile accerta l'esistenza di un fatto illecito e pronuncia in primo e secondo grado la condanna del responsabile; trattandosi di un fatto ritenuto penalmente rilevante, lo stesso fatto è l'oggetto anche di un processo penale; e il giudice penale, successivamente alla conclusione del processo contabile, assolve il malcapitato con formula piena, ossia per non aver commesso il fatto. Oltre allo spreco di attività giurisdizionale, si è così verificato un accadimento che andrebbe in tutti i modi evitato, il contrasto tra giudicati; con il conseguente problema del superamento del contrasto.

Come si risolve il problema del doppio binario? A parer mio, ci sono due possibilità in astratto.

Da un lato, si potrebbe stabilire che l'amministrazione, che – va sottolineato – ha l'obbligo di comunicare alla Procura della Corte dei conti le vicende eventualmente causative di danno, venga privata della iniziativa processuale, e che la proposizione dell'azione di danno sia riservata esclusivamente alla stessa Procura. In tal modo l'accertamento dell'illecito potrebbe avvenire in un'unica sede, quella contabile. Non credo che privare l'amministrazione del potere di proporre l'azione risarcitoria comporti problemi di costituzionalità; d'altronde l'esperienza dimostra che l'amministrazione esercita (direttamente) l'azione risarcitoria solo quando non ne può fare a meno, ossia quando si muove la Procura penale.

Siffatta soluzione renderebbe la Corte dei conti l'istituto cui spetta in esclusiva la tutela risarcitoria dell'amministrazione per i danni provocati dai suoi agenti. I quali – si badi – sono titolari di diritti soggettivi, del diritto alla conservazione o all'integrità del loro patrimonio; e la tutela di questo diritto non può essere inferiore a quella di ogni altro diritto; non può quindi escludere la tutela connessa con il ricorso in Cassazione.

Ciò fa sorgere un problema, dato che, com'è a tutti noto, le sentenze del giudice contabile non sono ricorribili in Cassazione.

Per risolvere il problema, assicurando la pienezza della tutela, non c'è altra strada che la modifica del settimo comma dell'art. 111 della Costituzione, così da consentire il ricorso in Cassazione avverso le sentenze della Corte dei conti.

Non si tratta, a mio avviso, di una modifica costituzionale rilevante, di una

modifica che infranga sacri principi o alteri l'armonia complessiva della disciplina costituzionale. Si otterrebbe anzi un risultato positivo sul piano della coerenza costituzionale, in ossequio agli artt. 3 e 24 della Costituzione, dato che non vi è alcuna ragione né logica né pratica che giustifichi che alcuni diritti abbiano una tutela dimidiata solo perché sono soggetti alla giurisdizione speciale della Corte dei conti e non a quella generale. Né alcuna ragione traspare dai lavori dell'Assemblea costituente, dato che la sottrazione delle sentenze della Corte dei conti al vaglio di legittimità fu dovuto esclusivamente (e sbadatamente) all'idea (non sottoposta ad alcuna analisi) di uguale trattamento delle "decisioni" del Consiglio di Stato; le quali, peraltro, riguardano interessi legittimi, e non diritti soggettivi.

Ad ulteriore dimostrazione della opportunità della modifica costituzionale si consideri che la stessa tutela risarcitoria attualmente può essere erogata dal giudice contabile e dal giudice ordinario. Ebbene, se erogata dal primo, sussiste il livello della Cassazione, se erogata dal secondo tale livello manca!

Mi rendo conto, tuttavia, che questa è una soluzione non facile, non solo perché, a ragione o torto, aleggia nell'aria una sorta di paura della Corte dei conti, ma soprattutto perché, nel caso che il fatto illecito sia anche penalmente rilevante, non sarebbe possibile sottrarlo alla giurisdizione penale.

La seconda soluzione è tecnicamente meno complessa ma "politicamente" molto più accidentata. Si tratterebbe di prevedere che la Procura contabile eserciti la sua azione risarcitoria dinanzi al giudice civile o, eventualmente, dinanzi al giudice penale, e non più dinanzi alle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti.

La Corte dei conti perderebbe la giurisdizione sulle controversie di responsabilità amministrativa. Comporterebbe questa soluzione problemi di ordine costituzionale? Non lo credo, dato che è assolutamente improprio ritenere che la responsabilità amministrativa rientri nella materia della contabilità pubblica, questa sì riservata alla Corte dei conti. Forse vi rientra la responsabilità contabile, con il giudizio di conto, ma si tratta di materia assai diversa, sia per la disciplina sostanziale sia per quella processuale, rispetto alla responsabilità amministrativa.

Queste sono le due possibilità: o si dà tutto alla Corte dei conti, oppure si dà tutto al giudice ordinario, salvando tuttavia la Procura contabile.

In sede teorica, le soluzioni prospettate mi sembrano perseguibili. Quanto alla loro fattibilità concreta, faccio presente che almeno una delle due è parzialmente già presente nel diritto positivo: la Procura militare agisce, oltre che dinanzi ai Tribunali militari, anche in Cassazione. In sede di compromesso, si potrebbe pensare a una soluzione di questo genere.

La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo

Mario Pilade Chiti

SOMMARIO: 1. La lenta apertura al diritto dell'Unione europea. – 2. I maggiori legati della giurisprudenza degli ultimi tre decenni. – 3. *Segue*: la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione. – 4. Tre casi esemplari del nuovo regime della responsabilità della pubblica amministrazione. – 5. Talune conclusioni.

1. *La lenta apertura al diritto dell'Unione europea*

Il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione è stato tradizionalmente esaminato dagli amministrativisti in una prospettiva puramente nazionale, anche in tempi successivi al Trattato di Roma del 1957 che istituiva la Comunità economica europea. Dopo una serie di studi comparatistici, che aprivano la problematica ad un più vasto scenario [1], è dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, a seguito della celebre sentenza *Francovich* del 1991, che si è finalmente accesa l'attenzione sui nuovi principi che si venivano formando nel diritto dell'Unione europea e sulle conseguenti interconnessioni con la disciplina nazionale. Da ultimo, l'esame congiunto dei due versanti del tema è stato sempre più approfondito e la recente sentenza della Corte di giustizia *Kočner/Europol* (4 marzo 2024, C-755/21), ha posto per la prima volta il principio della responsabilità solidale tra un organismo dell'Unione (nel caso, l'agenzia Europol) ed

[1] Cfr. in particolare R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale delle pubbliche amministrazioni. Sistemi e tecniche*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 123 ss.; A. ANGELETTI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIII, 1997, p. 223. Molti altri studi del tempo sono richiamati da M. BUSSANI, *La responsabilità della pubblica amministrazione in diritto comparato*, in *Resp. civ. e prev.*, 3, 2000, p. 547 ss.; L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 265 ss.; S. PELLIZZARI, *L'illecito dell'amministrazione. Questioni attuali e spunti ricostruttivi alla luce dell'indagine comparata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. ammin.*, 2, 2017, p. 499 ss. Interessante è che i primi studi su altri ordinamenti europei – principalmente di Francia, Germania e Inghilterra – concludessero con una parte sul diritto dell'allora CEE; peraltro in modo non ancora particolarmente approfondito.

un'amministrazione pubblica nazionale per violazione ingiusta dei diritti degli interessati.

I ritardi iniziali degli amministrativisti possono essere spiegati per la scarsa attenzione che alla tematica era riservata dagli stessi comunitaristi e per la carenza, per un certo tempo, di una giurisprudenza seminale della Corte di giustizia. I primi casi significativi furono *Humblet* del 1960 e *Lütticke* del 1971. La sentenza *Humblet* (16 dicembre 1960, in causa 6/60) riguardava un caso antesignano di responsabilità di uno Stato membro (nel caso il Belgio) per violazione del diritto comunitario, una norma della CECA [2] sui privilegi fiscali dei propri dipendenti. La sentenza *Lütticke* (28 aprile 1971, in causa 4/69) riguardava invece un caso di responsabilità delle istituzioni comunitarie per l'omissione di una decisione individuale da parte della Commissione. Questa sentenza era stata anticipata dal caso *Lütticke I* (sentenza del 16 giugno 1966, in causa 57/65) che aveva posto il principio, poi consolidato definitivamente, della diretta efficacia delle previsioni dei Trattati, a certe condizioni. Infatti, per quanto le previsioni dei Trattati si riferiscano formalmente agli Stati membri, i cittadini possono trarvi direttamente diritti (così come obblighi) nel caso in cui la previsione in questione sia completa, chiara e precisa, senza condizioni e che non richieda interventi delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri [3]. Sulle due sentenze, al tempo rimaste senza molto eco, tornerò più dettagliatamente nei prossimi paragrafi. Per i comunitaristi il ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione è stato in effetti a lungo relegato in una posizione marginale ed ancillare rispetto ad altre categorie di ricorsi giurisdizionali previste dall'ordinamento dell'Unione. Almeno sino a quando [4] la Corte non stabilì che l'azione di danni rappresenta un rimedio autonomo, distinto dagli altri mezzi sia quanto alla funzione che quanto alle condizioni di esercizio che tengono conto del suo oggetto specifico. Sempre però rimedio subordinato, perché esercitabile alla condizione che l'azione di responsabilità

[2] Il Protocollo sui privilegi ed immunità della CECA.

[3] Secondo la più recente formulazione, i diritti dei singoli nascono non soltanto qualora essi vengano espressamente attribuiti da dispositivi del diritto dell'Unione, ma anche in virtù di obblighi positivi o negativi che dette disposizioni impongono in maniera ben definita sia ai singoli che agli Stati membri o alle istituzioni dell'Unione. La violazione di siffatti obblighi positivi o negativi, da parte di uno Stato membro, è suscettibile di ostacolare l'esercizio, da parte dei soggetti interessati, dei diritti che sono loro implicitamente conferiti in virtù delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui trattasi, che detti soggetti devono poter far valere a livello nazionale, ed è dunque suscettibile di alterare la situazione giuridica che le disposizioni suddette mirano a creare per tali soggetti. È per questo motivo che la piena efficacia di tali norme del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti che queste ultime mirano a conferire esigono che i singoli interessati abbiano la possibilità di ottenere un risarcimento, e ciò indipendentemente dal fatto che le disposizioni in questione abbiano o no effetto diretto, dato che tale qualità non è necessaria, né sufficiente di per sé affinché sia soddisfatto il presupposto di insorgenza della responsabilità dell'Unione relativo alla violazione di una norma giuridica dell'Unione che conferisce diritti ai singoli. Così, Tribunale, 20 dicembre 2023, T-415/21, *Banca Popolare di Bari.*

[4] Sentenza *Zückerfabrik 2* dicembre 1971, in causa 5/71.

non sia utilizzata per ottenere lo stesso risultato che avrebbe potuto essere raggiunto con una diversa azione.

Andando oggi a ripercorrere la problematica europea si coglie come si sia trattato di una coincidente anomalia dei comunitaristi, principalmente, e degli amministrativisti. Infatti l'affermazione della Corte di giustizia in *Francovich* che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazione del diritto comunitario ad esso imputabile è "inerente" al sistema dell'Unione, che al tempo sembrò un'affermazione originale e creativa, era in realtà insita già nel Trattato CECA del 1951. Precisamente, all'art. 86 che affermava un principio del tutto analogo [5] a quello poi espresso in termini ancor più generali dall'art. 5 CEE [6], considerato dalla sentenza *Francovich* una delle basi principali per affermare il principio della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione degli obblighi comunitari. Rilevante anche l'art. 88 del medesimo Trattato CECA circa il principio di responsabilità degli Stati membri per inadempimento degli obblighi comunitari; «ultima *ratio* per tutelare gli interessi comunitari sanciti dal Trattato di fronte all'inerzia ed alla resistenza degli Stati membri» (Corte di giustizia, sentenza 15 luglio 1960, in causa 20/59) [7]. Principio poi scomparso nei successivi Trattati, anche nel vigente TFUE; ma "reinventato" dalla Corte di giustizia.

Il tema della responsabilità civile dello Stato (inteso non in senso soggettivo e per tutte le sue funzioni) non è dunque disciplinato solo dal diritto nazionale, ma anche dal diritto dell'Unione. L'affermazione della responsabilità dello Stato per mancato o tardivo intervento del legislatore nazionale, toccando direttamente il ruolo del più importante organo statale, implicava necessariamente l'ulteriore svolgimento del medesimo principio in relazione alle altre funzioni pubbliche, tra cui quella amministrativa. Come puntualmente avvenuto nel 1996 con la sentenza *Lomas* (C-5/94), su cui tornerò tra breve.

Semplicemente detto, le «leggi civili e amministrative» che nel nostro ordinamento, per dettato costituzionale (art. 28), i pubblici dipendenti devono osservare comprendono – nell'ambito delle materie di competenza dell'Unione – anche il diritto europeo. Con possibile loro responsabilità in caso di violazione di quel diritto, ormai integrato con quello nazionale.

Si tratta di uno dei più importanti sviluppi dello Spazio amministrativo europeo,

---

[5] Art. 86.1. «Gli Stati membri si impegnano di prendere ogni provvedimento generale o speciale atto ad assicurare l'esecuzione degli obblighi risultanti dalle decisioni e dalle raccomandazioni delle istituzioni della Comunità e di facilitare a questa il compimento della sua missione».

[6] «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato».

[7] Il tema era stato poi ripreso dal Trattato di Maastricht all'art. 221, già 171.

nozione che da tempo non è più propria solo della scienza giuridica [8] essendo stata incorporata nel TFUE (è infatti il sostrato, in particolare, dell'art. 197 e dell'art. 298) e sviluppato dalla comunicazione della Commissione europea «Rafforzare lo spazio amministrativo europeo» del 25 ottobre 2023 (ComPAct) [9].

Questo regime ha una capacità espansiva anche per i settori in cui non vi è competenza dell'Unione; come avviene per altre discipline europee. Così che i portati maggiori della giurisprudenza in materia divengono principi generali per il corretto esercizio delle funzioni degli Stati membri, anche nelle parti non ancora "comunitarizzate". Principi non vincolanti, a differenza dei principi generali relativi ai settori di competenza dell'Unione.

La forza espansiva di cui ora si è detto è stata rafforzata dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui casi di responsabilità dell'Unione europea, dovuta alla sempre più diffusa attività diretta delle istituzioni e degli organismi comunitari. Lontano ormai è il tempo in cui dominava il modello dell'azione indiretta dell'Unione, le cui finalità si perseguivano attraverso il modello del "far fare" agli Stati membri [10]. Soprattutto, l'azione diretta dell'Unione si è ampliata a seguito della istituzione di numerose agenzie [11].

Si stanno ora aprendo ulteriori prospettive, come la responsabilità di organismi e agenzie dell'Unione per violazione, ai sensi dell'art. 340 TFUE, delle obbligazioni relative alla protezione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta dell'Unione [12]. Si tratta di una giurisprudenza del tutto nuova, da valutare solo dopo un primo consolidamento; come potrà essere con l'attesa sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite C-29/22 e C-44/22.

2. *I maggiori legati della giurisprudenza degli ultimi tre decenni*

Per esaminare la portata dell'intersezione tra diritto nazionale ed europeo della responsabilità civile della pubblica amministrazione, due argomenti appaiono esemplari: a) i legati maggiori delle discussioni degli ultimi trenta anni, partendo appunto dal caso *Francovich;* b) i più interessanti casi recenti in settori

---

[8] Cfr. M.P. CHITI-A. NATALINI (a cura di), *Lo Spazio amministrativo europeo*, il Mulino, Bologna, 2012, con saggi che analizzano le principali implicazioni della nozione.

[9] Peraltro caratterizzata dall'assenza di riferimenti alla dimensione giuridica ed in particolare al diritto amministrativo, come rilevato da E. CHITI-G. NAPOLITANO, *Il rafforzamento dello spazio amministrativo europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2024, p. 5 ss. Il tema qua in esame dimostra, a differenza delle iniziative della Commissione, che con la ora citata Comunicazione, la Corte di giustizia confermi il suo ruolo fondante anche per nuove dimensioni istituzionali come lo Spazio amministrativo europeo (sul punto si ritornerà al successivo paragrafo 4.1.).

[10] C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 1992.

[11] E. CHITI, *Le agenzie europee*, Cedam, Padova, 2002.

[12] Mi riferisco alla sentenza del Tribunale del 9 settembre 2023, causa T-60/21, *Frontex.*

chiave, quali la cooperazione amministrativa, gli appalti pubblici, l'Unione bancaria europea.

I maggiori legati degli ultimi tre decenni sono i seguenti.

2.1. Siamo di fronte ad un tipico caso di "giuristocrazia" [13]. Quanto avvenuto sul tema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario è tipico della "creazione" per via giurisprudenziale del diritto dell'Unione. Così confermando la tesi dei giudici dell'Unione come i "Signori del diritto comunitario" [14].

In effetti, il tema è formalmente assente nei Trattati, ad eccezione del Trattato CECA del 1951 (artt. 86 e 88 citati). La posizione della Corte di giustizia era stata anticipata con le sentenze *Humblet* (la già citata 16 dicembre 1960, 6/60) e *Russo* del 1976 (22 gennaio 1976, 60/75), al tempo poco considerate, secondo cui quando il pregiudizio deriva dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato membro, questo deve rispondere nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione. Ma con seri limiti per mancanza di una disciplina europea su vari aspetti. Esemplare il caso della nozione di "danno", tuttora non previsto nel diritto europeo generale e neanche in quello speciale, come il settore degli appalti pubblici. Sul tema si veda adesso la causa C-457/22, esaminata al par. 4.2 che segue.

2.2. La corrispondenza tendenziale tra il regime della responsabilità extracontrattuale dell'Unione per fatto illegittimo proprio (delle istituzioni e dei vari organi) e quello della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione. Tale criterio era stato già proposto con successo dall'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni per il caso *Brasserie du Pêcheur*: «la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura nazionale o comunitaria dell'organo che ha cagionato il danno» (riportato al punto 42 della sentenza [15]). Consolidato poi dalla sentenza *Bergaderm* del 2000 (4.7.2000, C-352/98), secondo cui «i presupposti in presenza dei quali sorge la responsabilità dello Stato per i danni cagionati ai singoli in conseguenza della violazione del diritto comunitario non devono essere diversi, in mancanza della specifica giustificazione, da quelli che disciplinano la responsabilità della Comunità in circostanze analoghe».

---

[13] Per il fenomeno ed una valutazione critica rinvio al mio: *Judicial and Political Power: Where is the Dividing Line? A Praise for Judicialization and for Judicial Restraint*, in *European Public Law, 4*, 2015, p. 705.

[14] M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario. La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Publ.*, 3, 1991, p. 796. Aderisce, tra gli altri, a questa lettura B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, cit., p. 50.

[15] Analogamente i punti 46 e 80 della medesima sentenza.

Ritengo che questo avveri il senso di fondo dell'art. 340, par. 2, TFUE secondo cui «in materia di responsabilità extracontrattuale, l'Unione deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni»; seguendo un moto circolare di sviluppo del diritto in materia.

2.3. La parziale irrilevanza dell'elemento soggettivo della responsabilità, a favore dell'elemento oggettivo e lo sviluppo della nozione di responsabilità d'apparato. Infatti, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, come nel caso *Lomas e* nel caso *Haim II* più avanti esaminati, si ricava che l'elemento del dolo o della colpa non risulta un requisito imprescindibile per configurare la responsabilità della pubblica amministrazione. La colpa non è una condizione della responsabilità, ma può contribuire a determinare la gravità della violazione.

Esula da questo saggio riprendere in modo approfondito il tema, oggetto di secolare discussione, sul carattere soggettivo od oggettivo della colpa [16], ma dobbiamo almeno rimarcare che alla luce del diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia, la colpa non appare più il carattere essenziale per affermare l'illecito dell'amministrazione; con singolare affinità con gli sviluppi del diritto privato nell'ambito del nostro ordinamento e con la fondamentale svolta della Cassazione nella sentenza n. 500/1999.

2.4. L'assoluta irrilevanza della distinzione – propria del diritto nazionale italiano – tra diritti soggettivi ed interessi legittimi. L'espressione "diritti dei singoli" è da sempre, non solo in questo campo, intesa dalla Corte nel modo più ampio. Di nostro interesse specifico è la sentenza *Brasserie du Pêcheur* in cui le situazioni giuridiche soggettive dei soggetti coinvolti – che in Italia sarebbero configurati come tipici interessi legittimi – vennero qualificate come "diritti". Sappiamo che una delle principali motivazioni della sentenza n. 500/1999 della Cassazione sulla risarcibilità degli interessi legittimi è proprio quella "comunitaria" [17].

---

[16] Tema sul quale risulta ancora imprescindibile la sintesi di F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Giappichelli, Torino, 2009.

[17] Tra i fattori di evoluzione della tradizionale giurisprudenza per la Cassazione «va anzitutto ricordato il riconoscimento, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, dell'azione di risarcimento ai soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture. Sul rilievo che il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e che nella suindicata materia il privato (secondo il nostro ordinamento) è titolare di posizioni di interesse legittimo, si è sostenuto che la menzionata normativa avrebbe introdotto nel nostro ordinamento una ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi, e si è suggerito di riconoscerle forza espansiva ultrasettoriale, così confermando l'ordinamento intero a quello comunitario (il cui primato è ormai incontroverso) ed evitando disparità di trattamento, nell'ordinamento, nell'ordinamento interno, nell'ambito della generale figura dell'interesse legittimo. Il suggerimento non è stato tuttavia accolto da questa C.C., che ha ritenuto di attribuire alla suindicata normativa carattere eccezionale, traendone conferma

2.5. La progressiva limatura del principio di autonomia procedurale degli Stati membri. È vero che il principio è ancora vigente e rispettato – vedremo tra breve il caso *Ingsteel* (C-547/22), in attesa di sentenza della Corte di giustizia su rinvio pregiudiziale – ma comunque consente alla Commissione ed alle altre Istituzioni dell'Unione di verificare (con una sorta di *droit de regard*) con ampio margine di valutazione se effettivamente sono garantiti i requisiti di equivalenza e di effettività.

2.6. L'apertura del diritto dell'Unione al riconoscimento di ricorsi per risarcimento danni proposti da singoli sulla base di un'asserita violazione di diritti fondamentali. Come icasticamente rilevato dall'Avvocato generale Capeta nelle conclusioni nelle cause C-29/22 e C-44/22, tale sviluppo «discende dai principi costituzionali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, principalmente dallo Stato di diritto, che comprende il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e dal principio che impone il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le politiche dell'Unione. Il ruolo costituzionale dei giudici dell'Unione, derivante da tali principi, può essere limitato soltanto in via eccezionale. Questo è il motivo per cui l'articolo 24, paragrafo 1, TUE e l'articolo 275, primo comma TFUE, devono essere interpretati restrittivamente».

2.7. Nel complesso, dalla parte della giurisprudenza della Corte di giustizia (qua intesa come giudiziario dell'Unione, inclusiva anche del Tribunale) permangono talune diversità rispetto al nostro diritto nazionale. Come ben noto, i tre requisiti necessari per la configurazione della responsabilità dell'Unione – così come degli Stati membri per la violazione del diritto dell'Unione – sono: a) che esista una normativa dell'Unione con disposizione aventi efficacia diretta; b) che la violazione del diritto dell'Unione sia grave e manifesta [18]; c) che il danno effettivamente sia presente e che vi sia un nesso causale tra la violazione e il danno subito dal singolo. Ebbene, è palese che il carattere "grave e manifesto" della violazione del diritto dell'Unione sia indice della "oggettivizzazione" della responsabilità nel diritto dell'Unione, ma anche che tocchi significativamente il tema dell'ampiezza del potere discrezionale previsto dalla norma.

Lo stesso dicasi per la parziale irrilevanza della posizione dell'agente dell'Unione rispetto a quella; ciò che non dà molto spazio alle risalenti discussioni nel diritto interno tra responsabilità diretta della pubblica amministrazione per fatto del proprio organo o indiretta per fatto altrui. Certamente una semplificazione forse eccessiva da parte del diritto dell'Unione; ma per ora ben ferma.

---

del principio, costantemente affermato, della irrisarcibilità, non suscettivo di essere posto in discussione da una norma dettata con riferimento ad uno specifico settore. Si tratta tuttavia di un indirizzo formatosi in riferimento al contingente assetto del diritto positivo, suscettivo quindi di riconsiderazione a fronte di successive modifiche nell'ordinamento: e modifiche consistenti si sono in effetti verificate».

[18] Talora definite come « sufficientemente qualificate»: Corte di giustizia, 27 aprile 2023, C-549/2021, *Le Quattro banche.*

3. Segue: *la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione*

Ai presenti fini merita approfondire il tema della responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario con atti e comportamenti della pubblica amministrazione; che non poteva rimanere estraneo alla giurisprudenza innovativa della Corte di giustizia.

Come sopra accennato, vi era stato un precedente del 1960 (*Humblet*, causa 6/60), quando la Corte di giustizia aveva trattato il problema dell'azione a tutela di un dipendente della CECA che si riteneva leso per una violazione del Protocollo sui privilegi ed immunità della Comunità da parte di uno Stato membro. Il ricorso implicava anzitutto che la Corte decidesse se il ricorso appartenesse esclusivamente alla Comunità od all'istituzione di cui l'interessato dipende. L'esame di tale questione si imponeva perché nessuna norma del Trattato consentiva ai privati di adire direttamente la Corte invocando una violazione del Trattato commessa da uno Stato membro; mentre era alla Alta Autorità che spettava, di regola, reagire contro siffatta violazione ricorrendo alla procedura a tal fine prevista dall'art. 88 del Trattato CECA. Al proposito la Corte rilevò che non poteva essere sfuggito agli autori del Trattato che le "controversie" cui può dare luogo l'interpretazione e l'applicazione del Protocollo sarebbero derivate anzitutto da contestazioni tra le persone cui sono conferiti i privilegi e le autorità che abbiano interesse ad un'interpretazione restrittiva di tali privilegi ed immunità. Sotto tale aspetto, le parti in causa si presentano come i tipici contendenti in una "controversia" ai sensi dell'art. 16 del Trattato: per di più, i privilegi previsti dal Protocollo attribuiscono a coloro che ne fruiscono dei diritti pieni. «Ed è logico presumere – proseguiva la Corte – che un diritto materiale abbia come corollario la facoltà per il titolare di farlo valere esso stesso mediante azione giurisdizionale anziché per tramite di un terzo. Va pertanto applicato il principio secondo il quale, in caso di dubbio, una norma che istituisce delle garanzie giurisdizionali, non può interpretarsi restrittivamente a danno degli interessati. Né può infine trascurarsi che l'art. 16 non contiene le limitazioni previste dall'art. 33 del Trattato». Principio seminale posto dalla Corte, ma, come detto, per molto tempo rimasto senza seguito.

Malgrado il precedente citato, la sentenza guida della Corte di giustizia sulle responsabilità extracontrattuale degli Stati membri è stata nel 1991 la *Francovich* (sentenza del 19 novembre 1991, nelle cause riunite C-6 e C-9/90). La sentenza è così nota che non necessita di un particolare richiamo. Basti ricordare che il caso si originava dalla mancata tempestiva attuazione in Italia di una direttiva in tema di protezione dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza dei datori di lavoro. Quindi un caso di responsabilità per cattivo esercizio della funzione normativa di trasposizione del diritto dell'Unione in diritto nazionale.

Grande fu al tempo lo scompiglio, ma la sentenza *Francovich* – basata sulle conclusioni dell'Avvocato generale J. Mischo – rappresentava a ben vedere il

necessario punto di arrivo, semmai tardivo, della precedente giurisprudenza sul tema specifico [19] e sull'Unione quale ordinamento giuridico di tipo nuovo (*Van Gend & Loos*, 1963, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62), e quale "Comunità di diritto" (*Le Verts*, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83). Nonché il portato di una serie di principi presenti nel diritto dei Trattati comunitari, a partire dal Trattato CECA (con il già richiamato art. 86).

Alla *Francovich s*eguirono presto, quale sviluppo naturale, altre sentenze che più dettagliatamente ne definirono la portata. Di questa giurisprudenza, la più nota è la sentenza *Brasserie du Pêcheur e Factortame* del 1996 (5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93), ancora in relazione alla responsabilità del legislatore nazionale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario [20].

La portata del principio non poteva esaurirsi riguardo ai legislatori nazionali, come già si è notato. La Corte di giustizia affermò dunque di lì a poco la responsabilità degli Stati membri per fatto del giudiziario nazionale e, per quanto più ci riguarda, per atti illegittimi della pubblica amministrazione. Il caso guida per la pubblica amministrazione è la sentenza *Lomas* del 1996 (23 maggio 1996, nella causa C-5/94), che si originava dalla contestazione da parte di una società irlandese dei reiterati rifiuti, da parte di un Ministero britannico, all'esportazione di animali vivi verso la Spagna.

Venne poi precisato dalla sentenza *Konle* (1° giugno 1999, causa C-302/97) la circostanza che quanto affermato dalla sentenza *Lomas* con riferimento alla pubblica amministrazione statale valeva per ogni altra pubblica amministrazione, regionale, locale, enti pubblici (nel caso si trattava di un Land tedesco). Gli Stati membri – affermò la Corte di giustizia – non possono pertanto sottrarsi a tale responsabilità né invocando la ripartizione interna delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel loro ordinamento giuridico interno, né

---

[19] Le già citate sentenze *Humblet* del 1960 e *Lütticke d*el 1971. Merita riportare i punti salienti della sentenza *Humblet* perché contenevano già i fondamentali poi ripresi dalla Corte di giustizia solo dopo trent'anni. La causa riguardava, come detto, l'interpretazione del Protocollo sui privilegi e le immunità della CECA in quanto un funzionario (Sig. Humblet) di quella Comunità contestava il comportamento del Belgio, quale Stato membro della CECA, che non aveva rispettato il Protocollo citato nella parte in cui esenta i dipendenti della CECA da qualsiasi imposta sugli stipendi e assegni loro corrisposti dalla Comunità. Nel caso, lo Stato belga aveva aggiunto lo stipendio che Humblet aveva percepito dalla CECA al reddito imponibile complementare. La Corte di giustizia – competente a decidere su qualsiasi controversia relativa all'interpretazione ed all'attuazione di detto Protocollo – affrontò per la prima volta il problema di cui alle pagine precedenti. L'impianto di fondo della sentenza *Humblet* anticipava dunque la successiva giurisprudenza *Francovich*, ritenuta invece assoluta novità.

[20] Le due celebri sentenze sono state oggetto di un'infinità di studi, giustamente. Una mia personale selezione porta a citare almeno i seguenti studi: R. CARANTA, *Judicial protection against Member States, a new Jus Commune takes shape*, in *C.M.L.R., 1995*, p. 703 ss.; C. HARLOW, *Francovich and the problem of the disobedient State*, in *E.L.J.*, 1996, p. 117; P. CRAIG, *One more onto the breach: the Community, the State and damages liability*, in *Law Quarterly Review, 1997*, p . 67 ss.; T. TRIDIMAS, *Liability for breach of Community Law, growing up and mellowing down ?*, in *C.M.L.R.*, 2001, p. 301.

facendo valere che l'autorità pubblica autrice della violazione del diritto comunitario non disponeva delle competenze, cognizioni o dei mezzi necessari. Il principio è stato perfezionato da numerose sentenze successive, come la *Haim II* del 2000 (sentenza 4 luglio 2000, in causa C-424/97 [21]).

4. *Tre casi esemplari del nuovo regime della responsabilità della pubblica amministrazione*

4.1. Passando all'esame di alcuni casi esemplari della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, il primo è per conferma di quanto detto sul c.d. "diritto amministrativo dell'integrazione".

Si tratta della cooperazione tra l'Unione europea e le amministrazioni nazionali, oggetto della sentenza pubblicata il 4 marzo 2024 nella causa C-755/21, *Kočner/Europol.* Per la prima volta, a quanto consta [22] la Corte di giustizia ha affermato un caso di responsabilità solidale di un'agenzia dell'Unione (l'Europol) e dell'amministrazione di uno Stato membro in un settore di cooperazione amministrativa: l'attività di contrasto della criminalità, disciplinato dal regolamento 2016/794 del Parlamento e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto/Europol.

Il caso si originava da un fatto criminoso di grande rilievo (l'uccisione di un giornalista e della sua compagna) avvenuto in Slovacchia nel 2018. Le indagini di polizia, condotte congiuntamente da Europol e dalle autorità di sicurezza slovacche avevano condotto ad un dossier consegnato da Europol alla polizia slovacca; poco dopo, in gran parte pubblicato dai giornali locali ed europei.

Una delle persone di cui si parlava ampiamente in questo dossier (il sig. Marian Kočner) era ricorso al Tribunale dell'Unione europea con una domanda di risarcimento di notevole entità per il danno morale subito. Il ricorrente non si era posto il problema di una possibile responsabilità solidale dell'amministrazione slovacca, come pure ad un attento esame sembrava possibile secondo il regolamento di cui si invocava la violazione (il citato regolamento 2016/794). Il Tribunale respinse il ricorso perché il sig. Kočner non aveva fornito la prova di un nesso di causalità tra il danno fatto valere e il comportamento di Europol; e neanche provato che i dati personali contestati (i c.d. elenchi mafiosi) fossero stati elaborati e tenuti da Europol.

In appello, la Corte di giustizia – decidendo in Grande Sezione, data la rilevanza del tema – ha accolto il motivo principale di Kočner: il trattamento illecito

[21] Con Avvocato generale J. Mischo, lo stesso del caso guida *Francovich.*

[22] Ma vedi talune simili aperture nel caso *Frontex* davanti al Tribunale (sentenza 6 settembre 2023).

dei dati che ha violato il suo diritto al rispetto della vita privata. Di conseguenza ha annullato la sentenza del Tribunale, statuendo poi direttamente sul danno risarcibile, riconosciuto peraltro in un modestissimo ammontare (€ 2.000), dovuto certamente alle pessime caratteristiche personali dell'interessato. Ma anche esemplare di un costante modo di giudicare della Corte: attentissima ad assicurare in linea di principio le più ampie garanzie riconducibili allo Stato di diritto, ma altrettanto attenta a contenere al massimo l'entità dei risarcimenti ammessi.

Al di là del caso specifico, la Corte di giustizia ha – come detto – affrontato per la prima volta il tema della possibile configurabilità di un regime giuridico di responsabilità solidale di un'agenzia europea (Europol) e la pubblica amministrazione di uno Stato membro in un settore di cooperazione amministrativa. Nel caso, la cooperazione nell'attività di contrasto alle attività criminose implica la necessità che Europol disponga delle informazioni più complete ed aggiornate possibili; trattando i dati forniti dagli Stati membri. L'obiettivo del regolamento del 2016 è infatti che «Europol sostenga e potenzi l'azione delle autorità competenti degli Stati membri e la loro reciproca cooperazione nella prevenzione e nella lotta contro la criminalità»; andando oltre i principi sulla cooperazione amministrativa di cui agli artt. 6 e 197 TFUE [23].

A conclusione di un'articolata interpretazione del citato regolamento 2016/794 (specie dell'art. 50 e del considerando 57), la Corte ha affermato che in questo settore della cooperazione amministrativa il diritto dell'Unione ha previsto un regime di responsabilità in solido per danni. Così che l'interessato che intenda ottenere il risarcimento del danno da Europol o dallo Stato membro chiamato in causa deve soltanto dimostrare che, in occasione della cooperazione tra queste due entità, è stato effettuato un trattamento illecito di dati che gli ha arrecato un pregiudizio. Non è necessario invece che egli dimostri a quale di dette entità tale trattamento illecito è imputabile. La responsabilità in solido di Europol o dello Stato membro coinvolto può essere dunque invocata dagli interessati sia alla Corte di giustizia dell'Unione europea sia al giudice nazionale competente. Per l'eventuale definizione della "responsabilità finale" (ente pagatore, Europol o Stato membro, per il risarcimento corrisposto al soggetto leso), una seconda fase può svolgersi davanti al Consiglio di amministrazione di Europol [24]. Ma lasciando indenne il soggetto che ha subito il danno ingiusto da questa disputa sulla responsabilità "finale".

La sentenza della Corte di giustizia è davvero rimarchevole, sia in sé che per le conseguenze generali che ne derivano. Il caso della cooperazione amministrativa di polizia non è infatti considerato come speciale ed irripetibile, dato che il diritto dell'Unione può prevedere similmente in altri campi di cooperazione, con un regime della risarcibilità di fonte comunitaria, ad eccezione dei profili

[23] Principalmente mirata al supporto, coordinamento e completamento (*supplement*) dell'azione degli Stati membri.

[24] Criterio in contrasto con il principio di conflitto di interessi.

processuali. Ove l'interessato intenda agire di fronte al giudice nazionale competente, dovrà seguire le regole processuali del proprio ordinamento [25].

Rimarchevole è anche la motivazione di fondo che valorizza l'opportunità data agli interessati di ricorrere indifferentemente al giudice dell'Unione o dello Stato membro: motivazione essenzialmente pratica per evitare difficoltà processuali agli interessati. In sostanza, per la Corte – che massimizza la portata del citato regolamento 2016/794 – questo non impone alla persona interessata (che abbia dimostrato l'esistenza di un trattamento illecito di dati verificatosi nell'ambito di una cooperazione tra Europol e uno Stato membro a titolo del suddetto regolamento) l'onere di individuare quale delle entità coinvolte in questa cooperazione abbia adottato il comportamento configurante tale trattamento illecito.

Un regime molto semplice pensato per togliere agli interessati i dubbi tragici circa la giurisdizione da adire [26] ed i presupposti per un'azione di danno. Come afferma la Corte nella sentenza *Kočner* «è sufficiente che tale persona dimostri che, in occasione di una cooperazione tra Europol e Stato membro interessato a titolo di tale regolamento, è stato effettuato un trattamento illecito di dati che le ha causato un danno, senza che sia necessario che tale persona dimostri in aggiunta a quale delle due entità in questione tale trattamento illecito è imputabile».

Un caso esemplare di ciò che significa lo Spazio amministrativo europeo; ancora una volta realizzato in via giurisprudenziale.

4.2. Il secondo caso esemplare prescelto nella recente giurisprudenza dei giudici dell'Unione riguarda il settore degli appalti pubblici; uno dei pochi in cui esiste una specifica disciplina sui mezzi di ricorso, la ben nota Direttiva 89/665 del Consiglio del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori [27]. Seguita poi, per gli appalti di enti erogatori di alcuni servizi (acqua, energia, ecc.), dalla Direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992.

Si tratta della causa C-547/22, *Ingsteel*, non ancora giunta a sentenza, ma che si segnala per le importanti conclusioni presentate dall'Avvocato generale A.M.

---

[25] Conferma di questa tesi è data da una sentenza del Tribunale del 6 settembre 2023, causa T-600/21, sull'azione di responsabilità proposta avverso l'Agenzia Europea Frontex per violazione di taluni diritti fondamentali. Il caso riguardava l'apporto di Frontex all'azione delle amministrazioni degli Stati membri in tema di immigrazione in mare. Anche in questa sentenza è ampiamente trattato il problema della possibile responsabile solidale di un organismo dell'Unione e di un'amministrazione nazionale (cfr., i punti 52 ss.); con conclusioni in parte diverse da quelle affermate dalla Corte di giustizia nella citata sentenza *Kočner.* Per un primo commento, J. DE CORNICK, *On the EU General Court's "WS and Others v. Frontex"*, in *Verfassungsblog.de Frontex*, 23 settembre 2023.

[26] In Italia, ulteriormente complicata dalla duplice giurisdizione ordinaria ed amministrativa.

[27] G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa sugli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano, 2010, che raccoglie vari studi sul tema. Inoltre rimane importante lo studio di G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3/1991, p. 825 ss.

Collins. Il caso si origina in Slovacchia, ove un organo giudiziario specializzato per gli appalti pubblici ha posto alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, una domanda di pronuncia pregiudiziale sul tema – sino ad ora non espressamente mai trattato dal giudice dell'Unione – della risarcibilità dei danni a titolo di perdita di opportunità (*loss of opportunity*).

La Società Ingsteel era stata illegittimamente esclusa dalla partecipazione ad una gara (come statuito nella prima causa *Ingsteel*, C-13.7.2017, C-2017/549); ma nel frattempo la procedura di aggiudicazione dell'appalto si era conclusa e l'amministrazione aggiudicatrice aveva stipulato un contratto quadro con l'aggiudicatario.

Al di là del caso specifico, il tema di fondo della causa è se il diritto dell'Unione (la citata Direttiva 89/665) impone agli Stati membri di consentire ad un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di proporre una domanda di risarcimento danni per perdita di opportunità, qualora detta procedura sia terminata e sia stato stipulato un contratto con l'aggiudicatario. Considerando che il risarcimento per perdita di opportunità ha titolo diverso dal risarcimento per lucro cessante.

L'Avvocato generale Collins ha concluso proponendo alla Corte di rispondere al quesito posto dal giudice slovacco nel senso che il principio di effettività della tutela impone al giudice nazionale di riconoscere ad un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione il risarcimento danni per la perdita di opportunità di aggiudicarsi detto appalto.

La conclusione finale era, in sé, prevedibile; ma il ragionamento seguito dall'Avvocato generale è di particolare rilevanza perché pone in evidenza i limiti dell'attuale regime del diritto europeo della responsabilità civile dell'amministrazione, nonché il non raggiunto obiettivo di un effettivo mercato unico nel settore dei contratti pubblici.

Per l'Avvocato generale, nel diritto dell'Unione il principio di riferimento è ancora quello dell'autonomia procedurale degli Stati membri; temperato dai necessari corollari dell'equivalenza (le forme di tutela dei diritti derivanti dalla disciplina dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna) e dell'effettività (le forme di tutela devono essere disciplinate in modo che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione). È in ogni caso la Corte di giustizia che, in ultima analisi, può stabilire obblighi specifici volti a garantire che i singoli lesi da una violazione del diritto dell'Unione ottengano «un livello minimo di tutela».

Circa la nozione di "danno", l'Avvocato generale afferma che, ai sensi della Direttiva 89/665, non è nozione autonoma del diritto dell'Unione perché la direttiva non descrive in che cosa consistono i danni, né fornisce alcun criterio circa il modo in cui possono essere valutati; neanche prevede le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice può essere considerata responsabile per il risarcimento del danno. Dunque non è possibile un'interpretazione europea autonoma

ed uniforme. Tuttora la nozione di danno è definita dalla normativa degli Stati membri ed anche se in vari ordinamenti nazionali il lucro cessante e la perdita di opportunità sono nozioni distinte è alla disciplina nazionale che ci si deve comunque riferire.

La più volte citata direttiva neanche prevede in che cosa consistano i danni risarcibili e neppure le condizioni alle quali un'amministrazione aggiudicatrice possa essere considerata responsabile per il risarcimento del danno; né indica le modalità di calcolo del riconoscimento. La direttiva pone l'accento sul risultato: garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci avverso le decisioni in materia di appalti pubblici; ma non sul contenuto delle stesse.

Il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri non viene considerato dall'Avvocato generale quale principio destinato ad una prossima evoluzione riduzionistica. Infatti – a suo dire – è una delle principali espressioni del principio di sussidiarietà (art. 5 TUE) e dell'art. 19.1, comma 2, TUE secondo il quale sono gli Stati membri che definiscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Quindi l'Avvocato generale conclude nel senso che – sulla base della formulazione dell'art. 2, par. 1, lett. c), della Direttiva 89/665 e degli obiettivi da quest'ultima perseguiti, considerati nel contesto dei principi generali che disciplinano la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazioni del diritto dell'Unione – spetta agli Stati membri definire nelle loro norme le voci di danno che un offerente illegittimamente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico può invocare a fini risarcitori, purché tali norme nazionali rispettino i principi di equivalenza e di effettività.

Tornando allo specifico caso della risarcibilità della perdita di opportunità, Collins ritiene che la lettera e gli obiettivi della Direttiva 89/665 implichino che l'esclusione di qualsiasi possibilità di ottenere il risarcimento dei danni a titolo di perdita di opportunità di aggiudicarsi detto appalto appare violare il principio di effettività della tutela. Con dubbia coerenza con le premesse sopra ricordate, dato che riporta a far valere il diritto dell'Unione. A suo dire, spetta comunque al diritto degli Stati membri stabilire le condizioni alle quali la relativa domanda può essere proposta, ivi compresi l'onere ed il livello di prova, il nesso di causalità e il calcolo dell'importo dell'eventuale risarcimento.

Vedremo se la Corte di giustizia seguirà le conclusioni dell'Avvocato generale; oppure se, mantenendo la specifica conclusione, articolerà in modo nuovo il tema della nozione di danno risarcibile.

Il tema della piena realizzazione di un pieno mercato unico nel settore dei contratti pubblici è estraneo a questo studio; ma non posso esimermi dal rilevare che una così forte riaffermazione del principio di autonomia procedurale degli Stati membri, come fatto dall'Avvocato generale nella ora citata causa C-547/22, non agevola certo le esigenze del mercato unico. Infatti, l'assenza o l'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri è fattore dissuasivo per le imprese comunitarie dal concorrere in quegli Stati. Si è richiamata l'espressione letterale

usata dal principale "Considerando" della Direttiva 89/665 per dimostrare che, a distanza di trenta anni da quella direttiva, rimane molto ancora da fare per la tutela degli interessati e, più in generale, per un vero mercato unico europeo degli appalti.

4.3. Nel quadro della disciplina dell'Unione bancaria europea, un'altra rilevante giurisprudenza dei giudici dell'Unione ha trattato recentemente il tema della responsabilità extracontrattuale della Commissione europea per il suo comportamento nei procedimenti di prevenzione e gestione della crisi delle banche. Con particolare riferimento agli interventi degli Stati membri, anche in riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato.

La tematica è stata ampiamente studiata in anni recenti, specie in Italia a causa dei ripetuti giudizi che sono sorti a seguito della crisi di numerosi istituti bancari. Si può dunque rinviare a tali studi [28] per un ampio approfondimento; anche per non superare i limiti di questo saggio.

Basti qua richiamare che il tema della responsabilità delle istituzioni per la gestione delle crisi bancarie si è intersecato con quello della tutela degli interessati a fronte delle decisioni sugli aiuti di Stato; nonché con quello dell'ambito di tutela assicurato dal diritto dell'Unione. A proposito è pacifico, in principio, che tutti gli atti delle istituzioni e degli organismi dell'Unione sono soggetti al controllo giurisdizionale dei giudici europei. La relativa disciplina è, come ben noto, prevista nei Trattati, nei relativi protocolli e in vari atti regolamentari. Il modello della tutela giurisdizionale previsto nell'Unione è particolarmente articolato; perciò giustamente considerato con piena positività dalle Corti costituzionali nazionali, tra cui la nostra Corte (cfr. sentenza n. 142/2018): «sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione, fondato su due livelli – europeo e nazionale – tra loro comunicanti, che deve considerarsi completo e coerente, ove si deve riconoscere che il privato che vi abbia interesse beneficia, comunque sia, (almeno) di un rimedio processuale per far valere l'illegittimità delle decisioni della Commissione».

Circa l'effettività della tutela, l'esperienza mostra però serie problematicità. La legittimazione a ricorrere è sottoposta a notevoli limitazioni, malgrado la positiva modifica dell'art. 263 TFUE intervenuta con il Trattato di Lisbona e la maggiore flessibilità nella gestione della "giurisprudenza *Plaumann*" (dall'omonima sentenza nel caso C-25/62). I tempi del giudizio sono un serio problema, considerato che la media di una sentenza su ricorso pregiudiziale è di un anno e mezzo (ma inserendosi in procedimenti nazionali nel frattempo sospesi) e che lo stesso tempo è quello medio di un ricorso diretto (al Tribunale, se presentato da persone fisiche e giuridiche). Le misure cautelari sono assunte dai giudici dell'Unione con estrema selettività.

---

[28] Sia consentito il rimando al mio studio *The European Banking Union in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in M.P. CHITI-V. SANTORO (ed), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Palgrave Macmillian Springer, Chaim, 2019, p. 105 ss.

Tali caratteristiche sono di per sé fonti di preoccupazione nella prospettiva del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva assicurato in principio dalla Carta all'art. 47; ancora di più sono negative nella materia considerata.

Il caso *Tercas* è esemplare. I ricorsi in primo grado di fronte al Tribunale *ex* art. 263 TFUE avverso la decisione della Commissione 2016/1208 del 23 dicembre 2016 hanno impiegato più di due anni per giungere a sentenza e nelle more della decisione non era stata concessa alcuna misura cautelare. La Commissione ha poi interposto appello e il secondo giudizio (C-425/19) è giunto a conclusione (2 marzo 2021) a distanza di quasi cinque anni dalla decisione contestata; quando ormai la crisi era giunta ad un punto irreversibile. Per Tercas una tipica "vittoria di Pirro".

Si è detto da molti commentatori che la Commissione ha deciso il destino di un pezzo rilevante del nostro sistema bancario con una decisione che i giudici comunitari hanno giuridicamente demolito. Molto vero, anche perché nel frattempo il Fondo interbancario non ha potuto essere utilizzato come avrebbe potuto (e dovuto) essere e le crisi bancarie hanno assunto procedure di risoluzione diverse da quella che con saggezza il "modello Fondo" poteva assicurare. Inoltre, nella prospettiva del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sono emersi con tutta evidenza i limiti dell'attuale sistema processuale dell'Unione, che non appare adeguato all'importanza ed all'urgenza delle situazioni che si possono determinare nella materia bancaria. Lo stesso Tribunale ha riconosciuto il problema [29] nella sentenza citata *Tercas*, quando (punto 55) ha osservato che il blocco al sostegno da parte del Fondo ha impedito altri simili interventi (come sarebbe stato possibile, ad esempio per "le quattro banche", per Carige ed altre). Circostanza tanto più grave perché sono limitati i margini per ottenere il risarcimento dell'ingiusto danno patito per responsabilità extracontrattuale della Commissione anche in caso di esito positivo dei ricorsi.

Oltre che per gli aspetti ora considerati, la tutela giurisdizionale è condizionata dal grado limitato delle valutazioni compiute dai giudici dell'Unione.

È infatti criterio costantemente affermato comunitaria che in tema di aiuti di Stato e di valutazioni tecniche la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale tecnico, dinanzi al quale il giudice deve limitarsi a stabilire se la valutazione della Commissione sia viziata da errore manifesto e da sviamento di potere. In particolare, risulta dalla giurisprudenza che il regime elaborato dalla Corte in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione prende in considerazione, segnatamente, la complessità delle situazioni da disciplinare, le difficoltà di applicazione o di interpretazione dei testi normativi e, più in particolare, il margine di discrezionalità di cui dispone l'autore dell'atto contestato. Quando l'istituzione interessata dispone soltanto di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, o addirittura inesistente, la semplice violazione del diritto dell'Unione può essere bastante per dimostrare l'esistenza di una violazione

[29] Senza trarne però le debite conseguenze per la risarcibilità del danno.

sufficientemente qualificata. Invece, ciò non vale nel caso in cui tale istituzione disponga di un ampio potere discrezionale. Infatti, in questo caso, il criterio decisivo che permette di ritenere che una violazione sia sufficientemente qualificata consiste nel travalicamento manifesto e grave, da parte dell'istituzione o dell'organo dell'Unione in questione, dei limiti che si impongono al suo potere discrezionale.

Occorre altresì precisare che non esiste alcun nesso automatico tra, da un lato, la mancanza di potere discrezionale dell'istituzione interessata e, dall'altro, la qualificazione dell'infrazione come violazione sufficientemente qualificata. A questo proposito, è giocoforza constatare, da un lato, che la nozione di "aiuto di Stato", ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, presenta carattere giuridico e deve essere interpretata sulla base di elementi oggettivi. Per questa ragione, il giudice dell'Unione deve, in linea di principio, e tenuto conto sia degli elementi concreti della controversia sottoposta al suo esame, sia del carattere tecnico o complesso delle valutazioni compiute dalla Commissione, esercitare un pieno controllo riguardo alla questione se una misura rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE. Dall'altro lato, qualora le valutazioni compiute dalla Commissione presentino carattere tecnico o complesso per quanto riguarda la questione se una misura rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE.

In conclusione, al fine di stabilire se un comportamento illecito di un'istituzione dell'Unione costituisca una violazione sufficientemente qualificata, l'esame del Tribunale è di per sé più rigoroso di quello che si impone nell'ambito di un ricorso di annullamento, nell'ambito del quale il Tribunale si accontenta, nei limiti dei motivi di ricorso presentati dalla parte ricorrente, di esaminare la legittimità della decisione impugnata per assicurarsi che la Commissione abbia correttamente valutato i diversi elementi che le permettono di dichiarare che le misure in questione erano imputabili allo Stato, ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Pertanto, semplici errori di valutazione e la mancata presentazione di prove sufficienti non possono bastare come tali per configurare una violazione manifesta e grave dei limiti che si impongono al potere discrezionale della Commissione.

Per quanto interessa in questo studio, un ulteriore aspetto di problematicità dell'attuale disciplina degli aiuti di Stato è dato dalle limitate possibilità di risarcimento del danno ingiustamente subito dagli interessati, davanti ai giudici dell'Unione o nazionali.

Fermo e ribadito costantemente dalla Corte di giustizia che anche nella materia bancaria gli interessati hanno titolo di agire per ottenere il risarcimento del danno, l'esame della giurisprudenza europea mostra che sono assai rari i casi in cui l'interesse degli attori è stato in concreto soddisfatto. Tanto per ragioni processuali che per l'atteggiamento restrittivo dei giudicanti; specie riguardo al riconoscimento del legittimo affidamento da parte dei beneficiari degli aiuti. Egualmente nella giurisprudenza nazionale.

Nel settore bancario, il caso *Tercas* [30] esemplifica anche queste criticità. I due giudici dell'Unione hanno sanzionato la citata decisione del 2016 della Commissione come illegittima perché la Commissione non è stata in grado di dimostrare in modo certo la riportabilità delle misure del Fondo allo Stato. Come già accennato, tale decisione è stata la diretta causa dell'irreversibilità della crisi di quella Banca e non solo; i due processi davanti ai giudici dell'Unione non sono giunti a termine prima dell'avverarsi della situazione di irreversibilità della crisi. Si tratta di condizioni "di scuola" per ipotizzare un'azione di danno nei confronti dell'Unione (la Commissione), vista l'accertata grave e manifesta violazione del diritto dell'Unione. Ciò malgrado i giudici dell'Unione non hanno accolto le richieste di risarcimento delle Banche per sottigliezze davvero dubbie. In particolare, nella giurisprudenza sulla crisi delle banche la Corte ha sviluppato l'argomento che il fatto addebitato alle istituzioni dell'Unione debba essere stato la causa determinante del danno (cfr., tra le altre, la sentenza 27 aprile 2023, C-549/21, *Quattro banche*). Così aprendo la porta a giudizi di fatto del tutto opinabili.

A fronte di questa insoddisfacente giurisprudenza dei giudici europei appare poco realistico che un'eventuale azione di danno possa avere esito positivo.

5. *Talune conclusioni*

Il regime della responsabilità civile della pubblica amministrazione nello Spazio giuridico europeo risulta ancora un "cantiere aperto". Gli ultimi tre decenni hanno visto significativi sviluppi positivi: la conferma del principio della piena tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione anche nella prospettiva esaminata in questo studio; il decisivo apporto alla soluzione della centenaria questione italiana della risarcibilità degli interessi legittimi; il suggello sulle forme di amministrazione congiunta degli organismi dell'Unione e degli Stati membri.

Tuttavia, molto rimane da fare.

Resta notevole l'asimmetria tra il perimetro (ridotto) della responsabilità dello Stato per atti amministrativi illegittimi e quello della responsabilità da atti normativi, giustificato per implicito – mai affermato esplicitamente – dalla maggiore frequenza dei danni da attività amministrativa e dai conseguenti rischi per la finanza pubblica.

È ancora granitica la sostanza del principio dell'autonomia procedurale degli

---

[30] Tribunale, 19 marzo 2019, cause riunite T-98/16, T-196/16, T-198/16, *Italia e altri/Commissione;* Corte di giustizia, 2 marzo 2021, C-425/19, *Commissione/Italia e altri.* Non diversamente l'altra giurisprudenza in materia, come Tribunale, 30 giugno 2021, T-635/19, *Fondazione Cassa Risparmio di Pesaro/Commissione*; Corte di giustizia, 27 aprile 2023, C-549/21, *Fondazione Cassa Risparmio di Pesaro/Commissione.* Anche la più recente sentenza non muta l'impostazione di fondo: Tribunale, 20 dicembre 2023, T-415/21, *Banca Popolare di Bari/Commissione.* L'appello è pendente.

Stati membri, con nefasti effetti per l'effettività del mercato unico. Il caso dei contratti pubblici è esemplare.

Si constata una notevole gracilità delle motivazioni dei giudici dell'Unione quando, dopo l'affermazione dei principi si deve precisare il nesso di causalità e la quantificazione del danno; che di regola rimane appannaggio degli ordinamenti nazionali (ma con evoluzione verso l'ordinamento dell'Unione come nel caso *Kočner*).

Soprattutto, è evidente l'asimmetria tra l'affermazione generale del diritto al ricorso per responsabilità extracontrattuale dell'Unione e l'effettività della tutela accordata, come sopra dimostrato per il settore bancario ed in altri settori in cui sono in gioco rilevanti occasioni di responsabilità delle istituzioni e degli organismi dell'Unione. In tal modo, però, obliterando che l'effettività non è uno dei molti profili della tutela giurisdizionale, sebbene la sostanza stessa di questa.

Invalidità degli atti amministrativi e responsabilità della pubblica amministrazione [*]

Maria Alessandra Sandulli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il danno da "mera incertezza": a) per inerzia della P.A. – 2.1. *Segue*: b) per adozione di atti nulli o inefficaci. – 3. Il danno da annullamento di provvedimento illegittimo favorevole. – 4. I limiti alla risarcibilità dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

La tutela risarcitoria per equivalente, introdotta finalmente negli anni '90 anche tra gli strumenti di tutela degli interessi legittimi [1], ammessa dall'art. 30 c.p.a. – pur con vari limiti e condizioni – come possibile oggetto di azione giurisdizionale autonoma, è progressivamente assurta – in nome di un preteso preminente interesse generale all'esecuzione di provvedimenti utili alla ripresa economica (contratti pubblici e atti attuativi del PNRR) – a strumento primario di tutela nei confronti della P.A. [2]. Come ci ha ricordato la "traccia" di questa Sessione, il giudice amministrativo, giudice naturale degli interessi legittimi (e in particolari materie dei diritti soggettivi) ha, invero, il compito di conoscere del risarcimento dei danni arrecati ai privati per tutte quelle "condotte amministrative" scorrette, contraddittorie e – da ultimo – non collaborative: il che include ogni comportamento che risulti connesso, anche solo in via mediata, all'esercizio del potere pubblico e

[*] Lo scritto riporta i contenuti della Relazione predisposta dall'A. per il Convegno «Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici», Università di Torino, 22 marzo 2024. I pochissimi aggiornamenti inseriti sono pertanto minimi e formali.

[1] Il riferimento è, ovviamente, all'art. 13 della legge n. 142/1992 e alla nota sentenza Cass., sez. un., n. 500/1999.

[2] Per una sintetica ricostruzione dell'iter normativo e giurisprudenziale che ha condotto all'attuale sistema di tutela risarcitoria degli interessi legittimi cfr. C.E. GALLO, *La giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2024, p.109 ss. e M.A. SANDULLI, *Introduzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024. Dopo la Relazione, la tematica della giurisdizione sulle controversie risarcitorie per i danni per i danni da provvedimenti amministrativi illegittimi o dall'inerzia della P.A. è stata approfondita in un ampio e interessante saggio di M. TRIMARCHI, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2024, p. 821.

che dunque può consistere anche solo nell'omessa adozione di atti di organizzazione e gestione di un servizio pubblico, come precisato dalla Corte costituzionale (di recente, sent. n. 178/2022), che ha escluso la giurisdizione amministrativa solamente sui comportamenti meramente materiali, non riconducibili al "doveroso" esercizio dei poteri pubblici, siano o non siano stati esercitati.

Autorevole dottrina ha evidenziato, al riguardo, le peculiarità del g.a. e l'obbiettivo di effettività della garanzia che esso è chiamato ad assicurare contro l'illegittimo uso del potere pubblico [3].

Come emerso anche in un recente dibattito celebrativo dei 20 anni dalla sentenza n. 204/2004 [4] – con la quale, come noto, la Corte costituzionale superò la questione di l.c. dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. della tutela risarcitoria sugli interessi legittimi, affermandone la natura di "strumento di tutela" [5] – l'analisi della giurisprudenza amministrativa rivela peraltro una certa difficoltà a riconoscere in concreto un diritto al risarcimento del danno nei confronti delle PP.AA., invocando, a seconda dei casi, l'insufficienza della relativa prova [6], la mancanza dell'elemento soggettivo della responsabilità, il difetto di adeguata cooperazione del creditore e/o la mancanza di un "legittimo" affidamento in capo allo stesso.

E il legislatore, nel solito settore "apripista" dei contratti pubblici di affidamento di lavori, servizi e forniture, ha, da ultimo, istituzionalizzato la proponibilità da parte del committente di un'azione di rivalsa – ma anche di un'azione risarcitoria diretta – nei confronti dell'operatore economico che, «con un *comportamento illecito* [espressione generica, che si presta a una lettura estensiva del termine], ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo» (art. 209 d.lgs. n. 36/2023) [7].

Nel ricordare che, dopo qualche incertezza, e nonostante molti dubbi in dottrina, appare ormai acquisita la costruzione della responsabilità civile della P.A. per atti o comportamenti illegittimi come responsabilità extracontrattuale (Cons. Stato, ad. plen., n. 7/2021), della quale segue il regime, salvo che per la dimostrazione dell'elemento soggettivo, alleggerita da una presunzione di colpa dell'Amministrazione, che spetta eventualmente alla stessa superare, invocando l'errore scusabile, concentrerò l'attenzione su tre profili fondamentali:

---

[3] Da ultimo, G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2020, 517 ss.

[4] Tenuto il 19 giugno scorso all'Università La Sapienza, con la moderazione del prof. R. Vaccarella, redattore della sentenza.

[5] Per una sintesi e ulteriori richiami, M.A. SANDULLI, *Introduzione*, cit.

[6] Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 8282/2023 e sez. V, n. 2534/2020; e, dopo la presente Relazione, sez. V, nn. 10205 e 7195/2024 e sez. IV, n. 4908/2024.

[7] Cfr. *amplius* M.A. SANDULLI, *Il rito speciale in materia di contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo. Principi e regole*, cit.

I. il danno da mera incertezza, nelle forme del danno da lesione del legittimo affidamento nel rispetto delle tempistiche di conclusione del procedimento (c.d. danno da mero ritardo) e del danno da valore "apparente" del provvedimento formalmente adottato, ancorché improduttivo di effetti;
II. il danno da lesione dell'affidamento nel provvedimento illegittimo favorevole;
III. i limiti alla tutela risarcitoria per la c.d. "mancata cooperazione" del soggetto leso:
   – in termini generali: art. 30 c.p.a.;
   – in riferimento all'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: art. 124, c.p.a., come modificato dall'art. 209 del nuovissimo c.c.p.

2. *Il danno da "mera incertezza": a) per inerzia della P.A.*

Il primo profilo si lega al problema generale dell'inerzia della P.A.: fenomeno purtroppo tradizionalmente frequente e diffuso, contro il quale l'ordinamento ha invano cercato e cerca di predisporre un sistema articolato di garanzie, ivi compresa la configurazione di specifiche responsabilità cui si correlano obblighi risarcitori o comminatorie di sanzioni.

Significativamente la condotta omissiva (diversamente da quella attiva) non è coperta dal c.d. "scudo erariale", introdotto in via temporanea dall'art. 21 d.l. n. 76/2020, ma, a tutt'oggi, reiteratamente prorogato fino, a oggi, al 31 dicembre 2024 [nonostante le criticità rilevate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 132 del 17 luglio 2024 [8], lo "scudo" è stato ancora prorogato, dapprima fino al 30 aprile e, poi, fino al 31 dicembre 2025].

Sul piano della responsabilità civile, è però, come noto, tuttora acceso il dibattito sul diritto del soggetto che ha "subito" il ritardo a ottenere un risarcimento per il solo fatto che non ha avuto contezza della decisione amministrativa nel tempo prestabilito.

Sottolineo, in particolare, al riguardo, che – dopo aver affermato l'obbligo della P.A. di concludere i procedimenti che conseguano obbligatoriamente a un'istanza, debbano essere iniziati d'ufficio – la legge n. 241/1990 (artt. 2 e 2-*bis*) è espressamente attenta a sottolineare che «la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente», costruendo poi un sistema di interventi

[8] All'epoca della Relazione fino al 31 dicembre 2024, e poi, nonostante le criticità rilevate dalla Corte costituzionale nella sentenza 17 luglio 2024, n. 32 (su cui cfr. M.A. SANDULLI, *La responsabilità erariale nel nuovissimo Codice dei contratti pubblici*, in *Bilancio, comunità, persona*, 2, 2025), ancora fino al 30 aprile e, da ultimo, fino al 31 dicembre, del 2025.

sostitutivi e prevedendo la corresponsione di un indennizzo da «mero ritardo», da detrarre dall'eventuale risarcimento del danno. Dopo un segnale di apertura (sent. n. 5/2018), tuttavia, l'adunanza plenaria (nella richiamata sent. n. 7/2021), riprendendo la linea abbracciata nel 2005 (sent. n. 7), ha circoscritto l'ammissibilità della tutela risarcitoria ai casi in cui la condotta (dolosa o colposa) omissiva abbia effettivamente causato un danno nella sfera giuridica dell'amministrato, arrecando una concreta lesione al bene della vita cui il suo interesse tutelato si correla. Dal momento però che la Corte costituzionale, sin dalla richiamata sentenza n. 204/2004, ha affermato la natura meramente rimediale dell'azione risarcitoria di tale lesione e che l'art. 133 c.p.a., nell'elencare le ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a., pone al primo posto l'azione di «risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo», appare logico ritenere che il legislatore abbia inteso propriamente riferirsi a un'azione risarcitoria del diritto soggettivo all'autodeterminazione negoziale, a prescindere dalla fondatezza della pretesa sostanziale. La questione è ancora oggetto di dibattito e, anche in giurisprudenza, non ha finora trovato soluzione univoca, tanto che alcune pronunce hanno addirittura cercato una via intermedia, quale quella – priva però di ogni supporto normativo ed evidentemente discriminatoria – che distingue tra comune operatore e impresa, riconoscendo solo a quest'ultima un diritto all'autodeterminazione che giustifica il risarcimento del danno da mero ritardo. Da qui l'indubbia opportunità di un nuovo intervento dell'A.P.

2.1. Segue: *b) per adozione di atti nulli o inefficaci*

La tematica appena segnalata presenta qualche profilo di contiguità con il caso dell'incertezza determinata dall'adozione di un atto nullo o espressamente qualificato dalla legge come "inefficace" [9]. Un atto improduttivo di effetti non sarebbe infatti a stretto rigore in grado di arrecare danni. Ma purtroppo così non è, perché l'atto nullo, pur inefficace di diritto, produce risultati (effetti pratici suscettibili di valutazione giuridica) e come tale rischia di essere comunque portato a esecuzione ed erroneamente tradotto in una realtà materiale; ed è ormai consolidata la tesi che l'apparenza è *ex se* in grado di produrre danni,

[9] La bibliografia in argomento è vastissima. Ci si limita quindi a richiamare, anche per le ulteriori opportune citazioni sui profili qui segnalati, ai contributi di F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 1, 2021, p. 135 ss.; R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Giuffrè, Milano, 2017; A. CARBONE, *L'azione di mero accertamento*, in *Il giudizio amministrativo*, cit.; B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità nel codice del processo amministrativo*, in *www.judicium.it*, 2011, e alla monografia di G. CAVALIERI, *La nullità dell'atto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022; nonché, più recentemente, V. CAMPIGLI, *L'azione amministrativistica di nullità. Per un raffronto con la nullità processualcivilistica*, in *federalismi.it*, 24, 2024, p. 48 ss.

riconducibili a questo punto alla "condotta" tenuta attraverso la sua adozione. Anche la giurisprudenza, già subito dopo l'introduzione, nel c.p.a., di un'azione di accertamento della nullità dell'atto amministrativo, aveva affermato che il provvedimento amministrativo, ancorché nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia "interinale" (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile la sua definizione come provvedimento amministrativo dotato di imperatività e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari, che «non possono sottrarsi agli effetti dell'atto, ovvero agire come se l'atto non esistesse e/o fosse improduttivo di effetti (…), ma, onde tutelare le proprie posizioni giuridiche, hanno il potere di agire in giudizio al fine di ottenerne la declaratoria di nullità» (così Cons. Stato, sez. IV, sentt. nn. 5799/2011 e 1957/2012, precisando che la regola vale anche per la P.A. «avverso provvedimenti emanati da altra autorità amministrativa ritenuti nulli, e avverso i quali la prima non è titolare di potere di autotutela»).

Puntando la lente sull'azione risarcitoria, dal momento che il c.p.a. pone un termine di decadenza all'azione di accertamento della nullità (anche se esso deve ritenersi limitato a quella a tutela degli interessi legittimi), viene innanzitutto da chiedersi se il soggetto leso dall'apparenza di un atto amministrativo nullo che non abbia tempestivamente proposto tale azione possa proporre un'autonoma azione di risarcimento e confidare in un suo accoglimento o se potrebbe vedersi imputato di non aver tenuto una condotta "diligente" ai sensi dell'art. 1227 c.c., in nome di un'analogia con quanto previsto dall'art. 30 c.p.a. nell'ambito della disciplina per l'azione di risarcimento dei danni derivanti dall'"illegittimo" esercizio dell'attività amministrativa (v. *infra*, par. 3). Il principio di certezza del diritto e la correlata tassatività dei limiti alla tutela delle posizioni soggettive inducono evidentemente a propendere per la prima soluzione [10].

In ogni caso, per tornare alla questione della risarcibilità del danno da mera incertezza, viene da chiedersi se il soggetto leso possa proporre un'azione di risarcimento del danno comunque causatogli dall'amministrazione per la situazione di "apparenza" e "incertezza" creata dall'adozione dell'atto nullo, anche se l'esecuzione di quest'ultimo non gli ha arrecato ulteriori danni (*id est*, non gli ha *ex se* impedito di conseguire il bene della vita, né lo ha privato di quello che aveva). E, in caso affermativo, entro quali termini dovrebbe agire. In assenza di specifiche disposizioni, l'unico termine possibile sembra quello di prescrizione dei diritti, alla stregua, del resto, del principio generale riconosciuto operante

[10] È interessante a questo riguardo ricordare che la giurisprudenza amministrativa afferma l'inapplicabilità del termine decadenziale dell'azione risarcitoria previsto dall'art. 30 c.p.a. allorquando la fonte di responsabilità aquiliana della p.a. si sia perfezionata prima dell'entrata in vigore dello stesso codice, riconoscendo piuttosto applicabile il termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947, comma 1, c.c., decorrente dalla data del passaggio in giudicato della pronuncia di annullamento: *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, n. 8037/2022 e, più recentemente, nn. 909 e 3914/2025.

anche per l'azione del risarcimento del danno prodotto da atti o comportamenti illegittimi prima dell'entrata in vigore del c.p.a. [11].

A queste incertezze si aggiunge quella dell'individuazione del giudice, pur se la logica vuole che esso segua le regole del riparto sull'azione principale. Il fatto che l'art. 31 c.p.a. preveda un'azione di accertamento della nullità davanti al g.a. non consente invero a mio avviso di attrarre alla giurisdizione di tale giudice (e alle regole decadenziali imposte dal suddetto art. 31) anche le azioni di accertamento della nullità di atti incidenti su diritti soggettivi: se sono improduttivi di effetti, tali atti non "incidono", infatti, la posizione giuridica tutelata, che, se ha natura di diritto soggettivo, va quindi protetta dinanzi al "suo" giudice naturale, che è il g.a. solo nelle materie in cui il legislatore gli ha affidato una giurisdizione esclusiva.

Il discorso si complica ulteriormente per gli atti o le clausole che la legge o la giurisprudenza qualificano "inefficaci" o "*tamquam non essent*".

Mi riferisco innanzitutto all'ipotesi generale disciplinata dall'art. 2, comma 8-*bis*, legge n. 241/1990, inserito dall'art. 12 del d.l. n. 76/2020 per porre fine all'indebito "rifiuto" della giurisprudenza di accettare la scelta legislativa di formazione del silenzio assenso e stabilizzazione della SCIA anche in mancanza dei presupposti sostanziali per l'accoglimento dell'istanza o per l'utilizzo della segnalazione [12]. Autorevole dottrina [13] ha ricondotto la riferita ipotesi di "inefficacia" alla categoria della "nullità", facendola pertanto pericolosamente ricadere nella disciplina sostanziale di cui all'art. 21-*septies* legge n. 241/1990 e in quella processuale dell'art. 31 c.p.a.

La confusione è alimentata dal legislatore, che, con riferimento alle clausole violative del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei contratti pubblici (oggi incluso tra i "principi" generali della materia dall'art. 10, comma 3, d.lgs. n. 36/2023), dispone testualmente che le clausole escludenti introdotte dal committente in violazione del suddetto principio «sono nulle e si considerano non apposte».

La formula, ancorché – anche formalmente – infelice, ricalca il ragionamento svolto, con riferimento alle disposizioni preesistenti (art. 46 c.c.p. del 2006, come modif. dal d.l. n. 70/2011, e art. 83 c.c.p. del 2016), dall'A.P. del Consiglio di

---

[11] Cfr. nota 11. Sulle questioni, teoriche e pratiche, poste dalle disposizioni -sostanziali e processuali- relative alla nullità degli atti amministrativi si v. il volume di D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo*, Giuffrè, Milano, 2015.

[12] V. *amplius* le considerazioni svolte in M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 24 maggio 2022; nonché G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedimentali della p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 283 ss., anche per gli ulteriori richiami. A partire dal luglio 2022 (Cons. Stato, sez. VI, n. 5746/2022), la giurisprudenza si è progressivamente adeguata alla *voluntas legis:* tra le più recenti, Cons. Stato, sez. IV, n. 3813/2024.

[13] Per tutti G. CORSO, ma anche M. CALABRÒ, *opp. citt.* negli scritti di cui alla nota precedente.

Stato (rispettivamente, sentt. n. 9/2014 e n. 22/2020 e ribadito, tra le più recenti, dalla sez. V, sent. n. 9277/2023), nel senso che la clausola escludente introdotta dalla legge di gara in violazione del principio di tassatività affermato dal codice contrattuale e da questo definita «nulla», «è priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice» (A.P. n. 9/14) e «si deve intendere come "non apposta" a tutti gli effetti di legge», ovvero, «improduttiva di effetti» e «*tamquam non esset*». Con la – più che opportuna – precisazione che non sussiste alcun onere di impugnarla e – se anche il procedimento dura ben più dei 180 giorni previsti dall'art. 31 del c.p.a. per l'esercizio dell'azione di nullità – la stazione committente non può comunque attribuirle rilievo, fermo restando però che i successivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conserverebbero il loro carattere autoritativo e sarebbero soggetti al termine ridotto di impugnazione previsto dall'art. 120 c.p.a., entro il quale l'interessato avrebbe l'onere di agire per ottenere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) che abbiano fatto applicazione della clausola escludente nulla. Secondo l'A.P., infatti non «può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso». La costruzione non appare convincente, ritenendosi più corretto affermare che se l'atto esclude un concorrente sulla base di una clausola nulla, ovvero improduttiva di effetti, ovvero giuridicamente inesistente, esso incorre a sua volta direttamente nella violazione del principio di tassatività e non può che essere, a sua volta, nullo.

Aggiungendo confusione alla confusione, la giurisprudenza più recente (mi riferisco alle note sentt. A.P. nn. 17 e 18/2021 sulle concessioni balneari) [14] ha elaborato una ulteriore categoria di atti "*tamquam non essent*", distinguendoli dagli atti nulli: come è noto, i giudici amministrativi, nella richiamata ritrosia nei confronti della nullità, hanno tradizionalmente configurato la violazione del diritto UE come mera illegittimità: pur espressamente ribadendo, in linea teorica, tale posizione (confermata dalla stessa A.P. nella sent. 20/2022), le citate pronunce, per aggirare l'insormontabile ostacolo della stabilizzazione dei titoli concessori ormai da tempo prorogati, hanno affermato, in via eccezionale, la radicale inesistenza delle proroghe delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali a uso turistico-ricreativo disposte in (asserito) contrasto con tale diritto sovranazionale.

Un'altra fonte di incertezza è rinvenibile nella sentenza A.P. n. 8/2021, che afferma l'inefficacia degli atti assunti dal commissario *ad acta* dopo che l'Amministrazione abbia, pur tardivamente, provveduto, o, all'inverso, quelli adottati dalla seconda dopo che il primo abbia provveduto. La sentenza parla di

[14] Cfr. per prime considerazioni alle sentenze (poi pluricommentate) il fascicolo monotematico n. 3/2021 della rivista *Diritto e società*, consultabile anche *on line.*

inefficacia dell'atto, ma poi sostiene che se ne potrebbe chiedere la "rimozione" al giudice dell'ottemperanza, ciò che, evidentemente, ne presume l'esistenza. Con il rischio che qualche giudice ritenga l'intempestività dell'azione qualora non proposta nel rispetto dei termini del reclamo (per gli atti del Commissario) o dell'impugnazione (per quelli dell'Amministrazione) [15].

Tornando alle questioni più strettamente legate alla tutela risarcitoria, si è detto che l'incapacità per l'atto amministrativo nullo (ma anche per quello *tamquam non esset*) di produrre effetti giuridici non toglie nondimeno il fatto che esso è stato comunque adottato e la sua esistenza formale inevitabilmente destabilizza, crea incertezza, perché produce effetti materiali e può essere portato a esecuzione. E, correlatamente, produce responsabilità: per il suo autore e – salvo che sia anche penalmente illecito, rompendo il rapporto di immedesimazione organica (ipotesi, peraltro, in cui si ritiene corretto parlare di inesistenza) – per la P.A. per conto della quale esso ha operato. Ne discende che, per coerenza del sistema, e nel rispetto del principio di buon andamento e dei suoi corollari di buona fede e correttezza nei rapporti con gli amministrati e di economicità dell'azione amministrativa, ma, prima ancora, nel rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio, anche in assenza di specifiche disposizioni di legge, l'Amministrazione deve poter auto accertare e dichiarare la nullità dei propri atti. Non solo, ma ha a ben vedere il dovere di farlo, anche per garantire la certezza del diritto e per evitare un potenziale affidamento in un atto nullo [16], sicché l'omissione di tale potere/dovere autodichiarativo può essere a sua volta foriera di responsabilità.

A maggior ragione la responsabilità da atto nullo o, come si è detto, *tamquam non esset*, non può a mio avviso essere esclusa se l'affidamento è stato, come nelle ipotesi delle c.d. concessioni balneari, determinato dalla legge, non potendosi certo chiedere ai cittadini un'approfondita conoscenza del sistema delle fonti e dei complessi rapporti tra fonti interne e diritto UE. Il tema si intreccia con la dibattuta questione dei limiti della responsabilità dello Stato legislatore [17].

---

[15] L'uso promiscuo dei termini nullità, inefficacia e sostanziale inesistenza (*tamquam non esset*), indubitabilmente lesivo dell'affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, induce quindi cautelativamente ad agire nei termini di decadenza dell'azione impugnatoria, o quantomeno di quella dichiarativa della nullità, anche per veder accertare e dichiarare l'inefficacia o la sostanziale inesistenza di atti assunti dopo la scadenza dei termini per l'esercizio del potere, pur se, laddove manchi un riferimento "testuale" alla nullità dell'atto, il principio della buona fede e l'ormai acquisito principio di atipicità delle azioni (su cui si v. per tutti la sentenza A.P. n. 11 del 2015) dovrebbero consentire l'ammissibilità senza limiti temporali di un'azione di accertamento della condizione di "inefficacia" o "inesistenza" dichiarata dal legislatore.

[16] G. CAVALIERI, *op. cit.*

[17] In dottrina, tra gli altri, M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *La responsabilità dello stato-legislatore e l'attività amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, e, ID., *Ulteriori spunti sulla posizione della giurisprudenza in materia della responsabilità dello stato-legislatore*, in *federalismi.it,* 24, 2022, p. 131 ss.; nonché A.G. PIETROSANTI, *Verso una graduale "responsabilizzazione" dello Stato (legislatore)?*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, p. 905 ss. In giurisprudenza, ancora recentemente

Il discorso sulla responsabilità da incertezza vale poi a mio avviso anche per gli atti viziati, ma non annullabili, di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990: l'atto resta comunque illegittimo e dovrebbe come tale rilevare ai fini della responsabilità, ferma, in caso di provvedimento ampliativo, l'incombenza all'interessato della prova dell'effettiva spettanza del bene della vita costituito dalla conservazione del provvedimento ampliativo [18].

3. *Il danno da annullamento di provvedimento illegittimo favorevole*

Il secondo profilo meritevole di ulteriore riflessione è quello del risarcimento del danno da lesione dell'affidamento determinato da un provvedimento – o comportamento – illegittimo favorevole successivamente annullato. Esso è stato ed è tuttora oggetto di vivace dibattito con riferimento alla giurisdizione [19]. Come

(sentenza 19 febbraio 2025, n. 4351) la Corte di cassazione ha precisato di voler «dare continuità all'orientamento della giurisprudenza di legittimità ferma nell'escludere una responsabilità da illecito per cattivo esercizio della funzione legislativa, condividendosi i precedenti […]: Cass. n. 34465 del 2019, in cui si afferma che la funzione legislativa espressa dal potere politico è sottratta al sindacato giurisdizionale con esclusione di un danno risarcibile da promulgazione della legge; Cass. n. 23730 del 2016, che distingue tra responsabilità indennitaria dello Stato inadempiente rispetto all'ordinamento comunitario, rispetto a quella non configurabile nel caso di attività legislativa all'interno dell'ordinamento nazionale. Come correttamente evidenziato dal giudice di appello il procedimento in esame attiene ad una fattispecie differente rispetto alle ipotesi di responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi comunitari (qualificata «di natura indennitaria per attività non antigiuridica» in ragione della distinzione tra ordinamento giuridico interno ed ordinamento unionale, ai fini della qualificazione dell'evento lesivo). Solo nel caso di ritardata o mancata attuazione di obblighi comunitari è possibile, invero, rinvenire il presupposto normativo alla responsabilità dello Stato-legislatore, con correlato diritto del singolo attivabile direttamente dinanzi all'autorità giudiziaria. Il diverso approccio alle tematiche della responsabilità da legge incostituzionale e legge contraria ai principi eurounitari trova la propria ratio nella sentenza Francovich e nelle successive, fra cui Corte giust. Ue, 7 agosto 2018, causa C-122/17, Smith; Corte giust. Ue, 16 maggio 2019, causa C-509/17, Plessers. Infatti, l'ipotesi di normativa interna contraria a quella comunitaria si giustifica con la necessità di contrastare condotte violative del diritto eurounitario poste in essere dagli Stati membri, prescindendo dalle articolazioni interne allo Stato-apparato (potere legislativo, amministrativo e giudiziario)». Il Consiglio di Stato ha, a sua volta, ribadito che «La funzione legislativa, essenzialmente "politica", è per definizione – salvi i limiti costituzionali – "libera nei fini": ne segue la naturale insussistenza di una possibile qualificazione del danno come "ingiusto", perché – diversamente che di fronte all'azione amministrativa – davanti all'attività legislativa non vi sono situazioni soggettive dei singoli, protette dall'ordinamento. Va perciò rimarcata la diversità della fattispecie della responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi comunitari. Solo nel caso di ritardata o mancata attuazione di obblighi comunitari è possibile, invero, rinvenire un'adeguata base legale alla responsabilità dello Stato-legislatore, con correlato diritto del singolo attivabile direttamente dinanzi all'autorità giudiziaria» (sez. IV, sentenza n. 4523/2023).

[18] Cfr. Cons. Stato, sez. III, sentt. nn. 4536/2022 e, più recentemente, n. 3914/2025.

[19] V. *amplius* anche per gli opportuni riferimenti M.A. SANDULLI, *La giurisdizione amministrativa*, in *Il giudizio*, cit. e, da ultimo, utilmente, M. TRIMARCHI, *Il riparto*, cit.

noto, le S.U. della Corte di cassazione hanno invocato il necessario legame tra giurisdizione amministrativa e contestazione dell'esercizio/non esercizio del potere a sostegno della non riconducibilità di queste controversie alla giurisdizione amministrativa: cfr. ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596/2011, costantemente confermate dalla successiva giurisprudenza, anche a seguito dell'opposto orientamento dichiaratamente espresso dal Consiglio di Stato, anche in A.P. (sentt. nn. 19, 20 e 21/2021), di cui la Corte regolatrice ha contestato tutte le argomentazioni (ordinanza n. 2175/2023, ripresa dalla giurisprudenza successiva). In particolare, la S.C. ha affermato la giurisdizione del g.o. sul presupposto che il danno di cui si chiede il ristoro non sarebbe in tali casi legato all'esercizio del potere – dal quale il privato non avrebbe subìto diretto pregiudizio, ma avrebbe anzi tratto vantaggio – bensì all'illiceità della condotta dell'agente, non riconducibile, in tesi, a tale esercizio, dal quale, appunto, il privato avrebbe tratto invece vantaggio.

In questo caso, diversamente da quelli sopra esaminati, l'azione risarcitoria ha quale presupposto una previa decisione (dell'Amministrazione o del g.a.) che abbia accertato l'illegittimità della condotta dell'Amministrazione, facendone conseguire l'annullamento dell'atto (esplicito o implicito) di conclusione del procedimento.

Il collegamento con l'esercizio del potere non appare quindi fondatamente negabile. O, almeno, non è inferiore a quello che ormai si riconosce a fronte di un'occupazione o di un'espropriazione dopo la scadenza di una dichiarazione di p.u. Quanto meno nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a. (quali sono l'edilizia e l'affidamento dei contratti pubblici) nelle quali tradizionalmente si pone il problema.

Il problema della giurisdizione si intreccia però con quello della "ritrosia" del g.a. a condannare l'amministrazione al risarcimento per equivalente.

Le richiamate sentenze nn. 19, 20 e 21 con le quali l'A.P. ha rivendicato la giurisdizione del g.a. sull'azione risarcitoria per i danni derivanti dalla lesione dell'affidamento riposto in un provvedimento illegittimo favorevole hanno invero individuato rigorosi paletti all'accoglimento in concreto della relativa pretesa.

Invocando la regola generale secondo cui la buona fede «non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave» (art. 1147, comma 2, c.c.), il Supremo Collegio ha infatti osservato che «Nel caso di provvedimento poi annullato, il soggetto beneficiario deve [dunque] vantare una fondata aspettativa alla conservazione del bene della vita ottenuto con il provvedimento stesso, la frustrazione della quale può quindi essere considerata meritevole di tutela per equivalente in base all'ordinamento giuridico. La tutela risarcitoria non interviene quindi a compensare il bene della vita perso a causa dell'annullamento del provvedimento favorevole, che comunque si è accertato non spettante nel giudizio di annullamento, ma a ristorare il convincimento ragionevole che esso spettasse.

Nella descritta prospettiva, il grado della colpa dell'amministrazione, e dunque la misura in cui l'operato di questa è rimproverabile, rileva sotto il profilo

della riconoscibilità dei vizi di legittimità da cui potrebbe essere affetto il provvedimento».

Alla luce di tali considerazioni, l'A.P. osserva che un affidamento incolpevole non è predicabile, non solo nel caso in cui l'amministrato abbia dolosamente indotto l'amministrazione ad emanare il provvedimento, ma anche «se l'illegittimità del provvedimento era evidente ed avrebbe pertanto potuto essere facilmente accertata dal suo beneficiario». Se pure sembrano aver cura di delimitare tale situazione, laddove sottolineano che l'atteggiamento psicologico del beneficiario può essere considerato come fattore escludente del risarcimento solo in queste ipotesi (illegittimità evidente o facilmente accertabile) e non già ogniqualvolta vi sia un contributo del privato nell'emanazione dell'atto, insito nella presentazione dell'istanza, le sentenze aggiungono poi che i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio, implicano che «con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui, ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm., l'azione deve essere proposta, e di difenderlo»; il che «porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio». Di conseguenza, l'A.P. afferma il principio di diritto che «la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato nel destinatario di un suo provvedimento favorevole, poi annullato in sede giurisdizionale, postula che sulla sua legittimità sia sorto un ragionevole convincimento, il quale è escluso in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».

I riferiti principi di diritto hanno informato la regola affermata dal nuovissimo codice dei contratti pubblici nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione. Nella parte dedicata ai "principi" (artt. 1-12) il d.lgs. n. 36/2023 dispone infatti all'art. 5, comma 3, che «in caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole [inutile doppia negazione per "addolcire" la drastica affermazione che "si considera colpevole"] se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti». La disposizione aggiunge peraltro che «Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto [dell'ente committente] sulle scelte contrattuali dell'operatore economico».

In conclusione, sembra che l'attrazione della materia al g.a. non favorisca grandi prospettive di accoglimento delle azioni risarcitorie. Anche se in linea teorica il ragionamento svolto dall'A.P. dovrebbe, *a contrario*, indurre a ritenere che, laddove l'atto illegittimo favorevole non abbia formato oggetto di impugnazione,

l'affidamento del beneficiario nella relativa validità si consolidi, sicché, salve le ipotesi di dolo, in caso di un suo eventuale successivo annullamento d'ufficio, l'Amministrazione abbia l'onere di risarcirne i danni.

4. *I limiti alla risarcibilità dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*

Il richiamo alla diligenza del creditore porta al terzo profilo oggetto di queste brevi riflessioni: i limiti alla risarcibilità dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

È noto che, dopo lungo contrasto, l'azione risarcitoria per i danni prodotti dalla P.A., sia attraverso l'inerzia che attraverso l'adozione di atti invalidi, pur soggetta, quando si leghi alla lesione di interessi legittimi, a rigorosi termini di decadenza (che Corte cost. n. 94/2017 ha ritenuto costituzionalmente legittimi, anche in relazione agli artt. 47 CDFUE e 6 e 13 CEDU), è ormai esperibile (ai sensi dell'art. 30 c.p.a.) anche autonomamente dalla proposizione di un'azione "principale", diretta a denunciare l'invalidità dell'atto o l'illegittimità del silenzio.

Resta, tuttavia, il problema dei c.d. obblighi di "cooperazione" del danneggiato, cui lo stesso art. 30 condiziona il riconoscimento sostanziale del risarcimento. Leggiamo infatti, nel secondo periodo del suo comma 3, che «nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

Anche l'art. 124 c.p.a., con riferimento all'azione risarcitoria esperibile del concorrente ingiustamente escluso o "superato", dispone che «La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice» ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Torna quindi, anche se con riferimento ad altro profilo, il richiamo all'onere di "diligenza" del soggetto leso, che l'A.P., [riconoscendovi portata ricognitiva di principi già evincibili dall'art. 1227 c.c.], ha dichiarato rappresentare un dato valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini della mitigazione e finanche dell'esclusione del danno, in quanto evitabile con l'ordinaria diligenza (sent. n. 3/2011) [20].

Dopo una prima fase in cui la giurisprudenza subordinava il risarcimento alla proposizione di un'azione principale di annullamento o di accertamento dell'invalidità dell'atto o dell'illegittimità dell'inerzia, valorizzando addirittura la mancanza di una domanda cautelare e persino la mancata richiesta di una cautela

[20] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 962/2021e sez. IV, n. 7699/2020.

monocratica, facendo così rientrare sostanzialmente dalla finestra la c.d. pregiudiziale di annullamento, cacciata dalla porta all'esito delle note pronunce della Corte di cassazione del 2006 e del 2008, che vi avevano riconosciuto un diniego in astratto di giustizia [21], la giurisprudenza più recente ritiene più correttamente sufficiente l'esperimento di strumenti di tutela procedimentali.

Lo "stato dell'arte" è lucidamente rappresentato dalla sentenza Cons. Stato, sez. V, n. 8514/2023, richiamando la «regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, anche processuale, contraria al principio di buona fede e al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati, recide il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare l'asserita condotta antigiuridica alle conseguenze risarcibili», fermo restando che «all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in capo allo stesso esigibili ex artt. 1227 Cod. civ. e 30 Cod. proc. amm. è applicabile la soglia del c.d. "apprezzabile sacrificio" (il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, ma non fino al punto di sacrificare i propri rilevanti interessi personali e patrimoniali attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose: Ad. plen. n. 7/2021, cit.; Ad. plen. n. 3 del 2011, cit., che richiama anche Cass. civ., I, 5 maggio 2010, n. 10895), sicché ai fini dell'apprezzamento dell'onere di ordinaria diligenza posto in capo al privato e valutabile dal giudice in sede risarcitoria rilevano non solo gli strumenti processuali ma anche quelli procedimentali» (e, dunque, *in primis*, le diffide) [22].

Si tratta di un importante passo avanti per la tutela risarcitoria nei confronti della P.A., così come lo è, sotto un profilo esclusivamente processuale, la precisazione, da parte dell'A.P. (sent. n. 8/2022), che, per chiedere, ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., l'accertamento dell'illegittimità dell'atto laddove sia venuto meno l'interesse al suo annullamento, è sufficiente manifestare quello al risarcimento, senza che occorra – come troppo rigorosamente avevano sostenuto alcune sentenze – dare anche un "principio di prova" del suo fondamento.

5. *Considerazioni conclusive*

Come viene sovente osservato [23], l'analisi della disciplina della responsabilità civile della P.A. e degli approdi della giurisprudenza nella sua applicazione rivela vari elementi di specialità, legati all'esigenza di bilanciare il diritto al risarcimento con il principio dell'equilibrio di bilancio, creando una "*rete di contenimento*" di tale responsabilità per non esporre il bilancio pubblico a esborsi eccessivi.

---

[21] V. ancora M.A. SANDULLI, *La giurisdizione*, cit.

[22] V. anche Cons. Stato, sez. IV, n. 8149/2023.

[23] Da ultimo, L. FURNO, *Lezione ASA TRE* del 1° marzo 2024.

È un limite comune a vari ordinamenti, che hanno diversi canoni per limitare la colpa della P.A.: l'ordinamento inglese nega la responsabilità amministrativa per l'attività discrezionale; quello francese richiede una colpa particolarmente qualificata; in Germania si applica un sistema analogo a quello del nostro art. 1227 c.c. e pure la CGUE, su basi simili, individua un limite nel c.d. "abuso di procedura". Anche se, a partire dagli anni '90, correttamente la giurisprudenza tedesca afferma che non si può pretendere che il danneggiato sia più intelligente della P.A., ribaltando così sul privato le imperizie della P.A. È un tema su cui insisto da anni a proposito delle "trappole" costituite dai nuovi strumenti di semplificazione autodichiarativa [24]: in un ordinamento che limita al dolo la responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici per le condotte attive, è gravemente contrario al pur declamato principio di reciproca buona fede pretendere dal privato una capacità di reperire e interpretare le regole giuridiche e tecniche maggiore di quella richiesta ai dipendenti pubblici, chiamandolo di fatto responsabile anche degli eventuali errori di diritto – che sono ovviamente ben altra cosa dai falsi dichiarativi – commessi in sede di autodichiarazione. Significativamente, anche l'A.P., nella sent. n. 5/2018 ha affermato che dalla P.A. si nutrono maggiori aspettative di comportamento corretto.

Appare molto importante su questa linea la recentissima sentenza n. 1926/2024 della VI sezione del Consiglio di Stato sulla decorrenza del termine ragionevole di autoannullamento di un permesso di costruire: la P.A. ha l'onere di verificare subito la corrispondenza tra quanto dichiarato e quanto documentato e il ritardo di tale attività istruttoria non può farsi ricadere sulla parte istante [25].

---

[24] Da ultimo, M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in *Principi e regole*, cit.

[25] Sul tema v. anche, più recentemente, M.A. SANDULLI, *Principio di legalità e magistratura amministrativa*, relazione al Convegno "Giustizia al Servizio del Paese – Il principio di legalità", Firenze, 21 novembre 2024, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2025 e in *Riv. Corte dei conti*, 1, 2025.

Ordinamento degli uffici e responsabilità dei funzionari tra disciplina e onore

Bernardo Giorgio Mattarella

SOMMARIO: 1. Le differenze fra pubblico e privato. – 2. Le convergenze fra pubblico e privato. – 3. Gli eccessi del legislatore.

1. *Le differenze fra pubblico e privato*

Vorrei trattare il tema della responsabilità dei dipendenti e dei funzionari esaminando le differenze e le convergenze fra la disciplina della responsabilità dei dipendenti e dei funzionari pubblici e quella della responsabilità in ambito privato.

L'art. 54 della Costituzione afferma, in primo luogo, che i cittadini a cui sono affidate funzioni pubbliche hanno obblighi ulteriori rispetto agli altri: devono comportarsi con disciplina e onore. Devono fare qualcosa di più degli altri cittadini. Su questo "qualcosa di più", ovviamente, la Costituzione è molto generica, ma vi sono molte altre leggi, regolamenti di servizio e codici di comportamento a spiegare quali siano questi doveri ulteriori.

Questo articolo, dunque, dà un'indicazione nel senso della specialità: dispone che chi opera nel settore pubblico ha doveri particolari rispetto a chi opera nel privato. Infatti, i doveri del lavoratore privato non discendono dalla legge, se non per alcune previsioni del Codice civile sull'obbligo di diligenza e sull'obbligo di lealtà, ma sono tendenzialmente contrattuali. Gli obblighi di chi opera nel settore pubblico, invece, derivano appunto dalle leggi, dai regolamenti e dai codici di comportamento. Vi è perciò una particolarità nella disciplina pubblicistica, specialmente in tema di fonti del diritto, a fondamento degli obblighi dei pubblici dipendenti, tanto che per molti anni questi ultimi non hanno avuto bisogno di un contratto, né collettivo né individuale, per conoscere i loro doveri lavorativi. E i doveri di alcuni dipendenti pubblici, come noi professori universitari, continuano a non essere definiti da alcun contratto.

Inoltre, alla peculiarità dei doveri dei dipendenti e dei funzionari pubblici corrisponde una seconda peculiarità, relativa alle forme di responsabilità. Difatti, come ricorda nel suo libro il professor Casetta, l'art. 28 della Costituzione pone il funzionario e il dipendente dello Stato e degli enti pubblici nella medesima situazione dei privati, ma allo stesso tempo rinvia alle leggi penali, civili e

amministrative, dalle quali discendono varie peculiarità nel regime di responsabilità dei pubblici dipendenti e funzionari. In ambito penale, si hanno i reati dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio. In ambito civile, si ha un regime particolare, con l'esclusione della colpa lieve nei confronti dei terzi. Se la responsabilità per danni è nei confronti della pubblica amministrazione, si ha una particolare forma di responsabilità che esclude, anche in questo caso, la colpa lieve e prevede addirittura una procedura *ad hoc* davanti alla Corte dei conti. E perfino per quanto riguarda la responsabilità disciplinare, che è una responsabilità contrattuale che deriva da un rapporto di lavoro, si hanno delle differenze fra il dipendente pubblico e quello privato: dal punto di vista procedurale, quella del primo è molto legificata; dal punto di vista sostanziale, la materia è tendenzialmente oggetto di contrattazione collettiva, come nel settore privato, ma vi sono molte intrusioni da parte del legislatore.

Le ragioni per cui si ha bisogno di regole particolari per la responsabilità di pubblici dipendenti e funzionari sono principalmente due: la prevalenza dell'interesse pubblico e la debolezza dell'amministrazione.

Dal primo punto di vista, c'è un interesse pubblico sotteso a questa disciplina. La previsione di reati *ad hoc* per i pubblici ufficiali suggerisce che una truffa ai danni dello Stato sia considerata più grave di una truffa a danno di privati. In fondo, anche nella responsabilità amministrativa, che ha una natura un po' ibrida, alla logica riparatoria (che è propria della responsabilità risarcitoria) si aggiunge la logica punitiva, che emerge dal potere riduttivo e dall'esclusione della colpa lieve. Ciò dimostra che alla base della disciplina della responsabilità nel settore pubblico vi è un interesse pubblico, che non si esaurisce nell'esigenza di riparazione del danno.

Dal secondo punto di vista, occorre dire che le amministrazioni sono spesso inefficienti nella gestione del loro personale. È questa, infatti, la ragione per cui vi sono molte leggi in materia di pubblico impiego: per esempio, vi sono norme sui limiti alla contrattazione collettiva poiché l'amministrazione, in loro assenza, sarebbe un contraente troppo debole. Ma, in fondo, molte norme di diritto amministrativo servono a rimediare alla debolezza dell'amministrazione: per esempio, quelle sui contratti pubblici o sulle società pubbliche, necessarie perché le amministrazioni tendono spesso a essere contraenti o azionisti inefficienti. Norme del genere, di conseguenza, servono a orientare la condotta delle amministrazioni, tutelandole dalle loro debolezze strutturali.

In materia di gestione del personale, le debolezze delle amministrazioni emergono continuamente. Basti pensare a norme come l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare: un datore di lavoro privato non è obbligato a irrogare le sanzioni disciplinari, mentre la legge si preoccupa di obbligare le amministrazioni a esercitare il potere disciplinare, perché altrimenti esse tenderebbero a non farlo. Allo stesso modo, le norme sul collegamento fra procedimento disciplinare e procedimento penale servono a rimediare all'inerzia che spesso caratterizza le amministrazioni. La dimostrazione più evidente di questa logica, infine, è la presenza

di un pubblico ministero nel processo contabile: la sostituzione processuale dipende proprio dal fatto che le amministrazioni tendono spesso a non far valere i propri diritti.

Le amministrazioni sono deboli non solo nel far valere le responsabilità dei propri dipendenti e funzionari quando fanno qualcosa di sbagliato, ma anche quando si tratta di renderli efficienti. Questa osservazione conduce al tema della "paura della firma". Si tratta di un problema peculiare del settore pubblico soprattutto perché non vi è la "paura della non firma", nel senso che – a differenza di quanto accade nel settore privato – gli amministratori pubblici possono spesso scegliere di non firmare. Anche molti dirigenti di imprese private sono consapevoli che, in caso di loro errore, gli azionisti possono esercitare un'azione di responsabilità, ma per loro non vi è l'opzione di non firmare. Lo stesso accade per i giudici: alcuni loro atti (come certi rinvii pregiudiziali), in effetti, sembrano orientati proprio a evitare forme di responsabilità, ma anche essi non hanno la possibilità di scegliere la "non firma". Nelle pubbliche amministrazioni, invece, spesso è difficile costringere all'azione dipendenti e funzionari.

2. *Le convergenze fra pubblico e privato*

Esaminate le ragioni per cui vi sono regole speciali per la responsabilità dei pubblici dipendenti e funzionari, occorre rilevare anche le convergenze che vi sono con il settore privato. Qualche decennio fa si è avuto proprio un processo di assimilazione di logiche privatistiche nel diritto amministrativo: innanzitutto, con la privatizzazione del pubblico impiego e, conseguentemente, con la tendenziale contrattualizzazione della responsabilità disciplinare, che è soggetta comunque a dei limiti.

Difatti, illeciti e sanzioni disciplinari sono, al di là di qualche eccezione, definiti dai contratti collettivi, ma questi illeciti consistono nella violazione di norme che, a monte, sono definite unilateralmente dal datore di lavoro, da leggi e da regolamenti. Inoltre, vi è il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti, la cui violazione dà luogo a responsabilità disciplinare. Pertanto, il datore di lavoro pubblico può accordarsi con i dipendenti sulle conseguenze di un'eventuale violazione dei loro doveri, ma dev'essere lui a indicare quali sono questi doveri. D'altronde, alla base di questa logica vi è l'art. 54 della Costituzione, che – come ho già rilevato – impone doveri particolari ai funzionari e dipendenti pubblici. Dunque, la contrattualizzazione riguarda gli illeciti e le sanzioni, ma non la definizione degli obblighi lavorativi.

Un'ulteriore forma di convergenza fra settore pubblico e privato riguarda l'estensione di alcuni istituti privatistici al settore pubblico. L'esempio più evidente riguarda i modelli organizzativi per la prevenzione dei reati ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, importati in una certa misura nel settore pubblico con i piani per la prevenzione della corruzione previsti dalla legge n. 190/2012. Quando si

verificano estensioni del genere, il rischio più grave è quello di duplicazione o sovrapposizione, come per esempio nel caso delle società in controllo pubblico, dalle quali si pretende l'adozione sia del modello 231, sia del piano per la prevenzione della corruzione.

3. *Gli eccessi del legislatore*

Al di là delle divergenze e delle convergenze, il problema principale della disciplina della responsabilità di pubblici dipendenti e funzionari riguarda la quantità di norme in materia. Vi sono, infatti, molte più norme che regolano le varie forme di responsabilità nel settore pubblico rispetto al settore privato. E al crescere del numero di norme, è probabile che aumentino anche gli errori legislativi. In più, quando le norme vengono introdotte, come ormai avviene regolarmente, da decreti-legge più o meno affrettati, il rischio di errori legislativi aumenta, fino a diventare certezza.

Quella della responsabilità è una materia in cui non è facile trovare il giusto dosaggio di norme per regolare l'una o l'altra materia. Basti pensare al procedimento disciplinare: esso è molto legificato, perché bisogna preoccuparsi di indurre le amministrazioni a esercitare il potere disciplinare; d'altra parte, norme procedimentali così dettagliate possono tradursi in armi a doppio taglio, rallentando o ostacolando i procedimenti. Per esempio, l'eventuale mancato rispetto di un termine potrebbe portare all'illegittimità di una sanzione.

Inoltre, quando il legislatore interviene troppo frequentemente, si rischiano esagerazioni e abusi. In materia di responsabilità si rischia soprattutto l'abuso del diritto penale, che dovrebbe essere la "moneta pesante" dell'ordinamento, da utilizzare solo nei casi particolarmente gravi. Si rischia anche la previsione di sanzioni sproporzionate, come per esempio in caso di assenteismo: nonostante si tratti di un problema assolutamente trascurabile in termini quantitativi, infatti, per un determinato periodo si è assistito a un continuo inasprimento delle sanzioni nei confronti degli assenteisti e a un'accelerazione dei loro licenziamenti, con uno zelo degno di miglior causa.

Più in generale, spesso il legislatore tende ad abusare delle previsioni di responsabilità. Molte norme recenti includono, quasi come clausola di stile, la previsione che la violazione di determinate previsioni dia luogo a responsabilità dirigenziale, disciplinare e amministrativa per danno erariale. Si tratta chiaramente di previsioni che lasciano il tempo che trovano: per aversi responsabilità disciplinare serve una specifica previsione; per aversi responsabilità dirigenziale servono una violazione degli atti di indirizzo oppure cattivi risultati; e per aversi responsabilità amministrativa deve esservi un danno.

Inoltre, recentemente si è assistito all'introduzione di ulteriori forme di responsabilità, che tuttavia rimangono inapplicate, come è successo proprio alla responsabilità dirigenziale. Una norma che, stavolta fortunatamente, è rimasta

inapplicata si trova nella legge n. 190/2012 e riguarda il responsabile per la prevenzione della corruzione. Il comma 12 di questa legge afferma, con una formulazione decisamente migliorabile, che in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 dello stesso articolo risponde ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione. È una fortuna che questa previsione sia rimasta inapplicata, perché essa porterebbe il responsabile per la prevenzione della corruzione a rispondere a qualsiasi titolo, magari anche in eventualità in cui egli non fosse effettivamente colpevole, a meno che non provasse di avere prodotto tanta carta e di averla fatta circolare.

Questa osservazione conduce a un ultimo tema: l'efficacia della disciplina sulla prevenzione della corruzione, sviluppatasi nell'arco di un trentennio, a partire da quando Sabino Cassese, da ministro della funzione pubblica, introdusse il Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Questa disciplina si è poi sviluppata soprattutto a seguito della citata legge n. 190/2012. A trenta anni di distanza, credo che si possa affermare che vi sono stati dei successi, ma che questa disciplina avrebbe bisogno di un riordino e di una razionalizzazione.

Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile [*]

Guido Greco

SOMMARIO: 1. Il principio di buona fede e il collegamento con altri principi. – 2. Casistica giurisprudenziale e conseguenti problematiche. – 3. La fattispecie di illecito configurata (o comunque presupposta) dall'art. 5, comma 3, del Nuovo Codice dei contratti pubblici. – 4. Contrasto di opinioni sulla posizione giuridico soggettiva risultata lesa. – 5. La buona fede nel procedimento amministrativo e la sua mancanza: rilevanza o meno, ai fini della legittimità dell'atto? – 6. Per concludere.

1. *Il principio di buona fede e il collegamento con altri principi*

Il tema dell'applicazione del principio di buona fede all'esercizio del potere amministrativo non è certo argomento nuovo [1]. Ma è relativamente recente la sua espressa positivizzazione. Mi riferisco all'art. 1, comma 2-*bis*, della legge n. 241/1990 – così come introdotto dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modifiche in legge 11 settembre 2020, n. 120 –, che ha disposto che «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede». Ma mi riferisco anche all'art. 5 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici), che statuisce (comma 1) che «nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento» [2].

Quindi il principio del comportamento secondo buona fede è un canone cui deve attenersi (anche) l'amministrazione nella "procedura di gara" e, dunque,

---

[*] Rielaborazione (con integrazioni) della relazione al Convegno «Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici», tenutosi a Torino il 21-22 marzo 2024.

[1] Cfr. per tutti F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970 e poi, successivamente, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995 e, più di recente, L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2018.

[2] Non si deve inoltre dimenticare l'art. 18, comma 7, del nuovo codice, ai sensi del quale «la mancata o tardiva stipula del contratto al di fuori delle ipotesi di cui ai precedenti commi [*id est*, la sospensione legale per effetto dello standstill o la sospensione giurisdizionale] costituisce violazione del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso».

nell'ambito di un'attività pubblicistica, assoggettata come tale al regime del potere amministrativo. Inoltre, detto principio – che rappresenta manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale [3] – non può essere considerato isolatamente da altri principi, che interferiscono con lo stesso. Mi riferisco ai principi di correttezza, trasparenza, imparzialità e collaborazione, che, visti dalla parte dell'amministrazione, si sovrappongono sovente alla buona fede e ne forniscono in un certo senso specifiche articolazioni o implicazioni. Tant'è che sovente vengono considerati come sinonimi.

Inoltre lo stesso principio, visto questa volta dalla parte di chi entra in rapporto con l'amministrazione, si collega al principio della fiducia. Che, riguardando (per quel che qui maggiormente rileva) l'«azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione», costituisce, dal punto di vista del cittadino, il contraltare di una condotta secondo buona fede da parte dell'amministrazione [4].

Sempre secondo quest'ultima prospettiva, il principio del comportamento secondo buona fede si correla anche col principio dell'affidamento. Tant'è che lo stesso menzionato art. 5 del nuovo Codice statuisce, al comma 2, che «nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede».

Dunque il collegamento tra buona fede e affidamento è normativamente stabilito, oltre che logicamente imposto. Infatti, il principio dell'affidamento rappresenta in larga parte l'altra faccia della medaglia del principio di buona fede (in dottrina si parla di "*vero affidamento*" a proposito della pretesa ad un comportamento secondo buona fede [5]), anche se non vi è perfetta coincidenza, come si evince dalla stessa norma da ultimo citata.

---

[3] «Il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta, infatti, una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, che trova il suo principale fondamento nell' art. 2 Cost. e grava reciprocamente su tutti i membri della collettività. Tale dovere si intensifica e si rafforza, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano momenti relazionali socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva. Deve quindi riconoscersi l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro; cosicché, come persuasivamente affermato dal Consiglio di Stato nella più volte citata sentenza n. 5 del 2018 "da chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetto uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello si attenderebbe da quisque de populo"(p. 24)» (Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, punto 32).

[4] «L'affidamento incolpevole di natura civilistica … si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta». (Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 28.2).

[5] G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 218 ss.

Va da sé che, come sovente avviene nel mondo del diritto, i principali problemi scaturiscono non già dalla condotta dell'amministrazione secondo buona fede, ma dal suo contrario. E, cioè, da una condotta scorretta, perché reticente, ingannevole, fuorviante, non collaborativa, ecc.

In tale ottica, come è noto, il principio di buona fede è stato valorizzato dalla giurisprudenza per radicare casi di responsabilità che non scaturiscano *tout court* dagli effetti del provvedimento illegittimo, bensì dall'affidamento nella legittimità del medesimo [6] e nella correttezza, in generale, della condotta dell'amministrazione nell'ambito del procedimento amministrativo. Se tale affidamento è stato tradito e se in base ad esso il cittadino o l'impresa hanno sostenuto costi o compiuto scelte rivelatisi inutili o sbagliate, ecco che l'ordinamento dovrebbe apprestare una tutela risarcitoria.

Si tratta di giurisprudenza che si è sviluppata soprattutto nell'ultimo ventennio, ma che ha proposto e propone vari problemi teorici e applicativi, anche per la mancanza – almeno fino al recente passato – di una sua base normativa specifica. Anche se l'archetipo è da rinvenire nella responsabilità precontrattuale (ex artt. 1337 e 1338 c.c.), ampiamente richiamato e invocato anche al di fuori dello specifico settore dell'attività diretta alla stipulazione di un contratto da parte della pubblica amministrazione.

2. *Casistica giurisprudenziale e conseguenti problematiche*

Per affrontare (brevemente) tale problematica, val la pena preliminarmente di dare uno sguardo alla casistica, che in concreto la ha suscitata. Casistica che riguarda essenzialmente due settori: quello dell'urbanistica/edilizia e quello delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Attengono al primo settore i casi di un tentativo vano di ottenere un permesso di costruire, perché lo stesso non è mai stato rilasciato (né negato) dopo che per anni il privato ha pedissequamente seguito le istruzioni dell'amministrazione, senza mai giungere ad un epilogo provvedimentale. È il caso, ad esempio, deciso da una sentenza della Cassazione del 2020 [7], in cui una pratica edilizia per la costruzione di un albergo ha visto una intensa e formale interlocuzione tra amministrazione comunale ed impresa proponente, con la richiesta da parte della prima

[6] Così circoscrive la tematica Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 24.

[7] Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit. Osserva la Corte: «Il caso oggi all'esame del Collegio si caratterizza, al pari di quello oggetto di sez. un. n. 13194/2018, per l'assenza di un provvedimento ampliativo della sfera del privato; la società D.C. Costruzioni, infatti, deduce di aver riposto il proprio affidamento non in un provvedimento concessorio (pacificamente mai emesso) ma nel comportamento dell'amministrazione municipale, la quale avrebbe protratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo (con la comunicazione di atti endoprocedimentali, con la formulazione di apprezzamenti positivi sul piano dell'opera, con la divulgazione sui giornali del progetto di intervento edilizio) a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa» … (punto 20).

di adempimenti istruttori e procedurali, via via diversi e contraddittori tra di loro, che hanno vanificato dopo quattro anni tutti gli sforzi protesi ad ottenere l'auspicato titolo abilitativo per la costruzione.

La seconda ipotesi offerta dalla giurisprudenza riguarda casi di annullamento del permesso di costruire con ordine di demolizione delle opere nel frattempo realizzate [8], con conseguente richiesta di risarcimento anche per le diverse scelte commerciali che si sarebbero fatte [9]. Così, ad esempio, nel più recente caso (di mia conoscenza) sottoposto alla Corte di cassazione si è trattato di un annullamento in autotutela di un permesso di demolizione e ricostruzione, divenuto inoppugnabile. E della conseguente azione risarcitoria per i danni consistenti «nelle spese sopportate per demolire il fabbricato preesistente e per costruire quello oggetto dei permessi di costruire annullati, nonché nelle spese da sopportare per demolire quest'ultimo fabbricato e ricostruire quello originario» [10].

Attengono al secondo settore (quello contrattuale) casi di procedura di gara mai conclusa, con annullamento del bando di gara e del decreto di approvazione degli atti di gara [11]. Ad esempio il caso in cui l'amministrazione, dopo l'aggiudicazione provvisoria di un contratto, «ha taciuto per tre anni la sussistenza di cause seriamente ostative alla definizione della procedura», per poi giungere alla revoca di detta aggiudicazione provvisoria: la revoca è risultata legittima, ma il comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione è risultato a sua volta non improntato a lealtà e buona fede, con conseguente risarcibilità delle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara [12].

Attengono sempre al settore dei contratti pubblici i casi di aggiudicazione definitiva poi annullata in sede giurisdizionale [13], ovvero revocata dalla stessa amministrazione [14]. Per il che è stato enunciato il principio di diritto che «nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei

---

[8] Cass., 24 gennaio 2023, n. 2175. Cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20. Si tratta di fattispecie analoghe a quelle decise dalle ordinanze della Corte di cassazione nn. 6594, 6596 e 6597 del 2011, che hanno inaugurato il *trend* giurisprudenziale. Infatti, «alla base delle suddette tre pronunce vi era, in sostanza, la considerazione che i privati … non mettevano in discussione l'illegittimità degli atti amministrativi, ampliativi della loro sfera giuridica, annullati in via di autotutela o *ope judicis*, ma lamentavano la lesione del loro affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedevano il risarcimento dei danni da loro subiti per aver orientato le proprie scelte negoziali o imprenditoriali confidando, fino all'annullamento di tali atti, nella relativa legittimità» (così Cass., ordinanza 24 gennaio 2023, n. 2175, punto 11).

[9] Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19.

[10] Cass., ordinanza 24 gennaio 2023, n. 2175. Sempre in tema di permesso di costruire poi annullato, cfr. anche Cons. Stato, ad. plen., n. 20/2021.

[11] Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5

[12] Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273.

[13] Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21.

[14] Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5986.

canoni di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa» [15].

Dunque, al di là del diverso settore, la giurisprudenza ci presenta casi in cui il provvedimento ampliativo rilasciato è stato poi revocato o annullato e casi di richieste risarcitorie in assenza di un vero e proprio provvedimento amministrativo (perché il provvedimento ampliativo richiesto non è mai stato rilasciato, né negato). In entrambi i casi l'illecito deriverebbe dall'affidamento ingeneratosi sul cittadino e dalla lesione dell'affidamento che dette vicende avrebbero provocato.

Nel primo caso l'affidamento del cittadino si radica in un provvedimento amministrativo presunto legittimo e dunque ad effetti stabili (dunque riguarda il potere esercitato). Nel secondo caso non esiste tale atto formale, sicché diventa particolarmente rilevante stabilire quali possano essere le condotte dell'amministrazione, nell'ambito del procedimento amministrativo (e, dunque, si direbbe nell'ambito del potere da esercitare), che possano fare insorgere detto affidamento [16].

Nel primo caso la frustrazione dell'affidamento scaturisce da un nuovo esercizio del potere amministrativo o da un intervento giudiziario. Nel secondo caso la frustrazione dell'affidamento scaturisce dalla perdita di interesse nel provvedimento ampliativo richiesto.

Tale materiale giurisprudenziale ha posto, come si diceva, vari problemi.

Si tratta, in particolare, di stabilire (per limitarci ai problemi più importanti):

- quando può sussistere un affidamento meritevole di tutela risarcitoria [17] e quando è escluso in radice;
- quali sono le voci di danno che possono essere risarcite;
- quale sia l'inquadramento della fattispecie;
- se è vero – come sovente sostenuto [18] – che il principio della buona fede sia una regola esclusivamente di diritto privato e così solo un canone di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto) e non anche un canone di validità del provvedimento;
- se la responsabilità per violazione del principio di buona fede procedimentale attenga alla posizione di diritto soggettivo, ovvero a quella di interesse legittimo del soggetto danneggiato;
- conseguentemente se tale responsabilità sia giustiziabile davanti al giudice ordinario o davanti al giudice amministrativo (prescindendo, per dare una

---

[15] Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, punto 20.

[16] Tale problematica risulta ampiamente analizzata a livello comunitario: cfr. G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., pp. 191-192.

[17] Sullo specifico argomento è da segnalare il contributo di F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, p. 823 ss.

[18] Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2018, punto 34; Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 26.1.

risposta generale, dalle materie di giurisdizione esclusiva). Infatti, anche in questo caso le ricadute sul riparto di giurisdizione non hanno mancato di manifestarsi in tutta la loro consueta criticità.

3. *La fattispecie di illecito configurata (o comunque presupposta) dall'art. 5, comma 3, del Nuovo Codice dei contratti pubblici*

Per rispondere almeno a taluni dei quesiti dibattuti in dottrina un contributo molto importante perviene, a mio modo di vedere dall'art. 5, comma 3, del nuovo Codice dei contratti pubblici [19]. Tale norma, infatti, configura una fattispecie di illecito, applicata ai contratti ad evidenza pubblica e costituita dal "*danno da lesione di affidamento*". Ed ha cura di precisare in che cosa consista l'affidamento leso e, d'altro lato, l'entità dei danni che possono essere richiesti.

La norma merita qualche precisazione.

Il dato di partenza è un'aggiudicazione annullata. La norma accomuna al riguardo i casi di annullamento da ricorso e i casi di annullamento in autotutela, che peraltro non sono del tutto sovrapponibili. Infatti, l'annullamento in autotutela presuppone una valutazione discrezionale sull'interesse all'annullamento, che comporta un bilanciamento di interessi tra loro non omogenei [20], mentre l'annullamento giurisdizionale non prevede nulla di simile.

Ma anche nel caso di annullamento in via di autotutela, il *focus* della norma non riguarda la relativa legittimità (che potrà essere, ovviamente, contestata dal destinatario passivo nelle dovute sedi). Anzi la norma dà per scontata tale legittimità (in caso contrario e, dunque, in caso di annullamento dell'annullamento d'ufficio verrebbe meno la configurazione della responsabilità prevista dalla norma stessa) e si preoccupa di disciplinare le conseguenze della illegittimità del (primo) atto annullato.

Non si tratta, dunque, di responsabilità per atto legittimo [21] (l'annullamento

---

[19] Statuisce il citato art. 5, comma 3, che «In caso di aggiudicazione annullata su ricorso di terzi o in autotutela, l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico». Per un commento a tale norma si può vedere M. ANTONIOLI, *Buona fede, affidamento e responsabilità civile della P.A. nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Ceridap*, 4, 2023, p. 1 ss.

[20] L'aggiudicatario ha un interesse qualificato basato sull'affidamento e comporta la trasformazione della posizione di quest'ultimo da interesse legittimo pretensivo in interesse legittimo oppositivo. Inoltre, l'affidamento può costituire un limite al potere di autotutela e condizionarne la legittimità, mentre nulla di tutto ciò ricorre nel caso di annullamento giurisdizionale.

[21] Si tratta di tematica coltivata soprattutto in passato: cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1958, p. 347 ss. Sul tema si veda anche R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 121 ss., nonché G. TORREGROSSA,

d'ufficio), ma pur sempre di responsabilità scaturente da un atto illegittimo, fonte tuttavia dell'affidamento. Sotto tale aspetto, dunque, le due ipotesi dell'annullamento d'ufficio e dell'annullamento giurisdizionale possono essere accomunate.

Di fronte ad un'aggiudicazione annullata i soggetti in concreto danneggiati possono essere più d'uno. Anzitutto il concorrente pretermesso, ove dimostri di aver titolo all'aggiudicazione (e, dunque, di essere titolare di un interesse legittimo finale); ma poi anche il soggetto aggiudicatario che fa affidamento appunto sulla legittimità e così sulla stabilità dell'aggiudicazione conseguita.

L'art. 5, comma 3, si occupa essenzialmente di quest'ultimo, dato che si riferisce, come detto, al soggetto «cui non spetta l'aggiudicazione». Il quale può subire danni dall'annullamento dell'aggiudicazione [22], nei casi in cui il terzo pretermesso (cui viceversa spetta l'aggiudicazione) sia soddisfatto in forma specifica e subentri così nel contratto (o comunque sostituisca l'originario illegittimo aggiudicatario).

In altri termini – e rimanendo nell'ambito dei contratti pubblici – la figura in oggetto non riguarda il risarcimento del danno del concorrente pretermesso, bensì il risarcimento del danno del soggetto aggiudicatario, che ha confidato nella stabilità del rapporto costituito a seguito dell'aggiudicazione. E poiché a seguito di una aggiudicazione illegittima l'amministrazione si trova (in ordine alla responsabilità) tra l'incudine e il martello, ben si comprende la delicatezza del tema e la necessità di perimetrare le fattispecie, per evitare che l'amministrazione paghi due volte (oltre ai costi della commessa vera e propria).

Il nostro ordinamento tenta di evitare che l'amministrazione paghi due volte e pertanto ha configurato un sistema che tende ad assicurare detta tutela in forma specifica (art. 124 c.p.a.). Dunque, tende ad assicurare l'aggiudicazione e il contratto al soggetto risultante vittorioso nel giudizio amministrativo (sempre che sia dimostrata la "*spettanza"* dell'aggiudicazione), previa dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato con l'aggiudicatario illegittimo.

Nel caso in cui detta tutela non può essere assicurata (e salvo i casi di corresponsabilità dello stesso soggetto terzo), quest'ultimo ha titolo per il risarcimento

---

Il problema della responsabilità da atti leciti, Giuffrè, Milano, 1964. Una fattispecie di responsabilità dell'amministrazione per fatto lecito è stata di recente individuata nel caso di esecuzione anticipata dei lavori, ordinata dall'amministrazione. In tal caso, infatti, «l'ordinamento giuridico prevede una tutela di tipo indennitaria, ovvero un rimborso delle spese sostenute dall'esecutore (… art. 32, comma 8, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50)» (così Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, punto 22).

[22] In casi del genere, sostiene la Cassazione, «il danno patito dal beneficiario del provvedimento illegittimo … deriva non dal provvedimento, ma dalla caducazione del medesimo. La causa del danno, in altri termini, non è il provvedimento illegittimo (come accade quando il bene della vita sia stato illegittimamente negato) bensì dal fatto storico della emissione di un provvedimento (di per sé non dannoso per il destinatario), che successivamente sia stato caducato perché illegittimo» (Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, punto 28). E ancora «L'esercizio del potere amministrativo non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno evento da affidamento incolpevole di un atto apparentemente legittimo» (così Cass., ordinanza n. 17586/2015, richiamata dall'ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 21).

del danno (si tratta di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo finale), mentre l'aggiudicatario illegittimo non dovrebbe subire alcun pregiudizio, in quanto l'annullamento dell'aggiudicazione non comporti la caducazione del contratto. Del pari, nessun pregiudizio potrebbe subire l'aggiudicatario (illegittimo) nelle fattispecie dell'art. 125 c.p.a., dato che, come è noto, in tali procedure «l'annullamento dell'aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente».

Nel caso opposto, in cui viceversa il terzo subentri nel contratto, la perdita dello stesso da parte del primo aggiudicatario potrebbe comportare in quest'ultimo una lesione del legittimo affidamento, che apre la strada, come si è accennato, ad un possibile risarcimento. Lo stesso vale allorché l'aggiudicatario, pur a seguito di aggiudicazione definitiva, non possa comunque stipulare il contratto (ad esempio, per rifacimento della gara).

Il ristoro dell'aggiudicatario illegittimo non è d'altra parte incondizionato. Esso presuppone viceversa un affidamento incolpevole.

Infatti, nel sistema di pesi e contrappesi, previsti dalla norma per un'equa ripartizione del rischio, l'aggiudicatario illegittimo può pretendere il risarcimento solo se l'illegittimità non sia «agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti» (e salvo, a *fortiori*, che non sia addirittura dovuta ad un suo comportamento illecito [23]). Il che implica un giudizio caso per caso, che non sempre risulta agevole.

Certo è che i criteri giurisprudenziali in proposito risultano alquanto restrittivi. Si consideri che la Corte di giustizia esclude che vi possa essere un affidamento incolpevole, allorché lo stesso riguardi rassicurazioni e atti non «conformi alle norme applicabili» [24], e il nostro Consiglio di Stato, allorché il soggetto interessato abbia notizia della possibile illegittimità dell'atto, attraverso l'impugnazione dell'aggiudicazione da parte dei terzi [25]. Si tratta di criteri che

---

[23] Statuisce, infatti, l'art. 5, comma 4, che «Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito».

[24] «Infatti, il principio di tutela del legittimo affidamento rientra tra i principi fondamentali dell'Unione. Il diritto di avvalersi di tale principio presuppone che siano soddisfatte tre condizioni. In primo luogo, devono essere state fornite all'interessato dall'amministrazione rassicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili. In secondo luogo, tali rassicurazioni devono essere idonee a generare fondate aspettative nel soggetto cui si rivolgono. In terzo luogo, siffatte rassicurazioni devono essere conformi alle norme applicabili (v. sentenza del 15 luglio 2015, *Socitrel e Companhia Previdente/Commissione*, T-413/10 e T-414/10, EU:T:2015:500, punto 174 e giurisprudenza ivi citata)». (Tribunale UE, 19 dicembre 2019, T-67/18, *Probelte*, punto 109).

[25] Il Consiglio di Stato (ad. plen., 29 novembre 2021, n. 19 e n. 21) esclude l'affidamento incolpevole «in caso di illegittimità evidente o quando il medesimo destinatario abbia conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento».

finiscono per ridurre fortemente i casi di responsabilità per "danno da lesione dell'affidamento".

Ma a parte il requisito dell'affidamento incolpevole, ci si deve chiedere se basti, per configurare l'illecito, una aggiudicazione illegittima, ovvero occorra anche la scorrettezza della condotta globalmente considerata (*id est*, ad esempio, illegittimità nota all'amministrazione e taciuta all'aggiudicatario). La norma accenna alla questione là dove parla di danni «derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto», sicché deve desumersi che la responsabilità dell'amministrazione presupponga non solo l'illegittimità dell'aggiudicazione, ma anche *quid pluris* [26], costituito appunto dalla violazione del principio di buona fede. In altri termini, a me pare che, ai fini della responsabilità, l'affidamento deve risultare leso in entrambi i suoi oggetti (legittimo esercizio del potere e conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede):

Del resto, anche la c.d. responsabilità precontrattuale, che, come si è accennato e come si ribadirà a breve, costituisce un po' il paradigma dell'istituto, presuppone la non conformità al precetto della buona fede [27]. È stato ormai chiarito,

---

[26] Cass., sez. un., ordinanza 4 settembre 2015, n. 17586, punto 9.3: «Senonché, per la già rilevata non configurabilità sul piano logico della consequenzialità fra provvedimento ampliativo illegittimo e determinazione dell'affidamento incolpevole, non basta dimostrare che si è stati beneficiari del provvedimento favorevole illegittimo per individuare la fattispecie costitutiva del diritto risarcitorio di cui trattasi, ma, proprio perché tale provvedimento rileva solo se ed in quanto causativo dell'affidamento, è necessario un *quid pluris*, di modo che viene in rilievo una fattispecie complessa in cui il dato dell'emissione del provvedimento illegittimo favorevole si configura solo come uno dei fatti costitutivi integratori della fattispecie. Occorrerà, dunque, allegare altri elementi idonei ad evidenziare, in concorso con l'emissione del provvedimento, la fattispecie determinativa del danno evento costituito dalla creazione dell'affidamento. Si tratterà – ma le indicazioni valgono naturalmente solo a fini esemplificativi – sia di elementi inerenti lo stesso contenuto del provvedimento poi riconosciuto illegittimo (tanto se essi siano stati rilevanti – con apprezzamento orami non discutibile – in funzione di tale riconoscimento, e dunque siano stati idonei ad integrare la controversia sull'esercizio del potere cui allude l'art. 7 c.p.a., comma 1, che si sia svolta in sede giurisdizionale, oppure siano stati posti a base del potere di autotutela, quanto se essi non siano stati invece rilevanti in quelle sedi), sia di elementi estranei al diretto esercizio del potere dell'amministrazione espressosi con il provvedimento, sia eventualmente di elementi pregressi relativi all'agire dell'amministrazione nelle fasi precedenti, sia ancora di elementi successivi, sia ancora di elementi derivanti da comportamenti dei terzi noti al beneficiario ed all'amministrazione, sia di elementi relativi alla situazione in cui si trovava lo stesso beneficiario o a fatti a lui noti».

[27] Si consideri, ad esempio, il recente caso giudicato dal Consiglio di Stato (sez. V, 12 settembre 2023, n. 8273, già citata), che ha riguardato una procedura di gara per un'opera pubblica, che era giunta all'aggiudicazione provvisoria, ma non all'aggiudicazione definitiva per mancanza di idonei fondi disponibili; dopo quattro anni l'aggiudicazione provvisoria è stata revocata e l'impresa ha impugnato la revoca, chiedendo altresì il risarcimento dei danni per le spese inutilmente subite. Il ricorso è stato respinto per quel che concerne l'annullamento della revoca, ma è stato accolto per il risarcimento, nei limiti dell'interesse negativo e cioè per le spese amministrative/progettuali, inutilmente sostenute. La revoca non è stata annullata, perché si è ritenuto che l'aggiudicazione provvisoria non potesse creare un affidamento tutelabile in tal modo; il risarcimento del danno è stato accordato perché nella specie l'amministrazione aveva sottaciuto le difficoltà economiche derivanti

infatti, che «l'elemento qualificante di quella che può ormai denominarsi *culpa in contrahendo* solo di nome, non è più la colpa. Bensì la violazione della buona fede che, sulla base dell'affidamento, fa sorgere obblighi di protezione reciproca tra le parti» [28].

Quanto, infine, alle voci di danno risarcibili, la norma statuisce che «il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico». Si tratta, almeno in linea di prima approssimazione, del c.d. interesse negativo [29], che è poi quello risarcibile nell'ambito della c.d. responsabilità precontrattuale.

Per la verità la norma non comprende espressamente anche i danni derivanti dalle spese inutilmente sostenute per partecipare alla gara. Ma anche tali spese devono considerarsi risarcibili, tanto più se si considera che da tempo è vigente nel nostro ordinamento la disposizione, introdotta dall'art. 2, par. 7 della Direttiva 92/13/CE (sui mezzi di ricorso nei contratti d'appalto dei settori speciali), che statuisce che: «Qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa» [30].

---

dal rispetto del patto di stabilità: il Comune si sarebbe comportato non da corretta stazione appaltante, perché «il tratto procedimentale che ha seguito la aggiudicazione provvisoria è stato caratterizzato da superficialità e disattenzione nel non rendere tempestivamente e puntualmente edotta la parte appellante circa la difficoltà di natura finanziaria medio tempore sorte in ordine alla possibilità di eseguire concretamente l'appalto. Da qui il venire meno agli obblighi di lealtà e correttezza» (Cons. Stato, n. 8273/2023, cit., punto 8.3.5.)

28 Cass., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 33.1.

[29] «Con il quale sono ristorate le spese sostenute per le trattative contrattuali e la perdita di occasioni contrattuali alternative, secondo la dicotomia ex art. 1223 cod. civ. danno emergente-lucro cessante» (Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21, punto 9). Infatti, «la responsabilità precontrattuale mira a ristorare il valore delle occasioni perdute per effetto della scorrettezza della controparte, mentre la responsabilità derivante da illegittimità dell'azione amministrativa è commisurata al valore del bene della vita spettante e non attribuito, che in questo caso è il contratto» (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989, in motivazione).

[30] Tale disposizione, che configura un'ipotesi di responsabilità precontrattutale, ha svolto a suo tempo un ruolo importante nel processo di riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo (inteso come interesse legittimo finale e, dunque, diretto alla conservazione o all'acquisizione di un bene della vita, che può essere soddisfatto o compromesso dall'esercizio del potere amministrativo). Infatti si era argomentato (cfr. per tale ricostruzione il mio contributo in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI e altri, Monduzzi, Bologna, 1998, p. 1698), con un ragionamento *a contrariis, c*he il concorrente ben poteva spingersi a richiedere anche un risarcimento più ampio (comprensivo del mancato guadagno) ove avesse dimostrato, non solo l'illegittimità della mancata aggiudicazione e l'esistenza di *chances d*i vittoria, ma anche la sussistenza di tutte le condizioni per risul-

Si tratta di norma sicuramente pertinente alla fattispecie in esame, che non può dunque non essere tenuta in considerazione nella costruzione della figura del «danno da lesione di affidamento». La quale, così come delineata dal citato art. 5, finisce col presentare nel suo complesso tratti molto simili alla responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 c.c.), che a sua volta (almeno secondo l'opinione prevalente) è una forma di responsabilità extracontrattuale.

Del resto, l'applicazione della responsabilità precontrattuale ai contratti di evidenza pubblica – di cui a lungo ha dubitato la giurisprudenza civile e amministrativa [31] – non avrebbe dovuto essere posta in discussione. Almeno da quando il già citato precetto dell'art. 2, par. 7, della Direttiva 92/13/CE è divenuto pienamente vincolante: si tratta, infatti, di un precetto compiuto ed incondizionato, come tale ad effetto diretto, indipendentemente dalle norme di attuazione.

Altro discorso riguarda l'estendibilità del modello di responsabilità per lesione dell'affidamento al di fuori dei casi dell'aggiudicazione illegittima. E credo che la risposta possa essere positiva, così come in genere si reputa estendibile la responsabilità *ex* artt. 1337-1338 c.c. a «contesti diversi da quello delle trattative precontrattuali» [32].

---

tare esso vincitore. Non a caso la prima sentenza della Cassazione, che ha riconosciuto la risarcibilità dell'interesse legittimo (ben prima della nota sentenza delle sezioni unite del 1999 n. 500), ha circoscritto tale risarcibilità solo al campo degli appalti pubblici di rilievo comunitario. Mi riferisco a Cass., sez. un., 10 novembre 1993, n. 11077, in *Foro it*., 1, 1994, p. 3138, che ha avuto cura di precisare, in motivazione, che «viene così riconosciuta per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano la risarcibilità – sia pure nei limiti precisati dalla norma – del danno derivante da atti della pubblica Amministrazione lesivi di interessi legittimi (quali sono, di regola, le posizioni soggettive di cui sono titolari i partecipanti ad una gara di appalto pubblico nel corso della relativa procedura, fino all'aggiudicazione dei lavori)». La sentenza, per la verità, si è basata più che sulle direttive comunitarie (prima della 92/13/CE era già stata emessa la 665/89/CE per i settori ordinari) sulla normativa nazionale di attuazione (art. 13 della legge n. 142/1992). Ma l'influenza comunitaria sulla soluzione dell'annoso problema risulta comunque innegabile, come poi riconosciuto anche dalla citata sentenza n. 500/1999.

[31] Infatti, secondo una interpretazione tradizionale (soprattutto della Corte di cassazione) tale responsabilità non sarebbe applicabile ai contratti ad evidenza pubblica, che, essendo assoggettati *ex lege a*lla procedura già descritta, non presenterebbero quelle "trattative" che sarebbero indispensabili ai fini di siffatta responsabilità. Trattative vere e proprie sarebbero viceversa ravvisabili solo nel caso di contatti diretti (tra funzionario e possibile contraente), ai fini della conclusione del contratto (il che può verificarsi – ad esempio – nel caso di contratti sotto-soglia, "esclusi" dal Codice dei contratti pubblici: cfr. art. 56). L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 4 maggio 2018, n. 5) ha finalmente enunciato i seguenti principi: «a) il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; b) tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara».

[32] Così F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 851, ove richiama Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, punti 32 ss. e 44.

Naturalmente occorrerà fare uno sforzo di adattamento, dato che, ad esempio, nel campo edilizio la partecipazione del soggetto privato alla configurazione del provvedimento amministrativo (il permesso di costruire, poi in ipotesi annullato) risulta di maggiore spessore e, dunque, più difficilmente si potrà parlare di affidamento incolpevole.

Quanto poi al danno da affidamento incolpevole nei casi in cui non esiste un vero e proprio provvedimento amministrativo, riterrei che lo stesso possa essere riconosciuto solo in presenza di atti formali (endoprocedimentali o appartenenti ad altro procedimento), non parendo sufficienti a creare un affidamento incolpevole le assicurazioni e i contatti informali provenienti da singoli funzionari pubblici [33]. Al riguardo, comunque, ci si può attenere ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia in tema di affidamento [34] .

4. *Contrasto di opinioni sulla posizione giuridico soggettiva risultata lesa*

Secondo la Cassazione la posizione lesa dalla violazione del principio di buona fede sarebbe, in base ad una prima impostazione [35], il «diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio». In base all'impostazione da ultimo seguita, si tratterebbe di una «situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico», consistente «nell'affidamento della parte privata nella correttezza della condotta della pubblica amministrazione» [36].

Si tratterebbe, in ogni caso, di fattispecie «in cui il danno deriv[a] non dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo, ma dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione si deve uniformare

---

[33] Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, p. 851. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2016, n. 2206, punto 5.2.2.: «Va escluso dunque nel caso di specie che possa essersi ingenerato incolpevolmente nel ricorrente un 'legittimo affidamento' circa l'approvazione del piano esecutivo convenzionato, peraltro formalmente presentato solo il 28 ottobre 1997, in tal senso essendo del tutto irrilevanti i riferiti 'suggerimenti' che funzionari e assessori comunali avrebbero formulato all'iniziativa urbanistica dell'interessato nel corso di apposite riunioni preliminari…quand'anche tali 'suggerimenti' fossero stati effettivamente formulati, in forma scritta o in forma orale, essi non si sarebbero di certo considerare rilevanti, e tanto meno preclusivi dell'esercizio dei poteri istituzionali delle competenti autorità collegiali. Non si può dunque ravvisare, o comunque considerare rilevante, alcun affidamento, tale da giustificare a domanda risarcitoria».

[34] Sintetizzati attentamente da G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, cit., p. 191 ss.

[35] Cass., sentenze 22 maggio 2017, n. 12799 e 12 febbraio 2018, n. 1654.

[36] Cass., ordinanze nn. 6594, 6595, 6596 del 2011, già citate, e ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit.

come qualunque soggetto» [37]. Una fattispecie, dunque, di «responsabilità da contatto sociale» [38], inquadrabile (preferibilmente) nell'ambito della responsabilità contrattuale [39].

E ciò vale sia nelle ipotesi di emanazione e successivo annullamento di un atto amministrativo, sia, a maggior ragione, nelle ipotesi in cui «l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa e il privato si gioca allora interamente sul piano del comportamento…, nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo» [40]. In tutti questi casi, secondo la Cassazione, «oggetto della lesione [non sarebbe, n.d.r.] un interesse legittimo pretensivo, bensì … un diritto soggettivo» [41].

Infatti, «il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini dell'affidamento del privato, …, si pone – e va valutato – su un piano diverso rispetto a quello della scansione degli atti procedimentali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo. Detto comportamento si colloca in una dimensione relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimentale di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto … o, addirittura, essere illegittimo» [42].

In senso contrario si è fatto valere che «la lesione dell'affidamento causata da una attività provvedimentale estrinsecatasi in un provvedimento amministrativo poi caducato perché illegittimo sarebbe pur sempre una lesione causata dal cattivo esercizio del potere amministrativo; cosicché la situazione soggettiva lesa da tale cattivo esercizio non potrebbe che essere quella stessa situazione che fronteggia il potere, vale a dire l'interesse legittimo. Si è altresì sostenuto che l'orientamento espresso da queste sezioni unite nelle ordinanze del 2011 e nella giurisprudenza che alle stesse ha dato seguito incorrerebbe in un salto logico, perché scinderebbe il comportamento dell'amministrazione dal potere dalla stessa esercitato e, in definitiva, introdurrebbe un criterio di riparto di giurisdizione, fondato sulla natura delle regole violate – di correttezza o di legittimità – incompatibile con l'art. 103 Cost. e con il principio di concentrazione delle tutele» [43]. Infatti,

---

[37] Cass., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 30.1, che al punto 30.3 precisa che «Al modello di pubblica amministrazione così delineato non possono, evidentemente, non attagliarsi anche quei doveri generali di correttezza e buona fede di matrice civilistica la cui violazione fonda una responsabilità da lesione dell'affidamento del privato che prescinde dalla valutazione di legittimità o illegittimità (ed anche dalla stessa esistenza) di un atto di esercizio di potere amministrativo».

[38] Cass., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 33.

[39] Cass., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 33.2

[40] Cass., sez. un., ordinanza, 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 34.

[41] Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, punto 12.

[42] Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, cit., punto 17.

[43] Cass., sez. un., 24 gennaio 2023, n. 2175, cit., punto 20, che così ricostruisce le tesi contestate.

l'affidamento «non è … una posizione giuridica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi» [44].

In tale contesto interpretativo il Consiglio di Stato ha sostenuto che «l'affidamento abbia ad oggetto la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, … perché la "fiducia" su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce non già ad un comportamento privato o materiale – a un "mero comportamento" – ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo» [45]. Il tutto con la conclusione che, «anche quando il comportamento non si sia manifestato in atti amministrativi, nondimeno l'operato dell'amministrazione costituisce comunque espressione dei poteri ad essa attribuiti per il perseguimento delle finalità di carattere pubblico devolute alla sua cura» [46].

Il contrasto di opinioni è dunque conclamato (sulla scia di tradizionali e storici conflitti tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo in ordine al riparto delle giurisdizioni). Anche se, francamente, la materia del contendere non pare poi così rilevante in termini giuridico-economici (vuoi perché difficilmente sussistono i presupposti della responsabilità, vuoi perché il risarcimento è limitato agli "interessi negativi"), sì che di per sé non meriterebbe tale ennesimo "tiro alla fune" tra le due giurisdizioni.

5. *La buona fede nel procedimento amministrativo e la sua mancanza: rilevanza o meno, ai fini della legittimità dell'atto?*

Mi pare che sia diffusa l'idea che l'obbligo di una condotta secondo buona fede – considerato ora disgiuntamente, ora congiuntamente con la tutela dell'affidamento – rilevi solo ai fini della tutela risarcitoria del cittadino e non anche della tutela di legittimità [47].

In altri termini la buona fede non costituirebbe regola di validità del contratto o del provvedimento amministrativo [48], perché il regime di detti atti non contemplerebbe la relativa violazione tra i vizi, di cui possono essere inficiati ai fini della

[44] Così: Cons Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, punto 5.

[45] Cons Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, cit., punto 7.

[46] Cons Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20, cit., punto 8.

[47] Cfr. M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *PA – Persona e amministrazione*, 2, 2022, p. 59 ss., p. 73 ss. Per la giurisprudenza si rinvia alla nota 18.

[48] Cfr. ancora M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 68 ss.

loro nullità o annullabilità e, in generale, ai fini della loro caducazione. Riguarderebbe, dunque, solo la responsabilità civile, tant'è che la figura paradigmatica relativa all'obbligo di comportamento secondo buona fede (la più volte citata responsabilità precontrattuale, *ex* artt. 1337 e 1338 c.c.) sanziona la relativa mancanza soltanto con la responsabilità civile, ma non certo con effetti invalidanti sul contratto, una volta stipulato.

Mi permetto di dissentire (almeno parzialmente) da tale impostazione. E ciò indipendentemente dalla formale positivizzazione del principio della buona fede applicato al procedimento amministrativo, la cui violazione può ormai comportare una violazione di legge, di per sé inficiante il provvedimento finale.

Anche prima, infatti, la mancanza di buona fede (*id est*: comportamento scorretto, reticente, ingannevole) non di rado ha potuto svolgere un ruolo rilevante per l'emersione dei vizi afferenti all'esercizio del potere discrezionale, soprattutto per quel che concerne la violazione del legittimo affidamento.

Due esempi potranno chiarire tale considerazione.

Il primo riguarda una vicenda alquanto datata (rinvenuta nell'archivio del mio studio) in cui un Comune aveva impresso ad una vasta area destinazione di edilizia economica e popolare, con relativo vincolo espropriativo. Il che aveva indotto il proprietario del compendio a vendere l'area al Comune, ad un prezzo pressoché ragguagliato all'indennità di esproprio. Divenuto proprietario, lo stesso Comune ha, peraltro, subito provveduto a trasformare l'area in edilizia privata, ottenendo un cospicuo ritorno economico dall'operazione.

L'originario proprietario ha reagito, chiedendo l'annullamento del contratto per vizio del consenso o la risoluzione del contratto di vendita per presupposizione. E dopo anni di battaglia la Corte di cassazione, prima, e la Corte d'appello di Venezia, poi, gli hanno dato ragione: la prima [49], basandosi sul principio di «buona fede contrattuale», ha imposto di riesaminare la «congruità di un contratto pur validamente stipulato»; la seconda [50] ha dichiarato la risoluzione del contratto di vendita per presupposizione, con conseguente risarcimento.

Il secondo esempio, che vorrei sottoporre, è molto più recente, anche se riguarda una fattispecie per molti aspetti similare. Si è trattato di vendita di un rilevante compendio immobiliare da parte di un Comune e a seguito di procedura di gara. Il relativo bando, ma anche altri atti della procedura, assegnavano all'area una certa destinazione urbanistica, sulla base della quale è stato concluso il contratto di compravendita. Stipulato il quale, lo stesso Comune ha repentinamente modificato in senso peggiorativo la destinazione dell'area, all'esito di un procedimento pressoché contestuale a quello della vendita del bene.

Anche in questo caso l'operatore privato ha reagito, chiedendo l'annullamento della variante urbanistica, per lesione del legittimo affidamento e per violazione

[49] Cass., sez. I, 15 maggio 1997, n. 4293.

[50] Corte App. Venezia, 22 settembre 2003, n. 567.

del correlato obbligo motivazionale. Il Consiglio di Stato [51] gli ha dato ragione, riconoscendo l'affidamento come legittimo, «in quanto maturato in presenza di una serie di concomitanti circostanze che si reputano idonee a far sorgere e consolidare "la fiducia", "il convincimento", "l'aspettativa" del privato sulla persistenza di quel regime urbanistico che disciplinava il compendio immobiliare in concomitanza con le "operazioni di vendita"»: il tutto rafforzato dalla violazione del dovere di "*clare loqui*" (come sottolineato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza) e con conseguente annullamento della variante, per mancanza di una motivazione sufficiente e specifica in ordine al superamento del legittimo affidamento, di cui si è detto.

Ho segnalato questi due casi, perché a me pare che abbiano in comune un aspetto rilevante. E cioè la circostanza che la violazione del canone della buona fede e dell'affidamento del privato ben può verificarsi nell'esercizio del potere amministrativo, singolarmente considerato o anche in concomitanza con vicende procedimentali e contrattuali parallele. Con la conseguenza che la violazione del precetto della buona fede e di rispetto del legittimo affidamento, pur non incidendo di per sé sulla sorte del contratto o della determinazione amministrativa, possono costituire un aspetto determinante per fare emergere patologie del sinallagma contrattuale o dell'esercizio del potere.

In altri termini, la violazione dei canoni di buona fede e del legittimo affidamento possono influire – e talvolta essere determinanti – per il riconoscimento dei vizi canonici del contratto o del provvedimento amministrativo. In particolare, per il provvedimento amministrativo, possono contribuire a dare consistenza alle censure fatte valere nei confronti dei margini di discrezionalità e correlativamente alla configurazione medesima dei vizi della discrezionalità (sviamento di potere, difetto di proporzionalità, contraddittorietà, insufficienza della istruttoria o della motivazione, ecc.), che non possono non tener conto anche dei canoni di buona fede, di affidamento e di fiducia [52].

Del resto, anche a livello comunitario l'annullamento di un atto per violazione del legittimo affidamento non è certo una fattispecie sconosciuta [53]. E anche se la figura è costruita intorno alle esigenze di certezza del diritto e la relativa tutela risulta variegata a seconda del campo di applicazione (in modo estensivo

---

[51] Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10976.

[52] Per talune recenti applicazioni giurisprudenziali, cfr. Tar Lazio, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 17; Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2019, n. 2720.

[53] Cfr., ad esempio, Corte giust., 17 aprile 1997, in causa C-90/95 P, *De Compte, o*ve si legge «Si deve sottolineare, da un lato, che, se è nato a buon diritto, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato. D'altro canto, tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è alcun interesse di ordine pubblico che prevalga sull'interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile» (punto 39). In argomento si può vedere D.-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 4, 2008, p. 757 ss.

nell'ambito del rapporto di pubblico impiego, in termini estremamente restrittivi nell'ambito degli aiuti di Stato), si tratta pur sempre di un paradigma importante, che conferma l'incidenza della tutela dell'affidamento sulle sorti del provvedimento amministrativo.

L'attuale previsione legislativa, che ha fatto assurgere formalmente (e cioè sul piano del diritto scritto) la buona fede e la tutela dell'affidamento a canoni relativi (anche) all'esercizio del potere amministrativo, dovrebbe eliminare ogni questione sul punto. E, pur essendo indubbiamente clausole generali di origine civilistica, presentano una chiara valenza pubblicistica, una volta che debbano essere applicate (come è ormai altrettanto indubitabile) all'esercizio del potere.

6. *Per concludere*

Si legge nella Relazione di accompagnamento all'attuale Codice dei contratti pubblici che «l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere» [54]. Il che è senz'altro da condividere, per quanto sopra esposto, ma ripropone la questione della posizione soggettiva lesa, nel caso in cui tale affidamento sia disatteso.

Ora, si è visto che la violazione del principio dell'affidamento può comportare l'annullamento dell'atto amministrativo [55]. E – si può aggiungere – la tutela dell'affidamento può contribuire anche a garantire la legittimità dell'atto, che ne abbia fatto applicazione [56]: sicché si tratta di un canone sull'esercizio del potere amministrativo e come tale deve essere considerato ai fini dell'individuazione della posizione soggettiva di chi ne lamenti la violazione.

Al riguardo, peraltro, è stato sostenuto [57] che l'affidamento relativo alla responsabilità per fiducia tradita sia cosa diversa dall'affidamento sull'esercizio del potere. Ma se la responsabilità per "danno da lesione dell'affidamento" scaturisce pur sempre dall'esercizio del potere amministrativo (come in tutti i casi qui presi in considerazione [58] e a differenza, ad esempio, della scorrettezza che riguardi la

---

[54] Relazione al nuovo codice dei contratti pubblici, in ordine all'art. 5.

[55] Per un ulteriore esempio, cfr. Tar Lazio, sez. II, 4 gennaio 2021, n. 17.

[56] Per un recente esempio, cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2019, n. 2720.

[57] M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 79, nota 65, ove l'Autore richiama F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, cit., p. 844. Si consideri anche la giurisprudenza citata *retro* in nota 18.

[58] Sia che si tratti di potere ancora *in itinere* (in quanto i canoni della correttezza e dell'affidamento attengono al procedimento amministrativo, come meglio si vedrà), sia che si tratti di potere già esercitato (con un provvedimento finale favorevole), che rafforza detto affidamento alla correttezza e alla legittimità, già peraltro esistente in sede procedimentale.

fase di esecuzione di un contratto), pare arduo differenziare lo stesso precetto a seconda delle conseguenze che derivano dalla sua violazione.

In particolare, non credo che si possa diversificare la posizione giuridica soggettiva, a seconda della protezione accordata dall'ordinamento nel caso singolo [59]. Tanto meno dopo che il nostro ordinamento si è attestato nel configurare l'illecito aquiliano non come norma primaria, ma come norma secondaria: dunque non come norma che conferisca un autonomo diritto soggettivo al risarcimento, ma come norma che offre una ulteriore protezione alla situazione giuridica soggettiva lesa, quale che essa sia.

Infatti, mentre la sentenza n. 500/1999 delle sezioni unite ha riconosciuto la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'interesse legittimo (finale), ma riconnettendo al risarcimento del danno *ex* art. 2043 c.c. il carattere di diritto soggettivo autonomo, la nostra Corte costituzionale (sentenze nn. 204/2004 e 191/2006) – probabilmente per salvare la competenza che nel frattempo era transitata al Giudice amministrativo – ha concepito detta tutela risarcitoria come forma aggiuntiva di protezione dell'interesse legittimo, accanto all'azione di annullamento.

In tale assetto (che non è possibile mettere in discussione in questa sede) non si può predicare, a chi lamenti la violazione del principio di buona fede, la consistenza del diritto soggettivo, sol perché nel caso singolo detta violazione sfocia o può sfociare soltanto in un risarcimento del danno. Se il risarcimento del danno è una norma secondaria, la posizione giuridica lesa deve essere individuata indipendentemente da detto risarcimento.

Certo non si tratta di risarcimento per lesione dell'interesse legittimo finale [60]. E ciò per la saliente circostanza che l'osservanza del precetto della

---

[59] Non è un evento nuovo nel nostro ordinamento che l'interesse legittimo sia protetto solo in forma risarcitoria. Basti pensare ai casi in cui è vietato per legge l'annullamento dell'aggiudicazione (o meglio gli effetti caducanti sul contratto) ed è prevista che la tutela sia somministrata solo in via risarcitoria e per equivalente (art. 125 c.p.a.). Basti pensare ai casi in cui il provvedimento non c'è (si pensi al silenzio inadempimento), il che tuttavia non esclude che possano essere chiesti i danni derivanti proprio dall'inerzia dell'amministrazione (art. 117, comma 6, c.p.a.). E, ancora, al caso in cui non vi è più interesse all'annullamento, ma l'azione continua ai fini del risarcimento (art. 34, comma 3, c.p.a.), e così via.

[60] Sulla relativa nozione mi permetto di richiamare quanto esposto, da ultimo, in *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato, i*n *Giust. amm.*, 1, 2020. Ma cfr. anche *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, p. 479 ss. e *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, p. 585 ss. Si tratta di concezione ampiamente accolta dalla Corte di cassazione (cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586) e dal Consiglio di Stato (cfr. tra le tante, Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, punto 6.4.1; Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, punto 3.1). Ma tale concezione non esclude certo una nozione più ampia di interesse legittimo, l'interesse legittimo strumentale, trattandosi viceversa di due rappresentazioni di una figura unitaria (come se si trattasse di due cerchi concentrici, più ampio quello strumentale, più ristretto quello finale). Il punto sarà ripreso.

buona fede e della tutela dell'affidamento, applicate all'esercizio del potere, non costituiscono norme sostanziali (nel senso che stabiliscano – o contribuiscono a stabilire – se un determinato provvedimento debba essere emesso o meno), bensì norme procedurali (che viceversa sono "neutre" al riguardo e possono essere utili per consentire una corretta applicazione delle norme sostanziali) [61].

In altri termini, la tutela dell'affidamento non garantisce il raggiungimento o la conservazione del bene della vita, che costituisce oggetto dell'interesse legittimo finale [62]. Ma ciò non significa che la sua violazione escluda ogni lesione dell'interesse legittimo, considerato nella sua configurazione più ampia [63] e comprensiva, così, dell'interesse legittimo strumentale.

Come è noto, per interesse legittimo (strumentale) si intende la posizione giuridica soggettiva che viene in contatto con l'esercizio del potere e che riguarda (non necessariamente il conseguimento del bene della vita), ma l'interesse all'esercizio legittimo del potere e, in particolare, alla partecipazione al procedimento al fine di influire sul corretto esercizio del potere medesimo [64]. E

---

[61] Sul diverso "peso" delle due diverse categorie di norme, almeno ai fini dell'azione di annullamento, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, che osserva: «mentre lo schema classico della giustizia amministrativa era contrassegnato dalla equivalenza di tutte le norme violate, nel contesto attuale le risultanze del processo devono invece essere commisurate alla consistenza dell'interesse materiale: ciò accade nell'azione costitutiva – dove, per effetto dell'art. 21 octies della legge n. 241/1990, la difformità dal diritto obbiettivo che non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi in gioco non può comportare l'annullamento dell'atto –, sia nell'azione di condanna, dove pure non può accordarsi protezione al portatore di rimostranze meramente "formalistiche"» (punto 5.2). Per un'attenta ricognizione delle norme formali-procedurali, cfr. E. SANTORO, *I vizi non invalidanti del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 717 ss.

[62] Così come non garantisce neppure l'annullamento dell'atto, che ne sia inficiato, tutte le volte che l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso (vuoi ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990, vuoi perché si tratta di aspetto soltanto sintomatico di eccesso di potere, ma non di sicuro eccesso di potere per vizio della funzione, vuoi infine perché recessivo rispetto ad altri principi, come l'inesauribilità dell'esercizio del potere). La stessa sentenza del Consiglio di Stato, citata nel paragrafo precedente, precisa che l'annullamento della variante di piano non pregiudica una rideliberazione da parte del Comune «ma con congrua esternazione delle ragioni giustificatrici della decisione che si adotterà, specie qualora si decida … di imporre [al compendio] una disciplina urbanistica deteriore».

[63] Infatti, «per ampliare la tutela, l'interessato resta libero di far valere, non solo la pretesa ad un provvedimento (specifico) satisfattivo, ma anche la pretesa (minore) ad un provvedimento legittimo. L'accoglimento dell'interesse strumentale qui non è altro che un modo di proteggere l'interesse finale, nei casi in cui (per l'atteggiarsi concreto della singola fattispecie normativa e amministrativa) non sia possibile dedurre in giudizio la titolarità di una posizione sostantiva finale, bensì soltanto il rispetto di un sistema di regole» (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321, punto 5.3).

[64] Il merito della configurazione dell'interesse legittimo strumentale, come posizione giuridica vera e propria, va riconosciuto anzitutto a F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo, storia e teoria,* Giappichelli, Torino, 2017, che la ha teorizzata e valorizzata, sulla base anche di una rigorosa ed ampia retrospettiva storica.

tale configurazione (complementare, integrativa e non contrapposta a quella di interesse legittimo finale [65]) rientra perfettamente nella nozione complessiva dell'interesse legittimo, come riconosciuto talvolta dalla stessa Corte di cassazione [66] e come si desume dall'art. 7 della legge sul processo amministrativo e come enucleata dalla nostra Corte costituzionale (sentenze nn. 204/2004 e 191/2006).

A sua volta il canone della buona fede, in quanto sicura componente dell'esercizio del potere, rientra perfettamente in tale configurazione dell'interesse legittimo, perché attiene alla correttezza del procedimento amministrativo. La sua violazione, dunque, comporta anche la violazione dell'interesse legittimo (strumentale) e, se è produttiva di danni, comporterà il relativo risarcimento [67], come forma

---

[65] Non è condivisibile, dunque, l'alternativa posta da M. TRIMARCHI, *op. cit., p.* 104, secondo cui vi sarebbe lesione dell'interesse legittimo solo se si accettasse la configurazione dell'interesse legittimo strumentale, mentre se si accettasse quella dell'interesse legittimi finale «allora sembra difficile che a venire in rilievo nella fattispecie della responsabilità in esame sia l'interesse legittimo medesimo in quanto la violazione non riguarda norme sulla legittimità e il sacrificio non necessariamente interessa il c.d. bene finale». Come è stato altrove precisato «la distinzione tra interesse legittimo strumentale (che possiamo definire come nozione "debole") e interesse legittimo finale (nozione "forte") sottolinea due diversi approcci interpretativi, che possono entrambi svolgere un ruolo utile, a seconda della funzione che la figura è chiamata a svolgere nel procedimento e nel processo (ad esempio, ai fini della partecipazione procedimentale e della legittimazione all'impugnazione basta la prima mentre ai fini dell'azione risarcitoria e di adempimento è necessario far ricorso alla seconda)» (G. GRECO e al., *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Parte generale, Giuffrè, Milano, 2021, p. 190).

[66] Cfr. Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157: «Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato. Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99 identifica nelle «regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità». «Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo. Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedimentali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico».

[67] Non si tratta, del resto, dell'unico caso di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo strumentale (o, comunque, per violazione di una norma formale-procedurale). Un altro caso si può individuare, almeno secondo la tesi sostenuta da F.G. SCOCA (*op. cit.*, p. 314), nella fattispecie di cui all'art. 2-*bis* della legge n. 241/1990. Secondo la Cassazione, peraltro, il citato art. 2-*bis*, comma 1, configurerebbe «un danno da ritardo che prescinde dalla spettanza del bene

di protezione di tale posizione giuridica soggettiva e non di altra (un diritto soggettivo [68]), incompatibile con l'esercizio del potere.

della vita oggetto del provvedimento adottato in violazione del termine e che, come sottolineato dal Consiglio di Stato, «deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione» (ancora sentenza n. 5/2018, p. 42)» (così Cass., sez. un., ordinanza, 28 aprile 2020, n. 8236, cit., punto 30). Secondo il Consiglio di Stato, viceversa, «l'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente, a fondare un obbligo risarcitorio dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2 bis, comma 1, legge n. 241/1990. Nel settore del danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento amministrativo il requisito dell'ingiustizia esige, pertanto, la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento amministrativo ampliativo favorevole, per il quale aveva presentato istanza» (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2023, n. 5989, che richiama ad. plen., n. 5/2005 e n. 7/2021).

[68] Non è il caso di soffermarci, perché non è questa la sede, sulle tesi dottrinarie che costruiscono come altrettanti diritti soggettivi le facoltà procedimentali correlate ad altrettanti obblighi dell'amministrazione (diritto ad essere informati, diritto ad essere sentiti, diritto di veder prese in esame le osservazioni presentate, ecc.). Se dalla singola norma procedimentale scaturisse una distinta posizione soggettiva, si riproporrebbe un fenomeno di frammentazione delle posizioni giuridiche soggettive, che richiama vagamente quella a suo tempo autorevolmente proposta da Guicciardi (in ordine alla distinzione tra norme d'azione e norme di relazione), ma del tutto superata, una volta che è stato chiarito che la posizione del cittadino, di fronte all'esercizio del potere amministrativo, è una e una sola e che si può configurare una posizione di diritto soggettivo solo di fronte alle attività non autoritative dell'amministrazione (*ivi* compresi anche i casi di carenza di potere).

La collaborazione nel procedimento amministrativo

Marcello Clarich

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La collaborazione pre-procedimentale. – 3. La collaborazione post-procedimentale. – 4. La collaborazione endo-procedimentale. – 5. L'iniziativa e l'interesse alla collaborazione. – 6. La collaborazione spontanea e indotta. – 7. La modalità formale e informale. – 8. La collaborazione impropria. – 9. Cenni conclusivi.

1. *Premessa*

La collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati nel procedimento amministrativo è un tema molto ampio che può essere schematizzato operando alcune distinzioni.

Preliminarmente, dal punto di vista normativo, il principio di collaborazione nei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione è ora enunciato, insieme al principio di correttezza e buona fede, dal nuovo art. 1, comma 2-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo [1]. A livello costituzionale, esso può ritenersi implicito nel principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, ultimo comma, della Costituzione. Infatti, l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale presuppone necessariamente, come si vedrà, una interazione fattiva con le pubbliche amministrazioni deputate a tutelare come proprio compito istituzionale gli interessi generali [2].

Una prima distinzione va operata con riguardo ai nessi tra principio di collaborazione e principio di correttezza e buona fede che dottrina e giurisprudenza considerano spesso come se si trattasse di un'endiadi. Per esempio, con riferimento a una procedura selettiva il Consiglio di Stato parla, riprendendo la formula usata dall'art. 120 della Costituzione nel diverso contesto dei rapporti tra Stato e Regioni e dall'art. 4, comma 3, del Trattato sull'Unione europea nel contesto dei rapporti tra Unione europea e Stati membri, di «leale collaborazione» [3] tra l'amministrazione

---

[1] Il comma è stato aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. a), della legge n. 120/2020.

[2] Cfr. per tutti: G. ARENA (a cura di), *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 18, u.c., della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2003, *https://www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

[3] Cons. Stato, sez. VI, 1° luglio 2021, n. 5008 che trae da tale principio la possibilità di applicare l'istituto del soccorso istruttorio «laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non

e il privato sottolineando così che la collaborazione presuppone e richiede un comportamento leale, cioè improntato alla correttezza e buona fede [4].

Tuttavia, non è sempre necessariamente vero perché, per esempio, nei procedimenti sanzionatori sussiste certamente un obbligo di comportarsi in modo corretto, ma non quello di collaborare all'accertamento dell'illecito a proprio carico. Chi è sottoposto a un procedimento sanzionatorio è tenuto, per esempio, a fornire in relazione a richieste istruttorie la documentazione completa senza omissioni, a pena di applicazione di sanzioni [5], ma può cercare di contrastare in tutti i modi legittimi l'esercizio del potere sanzionatorio. Ciò può valere più in generale per ogni rapporto giuridico amministrativo nel quale il soggetto privato è titolare di un interesse legittimo oppositivo. Un incentivo alla collaborazione è peraltro presente nei procedimenti sanzionatori sotto il profilo specifico della eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito da parte del sanzionando al fine di ottenere una quantificazione più moderata della sanzione amministrativa pecuniaria (art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689).

Il principio di collaborazione può essere anche raccordato con il principio della fiducia, enunciato dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, ma che potrebbe avere in realtà una valenza più generale in tutti i contesti nei quali si sviluppa una relazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati. Un contesto di fiducia reciproca tra le parti del rapporto giuridico amministrativo, fondato anzitutto sull'autorevolezza e affidabilità dell'amministrazione [6], costituisce un elemento che favorisce una collaborazione fattiva [7].

---

superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione a una selezione (…) eseguibili esclusivamente con modalità digitali» e ciò allorché l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura. Cfr., per tutti, C. SALERNO, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2008, in *https://www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

[4] Sulla buona fede e l'affidamento nel diritto amministrativo cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni p*ubbliche, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005.

[5] Cfr., per esempio, il potere delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di irrogare sanzioni nel caso di inottemperanza alle richieste di informazioni o nel caso in cui le informazioni e di documenti acquisiti non siano veritieri, (art. 2, comma 19, lett. c) della legge n. 481/1995).

[6] Lo stesso art. 2, comma 4, del Codice dei contratti pubblici prevede che per promuovere la fiducia occorre riqualificare le stazioni appaltanti e rafforzare le capacità professionali dei dipendenti pubblici. Sui principi generali nel Codice cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di dir. amm.*, 3, 2023, p. 287 ss.; G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munis*, 3, 2023, p. V ss.; F. SAITTA, *I principi generali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, 2023, in *https://www.giustiziainsieme.it/*; D. IARIA, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. CARTEI-D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

[7] In tema di amministrazione condivisa il Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e am-

2. *La collaborazione pre-procedimentale*

La collaborazione tra il privato e la pubblica amministrazione non va confinata all'ambito di un procedimento formalmente avviato ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241/1990 che instaura il rapporto giuridico amministrativo tra amministrazione titolare del potere e soggetto privato titolare di un interesse legittimo. Si può parlare infatti, oltre che di collaborazione endo-procedimentale, anche di collaborazione pre-procedimentale e post-procedimentale.

Un esempio di collaborazione pre-procedimentale è quello delle segnalazioni ed esposti di privati alle autorità amministrative, che poi possono (e in alcuni casi, secondo alcuni indirizzi giurisprudenziali, devono [8]) avviare formalmente procedimenti volti a reprimere comportamenti o attività poste in essere in violazione di norme o di provvedimenti.

Si pensi all'art. 19, comma 6-*ter*, della legge n. 241 in tema di segnalazione certificata di inizio di attività secondo il quale i soggetti interessati (per esempio i terzi che vogliono opporsi all'avvio dell'attività da parte di un concorrente potenziale) possono sollecitare le verifiche da parte dell'amministrazione ed eventualmente l'esercizio dei poteri interdittivi e sanzionatori.

Si pensi ancora al d.lgs. 19 marzo 2023, n. 24 che in attuazione della normativa europea disciplina il cosiddetto *whistleblowing* e definisce la procedura per l'invio delle segnalazioni relative alla violazione di normative sulla sicurezza del lavoro e per garantire la riservatezza sull'identità del segnalante [9].

In queste e altre fattispecie, il privato offre un contributo all'amministrazione in relazione all'esercizio di poteri amministrativi.

Un ulteriore modello di collaborazione nella fase pre-procedimentale, è la cosiddetta pre-notifica in materia di *golden power* introdotta dall'art. 2-*quater* del d.l. 15 marzo 2012, n. 21 convertito con modificazioni in legge 20 maggio 2021, n. 109 [10]. Essa consiste in un'informativa preliminare alla presidenza del Consiglio

---

ministrazioni per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni elaborato da Labsus e fatto proprio da molti comuni italiani include tra i principi generali il principio della fiducia reciproca (art. 3) come base per la collaborazione: cfr. *https://www.labsus.org*.

[8] Cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3430 secondo il quale «un obbligo di provvedere sussiste in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano all'Amministrazione l'adozione di un provvedimento e, quindi, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2018, n.5344)». Cfr. F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 45 ss. anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali riferiti all'esercizio dei poteri di vigilanza su segnalazione di soggetti privati e ad altre casistiche.

[9] Cfr. G. ROSSITTO-M. MANOLA, *"Whistleblowing" Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, 2016, in *www.ildirittoamministrativo.it*; P. GRELLA-L. BERETTA, *Le problematiche applicative della nuova disciplina*, 2024, in *https://www.dirittobancario.it*.

[10] Il comma è stato inserito dall'art. 26, comma 1, del d.l. 21 marzo 2022, n. 21, convertito con

dei ministri sulle operazioni societarie (in genere acquisizioni di società italiane da parte di società straniere) che potrebbero essere oggetto di provvedimenti di veto o di apposizione di condizioni emanati all'esito di un procedimento amministrativo di verifica del rispetto delle norme sostanziali in tema di *golden power.* La prenotifica ha come scopo accertare se l'operazione ipotizzata richieda o meno la presentazione di una notifica formale corredata da una documentazione completa [11].

La prenotifica realizza così una collaborazione pre-procedimentale sia nell'interesse dell'impresa, che altrimenti dovrebbe procedere a una notifica formale con oneri documentali e costi molto maggiori, sia nell'interesse dell'amministrazione, che, come accaduto nei primi anni di applicazione della disciplina del *golden power*, è stata sommersa da notifiche meramente prudenziali che appesantiscono l'attività degli uffici [12].

Un altro esempio di collaborazione pre-procedimentale riguarda la tutela amministrativa prevista dal Codice del consumo approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di irrogare sanzioni in presenza di clausole vessatorie apposte nei contratti con i consumatori. L'art. 37-*bis*, comma 3, stabilisce che le imprese interessate possano interpellare l'autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nelle relazioni contrattuali. Le clausole ritenute non vessatorie dall'Autorità, che deve pronunciarsi entro centoventi giorni dall'interpello, non possono essere poi sanzionate [13].

A differenza dei casi appena citati che hanno un ambito di applicazione settoriale, la cosiddetta Direttiva *Bolkestein* n. 123/2006 in tema di libera circolazione

---

modificazioni dalla legge 20 maggio 2022, n. 51. Cfr., per tutti, L. BELVISO, *Golden Power. Profili di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2023; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2022, p. 743 ss.; R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 17, 2019, p. 2 ss. e in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign direct investments screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019; R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *federalismi.it*, 8 giugno 2022.

[11] La disciplina attuativa è contenuta nell'art. 7 del d.P.C.M. 1° agosto 2022, n. 133 che prevede l'obbligo di dare un riscontro alla prenotifica entro 30 giorni che chiarisce se l'operazione rientra o non rientra nell'ambito di applicazione dell'obbligo di procedere alla notifica formale oppure se sono manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali.

[12] Nel 2019 le notifiche sono state 83, nel 2020 sono state 341, nel 2021 sono 486, nel 2022 sono state 608. Nel 2020 i poteri speciali sono stati esercitati 37 volte. Per questi e altri dati cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Relazione al Parlamento 2022;* R. ARCANO-G. CALLI-I. MAROCCIA-G. TURATI, *Il golden power e i rischi per il funzionamento dei mercati*, in *Osservatorio sui conti pubblici italiani (OCPI), 2* agosto 2023.

[13] Cfr. G. NATALI, *La tutela amministrativa in materia di clausole vessatorie nei contratti tra imprese e consumatori (art. 37-bis D. Lgs. n. 206/2005): il caso della clausola limitativa della cessione del credito risarcitorio nel contratto r.c. auto*, in *Amministrazione in cammino*, 2013, in *https://www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

dei servizi nel mercato interno prevede un caso di collaborazione pre-procedimentale a valenza generale [14].

L'art. 7 rubricato «Diritto all'informazione», peraltro non recepito nell'ordinamento italiano, prevede la possibilità per chi si proponga di aprire un'attività nel territorio di uno Stato membro di ottenere, su richiesta, dall'autorità competente le informazioni sul modo in cui i requisiti di accesso all'attività stabiliti dalla Direttiva vengono generalmente interpretati e applicati. Questo tipo di collaborazione è particolarmente prezioso per le imprese perché riduce sia l'incertezza circa gli esiti del procedimento da avviare, sia gli oneri economici, in alcuni casi elevati, connessi alla predisposizione della domanda e della relativa documentazione (asseverazioni, progetti preliminari, ecc.). Nella prassi amministrativa nel nostro ordinamento, gli uffici sono generalmente restii a fornire questo tipo di assistenza, riservandosi ogni valutazione soltanto dopo che viene presentata un'istanza con la documentazione richiesta.

Si tratta di una disposizione che per essere recepita nel nostro ordinamento richiederebbe una disciplina attuativa articolata volta a individuare con precisione il livello amministrativo abilitato a fornire informazioni che impegnano l'amministrazione, che non può essere certo il funzionario addetto allo sportello unico delle imprese, le modalità con le quali devono essere presentate le richieste e poi fornite le informazioni (ragionevolmente in forma scritta), le conseguenze e gli strumenti di tutela nel caso in cui le indicazioni dell'amministrazione vengano disattese all'esisto del procedimento avviato facendovi affidamento.

In materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole una forma di collaborazione nella fase preistruttoria su iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato limitata agli illeciti ritenuti non gravi consiste nella possibilità di rivolgere al professionista che si ipotizza aver commesso un illecito, magari sulla base di una segnalazione o di una richiesta di intervento da parte di soggetti interessati, un invito a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza o illiceità o scorrettezza di una pratica commerciale. Si tratta di una modalità relazionale definita di "*moral suasion*" [15].

Ove il professionista ottemperi all'invito la fase preistruttoria si conclude con un'archiviazione anziché con l'avvio di un'istruttoria formale che può portare all'irrogazione di una sanzione [16]. L'interesse dell'amministrazione consiste in questi casi nel non dover aprire procedimenti istruttori che aggravano l'attività

---

[14] Cfr. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (123/2006/CE): genesi, obiettivi, contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009; L. ALLA, *La direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, in *Amministrazione in cammino*, 2010.

[15] Cfr. art. 4, comma 5, della delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 1° aprile 2015, n. 25411 *«Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore»*.

[16] Cfr. art. 5, comma 1, lett. d), del Regolamento citato alla nota precedente.

degli uffici per gli illeciti di minor gravità, raggiungendo nel contempo l'obbiettivo di assicurare la correttezza della pratica commerciale [17].

3. *La collaborazione post-procedimentale*

Passando a considerare la collaborazione post-procedimentale, un campo elettivo è quello del partenariato pubblico-privato (PPP) di tipo istituzionale e contrattuale [18].

Nell'ambito del partenariato di tipo istituzionale la collaborazione assume una dimensione organizzativa stabile. Per esempio, nel caso della società mista per la gestione di servizi pubblici locali [19], il socio pubblico e il socio privato si confrontano in via continuativa in sede di assemblea e, ove sulla base di patti parasociali designano ciascuno una quota degli amministratori, in sede di consiglio di amministrazione al fine di deliberare gli atti di gestione. La collaborazione, in assenza di modifiche della compagine azionaria con la fuoriuscita dell'uno o dell'altro socio, ha una durata pari alla vita della società [20].

Nell'ambito del partenariato di tipo contrattuale, in base alla definizione del Codice dei contratti pubblici che riprende quella del libro verde della Commissione europea del 2004 [21], il rapporto che si instaura tra l'ente concedente e l'operatore economico sulla base del contratto è di tipo per così dire esterno ed è anch'esso di lungo periodo. La durata massima della concessione è indicata nei

---

[17] Un modello in parte analogo è previsto dal d.lgs. n. 385/1993 in relazione ai poteri sanzionatori della Banca d'Italia. Quest'ultima, infatti, nei casi di illeciti di scarsa offensività o pericolosità, può emanare un ordine di eliminar le infrazioni, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento, in luogo dell'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, salvo sanzionare l'eventuale inosservanza dell'ordine (art. 144-*bis*).

[18] Il Codice disciplina varie figure di partenariato e in particolare, la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, ma consente anche forme contrattuali atipiche purché dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 174, comma 3). In generale cfr. R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006; A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in *Riv. it. sc. giur., 7*, 2016, p. 331 ss.; M.P. CHITI, (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 2010.

[19] Cfr. art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 e art. 16 del d.lgs. n. 201/2022. Cfr. H. BONURA, *Affidamento a società mista*, in R. CHIEPPA-G. BRUZZONE-A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 269 ss.

[20] Cfr. art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 secondo il quale il rapporto societario si scioglie anche in caso di risoluzione del contratto di servizio.

[21] Cfr. *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 definitivo.

documenti di gara [22], in funzione del raggiungimento di un risultato di interesse pubblico (art. 174, comma 1, lett. a).

Tuttavia, mentre nel primo caso la collaborazione si attua all'interno di un'organizzazione comune, nel secondo caso la collaborazione è per così dire esterna e certamente meno continuativa, in quanto non va al di là di quanto è richiesto alle parti di un contratto che sono tenute ad adempiere agli obblighi reciproci sulla base di principi di correttezza e buona fede.

4. *La collaborazione endo-procedimentale*

Concentrando ora l'analisi sulla collaborazione nell'ambito del procedimento amministrativo, va anzitutto sottolineato che non si tratta di una novità dovuta all'introduzione nel corpo della legge n. 241/1990 dell'art. 1, comma 2-*bis*, perché essa fin dall'inizio incorporava disposizioni puntuali che andavano nella direzione di promuovere la collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati nel procedimento.

Si pensi per esempio alla facoltà del responsabile del procedimento di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete (art. 6, comma 1, lett. b) in modo tale da evitare l'emanazione di provvedimenti di rigetto per carenze documentali o ragioni essenzialmente formali [23].

Anche il preavviso di rigetto (art. 10-*bis*) è una forma di collaborazione che instaura una fase di contraddittorio con il privato nei procedimenti a istanza di parte volti a superare i possibili motivi di diniego del provvedimento e a consentire dunque al privato di conseguire il bene della vita al quale aspira.

Negli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento la collaborazione ha per oggetto la ricerca di una definizione consensuale dell'assetto degli interessi in una vicenda procedimentale in presenza di un potere discrezionale (art. 11) [24]. A questo fine il privato può presentare osservazioni e proposte e il responsabile del procedimento può fissare un calendario di incontri con le parti interessate, modalità che consente uno scambio di informazioni e di valutazioni in una sede meno formale, al fine di concordare il contenuto del provvedimento. Questa forma di collaborazione, peraltro nella prassi non frequente, è nell'interesse sia del privato, sia dell'amministrazione, in quanto quest'ultimo ha la possibilità di proporre

---

[22] L'art. 178 del Codice stabilisce commisura la durata massima della concessione al tempo necessario per il recupero degli investimenti effettuati dal concessionario con un ritorno del capitale investito.

[23] Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

[24] Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Giuffrè, Milano, 1996; F. TIGANO, *Gi accordi procedimentali*, Giappichelli, Torino, 2002; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2002.

soluzioni a sé più favorevoli, mentre l'amministrazione, ove ottenga il consenso del soggetto privato, elimina il rischio di impugnazione da parte di quest'ultimo (ma non anche da parte di eventuali controinteressati estranei all'accordo).

Anche la conferenza di servizi, che la legge n. 241/1990 individua come sede privilegiata di collaborazione e di coordinamento tra le pubbliche amministrazioni e di assunzione delle determinazioni, può aprirsi a un confronto e alla collaborazione dei soggetti privati interessati che, da un lato, possono richiederne la convocazione (art. 14, commi 1, 2 e 3), dall'altro, possono essere invitate alle riunioni volte a esaminare il progetto da essi presentato (art. 14-*bis*, comma 6) [25].

Un'altra distinzione riguarda le varie tipologie di procedimenti nei quali i contatti tra amministrazione e soggetti privati, soprattutto con riguardo alla partecipazione, assume dinamiche diversificate.

Nei procedimenti di regolazione la partecipazione dei soggetti interessati non costituisce un principio generale posto dalla legge n. 241/1990 che anzi la esclude espressamente dal campo di applicazione della disciplina (art. 13, comma 1). Tuttavia, forme di partecipazione ai procedimenti di regolazione sono previste nelle leggi che disciplinano le autorità amministrative indipendenti come correttivo dell'amplissima discrezionalità ad esse attribuita nel porre le regole dei mercati regolati e come strumento di legittimazione dei poteri esercitati e di parziale correttivo dell'assenza di un collegamento diretto con il circuito politico rappresentativo [26].

In questi casi la partecipazione è aperta a tutti gli interessati, sotto forma di consultazione sugli schemi di provvedimenti. I contributi pervenuti devono essere valutati dall'autorità e di ciò deve esser dato conto nella motivazione dell'atto finale [27]. Questa forma di collaborazione corrisponde sia all'interesse di chi partecipa, che può così cercare di influire sui contenuti della regolazione a proprio

---

[25] Il modello originario di conferenza di servizi e anche quello degli accordi di programma disciplinati dalla legge n. 241/1990 non prevedeva la partecipazione di soggetti privati: cfr. G. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale – tecniche e garanzie*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 270.

[26] Così, per esempio, l'art. 23, comma 2, della legge n. 262/2005 prevede che l'approvazione degli atti di regolazione delle autorità finanziarie deve essere preceduta da una consultazione con gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori ed è richiesta una motivazione delle scelte di regolazione e di vigilanza. Cfr. M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza* in P. ABBADESSA-F. CESARINI (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 151 ss. In generale sui procedimenti di regolazione cfr. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 9 ss. Cfr. altresì nello stesso volume M. D'ALBERTI, *Procedimenti "generali" e procedimenti "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, cit., p. 91 ss.

[27] Secondo la giurisprudenza, la motivazione non deve dar conto in maniera puntuale di tutti gli argomenti dedotti da ogni operatore di mercato, ma è sufficiente che sia rinvenibile una giustificazione sostanziale della decisione assunta: Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2010, n. 215 con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2010, p. 952.

vantaggio, sia all'interesse dell'amministrazione che può così raccogliere elementi per colmare le inevitabili asimmetrie informative rispetto ai soggetti regolati. Nei procedimenti di regolazione la dimensione collaborativa della partecipazione appare prevalente rispetto a quella propriamente difensiva.

Nei procedimenti individuali ampliativi della sfera giuridica del destinatario titolare di un interesse legittimo pretensivo, l'interesse alla collaborazione nella fase istruttoria è soprattutto in capo al soggetto privato in vista dell'ottenimento del bene della vita al quale egli aspira. Si deve trattare di una collaborazione improntata al principio di correttezza e buona fede, come emerge indirettamente da una disposizione della legge n. 241/1990 che sanziona il caso in cui l'interessato rilasci dichiarazioni mendaci o false attestazioni vietando espressamente la possibilità di sanatoria o di conformazione dell'attività alla legge (art. 21, comma 1).

Con riguardo ai procedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario incidenti su interessi legittimi oppositivi, come già anticipato, il rapporto giuridico amministrativo ha una dinamica che non si presta a essere definita di collaborazione, bensì di contrasto all'azione dell'amministrazione. La partecipazione, sollecitata dall'amministrazione attraverso la comunicazione di avvio del procedimento o attraverso la contestazione dell'illecito, si iscrive più correttamente nell'istituto del contraddittorio.

In alcuni tipi di procedimenti si potrebbe peraltro parlare di una collaborazione procedimentale di tipo per così dire oppositivo. Si pensi per esempio al caso del partecipante a una procedura di tipo concorsuale che fornisce informazioni e documentazione volte a far escludere un concorrente. La dimensione oppositiva emerge in realtà in tutte relazioni tripolari caratterizzate da un contrasto tra interessi privati contrapposti mediati dall'amministrazione.

5. *L'iniziativa e l'interesse alla collaborazione*

Già dalla casistica sin qui fatta emerge anche una distinzione tra la collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione e quella su iniziativa del privato, nonché quella tra la collaborazione nell'interesse soltanto della pubblica amministrazione o solo del privato o nell'interesse di entrambe le parti.

Una collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione si ha, oltre che nel caso già citato della rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete (art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990), nel soccorso istruttorio ora disciplinato e valorizzato dall'art 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici [28]. In questa fattispecie, da un lato, vi è l'interesse dell'impresa a integrare la documentazione e a sanare irregolarità della domanda di partecipazione in modo

[28] Secondo la Relazione al Codice «*chiave interpretativa della norma è (…) la leale collaborazione delle parti (amministrazione e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede*».

tale da veder valutata comparativamente la propria offerta ed eventualmente conseguire l'aggiudicazione; dall'altro, vi è l'interesse della stazione appaltante di non escludere per ragioni meramente formali imprese che potrebbero aver presentato offerte particolarmente apprezzabili atte a conseguire il miglior risultato possibile, in ossequio al principio innovativo enunciato dall'art. 1 del Codice.

Si pensi anche al dialogo competitivo come modalità contrattuale su iniziativa della stazione appaltante, già prevista dal precedente Codice, nel quale dalla collaborazione nell'ambito del procedimento l'amministrazione acquisisce informazioni su modalità, tecnologie e aspetti innovativi che possono esser messi a base di una gara (art. 74 del d.lgs. n. 36/2023). Questo è un caso di collaborazione nell'interesse anzitutto dell'amministrazione, che partecipa a questo dialogo al fine di trovare la soluzione che corrisponde meglio ai suoi bisogni. A questo fine il dialogo, avviato sulla base di un bando di gara con allegato un documento che descrive le esigenze dell'amministrazione, può essere preceduto da una consultazione con tutti i partecipanti selezionati e il dialogo si può svolgere in fasi successive, eventualmente riducendo via via le soluzioni sin lì emerse. Il dialogo può proseguire fin tanto che non viene individuata la soluzione o le soluzioni idonee a soddisfare le esigenze dell'amministrazione (comma 5). Concluso il dialogo, le imprese presentano le loro offerte finali che vengono valutate comparativamente alla luce dei criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando [29].

La collaborazione può partire anche dall'iniziativa dei soggetti privati. Si pensi per esempio al *project financing* disciplinato dall'art. 193 ss. del Codice dei contratti pubblici. Gli operatori economici interessati (promotori) possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione di lavori o servizi le quali, qualora vengano valutate fattibili e di pubblico interesse, sono poi messe a gara nell'ambito di una procedura nella quale al promotore è riconosciuto un diritto di prelazione. Quest'ultimo costituisce un forte incentivo ad avanzare proposte perché rende più certa la possibilità di aggiudicarsi la concessione, anche se tende a scoraggiare la partecipazione alla procedura competitiva di altri soggetti interessati. D'altro canto l'amministrazione trae un beneficio dalla collaborazione con operatori economici dotati di maggiori capacità di ideazione e propositive per opere e servizi di interesse pubblico. La collaborazione si realizza anche attraverso interlocuzioni sotto forma di richieste di modifica della proposta originaria da parte dell'amministrazione che il promotore è tenuto ad apportare eventualmente suggerendo soluzioni alternative per recepire le indicazioni dell'ente concedente (art. 193, comma 2).

---

[29] Considerazioni simili possono valere anche per il partenariato per l'innovazione di cui all'art. 75 del Codice che può essere promosso dall'amministrazione in relazione all'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può esser soddisfatta con quelli disponibili sul mercato e che richiede dunque un'attività di ricerca e sviluppo da parte degli operatori economici. Cfr. G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i contratti pubblici: il c.d. innovation procurement*, in *Munus*, 3, 2023, p. 758 ss.

Più in generale, è stato rilevato che nei contratti di partenariato si verifica una mutazione dell'interesse pubblico, che perde la sua connotazione soggettiva come interesse dell'amministrazione per divenire un oggetto composito che risulta da «un continuo avvicendamento dialogico» tra enti pubblici e soggetti privati, organismi collettivi e operatori economici [30].

Anche nel caso dei contratti gratuiti di sponsorizzazione in materia di beni culturali disciplinati dal Codice dei contratti pubblici i soggetti privati possono presentare proposte, con l'indicazione sintetica del contenuto del contratto proposto, in relazione alle quali l'amministrazione avvia una procedura comparativa, improntata ai principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse (art. 134, comma 4) [31].

In attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale enunciato dall'art. 118, ultimo comma, della Costituzione il Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) dedica una disposizione alla co-programmazione, finalizzata a individuare i bisogni da soddisfare e gli interventi da realizzare, e la co-progettazione (art. 55), finalizzata alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento. Si tratta di forme di coinvolgimento particolarmente intenso degli enti del terzo settore che le amministrazioni sono tenute a promuovere [32].

I due istituti della co-programmazione e della co-progettazione entrano per così dire nel cuore delle prerogative della pubblica amministrazione, deputata istituzionalmente anzitutto a rilevare e vagliare i bisogni dei cittadini e delle comunità e stabilire le modalità per soddisfarli. Secondo la Corte costituzionale essi costituiscono «la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici» [33] nel quale i soggetti del terzo settore, proprio per la loro vicinanza al territorio e sensibili alle esigenze che provengono dal tessuto sociale sono «in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (…) sia un'importante capacità organizzativa e di intervento». Ciò determina effetti positivi anche in termini di risparmio di risorse pubbliche e di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni. Si instaura così, sempre secondo la Corte, «un canale di amministrazione condivisa», che è alternativo a quello del profitto e del mercato, si basa «sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private» e, in definitiva, «sulla condivisione della funzione pubblica».

Il Codice dei contratti pubblici, enunciando i principi di solidarietà e di

---

[30] Cfr. S. VALAGUZZA-E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 1, 2020, p. 25.

[31] Peraltro, anche le amministrazioni possono attivare di propria iniziativa forme di partenariato con soggetti privati, oltre con organismi pubblici, per consentire per esempio il restauro o la valorizzazione di beni culturali (comma 2).

[32] Cfr. F. GIGLIONI-A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale – Terzo settore e amministrazione condivisa*, Giappichelli, Torino, 2022.

[33] Cfr. sentenza 20 maggio 2022, n. 121.

sussidiarietà, si pone in linea di continuità con questa impostazione escludendo dal proprio campo di applicazione questi «modelli di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore» (art. 6), ma prevedendo che sia comunque garantita la parità di trattamento e la trasparenza nei rapporti instaurati.

Nello stesso filone si iscrivono anche le diverse forme di collaborazione a livello locale da parte della "cittadinanza attiva" nella gestione dei cosiddetti beni comuni (spazi ed edifici pubblici) disciplinate nei regolamenti di numerosi comuni italiani [34].

La stessa conferenza di servizi può essere attivata, come si è visto, su iniziativa del privato (art. 14 della legge n. 241/1990).

Un caso particolarissimo di collaborazione che ha per oggetto prerogative proprie, usualmente esercitata in modo del tutto autonomo, dall'autorità amministrativa al quale può essere fatto cenno è il protocollo d'intesa tra il ministero dell'Economia e delle Finanze e l'ACRI, sottoscritto dalle parti il 22 aprile 2015. Il protocollo contiene una serie di disposizioni relative in particolare all'organizzazione interna e alla gestione del patrimonio delle Fondazioni di origine bancaria da introdurre negli statuti per adeguarli ad alcuni principi (come, per esempio, la diversificazione degli investimenti o sulla rappresentatività degli organi) che il Ministero riteneva necessari per un miglior assetto delle fondazioni.

Il Ministero vigilante assume l'impegno a considerare in modo favorevole le modifiche statutarie approvate dalle singole fondazioni che siano conformi al protocollo. L'adesione a quest'ultimo equivale a una sorta di preannuncio di una prassi di vigilanza che vale come autovincolo alla discrezionalità. Dal lato delle fondazioni, l'adesione del ministero ingenera un legittimo affidamento nell'approvazione da parte del ministero delle modifiche sottoposte alla sua valutazione, che, in base al d.lgs. n. 153/1999, non è soltanto di legittimità ma anche entro certi limiti di merito.

Nelle premesse del protocollo, il Ministero inoltre riconosce espressamente l'ACRI come «interlocutore nella definizione di prassi e criteri di vigilanza» che può concorrere alla diffusione tra le fondazioni di «buone pratiche operative» finalizzate al raggiungimento di standard operativi elevati in termini di trasparenza, responsabilità e perseguimento degli interessi statutari.

Emerge un modello di collaborazione tra vigilante e soggetti vigilati, nel quale il primo rinuncia a un approccio "*top-down*" e coinvolge i secondi nella definizione delle proprie funzioni di vigilanza. L'incentivo a compiere questo passo è dovuto anche al fatto che il ministero non dispone di un potere generale di indirizzo nei confronti delle Fondazioni che sono soggetti aventi natura privata [35].

---

[34] Uno schema generale di regolamento, ripreso da molti comuni, è stato elaborato da Labsus già citato che individua come strumento giuridico il patto di collaborazione.

[35] La Corte costituzionale nelle sentenze nn. 341 e 342 del 2001 ha escluso la riferibilità delle fondazioni bancarie alla nozione per quanto lata di pubblica amministrazione in senso soggettivo e

Una collaborazione da parte di soggetti privati nell'esercizio di poteri di vigilanza sugli enti del Terzo settore attribuiti alla competenza del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è prevista in termini più generali anche nel Codice del Terzo Settore, già richiamato. A livello decentrato, infatti, la vigilanza sui singoli enti è attribuita in prima battuta all'Organismo nazionale di controllo, tramite le proprie articolazioni territoriali (Organismi territoriali di controllo) (artt. 64 e 65). Quest'ultimo è una fondazione con personalità giuridica di diritto privato costituita con decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali il cui organo di amministrazione è composto in massima parte da membri designati dalle organizzazioni di volontariato, dagli enti del Terzo settore e dalle Fondazioni di origine bancaria (artt. 64 e 65). Il ministero può in ogni caso effettuare verifiche dirette nei confronti di qualsiasi ente del Terzo Settore e anche nei confronti dell'Organismo nazionale di controllo e delle sue articolazioni territoriali avvalendosi degli Ispettorati territoriali del lavoro (art. 95, comma 3) [36].

In definitiva questo modello di collaborazione potrebbe essere definito come di autovigilanza da parte di un organismo privato, monitorato dall'autorità amministrativa titolare in via principale del potere di vigilanza. Il vantaggio di questo modello è, dal punto di vista del ministero, di poter esercitare, sia pur in modo indiretto, una vigilanza più capillare, con risparmio di risorse organizzative e di personale; dal punto di vista degli enti del Terzo Settore è quello di avere come interlocutore principale organismi che sono espressione dello stesso Terzo Settore.

6. *La collaborazione spontanea e indotta*

Un'altra distinzione può essere quella tra la collaborazione spontanea da parte del privato e la collaborazione indotta dalla pubblica amministrazione.

Un esempio di collaborazione indotta dall'amministrazione si riferisce all'istituto degli impegni nei procedimenti sanzionatori innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e di altre autorità di regolazione [37]. Dopo

---

oggettivo e le ha annoverate tra i soggetti dell'organizzazione delle "libertà sociali" escludendo che il Ministero vigilante possa esercitare poteri di regolazione e di indirizzo.

[36] L'Organismo nazionale di controllo è tenuto a inviare una relazione annuale al Ministero vigilante (art. 95, comma 3)

[37] Cfr. in particolare l'art. 14-*ter* della legge n. 287/1990 in materia antitrust secondo il quale «entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria». L'Autorità valuta l'idoneità di tali impegni anche sulla base di una consultazione degli operatori del mercato, può renderli obbligatori per le imprese. Il procedimento si chiude senza accertare l'infrazione, ma in caso di mancato rispetto degli impegni può essere irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato. Un istituto parallelo, sempre in materia antitrust, che può

l'apertura del procedimento sanzionatorio, l'impresa può proporre impegni sotto forma di obblighi comportamentali volti a rimuovere anche per il futuro le ragioni sottostanti alla contestazione dell'illecito. Ove accolti, all'esito di una fase di contraddittorio con tutti i soggetti interessati, l'Autorità chiude il procedimento senza accertare l'illecito e irrogare la sanzione.

L'istituto degli impegni corrisponde a un interesse dell'Autorità a evitare l'aggravio della conduzione di un'istruttoria formale conseguendo peraltro il risultato di porre rimedio alle conseguenze dell'illecito ipotizzato. L'impresa che propone gli impegni evita la possibile irrogazione della sanzione, ma prima ancora l'accertamento dell'illecito, che eventualmente potrebbe essere utilizzato nell'ambito di azioni risarcitorie in sede civile da parte dei soggetti danneggiati.

Nel caso degli impegni, la collaborazione prestata dall'impresa che li presenta è certamente volontaria, ma non del tutto spontanea perché è in qualche modo indotta dall'amministrazione titolare del potere sanzionatorio.

Un altro caso di collaborazione indotta, sempre in ambito di diritto della concorrenza, riguarda i cosiddetti programmi di clemenza in tema di intese restrittive della concorrenza. La normativa consente e, anzi, promuove, la collaborazione dell'impresa che presenta una domanda di ammissione al programma, denunciando gli altri partecipanti e offrendo le prove dell'illecito, in cambio di una riduzione della sanzione o della concessione di una immunità piena (art. 15-*bis ss.* della legge n. 287/1990) [38].

Questo istituto è di ausilio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'azione di repressione delle intese restrittive della concorrenza perché crea un forte incentivo per l'impresa che defeziona per prima da un cartello segreto (talvolta si verifica una vera e propria corsa a chi presenta per primo la domanda) e accresce il clima di sospetto reciproco tra i partecipanti rendendo instabile il

essere inquadrato nella collaborazione indotta è la procedura di transazione (art. 14-*ter*) nella quale nell'ambito di un procedimento sanzionatorio l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione, riconoscendo comunque la propria partecipazione a un'intesa restrittiva della concorrenza o il fatto di aver abusato della propria posizione dominante. Cfr. A. PERA, *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement*, in G.A. BENACCHIO-M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti antitrust*, Cedam, Padova, 2012, p. 103 ss.; F. CINTIOLI, *Le misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 1, 2008., p. 109 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 207 ss.

[38] In base al primo comma «L'Autorità, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, adotta con proprio provvedimento generale un programma di trattamento favorevole che definisce i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni delle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta per le imprese che rivelino la loro partecipazione a cartelli segreti». Cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Dir. amm.*, 2, 2007, pp. 265-291; C. LO SURDO, *Prime riflessioni sulle modifiche apportate all'istituto della leniency in sede di attuazione della Direttiva Ecn plus*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2, 2022, p. 391 ss.

pactum sceleris. Di regola la domanda di ammissione al programma viene infatti presentata allorché l'impresa ha il sentore che l'Autorità sia in procinto di avviare un procedimento sanzionatorio e ciò rende meno spontanea, analogamente a quanto accade per gli impegni, la collaborazione.

7. *La modalità formale e informale*

Un'altra distinzione in questa sorta di mappatura delle forme di collaborazione tra la pubblica amministrazione e il privato è la collaborazione che si esplica con modalità formali e la collaborazione invece di tipo informale.

Già la legge n. 241/1990, a proposito degli accordi, contiene una norma che consente al responsabile del procedimento di predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati (art. 11, comma 1-*bis*). Questa è una modalità abbastanza nuova di interfacciarsi rispetto a una tradizione che invece prevede un rapporto formale e distaccato tra pubblico e privato [39]. Lo stesso dialogo competitivo, come già visto, prevede fasi di negoziazioni successive con gli operatori economici interessati. L'informalità che caratterizza questo tipo di collaborazione trova un temperamento nella necessità di verbalizzazione delle risultanze del confronto.

Un esempio particolarmente innovativo di collaborazione informale si ha in un ambito specialistico come la finanza in relazione ai cosiddetti "recinti di sabbia" regolatori (*regulatory sandbox*) [40].

La sandbox regolatoria è un ambiente controllato in cui le imprese del settore *FinTech* e *InsurTech* incluse le *start-up*, possono testare in un ambiente protetto e controllato prodotti e servizi innovativi per un periodo di tempo limitato sotto la vigilanza e interagendo con le autorità di regolazione (Banca d'Italia, Consob, Ivass).

A livello nazionale la disciplina ha come base l'art. 38, comma 2-*bis*, del d.l. n. 34/2019 (Decreto crescita) che definisce le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione, anche mediante l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, che può essere effettuata anche derogando a regole previste in via generale per gli operatori del settore. La disposizione rimanda a un regolamento del ministero dell'Economia e delle Finanze per definire, sulla base di una serie di criteri, la normativa attuativa contenuta ora nel d.m. 30 aprile 2021, n. 100.

Le sperimentazioni, che coinvolgono un numero limitato di individui o consumatori, possono durare fino a diciotto mesi, con possibilità di proroga per

---

[39] Peraltro *c*ontatti informali tra amministrazione e soggetti privati non sono vietati dall'ordinamento e anzi interlocuzioni preliminari informali sono la prassi in molti settori.

[40] Cfr. A SCIARRONE ALIBRANDI, *I nuovi strumenti regolatori: sandbox e innovation hub*, in M. CERA-G. PRESTI (dir.), *Il Testo Unico finanziario, Mercati ed emittenti*, vol. 2, Zanichelli, Bologna, 2020, p. 29 ss.

ulteriori dodici mesi previa autorizzazione e le imprese ammesse alla sperimentazione possono beneficiare, per esempio, di procedure amministrative semplificate, di un ampliamento della portata delle autorizzazioni rilasciate, di requisiti patrimoniali meno stringenti e di altre deroghe alle normative emanate dalle stesse autorità di vigilanza.

Caratteristica di queste sperimentazioni sono le interlocuzioni informali con le autorità di vigilanza prima ancora di presentare la richiesta di ammissione alla sperimentazione e in tutte le fasi dell'attività.

In particolare, prima di presentare la richiesta gli operatori interessati «possono avviare interlocuzioni informali con le autorità di vigilanza» e l'autorità di vigilanza predispone a questo fine anche «un canale di comunicazione dedicato attraverso il proprio sito internet» e ove necessario «il dialogo informale viene condotto in maniera coordinata con tutte le autorità di vigilanza coinvolte» (art. 8). Per agevolare il dialogo può essere usata anche la lingua inglese, alla quale si può ricorrere anche per la documentazione presentata (art. 18). L'autorità acquisisce le informazioni necessarie nel corso dell'istruttoria e valuta se le modalità della sperimentazione richiesta assicuri la tutela degli utenti finali e l'integrità dei mercati e la stabilità del sistema finanziario. Il provvedimento di ammissione alla sperimentazione contiene una serie di prescrizioni e di obblighi informativi e indica le normative che possono essere derogate in sede attuativa. La sperimentazione avviene sotto il monitoraggio dell'autorità di vigilanza che può anche via via integrare o modificare le prescrizioni e le deroghe concesse.

Questa modalità di collaborazione informale su base continuativa è richiesta anche perché le sperimentazioni di prodotti innovativi richiedono adattamenti delle modalità in cui esse vengono effettuate sia per favorire il successo dell'iniziativa, sia per garantire, con test rigorosi, la protezione dei risparmiatori in relazione a prodotti finanziari che potrebbero rivelarsi rischiosi. Inoltre le autorità di vigilanza possono avere interesse a contribuire alla sperimentazione anche perché ove essa abbia dato esito positivo potrebbero portare a modifiche della regolazione esistente, temporaneamente derogata nella *sandbox*, a beneficio di tutti gli operatori (art. 17, comma 3).

Al di là di queste ipotesi così particolari, va osservato che in generale le amministrazioni pubbliche italiane, a differenza di quelle di alcuni ordinamenti stranieri (specie di quelli di matrice anglosassone) mostrano ancora una certa diffidenza nei confronti di modalità informali di interlocuzione con i soggetti privati.

In ogni caso, le interlocuzioni informali mal si conciliano con i procedimenti amministrativi di massa nei quali le determinazioni vengono assunte quasi di necessità, talora anche attraverso l'impiego di algoritmi, sulla base dell'esame delle domande e della documentazione da presentare sempre più spesso su piattaforme informatiche e senza alcun contatto diretto con personale addetto [41].

[41] Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, il Mulino, Bologna, 2023.

8. *La collaborazione impropria*

In alcuni casi la collaborazione richiesta dall'amministrazione ai soggetti privati può essere considerata come impropria. Si pensi soprattutto alla revoca dei provvedimenti amministrativi e ai criteri di quantificazione dell'indennizzo stabiliti dalla legge n. 241/1990. L'indennizzo, che è comunque limitato al danno emergente, può subire una riduzione nel caso di «eventuale conoscenza o conoscibilità» da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico (art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*).

Si tratta di una forma di collaborazione impropria perché spetta esclusivamente all'amministrazione valutare l'interesse pubblico e sembra una forzatura richiedere al soggetto privato di concorrere a una siffatta valutazione, addossandogli addirittura un onere di diligenza, ciò che è implicito nel criterio della conoscibilità. Nell'ambito del rapporto giuridico amministrativo, così come accade di regola nelle relazioni privatistiche, ciascuna parte è legittimata a curare esclusivamente i propri interessi [42].

Si può anche discutere se, in materia di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, sia appropriata la previsione nel Codice del processo amministrativo, che riprende il principio civilistico di cui all'art. 1227, comma 2, del Codice civile, di includere nell'onere di diligenza addossato al danneggiato al fine di contenere il danno «l'esperimento degli strumenti di tutela previsti» (art. 30, comma 3), richiedendo dunque a quest'ultimo una forma di collaborazione, che può essere anche onerosa come l'instaurazione di un giudizio di impugnazione del provvedimento illegittimo [43], nell'interesse esclusivo dell'amministrazione.

---

[42] In senso critico, cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 72, secondo il quale la disposizione «sembra presupporre che dei soggetti privati, condividano con la pubblica amministrazione, divenendo quasi suoi tutori, il dovere di curare l'interesse pubblico»; P. GOTTI, *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Dir. amm.*, 3, 2009, pp. 711-712. Per una diversa lettura della disposizione cfr. G. CATALADO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione,* Giappichelli, Torino, 2014, p. 204 ss. Un onere di collaborazione è previsto per esempio in tema di risarcimento dei danni in base al Codice civile in quanto il risarcimento non è dovuto per danni che il creditore avrebbe potuto evitare secondo l'ordinaria diligenza (art. 1227, comma 2), principio richiamato anche dall'art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo. Ma l'incentivo a collaborare è legato principalmente a questa decurtazione del danno liquidato.

[43] Secondo la giurisprudenza la mancata richiesta di una tutela specifica sotto forma di un'azione di annullamento costituisce una «violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile» (Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2020, n. 8521).

9. *Cenni conclusivi*

In conclusione, il principio di collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati ha tante sfaccettature e nei paragrafi che precedono sono state prospettate varie distinzioni senza pretesa di esaustività.

In aggiunta a quelle già analizzate, si potrebbe infatti operare una distinzione in relazione al grado di intensità della collaborazione che, come si è visto, varia nei singoli casi e che spazia dalla semplice messa a disposizione di documenti e informazioni richieste dall'autorità amministrativa alla elaborazione di proposte e progetti di interesse pubblico.

La collaborazione sembrerebbe poi connotarsi diversamente anche a seconda che essa si riferisca a singoli soggetti privati, oppure a soggetti portatori di interessi superindividuali che sono in grado di offrire all'amministrazione una visione più ampia degli interessi in gioco. A questo fine, com'è noto, essi possono intervenire sia nei procedimenti di tipo individuale ai sensi dell'art. 9 della legge n. 241/1990, sia nei procedimenti di regolazione in base alle leggi speciali, come quelle riferite alle autorità indipendenti, che prevedono forme di consultazione.

Peraltro, i portatori di interessi di categoria (associazioni imprenditoriali, rappresentanze di categorie professionali, ecc.) potrebbero essere distinti dai portatori di interessi diffusi. Gli interessi di categoria infatti sono sempre interessi di parte, ancorché superindividuali, e gli apporti collaborativi dei soggetti che li tutelano nell'ambito del procedimento devono essere vagliati dall'amministrazione in modo critico e mantenendo un certo atteggiamento di distanza, con presidi volti a evitare il rischio di "cattura" del regolatore da parte dei soggetti regolati e di deviazione dall'interesse generale. Un maggior allineamento di interessi, con la conseguente possibilità di una collaborazione più intensa, sembra rinvenibile nel caso di portatori di interessi diffusi là dove tali interessi siano sovrapponibili agli interessi pubblici affidati alla cura di una pubblica amministrazione. Si pensi, per esempio, alle associazioni ambientaliste rispetto alle funzioni e ai poteri attribuiti al ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica.

Un'altra considerazione è che il principio di collaborazione trova applicazione principalmente là dove l'amministrazione goda di spazi di discrezionalità, ciò che costituisce la premessa per un'interazione proficua con i soggetti privati al fine di individuare la miglior soluzione nel caso concreto. Del resto, non a caso, gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento hanno per oggetto, secondo l'art. 10 della legge n. 241/1990 il contenuto discrezionale del provvedimento. Là dove il potere è interamente vincolato l'ambito all'interno del quale può svilupparsi una collaborazione è assai limitato o addirittura inesistente. E da questo punto di vista la riflessione va allargata alla necessità e/o opportunità che il legislatore, come ha fatto in qualche misura con il nuovo Codice dei

contratti pubblici, consideri la "buona discrezionalità" come un elemento positivo da valorizzare anche in una logica collaborativa con i soggetti privati [44].

Un'ultima annotazione è che, come per tutti i principi giuridici, il principio di collaborazione posto dall'art. 1, comma 2-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 si colloca sul piano del dover essere. Ma affinché esso possa trovare attuazione concreta nella varietà delle situazioni nelle quali si instaura un rapporto tra la pubblica amministrazione sono necessarie alcune condizioni di contesto che non si possono dare per scontate.

Una collaborazione fattiva può svilupparsi tra soggetti dotati di professionalità e autorevolezza in un contesto, come si è accennato, di fiducia reciproca [45].

Ciò vale anzitutto per le pubbliche amministrazioni che devono essere percepite dalle controparti private come interlocutori credibili e affidabili, ai vari livelli di responsabilità. E qui l'attenzione si sposta su aspetti organizzativi come la selezione e la formazione dei dipendenti pubblici o la dotazione di risorse finanziarie sufficienti in relazione alle funzioni esercitate.

Sull'altro versante dei soggetti privati si presuppone la correttezza e lealtà nei loro comportamenti, ciò che non avviene spesso come dimostrano gli innumerevoli casi, anche recenti, di abusi e frodi di massa a danno delle amministrazioni e dei contribuenti (bonus edilizi, reddito di cittadinanza, abusi edilizi, evasione fiscale, ecc.). Qui l'attenzione si sposta sull'educazione e sulla promozione del senso civico.

---

[44] In realtà, l'attribuzione da parte di maggiori spazi di discrezionalità all'amministrazione presuppone che il legislatore riponga fiducia nell'integrità dell'amministrazione perché la discrezionalità può essere fonte di favoritismi e di abusi.

[45] I contesti e le condizioni in presenza dei quali si possono sviluppare relazioni di fiducia sono da tempo oggetto di studio delle scienze sociali che analizzano anche i cosiddetti "diffusori della fiducia": cfr. J.S. COLEMAN, *Foundations of Social Theory*, Harvard University Pres, Cambridge, Mass., 1990; S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, il Mulino, Bologna, 2016; N. LUHMANN, *La fiducia*, il Mulino, Bologna, 2002; A. MUTTI, *La teoria della fiducia nelle ricerche sul capitale sociale*, in *Rassegna italiana di Sociologia,* 2003.

La fiducia nel rapporto con l'amministrazione pubblica

Vincenzo Cerulli Irelli

SOMMARIO: 1. I principi generali nel Codice dei contratti pubblici. – 2. Il principio della fiducia (art. 2, comma 1, cod. contr. pubbl.). – 3. Il principio della fiducia (art. 2, comma 2, cod. contr. pubbl.): discrezionalità e risultato. – 4. Riscontri giurisprudenziali. – 5. Sul principio di rinegoziazione (art. 9). – 6. Istituto di "protezione" del "funzionario": responsabilità amministrativa, abuso d'ufficio, copertura assicurativa. – 7. Una rapida conclusione.

1. *I principi generali nel Codice dei contratti pubblici*

Il principio della fiducia (art. 2 cod. contr. pubbl.) si inserisce al centro di una serie di principi generali che sono stati inseriti per la prima volta nella legge sui contratti pubblici, quindi, in una disciplina di settore; mentre i principi per loro propria natura hanno un oggetto generale. Ma l'inserimento di questi principi in una disciplina di settore nella quale essi sono direttamente operanti non ne modifica il valore come principi, appunto, di carattere generale, cioè operanti, laddove compatibili, in ogni manifestazione dell'azione amministrativa (anche perché si configurano come attuativi di principi costituzionali).

L'enunciazione dei principi nel decreto legislativo del Codice non trova riscontro nei principi e criteri direttivi della legge delega [1]. La legittimità o meno di tale inserimento nel testo del Codice fu oggetto di discussione in sede di Commissione del Consiglio di Stato per la redazione del Codice, ma si ritenne opportuno detto inserimento che avrebbe illustrato tutto il settore disciplinare, sottolineandone gli aspetti innovativi rispetto all'assetto disciplinare previgente, come fondamentale criterio interpretativo per gli operatori nell'applicazione delle norme e nella gestione delle procedure. D'altra parte, si è tenuto conto che i principi non solo costituiscono emanazione dei principi costituzionali, e segnatamente del principio del buon andamento, ma che essi sono già presenti nel sistema del diritto amministrativo come evoluto nell'esperienza più recente nella giurisprudenza e nella dottrina, anche sulla base del diritto europeo sempre più presente nell'azione dei pubblici poteri nazionali. Qualche dubbio in proposito può

[1] Legge 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici.*

sollevarsi, come si è discusso in altra sede, in ordine al principio della rinegoziazione dei contratti pubblici (art. 9) [2], che presenta aspetti fortemente innovativi non solo nella nostra materia ma in genere in tutta la materia contrattuale: tuttavia anch'esso riconducibile, pur con qualche incertezza applicativa, al principio del risultato, posto in apertura al testo del Codice e presente in tutte le elaborazioni più recenti della nostra disciplina [3].

Vorrei anche sottolineare in apertura, che il Codice dei contratti pubblici è la legge che regge una parte assai estesa dell'azione amministrativa (maggioritaria?) e compone, insieme all'altra legge con oggetto l'azione amministrativa provvedimentale (legge n. 241/1990 e successive integrazioni) l'insieme della parte generale del diritto amministrativo (sul versante legislativo, ché la parte generale del diritto amministrativo è ancora fortemente pervasa di principi di formazione giurisprudenziale, spesso privi di base di legge). Quindi, entrambe queste leggi opportunamente esplicitano principi generali della disciplina, che vanno letti in simbiosi tra gli uni e gli altri (art. 1 ss., legge n. 241/1990, artt. 1-9, cod. contr. pubbl.).

L'enunciazione dei principi generali nel Codice dei contratti pubblici si presenta anche come espressione di una spinta ulteriore dell'ordinamento verso risultati più corrispondenti agli interessi della collettività, al di là di superati formalismi, a fronte di un'azione amministrativa, nell'uno e nell'altro campo di esplicazione, sempre più intessuta di principi di diritto comune. Invero, alcuni dei principi inseriti nel Codice, e segnatamente quello della fiducia e i principi connessi, attengono piuttosto alla materia della responsabilità, che è materia di diritto comune, ma investe, con sempre maggiore consapevolezza, l'azione amministrativa anche laddove si esprime nell'esercizio del potere attraverso il procedimento [4]. In questa sede, è all'attenzione di tutti noi l'importante libro di Casetta sull'"illecito", impostato proprio sulla disciplina unitaria degli istituti della responsabilità civile che in uno Stato di diritto pienamente realizzato e incardinato nei principi costituzionali non consentono "fughe" da parte delle pubbliche amministrazioni. Ma vorrei andare ancora più indietro ad una nota affermazione di Cammeo, del 1914: «la responsabilità è un istituto generale del diritto, non è propria di quello privato che di quello pubblico; è un modo di sanzione necessario dovunque ci sono norme di diritto obiettivo, diritto subiettivo, conseguenze irreparabili di una lesione». Perciò, «può trasportarsi senza scrupolo dal campo del diritto privato, dove essa è formulata, perché il diritto privato è più evoluto, al campo del diritto pubblico quando al diritto relativo si vuol dare compiuto svolgimento e piena sanzione». Anche Giannini, più volte ricordato nell'ambito del nostro Convegno, aveva ben presente quest'impostazione. Emerge nell'esperienza più recente il recepimento di questa impostazione nello stesso diritto positivo, a partire dalla

[2] Art. 9 (*Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale)*, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici.*

[3] Art. 1. (*Principio del risultato)*, d.lgs. n. 36/2023, cit.

[4] V. per tutti, Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

norma inserita nel contesto della legge generale sul procedimento amministrativo, secondo la quale «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» [5], sino ai principi che sono stati inseriti nel Codice. Un orientamento legislativo inteso non a superare il diritto amministrativo ma a inserire dentro la disciplina dell'azione amministrativa, oggetto diretto del diritto amministrativo, insieme ai principi generali propri di tale disciplina (che vengono riassunti nell'art. 1, della legge n. 241/1990) una serie di istituti e di principi che si ascrivono in quanto tali al diritto comune.

2. *Il principio della fiducia (art. 2, comma 1, cod. contr. pubbl.)*

Tra questi principi, all'art. 2 del Codice troviamo appunto il principio della fiducia che invero non aveva precedenti riscontri in questa formulazione, nella nostra legislazione, né invero in giurisprudenza (almeno a quanto risulta); mentre il principio del legittimo affidamento (tutela dell'affidamento: art. 5), che sicuramente al primo è collegato, quasi come una sua emanazione, è ormai diventato principio generale dell'azione amministrativa di diritto pubblico anche in virtù del recepimento dei principi di diritto comunitario (art. 1, comma 1, legge n. 241/1990); e trova molteplici riscontri positivi dando luogo anche, in caso di violazione, a un vizio di legittimità degli atti amministrativi per eccesso di potere.

Il principio della fiducia si collega strettamente ad altri principi del Codice: innanzitutto al principio del risultato che, come noto, è posto in apertura del Codice, ed è da ritenere il principio ispiratore di tutta questa disciplina, e ovviamente al principio di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), al principio dell'autonomia contrattuale (art. 7), e aggiungo (su questo punto con maggiore incisività innovativa) al principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9), che comprende il diritto alla rinegoziazione dei contratti pubblici, non solo del tutto innovativo nella nostra materia, ma anche di non facile collocazione in essa data la precedente consolidata esperienza che escludeva la rinegoziazione (già problematica in diritto civile) nella fase dell'esecuzione dei contratti pubblici.

La norma sul principio della fiducia stabilisce innanzitutto, si direbbe richiama, un principio di carattere (direi politico), e cioè che l'attribuzione di determinati poteri ad alcune Amministrazioni, ad alcuni organi della pubblica amministrazione, presuppone che il legislatore ovvero il Governo, abbiano valutato che di quegli organi, di quelle Autorità si possa avere fiducia; una sorta di principio di organizzazione che attiene al buon andamento (prescegliere per l'attribuzione del potere uffici e organi idonei in termini di affidabilità) che non produce conseguenze dirette sull'andamento dell'amministrazione. Ma al di là di questo

[5] Art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, inserito dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. n. 76/2020, conv. legge n. 120/2020.

profilo politico-organizzativo, di rilievo del tutto marginale, il principio della fiducia investe l'esercizio del potere (che nel settore dei contratti pubblici attiene, come noto, alla fase della formazione/aggiudicazione del contratto) che si svolge attraverso un procedimento/rapporto giuridico, nel quale le parti sono strette al vincolo della reciproca fiducia: che l'azione dell'amministrazione si volga in maniera legittima, che l'operatore economico abbia rappresentato correttamente la propria posizione e le proprie offerte e così via (ciò che trova riscontro in successive norme del Codice come in ordine alle cause di esclusione).

Il primo comma, nella sua affermazione generale (principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici, cioè di entrambe le parti del rapporto che si va a costruire) viene specificato nel successivo art. 5 (buona fede e tutela dell'affidamento), sia sul versante dell'amministrazione che sul versante dell'operatore economico.

Nell'ambito del rapporto contrattuale, negli atti giuridici nei quali si snoda la procedura dal bando sino all'aggiudicazione, il principio rende necessario (e in qualche modo intende presumerlo) che le parti abbiano rappresentato dati veritieri e abbiano assunto adempimenti concreti con la capacità di realizzarli. Sul versante pubblico, la fiducia dell'operatore in ordine alla legittimità del procedimento amministrativo, si concretizza nella tutela del suo legittimo affidamento anche a fronte dei comportamenti della pubblica amministrazione.

3. *Il principio della fiducia (art. 2, comma 2, cod. contr. pubbl.): discrezionalità e risultato*

Il secondo comma attiene alla discrezionalità, laddove coniuga il principio della fiducia alla «iniziativa» e alla «autonomia decisionale dei funzionari pubblici» sia in sede di formazione del contratto (l'acquisizione delle prestazioni), sia in sede di «esecuzione delle prestazioni» [6]. Invero, la disciplina della discrezionalità che emerge dal Codice presenta indubbi elementi di novità. Il principio tende a far sì che il funzionario, la stazione appaltante ecc., nonché il RUP in sede di esecuzione come responsabile della gestione del rapporto, possa agire, ovviamente nei limiti della legge, ma nell'ambito di scelte che gli sono riservate, diciamo pure, con una certa libertà (la discrezionalità della pubblica amministrazione sottintende sempre un margine di libertà e all'origine senz'altro con lo spazio della libertà veniva identificata).

Attraverso la discrezionalità dell'amministrazione l'obiettivo, il fine che si vuole perseguire (tutti i poteri amministrativi hanno un fine, secondo la costruzione della scienza del diritto amministrativo moderno) non è tanto l'aggiudicazione legittima,

[6] Art. 2, commi 2 e 3, d.lgs. n. 36/2023, cit.

certo anche questo lo è, ma il fine di tutta l'operazione contrattuale, attraverso l'esercizio della discrezionalità, è il risultato. Questo è il punto innovativo, il risultato. Il risultato certamente è anche l'aggiudicazione legittima, ma il risultato è soprattutto la realizzazione dell'opera, la fornitura del servizio, quindi un risultato *di fatto.* Perché l'interesse della collettività è quello di avere realizzata un'opera, di avere la corretta fornitura del servizio; non escludendo quello di avere un'aggiudicazione legittima, perché è interesse della collettività che l'amministrazione agisca conformemente alla legge, ma il vero interesse della collettività è quello di avere realizzata un'opera, di avere la corretta fornitura del servizio.

Quindi la discrezionalità del funzionario, della stazione appaltante, è tutta finalizzata a questo obiettivo, pervenire, attraverso l'operazione contrattuale, in tutte le sue fasi, alla produzione del (migliore) risultato, in termini di prodotto utile per la collettività. Su questo punto, chiaro nell'affermazione di principio, più perplesso nelle sue applicazioni, si va formando una giurisprudenza di notevole interesse, anche sul piano del diritto amministrativo generale.

4. *Riscontri giurisprudenziali*

Risulta pacifico in giurisprudenza che il principio della fiducia, «inestricabilmente avvinto» a quello del risultato, permea sia l'azione delle Amministrazioni che quella degli operatori in materia di contratti pubblici [7].

Ancora, «il principio della fiducia […] rende l'azione amministrativa più "fluida", superando gli steccati tra parte pubblica e privata e facendo sì che si instauri una interrelazione tra i soggetti della procedura che reciprocamente, ripongono per l'appunto la propria fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici» con ciò rendendo il concorrente «corresponsabile del perseguimento del fine a cui è preordinata l'azione amministrativa» [8]; configura un «valore dominante del pubblico interesse» da perseguire attraverso il contratto ed esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è, nella fase di affidamento, giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto e, nella fase di esecuzione (quella del rapporto), il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto [9].

---

[7] Cons. Stato, sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924: «il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo». Cfr.: sez. V, 19 novembre 2024, n. 9254; sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571.

[8] Tar Campania, Napoli, sez. I, 15 gennaio 2025, n. 427.

[9] Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1924/2024 cit.; sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571, cit.

Inoltre, la giurisprudenza specifica che non si tratta di una fiducia «unilaterale o incondizionata» non potendo «tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso alla gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento» [10]. E comunque, si tratta di un principio da ritenere «già immanente nel sistema suscettibile di trovare piena applicazione anche con riguardo alle procedure di gara anteriori all'entrata in vigore del d.lgs. n. 36/2023» [11].

Il principio trova applicazione sia nella interpretazione della offerta dei partecipanti [12], sia nella interpretazione della *lex specialis* di gara [13]. Il principio copre svariati aspetti della disciplina contrattuale, tra cui quella della verifica della anomalia dell'offerta in relazione alla impostazione accelerata della sequenza procedimentale che caratterizza detta fase [14]; quella del soccorso istruttorio, nelle diverse configurazioni, che «obbedisce […] a una logica antiformalistica che guida l'azione dei soggetti pubblici ed equiparati, facendosi carico di evitare, nei limiti del possibile che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione ad una gara si risolvano […] in un inutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte in competizione e in definitiva del risultato dell'azione amministrativa» [15]; quella delle misure di c.d. *self cleaning*, da valutare anche se assunte in corso di gara [16]. E così via.

5. *Sul principio di rinegoziazione (art. 9)*

Di particolare rilievo in questa ottica antiformalistica e intesa a valorizzare la discrezionalità dei funzionari allo scopo di tener conto, al di là dei vincoli di procedura, dell'obiettivo della realizzazione dell'opera o della ottimale prestazione del servizio, emerge, in sede di esecuzione, il principio di rinegoziazione (art. 9)

---

[10] Tar Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024, n. 2959.

[11] Tar Sicilia, Catania, sez. III, 4 giugno 2024, n. 2096.

[12] Cons. Stato, sez. V, n. 9254/2024, cit.: «l'operato della stazione appaltante [è], volto alla ricerca dell'effettiva volontà espressa dall'offerente, sulla base di quanto inequivocabilmente indicato» (nella specie si trattava di interpretare l'offerta economica in relazione ai costi della manodopera e agli importi ribassabili).

[13] Tar Napoli n. 427/2025 cit., in relazione alla mancata indicazione puntuale e specifica nel bando di gara dei criteri ambientali minimi; criteri, tuttavia, analiticamente declinati nella offerta della ricorrente.

[14] Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2024, n. 7114; Tar Liguria, sez. I, 28 gennaio 2024, n. 165; Tar Sicilia, Catania, 7 gennaio 2024, n. 478.

[15] Tar Sicilia, Catania, sez. III, n. 2096/2024, cit.; Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1372; sez. V., 21 agosto 2023, n. 7870.

[16] Cons. Stato, sez. III, 15 giugno 2023, n. 5897; sez. V, 29 aprile 2024, n. 3858.

al quale ho accennato, principio del tutto innovativo, anche nell'ambito civilistico (emerso in un importante contributo nell'Ufficio massimario della Cassazione n. 56/2020 e in qualche arresto giurisprudenziale). Tant'è vero che importanti civilisti con i quali ci siamo confrontati in esito all'entrata in vigore del Codice, ritengono che una volta che il principio prende consistenza nel settore dei contratti pubblici che si riteneva da esso il più distante, i dubbi che la dottrina civilistica e la stessa giurisprudenza della Suprema Corte hanno avuto sull'applicazione del principio nel settore dei contratti di diritto comune, possano risolversi nel senso di recepire il principio come principio generale della disciplina dei contratti, pubblici o privati che siano.

In materia di contratti pubblici, si riteneva fino a ieri, diciamo così, che il contratto pubblico (vincolato dalle procedure di aggiudicazione) non possa essere rinegoziato in sede di esecuzione, a tutela dei terzi che sull'assetto del contratto quale definito in sede di aggiudicazione sulla base della disciplina del bando, sono astretti nelle loro offerte. Invece il Codice, in questo quadro della nuova discrezionalità della stazione appaltante, dispone che al di là delle varianti in corso d'opera previste (art. 120), al di là dei limiti in cui si applica l'istituto della revisione dei prezzi (art. 60), cioè al di là delle modifiche contrattuali previste puntualmente dalla legge, si possa porre in concreto la possibilità di rinegoziare il contenuto del contratto, a certe condizioni, al fine di tenerlo in vita, a situazione mutata, perché ciò può risultare conforme all'interesse della collettività (concludere rapidamente l'opera in corso anziché ricominciare con una nuova procedura di aggiudicazione, ad esempio: ancora il risultato, come obiettivo primario della vicenda contrattuale).

Invero non è facile individuare gli spazi nei quali la discrezionalità della stazione appaltante, in corso di esecuzione del contratto, possa spingersi al di là dei vincoli posti dalla procedura di aggiudicazione. Ci possono essere fatti assolutamente eccezionali, imprevedibili che necessitano di una revisione prezzi in misura assai superiore a quella prevista dall'art. 60 (altrimenti l'impresa fallisce e l'opera non si può realizzare), ci possono essere circostanze assolutamente eccezionali, imprevedibili, quali terremoti, epidemie (come si è verificato nella recente esperienza che ha dato luogo al citato contributo della Cassazione) che rendono non più applicabile la disciplina contrattuale, per esempio in termini di tempi, di modalità di esecuzione, al di là di quanto espressamente previsto dall'art. 120. In questi casi, l'esercizio della discrezionalità della stazione appaltante, attraverso le valutazioni del RUP, può estendersi a far fronte alle necessità che si presentano (sempre nell'obiettivo di pervenire alla realizzazione del risultato), con i limiti, tuttavia, posti dal rispetto dell'interesse del terzo contraente, il quale aveva partecipato con le sue offerte alla gara sulla base delle determinazioni del bando e avrebbe potuto avanzare offerte in termini diversi se i termini contrattuali fossero stati diversi.

6. *Istituto di "protezione" del "funzionario": responsabilità amministrativa, abuso d'ufficio, copertura assicurativa*

In questi termini (qui solo accennati) i primi due commi dell'art. 2 sul principio della fiducia estendono la loro portata euristica agli altri principi (risultato, discrezionalità, rinegoziazione), alla ricerca (si direbbe) di un nuovo assetto dell'amministrazione (un'amministrazione "paritaria" nella quale le "parti" si confrontano lealmente per giungere a un risultato comune, nel superiore interesse della collettività).

Le successive norme dell'art. 2 hanno una portata diversa e non esprimono propriamente "principi", ma dettano una disciplina intesa a far fronte ad esigenze di protezione del "funzionario", cioè di coloro che nell'ambito della stazione appaltante operano sia in sede di formazione che in sede di esecuzione del contratto. Anche qui possiamo individuare un'applicazione del principio della fiducia, attraverso una sorta di ribaltamento della precedente impostazione del sistema fondata su un atteggiamento di sfiducia, una sorta di "sospetto" nei confronti del funzionario. Un'impostazione del sistema che nel corso del tempo e con l'evolvere della giurisprudenza, ha prodotto istituti ben noti, dall'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti, spesso avviata dalle Procure della Corte in modo pervasivo, obbligando il "funzionario" a farsi carico di un lungo giudizio in attesa dell'esito positivo (frequente); all'eccessiva estensione che ha assunto il reato di abuso di ufficio nell'interpretazione giurisprudenziale al di là dei limiti di legge, e così via; generando sul versante dell'amministrazione il fenomeno patologico della c.d. burocrazia difensiva (la paura della firma!), «con significativi riflessi negativi in termini di perdita di efficienza e di rallentamento dell'azione amministrativa» [17].

6.1. Sull'azione di responsabilità per danni erariali, il Codice ha previsto nell'ottica della "protezione" del "funzionario" una ridefinizione della colpa grave come elemento soggettivo per dare luogo a fatti di responsabilità amministrativa. Secondo la nuova norma, costituisce colpa grave la violazione di «norme di diritto e degli autovincoli amministrativi», nonché «la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa». Con un riferimento, che appare assolutamente corretto, al grado di formazione del funzionario («specifiche competenze») in relazione al caso concreto [18].

La norma invero, al di là delle intenzioni del legislatore, potrà dare luogo, nella giurisprudenza, in genere non benevola, della Corte dei conti, ad applicazione estensiva, in molteplici casi. Le «norme di diritto» non sono solo le norme di legge

[17] Corte cost., sentenza 18 gennaio 2022, n. 8, Pres. Coraggio, Red. Modugno.

[18] Art. 2, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023, cit.

ma possono essere norme delle più diverse fonti, anche di carattere del tutto secondario, gli autovincoli amministrativi sono spesso di difficile identificazione, la violazione delle regole di prudenza ecc. può essere riempita in modo assai esteso, e così via. È tuttavia interessante il riferimento, ai fini dell'attribuzione della colpa grave, alla specifica posizione del funzionario, che può avere una preparazione del tutto diversa da quella giuridica e quindi non essere del tutto preparato all'interpretazione di norme spesso di incerto contenuto e di variabile significato. Puntuale è il riferimento della norma alla «violazione o l'omissione» addebitabile al funzionario, laddove risulti che siano stati seguiti «indirizzi giurisprudenziali prevalenti» (anche se non sicuri), nonché «pareri delle Autorità competenti» [19]. Può trattarsi di pareri del Consiglio di Stato, della Corte dei conti, o sentenze, anche se non di indirizzo prevalente, degli stessi organi, di pareri o determinazioni di Autorità di regolazione e di controllo, e così via.

Sul punto, si pensi alla questione di recente emersa con riferimento al caso delle concessioni balneari, della imputabilità ai funzionari (spesso tecnici, geometri, ragionieri, ecc.) dell'obbligo di disapplicazione di norme nazionali per contrasto con norme comunitarie, operazione questa spesso frutto di difficilissima e perplessa attività interpretativa, anche per giuristi esperti [20]. Si tratta di un orientamento, ripetutamente affermato, ma da non condividere. La norma in esame tenta un modesto *revirement s*ul punto.

L'art. 21 del d.l. n. 76/2020, aveva fatto un'operazione di forte restringimento nel settore della responsabilità amministrativa, limitando la colpa grave ai casi di atti omissivi, richiedendo, viceversa, la sussistenza del dolo per identificare la colpa grave nei casi di atti o comportamenti commissivi [21]. Norma che aveva una sua *ratio c*ondivisibile, perché era intesa a spingere il funzionario *a fare piuttosto che a non fare.* Nell'ambito della Commissione per la redazione del Codice, si pose il problema se nel Codice poteva essere confermata questa norma. Ma si ritenne che in mancanza di un punto specifico della legge delega ciò non sarebbe stato possibile. Quindi, l'intervento del Codice in ordine alla responsabilità amministrativa dei funzionari si è limitato a questa ridefinizione dei casi in cui possa imputarsi al funzionario colpa grave, sia per atti commissivi che per atti omissivi.

6.2. Quanto all'abuso di ufficio, già il cit. d.l. 76 aveva introdotto una modifica al testo del codice penale sostituendo la dizione «norme di legge o di regolamento», di perplessa individuazione anche per le ragioni di cui s'è detto, con

---

[19] *Ibid.*

[20] Cons. Stato, ad plen., nn. 17, 18 del 2021; Corte giust. UE, 20 aprile 2023, C-348/22, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Comune di Ginosa.*

[21] In particolare, si tratta dell'art. 21, commi 1 e 2, d.l. n. 76 del 2020, conv. in legge n. 120 del 2020, che ha modificato l'art. 1, comma 1, legge n. 20 del 1994, ss.mm., da ult. d.l. 12 maggio 2025, n. 68 conv. con legge 2 luglio 2025, n. 100 che ha differito il termine della deroga al 31 dicembre 2025.

l'altra «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge […] e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (art. 323, comma 1, c.p.). Questa dizione poteva considerarsi abbastanza esaustiva, soprattutto per il suo riferimento all'esclusione dell'imputabilità del reato laddove il funzionario avesse operato entro margini di discrezionalità previsti dalla legge. E secondo il nuovo Codice, come s'è ricordato, margini di discrezionalità sono previsti in ordine a molteplici aspetti dell'operazione contrattuale (si pensi alla rinegoziazione in sede di esecuzione del contratto). Ciò che escluderebbe in tali vicende l'operatività del reato. Tuttavia, il legislatore (… non fidandosi dell'interpretazione della norma da parte della giurisprudenza penale) ha provveduto di recente, come è noto, all'abrogazione senz'altro della norma penale [22].

6.3. Il quarto comma dell'art. 2, ancora nell'ottica di «promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione» (come un'ulteriore prova del ribaltamento del precedente assetto ispirato al "sospetto"), prevede che vengano adottate dalle pubbliche amministrazioni misure («azioni») di copertura assicurativa dei rischi del personale addetto alle procedure contrattuali: rischi derivanti dall'imputazione di responsabilità amministrativa, dalle spese di giudizio per difendersi anche in sede penale, e così via [23].

Invero, la copertura assicurativa è una sorta di risvolto pratico della fiducia nel funzionario, che necessita dare ad esso la capacità di guardare alle scelte da assumere nell'esercizio della propria discrezionalità, senza rischiare di rispondere col proprio (spesso assai esiguo) patrimonio, a fronte di azioni promosse nei suoi confronti; che, anche se infondate, comportano costi a suo carico. Aprire nei confronti dei funzionari una stagione di fiducia (che consenta loro di guardare all'obiettivo finale dell'operazione amministrativa di competenza senza eccessivi timori) rende necessaria la previsione di dette misure di copertura.

7. *Una rapida conclusione*

Nell'applicazione della nuova disciplina, occorrerà osservare attentamente l'operatività dei principi qui brevemente illustrati, se avranno o meno un impatto significativo sul funzionamento del sistema. Si sono brevemente riportati alcuni primi sviluppi giurisprudenziali. Come bisognerà monitorare l'operato delle Amministrazioni negli ambiti di ampia, forse eccessiva, discrezionalità (che sfiora l'autonomia negoziale) che il Codice prevede nei casi, divenuti sempre più estesi, di affidamento diretto dei contratti pubblici. Su questo punto, il principio

---

[22] Art. 1, comma 2, legge 9 agosto 2024, n. 114, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare,* la cui questione di legittimità costituzionale è stata ritenuta infondata da Corte cost., sentenza 1° luglio 2025, n. 90, Pres. Amoroso, Red. Marini F. S.

[23] Art. 2, comma 4, d.lgs. n. 36 del 2023, cit.

dell'"autonomia decisionale dei funzionari pubblici" nella quale si esprime il principio della fiducia sul versante dell'amministrazione, come strumento per favorire le migliori scelte nell'interesse dell'ente (e perciò della collettività) si è tradotto nel testo del Codice in un'estensione per certi versi abnorme dei casi di affidamento diretto (artt. 50, 62, ecc.) nei quali la discrezionalità della stazione appaltante è massima e sfiora l'autonomia privata (l'autonomia decisionale, appunto, espressione, secondo la lettera della norma, del principio della fiducia). L'affidamento diretto non ha regole proprie (a parte i principi generalissimi dell'azione amministrativa), l'amministrazione può porsi degli autovincoli (come rendere necessario l'interpello di più imprese) ma può anche non farlo e in tal caso si rende pressoché impossibile il controllo giurisdizionale (quali sono i soggetti portatori di interessi protetti?). Da qui la possibilità (ripetutamente segnalata dall'ANAC) di abusi nella scelta dell'affidatario del lavoro o del servizio.

Quindi, bene che la "fiducia" prenda il luogo del "sospetto" e che la Stazione appaltante possa svolgere autonomamente le sue scelte circa gli affidamenti più idonei a soddisfare le esigenze dell'ente, ma occorre, su un crinale così "scivoloso", procedere con la massima cautela.

Non si vorrebbe che in questi ambiti comparisse, in luogo del corretto esercizio della discrezionalità, dell'autonomia decisionale dei "funzionari pubblici" (invero, delle Stazioni appaltanti), l'arbitrio amministrativo (che può essere fattore di corruzione), il vero male contro il quale si è spesa fin dalle origini la nostra scienza, il cui compito storico è stato quello di contrastarlo.

Il principio di "diritto comune" alla correttezza dell'amministrazione pubblica

Gabriella Margherita Racca

SOMMARIO: 1. L'evoluzione degli "illeciti" degli enti pubblici. – 2. La responsabilità da scorrettezza e l'effettività della tutela, oltre i conflitti fra giurisdizioni. – 3. L'evoluzione digitale della buona fede e correttezza: dai procedimenti ai contratti pubblici su piattaforme interoperabili. – 4. Il nuovo paradigma collaborativo e la modellazione digitale. – 5. La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nelle attività pubbliche digitalizzate.

1. *L'evoluzione degli "illeciti" degli enti pubblici*

L'occasione della presentazione della ristampa anastatica del volume di Elio Casetta, «*L'illecito degli enti pubblici*» del 1953 [1], ha offerto l'opportunità di una riflessione sulle trasformazioni intervenute a settant'anni dalla prima pubblicazione della monografia sulle responsabilità delle pubbliche amministrazioni e dei loro agenti [2]. Casualmente ricorrono anche i centocinquant'anni dall'*Arrêt Blanco* [3] e ormai i venticinque dalla pubblicazione della monografia che, per l'intuizione del Maestro Alberto Romano, da tesi di dottorato sulla complessa e "oscura" nozione di affidamento degli enti pubblici, si trasformò in una più ampia riflessione sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, tra autonomia e correttezza [4].

---

[1] Convegno «Le Responsabilità per gli Illeciti degli Enti Pubblici», Università degli Studi di Torino, 21 e 22 marzo 2024, i cui contributi sono pubblicati in questo Volume.

[2] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici* Giappichelli, Torino, 1953.

[3] Tribunal des conflits, 8 février 1873, n°00012, *Blanco.* La vicenda riguardava dei danni patiti da una minore (*Agnés Blanco*), a causa di un incidente causato dai vagoni condotti da operai dell'azienda statale dei tabacchi. Il padre della bambina decise di rivolgersi al Tribunale civile di Bordeaux domandando la condanna degli operai e dello Stato al risarcimento di 40.000 franchi per le ferite riportate. Il conflitto di giurisdizione fu sollevato dal prefetto del Dipartimento della Gironda, provocando la questione di competenza innanzi al *Tribunal des conflits*, che, nel 1873, dichiarò la giurisdizione del giudice amministrativo. Si v.: R. CAVALLO PERIN, *Introduzione*, in J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Jovene, Napoli, 2011, p. XXII ss.

[4] G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.

A partire dall'insegnamento del Professor Elio Casetta, relatore di tesi, per proseguire con il Professor Alberto Romano, che considerava quale epitaffio del sistema la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di responsabilità [5], nella granitica convinzione che «se sono risarcibili, sono diritti soggettivi» [6], è stato possibile proseguire lo studio della prospettiva della responsabilità della pubblica amministrazione come da inadempimento, per violazione del principio di buona fede e correttezza. Tutto ciò con l'indimenticabile sostegno di un altro Maestro, il Professor Antonio Romano Tassone, la cui scomparsa, ormai da dieci anni, non ha attenuato l'attualità della riflessione offerta nel suo scritto «*A proposito di un libro recente*» nel 2003 [7], accompagnandomi nella comprensione e nel confronto con le tesi dei Professori Andrea Orsi Battaglini e Franco Gaetano Scoca, con i richiami all'intuizione di Massimo Severo Giannini, che già aveva evidenziato le assonanze tra correttezza precontrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione per le attività procedimentali [8], come di recente esplicitata nei principi di collaborazione e buona fede nella legge sul procedimento amministrativo [9].

La correttezza, intesa come principio di diritto comune, che assumeva una peculiare caratteristica integrativa delle norme di azione, come espressione della non contraddittorietà del comportamento amministrativo, è stata di recente espressamente riconosciuta come obbligo di collaborazione e buona fede in tutti i procedimenti amministrativi [10]. Nel 2000, non vi era nulla di tutto ciò e la ricostruzione

---

[5] ALB. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2001, pp. 602-631.

[6] ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1, 1998, p. 1 ss.

[7] A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2, 2004, p. 209 ss., già Relazione al Convegno del 13 novembre 2003 presso il Consiglio di Stato in occasione della presentazione del volume di R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

[8] M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, Vol. 3, Giuffrè, Milano, 1963, p. 269 ss., poi anche in *Massimo Severo Giannini. Scritti*, vol. 5, Giuffrè, Milano, 2004, p. 155 ss.; ID., in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Centro italiano di studi amministrativi, Sezione campana, Napoli, 27-28-29 ottobre 1963, Giuffrè, Milano, 1965, p. 518: «Se noi riteniamo che qui vi è un rapporto giuridico in cui uno dei soggetti è titolare di una situazione che non è di diritto soggettivo, ma di interesse legittimo patrimonialmente rilevante, non è questa la vicenda che troviamo proprio nel caso della responsabilità precontrattuale?».

[9] Su cui v. M. CLARICH, *La collaborazione nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, p. 651 ss.; anche in questo Volume.

[10] Art. 1, comma 2-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, comma introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. 0a), d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con legge n. 120/2020, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e*

della responsabilità precontrattuale come da inadempimento per scorrettezza nelle trattative parallele, avviate con la pubblicazione del bando e la presentazione delle offerte dei partecipanti, avrebbe trovato conferma giurisprudenziale solo diciott'anni dopo [11]. Quanto alla sua qualificazione e natura giuridica come da inadempimento, ancora si attende.

2. *La responsabilità da scorrettezza e l'effettività della tutela, oltre i conflitti fra giurisdizioni*

La trasformazione digitale pare determinare una riconfigurazione dei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, secondo una prospettiva digitale che richiede reciproca collaborazione e buona fede, come oggi previsto nella Legge sul procedimento amministrativo [12] e nel Codice dei contratti pubblici [13].

La scelta di positivizzare i principi di collaborazione e buona fede pare dunque riconoscere una responsabilità per inadempimento degli obblighi giuridici connessi ad ogni attività della pubblica amministrazione, dai singoli procedimenti amministrativi, ai contratti pubblici, secondo nuovi paradigmi dell'attività digitale su piattaforme interoperabili [14].

L'applicabilità del principio di buona fede anche ai rapporti con le pubbliche amministrazioni [15], affermata da tempo, potrebbe così contribuire al superamento

---

l'innovazione digitali» (Decreto Semplificazioni): «I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

[11] Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in cui si afferma che «il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva (e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione) sia configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva», e che «tale responsabilità sia configurabile senza che possa riconoscersi rilevanza alla circostanza che la scorrettezza maturi anteriormente alla pubblicazione del bando oppure intervenga nel corso della procedura di gara» (p.to 18).

[12] Art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, cit.

[13] Art. 5, comma 1, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici.* Si v. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *Intelligenza artificiale e responsabilità della pubblica amministrazione*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2025, p. 327 ss.

[14] G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 391 ss. Cfr. G.M. RACCA, *La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione*, in F. CARINGELLA, R. CHIEPPA, B.G. MATTARELLA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2025, p. 267 ss. Si v. G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in questo Volume.

[15] G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986, spec. p. 121, chiariva il necessario assoggettamento dell'amministrazione appaltante agli obblighi di correttezza derivanti dall'art. 1337 c.c. e ciò «sin dal bando di gara», come già prospettato in: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e*

di alcune interpretazioni ancora incerte, lasciando indietro le ambiguità e i persistenti conflitti sulla giurisdizione sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, talora fondati unicamente sulla precedente collocazione del principio di buona fede espressamente nel solo codice civile (art. 1337) [16].

Questioni che ancora ricostruiscono come interessi legittimi le posizioni da cui deriva un diritto al risarcimento del danno, che inizialmente avevano trovato accoglimento proprio perché consentivano di evitare le questioni di riparto, mantenendo la giurisdizione amministrativa [17]. Ambito rivendicato, d'altra parte, dalla giurisdizione ordinaria sulle violazioni del diritto alla correttezza [18], del legittimo affidamento e relativo inadempimento [19] (anche ove connessi all'esercizio di un potere, *ex* art. 7 c.p.a., e non solamente sui comportamenti meri [20]), paradossalmente

---

correttezza, cit., trovando successivo in: Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, e ripreso dalle ad. plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021.

[16] In tal senso si v. F.G. SCOCA, *Rapporto procedimentale e responsabilità della p.a. Profili di giurisdizione*, intervento al convegno «Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza», Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022. La Corte di cassazione continua, tuttavia, a riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario in materia di risarcimento del danno, ritenendo che tale violazione incida su una posizione giuridica soggettiva avente natura di «diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità del patrimonio». In tal senso: Cass. civ., sentenza 22 maggio 2017, n. 12799; conforme, sentenza 12 febbraio 2018, n. 1654; nonché ordinanze nn. 6594, 6595, 6596 del 2011; da ultimo, ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, giurisprudenza richiamata da A. TRAVI, *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in questo Volume. Cfr. M. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 705 ss.; di recente: M. SANTISE, *La responsabilità precontrattuale della p.a. e la tutela risarcitoria dell'affidamento*, in F. CARINGELLA-R. CHIEPPA-B.G. MATTARELLA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., p. 229 ss.

[17] F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 6, 1999, p. 4045 ss., spec. p. 4061; ID., intervento al Convegno *"Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza"*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022, cit.; ID., *I sistemi di tutela amministrativa e contabile*, in questo Volume. Cfr. M. TRIMARCHI, *Il riparto della giurisdizione nelle controversie per il risarcimento dei danni arrecati nell'esercizio della funzione amministrativa*, in *Dir. proc. amm., 4*, 2024, p. 821 ss.

[18] Cass. civ., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236; Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7.

[19] Sulla configurazione della responsabilità da scorrettezza come da inadempimento e non extracontrattuale, in quanto connessa alla violazione «delle regole dell'azione amministrativa» di fonte legale, e che appaiono «ben più precise e circostanziate rispetto al generico dovere di *neminem laedere*» del "passante": F.G. SCOCA e V. NERI, interventi al Convegno *"Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza"*, Roma, Consiglio di Stato, 1° aprile 2022. Si v. V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, in *Urb. app.*, 6, 2020, p. 724 ss., su cui, per tutti: C. CASTRONOVO, *voce Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss. e P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, III ed., Giuffrè, Milano, 2021, p. 69 ss.

[20] Nei casi connessi all'esercizio di un potere dovrebbero spettare *ex* art. 7 c.p.a. al giudice amministrativo, con la sola esclusione dei comportamenti meri: Corte cost., sentenza 15 luglio 2022, n. 178 (Pres. Amato, Red. De Pretis).

anche in materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, come i contratti pubblici [21]. In tale ambito, si chiarisce che la funzionalizzazione dell'attività amministrativa, integrata dalla formalizzazione delle trattative, implica un aggravamento degli obblighi di lealtà e correttezza [22], che si integrano con gli autolimiti posti nei documenti di gara [23]. Le attività precontrattuali, volte all'affidamento diretto, ovvero alla selezione del miglior contraente, comportano l'esercizio della funzione appalti che risulta comunque sempre funzionalizzata e connessa anche solo «mediatamente» [24] all'esercizio di potere pubblico, con possibile superamento delle relative questioni di giurisdizione in favore del giudice amministrativo, a prescindere anche dall'ambito della sua giurisdizione esclusiva [25], garantendo concentrazione ed effettività delle tutele [26] (art. 6 CEDU; art. 111 Cost.), essenziale nella transizione digitale [27].

---

[21] A partire dagli equivoci connessi alla sentenza Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, e alla previsione europea di quello che è stato attuato come risarcimento per scorrettezza precontrattuale, senza bisogno, in altri ordinamenti, di riferirsi all'interesse legittimo, su cui, *amplius:* G.M. RACCA-C.R. YUKINS (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif / Administrative Law Collection*, directed by J.B. Auby, Bruylant, Bruxelles, 2014.

[22] P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 284.

[23] S. TORRICELLI, *Buona Fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *P.A. – Persona e amministrazione*, 2, 2022, p. 29 ss.; M. TRIMARCHI, *Buona fede e responsabilità della pubblica amministrazione, ivi*, p. 59 ss.; G.M. RACCA, *L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici, ivi*, p. 201 ss.

[24] Art. 7, comma 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo* (nel séguito: "c.p.a."). Cfr. G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 614.

[25] Per espressa previsione normativa, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende ai casi di dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative (art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a.) e ai casi in cui siano necessari revisione o adeguamento dei prezzi (art. 113, comma 1, lett. e), n. 2, c.p.a.). Si v. A. POLICE, *Giurisdizione esclusiva*, nel *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. Cassese), vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, p. 2754 ss. Cfr.: F.G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, intervento al Convegno "*I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione*", Sapienza Università di Roma, 9 giugno 2022, Presentazione del volume: A. ROMANO (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2022.

[26] Art. 1, comma 1, c.p.a.: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo». Sul necessario "dialogo" tra le giurisdizioni per l'effettività della tutela si v. M. CASSANO, L. MARUOTTI e G. CARLINO, in questo Volume.

[27] Come già sostenuto in G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., spec. p. 627.; cfr. E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna University Press, Bologna, 2022, p. 311 ss. Sul diritto ad un equo processo, per tutti F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 113 ss. e di recente: ID., *La*

Una volta superate tali questioni, sarà possibile riconoscere che la responsabilità della pubblica amministrazione è da inadempimento e non extracontrattuale – c.d. responsabilità "del passante" [28] – e che nelle attività connesse all'esercizio di un potere e, dunque, funzionalizzate, gli elementi per il riconoscimento del risarcimento sono chiariti dalla legge, non comportando rischi di estensione irragionevole [29]. Ciò permette di superare anche la ricostruzione «incerta e non esente da ambiguità» del "contatto sociale" [30], riconoscendosi «nella norma di legge» la fonte di un «obbligo specifico, come quello di buona fede e correttezza e, per il suo tramite, 'di obblighi di protezione', che della buona fede intendono esprimere la forma concreta di tutela» [31].

---

tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020. Sull'evoluzione delle tutele: P.L. PORTALURI, *Per le magnifiche corti e progressive. Ipotesi sugli interessi legittimi trans-soggettivi*, in questo Volume.

[28] F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., p. 406. Così anche: V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*, cit., p. 724 ss. Si ricorda quanto affermato da Cass. civ., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020, n. 8236, che riprende Cons. Stato, ad. plen., sentenza 4 maggio 2018, n. 5: «da chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.), il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo* […] un *quid pluris* rispetto al generale precetto del *neminem laedere;* non si tratta della generica "responsabilità del passante", ma della responsabilità che sorge tra soggetti che si conoscono reciprocamente già prima che si verifichi un danno; danno che consegue non alla violazione di un dovere di prestazione ma alla violazione di un dovere di protezione».

[29] Cfr. la nota sentenza CGUE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*, che configura la responsabilità dell'amministrazione come oggettiva, qualificando il diritto al risarcimento dell'operatore economico non come fatto illecito "del passante", di natura extracontrattuale, bensì derivante dalla violazione e inadempimento della disciplina sulla scelta del contraente. Di recente precisando l'autonomia nella configurazione e nella quantificazione dei danni di ogni ordinamento nazionale: CGUE, Causa C-547/22, sentenza 6 giugno 2024, *INGSTEEL spol. s r. o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, su cui si v. A. DI DONATO, *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici: tra effettività e autonomia degli Stati Membri*, in *Ius Publicum Network Review*, 1, 2023, p. 1 ss. Si v. C.E. GALLO, *La responsabilità della stazione appaltante nella conduzione del procedimento di gara ed il problema della colpa*, in L. BALUCANI-A. CAROZZO-C.E. GALLO (a cura di), *Il risarcimento del danno negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 9 ss.; G.M. RACCA-S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni, nota a Cass., sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636*, in *Giur. it.*, 8-9, 2015, p. 1963 ss.

[30] Su cui, di recente: Cass. civ., sez. III, ordinanza 19 maggio 2025, n. 13289.

[31] A. DI MAJO, *Il contatto sociale. La culpa in contrahendo tra contratto e torto, nota a Cassazione civile, Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188*, in *Giur. it.*, 12, 2016, p. 2565 ss. Anche a prescindere dal richiamo al "contatto" sociale, cfr. V. NERI, intervento al Convegno *"Questioni controverse di diritto amministrativo. Un dialogo tra Accademia e Giurisprudenza*, cit.; ID., *Il 'bene della vita' è tutto nel diritto amministrativo?*, in *Urb. app.*, 6, 2022, p. 747 ss. Sulla responsabilità da scorrettezza come da inadempimento si v. A. NICOLUSSI, *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della Pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2021, p. 804 ss., che critica la locuzione giurisprudenziale del "contatto sociale"; sp. p. 836, ove si chiarisce che «la responsabilità della P.A. per scorrettezza del proprio comportamento può ben ritenersi applicazione

La responsabilità per comportamento scorretto determina certamente una complessità di ambiti che andrebbero superati per la concentrazione dei giudizi avanti al giudice amministrativo, in quanto attività comunque connessa all'esercizio del potere [32] anche a prescindere, come si è detto, dalla giurisdizione esclusiva [33], come di recente pare prospettarsi anche nella gestione del territorio e dei beni comuni urbani, con i connessi obblighi di cura e rigenerazione da parte delle amministrazioni [34]. Anche in tali ambiti, si riconosce la possibilità che i patti di collaborazione e il potere di co-amministrazione possano determinare ipotesi di responsabilità per inadempimento degli obblighi specifici derivanti dal procedimento di programmazione, vigilanza e controllo, potendosi considerare come "scorrettezza" l'inerzia dell'amministrazione pubblica nel mancato utilizzo dei beni (degradati, o semplicemente abbandonati) di cui si impedisca la fruizione pubblica [35].

Dalle rilevate criticità pare possibile prospettare una rilettura della necessità di tutela giurisdizionale piena e concentrata del giudice amministrativo (a parte i comportamenti meri, insidie e trabocchetti, che resterebbero alla giurisdizione ordinaria, come precisato dalla Corte costituzionale [36]), avverso atti e comportamenti scorretti della pubblica amministrazione che determinano inadempimenti degli obblighi di fiducia digitale, vista l'evoluzione degli strumenti di conoscenza e dei dati disponibili. Il risarcimento dovrebbe restare il presidio della correttezza

---

di un principio che trova conferma nella regola dell'art. 1337 c.c. senza dover richiamare il contatto sociale, ma semmai il principio della responsabilità da affidamento in uno *status p*rofessionale». Si v. in tal senso: G. VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contr. e impr.*, 2, 2017, p. 347 ss. Critica il "contatto sociale": A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts: La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1, 2013, p. 74 ss. e ID., *"Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus Civile*, 3, 2017, p. 185 ss., ove chiarisce l'improprietà di fondare tale istituto sull'applicazione del par. 311 (2) BGB, evidenziando come la riforma del 2002 in Germania abbia escluso che un contatto "non negoziale" possa costituire fonte di obbligazioni. Più di recente: A. ZACCARIA, *Verdammte Zeiten (tempi maledetti)* e C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, entrambi in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 2020, p. 148 ss. e da ult.: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., p. 69 ss.

[32] Art. 7, comma 1, c.p.a.

[33] Art. 133 c.p.a.

[34] M. DEMICHELIS, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, Jovene, Napoli, 2023, p. 181 ss.

[35] G.M. RACCA, *La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione*, cit., p. 267 ss. ID., *La prospettiva del New European Bauhaus per una sostenibile e inclusiva bellezza*, in corso di pubblicazione.

[36] Corte cost., sentenza 15 luglio 2022, n. 178 (Pres. Amato, Red. De Pretis) ove si chiarisce che la connessione dei comportamenti, anche solo omissivi, con l'esercizio di poteri pubblici può riguardare non solo quelli autoritativi, ma anche organizzativi ed esercitati mediante moduli consensuali. Così come richiamato da: M.A. SANDULLI, *Invalidità degli atti amministrativi e responsabilità della pubblica amministrazione*, in questo Volume.

(fra parti, che non sono meri "passanti") e dissuasione, come si dirà, rispetto ai comportamenti devianti per assicurare una buona amministrazione digitale [37] .

3. *L'evoluzione digitale della buona fede e correttezza: dai procedimenti ai contratti pubblici su piattaforme interoperabili*

La buona fede riguarda, come richiamato, ogni rapporto giuridico amministrativo, anche con operatori economici, che sono organizzazioni complesse e non singoli individui (cittadini) [38]. I princìpi di «buona fede e di tutela dell'affidamento» sono oggi ribaditi anche nel nuovo Codice dei contratti pubblici [39], riconoscendosi espressamente l'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, seppur sempre funzionalizzata al perseguimento dei fini istituzionali e dei connessi risultati, nel rispetto della correttezza [40]. Fini istituzionali che orientano la capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici e che richiedono reciproca collaborazione e buona fede fra le parti, con la possibilità di contestare anche la scorrettezza del privato, operatore economico [41].

La correttezza richiesta nel procedimento di scelta del contraente non è,

---

[37] F. MERUSI, *La tutela risarcitoria come strumento di piena giurisdizione*, cit.; G.M. RACCA, *La buona fede "digitale" nei contratti pubblici*, in F.G. SCOCA, M.P. CHITI, D.-U. GALETTA, Liber Amicorum *per Guido Greco*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 627 ss.

[38] Come già evidenziato da: ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, cit., pp. 18-19. Cfr. F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2000, p. 13 ss.

[39] Art. 5, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, cit. Sul tema: R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, Jovene, Napoli, 2022, pubblicato ad esito del Convegno "*Contratti pubblici e innovazioni*", Roma, 6 aprile 2022, le cui riflessioni sono confluite nel successivo Convegno "*Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice*", organizzato dal Consiglio di Stato con l'Università di Torino il 4 ottobre 2023, *Ius Publicum Network Review e Public Contracts in Legal Globalization Network* e nel successivo volume: R. CAVALLO PERIN-M. LIPARI-G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Jovene, Napoli, 2024.

[40] G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 3-4, 1999, 381 ss., spec. p. 392, notava che «parlare ancora di provvedimenti amministrativi, con riferimento ai vari atti in cui si articola l'evidenza pubblica, appare erroneo sotto vari profili», sia perché si esclude che vi sia esercizio di potestà amministrativa, sia perché, dal punto di vista del regime tale inquadramento ciò precluderebbe «ogni ipotesi di responsabilità precontrattuale: in contrasto, a tacer d'altro, con la specifica previsione comunitaria in proposito».

[41] Così: D. SORACE, *Conclusioni nella Giornata di studio sull'applicazione, sul consolidamento e sulle prospettive del principio di buona fede nei rapporti con le pubbliche amministrazioni*, Università degli Studi di Firenze, 14 ottobre 2022. Sul richiamato art. 5, d.lgs. n. 36/2023, cit., specie il comma 4, sulla rivalsa azionabile dalla stazione appaltante: S. BOCCHINI, *La responsabilità "concorrente" dell'operatore e l'azione di rivalsa della stazione appaltante al cospetto del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2025, p. 67 ss.; A. POLICE, *La responsabilità della pubblica amministrazione in concorso con soggetti privati*, in questo Volume.

peraltro, qualificabile come generico dovere di condotta, ma appare qualificata ed esprime un preciso obbligo di collaborazione e fiducia (digitale) sia nei procedimenti, sia tra le parti coinvolte nelle trattative «parallele» o «multiple» [42] volte all'aggiudicazione di un contratto [43]. Pare di interesse che anche in altri settori dell'economia si delineino obblighi di cooperazione delle imprese verso l'amministrazione, come ad esempio nella *cooperative* compliance [44], che costituiscono anche espressione del generale dovere di fedeltà alla Repubblica, mentre, come noto, al funzionario pubblico è richiesta oltre alla fedeltà, anche la disciplina e l'onore (art. 54 Cost.) [45] e l'organizzazione amministrativa deve essere imparziale e perseguire il buon andamento (art. 97 Cost.).

Nelle relazioni tra organizzazioni complesse [46] l'asimmetria risulta spesso rovesciata a favore del privato, imponendo di riconsiderare l'affidamento e la reciproca buona fede, con le conseguenze in termini di responsabilità, di tutela risarcitoria e dei connessi profili assicurativi [47]. Ora, anche la giurisprudenza pare riconoscere un rapporto amministrativo strutturato disciplinato dalla legge, anche se asimmetrico (e non sempre a favore della parte pubblica), che richiede correttezza e collaborazione reciproca, anche più intensa per la parte pubblica (correttezza rafforzata), ma imprescindibile per entrambe [48], da sviluppare sulla base di un rapporto di "fiducia digitale" tracciabile mediante l'uso di piattaforme e l'analisi dati che evidenzi l'effettiva buona amministrazione [49].

---

[42] Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, come ripreso dalle ad. plen. nn. 19, 20 e 21 del 2021, che accolgono le prospettazioni proposte diciotto anni prima: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., spec. p. 41 ss.

[43] Si v. G. GRECO, *Buona fede nell'esercizio del potere amministrativo e responsabilità civile*, in questo Volume, sulle previsioni dell'obbligo di buona fede e correttezza in collegamento con quello della fiducia tra amministrazione appaltante e operatori economici.

[44] D.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23.* Cfr. A.F. URICCHIO, *L'accertamento tributario*, Giappichelli, Torino, 2014; L. STRIANESE, *La tax compliance nell'attività conoscitiva dell'Amministrazione finanziaria*, Aracne, Roma, 2014; A. TROPEA, *I profili giuridici dell'adempimento collaborativo*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 3-4, 2017, p. 789 ss. Di recente, sull'evoluzione digitale in funzione della *compliance* fiscale: F. FARRI, *Intelligenza artificiale e contrasto all'evasione fiscale nello Stato di diritto*, in *Dir. amm.*, 3, 2025, p. 775 ss.

[45] F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009.

[46] F. D'ANGELO, *Pluralismo degli enti pubblici e collaborazione procedimentale: per una rilettura delle relazioni organizzative nell'amministrazione complessa*, Giappichelli, Torino, 2022.

[47] Così: R. CAVALLO PERIN, *La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. amm.*, 4, 2024, p. 1059 ss. e in questo Volume.

[48] Su cui: Cons. Stato, ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2; cfr. art. 41, comma 2, c.p.a.

[49] Da ult. D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione. Il procedimento amministrativo, fra diritto UE nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione*, in R. CAVALLO PERIN-D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, II ed., Giappichelli, Torino, p. 77 ss.; ID., *Transizione digitale della Pubblica Amministrazione in Italia e*

La correttezza dell'azione amministrativa, posta a presidio di tutti i rapporti giuridici pubblici, deve oggi trovare attuazione ordinaria attraverso strumenti digitali [50]. Come noto, nel tempo, l'ambito delle responsabilità degli enti pubblici ha conosciuto un progressivo ampliamento e si è configurato attraverso differenti forme, secondo principi giuridici che la rilevazione digitale permetterà di perfezionare [51]. Tale quadro risulta spesso offuscato dalle persistenti questioni di giurisdizione che si intrecciano rispetto alla materia dei contratti pubblici, anche in relazione al recepimento delle direttive europee, talora appesantita dal *goldplating*, pur vietato anche dalla legge delega [52]. Si richiede il superamento della informatizzazione verso una reale trasformazione digitale per conseguire effettivi livelli di partecipazione e concorrenza, vista la recente rilevazione della scarsa partecipazione nell'ultimo decennio [53], e dall'altro, assicurare il risultato di

---

diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte dal PNRR e problemi tuttora da affrontare, in *federalismi.it*, 7, 2022, p. 103 ss. Così già in G.M. RACCA, *La "fiducia digitale" nei contratti pubblici tra piattaforme e data analysis*, in *Ist. fed.*, 2, 2023, p. 357 ss. e ID., *La buona fede "digitale" nei contratti pubblici*, cit., p. 627 ss.

[50] Principio noto come "*digital by default*", previsto dall'art. 3-*bis*, legge n. 241/1990, introdotto dall'art. 3, legge n. 15/2005, *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*, come modificato dall'art. 12, comma 1, lett. b), legge n. 120/2020: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Si veda, per tutti: R. CAVALLO PERIN-D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020 e nell'edizione del 2025. Si v.: D.-U. GALETTA-H.C.H. HOFMANN, *Evolving AI-based Automation. The Continuing Relevance of Good Administration*, in *European Law Review*, 6, 2023, p. 617 ss. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 1, 2018, p. 121 ss.; nella prospettiva digitale: G. ORSONI-E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Ist. fed.*, 3, 2019, p. 593 ss.

[51] Per l'evoluzione giurisprudenziale: D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, in *Dir. amm.*, 2, 2009, p. 379 ss. Si v. di recente: A. ZITO, voce *Responsabilità civile della pubblica amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, in *Enc. dir.*, *I tematici, Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 818 ss.; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo.* Editoriale scientifica, Napoli, 2023; ID., *Buona fede e affidamento nel codice dei contratti pubblici: mito o realtà?*, in *Dir. amm.*, 3, 2025, p. 887 ss.; M. ANTONIOLI, *Rapporto senza potere e tutela dell'affidamento. Le nuove frontiere della responsabilità civile della P.A.*, Giappichelli, Torino, 2022; M. TRIMARCHI, *Responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione o amministrazione irresponsabile*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2022, p. 143 ss.

[52] Si v. F. FRATTINI, *Introduzione*, in R. CAVALLO PERIN-M. LIPARI-G.M. RACCA (a cura di), *Contratti pubblici e innovazioni per l'attuazione della legge delega*, cit., p. 1 ss. i contributi nel successivo volume: R. CAVALLO PERIN-M. LIPARI-G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, cit., *passim.* A. CORRADO-E. GRIGLIO-G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici: le sfide per la transizione*, Dike giuridica, Napoli, 2025, p. 8 ss.

[53] Corte dei conti europea, *Appalti pubblici nell'UE. Meno concorrenza per i contratti di lavori, beni e servizi aggiudicati nel periodo 2011-2021, relazione speciale n. 28/2023*, 25 ottobre 2023 e le Risposte della Commissione, 28 novembre 2023, nonché le Conclusioni del Consiglio del 24 maggio 2024.

buona amministrazione digitale, comprensivo dell'adeguatezza dei risarcimenti [54]. Nella prossima revisione delle direttive europee sugli appalti pubblici occorrerà ripensare il complesso delle tutele, attualmente disciplinate ancora dalla Direttiva Ricorsi 2007/66, per evitare duplicazioni e oneri per le amministrazioni e garantire non solo adeguate compensazioni, ma soprattutto un'effettiva dissuasione verso distorsioni e opportunismi degli operatori economici partecipanti alle gare pubbliche [55].

Mentre, in passato, la necessità di garantire l'equilibrio di bilancio richiedeva cautele nella prospettazione delle violazioni risarcibili per evitare un eccessivo ampliamento delle stesse [56], oggi ricostruire i comportamenti pubblici può essere facilitato dall'intelligenza artificiale, che consente di rilevare e delineare un nuovo catalogo di «figure sintomatiche» della scorrettezza in ragione delle più frequenti fattispecie riscontrate nel ciclo digitale del contratto pubblico. Evoluzione che si fonda su una nuova funzione conoscitiva pubblica digitale [57] che consente di far emergere i profili più rilevanti, sia sull'*an* (la condotta scorretta), ma anche sul *quantum* risarcibile [58].

---

[54] Sull'evoluzione del principio di risultato: M. TRIMARCHI, *Il risultato dell'amministrazione: un quadro d'insieme*, in *Dir. amm.*, 3, 2025, p. 803 ss.; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm., 4*, 2023, p. 929 ss.

[55] Si veda il documento elaborato dal gruppo di ricerca dell'Università di Torino, (Feedback reference no. F3525461), nell'ambito della consultazione promossa dalla Commissione europea per la riforma delle direttive sugli appalti pubblici conclusa il 7 marzo 2025 (Ref. Ares(2024)8928678). Sulla prospettiva europea: M.P. CHITI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo*, in questo Volume. Da ultimo si v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025 sugli appalti pubblici (2024/2103(INI).

[56] CGUE, causa C-547/22, *Ingsteel spol. s.r.o. c. Úrad pre verejné obstarávanie*, sentenza della Corte (sez. V) del 6 giugno 2024, per il risarcimento del danno da perdita di opportunità subito dall'impresa esclusa dalla gara pubblica, che recepisce le Conclusioni dell'Avvocato Generale del 7 dicembre 2023. V. anche: M.P. CHITI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nella intersezione del diritto nazionale e del diritto europeo*, in questo Volume.

[57] F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 1967. Di recente: I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Giappichelli, Torino, 2025; C. CASTALDO, *Libertà individuali e* open data. *Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, Giappichelli, Torino, 2025.

[58] I dati mostrano che, nonostante oltre centomila richieste di risarcimento per provvedimenti illegittimi negli ultimi venti anni, solo ottocento sono state accolte, evidenziando l'irrisorietà dei risarcimenti. Un'analisi digitale e tramite intelligenza artificiale potrebbe dunque dimostrare come il risarcimento dei danni sia uno strumento di tipo residuale, spesso impiegato impropriamente dai privati. Così: S. SANTORO, relazione nel Convegno "*A 20 anni dalla sentenza n. 500/1999: attività amministrativa e risarcimento del danno"*, 16 dicembre 2019, Cons. Stato, Roma, 16 dicembre 2019. Cfr. G. TULUMELLO, *I principi della buona fede e della fiducia nella fase dell'affidamento e in quella dell'esecuzione del contratto*, relazione nel Convegno "*Il codice dei contratti pubblici ad un anno dalla riforma"*, Cons. Stato, Roma, 4 marzo 2024. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 275 ss. e spec. p. 279 che nei casi di illegittimità nell'aggiudicazione, evidenzia che «la condanna della Pubblica Amministrazione a pagare al concorrente pretermesso (vittorioso nel

Tale prospettiva, fondata su trasparenza, tracciabilità e accessibilità dei dati, può contribuire a prevenire fenomeni distorsivi e di abuso della responsabilità civile, in particolare evitando situazioni di *over compensation* che, in passato, hanno favorito prassi opportunistiche, quando, ad esempio, l'entità dei risarcimenti rendeva più conveniente non vincere la gara e non chiedere di eseguire il contratto pubblico, ma solamente ottenere un risarcimento. Nel risarcimento in materia di appalti pubblici, la quantificazione del dieci per cento del valore dell'appalto, con la possibile equivalenza della quantificazione dell'interesse negativo a quello positivo, aveva l'obiettivo dissuasivo e sanzionatorio [59]. Al contrario,

giudizio di impugnazione) una somma pari al suo mancato profitto contrattuale implica una duplicazione rispetto al profitto contrattuale conseguito al terzo con il quale il contratto è stato illegittimamente stipulato e, in ipotesi, mantenuto. a compromissione dell'interesse della Pubblica Amministrazione a una scelta efficiente dell'appaltatore verrebbe sanzionata a carico della Pubblica Amministrazione stessa con un aumento del costo dell'operazione: per quest'aspetto, la conclusione appare paradossale». Così già: D. SORACE, *La responsabilità risarcitoria delle pubbliche amministrazioni per lesione di interessi legittimi dopo 10 anni*, cit., spec. p. 409, ove si osserva che «nella circostanza nella quale più frequentemente vengono avanzate richieste risarcitorie ad una amministrazione pubblica (come si è già detto, quella dell'affidamento illegittimo di un appalto ad un soggetto, con conseguente condanna della amministrazione a risarcire i danni ad un altro soggetto illegittimamente pretermesso) il risultato cui si può pervenire sembra contraddire uno degli assunti principali dell'analisi economica della responsabilità civile per cui la relativa disciplina non dovrebbe comunque contenere regole tali che finiscano per determinare costi superiori a quelli del danno che si intende riparare. Ciò è invece quanto avviene nel caso in cui sia illegittima la scelta di un soggetto come contraente dell'amministrazione, dal momento che questi consegue un profitto indebito, mentre all'amministrazione, che già, facendo una scelta diversa da quella prevista dalla legge, può presumersi aver fatto anche una scelta economicamente inefficiente, viene addossato anche l'onere del mancato profitto del soggetto al quale il contratto non è stato affidato».

[59] Sul profilo del *quantum* risarcitorio, l'applicazione giurisprudenziale del criterio del dieci per cento del valore dell'appalto, in analogia con l'art. 344, legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, legge sulle Opere pubbliche, ha nel tempo condotto alla potenziale equivalenza della quantificazione dell'interesse negativo a quello positivo, quantificazione che ha nel tempo incentivato prassi distorsive con domande di risarcimento del danno senza la contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione, con deviazione superata in Italia dal nuovo codice del processo amministrativo che limita la mera richiesta di risarcimento del danno per equivalente senza contestuale azione caducatoria (artt. 121 e 122 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Criterio indicativo proposto come orientativo nel 1998 per responsabilizzare le amministrazioni (G.M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi", Varenna, Villa Monastero 18 – 20 settembre 1997*, Giuffrè, Milano, 1998, e in *Dir. amm.*, 1, 1998, p. 156 ss.), poi accolto in giurisprudenza, con successiva estensione della tutela risarcitoria, fino alla progressiva limitazione della quantificazione su cui si v. da ult. l'ad. plen. n. 2/2017 del Consiglio di Stato che ha escluso possibilità di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta a titolo di risarcimento del danno da perdita di *chance* «sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo». Per una prospettiva critica sulla caducazione del contratto rispetto al rimedio per equivalente, per i costi che si producono sia per le imprese che per l'am-

nella prassi aveva incentivato prassi distorsive con domande di risarcimento prive della contestuale richiesta di annullamento dell'aggiudicazione [60], determinando in molti casi «un aumento dei costi complessivi dell'operazione» [61]. Tale orientamento è stato superato in Italia dal nuovo codice del processo amministrativo e dalla giurisprudenza, con la necessaria contestuale domanda di esecuzione (come risarcimento in forma specifica) e di una precisa prova del *quantum* del danno [62].

La prospettiva di un'alleanza digitale consente di sanzionare con il risarcimento del danno precontrattuale anche l'operatore economico che abbia concorso all'esito della gara illegittimo, ma anche che non accetti le nuove "regole del gioco" digitale [63]. Questo potrebbe verificarsi, ad esempio, nel caso in cui l'operatore presenti offerte anomale, con occultamento di costi obbligatori, che saranno oramai rilevabili con l'intelligenza artificiale, definendo nuove casistiche di figure sintomatiche dello sviamento e della scorrettezza, in ragione dei più frequenti tipi di trattativa e anche rinvenibili fra le condizioni di esecuzione del contratto [64].

I peculiari obblighi di "protezione" della parte pubblica persistono, infatti, per

---

ministrazione: G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2008, p. 1029 ss. Su tali aspetti si rinvia a: G.M. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, cit., p. 631.

[60] G.M. RACCA, S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni, nota a Cass., Sez. I, sentenza 12 maggio 2015, n. 9636*, cit., p. 1963 ss., ID., *La trasformazione digitale sovranazionale dei contratti pubblici*, cit., p. 8 ss.; ID., *La buona fede "digitale" nei contratti pubblici*, cit., p. 627 ss.; P. TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2002, p. 637 ss.

[61] Così: P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, cit., p. 279.

[62] Artt. 121 e 122, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.). Si v. P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, spec. p. 279 evidenziandosi come le funzioni di tutela dell'amministrazione a una «scelta efficiente dell'appaltatore» e delle imprese «che partecipano, o aspirano, a partecipare alla gara» debbano essere coordinate; nello specifico, «si può ritenere che il coordinamento sia realizzato in modo appropriato dalle norme che tendono a realizzare di regola la tutela dell'interessato nella forma specifica dell'aggiudicazione in suo favore e del suo subentro nel contratto», sicché «Il risarcimento dovrebbe perciò operare solo nei casi residui; in questi può considerarsi adeguato il risarcimento dell'interesse negativo».

[63] Art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, cit.; art. 124, c.p.a. Sul concorso di colpa del creditore: P.G. MONATERI, *La responsabilità contrattuale e precontrattuale*, Utet, Torino, 1998, p. 272 ss. Si v. ID., *La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 1998; P.G. MONATERI-D. GIANTI-L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in *Trattato sulla responsabilità*, a cura di P.G. MONATERI, Giappichelli, Torino, 2013; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto civile*, III ed., Giuffrè, Milano, 2023, p. 768 ss.

[64] Come già prospettato in: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., p. 251. Cfr. D.-U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 4, 2020, p. 501 ss.

tutta la durata del rapporto contrattuale, sia nella fase preliminare all'aggiudicazione del contratto, sia nella fase esecutiva, funzionalizzata e obbligatoriamente coerente con le risultanze del confronto concorrenziale svolto [65].

L'attività amministrativa non risulta infatti libera nel fine, ma deve sempre perseguire l'interesse pubblico, trovando nella vicenda contrattuale una specifica rappresentazione come attività contrattuale funzionalizzata [66], come ricordato anche dalla Corte costituzionale [67], che trova oggi espressione nel principio del "risultato" da assicurare nell'intero ciclo di vita del contratto [68]. Risultato, inteso quale esito dell'«operazione amministrativa» [69], da realizzarsi, anche in fase esecutiva, con la massima tempestività e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, sempre nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza, espressamente richiamati nel nuovo Codice [70].

---

[65] R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm., 2*, 2010, p. 325 ss. Cfr. CGUE, sez. III, 19 giugno 2008, causa C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. Republik Österreich (Bund)* e altri, ove si afferma che le «modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della Direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi». Cfr. ID., *Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., p. 247 ss.

[66] E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, cit., 2022. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della P.A. tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, cit., p. 209 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996.

[67] Corte cost., 23 novembre 2017, n. 401, spec. p.to 6.8.; Corte cost., sentenza 16 luglio 2024, n. 132. Su cui da ult. G. COLOMBINI, *Responsabilità erariale: riflessioni a margine del sistema di giustizia contabile* e S. FOÀ, *L'elemento psicologico della responsabilità amministrativa nel nuovo equilibrio tra poteri dello Stato*, entrambi in questo Volume.

[68] Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 36/2023, cit. Si v. A. POLICE, *La responsabilità della pubblica Amministrazione in concorso con soggetti privati*, in questo Volume.

[69] F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 75 ss., spec. p. 84, per cui il contratto pubblico può essere inteso come «operazione amministrativa, ad indicare l'insieme delle attività necessarie per conseguire un determinato risultato concreto».

[70] Art. 1, d.lgs. n. 36/2023, cit. Si v. G. MONTEDORO, *La responsabilità della pubblica amministrazione nel bilanciamento costituzionale* e A. POLICE, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione in concorso con soggetti privati*, entrambi in questo Volume. Si v. A. CORRADO, *I principi in tema di digitalizzazione*, in A. CORRADO-E. GRIGLIO-G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici: le sfide per la transizione*, cit., p. 53 ss.

La legittimazione straordinaria di ANAC [71] e dell'AGCM [72] nei casi di contratti di rilevante impatto, evidenzia la necessità di assicurare che, anche in attività di mercato, la parte pubblica persegua costantemente gli obiettivi di interesse della collettività, anche quando questi si pongano in contrasto con quelli degli operatori economici [73], con autonomia negoziale sempre funzionalizzata al perseguimento dei fini istituzionali e dei connessi risultati. Fini istituzionali che orientano la capacità di diritto privato dello Stato e degli enti pubblici e che richiedono, come ricordato, «collaborazione e buona fede» reciproca fra le parti, con la possibilità di contestare, tramite rilevazioni digitali sempre più diffuse e precise, anche la scorrettezza degli operatori economici [74].

4. *Il nuovo paradigma collaborativo e la modellazione digitale*

La trasformazione digitale e la recente concentrazione di atti e dati dell'intero ciclo di vita dell'appalto su piattaforme interoperabili favoriscono un'evoluzione del contratto pubblico da contratto fra parti contrapposte, con i normali comportamenti opportunistici, verso modelli di accordo collaborativo, fondati sulla

---

[71] Art. 220, comma 2, d.lgs. n. 36/2023, cit.: «L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Tale strumento (prima disciplinato dall'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016) è stato utilizzato da ANAC per la prima volta nel contenzioso sul caso Asmel. Su cui: G.M. RACCA, *La Corte di Giustizia e le scelte nazionali per una efficiente e trasparente aggregazione dei contratti pubblici: una sfida per l'evoluzione digitale della "funzione appalti" nazionale, regionale e locale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2021, p. 185 ss.

[72] Art. 21-*bis*, legge 10 ottobre 1990, n. 287, *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato:* «L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

[73] P. LAZZARA, *Legittimazione a ricorrere di ANAC e centralizzazione delle committenze*, nota a sentenza Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2020, n. 240, in *Foro amm.*, 5, 2020, p. 999 ss.; ID., *Legittimazione straordinaria ed 'enforcement' pubblico dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Dai compiti di segnalazione all'impugnazione degli atti contrari alle regole della concorrenza e del mercato*, in *Conc. merc.*, 1, 2018, p. 65 ss.

[74] Tar Toscana, sez. I, sentenza 18 novembre 2022, n. 1348 sulla domanda di risarcimento del danno avanzata dall'amministrazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che si era pretestuosamente sottratto alla stipula del contratto costringendo alla revoca dell'aggiudicazione e ad un nuovo affidamento più oneroso al secondo operatore in graduatoria, questione tuttavia ricondotta alla giurisdizione del g.o. Sulla rivalsa che la stazione appaltante, condannata al risarcimento del danno, può esercitare nei confronti dell'operatore economico che abbia determinato, con proprio comportamento scorretto, l'illegittimità dell'aggiudicazione (*ex* art. 5, comma 4, d.lgs. n. 36/2023, cit.), si v. A. POLICE, *La responsabilità della pubblica Amministrazione in concorso con soggetti privati*, in questo Volume; G. MORBIDELLI, *Situazioni soggettive e pubblici poteri, ivi.*

modellazione informativa [75]. Il tracciamento e il monitoraggio digitale delle fasi dell'evidenza pubblica consentono la verifica del «risultato» contrattuale e la riduzione del rischio di varianti e modifiche sostanziali, garantendo il rispetto del principio di concorrenza, non solo nella selezione, ma anche in fase esecutiva, in modo che quanto promesso in gara sia eseguito in coerenza e l'esito del confronto concorrenziale, ora presidiato da strumenti digitali [76], non sia violato.

Un rinnovato rapporto di "fiducia digitale" favorisce il ricorso a modelli collaborativi tra amministrazione e operatori economici, supportati da strumenti digitali e dall'intelligenza artificiale e ciò in coerenza con le previsioni del Codice dei contratti pubblici, ove si prevede il ricorso alla modellazione informativa [77] e a possibili, ulteriori "accordi di collaborazione" tra enti e fornitori come strumento integrativo al contratto pubblico finalizzato al risultato [78].

L'intelligenza artificiale e l'analisi dei dati permettono infatti di valutare il comportamento complessivo dei diversi agenti, monitorandolo e incentivandolo mediante criteri di premialità e, come forma di deterrenza e sanzione, penalità, come prospettato nella modellazione informativa (*Building Information Modeling – BIM*) [79]. Gli accordi collaborativi (*framework alliances*) definiscono esattamente obbligazioni e corrispettivi in un sistema digitale complesso, che prefigura mediante gemello digitale attività e opere da realizzare da parte di ciascun operatore economico inserito nel sistema e direttamente affidatario di attività, premialità in base ai risultati. Ciò permetterebbe di superare i comportamenti opportunistici delle parti contrapposte, verso un modello *win-win* di relazioni basate sulla "fiducia digitale" che integrerebbe tutti gli operatori nel sistema superando le

---

[75] Si v. l'art. 21 d.lgs. n. 36/2023, cit. Si v. G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, cit., p. 391 ss.; D. APREA, *La Gestione Informativa Digitale e la transizione digitale negli appalti di lavori: dagli adempimenti preliminari alle nuove figure professionali nel settore delle costruzioni*, in A. CORRADO-E. GRIGLIO-G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici: le sfide per la transizione*, cit., p. 207 ss.

[76] Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10. Si v. R. CAVALLO PERIN, G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 325 ss. nonché V. CERULLI IRELLI, *La fiducia nel rapporto con l'amministrazione pubblica*, in questo Volume.

[77] Cfr. art. 43 e Allegato I.9 d.lgs. n. 36/2023, cit. Si v. G.M. DI GIUDA-G.M. RACCA, *From Works Contracts to Collaborative Contracts: The Challenges of Building Information Modeling (BIM) in public procurement*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Joint Public Procurement and Innovation: Lessons Across Borders*, Bruylant, Bruxelles, 2019, p. 223 ss.

[78] Art. 82-*bis* d.lgs. n. 36/2023, cit., come aggiunto dall'art. 29 d.lgs. n. 209/2024, *Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.*

[79] G.M. RACCA, *I contratti pubblici collaborativi e le prospettive innovative della modellazione digitale (il Building Information Modeling)*, in G.F. FERRARI (dir.), *La prossima città*, II ed. (Smart cities 2), Mimesis, Sesto San Giovanni, 2020, p. 581 ss.; ID., *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Ist. fed.*, 3, 2019, p. 739 ss. Si v. di recente: G. ARMAO-C. CUTULI (a cura di), *Coesione digitale, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, Gruppo24ore, Milano, 2025.

criticità dei subappalti. La tracciabilità digitale delle attività e dei risultati permetterebbe di rendere trasparenti i pagamenti e gli incentivi verso la tempestiva esecuzione e rendendo evidenti le possibili interferenze, per gestirle tempestivamente e risolvere le criticità, senza che si trasformino in contenzioso. La tradizionale logica dello scambio verrebbe trasformata in "collaborazione digitale", verso il comune risultato, ove i margini di guadagno definiti in sede di accordo risultano effettivi e non scontano i ribassi eccessivi da recuperare in sede esecutiva. Collaborazione e buona fede "digitale" assicurano questa trasparenza che diviene incentivo all'esecuzione corretta e coerente con il progetto ed il "gemello digitale" [80].

5. *La prospettiva funzionale della responsabilità e la necessaria gestione del rischio nelle attività pubbliche digitalizzate*

La trasformazione digitale permetterà una conoscenza ed una innovazione funzionale con effetti sulle scelte di organizzazione e attività, di predizione, rilevazione e gestione dei rischi e di distribuzione delle responsabilità conseguenti ad eventi dannosi rispetto ai diversi enti pubblici e privati ed agli agenti coinvolti, incentivando comportamenti corretti [81]. Trasformazione che sembra sostenuta dall'evoluzione della disciplina nazionale ed europea sul digitale, applicabile anche all'uso di sistemi di intelligenza artificiale da parte dell'amministrazione pubblica [82]. In questo contesto, le responsabilità vengono riconfigurate in termini di responsabilità «per rischio» [83], orientate all'individuazione di misure efficaci di

---

[80] M. DEMICHELIS, *Territori digitali e buona amministrazione*, in corso di pubblicazione; di recente: R. CAVALLO PERIN, *L'interesse delle collettività alla tutela della salute*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, p. 745 ss.

[81] Secondo quanto prospettato da tempo in: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, e di recente in ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, terza edizione, cit., *passim.* Si v. R. CAVALLO PERIN, *La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in questo Volume.

[82] F. TRIMARCHI BANFI, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *Dir. amm.*, 3, 2025, p. 655 ss.; cfr. C. AMATO, *Responsabilità civile da "intelligenza" artificiale: prospettive di disciplina europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2025, p. 373 ss.; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2017. Più in generale si v. G. CERRINA FERONI-C. FONTANA-E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, il Mulino, Bologna, 2022.

[83] Così già: P. TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 90 ss., spec. p. 108: «la responsabilità civile può essere lo strumento per una redistribuzione dei danni secondo la direttiva economica che vuole addossato all'imprenditore il rischio lecito d'impresa». Si veda anche: ID., intervento al Convegno "*Sistema e senso della responsabilità civile*", Università degli Studi di Trento, 6 aprile 2017. Di recente: G. BELLANTUOMO-U. IZZO (a cura di), *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno (Trento, 16-18 dicembre 2020)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, in particolare i contributi di G. BELLANTUOMO-U. IZZO,

monitoraggio, controllo e riduzione dei rischi, nonché a riconoscere l'imputazione degli atti, anche automatizzati, con una ridefinizione della responsabilità dell'apparato, come organizzazione che agisce mediante strumenti digitali.

La responsabilità civile, in particolare quella della pubblica amministrazione [84], riflette l'evoluzione nell'uso di nuovi strumenti e nell'emergere di nuovi interessi da perseguire, cui sono correlati problemi e regole differenziate, in base ai settori ed alle diverse forme di reazione all'illecito – risarcimento e le differenti sanzioni (penale, civile, amministrativa, disciplinare) – sia per gli enti, sia per gli agenti, che vanno intese oggi come correlate alla trasformazione digitale [85].

Rispetto alle tradizionali concezioni compensativa e preventiva (dissuasiva), l'evoluzione digitale permette di considerare la prospettiva funzionale, orientata al riequilibrio di posizioni e all'allocazione dei rischi, attraverso la necessaria individuazione dei costi e benefici, dei profili assicurativi, e mediante l'analisi dell'impatto delle decisioni, anche giurisdizionali [86]. Le trasformazioni digitali

---

Prefazione, p. 1 ss. e M. BARCELLONA, *Diritto, economia e analisi economica del diritto*, p. 5 ss. C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 19 ss. Si v. M. BARCELLONA, *Funzione e struttura della responsabilità civile: considerazioni preliminari sul 'concetto' di danno aquiliano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 2004, p. 234 ss. Sulle diverse prospettive di valutazione del rischio e della sua assicurazione, nei regimi giuridici di responsabilità contrattuale come in quella extracontrattuale: P. TRIMARCHI, *Incentivi e rischio nella responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2008, p. 341 ss., spec. 344.

[84] Sul tema già: E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici, c*it., *passim;* R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 143 ss.; E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Marino Solfanelli, Chieti, 1984; G. GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, cit., p. 115 ss.; G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2000, p. 31 ss.; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1, 1999, p. 3222 ss., nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500; A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Giuffrè, Milano, 2005, *passim.*

[85] OECD, *Managing risks in the public procurement of goods, services and infrastructure*, OECD Publishing, Paris, 2023.

[86] P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, cit., p. 3 ss.; Si v. S. SICA, *La responsabilità civile tra struttura, funzione e «valori»*, in *Resp. civ. prev.*, 4-5, 1994, p. 543 ss., spec. p. 544 sull'evoluzione delle funzioni della responsabilità civile, osservando che «agli originari obiettivi se ne aggiungono di nuovi, come quelli di *specific deterrence*, (diverso dalla generica capacità preventiva del "timore" della sanzione) e di sicurezza sociale». Su tali aspetti v. G. ALPA, *Prefazione*, in S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, ristampa inalterata, Giuffrè, Milano, 2023, p. XVII, ove si evidenzia la rilevanza del «principio di solidarietà che capovolge la funzione della responsabilità: non più complesso di sanzioni, non più ricerca della colpa – morale e giuridica – dell'autore dell'illecito, ma sistema di tecniche risarcitorie per soddisfare il bisogno sociale di tutela della vittima e di ripristino dei valori distrutti». Un'indagine di tipo "funzionale" della responsabilità civile è, come noto, evidenziata nell'opera di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975 e nelle opere degli studiosi dell'analisi economica del diritto, a partire dai richiamati testi di: P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., spec. p. 9 ss.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 50, ove si evidenzia, in

impongono una ridefinizione del modello organizzativo e della gestione dei rischi "di posizione" o di "apparato", al fine di individuare adeguate misure di monitoraggio, controllo e riduzione, per l'accertamento delle relative responsabilità [87]. Le responsabilità del funzionario pubblico (con una evoluzione nella definizione dell'errore "digitale" scusabile) e il danno correlato alla deviazione dagli *standard* potrebbero essere attribuite all'organizzazione o al produttore della tecnologia, congruamente assicurati, in base agli indici statistici o ormai predittivi, desunti dall'intelligenza artificiale [88].

Le responsabilità delle amministrazioni pubbliche, da tempo ricondotte all'organizzazione, anche dalla Corte di giustizia UE [89], richiedono di superare modelli organizzativi e gestionali che non sono parsi idonei a prevenire e contrastare abusi e condotte illecite [90].

L'analisi di questi sistemi diviene essenziale per ridefinire le responsabilità

---

riferimento alla responsabilità civile come «l'analisi funzionale costituisce la via metodologicamente più corretta per cogliere il significato di alcuni complessi normativi e che, lungi dal travisarne la realtà strutturale, riesce piuttosto a coglierne gli indici più significativi»; ID., *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 1984, p. 595 ss.; R. SACCO, *Il Contratto*, Utet, Torino, 1975; ID., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, il Mulino, Bologna, 1999; G. ALPA-F. PULITINI-S. RODOTÀ-F. ROMANI (a cura di), *Interpretazione giuridica e analisi economica*, Giuffrè, Milano, 1982; G. ALPA, *Interpretazione economica del diritto (Economic analysis of law)*, in *Noviss. Dig. it.*, Appendice, IV, Utet, Torino, 1983, p. 315 ss.; P.G. MONATERI, *Risultati e regole. Un'analisi giuridica dell'analisi economica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3, 1995, p. 605 ss.; ID., *La responsabilità civile*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1998; ID., *La responsabilità civile "individualista" e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*, in *Danno resp.*, 1, 2023, p. 6 ss. con osservazioni sui "costi sociali" dei danni che, seppur di modesta entità ma ad alta frequenza, come nel settore della responsabilità medica, risultano più gravosi per la collettività rispetto ai danni gravi ma a bassa frequenza (es. catastrofali). Sull'evoluzione e sulla funzione "sociale" dell'assicurazione nel sistema della responsabilità medico-sanitaria: M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Jovene, Napoli, 2017, p. 14 ss. Sul collegamento tra responsabilità civile e assicurazione: G. PONZANELLI, *Assicurazione e responsabilità civile: i termini del loro rapporto*, in *Dir. ec. ass.*, 2, 2011, p. 571 ss. A. CIATTI CÀIMI, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, Cedam, 2002. Da ult.: G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, in *Dir. amm.*, 3, 2024, p. 891 ss.

[87] Sull'evoluzione dei "rischi" digitali: C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ.*, 4, 2023, p. 1073 ss.

[88] R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Dir. pubb.*, 1, 2021, p. 73 ss.; ID., *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm., 2*, 2020, p. 305 ss. e ID., *La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in questo Volume. M. FALCONE, *La rilevanza dei profili organizzativi nel sistema delle responsabilità pubbliche*, in *Dir. amm., 3*, 2024, p. 851 ss.

[89] Corte giustizia UE, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG*, cit.

[90] B.G. MATTARELLA, *Ordinamento degli uffici e responsabilità dei funzionari tra disciplina e onore*, in questo Volume, anche sulle criticità dei modelli organizzativi c.d. 231/2001; G.M. RACCA, *Abuso d'ufficio e contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 16, 2024, p. 291 ss.; A. ANGIULI-V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Abuso d'ufficio e diritto alla buona amministrazione. Da un Seminario di studi alla pronuncia della Corte costituzionale*, Cacucci, Bari, 2025.

degli enti pubblici e dei funzionari che non risulteranno coperti dai sistemi assicurativi, come può avvenire nella responsabilità medica (rischio clinico) [91], ma anche nelle responsabilità per attività ad alto rischio, i contratti pubblici o la gestione del territorio [92].

La disciplina europea richiede di distinguere i diversi livelli di rischio, anche nelle amministrazioni pubbliche (rischio elevato, basso o minimo, secondo la classificazione prevista dal Regolamento sull'Intelligenza Artificiale [93]), con conseguenze per la responsabilità civile e l'esposizione assicurativa per i danni che l'IA nell'attività amministrativa potrebbero arrecare [94]. Rischi potenziali emergono, in

---

[91] Si v. P. CORRIAS, *I profili di rilievo assicurativo della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2019, p. 113 ss.; G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, cit., p. 891 ss. In sanità una funzione assicurativa pubblica più efficace potrebbe determinare riduzione e redistribuzione dei costi, con predeterminazione tabellare dei limiti dei risarcimenti, mediante rilevazione digitale, in luogo dell'incerta determinazione giudiziale. Si v. di recente il Regolamento recante la tabella unica nazionale per la quantificazione delle c.d. "macrolesioni", rilevanti anche in ambito medico-sanitario, emanato con d.P.R. 13 gennaio 2025 in attuazione dell'art. 138 del Codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) con superamento della prassi della elaborazione tabellare di alcune Corti (come le "tabelle" del Tribunale di Roma e di Milano). Si favorirebbe così lo sviluppo di modelli di autoassicurazione con il supporto delle tecnologie e dell'analisi dei dati per un rinnovato governo clinico digitale, come richiesto nel recente d.m. 15 dicembre 2023, n. 232 recante requisiti qualitativi e quantitativi minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie nonché degli strumenti di assunzione diretta del rischio (*self-insurance*). Un sistema assicurativo (basato sulle rilevazioni digitali) di gestione del rischio clinico, anche connesso alle funzioni di telemedicina, potrebbe, in tal modo, ridurre il contenzioso e contrastare significativamente il fenomeno della medicina (come della burocrazia) difensiva. Di recente: S.P. PERRINO, *Il contratto di spedalità: da Francesco Galgano alle (prossime) riforme sulla responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2025, p. 268 ss.; A. LUMINOSO, *Sulla nuova disciplina della responsabilità civile nel settore sanitario. Regime binario e criteri di imputazione*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2024, p. 1449 ss.; A. NICOLUSSI, *Responsabilità sanitaria e rivalsa*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2023, p. 657 ss.; G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 5, 2022, p. 214 ss., e più in generale: F. DE CAROLIS-S. BATTINI, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1, 2019, p. 293 ss. Di recente: L. LORENZONI, *Contratti pubblici e burocrazia difensiva*, in *Dir. amm.*, 2, 2025, p. 559 ss.

[92] M. DEMICHELIS, *Il governo digitale del territorio. Dagli usi temporanei alla rigenerazione urbana*, cit., p. 181 ss.; ID., *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio*, in *Dir. amm.*, 2, 2023, p. 407 ss. Si v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2025 sugli appalti pubblici, contenente specifiche raccomandazioni per la prossima riforma del settore, orientata alla digitalizzazione, all'interoperabilità e alla semplificazione per le stazioni appaltanti e gli operatori economici, in particolar modo per le PMI.

[93] Si v. il cons. 111 e l'art. 6 (*Regole di classificazione per i sistemi di IA ad alto rischio*) del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 (*AI Act*). Si veda, di recente: F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea dell'intelligenza artificiale nella società digitale*, Giappichelli, Torino, 2025; cfr. G. CERRINA FERONI-C. FONTANA-E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, cit., spec. il contributo di G. SFORZA, *Regolamentare, non regolamentare, come regolamentare. Questi sono i dilemmi, ivi*, p. 53 ss.

[94] F. TRIMARCHI BANFI, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza*

particolare, con riferimento all'adozione di nuove tecniche conoscitive, come l'elaborazione massiva di dati personali, c.d. *web scraping*, normalmente vietata senza il consenso dell'interessato, spesso impossibile da acquisire [95]. Tuttavia, quando l'uso secondario avviene «nel pubblico interesse», come la libera «ricerca scientifica» [96], si applicano specifiche esenzioni [97], giustificate dalla realizzazione di finalità di interesse generale, anche secondo la logica dell'altruismo dei dati [98]. In tal senso, l'utilizzo di strumenti di IA nell'attività amministrativa dovrà assicurare il rispetto dei diritti dei destinatari dei servizi pubblici, con responsabilità solamente per gli usi non consentiti nella nuova dimensione digitale [99].

Tali ipotesi vanno distinte dal mero rischio di «malfunzionamento del sistema informatico», che normalmente ricade sull'amministrazione [100]. Rientra, infatti, nella capacità dell'ente poter «rimediare alle occasionali possibili disfunzioni che possano verificarsi» in particolare finora «attraverso lo strumento procedimentale del soccorso istruttorio», senza tuttavia generare un nuovo formalismo digitale [101]. Tutto ciò non esclude l'azione di risarcimento danni per inadempimento causato dal produttore della piattaforma o dell'algoritmo, sia essa intentata dall'amministrazione o, ove consentito dall'ordinamento, direttamente dai terzi.

---

artificiale, cit., p. 655 ss.; ID., *La nozione di rischio nel diritto europeo della precauzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2025; cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile ed intelligenza artificiale: quali soluzioni per quali problemi?*, in *Resp. civ.*, 4, 2023, p. 1073 ss.

[95] Art. 5, par. 1, lett. b), GDPR; art. 5. par. 1, lett. c), AI Act. Si v. *amplius:* F. TRIMARCHI BANFI, *Rischio e responsabilità nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 655 ss.

[96] R. CAVALLO PERIN, *L'Università come istituzione di libera scienza*, in *Dir. amm.*, 3, 2023, p. 549 ss.

[97] Art. 5, par. 1, lett. b), seconda parte; art. 89 GDPR.

[98] Art. 15 s., regolamento n. 2022/868/UE sulla *governance* dei dati; nonché, per l'Italia: art. 50, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 82/2005, *Codice dell'Amministrazione Digitale.* Si v. C. CASTALDO, *Big Data, Power, and knowledge. Regulatory aspects of access to big data and the Digital Service Act package*, in *Ius Publicum Network Review*, 1, 2022, p. 1 ss. e ID., *Libertà individuali e* open data. *Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, Giappichelli, Torino, 2025.

[99] Cass. civ., sez. I, ordinanza 13 maggio 2024, n. 12967, sull'illegittimo impiego di dati biometrici da parte di un'università tramite *software* di intelligenza artificiale per la supervisione a distanza degli esami nel periodo pandemico, ritenuto inidoneo a tutelare adeguatamente gli studenti. A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN-D.-U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, cit., p. 1 ss. Su cui si v. la giurisprudenza sull'applicazione della legge n. 107/2015, n. 107 sulla riforma della c.d. "buona scuola", spec. Cons. Stato n. 2270/2019.

[100] Sulle piattaforme di *e-procurement:* v. A. LABBADIA, *Il Fascicolo virtuale dell'operatore economico*, in A. CORRADO-E. GRIGLIO-G.M. RACCA (a cura di), *La digitalizzazione dei contratti pubblici: le sfide per la transizione*, cit., p. 123 ss.

[101] M. LIPARI, *Effettività della tutela giurisdizionale e innovazioni tecnologiche nel nuovo codice n. 36/2023*, in R. CAVALLO PERIN-M. LIPARI-G.M. RACCA, *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, cit., p. 107 ss. Da ultimo: Tar Lazio, Roma, sez. I-*ter*, 19 luglio 2024, n. 14747; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2020, n. 3148. Si v. anche: M.A. SANDULLI, *Invalidità degli atti amministrativi e responsabilità della pubblica amministrazione*, in questo Volume.

L'intelligenza artificiale e l'analisi dei dati permettono di rilevare, con precisione in precedenza impensabile, atti, fatti e comportamenti delle organizzazioni pubbliche e dei dipendenti [102], selezionando e allocando i rischi e i danni meritevoli di risarcimento e quelli di tipo seriale o comunque sistemico, da gestire con strumenti diversi (indennizzi, compensazioni su base tabellare, strumenti assicurativi, sanzioni disciplinari, o sociali, ecc.) da adeguare in base alla specifica funzione pubblica coinvolta (sanità, appalti, gestione del territorio, ecc.) [103], per

[102] Sulle diverse funzioni della responsabilità civile, anche in chiave comparata: G. ALPA, *La responsabilità civile nel diritto comparato*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2024, p. 233 ss. in particolare il par. 33, "*Le funzioni della responsabilità civile*". Si v. C. SALVI, voce *Responsabilità civile (funzioni della)*, in *Enc. dir., I tematici, Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, p. 683 ss.; ID., *Quali funzioni per la responsabilità civile?*, in *Danno resp.*, 2, 2022, p. 137 ss.; cfr. M. BUSSANI, *Le funzioni delle funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2022, p. 264 ss. Si v. G. MORBIDELLI, *Situazioni soggettive e pubblici poteri*, in questo Volume e sull'evoluzione delle funzioni della responsabilità civile si v. Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, sull'ammissibilità, nell'ordinamento giuridico interno, dell'istituto di origine statunitense dei risarcimenti c.d. punitivi (*punitive damages*). Si evidenzia come «dalla traiettoria che l'istituto della responsabilità civile ha percorso in questi decenni» sia emerso che «accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva». Da ciò deriva che l'istituto dei risarcimenti punitivi, di origine statunitense, non è ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano, purché il riconoscimento di sentenze straniere in materia avvenga a «condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico». Si v. A. CIATTI CÀIMI, *I danni punitivi e quello che non vorremmo sentirci dire dalle Corti di Common Law*, in *Contr. impr. Europa*, 1, 2017, p. 1 ss.; P.G. MONATERI, *Le sezioni unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova riv. civ. comm.*, 10, 2017, p. 1410 ss.; più di recente: P. TRIMARCHI, *Responsabilità civile punitiva?*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2020, p. 687 ss. Di recente: F. DI CIOMMO, voce *Responsabilità civile e rischio di impresa*, in *Enc. dir.*, *I tematici, Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, p. 1026 ss.

[103] In sanità il modello del "doppio binario" nella responsabilità civile rischia di compromettere la qualità del servizio pubblico, sviluppando conflittualità fra assicurazioni, esponendo a rischi di medicina difensiva e scarsa efficienza, G.M. RACCA, voce *Salute*, in *Enc. dir.*, *I tematici, Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 995 ss., spec. pp. 1011-1012. Cfr. di recente: G. D'AMICO, voce *Responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie*, in *Enc. dir.*, *I tematici, Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, p. 795 ss.; G. SDANGANELLI, *Verso una funzione assicurativa pubblica nella sanità digitale*, cit., p. 891 ss.; A. IUDICA (a cura di), *La tutela della persona nella nuova responsabilità sanitaria*, Giuffrè, Milano, 2019, e i contributi *ivi* pubblicati; più in generale, di recente: M.A. SANDULLI, *La sanità*, in *federalismi.it*, 30 luglio 2025, p. 2 ss.; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, III ed., Giappichelli, Torino, 2025; F. GAMBARDELLA, *La tutela integrata della salute e dell'ambiente per l'approccio one health*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2025; ID., *Cura e pubblica amministrazione*, il Mulino, Bologna, 2024, spec. p. 172 ss.; F. CIMBALI, *La g*overnance *della sanità digitale*, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2023. M. INTERLANDI, *La responsabilità per danni da comportamenti materiali*, in F. CARINGELLA-R. CHIEPPA-B.G. MATTARELLA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit.,

evitare distorsioni già rilevate in altri ambiti, quale la limitata efficacia nella responsabilità oggettiva del produttore, spesso evitata per gli eccessivi effetti collaterali di pubblicità negativa.

L'evoluzione prospettata richiede di evitare sovrapposizioni tra strumenti di tutela, che impediscono di raggiungere l'obiettivo di interesse pubblico, come ribadito dalla Corte costituzionale nel riaffermare il divieto di duplicazioni risarcitorie o interferenze tra tutele eterogenee «per scongiurare l'eventuale moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali e spesso non coordinate tra loro» [104].

Il settore pubblico potrà disporre di strumenti più articolati, ove emerga che la responsabilità civile non costituisca sempre lo strumento più adeguato [105], valutando il ricorso a forme di responsabilità amministrativa, disciplinare o a differenti tipologie di sanzioni anche sociali, da integrare con modelli assicurativi innovativi e coerenti con gli interessi pubblici da tutelare.

Una più ampia rilevazione dei flussi di risorse pubbliche e private, della previdenza e delle assicurazioni permetterà di definire strategie più sofisticate di compensazione e dissuasione, secondo i differenti strumenti che la trasformazione digitale consentirà di individuare.

---

p. 107 ss. D. DE PRETIS, *Osservazioni su responsabilità e buona fede*, e V. CERULLI IRELLI, *La fiducia nel rapporto con l'amministrazione pubblica*, entrambi in questo Volume.

[104] Corte cost., sentenza 16 luglio 2024, n. 132, p.to 11.1 e G. PITRUZZELLA, *La responsabilità amministrativa dei funzionari nelle recenti evoluzioni*, in questo Volume.

[105] Cfr. P. TRIMARCHI, intervento al Convegno "*La Responsabilità Civile, Oggi*", Università degli Studi di Milano, 19 settembre 2024; P.G. MONATERI, *Il "fumoso" problema del danno da fumo*, in *Resp. civ. e prev*., 4-5, 2005, p. 969 ss., ove si evidenziano i limiti della responsabilità civile a farsi carico di fenomeni dannosi a larga scala, quali, ad es., i "danni da fumo", per la scarsa prevedibilità e conseguente assicurabilità. ID., *I Mass Torts: dalla R.C. al contratto "politico"*, in *Resp. civ. e prev.*,1, 2003, p. 13 ss., ove si svolgono analoghe riflessioni sui c.d. *mass torts* (danni "a grande scala"), come quelli catastrofali, mettendo in luce come, in simili ipotesi, le regole dell'illecito civile e i meccanismi assicurativi risultino inadeguati, rendendo necessario il ricorso a strumenti diversi (contratto, transazione, intervento pubblico) e alla mediazione politica in funzione di «*public interest*». Si v. di recente, la legge di bilancio 2024 (legge n. 213/2023, art. 1, commi 101 ss.), che ha introdotto l'obbligo, per le imprese iscritte al Registro, con esclusione delle agricole, di stipulare una polizza per i rischi catastrofali (sismi, alluvioni, frane, inondazioni).

La responsabilità della P.A. all'incrocio di diversi regimi

Daria de Pretis

1. Permettetemi innanzitutto di unirmi ai ringraziamenti per essere stata coinvolta in un convegno così importante e così ricco, dedicato al ricordo del professor Casetta in occasione della riedizione del suo testo fondamentale sulla responsabilità per gli illeciti degli enti pubblici. Un'occasione che si collega anche ai festeggiamenti per gli scritti di Rosario Ferrara e di Carlo Emanuele Gallo, e celebra dunque, al contempo, una grande scuola accademica, che ha prodotto lavori seminali nella nostra disciplina e che continua a offrire anche oggi un contributo decisivo alla riflessione scientifica su temi centrali del diritto amministrativo. Anche da parte mia, dunque, grazie a chi ha pensato e realizzato questo convegno, e particolarmente a Gabriella M. Racca per l'impeccabile organizzazione, e, naturalmente, a Roberto Cavallo Perin, a Sergio Foà e a tutti i giovani della gloriosa scuola torinese.

Il compito che mi è stato affidato, di concludere i nostri lavori, si rivela particolarmente difficile, perché la ricchezza di queste due sessioni di lavoro è tale che è quasi impossibile darne conto in modo da non tradire la quantità e la profondità delle trattazioni e delle analisi compiute. Gli interventi che abbiamo ascoltato ci hanno offerto un quadro approfondito e aggiornato del tema della responsabilità per illeciti della pubblica amministrazione, mettendone in evidenza innanzitutto l'estrema complessità.

In considerazione di questa strutturale complessità dell'argomento, cercherò qui di riprendere alcuni fili dei ragionamenti che sono stati svolti e di dipanarli intorno all'idea delle "intersezioni" al cui incrocio si colloca il regime della responsabilità della pubblica amministrazione, per riprendere un'efficace immagine utilizzata nel suo intervento dal professor Mario P. Chiti.

È evidente a tutti, infatti, che la questione della responsabilità extracontrattuale della P.A. si pone al crocevia di una pluralità di dimensioni regolative, di volta in volta convergenti o divergenti, che proverò a intrecciare come nodi della trama complessa del suo speciale regime giuridico.

2. La prima intersezione – che non a caso indico per prima, per la sua portata assiologica – è quella che chiama in gioco l'incrocio fra il diritto costituzionale e il diritto amministrativo: è stato ricordato in più passaggi del nostro convegno che lo stesso Professor Casetta, nel suo libro, parte da questo intreccio e di esso sottolinea la centralità. La disciplina costituzionale non è un complemento al

tema della responsabilità degli enti pubblici, ma ne costituisce l'elemento fondativo e caratterizzante. Dagli artt. 28, 97, 54 e 81 della Costituzione – e sottolineo l'art. 81 – emergono le fondamenta sistematiche del regime costituzionale della responsabilità dell'amministrazione. Si tratta del frutto di una precisa scelta di fondo valoriale nella definizione dell'equilibrio fra le esigenze, da un lato, di tutela dei diritti di coloro che sono danneggiati da illeciti di vario tipo da parte dell'amministrazione – con il superamento di intollerabili privilegi – e, dall'altro, di riconoscimento della ineludibile specialità dell'agire dell'amministrazione stessa, connessa al suo essere funzionale al perseguimento dell'interesse generale. Il bilanciamento fra queste contrapposte tensioni, entrambe presenti nello statuto costituzionale della responsabilità della P.A., esige e giustifica una disciplina che si sviluppi a sua volta in una duplice direzione, sia cioè nel senso di una ancora più precisa protezione dei diritti dei singoli, sia in quello di una puntuale attenzione alle finalità che l'amministrazione persegue.

3. La seconda intersezione, che ritorna costantemente nelle riflessioni odierne, è fra il diritto amministrativo e il diritto civile nella definizione del regime giuridico della responsabilità per illecito della P.A. Anche a questo riguardo la lezione di Elio Casetta resta fondamentale: la sua ricostruzione prende le mosse da un'accurata analisi del regime della responsabilità extracontrattuale nel diritto civile e si mantiene poi sempre aperta a un continuo confronto con le categorie privatistiche, poiché il concetto di responsabilità, anche volendolo considerare come nozione di diritto comune a tutti i rami del diritto, nasce e si radica nel diritto civile e lì si sviluppa.

Poco fa, quasi per provocazione, Vincenzo Cerulli Irelli prospettava come il nuovo regime dell'affidamento diretto, così generosamente previsto nel codice dei contratti, finisca per ricondurci sul terreno del diritto privato, in una sorta di dubbio percorso di ritorno. Anche nella disciplina della responsabilità per illeciti della pubblica amministrazione il rapporto fra la prospettiva del diritto amministrativo e quella del diritto civile vive una tensione dinamica. Assistiamo così ad andamenti discontinui e a progressivi aggiustamenti, determinati dal prevalere di volta in volta dell'una o dell'altra spinta. Registriamo percorsi di convergenza fra regimi, pubblicistico e privatistico, stimolati da esigenze di tutela dei privati. Ma anche in questa logica di tendenziale convergenza, la necessità di salvaguardare profili di specialità riemerge pur sempre, sebbene in forme nuove. Come ricordava, per esempio, tra gli altri, Bernardo G. Mattarella, raccontandoci quanto accade nel pubblico impiego, che ha conosciuto il momento di massima convergenza nella privatizzazione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, e che però poi anch'esso vede risorgere ineludibili elementi di specialità.

4. Altra intersezione rilevante nella disciplina della responsabilità della pubblica amministrazione è fra diritto nazionale e diritto europeo: ricordiamo innanzitutto che lo stesso Trattato sul funzionamento, all'art. 340 (*ex* art. 288 TCE),

dopo aver affermato l'obbligo delle istituzioni europee di risarcire i danni cagionati da esse stesse o dai loro agenti nell'esercizio delle loro funzioni, conforma il regime europeo della responsabilità extracontrattuale ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. Il meccanismo di intersezione è qui esplicito: con il riferimento ai principi comuni ai singoli Stati membri si definisce un circuito di diretta produzione di diritto europeo ad opera dei diritti nazionali, passando dall'identificazione del loro nucleo comune. Per altro verso sappiamo quanto, a sua volta, il diritto europeo abbia inciso sui regimi nazionali, sul nostro in particolare, con l'approdo più significativo nella sentenza n. 500/1999 sulla risarcibilità del danno da lesione di interesse legittimo. Un caso in cui la consueta dinamica fra la rivendicazione di autonomia procedurale degli Stati membri e le esigenze di implementazione del diritto europeo e di salvaguardia della sua effettività ha finito per determinare un'influenza di quest'ultimo sui principi e sulle regole del diritto nazionale, elevando il livello di protezione dei singoli nei confronti del potere pubblico.

5. Un'intersezione piuttosto consistente, messa in evidenza in più d'una delle relazioni che abbiamo sentito, è fra disciplina generale e disciplina settoriale della responsabilità per illecito della P.A., più precisamente fra leggi generali sulla responsabilità e leggi settoriali. Il confine fra l'area dell'un regime e quella degli altri si sposta, come abbiamo sentito, a seconda delle diverse sensibilità dei vari relatori, e, del resto, la stessa qualificazione di determinate discipline come generali o di settore non è sempre condivisa. Secondo qualcuno, ad esempio, il codice dei contratti è una legge di settore (e io stessa mi sentirei di dire che è così), mentre, secondo altri, si tratterebbe invece di una disciplina generale che estende la sua portata e produce i suoi effetti anche al di là del settore degli appalti pubblici. La mia opinione al riguardo è che, se distinguere fra disciplina generale e disciplina di settore è certamente necessario sia in termini sistematici che in termini di effetti derivanti dall'una e l'altra, nondimeno, a determinate condizioni, anche dalle leggi di settore possano essere tratti principi esportabili fuori dalla specifica materia. Così, se spetta alle leggi generali, come la nostra legge sul procedimento, regolare in via generale l'azione amministrativa e i suoi effetti, vi possono essere principi e regole contenute in leggi di settore e riferibili in principio a quel solo ambito di riferimento, che, per il fatto di ricorrere in più ambiti, per il buon funzionamento dimostrato, ed anche per l'efficacia delle specifiche soluzioni adottate, possono trovare legittima applicazione da parte degli operatori, in primis della giurisprudenza, anche su un piano più generale, come tante volte è successo a livello europeo, per esempio, in materia di contratti pubblici.

6. Senza allontanarsi troppo dal rapporto fra leggi generali e leggi settoriali, un ulteriore punto di intersezione è fra principi e regole. Essi sono stati trattati in alcune relazioni indistintamente, ma la distinzione presenta specifica rilevanza in questo settore. Assistiamo, anche nel campo della responsabilità,

all'allargamento della zona dei principi a scapito di quella delle regole: non si tratta solo del rinnovato affermarsi anche in esso di principi di correttezza, buona fede, fiducia, ma dell'affiorare di principi diversi, quale ad esempio quello di collaborazione. Ce ne ha parlato fra gli altri Marcello Clarich, non mancando di dare evidenza a profili di ambiguità connessi all'applicazione del principio di collaborazione nella materia della responsabilità, e ai connessi rischi.

Cosa si intende per allargamento della zona dei principi? Mi sembra che ci si riferisca all'adozione sempre più frequente di nozioni meno determinate, come appunto quella di collaborazione, e alla conseguente estensione dello spazio di valutazione dell'amministrazione chiamata ad applicarle, nonché al corrispondente incremento della discrezionalità del giudice nel controllarne la stessa applicazione da parte dell'amministrazione. È bene o è male questa apertura? Personalmente credo che, ove mantenuto nella giusta misura, si tratti di un fenomeno positivo, che va nel senso di quello che mi pare sottolineasse ieri il professor Morbidelli, e cioè della progressiva accentuazione del carattere di elasticità dell'azione amministrativa.

Il potenziamento dell'area dei principi costituisce una risposta alla complessità che caratterizza la realtà contemporanea, e alla estrema velocità dei cambiamenti che la interessano. La pluralità e la mutabilità degli interessi in gioco, la difficoltà di individuarne a priori gerarchie, la necessità di intervenire prontamente, suggeriscono in molti casi di superare previsioni fisse e automatismi che, con la loro rigidità, non consentono di corrispondere al meglio alle esigenze di funzionamento del sistema e, per quello che ci riguarda, di buon andamento dell'amministrazione.

7. Il lato oscuro della tendenza alla elasticità è che essa produce indeterminatezza, a scapito dell'esigenza di certezza del diritto connaturata al principio di legalità. È inevitabile infatti che, quanto più si allarga la zona dei principi, tanto più subisce una compressione l'aspirazione alla certezza. Valorizzando questa tendenza Gabriella Racca ci ha offerto una rappresentazione ottimistica del futuro che ci aspetta, e questo suo atteggiamento confidente, motivato con le straordinarie potenzialità degli sviluppi della tecnica e in particolare della raccolta e dell'elaborazione dei dati attraverso l'intelligenza artificiale, ci rincuora. Anche se non nascondo che, man mano che la professoressa Racca elencava gli elementi e le possibilità che la portavano a conclusioni fiduciose, maturava in me una certa inquietudine, nel riflettere sul fatto che, in fondo, ormai ogni aspetto delle nostre vite è oggetto di catalogazione e di analisi destinate a produrre risultati, probabilmente formidabili dal punto di vista delle possibilità di risposta dell'amministrazione ai nostri bisogni, ma certamente meritevoli di grandissima attenzione per i rischi che il possesso e l'utilizzo da parte del potere pubblico di questo enorme patrimonio di dati può comportare per le nostre stesse vite.

Come in molte altre vicende connesse allo sviluppo tecnologico, anche in questa, in cui la tecnica – con la raccolta dei dati e la loro elaborazione tramite potenti

motori di ricerca e l'applicazione di algoritmi sempre più raffinati – si presenta in grado di intercettare e catalogare molti aspetti delle nostre esistenze e di intervenire su di essi in funzione di garanzia del nostro benessere, c'è sicuramente del buono, ma ci possono essere dei pericoli. E ciò deve indurci a conservare grande attenzione e mettere in atto particolari cautele, che non si esauriscono nella necessità di conservare lo *human in the loop* nei processi, come si diceva ieri mattina nella interessante discussione con i dottorandi, ma che si devono continuare a esprimere anche nelle forme tradizionali, ora adeguate al nuovo modo di operare, per esempio con controlli incisivi e calibrati sulle nuove tecniche.

8. Infine, sono stata sollecitata a intervenire sul tema del riparto delle giurisdizioni. Personalmente non credo che ci sia "un'unica soluzione giusta"; penso invece che quello che conta è che ad un certo punto si sia arrivati, anche per convenzione, a un grado apprezzabile di certezza sul giudice a cui rivolgersi. Ogni ordinamento conosce un suo sistema di riparto che è il frutto della storia attraverso la quale l'ordinamento stesso ha maturato la sua risposta alle esigenze di tutela dei privati che abbiano subito danni da illeciti dell'amministrazione, normalmente partendo da una situazione di immunità sovrana, a poco a poco ridotta e quindi superata, e del percorso attraverso il quale parallelamente ha definito le regole per il riparto. Le categorie di partenza non sono di regola molto diverse da sistema a sistema: così, per esempio, noi distinguiamo fra diritto soggettivo e interesse legittimo. Gli inglesi fra diritti e aspettative legittime, i tedeschi distinguono, all'interno della categoria dei diritti soggettivi, i diritti soggettivi pubblici. A tutte le posizioni giuridiche in partenza più "deboli" rispetto ai diritti soggettivi è riservato un regime che assomiglia molto a quello del nostro interesse legittimo e che, in molti casi, vede la tutela affidata a un giudice o a un processo speciale. L'ambito di tale giudizio è definito in esito all'evoluzione di ciascun sistema con soluzioni diverse, sulle quali si può discutere, ma che non ha senso di considerare come in assoluto – cioè, avulse dal percorso che le ha prodotte – più o meno preferibili. Importante è che il criterio applicato produca esiti sufficientemente consolidati – come mi pare sia nel nostro sistema – e che non vi siano mai arretramenti nel livello della tutela assicurata. In questo senso, il dualismo delle giurisdizioni non solo non è di per sé un male, ma può anzi innescare un processo virtuoso di innalzamento per emulazione del livello di protezione.

9. Un discorso di fondo riguarda ancora la specialità del regime e le sue ragioni. La specialità del regime della responsabilità extracontrattuale della P.A. ha fondamentalmente due ragioni. La prima, sulla quale non mi soffermo, è che l'amministrazione opera per il perseguimento di finalità di interesse generale, e questo – e solo questo – giustifica al fondo la sua condizione di potere.

La seconda è che la tutela offerta dall'ordinamento al privato che entra in relazione con il potere non può non tenere conto di questa asimmetria di posizioni e richiede un regime idoneo a rendere effettiva la protezione, in questo senso

speciale. La tutela si deve esprimere secondo modalità adatte a consentire un sindacato specifico sul potere attraverso tecniche di controllo adeguatamente incisive. E questo, fra l'altro, in prospettiva apre il tema della tutela nei confronti dei grandi poteri privati, dei fornitori di servizi tendenzialmente monopolistici, delle big tech che condizionano la nostra vita. Anche rispetto a questi poteri c'è l'esigenza di predisporre forme di tutela speciali che tengano conto del fatto che, per quanto privati, si tratta pur sempre di fenomeni di potere, rispetto ai quali non è improprio rifarsi agli schemi della tutela nei confronti del potere pubblico, con l'avvertenza, naturalmente, che rispetto a essi le ragioni della specialità operano solo in funzione di maggior tutela dei singoli, mentre resta esclusa ogni giustificazione connessa al perseguimento di finalità di interesse generale.

10. Nel nostro dibattito sono emersi molti altri temi dei quali non posso dare conto. Fra essi mi limito a segnalare, a testimonianza dell'ampiezza del lavoro svolto: lo iato tra la teorizzazione di principi di sempre maggiore protezione dei cittadini di fronte al potere pubblico e la loro effettiva applicazione, e dunque la scarsa effettività sul piano pratico delle conquiste raggiunte sul piano teorico; il rapporto fra legalità, illecito e responsabilità, anche in relazione ai regimi di validità e di efficacia dell'atto amministrativo; la questione dell'elemento soggettivo dell'illecito, e in particolare della gradazione della colpa; i ruoli del legislatore e della giurisprudenza nella definizione del punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze cui risponde lo speciale regime della responsabilità amministrativa; il tema del coinvolgimento delle assicurazioni, a favore sia dei privati che degli agenti e delle stesse amministrazioni pubbliche.

In conclusione, possiamo certo dire che il nostro convegno costituisce una tappa importante nella riflessione dottrinale sul tema della responsabilità da illecito della pubblica amministrazione, sulla scia della grande tradizione giuridica dell'ateneo che ci ospita. Di questo, ancora una volta, siamo particolarmente grati agli organizzatori e all'Università di Torino.

Responsabilità amministrativa e giurisdizioni

Carlo Emanuele Gallo

SOMMARIO: 1. Il coinvolgimento delle giurisdizioni. – 2. Giurisdizioni e disciplina sostanziale. – 3. Giurisdizioni e processo. – 4. Controllo e collaborazione tra le giurisdizioni.

1. *Il coinvolgimento delle giurisdizioni*

Il coinvolgimento delle giurisdizioni in ordine alla decisione delle controversie relative alla responsabilità della pubblica amministrazione emerge di per sé dall'art. 28 della Costituzione che fa riferimento alla responsabilità dell'amministrazione e dei funzionari per la violazione delle leggi civili, penali e amministrative.

Ancorché la distinzione dei poteri tra le giurisdizioni presenti nell'ordinamento sia di norma giustificata con riferimento alla posizione soggettiva dedotta in giudizio, ma non soltanto, è evidente che poiché la disciplina della responsabilità nelle leggi civili, penali e amministrative di per sé individua un giudice che è normalmente deputato a conoscerne e poiché questo giudice è necessariamente diverso, in qualche caso proprio appartenendo a giurisdizioni diverse (come si verifica per il giudice ordinario, il giudice amministrativo e la Corte dei conti) in altro caso appartenendo allo stesso ordine giudiziario ma con distinzioni consistenti (si pensi al giudice civile e al giudice penale), è naturale che la decisione sulle questioni relative alla responsabilità amministrativa coinvolga più giurisdizioni, anzi, le coinvolga tutte.

Questo coinvolgimento di per sé comporta dei problemi di rapporto, poiché l'unitarietà del tema in discussione, la responsabilità amministrativa, e viceversa la differenza di disciplina e di esperienza fra le varie giurisdizioni comportano momenti di tensione o di distinguo che devono essere affrontati, valutati e risolti.

2. *Giurisdizioni e disciplina sostanziale*

Come si è detto, la disciplina della responsabilità amministrativa è diversa nei tre settori menzionati nell'art. 28 della Costituzione e lo è con riferimento alla tradizione giuridica e alla regolamentazione delle singole fattispecie.

È indubitato che per quanto concerne la responsabilità patrimoniale il giudice

civile sia l'autorità giurisdizionale che ha elaborato regole più precise per l'individuazione di quanto spetti al danneggiato e utilizza anche delle regole procedurali particolarmente attente ad individuare gli oneri di ciascuno; il giudice penale è il soggetto che ha la maggior possibilità di accertamento del fatto e che è portato a riflettere in modo peculiare sull'elemento soggettivo, proprio perché l'elemento soggettivo è l'elemento determinante per giungere all'affermazione della responsabilità dell'imputato, non solo a titolo di dolo ma anche a titolo di colpa. Il giudice amministrativo e la Corte dei conti sono gli organi giurisdizionali che meglio conoscono le regole di funzionamento della pubblica amministrazione, sia per quanto concerne le norme scritte sia per quanto concerne i principi che comunque disciplinano l'attività amministrativa, sia per quanto concerne la prassi che viene seguita negli uffici e che ha un suo rilievo in ordine all'affermazione della responsabilità tanto dell'apparato quanto dei singoli componenti.

Ciascuna delle giurisdizioni o competenze, per dirla con Redenti, ha perciò una sua specifica preparazione ed esperienza che è rilevante per l'individuazione della soluzione più corretta nello specifico settore affidato.

Questa considerazione conduce a sottolineare come ciascuna delle giurisdizioni e competenze sia tenuta a procedere sulla strada che ha tracciato nel tempo e che corrisponde alla sua esperienza, perché si tratta di un complesso di cognizioni e di regole di giudizio che sono essenziali per migliorare la qualità delle pronunzie e per garantire la soddisfazione delle pretese, soprattutto del cittadino, nei confronti della parte pubblica.

Se è così, se cioè è giusto che ciascuna delle giurisdizioni o competenze proceda secondo le sue regole, è altrettanto vero che occorre evitare che vengano creati, nell'interpretazione degli istituti disciplinati dal legislatore, indirizzi confliggenti, che non possono non sconcertare l'operatore giuridico prima ancora che il cittadino. Se è giusto che l'esperienza di ciascuno lo aiuti nel risolvere la questione a lui sottoposta, non vi è nessuna ragione per la quale una disciplina giuridica specifica debba essere interpretata in modo diverso da ciascuno dei giudici che è chiamato ad applicarla. In questo caso, occorre inevitabilmente trovare un punto di equilibrio, che può essere certamente raggiunto, e lo si vedrà, attraverso un momento consensuale, ma che, altrimenti, va risolto riconoscendo a ciascuna delle giurisdizioni o competenze la preparazione specifica che ha acquisito in relazione al settore di controversie che le sono affidate: sarà perciò il giudice ordinario che indicherà le regole attraverso le quali devono essere interpretate le norme sulla responsabilità patrimoniale e sarà la giurisprudenza del giudice ordinario a costituire il diritto vivente in merito. Sarà viceversa la giurisprudenza del giudice penale a individuare i contorni più precisi dell'elemento soggettivo ed evidentemente perciò a questa giurisprudenza dovrà farsi riferimento per cogliere il diritto vivente.

Infine, giudice amministrativo e Corte dei conti saranno competenti nell'individuazione delle regole di funzionamento della pubblica amministrazione, nella valutazione della prassi e della responsabilità dei singoli e dell'apparato.

Quanto detto ovviamente non comporta che ciascuna delle giurisdizioni o competenze debba rinunciare all'aspetto propositivo che è tipico dell'attività del giudice, che è soggetto soltanto alla legge e che anche in presenza di regole che rendono più cogente la funzione nomofilattica delle giurisdizioni superiori non è tenuto ad allinearsi ad un orientamento che non condivide. La regola ora illustrata a maggior ragione vale ovviamente con riferimento ad altre giurisdizioni.

Ma la conseguenza della esigenza di rispettare l'esperienza di ciascuno è la necessità di una motivazione rafforzata allorché uno dei giudici ritenga di dissentire dalla opinione consolidata di un'altra giurisdizione; occorrerà evidenziare il contrasto, dimostrando così di conoscere l'orientamento dell'altra giurisdizione, e motivare la scelta differente che si compie. Del resto, l'evoluzione della giurisprudenza, a maggior ragione fra giurisdizioni, è affidata all'effetto di convincimento che la pronunzia dell'uno può avere sull'opinione dell'altro più che su meccanismi rigidi con effetti caducatori, che sono ammessi comunque soltanto all'interno della singola controversia e che non possono mai assurgere a regola di sistema.

Questa stessa impostazione non può non condurre, però, ciascuna delle giurisdizioni a valorizzare i profili che le sono propri e che possono condurre a soluzioni diverse da quelle che in teoria raggiungerebbe un'altra giurisdizione.

Il giudice amministrativo, per esempio, è il soggetto più portato a valutare l'ambito della discrezionalità amministrativa in tutte le sue forme e a individuare quali sono le regole specifiche per l'esercizio delle funzioni amministrative nonché a sindacare l'effettivo uso del potere: sarà questo giudice, perciò, che dovrà effettuare questa valutazione e le sue opinioni in merito dovranno essere recepite come diritto vivente dalle altre. Quanto detto non comporta che il giudice amministrativo debba continuare in materia di responsabilità ad applicare un *self restraint*che lo conduce sostanzialmente a negare l'esistenza della responsabilità stessa: questo tipo di atteggiamento confligge infatti non solo con la disciplina positiva in ordine alla responsabilità amministrativa ma proprio con l'orientamento consolidato per esempio del giudice ordinario, che egli deve viceversa tener presente.

Le considerazioni svolte valgono anche per la Corte dei conti, che, occupandosi specificamente della responsabilità amministrativa, deve evitare di ricostruire degli istituti civilistici in modo difforme di quanto non faccia la Corte di cassazione e che però contemporaneamente non deve dimenticare il rilievo delle possibilità di determinazione specifica e autonoma che l'ordinamento le attribuisce; la Corte costituzionale ha riconosciuto da tempo che la responsabilità amministrativa deve seguire regole proprie per evitare che la preoccupazione del funzionario e dell'amministratore in ordine alle conseguenze patrimoniali sfavorevoli nel caso in cui commetta un illecito possa condurre all'inerzia e perciò alla paralisi dell'attività amministrativa, ed anzi da ultimo, nella sentenza 6 giugno 2024, n. 132, ha sottolineato con vigore le caratteristiche di queste responsabilità, che giustificano una disciplina differenziata. Funzionale a questo tipo di impostazione è

la limitazione dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa al dolo o alla colpa grave, che il giudice contabile deve applicare sulla base delle opinioni consolidate, non facendosi condizionare dalla volontà di mantenere fermo il suo precedente ambito di sindacato e perciò tentare di trasformare ogni ipotesi di colpa lieve in ipotesi di colpa grave per giungere allo stesso tipo di pronunzia condannatoria. Viceversa, il giudice contabile dovrà tener presente la possibilità che gli è riconosciuta dall'ordinamento, ancora dal Testo Unico del 1933, di ridurre l'entità della somma posta a carico del condannato, attraverso una valutazione finale che è successiva alla individuazione della responsabilità e della entità della somma che può essere posta a carico del responsabile, che tiene conto delle condizioni soggettive di questo e delle particolari condizioni oggettive nelle quali egli ha operato e che consente, in questo caso, una ulteriore riduzione che è finalizzata proprio a mantenere alla responsabilità amministrativa la funzione "educativa" che essa aveva già in passato.

Un comportamento di questo genere da parte della giurisprudenza contabile è indispensabile anche perché, tenuto conto del numero ridotto delle controversie in essere e del numero ancor più ridotto delle sentenze che riescono ad essere eseguite, se non si operasse in questo modo si giungerebbe all'assurdo risultato di sottoporre quei pochi che sono condannati e che hanno un patrimonio aggredibile a conseguenze patrimoniali estremamente pesanti; il che costituisce una obiettiva situazione di discriminazione, che non è accettabile.

3. *Giurisdizioni e processo*

La presenza di più giurisdizioni comporta la necessità che l'attività delle medesime sia in qualche misura coordinata non soltanto a livello di pronunzia finale della sentenza ma anche a livello di conduzione del processo. In passato, il nostro ordinamento garantiva questo tipo di coordinamento attraverso l'obbligatorietà della pregiudiziale penale, che imponeva agli altri giudici di sospendere il giudizio allorché era avviata un'indagine penale, onde attendere la decisione sul fatto prima di poter trarre le conseguenze giuridiche dal fatto medesimo nell'ambito della propria giurisdizione. Questa regola, che è una regola logica incontestabile, è stata poi eliminata nel nostro ordinamento perché è stata considerata un elemento di dilatazione dei tempi del giudizio ed anche di riduzione dell'effettività delle pronunzie delle giurisdizioni diverse dal giudice penale, in quanto l'attesa dei tempi del processo penale, una volta particolarmente ampi, rendeva sostanzialmente inconsistente la possibilità di pronunzia di una responsabilità sia civile che soprattutto amministrativa. La giustificazione così fornita evidentemente dal punto di vista logico non prova nulla, non potendosi certo ritenere che le esigenze di celerità vengano fatte prevalere sulle esigenze di giustizia conducendo a una soluzione sostanzialmente assurda: il soggetto convenuto davanti al giudice penale, civile e amministrativo può veder celebrati

i tre processi, se non quattro, in modo indipendente l'uno dall'altro, con risultati differenti, e con la speranza di riconduzione ad unità di un sistema siffatto soltanto in sede esecutiva.

Pur nella sua evidente illogicità, il sistema dei rapporti tra i processi è questo e non è prevedibile una sua modificazione a breve.

Così stando le cose, non potendosi accettare la situazione sopra descritta, che è del tutto illogica ed è soprattutto esageratamente afflittiva per chi si veda coinvolto nelle indagini, occorrerà che sia il giudice diverso dal giudice penale, che indubitabilmente è quello che ha la maggior capacità di sindacare il fatto, a valutare responsabilmente quando sospendere discrezionalmente il processo per la pregiudizialità penale: una sospensione che non si giustificherà quando la situazione di fatto è molto semplice e problemi non sembra che ve ne siano, e si giustificherà invece quando la situazione sia estremamente complessa e le verifiche che può effettuare il giudice penale risultino ben più significative e determinanti di quanto non possa essere effettuato negli altri giudizi.

Si tratterà perciò per il giudice civile e amministrativo, ivi compresa la Corte dei conti, di utilizzare in modo più articolato il potere di governo del processo di cui gode, non facendosi trascinare dalla sensazione che sia giustificata la scelta di condurre comunque sempre avanti il proprio giudizio anche quando ve ne sono altri pendenti.

Questo modo di procedere risolverebbe anche le questioni che poi vengono ribaltate a livello sovranazionale, in particolare alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, allorché si fa questione sulla duplicazione delle pronunzie e delle sanzioni: la Corte Europea per i Diritti dell'Uomo, che è in difficoltà nell'applicare discipline analitiche dei singoli paesi membri, non può che dettare regole di carattere molto generale, essendo altresì condizionata dal numero dei ricorsi che le vengono indirizzati, cosicché il ricorso ad essa può essere considerato un'estrema *ratio* ma non è certo la strada più normale per risolvere le controversie interne (la stessa cosa va detta con riferimento al coinvolgimento della Corte di giustizia dell'Unione europea che talvolta viene invocata dai giudici nazionali per superare i conflitti interni al limite senza coinvolgere la Corte costituzionale).

Una significativa apertura in questo senso è stata effettuata dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 22 marzo 2024, n. 4, che ha ritenuto possibile la sospensione impropria del giudizio amministrativo nel caso in cui in un diverso processo sia stato sollevato un incidente di costituzionalità o sia stata proposta una questione pregiudiziale eurounitaria o sia stata disposta una rimessione all'adunanza plenaria. La scelta della pronunzia è quella di introdurre uno strumento che consenta di evitare l'assunzione di decisioni contrastanti a breve distanza di tempo nonché di operare in modo da garantire il principio di economicità.

4. *Controllo e collaborazione tra le giurisdizioni*

Le considerazioni che si sono svolte rendono ancor più evidenti le esigenze che stanno alla base della auspicata collaborazione fra le giurisdizioni, sia in relazione all'attività decisionale di ciascuna sia in relazione ai poteri di controllo che la giurisdizione ordinaria, attraverso le sentenze delle sezioni unite della Corte di cassazione, può avere sulle altre.

La soluzione preferibile sarebbe quella ordinamentale, che passa attraverso una modificazione della composizione delle sezioni unite della Corte di cassazione, con il coinvolgimento di appartenenti anche alle altre giurisdizioni allorché si tratta di risolvere questioni di giurisdizione fra l'una e l'altra giurisdizione (così come del resto si verifica in altri ordinamenti europei). Questa soluzione, che potrebbe essere praticata anche a Costituzione invariata, non pare però destinata ad essere accolta a breve, stante le opposizioni che incontra.

Di conseguenza, la soluzione non può essere che quella di un momento di accordo, che venga poi però recepito dalle singole pronunzie; è ben noto che è stato sottoscritto anni addietro un protocollo d'intesa fra i vertici delle giurisdizioni, che sembrava foriero di grandi sviluppi e che in realtà non ha dato luogo a molti momenti di coordinamento se non attraverso la collaborazione tra l'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione e l'Ufficio Studi del Consiglio di Stato. Attualmente, è dichiarata dai vertici delle tre giurisdizioni una ulteriore disponibilità collaborativa (di cui ha dato conto anche la Relazione del Presidente del Consiglio di Stato per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2024), che dovrebbe essere perciò incentivata, con il raggiungimento di momenti di contatto fra i vertici delle giurisdizioni e gli apparati ad essi più vicini al fine di dipanare il più in fretta possibile i conflitti che vengono emergendo nel corso dell'attività giurisdizionale.

Significativo di questa tendenza al confronto fra le singole giurisdizioni è stato l'incontro bilaterale tra la Corte di giustizia dell'Unione Europea e il Consiglio di Stato, occorso il 16 aprile 2024, nel corso del quale le rispettive delegazioni hanno esaminato il tema dei presupposti del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza e delle stesse questioni riguardanti le eventuali responsabilità dello Stato e del giudice nei casi di mancato rinvio. Questa iniziativa a livello sovranazionale dimostra la fondatezza della esigenza di accordo tra le varie autorità giurisdizionali.

Ovviamente, è da respingere l'idea che la decisione sulle questioni di giurisdizione possa essere utilizzata come sistema per risolvere i problemi dei rapporti fra le giurisdizioni medesime.

La responsabilità della pubblica amministrazione nel bilanciamento costituzionale

Giancarlo Montedoro

SOMMARIO: 1. Premesse: l'importanza delle scelte legislative. – 2. Il bilanciamento costituzionale nella giurisprudenza del Giudice delle leggi sulla responsabilità della pubblica amministrazione. – 3. La questione del rapporto fra azione risarcitoria ed azione di annullamento. – 4. La natura contrattuale o aquiliana della responsabilità. – 5. Bene della vita e perdita di chance. – 6. La colpa. – 7. Il nesso causale e la quantificazione del danno. – 8. Conclusioni. – 9. Questioni aperte.

1. *Premesse: l'importanza delle scelte legislative*

La sentenza n. 500/1999 della Corte di cassazione ha determinato una svolta epocale nella vita della giustizia amministrativa [1].

Tale sentenza, essendo una soluzione giurisprudenziale dell'annoso problema della responsabilità della pubblica amministrazione per atti espressivi dell'esercizio di un potere autoritativo, può dare l'impressione di una tematica che sia affrontata e da affrontare solo o prevalentemente in via pretoria. Nel dialogo delle Corti. Ma non è propriamente così.

La normazione (ossia l'insieme delle scelte legislative stratificatesi in materia) svolge un ruolo di non poco momento nella definizione dell'assetto dell'istituto della responsabilità della pubblica amministrazione.

---

[1] Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Com. di Fiesole c. Vitali*, in *Foro it.*, 1, 1999, p. 2487, con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI ed *ivi*, p. 3201, con note di R. CARANTA, F. FRACCHIA, A. ROMANO e E. SCODITTI; in *Giorn. dir. amm.*, 9, 1999, p. 832, con nota di L. TORCHIA; in *Nuovo dir.*, 1999, p. 691, con nota di G. FINUCCI; in *Giur. it.*, 1, 2000, p. 21, con nota di L.V. MOSCARINI; in *Giust. civ.*, 1, 1999, p. 2261, con nota di M.R. MORELLI; in *Urb. app.*, 10, 1999, p. 1067, con nota di M. PROTTO; in *Trib. amm. reg.*, 2, 1999, p. 225, con nota di A. BONANNI; in *Arch. civ.*, 1999, p. 1107; in *Danno e resp.*, 10, 1999, p. 965, con nota di V. CARBONE-P.G. MONATERI-A. PALMIERI-R. PARDOLESI-G. PONZANELLI-V. ROPPO; in *Corr. giur.*, 11, 1999, p. 1367, con nota di A. DI MAJO-V. MARICONDA; in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1272; in *Gius.*, 1999, p. 2760, con nota di G.M. BERRUTI; in *Rass. giur. energia elettrica*, 1999, p. 433; in *Nuove autonomie*, 1999, p. 563, con nota di F. SCAGLIONE; in *Gazz. giur.*, 1, 1999, p. 42; in *Guida al dir.*, 31, 1999, p. 36, con note di S. MEZZACAPO, G. CARUSO, G. DE PAOLA e M. FINOCCHIARO; in *Dir. prat. soc.*, 21, 1999, p. 65; in *Ammin. it.*, 1999, p. 1399; in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 463, con nota di A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI; in *Rass. amm. sic.*, 1, 1999, p. 9.

Non c'è dubbio che con quella sentenza è stato superato, come icasticamente si usa dire, il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

Ma anche quell'evoluzione giurisprudenziale è figlia della normazione (in particolare della normazione europea che introdusse un'ipotesi di risarcibilità dell'interesse legittimo violato in caso di annullamento di atti di gare europee). Le vicende successive alla sentenza avevano comportato la giurisdizione del giudice ordinario sulle azioni di risarcimento.

È stato il legislatore della legge n. 205/2000 a generalizzare la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di risarcimento da violazione degli interessi legittimi innanzi al giudice amministrativo.

La Corte costituzionale ha ritenuto quell'assetto non irrazionale dequotando l'azione risarcitoria ancillare (ma oggi autonoma) all'annullamento sostanzialmente come una tecnica di tutela di una posizione giuridica di vantaggio avente natura sostanziale.

Sono note, e non occorre ripercorrerle, le vicende in materia che hanno poi portato all'assetto sancito dal legislatore con la disciplina dell'azione risarcitoria contenuta nel codice del processo amministrativo che risolve ancora una volta un tema, quello dell'autonomia dell'azione risarcitoria da quella di annullamento, che il dialogo delle Corti non si era mostrato in grado di risolvere arenandosi sulla nota questione della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento [2].

L'assetto della disciplina è quindi ancora una volta figlio della legislazione quale validata dal bilanciamento costituzionale della giurisprudenza del Giudice delle leggi.

2. *Il bilanciamento costituzionale nella giurisprudenza del Giudice delle leggi sulla responsabilità della pubblica amministrazione*

Il passaggio più interessante a fini di comprendere l'assetto che ha condotto, attraverso anche un intervento del Giudice delle leggi [3], all'equilibrio attuale

---

[2] Sul tema cfr. anche G. MONTEDORO, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2005, p. 75 sia pure in un'ottica antecedente il codice del processo amministrativo.

[3] Si tratta di Corte cost. n. 204/2004, in *Foro it.*, 1, 2004, p. 2594, con note di S. BENINI, A. TRAVI, F. FRACCHIA; in *Corr. giur.*, 2004, p. 1167; in *Nuove auton.*, 2004, p. 545, con nota di F. TERESI; in *Urb. app.*, 2004, p. 1031, con nota di R. CONTI; *Fisco*, 1, 2004, p. 6080, in *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 969, con note di M. CLARICH, A. POLICE, B.G. MATTARELLA e A PAJNO; in *Bollettino trib.*, 2004, p. 1606, con nota di A. VOGLINO; in *Urb. app.*, 2004, con nota di P. LOTTI, in *Funzione pubbl.*, 2, 2004, p. 271; in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 1211, con nota di M.A. SANDULLI; in *Dir. proc. ammin.*, 2004, p. 799, con note di V. CERULLI IRELLI e R. VILLATA; in *Cons. Stato*, 2, 2004, p. 1357; in *Guida al dir.*, 2004, 29, p. 88, con nota di O. FORLENZA; in *Resp. civ.*, 2004, p. 1003, con nota di A. ANGELETTI; in *Giust. civ.*, 1, 2004, p. 2207, con note di P. SANDULLI, C. DELLE DONNE, in *Mondo*

derivante da quello che S. Pajno ha definito giustamente un "arbitrato" costituzionale è contenuto nel punto 2.1 della sentenza Corte cost. n. 204/2004 (leggiamolo):

> I giudici rimettenti lamentano che la legge n. 205 del 2000, portando a compimento un disegno di politica legislativa volto, a partire dal 1990, ad estendere l'area della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, abbia sostituito al criterio di riparto della giurisdizione fissato in Costituzione, e costituito dalla dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, il diverso criterio dei "blocchi di materie": in tal modo sarebbe stato alterato non soltanto il rapporto tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo – rapporto che, pur non essendo stato realizzato il principio dell'unicità della giurisdizione, dovrebbe pur sempre essere di regola ad eccezione quanto alla cognizione su diritti soggettivi – ma anche il rapporto, all'interno della giurisdizione del giudice amministrativo, tra giurisdizione (generale) di legittimità e giurisdizione (speciale, se non eccezionale) esclusiva.

La violazione degli artt. 102 e 103 Cost. (e dell'art. 100 – aggiunge l'ordinanza n. 488/2002 – con la trasformazione del Consiglio di Stato da giudice "nell'amministrazione" in giudice "dell'amministrazione") non si sarebbe realizzata con i pur massicci interventi legislativi degli anni '90, in quanto le nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva concernevano pur sempre «talune specifiche controversie» caratterizzate «dall'intreccio di posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo»: è con il d.lgs. n. 80/1998, specie come trasfuso nell'art. 7 della legge n. 205/2000, che il legislatore ha abbandonato il criterio dello «inestricabile nodo gordiano» ravvisabile in specifiche controversie correlate all'interesse generale per accogliere quello dei «blocchi di materie», nelle quali «la commistione di diritti soggettivi ed interessi legittimi non si debba ricercare nelle varie tipologie delle singole controversie ma nell'atteggiarsi dell'azione della pubblica amministrazione in settori determinati, anche se molto estesi, connotati da una significativa presenza dell'interesse pubblico».

La Costituzione, attribuendo al giudice ordinario «il ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi tra privati e pubblica amministrazione», avrebbe recepito e fatto propri i principi ispiratori della legge n. 2248/1865, All. E, così conferendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un carattere residuale, che può giustificare «eccezioni ma non stravolgimenti» rispetto alla «tendenziale generalità ed illimitatezza delle attribuzioni del giudice ordinario».

Anche a voler prescindere dall'irragionevolezza della scelta legislativa di esaltare il ruolo del giudice amministrativo nel momento in cui al c.d. modello autoritativo dei rapporti cittadino-pubblica amministrazione viene sempre più sostituito il c.d. modello negoziale, tale scelta – unita al conferimento al giudice amministrativo di «pienezza di poteri decisori» e quindi anche risarcitori, perfino «al

---

bancario, 4, 2004, p. 65, con nota di D. SICLARI; in *Dir. e giustizia*, 29, 2004, p. 16, con nota di M. ROSSETTI; in *Giur. it.*, 2004, p. 2255.

di fuori della giurisdizione esclusiva e nell'ambito della sua giurisdizione generale di legittimità» – farebbe sì che «il giudice amministrativo sia ormai proiettato in una dimensione civilistica che fino a ieri costituiva territorio esclusivo del giudice ordinario», per giunta senza sottostare al controllo nomofilattico, che costituisce anche garanzia di parità di trattamento, della Corte di cassazione [4].

Qui va ricordato che la svolta in tema di bilanciamento costituzionale sulla responsabilità della pubblica amministrazione l'ha compiuta il legislatore con l'art. 7 della legge n. 205/2000 che, ai commi 4 e 5, ha introdotto una novità rilevante:

> 4. Il primo periodo del terzo comma dell'articolo 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente: "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali".
>
> 5. Sono abrogati l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi.

Tale norma è stata poi superata dal codice del processo amministrativo del 2010 ma è sopravvissuta indenne al controllo di costituzionalità del 2004.

Sul punto della responsabilità la sentenza n. 204 del 2004 vale per quel che non dice e non annulla (non annulla quelle parti della legge n. 205 del 2000 che avevano introdotto la giurisdizione sul risarcimento danni da violazione di interesse legittimo innanzi al giudice amministrativo senza però smentire le ricostruzioni del giudice rimettente prima analiticamente riportate ossia considerando implicitamente il risarcimento danni «una mera tecnica di tutela» – così Pajno – dell'interesse legittimo).

Il punto da richiamare è il punto 3.4.1 della sentenza n. 204/2004 che, per la sua importanza, si riprenderà anche più avanti nell'analisi:

> 3.4.1. – Va premesso che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo – nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure – l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.
>
> L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e

[4] A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed arbitrato costituzionale*, in *Astrid online* e poi in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2004, p. 983 ss.

> soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.

Fin qui il bilanciamento costituzionale che accerta la legittimità costituzionale della scelta legislativa fatta con la legge n. 205/2000.

La questione risolta sul piano del diritto positivo, pone non pochi problemi di carattere dommatico ed è connotata dalla presenza di nodi irrisolti di carattere teorico nella ricostruzione dell'istituto tutti relativi alla questione del rilievo da dare all'esistenza di un potere pubblico causativo del danno ed ai tanti dubbi che possono insorgere sulla definizione del regime giuridico della responsabilità della pubblica amministrazione (se aquiliana, contrattuale o *tertium genus*); all'individuazione delle funzione (sanzionatoria o riparativo-compensatoria) della stessa responsabilità ed alle regole che la disciplinano ed infine alla stessa sostenibilità dell'assetto così creato (assetto che definire di un ordine neoliberale temperato) sulla Costituzione economica e sulle condizioni della finanza pubblica nel mondo globalizzato (e quindi all'eventualità di estendere forme indennitarie di riparazione).

Vediamo di procedere con pazienza alla disamina per necessità sommaria di alcuni di questi profili non senza notare che l'enfatizzazione del fondamento della tutela risarcitoria da violazione dell'interesse legittimo che si determina ricorrendo all'art. 24 della Carta Costituzionale – coerente con l'individualismo metodologico che connota il mainstream dei rapporti fra diritto ed economia – avviene ormai in un quadro di Costituzione economica profondamente mutato rispetto al passato ed il bilanciamento operato (che – è stato notato – già interpretava la carta con spirito originalistico per frenare l'espansione della giurisdizione esclusiva, legandola a particolari specifiche materie), andrebbe a questo punto sottoposto a riflessione critica per favorire ulteriori opportune evoluzioni possibili se si guarda al futuro alla Costituzione come potere istituente più che come potere istituito [5].

---

[5] E. SCODITTI, *I nodi del costituzionalismo contemporaneo e la sfida per l'Associazione Nazionale Magistrati*, in *questionegiustizia.it*, 27 febbraio 2024, nota che esistono «due lati del costituzionalismo moderno. Il *constituere* risale alla presa della Bastiglia il 14 luglio 1789. Il suo problema storico è quello della costituzione di un nuovo ordine mediante l'abbattimento della gerarchia dei ceti e la promozione della società dei cittadini portatori di eguali diritti. La *constitutio* rinviene invece il suo il paradigma originario nella rivoluzione americana, il cui problema storico non era un antico regime da abbattere, ma la protezione dei diritti dei coloni dalla madrepatria inglese. Non è un caso che sia stata la Corte suprema americana ad avere affermato, per la prima volta, nel 1803 (Marbury v.

Fra i problemi di carattere dommatico occorre menzionare la questione del rapporto fra azione di annullamento ed azione risarcitoria che – pur superata dal codice del processo amministrativo con la scelta dell'autonomia delle due azioni – finisce per incidere sulla stessa consistenza del potere amministrativo di fronte al giudice (ad es. ai fini dell'applicazione dell'art. 1227 c.c. che funziona diversamente nel quadro dei doveri solidaristici connessi alle vicende di esercizio del potere rispetto a come funziona nell'ambito dei rapporti connotati dalla presenza di beni della vita puramente privatistici), nonché la questione relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione, mediante un provvedimento od un contegno, di un interesse legittimo ossia la questione relativa alla natura aquiliana, contrattuale o autonoma (c.d. teoria del *tertium genus*) della responsabilità della pubblica amministrazione a tale titolo.

Fra le questioni di carattere teorico, nodali per la esatta ricostruzione dei profili anche applicativi dell'istituto, giova menzionare quella della spettanza del bene della vita e del connesso problema della risarcibilità della chance di aggiudicazione del medesimo, la questione della colpa e la connessa problematica della configurabilità di una colpa d'apparato o di una, all'opposto, valutazione della mera esistenza di una illegittimità inescusabile, la questione del nesso causale fra provvedimento e danno risarcibile ed, in ultimo, la questione dei parametri ai quali ancorare la concreta quantificazione del risarcimento danni.

Si tratta di temi e problemi potenzialmente tutti incidenti sull'area dei danni risarcibili e, quindi, sugli effetti erariali, mai del tutto ben considerati, della scelta fatta a suo tempo dalle giurisdizioni superiori e solo sanzionata dal legislatore prendendo atto della complessa evoluzione giurisprudenziale verificatasi dopo l'arresto delle sezioni unite n. 500/1999.

Come già rilevato deve considerarsi risolta definitivamente la *vaexata quaestio* della c.d. pregiudiziale amministrativa che divise a suo tempo, immediatamente dopo il trasferimento dell'azione risarcitoria al giudice amministrativo, Cassazione e Consiglio di Stato.

Come si vedrà l'attuale disciplina è ben lungi dall'essere un ancoraggio ad un porto sicuro, poiché il risarcimento solleva un tal numero di questioni sistematiche, da poter essere considerato «l'inizio di una navigazione avventurosa» [6], al cui

---

Madison), il primato della Costituzione sugli atti legislativi. Nell'idea di *constitutio*, quale preservazione dell'ordine vigente, residua il fondo di tradizionalismo della *old constitution* che i cittadini del Nuovo Mondo ereditano dalla vecchia Inghilterra, e con essa il primato medievale del diritto sulla politica, ma nel corso del tempo il costituzionalismo americano ha avuto anche il segno della trasformazione sociale». Molto originale ricostruzione storico-filosofica della dialettica – eterna – non solo fra potere istituente e potere istituito, ma fra movimento ed istituzione, fra rivoluzione e costituzione, fra caos ed ordine, fra innamoramento ed amore (F. ALBERONI, *Innamoramento ed amore*, Rizzoli, Milano, 2012).

[6] A. ROMANO TASSONE, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento VI, Giuffrè, Milano, p. 983 ss.

termine, sia consentito dirlo, si pone la stessa concezione del potere pubblico, come si è cercato di dimostrare in un nostro lavoro [7].

Non si ritiene qui che la sfida sia ad impostare su nuove basi il sistema di giustizia amministrativa, quanto piuttosto ad intendere che la tutela nei confronti del potere si è fatta più integrale e completa, con esistenza, tuttavia, di risvolti che non possono essere ignorati sul piano della politica del diritto.

3. *La questione del rapporto fra azione risarcitoria ed azione di annullamento*

All'indomani della sentenza n. 500/1999 la dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate su una serie di questioni che possono così sintetizzarsi quale sia il giudice dotato di giurisdizione sulla controversia, se quello ordinario o quello amministrativo, se, nel caso in cui si trattasse del giudice amministrativo, la cognizione sulla questione risarcitoria avvenisse in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di giurisdizione esclusiva, oppure nel solo giudizio di ottemperanza, se fosse comunque necessario prima di esperire l'azione risarcitoria ottenere previamente l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo, se l'azione risarcitoria e quella di annullamento fossero concorrenti, se fossero equiparabili ai fini della tutela risarcitoria interessi oppositivi (quelli emergenti ad es. in relazione a poteri ablatori dell'amministrazione) ed interessi pretensivi (quelli emergenti in relazione a provvedimenti ampliativi delle facoltà dei privati).

La sentenza n. 500/1999 dava alcune indicazioni importanti, l'art. 2043 c.c., ove parla di «danno ingiusto», comprende in tale espressione anche i fatti dannosi lesivi della posizione giuridica soggettiva denominata interesse legittimo; ciò comporta, in capo al danneggiato, un diritto al risarcimento del danno; l'azione quindi, in assenza di diversa disposizione (poi intervenuta) spetta alla giurisdizione del giudice ordinario; non basta l'illegittimità dell'atto amministrativo ad integrare l'illecito; occorre la lesione dell'interesse materiale del cittadino (ed altresì l'elemento soggettivo della colpa dell'amministrazione definita colpa di apparato); la lesione è in *re ipsa* nel caso di interessi oppositivi; nel caso di interessi pretensivi spetta solo se il cittadino è in grado di dimostrare che il bene della vita sottostante la vicenda amministrativa sarebbe stato di sua spettanza in assenza del provvedimento lesivo; non v'è alcuna pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento; nelle materie di giurisdizione esclusiva la giurisdizione sul risarcimento spetta al giudice amministrativo.

A partire dall'art. 7 della legge n. 205/2000 il riparto di giurisdizione veniva modificato attribuendo la giurisdizione sul risarcimento danni in modo pressoché integrale al giudice amministrativo.

---

[7] Si tratta del saggio: G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico fra ordine e caos. I poteri pubblici nell'età della responsabilità*, Cacucci, Bari, 2018.

Tale attribuzione incidendo profondamente sulle tipologie di azioni esperibili innanzi a tale giudice non poteva restare senza conseguenze; la conseguenza principale è consistita nell'approvazione del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010) che contiene una completa disciplina delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo fra cui vi sono le azioni di condanna, esperibili in via autonoma rispetto alle azioni di annullamento, anche se con sottoposizione delle stesse a termine decadenziale sia pure più lungo rispetto a quello previsto per ottenere l'annullamento di un provvedimento amministrativo in sede giurisdizionale.

Un punto fermo nella questione nota come pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento è stato posto da Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 secondo cui

> Ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione – dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. – e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento; infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, 8° comma, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la Suprema corte può compiere anche sulle sentenze del giudice amministrativo (fattispecie relativa a domanda di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, avendo la Suprema corte considerato che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e perciò necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato).

Tale dilatazione delle questioni di giurisdizione è stata criticata in dottrina, ma il legislatore ha raggiunto un compromesso significativo al quale non poteva non corrispondere nel dialogo fra le Corti una evoluzione del controllo sulla giurisdizione che definirei un cantiere tuttora aperto e non certo definibile solo in base

alla vetusta idea di "concordato giurisprudenziale", valido per tutti ed una volta per tutte, ma perseguendo soluzioni innovative ma sempre equilibrate anche sul piano istituzionale e del dialogo fra le Corti avendo come fine la certezza del diritto (vera esigenza spesso sacrificata dalla complessità del diritto della post-modernità).

Il codice del processo amministrativo, all'art. 30, ha accolto la prospettiva dell'autonomia delle due azioni, sottoponendo tuttavia l'azione risarcitoria ad un termine decadenziale e non prescrizionale per evidenti esigenze di certezza del diritto legate al farsi dell'azione amministrativa (gli amministrati non possono rimanere per troppo tempo senza stabilità del provvedimento e l'amministrazione non può essere esposta per anni ad incertezze sulle conseguenze patrimoniali dei propri atti).

Per questo Cass. civ., sez. un., 16 dicembre 2010, n. 25395 [8] ha statuito che

> In tema di azione avanti all'autorità giudiziaria amministrativa tendente ad ottenere, nei confronti della P.A., il risarcimento del danno da attività provvedimentale illegittima, il principio della non necessità della pregiudiziale impugnativa del provvedimento amministrativo, già affermato dalle Sezioni unite della Cassazione con riferimento al sistema normativo conseguente alla legge 21 luglio 2000, n. 205, è confermato dall'art. 30 d.l. 2 luglio 2010, n. 104 (c.d. codice del processo amministrativo) secondo cui: a) l'azione di condanna della P.A. può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (1 comma); b) può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (2 comma); c) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (3 comma).

Data l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, va cassata la sentenza del Consiglio di Stato, la quale respinga la domanda di risarcimento del danno avanzata dal ricorrente sulla sola base dell'inammissibilità del ricorso impugnatorio, senza entrare nel merito della responsabilità della P.A. (Cass. civ., sez. un., ordinanza 2 luglio 2010, n. 15689) [9].

L'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo tuttavia non è senza conseguenza anche sotto altri profili: la sentenza n. 500/1999 qualificava la posizione giuridica azionata con l'azione risarcitoria come un diritto soggettivo di competenza del giudice ordinario per evitare la solita impasse della mancanza di un giudice dell'azione risarcitoria diretta a proteggere l'interesse legittimo, infatti, a tale altezza di tempo, il giudice amministrativo non avrebbe potuto condannare al risarcimento danni ed il giudice ordinario, in presenza di un risarcimento

---

[8] In *Giust. civ.*, 1, I, 2011, p. 2849, con nota di P. FIMIANI.

[9] In G*iur. it.*, 2010, p. 2183; in *Ammin.it.*, 2010, p. 1695.

strettamente derivante dall'interesse legittimo (senza la mediazione del diritto soggettivo al risarcimento) sarebbe stato carente di giurisdizione.

Ora invece l'azione, devoluta al giudice amministrativo, appare sganciata da tale teoria, appare espressione di una tecnica di tutela dell'interesse legittimo, come affermato dalla sentenza della Corte costituzionale che si è occupata del tema in chiave "arbitrale" fra le diverse giurisdizioni, nella sentenza n. 204/2004 [10].

In tale sentenza il Giudice delle leggi ha avuto modo di precisare, come si è anticipato, dichiarando l'incostituzionalità di una scelta del legislatore portata a dilatare la giurisdizione esclusiva oltre gli ambiti costituzionali che le sono propri, che «la dichiarazione d'incostituzionalità non investe in alcun modo – nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure – l'art. 7 legge n. 205/2000, nella parte in cui (lett. c) sostituisce l'art. 35 d.l. n. 80/1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica».

Per la Corte costituzionale «il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia"» attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, bensì «uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

Ne consegue – come già ricordato – che

> L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (*sub* 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.

A stretto rigore se ne deve desumere che il risarcimento è una tecnica di tutela del giudice amministrativo in giurisdizione generale di legittimità, che ad essere azionato per tale via, è l'interesse legittimo e non il diritto soggettivo.

Ciò spiega l'autonomia delle azioni che si muoverebbero su piani assiologici differenti, il consolidarsi dell'assetto degli interessi non vietando affatto la riparazione per equivalente ma solo rendendo inammissibile la reintegrazione in forma specifica.

Certo l'autonomia delle azioni toglie all'amministrazione il potere di decidere

---

[10] In *Foro it.*, 1, 2004, I, p. 2594, con note di S. BENINI, A. TRAVI e F. FRACCHIA.

se risarcire in forma specifica o per equivalente, ma la previsione di un termine decadenziale e la possibilità di fare ricorso all'istituto del concorso del fatto colposo del creditore al fine di ridurre l'entità dell'illecito, moralizzano la vicenda risarcitoria ed evitano richieste esorbitanti da parte dei privati.

Per Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3 non sussiste più la pregiudiziale di rito, secondo cui l'azione risarcitoria era inammissibile ove non preceduta o accompagnata dall'azione demolitoria; tuttavia, il comportamento del danneggiato che non esperisce l'azione demolitoria deve essere valutato, ai sensi dell'art. 1227 c.c. e del principio di buona fede, ai fini della quantificazione del danno risarcibile.

Questa saggia composizione degli interessi ha avvicinato le giurisdizioni ed ha dato un assetto stabile a questioni assai controverse in passato, per cui sarebbe lungimirante evitare di riaprire controversie interpretative fra le diverse nomofilachie.

Non si può tuttavia non fare cenno a quella coerente impostazione dottrinale che ritiene – muovendo obiezioni radicali alla evoluzione della giurisprudenza ed alle scelte legislative conseguenti appena illustrate – incompatibile la figura dell'interesse legittimo con la tutela risarcitoria, essendo alla prima collegata una tutela di annullamento ed alla seconda una tutela di spettanza del tutto inconciliabili.

Si tratta di un'impostazione che muove dalla distinzione chiara fra ordinamento giuridico generale (nel quale si rinvengono diritti risarcibili) ed ordinamento speciale (nel quale operano poteri pubblici sindacabili con l'azione di annullamento) [11].

Tale chiarezza concettuale è stata superata in concreto dall'ordinamento, dopo la sentenza n. 500/1999, con scelte compromissorie, non dicotomiche, avvenute non tanto nel senso della prevalenza dell'annullamento quanto nel senso della affermazione di una logica della spettanza, ma temperata (da termine decadenziale e dall'istituto del fatto colposo del creditore). Al giudice amministrativo il compito di concretizzare queste scelte legislative nella vita del diritto, nella inesauribilità dell'esperienza giuridica.

La Corte costituzionale con la propria sentenza n. 94/2017 ha dato crisma di legittimità costituzionale all'assetto qui divisato ritenendo la legittimità del termine decadenziale di centoventi giorni (dal verificarsi del fatto o dalla conoscenza del provvedimento nel caso di danno derivante direttamente dal provvedimento) dell'azione di risarcimento per violazione dell'interesse legittimo sollevata – con riferimento a numerosi parametri di incostituzionalità – dal Tar Piemonte.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte con ordinanza del 17 dicembre 2015, aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 24, commi 1 e 2, 111, comma 1, 113, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art.

---

[11] ALB. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1, 1998, p. 1 ss.

47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 12 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, e agli artt. 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [d'ora in avanti: CEDU], firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 3, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui stabilisce che «[l]a domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

La questione è cruciale perché sul termine decadenziale dell'azione di risarcimento si gioca la differenziazione fra i regimi di ordinaria responsabilità civile ed il regime legato alla violazione dell'interesse legittimo.

Qui la Corte si riferisce alla discrezionalità del legislatore che si valuta correttamente esercitata nel porre il termine decadenziale (punti da 5 a 6.1 della sentenza n. 94/2017).

> 5. Secondo il giudice rimettente, anche per tale azione risarcitoria e non soltanto per quella diretta a far valere il danno per lesione di diritti soggettivi, il legislatore avrebbe dovuto prevedere l'ordinario termine prescrizionale o altro congruo termine della stessa natura; in ogni caso, non avrebbe dovuto indicare un termine di soli centoventi giorni. Va premesso che il legislatore, nel realizzare l'obbiettivo di dar luogo a una sistemazione complessiva, anche innovativa, del processo amministrativo ha dettato, ai commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 30 del d.lgs. n. 104 del 2010, un'articolata disciplina anche dell'azione risarcitoria dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi, già disciplinata – come è noto – dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 (Disposizioni in materia di giustizia amministrativa). Per quanto qui rileva, i commi 3 e 5 citati hanno previsto che il risarcimento del danno cagionato per effetto della illegittima attività della pubblica amministrazione può essere conseguito attraverso l'azione di condanna esercitata in via autonoma (comma 3), oppure esperita contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento illegittimo o finanche successivamente al passaggio in giudicato della relativa sentenza (comma 5).
>
> Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa.
>
> Tale scelta è stata accompagnata dalla previsione, in entrambe le ipotesi, del termine di decadenza di centoventi giorni per la proponibilità delle domande risarcitorie, sia pure decorrenti da momenti differenti.
>
> Ciò premesso, le censure mosse in riferimento alla violazione dell'art. 3 Cost. sono prive di fondamento, in relazione alla violazione del principio sia di ragionevolezza che di uguaglianza.

> Con riguardo all'asserita irragionevolezza della norma censurata, deve osservarsi come sia costante l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo cui il legislatore gode di ampia discrezionalità in tema di disciplina degli istituti processuali (*ex plurimis*, sentenze n. 121 e n. 44 del 2016); ciò vale anche con specifico riferimento alla scelta di un termine decadenziale o prescrizionale a seconda delle peculiari esigenze del procedimento (*ex multis*, sentenza n. 155 del 2014 e ordinanza n. 430 del 2000).
>
> È noto, poi, che il solo limite alla enunciata discrezionalità del legislatore risiede nella non manifesta irragionevolezza delle scelte compiute.
>
> La previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obbiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, comma 6, del codice civile).
>
> La non manifesta irragionevolezza della scelta legislativa appare ancora più chiara laddove si rifletta che il bilanciamento operato risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa.

Qui ci si riferisce ad una regola di bilancio (una regola di economia pubblica) invero già messa a rischio dalla generalizzata previsione di un'azione di risarcimento (con mancata previsione di meccanismi indennitari) a fronte dei doveri di generalizzata cura degli interessi pubblici che sono in capo alle pubbliche amministrazioni.

Certezza del diritto ed esigenza di consolidamento dei bilanci pubblici in tempi rapidi (bilanci pubblici esposti al rischio risarcitorio specie in materia di appalti ove si faccia prevalere a tutta oltranza la logica del risultato a detrimento della legittimità e delle garanzie mentre la logica del risultato va declinata opportunamente in relazione alla legalità procedimentale e sostanziale).

Altro interessante passaggio sul piano del bilanciamento nella sentenza n. 94/2017 è quello che si riferisce alla «necessità che davanti al giudice amministrativo sia assicurata al cittadino la piena tutela, anche risarcitoria, avverso l'illegittimo esercizio della funzione pubblica (sentenze n. 191 del 2006 e n. 204 del 2004)» che tuttavia «non fa scaturire, come inevitabile corollario, che detta tutela debba essere del tutto analoga all'azione risarcitoria del danno da lesione di diritti soggettivi. È evidente, infatti, che le due situazioni giuridiche soggettive poste in comparazione sono differenti: entrambe sono meritevoli di tutela, ma non necessariamente della stessa tutela».

Si tratta di un limite moderatore posto alla penetrazione dell'azione *ex* art. 2043 c.c. come parametro generalizzato dell'azione dei pubblici poteri.

Tale penetrazione ha come effetto per dirla in termini marxiani una vera e propria dissoluzione del potere (una sua frammentazione) a fronte della crescita dei mercati e dei soggetti che li dominano. «Tutto ciò che è solido (e quindi lo Stato e l'amministrazione) si dissolve nell'aria».

È la cifra di un certo capitalismo predatorio che, quando incontra l'azione risarcitoria italiana può innescare azioni da free rider. Il punto è essere avvertiti (e ci sembra che il Giudice delle leggi lo sia e lo sia stato) la questione dei rapporti fra autorità e libertà non si pone più nei termini classici ottocenteschi studiati dalla scienza amministrativistica ma appare in un'altra luce quando valutata secondo l'angolo visuale del diritto dell'economia e dei mercati finanziari dominati ormai da soggetti imprenditoriali che assumono una vera e propria qualità di soggetti sovrani (in quanto aventi dimensioni superiori a quelle degli Stati e possesso di tecnologie come l'IA decisive nelle trasformazioni della politica democratica in corso) [12].

4. *La natura contrattuale o aquiliana della responsabilità*

Della natura della responsabilità da violazione dell'interesse legittimo si è discusso a lungo, in connessione anche alla questione della colpa. Il regime della colpa, infatti, si configura diversamente a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale (o pre-contrattuale ove si accolga la tesi per cui la responsabilità precontrattuale è un'ipotesi di responsabilità contrattuale) o extracontrattuale.

Il regime della responsabilità contrattuale risulta assai più favorevole per il danneggiato, infatti, l'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 incombe sul debitore una volta provato l'inadempimento.

In tal caso al debitore è rimessa la prova che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile.

La giurisprudenza più recente è incline alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità, anche in coerenza con l'impostazione della Corte di cassazione che ha fondato la sua svolta in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo sull'art. 2043 c.c.

Per Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124 [13]

---

[12] Si fa rinvio, sul tema dell'IA e sul tema delle trasformazioni correlate del potere amministrativo agli studi in: R. CAVALLO PERIN-D.-U. GALETTA, *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica Digitale*, Giappichelli, Torino, 2020 e successive edizioni ed in particolare al saggio di A. SIMONCINI, *L'amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, spec. parr. 1 e 2.

[13] In *Resp. e risarcimento*, 10, 2008, p. 94; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 386, con nota di S. BAIONA.

> In tema di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimentale illegittima e all'elemento soggettivo della colpa, va esclusa l'applicabilità dei principi concernenti la responsabilità contrattuale per inadempimento in ordine alla presunzione relativa di colpa e l'ascrizione all'amministrazione dell'onere di dimostrare la propria incolpevolezza, e, mentre il privato può limitarsi a fornire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento e il proprio apporto partecipativo al procedimento, dal canto suo l'amministrazione può allegare elementi rientranti nello schema dell'errore scusabile, spettando poi al giudice apprezzarne e valutarne l'idoneità a comprovare o a escludere la colpevolezza dell'amministrazione stessa, senza che possa considerarsi valida l'equazione "illegittimità dell'atto-colpa dell'apparato pubblico"; pertanto, la responsabilità patrimoniale della P.A. conseguente all'annullamento giurisdizionale di atti illegittimi dev'essere inserita nel sistema dell'accertamento dell'illecito extracontrattuale, alla stregua del quale l'imputazione non può avvenire sulla base del dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento.

Per Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2009, n. 1206 [14] sempre sullo stesso presupposto teorico (ossia la natura extracontrattuale della responsabilità già affermata da Cass., sez. un., n. 500/1999),

> In caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, il risarcimento del danno è ascrivibile in capo all'amministrazione esclusivamente a titolo di responsabilità extra-contrattuale e pertanto, la quantificazione dello stesso deve essere determinata in forma equitativa e non sulla base del criterio di cui all'art. 134 d.l. n. 163/2006, che disciplina la diversa fattispecie relativa al diritto potestativo dell'appaltante di recedere unilateralmente da un contratto in corso.

Un diverso orientamento valorizzava la teorica della responsabilità da contatto sociale per arrivare a qualificare la responsabilità da violazione di interesse legittimo come ipotesi di responsabilità contrattuale.

Così per Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239

> La natura della responsabilità derivante dall'adozione di un atto illegittimo (nella specie, diniego di concessione edilizia) assume connotazioni concretamente avvicinabili all'inadempimento di una precedente obbligazione quando l'invalidità dell'atto amministrativo deriva dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra l'amministrazione ed il privato

(in motivazione, si precisa che le recenti elaborazioni dottrinarie in materia di responsabilità da contatto amministrativo qualificato possono essere condivise nella misura in cui, senza affermare la generale operatività delle regole proprie della responsabilità contrattuale, forniscono utili criteri applicativi in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, sicché l'adeguata valorizzazione del

[14] In *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 535.

rapporto procedimentale consente di affermare che il relativo onere della prova va ripartito tra le parti secondo criteri sostanzialmente corrispondenti a quelli codificati dall'art. 1218 c.c.).

Per Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945 la responsabilità contrattuale è evocabile anche nel caso di obblighi di correttezza procedimentale che conduce anche ad un risarcimento in via equitativa senza un necessario giudizio sulla spettanza. Sarebbe risarcibile in via equitativa – ma non nel caso in specie per mancanza di domanda – la sola violazione degli obblighi di correttezza procedimentale, indipendentemente dalla valutazione circa la spettanza del bene della vita a cui il ricorrente aspira.

Il procedimento amministrativo – la legge n. 241/1990 – diviene in questa ottica una fonte di obblighi di correttezza che poi, a cascata, si riverberano sul piano risarcitorio. In dottrina è stata affacciata anche l'ipotesi di un *tertium genus* di responsabilità, dotata di regole sue proprie, che devono ricavarsi coerentemente dalla circostanza che il potere e l'obbligo sono, romanianamente, figure incompatibili [15].

L'ipotesi ha una sua interna coerenza, anche sul piano sistematico e costituzionale, come la tesi di Alberto Romano prima riportata, ma a fronte della parabola giurisprudenziale e legislativa già verificatasi, vale, al più per suggerire in futuro al legislatore che voglia garantire un risarcimento conforme alla logica dell'annullamento, per limitare i poteri privati, di dettare regole specifiche vadano ben oltre la spettanza temperata, valutando ad es. in quali campi dell'azione amministrativa secondo la latitudine discrezionale del potere, valutare non tanto di reintrodurre, *expressis verbis*, speciali casi di pregiudizialità ai quali legare fattispecie peculiari di responsabilità da esercizio illegittimo del potere (scelta da fare in limitate ipotesi di valutazioni amministrative ampie e complesse) quanto piuttosto virando in via generale più decisamente verso forme indennitarie di tutela (quali introdotto dall'art. 2-*bis*, comma 2, legge n. 241/1990 per il danno da mero ritardo ma con intento di sganciarlo dalla prova della spettanza del bene).

Il danno accertato dal giudice amministrativo funzionerebbe meglio se si specificassero inoltre legislativamente i criteri di imputazione del danno all'apparato ed ai funzionari e rendendo tali regole speciali rilevanti nell'ordinamento giuridico generale. Il diritto vivente sta intanto percorrendo un'altra strada lasciando alla giurisprudenza l'applicazione dell'art. 2043 c.c. Ciò non è necessariamente un male data la peculiare natura della responsabilità civile che ha frontiere mobili che normalmente sono stabilite dalla giurisprudenza.

Qualche certezza ci viene, come è noto, dall'adunanza plenaria n. 7/2021. La plenaria ha evidenziato che l'amministrazione «mantiene rispetto al privato la posizione di supremazia necessaria a perseguire i fini determinati dalla legge con atti

---

[15] L. MARUOTTI, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2008, p. 37 ss.

di carattere autoritativo in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica del privato», precisando che nel «rapporto amministrativo» si creano le condizioni perché la pubblica amministrazione «non possa essere assimilata al debitore obbligato per contratto ad adempiere in modo esatto nei confronti del privato». Né il rapporto tra privato e amministrazione potrebbe essere ricondotto «alla dibattuta, in dottrina come in giurisprudenza, nozione di contatto sociale, in quanto, a tacer d'altro, oltre a quanto osservato sulla natura del rapporto amministrativo, la relazione tra privato e amministrazione è comunque configurata in termini di supremazia, e cioè da un'asimmetria che mal si concilia con le teorie sul contatto sociale che si fondano sulla relazione partitaria». Conseguentemente, «l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale del *neminem laedere*». La plenaria ribadisce che, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, il danno può ritenersi ingiusto solo «se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi», ma non quando manchi l'accertamento sulla fondatezza della pretesa e la violazione riscontrata sia di carattere meramente formale. Lo stesso vale per il danno conseguente alla ritardata conclusione del procedimento, dal momento che il requisito dell'ingiustizia «esige la dimostrazione che il superamento del termine di legge abbia impedito al privato di ottenere il provvedimento ampliativo favorevole per il quale aveva presentato istanza» [16].

Il bilanciamento operato dalla plenaria è centrato sulla condivisibile – a giudizio di chi scrive – non assimilabilità della responsabilità della P.A. per violazione di interessi legittimi alla responsabilità contrattuale da contatto sociale.

5. *Bene della vita e perdita di chance*

Ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento, non basta la dichiarazione di illegittimità dell'atto e l'accertamento della colpa dell'amministrazione, ma occorre che sia comprovata in modo certo la spettanza del bene della vita e la correlata lesione derivante dal provvedimento illegittimo e va verificato se l'annullamento per vizio del procedimento sia avvenuto a seguito di una illegittimità di natura formale o di carattere sostanziale (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisd., 16 luglio 2015, n. 555) [17].

A tale rilevanza del giudizio sulla spettanza non si rinuncia nemmeno in caso di danno da ritardo.

---

[16] E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *giustiziainsieme.it*, 30 luglio 2021.

[17] In *Foro amm.*, 2015, p. 2020.

Per Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4580 [18]

Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, quindi, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse; l'entrata in vigore dell'art. 2-*bis* legge 7 agosto 1990, n. 241 non ha, infatti, elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della P.A. per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle cadenze procedimentali è imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione, nonché la prova del danno lamentato.

Sono fuori dall'area del risarcibile i vizi formali e procedimentali superabili con la rinnovazione del procedimento.

Per Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 252 [19]

Ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo per vizio procedimentale va distinta l'illegittimità di carattere c.d. "sostanziale" dall'illegittimità di natura "formale", in quanto solo nel primo caso il vizio del provvedimento amministrativo costituisce titolo per il risarcimento del danno subìto dall'interessato, purché risulti comprovata, in modo certo, la spettanza del bene della vita da lui fatta valere e la correlata lesione derivante dal provvedimento illegittimo che, in quella particolare circostanza, contrasta in radice con i presupposti normativi per la sua adozione con un determinato contenuto; e, per contro, la pretesa risarcitoria non può trovare accoglimento qualora il vizio accertato non contenga alcuna valutazione definitiva in ordine al rapporto giuridico controverso, risolvendosi nel riscontro di una violazione del procedimento di formazione del provvedimento, il che avviene in particolare quando, in seguito all'annullamento dell'atto impugnato, l'amministrazione conserva intatto il potere di rinnovare il procedimento, eliminando il vizio riscontrato.

Così secondo Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675 [20]

Il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene

[18] In *Foro amm.*, 2016, p. 2644.

[19] In *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015, p. 817, con nota di A. MOLITERNI.

[20] In *Riv. nel diritto*, 2015, p. 1033, con nota di A. GALATI; in *Riv. nel diritto*, 2015, p. 804.

alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno.

In via generale va detto che il danno conseguente alla lesione di interessi legittimi pretensivi può essere riconosciuto solo con la dimostrazione della spettanza al ricorrente del bene della vita preteso nella lite, con un rilevante grado di probabilità; tale prova non può essere fornita allorché rimane integro il potere discrezionale della P.A.; infatti l'annullamento di un atto dal quale consegue la riedizione del potere amministrativo ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove persistano in capo all'amministrazione significativi spazi di discrezionalità amministrativa; in tale caso, dall'annullamento dell'atto non possono farsi derivare conseguenze ulteriori rispetto al ripristino della situazione preesistente e dell'attività rinnovativa dell'amministrazione.

Il potere e la sua inesauribilità si riflettono sulla questione della spettanza del bene della vita a fini risarcitori, in modo ontologico ed inevitabile. È tuttavia risarcibile la perdita di *chance.*

Per Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323 [21]

Ove, a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara, come nei casi di appalti ad aggiudicazione non automatica, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di chance, quale perdita, definitiva, di un'occasione favorevole di cui il soggetto danneggiato si sarebbe avvalso con ragionevole certezza, ossia nella elisione di un bene, giuridicamente ed economicamente rilevante, già esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'evento dannoso, il cui valore, però, è dato dalle sue utilità future, ovvero dalla sua idoneità strumentale a far sorgere in capo al dominus dello stesso una data e specifica situazione di vantaggio; l'illegittimità dell'atto attraverso cui si manifesta la condotta illecita non è sufficiente per fondare la responsabilità dell'amministrazione, ma è altresì necessario che l'agire della P.A. sia connotato dall'elemento soggettivo della colpa, che non può essere considerato in *re ipsa* nella violazione della legge o nell'eccesso di potere estrinsecatesi nell'adozione ed esecuzione dell'atto illegittimo.

Da tale pronuncia è scaturita una complessa evoluzione di recente rimessa all'esame dell'adunanza plenaria da Cons. Stato, sez. V, n. 118/2018. Secondo un primo orientamento (ritenuto come esemplificato dalle seguenti pronunce: sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559; sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4592) il risarcimento della *chance*, a fronte della mancata indizione di una gara, è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Secondo un diverso approccio (ritenuto come esemplificato dalle seguenti

[21] In *Urb. app.*, 2006, p. 1355; in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 686.

decisioni: sez. V, 1° agosto 2016, n. 3450; Id., 8 aprile 2014, n. 1672, Id., 2 novembre 2011, n. 5837), in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, va riconosciuto il risarcimento della chance vantata dall'impresa del settore. Ciò sulla base del rilievo che, in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza), non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la chance di cui lo stesso è titolare deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica dell'ipotetico esito della gara.

All'esito del confronto ricostruttivo, la discriminante tra le due opposte configurazioni viene individuata nel rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione e, in particolare, sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo.

In tale contesto, mentre la teoria della chance ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio, la teoria eziologica intende la lesione della chance come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile, con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

Resta dubbio a quali condizioni il giudice impegnato in un'attività prognostica possa operare senza impingere nel merito amministrativo. E la *chance* è risarcibile se il provvedimento è diventato definitivo?

E se l'amministrazione è ancora in grado di riparare al danno procurato all'interessato? A questi dubbi come sappiamo non ha dato una risposta la plenaria n. 7/2018 che ha rimesso la questione in Sezione.

6. *La colpa*

L'elemento soggettivo è quello della colpa in particolare della colpa di apparato come sancito dalla Cassazione n. 500/1999.

Per Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4375 [22]:

> In sede di risarcimento del danno derivante da procedimento amministrativo illegittimo, ai fini dell'ammissibilità della relativa domanda, non è sufficiente il mero annullamento del provvedimento amministrativo, ma è necessario che sia fornita la prova dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'amministrazione; in particolare, la

[22] In *Foro amm.*, 2015, p. 2253.

colpa è la c.d. "colpa di apparato", la quale è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, quanto a ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza.

Il risarcimento non è escluso in caso di colpa lieve, secondo una certa giurisprudenza. Per Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5458 [23]:

L'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità; in ogni caso, perché possa configurarsi la responsabilità della P.A. è sufficiente la colpa, anche lieve, dell'apparato amministrativo.

Ma la questione non è pacifica, per Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63 [24], invero persuasiva più per l'articolazione degli indici di colpevolezza che per il riferimento apodittico alla gravità della colpa:

La sussistenza della colpa dell'amministrazione per il ritardo con il quale ha adottato il provvedimento chiesto dal privato non può essere affermata in base al solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che essa 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.; segue da ciò che, 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.

Nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2014, n. 1651 [25] per cui

---

[23] In *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, p. 3027.

[24] In *Foro amm.*, 2014, p. 69.

[25] In *Foro amm.*, 2014, p. 1077.

La sussistenza della colpa dell'amministrazione per il ritardo con il quale ha adottato il provvedimento chiesto dal privato non può essere affermata in base al solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che l'amministrazione medesima 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.; segue da ciò che, ai fini della fondatezza 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.

Non rileva la colpa del funzionario.
Così Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4189 [26]

L'imputazione ex art. 2043 c.c. alla P.A. di una responsabilità extracontrattuale (in materia diversa da quella degli appalti pubblici) non può avvenire sulla base del mero dato obbiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi.

In conclusione, in tema di responsabilità della P.A., ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un danno risarcibile occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato (così anche Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 14) [27].

7. *Il nesso causale e la quantificazione del danno*

Come è noto, le norme civilistiche in tema di nesso causale sono scarne ed

[26] In *Foro amm. Cons. Stato*, 2013, p. 2102.

[27] In *Giurisdiz. amm.*, 1, 2012, p. 8.

insufficienti e dalla loro scarsezza possono derivare incertezze applicative. I danni risarcibili (art. 1223 c.c.) devono essere conseguenza immediata e diretta dell'illecito. L'art. 2043 c.c. prevede la tutela risarcitoria e la pone a carico di chi cagiona ad altri un danno ingiusto.

L'art. 2043 c.c. si riferisce al danno evento (ossia all'evento lesivo, alla lesione di un interesse meritevole di tutela). L'art. 1223 c.c. al danno conseguenza ossia alle conseguenze economiche del danno.

Il danno evento viene valutato ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., l'altro viene imputato secondo un diverso schema di accertamento della diretta ed immediata conseguenzialità.

Si tratta della nota fra causalità materiale (riguardante il danno evento) e causalità giuridica (riguardante il danno conseguenza). Le domande sono diverse: chi è stato? che cosa deve risarcire per equivalente?

La quantificazione poi è la terza domanda, strettamente legata alla prima ed alla seconda: quanto deve pagare? Anche fra primo e secondo comma dell'art. 1227 c.c. si rintraccia solitamente la distinzione fra danno evento e danno conseguenza. Tale distinzione è recepita anche dalla giurisprudenza amministrativa.

Per Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3887

> La domanda di risarcimento dei danni è anche nel processo amministrativo regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., in base al quale chi vuole far valere un diritto in giudizio deve indicare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; grava, quindi, sul danneggiato l'onere di allegare e provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa); la presenza di un danno risarcibile e la condanna al suo risarcimento non sono, infatti, una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento e richiedono la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa e del dolo dell'amministrazione e del nesso causale tra l'illecito e il danno subìto; in particolare, poi, il risarcimento del danno conseguente a una lesione di interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito aquiliano (condotta, colpa, nesso di causalità ed evento dannoso), all'effettiva dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia in concreto destinata ad avere esito favorevole, quindi all'avvenuta e concludente dimostrazione della spettanza definitiva e ragionevolmente certa, mediante il corretto sviluppo dell'azione amministrativa, del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse, e comunque fermo l'ambito proprio della discrezionalità amministrativa [28].

In modo specifico Tar Veneto, sez. II, 31 marzo 2003, n. 2166 [29] ha ritenuto che

---

[28] In *Foro amm. Cons. Stato*, 2011, p. 2099.

[29] In *Giust. amm.*, 2003, p. 517, in *Trib. amm. reg.*, 2, 2003, p. 323, con nota di F. MAZZIA; in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2003, p. 129.

> Per l'accertamento del nesso di causalità del danno, deve effettuarsi, analogamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza civile, una duplice verifica: a) nell'accertare il collegamento materiale tra condotta ed evento può farsi riferimento alle disposizioni contenute negli artt. 40 e 41 c.p., b) nel verificare la sussistenza del collegamento giuridico tra il fatto illecito (valutato unitariamente come condotta ed evento) e l'entità del danno, possono applicarsi gli art. 1223 e 1227, 2° comma, c.c., richiamati espressamente dall'art. 2056, 1° comma.

Infine può menzionarsi Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4286 [30] secondo cui è da accogliersi la distinzione civilistica ed il danno conseguenza può essere anche non patrimoniale; per cui

> Il danno non patrimoniale, configurabile quale danno-conseguenza derivante dall'effettiva lesione di specifici beni/valori oggetto di tutela (e non quale mero danno-evento), deve essere puntualmente allegato e dimostrato nella sua consistenza, se del caso attraverso il ricorso a presunzioni, purché plurime, precise e concordanti; pertanto, per conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale, il richiedente è tenuto ad allegare e provare in termini reali, sia nell'*an* che nel *quantum*, il pregiudizio subìto, anche se collegato a valori riconosciuti a livello costituzionale, e ciò perché la categoria del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c., pur nei casi in cui la sua applicazione consegua alla violazione di diritti inviolabili della persona, 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 e riferibilità eziologica alla condotta del soggetto indicato come autore dell'illecito; il danno non patrimoniale, quindi, anche quando discende dalla violazione di diritti fondamentali della persona, non è mai *in re ipsa*, ma deve essere sempre allegato e provato da chi ne chiede il risarcimento.

Il rischio di un eccessivo allargamento della responsabilità derivante dalle regole di equivalenza causale penalistiche, condurrebbe ad un'amministrazione, incerta, titubante, paralizzata, inefficiente; tale rischio viene superato o governato mediante la costruzione delle reti di contenimento già menzionate fra cui il concorso del fatto colposo del creditore.

Così Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4968 che ha sancito la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, sancita dall'art. 30, comma 3, c.p.a., è ricognitiva dei principi già contenuti nell'art. 1227 c.c.: di conseguenza, l'omessa attivazione degli strumenti di tutela giurisdizionale costituisce, condotta valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con la ordinaria diligenza, non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio della sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (nella specie – in cui, da un lato, la tempestiva

[30] In *Foro amm.*, 2015, p. 2279.

impugnazione da parte dell'interessato del silenzio-rifiuto sulla richiesta di concessione edilizia presentata nel febbraio 1989 non avrebbe ragionevolmente potuto impedire il danno, costringendo, eventualmente, anche attraverso un non implausibile provvedimento cautelare sollecitatorio o propulsivo, l'amministrazione a rilasciare il titolo edilizio ovvero costringendola a riesaminare il provvedimento illegittimo e/o ad indicare le eventuali ragioni ostative a tale rilascio, prima del dicembre 1989, allorquando, essendo stata adottata una variante al piano regolatore generale vigente e alle relative norme tecniche di attuazione, è sopravvenuta la doverosa applicazione delle misure di salvaguardia e, dall'altro lato, il privato per effetto delle informazioni ottenute dall'amministrazione nel febbraio 1992, ben poteva conoscere la data della scadenza triennale di validità delle misure di salvaguardia ovvero informarsi sull'effettiva scadenza delle stesse usando l'ordinaria diligenza, così che non era giustificata la sua inerzia protrattasi fino al giugno 1996 – si è deciso che l'omissione del privato ha inciso nella verificazione dell'evento dannoso nella misura del cinquanta per cento) [31].

Frequente è anche la limitazione del ricorso a presunzioni giurisprudenziali. Per Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195:

> Il danno, inteso sia come danno evento che come danno conseguenza, e la sua qualificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni solo in relazione ai danni non patrimoniali.

Sul piano della quantificazione essa è determinata in concreto, con ampio ricorso a criteri equitativi nei casi in cui ciò è possibile, ma spesso è anche demandata all'amministrazione che deve trovare un accordo con l'interessato (art. 34, comma 4, del c.p.a); ciò toglie alla questione drammaticità.

8. *Conclusioni*

Le scelte sul bilanciamento fra valori ed interessi sono fatte in primo luogo dal legislatore. Ciò è avvenuto anche in tema di responsabilità della pubblica amministrazione da violazione di interessi legittimi. Le regole legislative sanciscono una certa moderata specialità del modello di responsabilità prescelto. Tale modello è stato validato dal Giudice delle leggi.

Su tali coordinate normative costituzionalmente legittime, per riempire i tanti vuoti e punti problematici della disciplina, si muove un incessante lavoro di elaborazione giurisprudenziale per cui può dirsi che il giudice amministrativo

---

[31] In *Vita not.*, 2013, p. 1243; in *Giurisdizione amm.*, 2013, ant., p. 108; in *Urb. app.*, 2014, p. 316, con nota di A. SAVATTERI; in *Danno resp.*, 2014, p. 104; in *Riv. giur. edilizia*, 1, 2013, p. 1127; in *Guida al dir.*, 1, 2014, p. 62.

rimane al centro del bilanciamento concreto fra potere e situazione giuridica soggettiva che lo fronteggia.

9. *Questioni aperte*

Sembra ormai ius receptum nel diritto vivente della Corte di cassazione il principio per cui la violazione della buona fede riportabile ad un contegno della P.A. determina la violazione di un diritto soggettivo e radica la giurisdizione del giudice ordinario.

E si pensi al caso di una società che confidi incolpevolmente sulla legittimità di un provvedimento del Comune che, successivamente, viene annullato. La delibera della giunta viene impugnata da terzi, ma la società è rassicurata dall'amministrazione comunale, che insiste affinché essa svolga le opere concordate. La società, dunque, fa affidamento sulla legittimità del provvedimento e procede in tal senso. La delibera, però, viene annullata e la società agisce dinnanzi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento del danno a causa della lesione dell'affidamento. Il Comune eccepisce il difetto di giurisdizione, ritenendo che la causa vada radicata presso il giudice amministrativo.

La Corte di cassazione, a sezioni unite, con l'ordinanza 19 gennaio 2023, n. 1567, ammette che la pretesa risarcitoria avanzata dalla società sorge dall'annullamento della delibera comunale, tuttavia, la controversia non ha ad oggetto il provvedimento suddetto, ma il comportamento del Comune. La condotta dell'amministrazione, infatti, è stata idonea a ingenerare nella società un affidamento in merito sulla legittimità dell'azione amministrativa. La lesione dell'affidamento incide su un diritto soggettivo, che è autonomo e distinto rispetto alla posizione soggettiva violata dal provvedimento. Per questa ragione, la questione non può essere devoluta al giudice amministrativo. Infatti, perché sussista la giurisdizione del G.A. occorre che la *causa petendi* riguardi l'esercizio del potere amministrativo. Ciò non si verifica allorché la causa del pregiudizio patito risieda nell'illiceità del comportamento della P.A. a prescindere dal modo in cui il potere sia stato esercitato.

Si può richiamare anche un precedente delle sezioni unite (Cass., sez. un., n. 8236/2020), in cui è stata riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario in merito ad una diversa fattispecie. Anche in quel caso, il privato aveva agito al fine di ottenere il ristoro del danno causato dalla lesione dell'affidamento riposto nell'emanazione di un provvedimento della P.A. L'affidamento era fondato sulla complessiva condotta dell'amministrazione, che aveva violato i canoni di correttezza e buona fede. I giudici della Cassazione hanno ravvisato una responsabilità inquadrabile nello schema della responsabilità da contatto sociale, come fatto idoneo a produrre obbligazioni (*ex* art. 1173 c.c.). Tale responsabilità riguarda: (i) sia il caso in cui non sia stato emanato alcun provvedimento e l'affidamento del privato sia riposto in una condotta della P.A.; (ii)

sia il caso in cui il danno derivi dall'emanazione e dal successivo annullamento del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato (Cass., sez. un., n. 8236/2020; Cass. n. 13595/2022; Cass. n. 1391/2022; Cass. n. 14324/2021; Cass. n. 28979/2020).

Per un diverso più risalente orientamento l'azione risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo, poi annullato, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (Cass., sez. un., n. 13194/2018; Cass. n. 13454/2017; Cass. n. 8057/2016).

Tale posizione, ormai, è stata superata (Cass., sez. un., n. 8236/2020); in quanto stato osservato che:

> […] l'attribuzione al Giudice amministrativo del potere di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno conseguente al modo in cui essa ha esercitato il potere costituisce uno strumento ulteriore, complementare rispetto alla tradizionale tutela demolitoria e volto a rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, che si traduce nella concentrazione innanzi al Giudice amministrativo sia della fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa che di quella del risarcimento del danno, ma non comporta l'individuazione di una nuova materia attribuita alla giurisdizione amministrativa […]

Ne deriva che il danno al privato rientra nella cognizione del giudice ordinario quando non sia in questione l'illegittimità del provvedimento amministrativo, ma piuttosto la lesione dell'affidamento che questi ha riposto nella sua legittimità. Si tratta di una fattispecie complessa, in cui è necessaria la compresenza di diversi elementi: non basta l'illegittimità dell'atto, ma occorre che il comportamento della P.A. abbia violato le regole di correttezza e buona fede, così ingenerando un incolpevole affidamento nel privato. In sostanza il fatto posto a base della pretesa sembra essere diverso facendosi emergere la condotta nell'azione da violazione della buona fede.

Nella logica seguita dalla Corte di cassazione qualora il comportamento scorretto della P.A. abbia leso l'affidamento del privato, non sussiste alcun collegamento, neppure mediato, tra la condotta dell'amministrazione e l'esercizio del potere. Infatti, il comportamento dell'ente amministrativo rilevante ai fini dell'affidamento del privato si pone su un piano diverso «rispetto da quello della scansione degli atti procedimentali che conducono al provvedimento con cui viene esercitato il potere amministrativo».

Affinché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo occorre che la *causa petendi* riguardi l'esercizio del potere amministrativo. Ciò non si verifica allorché la causa del pregiudizio patito risieda nell'illiceità del comportamento della P.A. a prescindere dal modo in cui il potere sia stato esercitato. Sussiste quindi uno spazio per la giurisdizione del giudice ordinario che riguarda il contegno lesivo della buona fede anche quando il danno sia derivato da provvedimento legittimo ossia sia – per questo aspetto – danno giusto o non illegittimo dal punto di vista strettamente provvedimentale. Trattando dell'impatto della

digitalizzazione sulla strandardizzazione degli obblighi di buona fede contrattuale al fine della riduzione di un contenzioso spesso connotato da tormentose e non sempre chiare questioni di giurisdizione (non essendosi giunti sul tema ad una soddisfacente *actio finium regundorum*) Gabriella Racca ha efficacemente notato che «si rileva la persistente tendenza del giudice nazionale a condannare l'amministrazione a risarcire ampiamente i privati, a differenza delle Corti francesi, inglesi e statunitensi, ove in particolare non è riconosciuto alcun danno precontrattuale».

La giurisprudenza europea – secondo quanto acutamente osserva G. M. Racca – ci ricorda che la nozione di danno (e il relativo risarcimento) in materia di appalti pubblici va ricondotta all'«autonomia procedurale degli Stati membri» senza che si possa riconoscerla come nozione autonoma e uniforme del diritto dell'Unione [32].

Il fuoco della responsabilità da violazione della buona fede secondo la Cassazione è la «delusione dell'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà riposta dal privato nel comportamento dell'Amministrazione, e fondata sul rispetto dei doveri di correttezza e buona fede sulla stessa gravanti nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, la cui inosservanza dà luogo, indipendentemente dall'annullamento dell'atto in autotutela o in sede giurisdizionale».

La responsabilità della P.A. non rientra nell'alveo della responsabilità extracontrattuale o contrattuale in senso proprio, ma si configura come una responsabilità di tipo relazionale o da contatto sociale qualificato (Cass., sez. un., n. 8236/2020; Cass. n. 32314/2018; Cass. n. 24438/2011); ciò data la qualificazione dei presupposti di tale responsabilità sul modello di quella da violazione di obblighi *ex lege* e data l'estrema latitudine degli obblighi di cura dei pubblici interessi affidati all'amministrazione determina un'estensione eccessiva degli obblighi risarcitori ed il rischio – conseguente – di "paura della firma" ed amministrazione difensiva.

La prospettiva del superamento di quest'impasse è suggestivamente delineata: «Si evidenzia la necessità di un corretto rapporto di fiducia, in cui sia attribuito al giudice amministrativo il ruolo di garante delle responsabilità, configurando

---

[32] G.M. RACCA, *La buona fede "digitale" nei contratti pubblici*, in F.G. SCOCA-M.P. CHITI-D.-U. GALETTA (a cura di), Liber Amicorum *per Guido Greco*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 627 ss. Ivi si considera anche – con apertura al futuro – che «i principi di "collaborazione e buona fede", posti a protezione di tutti i rapporti giuridici amministrativi nel perseguimento della buona amministrazione, vanno oggi attuati ordinariamente mediante strumenti digitali. Come noto, nel tempo l'ambito delle responsabilità degli enti pubblici ha conosciuto un progressivo ampliamento e si è configurato attraverso varie forme, secondo principi giuridici che la rilevazione digitale permetterà di perfezionare». Si condivide l'auspicio posto che pochi settori appaiono controversi e bisognosi di certezza del diritto come quello della responsabilità precontrattuale della P.A. e posto che la digitalizzazione potrà con la rilevazione statistica stabilire standard di giudizio e modalità di liquidazione del pregiudizio che potranno anche preludere alla generalizzazione di logiche indennitarie più conformi al danno da contatto sociale applicato alla P.A. della vera e propria azione risarcitoria classica da contatto sociale occasionale.

così una giurisdizione esclusiva per i contratti pubblici, per assicurare il risultato della "buona contrattazione digitale". La funzionalizzazione dell'attività contrattuale al perseguimento dell'interesse pubblico consente di superare e ricomporre le diverse questioni di giurisdizione, sicché si può affermare che il giudice amministrativo ha giurisdizione sulle trattative, a prescindere dall'ambito della sua giurisdizione esclusiva» [33].

Il contegno tenuto nell'ambito dell'esercizio del pubblico potere è stato sempre un tema di confine anche nella giurisprudenza costituzionale. Nell'ambito della trasformazione digitale vengono colti elementi di possibile futura razionalizzazione notando che «le trasformazioni digitali richiedono, in particolare, una ridefinizione del modello organizzativo e della gestione dei rischi "di posizione" – o dell'"apparato" – che permetta l'individuazione delle misure di monitoraggio, controllo e riduzione e riconoscano l'imputazione degli atti, anche automatizzati, per individuare le relative responsabilità» [34].

Ma in via generale deve ritenersi – sulla scorta di quanto segnalato già da tempo da autorevole dottrina ben fondata sul pensiero dei Maestri del diritto amministrativo [35] – che su tutta questa materia spiri un'esigenza di concentrazione dei processi che dovrebbe far rivedere o ripensare la Cassazione su alcune delle posizioni di recente assunte per condurre a concentrare le controversie sulla responsabilità precontrattuale e sui contegni violativi della buona fede connessi all'esercizio del potere presso il giudice amministrativo [36] poi dovendosi valutare

---

[33] Così G.M. RACCA, *op. ult. cit.*, p. 635.

[34] Così ancora G.M. RACCA, *op. ult. cit.*, p. 637.

[35] E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Giappichelli, Torino, 1953. Cfr. R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1951; ID., *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1951; M.S. GIANNINI, *Svolgimento della dottrina delle responsabilità contabili*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. V, Giuffrè, Milano, 1962, p. 183 s.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 112 ss. Sull'illecito amministrativo già SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 1898, poi in *Scritti minori*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1950, p. 75 ss.; G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca, Torino, 1924; ID., *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale*, 1921, poi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 127 ss.; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss.

[36] Così R. CAVALLO PERIN, *La responsabilità della pubblica amministrazione al tempo dell'intelligenza artificiale*, in *Dir. amm.*, 4, 2024, p. 1059 ss.: «si tratta di atti amministrativi che sono accompagnati o contornati da meri comportamenti (risponditore automatico polisenso, errate precisazioni, orario di sportello inesatto, ecc.) la cui sommatoria nel caso concreto definisce un'azione amministrativa che è nel suo complesso lesiva e perciò risarcibile, ove il comportamento – sia esso atto o fatto – assume una propria rilevanza giuridica come causa di responsabilità (art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, cit.), unitamente o indipendentemente dalla invalidità dell'atto amministrativo che chiude il procedimento. La lesione – dell'aspettativa o degli obblighi di protezione – si configura infatti non solo nel caso di un atto legittimo (es. di revoca dell'aggiudicazione per carenza di fondi), ma anche in caso di atto illegittimo seppur favorevole al destinatario, poi annullato in sede giurisdizionale o in autotutela, ove l'amministrazione leda l'affidamento (incolpevole) del destinatario sulla (apparente) legittimità del provvedimento (in realtà illegittimo) poi annullato. Non

in quella sede se la teorica del contatto sociale pensata per l'illecito civile, debba ricevere qualche adattamento in conseguenza della speciale posizione costituzionale dell'amministrazione.

Da ultimo la sentenza della Cass., sez. un., n. 26080/2025 non sembra aver cambiato impostazione sulla teorica del contatto sociale, solo precisando in modo più netto i limiti della giurisdizione sui contratti pubblici e la violazione dell'affidamento prima della stipula (affidato al G.A.), nel senso auspicato dalla dottrina prima ricordata (e così avviando un parziale ripensamento del tema).

Il riparto in materia di contegni e violazione dell'affidamento sarà una questione quindi destinata ancora ad impegnare le due giurisdizioni.

Poiché diversi sono i modelli di responsabilità alle quali si ispirano i due ordini di giudici vedremo come in futuro la prospettiva di un'amministrazione sempre più deformalizzata (al di là del formalismo digitale) costringerà a ripensare profondamente lo stesso concetto di legalità amministrativa (per lo meno in certi ambiti non più dominati dal provvedimento).

---

di lesione della spettanza di un bene della vita – la cui infondatezza è dimostrata dal legittimo annullamento del provvedimento favorevole – ma della lesione di un affidamento ragionevole, che varia inevitabilmente ove si tratti di un individuo o di un professionista organizzato, o della violazione degli obblighi di protezione (art. 97, Cost.; art. 1, comma 2-*bis*, legge n. 241/1990, cit.) che è agevole correlare a un diritto soggettivo della personalità (art. 13, Cost.) alla correttezza e buona fede nelle relazioni tra amministrazione e cittadino». Conclude Cavallo Perin dopo aver dato atto del diverso assetto del diritto vivente che riporta tutto al giudice ordinario: «In tali contesti è il principio di concentrazione dei processi – come articolazione del giusto processo – a richiedere un'unica trattazione delle questioni di responsabilità avanti al giudice naturale degli interessi legittimi, anche ove si tratti di disporre del risarcimento degli obblighi di correttezza e buona fede, leggendo l'assegnazione della tutela risarcitoria in tali casi come giurisdizione esclusiva, che si definisce in ragione della principale tutela giurisdizionale degli interessi legittimi». Parole su cui meditare da parte del giudice regolatore della giurisdizione e che prescindono dall'altra urgente questione aperta della natura della responsabilità da c.d. contatto sociale che, nei suoi effetti sull'attività amministrativa, può meglio essere colta dal Consiglio di Stato e dai Tar.

La responsabilità della pubblica amministrazione in concorso con soggetti privati

Aristide Police

SOMMARIO: 1. Premessa sul percorso che ci indica la lezione di Casetta. – 2. La responsabilità civile delle P.A. tra diritto comune e specialità. – 3. La responsabilità dell'amministrazione in concorso con quella dei privati. – 4. L'azione di condanna nel processo amministrativo e il rilievo della condotta dei privati. – 5. La speciale disciplina del Codice dei contratti pubblici. – 6. Una conclusione sul tema del riparto di giurisdizione.

1. *Premessa sul percorso che ci indica la lezione di Casetta*

Il luogo nel quale le riflessioni affidate a questo breve scritto sono state occasionate, la Cavallerizza Reale dei sovrani sabaudi (parte del patrimonio UNESCO *Residenze sabaude*), è storicamente nato come un maneggio nel quale si sono esibiti nei secoli tanti cavalli di razza. È quindi assai consono al luogo che nello svolgere questo intervento ad esso si dia inizio ricordando con ammirazione e affetto i "cavalli di razza" del diritto amministrativo sabaudo [1].

Ma non è solo l'ammirazione sincera e la profonda devozione che fa partire queste considerazioni dal pensiero e dall'insegnamento di Elio Casetta [2] ma la centralità del suo contributo in relazione al tema che qui viene svolto.

Come evidenziato da Massimo Severo Giannini nella sua nota recensione al volume di Casetta, *L'illecito degli enti pubblici* (Giappichelli, Torino, 1953, e poi in ristampa anastatica 2023) [3], «sembrava che invano generazioni di privatisti e

[1] L'incontro di studi cui si fa riferimento è stato del resto propiziato dal desiderio di festeggiare due colleghi, tanto profondi ed arguti quanto schivi: i professori Rosario Ferrara e Carlo Emanuele Gallo e il loro Maestro Elio Casetta. Un doveroso ringraziamento per avermi invitato in questa felice occasione va ai Colleghi torinesi Gabriella Racca, Roberto Cavallo Perin e Sergio Foà. È un ringraziamento sincero perché oltre all'arricchimento culturale e scientifico, l'incontro ha rinsaldato antichi legami di affetto per me ancor più significativi avendo conseguito la mia idoneità alle funzioni di professore ordinario in un concorso bandito proprio dall'Ateneo torinese.

[2] Su cui, in generale, si vedano le belle pagine di F.G. SCOCA, *Ricordo di Elio Casetta*, in *Dir. econ.*, 2, 2014, p. 265 ss.

[3] Il riferimento come intuibile è a M.S. GIANNINI, *Recensione a Elio Casetta, L'illecito degli enti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 1954, p. 873 ss. Ora ripubblicato in *Scritti*, vol. III, Giuffrè,

processualisti si fossero affaticate a studiare debito e responsabilità, obbligazioni da illecito, l'illecito stesso come fatto o come atto; imperturbabile la scienza del diritto amministrativo seguiva a rimestare in un mastellone, con su scritto *responsabilità della pubblica amministrazione*, ogni specie di relitti e di pronunce giudiziarie, buone e cattive, con risultati di solita sterilità. Il Casetta ha, alla fine, rotto questa sorta di agitazione alchimistica, ed il pregio fondamentale del suo studio è di aver riportato la questione della responsabilità civile dei pubblici poteri nei suoi termini ortodossi: il centro di essa non è la responsabilità – che è una conseguenza giuridica – ma l'illecito, che è l'origine – e apposta diciamo la causa – della responsabilità. Non foss'altro che per questa rettificazione problematica, l'opera si impone all'attenzione degli studiosi come una delle più notevoli della recente letteratura amministrativistica».

Ecco, questo pensiero di Giannini è la traccia che consente di trovare il sentiero giusto di una riflessione sul concorso causale proprio nella condotta illecita.

La lezione di Casetta è molto utile anche per dare risposte alla preoccupazione palesata da ultimo nel raffinato intervento di Giancarlo Montedoro [4], la preoccupazione di non esporre l'erario pubblico ad eccessive e gravose conseguenze. Una preoccupazione antica negli studi giuspubblicistici e nel dibattito oramai quasi secolare su questo tema.

È una preoccupazione comprensibile, si badi, ma è una preoccupazione sbagliata se essa assurge a giustificazione di un odioso e superato privilegio (*the King can do no wrong*), di una limitazione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette. In questo, io colgo le parole accorate di Carlo Emanuele Gallo [5].

2. *La responsabilità civile delle P.A. tra diritto comune e specialità*

La centralità dell'illecito e di chi pone in essere l'illecito nella lezione di Casetta è, a mio avviso, una chiave importante del nostro discorso. Nel discorso che consente di mettere d'accordo quello che è stato così ben illustrato da Aldo Travi [6], che molto nettamente ha ricordato come la responsabilità della pubblica Amministrazione non è affatto speciale e motivando con profondità di analisi il suo

Milano, p. 985 ss. Giannini era un recensore "cattivo", taluni dicono "maligno", eppure sul volume di Casetta scrive «un sospiro di sollievo fa trarre questo volume di Casetta».

[4] Il riferimento è allo scritto di G. MONTEDORO, pubblicato in questo Volume.

[5] Il riferimento è all'intervento di C.E. GALLO pubblicato in questo Volume. Ma si veda più ampiamente dello stesso Autore, *La giurisdizione amministrativa*, volume del *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli, Torino, 2024. Una preoccupazione da tempo avvertita dalla migliore dottrina, si ricorda per tutti il fondamentale studio di G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.

[6] Il riferimento è ad A. TRAVI, nello scritto pubblicato in questo Volume.

discorso "contro" la specialità, con le posizioni che invece giustificano le ragioni della specialità, posizioni così magistralmente ricondotte a sistema nell'intervento di sintesi di Daria de Pretis [7].

Si ha ragione di ritenere che i discorsi che negano la specialità e quelli che affermano le ragioni della specialità possono non essere conflittuali, ovvero essere in contrasto solo apparentemente e questo in quanto la specialità non esiste in relazione alla responsabilità in sé, né in relazione alla disciplina che le conseguenze dell'atto illecito producono in termini di responsabilità, e quindi di tutela. Tale specialità si giustifica in relazione alla specialità della giurisdizione e delle tutele, ma essa non significa però diminuzione delle tutele (o negazione delle tutele). Si dovrebbe peraltro parlare al plurale di specialità delle giurisdizioni, delle tre giurisdizioni, ordinaria, amministrativa e quella amministrativo contabile che ciascuna nel suo ambito conosce delle conseguenze di tali illecite condotte.

È forse opportuno rendere più esplicito questo pensiero.

Se la responsabilità è la conseguenza ordinaria di un illecito, il diritto comune è quello che regola le conseguenze che derivano dall'illecito. Ci si deve allora domandare in che ambito si colloca, come si giustifica e come incide sulla disciplina di diritto comune quella specialità che nell'ordinamento pure in vario modo trova spazio.

Non si crede che essa possa derivare e trovare giustificazione nella condizione peculiare, "privilegiata" o di preminenza dell'Autorità pubblica, del pubblico potere in quanto potere. Come notato giustamente da Carlo Emanuele Gallo, infatti, è la centralità della persona che prevale su tutto. Non è il potere; il potere è funzionale ai bisogni della collettività, delle persone, delle formazioni sociali in cui la personalità viene a maturarsi, dice l'art. 2 della Costituzione.

Quindi, non è questo l'elemento che giustifica e fonda la specialità.

La specialità che il nostro ordinamento prevede e giustifica nell'ordito del disegno costituzionale sta nel fatto che le modalità di tutela, e quindi di compensazione rispetto al danno prodotto dall'illecito, per quanto riguarda i casi di un danno prodotto da condotte di diversa natura e origine, cioè prodotte da provvedimento e quindi dal cattivo esercizio del potere (ma al contempo anche, e concorrentemente, talvolta da condotte di soggetti privati che con il potere interagiscono), determina una situazione di diversità di forme di tutela.

A fronte di un danno cagionato da condotte di privati e dall'esercizio contestuale del pubblico potere, in quella relazione che da taluni è stata definita «un rapporto amministrativo» [8], l'effetto che viene a determinarsi viene tutelato nell'ordinamento con una serie di strumenti vari, a cominciare da quelli che, sin dalla legge Crispi, hanno previsto che il primo tipo di reazione rispetto al danno prodotto dal provvedimento è la sua eliminazione.

---

[7] Il riferimento è alla relazione di sintesi D. DE PRETIS pubblicata in questo Volume.

[8] Si pensi, fra i molti, al lavoro di M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008.

Quindi, tutti gli strumenti di tutela costitutiva di annullamento, unici strumenti di tutela per più di un secolo, ovviamente sono solo una parte degli strumenti possibili e finalmente lo si viene riconosciuto. Ma, proprio la presenza di questi strumenti speciali, che non esistono ovviamente per riparare il danno prodotto dall'illecito extracontrattuale o dall'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, rende speciale, inevitabilmente, il tipo delle tutele, perché accanto alla tutela di tipo risarcitorio, riparatorio, compensativo, abbiamo una tutela di reintegrazione.

È questa la specialità che nessuno nega, ma questa specialità, evidentemente, non deve far confondere la specialità del tipo di tutela rispetto all'ordinarietà della responsabilità, né ipotizzare regimi speciali di responsabilità limitativi della responsabilità, o addirittura regimi che tendono a negare la responsabilità della pubblica amministrazione in quanto pubblica amministrazione, in quanto soggetto che deve tutelare gli interessi della fiscalità generale.

Se questa è la specialità della responsabilità, essa passa totalmente in secondo piano e diventa centrale la specialità delle tutele [9].

3. *La responsabilità dell'amministrazione in concorso con quella dei privati*

Come incide questo discorso sul tema del concorso della responsabilità dei soggetti privati con le pubbliche amministrazioni?

Come può intuirsi con immediatezza, il concorso delle condotte dei soggetti privati incide su due piani: incide sia nel momento della causazione dell'illecito, della realizzazione di quello che è l'atto illegittimo e/o la condotta illecita (o un insieme delle due), sia sul piano della produzione degli effetti dannosi e quindi il concorso nella produzione o nell'aggravamento del danno.

Il concorso si sviluppa su questi due piani e rispetto a questi due piani, concorso nella produzione dell'atto illegittimo o nelle condotte illecite in cui vedono fra gli attori, o attore principale, la pubblica amministrazione e concorso nella causazione o aggravamento del danno, ovviamente troviamo diversi istituti che meritano la nostra attenzione.

Quanto al concorso nella causazione delle condotte illecite o nell'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi, l'occasione congressuale che ha occasionato questo lavoro è stata ricca di profonde riflessioni sul tema della buona

[9] Su cui sia consentito rinviare ad A. POLICE, *La mitologia della "specialità" ed i problemi reali della giustizia amministrativa*, in *Questione Giustizia*, 3, 2015 e ancora a stampa nel volume a cura di P.L. PORTALURI, *L'Amministrazione pubblica, i Cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme*, Atti del Convegno di Lecce del 16-17 ottobre 2015, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2016, p. 171 ss.

fede, dell'affidamento, della fiducia e della collaborazione nel procedimento [10], un tema di recente ricostruito con fine spirito critico in dottrina [11].

Ora, quel tipo di rapporto e di relazione che pone la fiducia, la buona fede, e ovviamente la correttezza delle condotte, vede un'attività amministrativa in cui il privato, inevitabilmente, è parte. Si pensi ad esempio al caso in cui il privato è parte perché partecipa alla procedura di gara il cui esito, l'aggiudicazione viene poi annullato. È parte perché il privato è risultato illegittimamente aggiudicatario, o perché, viceversa, è restato terzo ingiustamente pretermesso. Ciò deriva come correttamente si è notato in dottrina dal dato strutturale del "rapporto amministrativo" e cioè dalla presenza di soggetti privati che, nel contesto del rapporto amministrativo, si pongono come inevitabili destinatari del provvedimento amministrativo che di quel rapporto è regola, costituendone le *regula iuris* speciale o fattispecie precettiva concreta. In questo rapporto, il privato inevitabilmente concorre (o quantomeno può concorrere) a produrre l'effetto che è contrario al diritto in modo consapevole o inconsapevole [12].

Ora, rispetto a questo, l'ordinamento inevitabilmente deve tener conto della posizione del privato e deve tener conto altresì del fatto che la tutela non può eccedere la sua finalità di giusta compensazione, perché non può compensare o proteggere o avvantaggiare chi ha concorso alla realizzazione di un risultato illegittimo o di una condotta illecita. Ma questo non deriva dalla specialità dell'Amministrazione (e del suo diritto), né dalla posizione di supremazia o di privilegio di cui gode l'Amministrazione pubblica (sempre che effettivamente ne goda), ma dall'applicazione di una regola di diritto comune perché, se il privato ha concorso alla produzione di un fatto, di un provvedimento amministrativo illegittimo, ne risponde per la parte che vi ha preso.

Siamo in presenza di una regola civilistica ordinaria, non speciale, non limitativa della responsabilità delle Amministrazioni. Non si tratta di una "rete di contenimento", non è come il "muro granitico" della irrisarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi che abbiamo conosciuto per più di un secolo e senza una ragione altra da quelle di tutela del pubblico erario [13].

---

[10] Il riferimento è alle relazioni, tutte pubblicate in questo Volume, di V. CERULLI IRELLI, M. CLARICH, G. GRECO. E non è questa la sede per soffermarsi sulla riflessione più generale sul tema della buona fede e dell'affidamento in diritto amministrativo che dagli studi di F. MERUSI (*L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, rist. riveduta *Buona fede ed affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001), a quelli di F. MANGANARO (*Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1995), fino a tempi più recenti (S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento nei confronti della pubblica Amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005) hanno arricchito le biblioteche di settore.

[11] Si veda la bella monografia di G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023.

[12] Profilo quest'ultimo assai rilevante su cui F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo ed affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 823 ss.

[13] Si pensi alla bella relazione di G. MONTEDORO, pubblicata in questo Volume.

4. *L'azione di condanna nel processo amministrativo e il rilievo della condotta dei privati*

Se si torna alla dimensione delle tutele e in particolare a quelle assicurate nel processo amministrativo, ci si rende ben conto che proprio per questa compresenza di forme di tutela diverse, annullamento e risarcimento del danno da un lato ed esigenza di tenere in conto anche della responsabilità dei privati rispetto all'esercizio del pubblico potere, è necessario che vi siano degli strumenti che il giudizio tradizionale, che si svolge davanti al giudice amministrativo di solo annullamento, era inidoneo ad offrire.

Nel momento in cui, grazie alla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 (e in realtà già prima nelle direttive europee e poi nel d.lgs. n. 80/1998) [14], accanto all'annullamento si è affiancata l'azione di risarcimento del danno, anche nelle forme della reintegrazione in forma specifica, si è posto il problema degli eventuali "eccessi di tutela" e delle eventuali mancanze di protezione o di limitazione dei benefici per il privato che, in qualche misura ha concorso alla determinazione della rottura dell'ordinamento giuridico.

Ma la soluzione a questo problema, a mio avviso, non è esattamente quella che, in prima battuta, anche la giurisprudenza amministrativa ha dato, cioè di affermare un "pregiudiziale amministrativa", preferendo in ogni caso l'annullamento e resistendo in ogni modo al risarcimento e alla compensazione. Perché in realtà quel tipo di tutela che favoriva la demolizione del provvedimento non teneva in conto esattamente della posizione dei privati rispetto alla causazione della "rottura" dell'ordine giuridico. In questo, le forme compensative e risarcitorie e la modulazione delle stesse rispetto al concorso causale nella determinazione di provvedimenti illegittimi e condotte illecite sono viceversa essenziali.

Questo, però, postula l'esercizio di una giurisdizione molto faticosa, molto consapevole, perché presuppone l'accertamento della responsabilità di tutti coloro che hanno concorso alla produzione dell'evento. In questo, le nuove regole e la riflessione anche della giurisprudenza amministrativa più autorevole sono molto importanti. Si pensi alle fondamentali sentenze del Consiglio di Stato in adunanza plenaria del 2021: la n. 7 del 23 aprile 2021 (estensore Franconiero, presidente Patroni Griffi) [15] e le nn. 19, 20 e 21 del 29 novembre 2021 (con medesimo estensore, Franconiero e presidente, Patroni Griffi) [16].

---

[14] Per i riferimenti bibliografici ai molti commenti, sia consentito rinviare ad A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, nota a prima lettura a Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2004, 974 ss.

[15] Su cui si veda la nota critica di E. ZAMPETTI, *La natura extracontrattuale della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione dopo l'Adunanza Plenaria n. 7 del 2021*, in *Giustizia insieme*, 2021.

[16] Su cui si vedano i commenti di C. NAPOLITANO, *Legittimo affidamento e risarcimento del danno: la Plenaria si pronuncia (nota a Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 20)*, in *Giustizia*

Queste ultime in particolare, con riguardo alla violazione dell'affidamento, pongono in luce come esso vada tutelato (e risarcito) quando l'affidamento è un affidamento ragionevole, quando l'affidamento, è giustamente consolidato.

In questo, io credo che si possa trovare un equilibrio che correttamente compensi chi ha sofferto un danno, ovvero il privato, ma non ecceda nel proteggere il privato. Questo, come si è detto, rende necessario un esercizio consapevole del rapporto tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria.

5. *La speciale disciplina del Codice dei contratti pubblici*

Accanto a questi profili più generali ve ne è uno più particolare e che riguarda, sempre nel contesto della specialità delle tutele, la materia dei contratti pubblici (e le relative controversie).

Come è ben noto, l'art. 5 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) introduce delle importanti novità in materia di tutela risarcitoria anche in rapporto al principio di tutela dell'affidamento [17].

Il primo comma dell'art. 5 stabilisce che "nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento". Il secondo comma recita: "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

La norma recepisce i principi sulla tutela dell'affidamento incolpevole enunciati dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze n. 5 del 2018 e nn. 19 e 20 del 2021 al fine di evidenziare, come sottolineato dalla Relazione al Codice predisposta dal Consiglio di Stato, che «l'affidamento rappresenta un limite al potere amministrativo che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere».

Col terzo comma dell'art. 5 il legislatore chiarisce quali siano le conseguenze di una violazione dei principi di affidamento e buona fede. Nel caso in cui l'aggiudicazione dovesse essere annullata su ricorso di terzi o in autotutela, «l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità è agevolmente rilevabile in

---

insieme, 2021 e di M. BADALARI, *Ultimi approdi in materia di responsabilità precontrattuale della p.a. (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21), ivi*, 2022.

[17] Sul punto si rinvia ai numerosissimi commenti al Codice dei contratti pubblici: tra gli altri L. TORCHIA, *Commento all'art. 5*, in A. BOTTO-S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 48 ss.; M. RAMAJOLI, *Commento all'art. 5*, in R. VILLATA-M. RAMAJOLI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024, p. 24 ss.; F. MASCIA, *Commento all'art. 5*, in R. GIOVAGNOLI-G. ROVELLI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Pacini Giuridica, Pisa, 2024, p. 41 ss.

base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti. Nei casi in cui non spetta l'aggiudicazione, il danno da lesione dell'affidamento è limitato ai pregiudizi economici effettivamente subiti e provati, derivanti dall'interferenza del comportamento scorretto sulle scelte contrattuali dell'operatore economico».

Dunque, in caso di violazione dell'affidamento riposto dall'operatore economico sull'operato dell'amministrazione vi sarà un rimedio di natura unicamente risarcitoria e nei limiti dell'interesse negativo. È chiaro quindi che anche nei casi in cui «non spetta l'aggiudicazione» non sarà possibile invalidare l'aggiudicazione stessa.

Inoltre, la norma recepisce quanto disciplinato nella richiamata sentenza dell'adunanza plenaria n. 20 del 2021 in materia di condizioni di risarcibilità del danno da provvedimento favorevole poi annullato. Infatti, conformemente alla menzionata pronuncia, il nuovo Codice dei contratti pubblici esclude il carattere incolpevole dell'affidamento in caso di illegittimità agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti.

L'ultimo comma dell'art. 5 del d.lgs. n. 36/2023 afferma che "ai fini dell'azione di rivalsa della stazione appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito". Tale azione di rivalsa, secondo la Relazione è un rimedio che permette di "ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto" [18].

L'azione volta al conseguimento della tutela in forma specifica e per equivalente è disciplinata dal riformato art. 124 del codice del processo amministrativo. Tale norma dispone che condizione necessaria ai fini dell'accoglimento della domanda di aggiudicazione e di stipulare il contratto sia la dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 121, comma 1, e 122 del c.p.a.

Nel caso in cui il giudice non dichiari l'inefficacia del contratto disporrà il risarcimento per equivalente del danno subito. Inoltre, ai sensi dell'art. 34, comma 4 del c.p.a., «il giudice individua i criteri di liquidazione del danno e assegna un termine entro il quale la parte danneggiante deve formulare una proposta risarcitoria». In mancanza di tale proposta «o la significativa differenza tra l'importo indicato nella proposta e quello liquidato nella sentenza resa sull'eventuale giudizio di ottemperanza costituiscono elementi valutativi ai fini della regolamentazione delle spese di lite in tale giudizio, fatto salvo quanto disposto dall'articolo 91, primo comma, del codice di procedura civile».

---

[18] Sul complessivo impatto della riforma del Codice dei contratti pubblici (e dell'azione di rivalsa) sulla responsabilità civile della P.A. si segnala la approfondita riflessione di B. SALONE, *Profili di responsabilità dell'operatore economico privato nelle procedure di affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e azione di rivalsa della stazione appaltante*, relazione al Convegno: "*Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici – Giornate Siciliane di Studio. I profili di responsabilità*" (Palermo, 2024).

Il Consiglio di Stato, nella Relazione al Codice, afferma che queste novità hanno il fine di accelerare il contenzioso sul risarcimento per equivalente «evitando l'attivazione del secondo giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 34, comma 4, per il caso del mancato accordo tra le parti».

Queste novità e soprattutto la introduzione dell'azione di rivalsa hanno destato un forte dibattito in dottrina con accenti fortemente critici [19]. A mio avviso, tuttavia, anche l'azione di rivalsa è importante perché segnala quanto un soggetto estraneo, diciamo alla sequenza procedimentale, possa essere responsabile di parte o di tutto l'illecito e quindi è giusto che venga coinvolto, in qualche misura, in questo accertamento della responsabilità per la rottura dell'ordinamento giuridico, e conseguentemente a sostenerne il peso.

Questo è molto giusto e questo, forse, può essere un effettivo bilanciamento e un contenimento dell'esposizione finanziaria dello Stato e della pubblica Amministrazione in genere, laddove ritenuta responsabile. Questi strumenti vanno nella giusta direzione, cioè nel riconoscere l'esigenza di accertare chi è stato, soggetto pubblico o soggetti privati, a concorrere alla determinazione di un danno ingiusto conseguente ad una condotta illecita o ad un provvedimento illegittimo.

6. *Una conclusione sul tema del riparto di giurisdizione*

Un ultimo tema meriterebbe una trattazione molto ampia e riguarda gli effetti del discorso sin qui svolto con riguardo al riparto delle giurisdizioni. Perché, se è vero che il concorso della responsabilità dei privati è rilevante del pari rilevante è l'accertamento delle condotte di questi ultimi ai fini di verificare a chi debba essere imputata la responsabilità e in che misura, e quindi il tema della individuazione della giurisdizione cui tale accertamento spetti.

Affrontare *ex professo* il tema richiederebbe una riflessione a sé stante sempre fonte di "scossoni e problemi" [20], in questa sede ci si può forse limitare più utilmente a rappresentare alcune idee a mo' di conclusione.

Facendo ricorso al principio della concentrazione delle tutele più volte richiamato dalla Corte costituzionale, si deve sottolineare come non possa essere ipotizzabile che – con riguardo ai medesimi fatti e atti – questo compito venga assolto da diverse giurisdizioni con diversi processi. E questa è, del resto, la ragione per la quale la Carta costituzionale riconosce e legittima il fondamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: una giurisdizione che sia titolare

[19] Il riferimento è alle profonde pagine di F. VOLPE, *L'azione di rivalsa nel contenzioso in materia di evidenze pubbliche*, in *Giustizia insieme*, 2023, che ipotizza una forma di «responsabilità azzoppata», come pure è stato suggerito, in epoca antecedente al codice dei contratti pubblici, da P. PATRITO, *La responsabilità solidale dell'amministrazione e del beneficiario del provvedimento illegittimo: profili sostanziali e processuali*, in *Giur. it.*, 6, 2013, p. 1428 ss.

[20] Per usare la felice espressione del mio Maestro, F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il Processo*, 1, 2021, p. 1 ss.

dell'accertamento dell'unico fatto (o atto) rilevante o dell'insieme di tutti i fatti (e atti) rilevanti che hanno causato l'illecito e quindi di tutte le misure necessarie a dare soddisfazione a chi dall'illecito è stato ingiustamente danneggiato. Questo giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Si è ben consapevoli del diverso opinamento, anche in tempi recenti del Giudice della giurisdizione, si pensi ad esempio alla sentenza della Cassazione a sezioni unite, 19 gennaio 2023, n. 1567 (Presidente Manna, Relatore Mercolino) [21]. Tale giurisprudenza continua ad affermare la persistenza della giurisdizione del giudice ordinario rispetto a un'unica relazione di fatti, condotte, atti e conseguenze dannose.

Tale orientamento non è però condivisibile: esso contrasta irrimediabilmente con l'ordito costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva, fondata sulla specialità sostanziale del rapporto amministrativo nel quale queste controversie si inscrivono e dal quale esse originano, un fondamento che anche il professor Vaccarella sin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 ha messo così chiaramente in luce.

Queste stesse ragioni credo portano a giustificare la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, con riguardo a quella tipologia di condotte che contrastano con le regole dell'ordinamento poste in essere da privati, pubblici agenti o pubblici funzionari o soggetti comunque legati a un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione, rispetto agli interessi irradiali e giustificano quindi quella giurisdizione esclusiva che nella Costituzione è scritta a tutela della contabilità pubblica. Sul punto, il Professor Scoca ha prospettato varie soluzioni, tra cui quella della giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, essa è l'unica che davvero convince [22]. Così come la giurisdizione esclusiva deve essere del giudice amministrativo sulle ipotesi derivanti dal danno prodotto dall'esercizio del potere a vantaggio del giudice amministrativo.

Né si può ipotizzare che la specialità in questo sia al di fuori della cornice costituzionale. Anzi, si crede vivamente che sia proprio la cornice costituzionale a giustificare la specialità della giurisdizione esclusiva in ragione di quei principi di effettività della tutela e concentrazione delle tutele che anche nell'art. 111 troviamo iscritte.

In conclusione, quindi, ferma la negazione della specialità della responsabilità civile della pubblica Amministrazione, del tutto comprensibili sono (e restano) le ragioni di specialità sia nel riparto della giurisdizione sia nelle specialità delle tecniche di tutela che ogni giurisdizione esercita in considerazione del tipo di missione che l'ordinamento le assegna.

---

[21] Si veda il commento critico di C. FRAGOMENI, *Responsabilità dell'amministrazione tra affidamento legittimo od incolpevole (nota a Cassazione Civile, Sezioni Unite, 19 gennaio 2023, n. 1567)*, in *Giustizia insieme*, 2023.

[22] Si fa riferimento alla relazione di F.G. SCOCA, al Convegno i cui atti sono raccolti in Questo volume.

La responsabilità amministrativa dei funzionari nelle recenti evoluzioni

Giovanni Pitruzzella

Di recente la Corte costituzionale è stata chiamata ad occuparsi della responsabilità amministrativa con particolare riferimento alle modifiche introdotte dalle normative derogatorie emanate nel contesto dell'emergenza pandemica [1].

Tali normative incidevano sul regime della responsabilità amministrativa dinanzi alla Corte dei conti, disciplinato originariamente nel 1994 [2], e successivamente modificato nel 1996 [3]. In particolare, nel 2020, a seguito dell'emergenza sanitaria e della necessità di attuare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, è stato stabilito, in via provvisoria, che la responsabilità amministrativa fosse limitata esclusivamente ai casi di dolo e di colpa grave in forma omissiva, derogando così al regime ordinario che prevedeva la responsabilità per il dolo o la colpa grave generica [4].

La scelta adottata trova fondamento nella necessità di fronteggiare le gravi ripercussioni economiche causate dalla crisi sanitaria, che ha determinato una significativa paralisi del sistema produttivo e finanziario. In tale contesto, si è ritenuto opportuno garantire alla pubblica amministrazione e ai funzionari pubblici maggiore flessibilità operativa, mediante l'attenuazione dei vincoli procedurali e mitigando il timore di responsabilità nell'adozione di scelte strategiche. Analogo indirizzo è stato seguito nell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il quale impone scadenze stringenti e obiettivi (*milestone*) quali condizioni necessarie per l'accesso ai relativi finanziamenti.

Anche in questo caso, si è reso necessario assicurare un'azione amministrativa

---

[1] Corte cost., sentenza n. 132, dep. il 16 luglio 2024, Pres. Barbera, Red. Pitruzzella, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120, promosso dalla Corte dei conti, sezione giurisdizionale per la Regione Campania.

[2] Legge 14 gennaio 1994, n. 20, *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti.*

[3] Tramite l'art. 3, comma 1, lett. a), d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, *Disposizioni urgenti in materia di ordinamento della Corte dei conti*, convertito, con modificazioni, nella legge 20 dicembre 1996, n. 639, che ha sostituito l'art. 1, comma 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20.

[4] In particolare, si tratta dell'art. 21, comma 2, del d.l. n. 76/2020, cit. che ha modificato l'art. 1, comma 1, legge n. 20/1994, ss.mm., da ult. d.l. 12 maggio 2025, n. 68 conv. con legge 2 luglio 2025, n. 100 che ha differito il termine della deroga al 31 dicembre 2025.

priva di remore e ostacoli operativi. A tal fine, è stato necessario confrontarsi con il fenomeno comunemente noto come "paura della firma", ossia il timore, da parte del pubblico funzionario o dell'agente pubblico, di incorrere in responsabilità nell'esercizio delle proprie funzioni.

In questo contesto, la Corte dei conti ha sollevato questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale contestando la compatibilità della limitazione della responsabilità erariale al dolo e alla sola colpa grave omissiva con i principi costituzionali. Secondo la Corte dei conti, la disciplina previgente, che prevedeva la responsabilità per dolo o colpa grave, rappresentava un punto di equilibrio tra tutela dell'interesse pubblico ed efficienza amministrativa. L'eliminazione della colpa grave quale criterio di imputazione della responsabilità amministrativa solleva, pertanto, il rischio di una violazione indiretta di alcuni parametri costituzionali, tra cui l'art. 97 della Costituzione [5].

La Corte costituzionale ha ritenuto conforme a Costituzione la disciplina in questione, in quanto caratterizzata da natura provvisoria e applicabile esclusivamente in contesti eccezionali, quali l'emergenza pandemica e l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Nondimeno, ha precisato che una limitazione permanente della responsabilità amministrativa al solo dolo o alla colpa grave omissiva non sarebbe ammissibile, sottolineando la necessità di un intervento normativo di revisione della materia, riservato alla competenza esclusiva del legislatore.

Tale pronuncia assume rilievo sotto il profilo sistematico, in quanto richiama l'attenzione sul nesso strutturale tra responsabilità e ripartizione del rischio. Si tratta di un'impostazione riconducibile all'analisi economica del diritto, sviluppatasi principalmente negli Stati Uniti, ma diffusasi anche in Italia, segnatamente nell'ambito del diritto civile, sulla scorta dei fondamentali studi di Pietro Trimarchi in tema di rischio e responsabilità civile [6]. Inizialmente applicata alla responsabilità civile derivante dalla circolazione degli autoveicoli, l'impostazione economico-funzionale evidenzia come il nucleo della questione non consista tanto

---

[5] Secondo il giudice remittente, le norme censurate «verrebbero in rilievo anche come violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97, secondo comma, Cost.». In particolare, il principio del buon andamento si declinerebbe «sia nel senso di assicurare un'attività amministrativa nel rispetto della legge, sia nel senso di assicurare l'efficienza e l'adeguatezza dell'agire amministrativo» e ciò in quanto «l'esenzione da responsabilità» non favorirebbe «la legalità dell'azione amministrativa» ma all'opposto renderebbe «legittime o lecite condotte gravemente colpose, con la convinzione in colui che agisce che, in assenza del dolo, non ha alcun rilievo se agisca legittimamente o lecitamente, tanto non sarà tenuto a risarcire i danni prodotti». In questo senso, la disposizione censurata «disincentiverebbe il pubblico dipendente, "legalizzando" l'agire a prescindere dal rispetto delle norme minime cautelari e delle regole di prudenza, perizia e diligenza, senza apportare alcun beneficio alla funzionalità dell'Amministrazione, anzi fortemente incidendo sulla stessa» (p.to. 1.5).

[6] P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961; più di recente: ID., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio e danno*, Giuffrè, Milano, 2021.

nell'individuazione dell'autore materiale dell'illecito, secondo l'accezione tradizionale, quanto piuttosto nella definizione dell'assetto più efficiente per l'allocazione del rischio tra i soggetti coinvolti nell'evento dannoso.

Nel caso di specie, il danno riguarda la pubblica amministrazione, e il nodo giuridico da risolvere consiste nell'individuazione del criterio più adeguato ad allocare le conseguenze giuridiche della condotta dei funzionari, contemperando l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico con la necessità di non inibire l'azione amministrativa in contesti caratterizzati da eccezionalità. Tale prospettiva era già stata accolta dalla Corte costituzionale in una precedente pronuncia di rilievo, ove si sottolineava che l'istituto della responsabilità amministrativa assolve a una duplice funzione: da un lato, quella deterrente, volta a prevenire condotte pregiudizievoli; dall'altro, quella compensativa, finalizzata a garantire il ristoro del danno arrecato all'ente pubblico [7].

La disposizione scrutinata in quella sede prevedeva la limitazione della responsabilità amministrativa alla sola colpa grave, escludendo, dunque, la rilevanza della colpa lieve. Tale assetto evidenzia una dinamica ricorrente nei rapporti tra il legislatore e la Corte dei conti: il primo, con interventi normativi, tende a restringere l'ambito di operatività della responsabilità, riducendo il perimetro soggettivo; la Corte dei conti, per contro, sostiene la necessità di una disciplina più ampia che includa la colpa lieve. Lo stesso schema si è riproposto in epoca recente con gli interventi normativi che hanno limitato la responsabilità amministrativa al solo dolo: anche in tale occasione, la Corte dei conti ha sollevato obiezioni, riaffermando la necessità di una responsabilità più ampia.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 132/2024, ha ribadito che la disciplina contestata mira a definire in che misura il rischio connesso all'attività amministrativa debba essere sopportato dall'amministrazione e in che misura, invece, possa essere imputato al dipendente. Anche in tale occasione, la Corte costituzionale ha richiamato l'obiettivo di individuare un «punto di equilibrio» in grado di rendere «per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo» [8].

Questa impostazione giurisprudenziale è considerata dalla Corte costituzionale la pietra angolare su cui deve essere ricostruito l'intero assetto della responsabilità amministrativa. Il principio cardine individuato è quello della ripartizione del rischio, che deve essere conformato in modo da non costituire un ostacolo all'azione amministrativa, bensì uno strumento volto a promuoverne l'efficienza. In tal modo si supera la tradizionale concezione risarcitoria della responsabilità, fondata sulla mera rilevazione del danno ingiusto e sulla sua riparazione, per approdare a una visione più articolata, che ricerca un equilibrio tra la tutela dell'interesse pubblico e l'effettività dell'azione amministrativa.

---

[7] Corte cost., sentenza n. 371, dep. 20 novembre 1998, Pres. Vassalli, Red. Vari.

[8] Corte cost. n. 371/1998, p.to. 6; Corte cost., sentenza n. 132/2024, p.to. 6.3.

Tale impostazione si rivela coerente sia con i principi dell'analisi economica del diritto, sia con i parametri costituzionali – in particolare con l'art. 97 Cost. – nella misura in cui postula che la disciplina della responsabilità debba riflettere una ripartizione del rischio idonea a garantire la correttezza e l'efficacia dell'azione amministrativa. L'obiettivo è evitare che il regime di responsabilità, invece di incentivare comportamenti diligenti, si trasformi in un fattore disincentivante, rendendo necessario individuare un adeguato «punto di equilibrio» tra controllo e autonomia decisionale [9].

La legge n. 20/1994, nella sua formulazione modificata, aveva già tentato di definire tale equilibrio, prevedendo come presupposti soggettivi della responsabilità amministrativa il dolo e la colpa grave. La Corte costituzionale, con la pronuncia n. 132/2024, interviene con un approccio di particolare rilevanza non solo ai fini della risoluzione della specifica questione sottoposta al suo vaglio, ma anche per delineare direttrici di principio della giurisprudenza costituzionale e del rinnovato impianto teorico della responsabilità amministrativa alla luce delle più moderne analisi giuridiche.

La Corte non si limita, infatti, a un'analisi astratta dell'istituto della responsabilità amministrativa, ma lo inquadra nel più ampio contesto dell'evoluzione della pubblica amministrazione. In tale ottica, la responsabilità amministrativa non è concepita come un meccanismo statico e immutabile, bensì come un istituto suscettibile di adattamento, la cui configurazione deve essere valutata in relazione alle esigenze concrete del settore pubblico e agli equilibri funzionali necessari per assicurare l'efficacia dell'azione amministrativa.

La variabilità del contesto istituzionale impone, di conseguenza, un costante adeguamento del regime di responsabilità, poiché il punto di equilibrio nella ripartizione del rischio deve necessariamente riflettere i mutamenti strutturali e funzionali dell'amministrazione. Principio che si ricollega a quella che, in altri ambiti, viene definita *law in context*, ossia un'analisi e un'interpretazione del diritto che non si limita alla dimensione giuridica, ma considera anche il contesto fattuale e istituzionale in cui si inseriscono. Se si osserva l'istituto della responsabilità alla luce dell'attuale configurazione dell'amministrazione pubblica, risulta che il modello previgente potrebbe non essere più adeguato, richiedendo, in tal modo, l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio che sia ragionevole e coerente con le trasformazioni intervenute.

Tuttavia – e questo rappresenta un aspetto dirimente – non è la Corte costituzionale a dover individuare il corretto punto di equilibrio, bensì il legislatore. La sentenza, pur offrendo indicazioni di carattere generale – da alcuni definito *decalogo* – non si spinge fino a prescrivere soluzioni specifiche, ma si limita a delineare un quadro di riferimento entro il quale il legislatore è chiamato ad adottare le soluzioni più idonee per bilanciare le esigenze della pubblica amministrazione con l'imputazione della responsabilità dei suoi funzionari.

[9] *Ibid.*

La sentenza, in definitiva, evidenzia che, nella prospettiva della disciplina della responsabilità amministrativa, spetta al legislatore individuare la soluzione normativa più idonea a stabilire un equilibrio conforme al mutato assetto istituzionale. L'elemento dirimente risiede nel riconoscimento dell'inadeguatezza dell'equilibrio previgente, ormai superato dal mutato contesto istituzionale, e nella conseguente necessità di individuare un nuovo criterio di bilanciamento che, anziché costituire un ostacolo, possa rappresentare un incentivo all'efficienza dell'azione amministrativa.

Un ulteriore profilo di rilievo riguarda il metodo argomentativo adottato dalla Corte costituzionale che è sempre il risultato di un'elaborazione collegiale, esito di un procedimento decisionale improntato al confronto critico tra tesi contrapposte. Solo al termine di tale iter si perviene ad una soluzione condivisa, che viene formalizzata nella motivazione della sentenza. L'aspetto centrale che emerge in molte delle recenti pronunce della Corte costituzionale è, dunque, il rilievo attribuito al contesto. Tale approccio ermeneutico non si limita alla decisione relativa alla responsabilità amministrativa, ma trova applicazione anche in altri ambiti di particolare rilievo, come, ad esempio, nella recente giurisprudenza in materia di autonomia differenziata. In quest'ultima, la Corte non si è limitata a un'interpretazione letterale del dettato costituzionale, ma ha tenuto conto dell'evoluzione del regionalismo cooperativo, del principio di sussidiarietà e delle dinamiche concrete nei rapporti tra Stato e Regioni [10].

Questa impostazione giuridica postula un'interpretazione che tenga conto del contesto normativo e istituzionale di riferimento, rigettando una lettura meramente astratta e avulsa dalla realtà amministrativa ed economica di riferimento. In questa prospettiva, la Corte introduce un'osservazione di particolare rilievo, prospettando che la progressiva digitalizzazione dell'amministrazione pubblica potrebbe incidere significativamente sulla configurazione del relativo regime giuridico, richiedendo un adattamento alle nuove modalità operative, ai meccanismi di controllo automatizzato e alle trasformazioni dei processi decisionali.

Ed è proprio su tale aspetto che si innesta l'innovativa riflessione della Corte costituzionale: l'istituto della responsabilità amministrativa non può essere inteso come una costruzione statica e immutabile, ma deve necessariamente evolversi in relazione ai cambiamenti strutturali e funzionali che interessano la pubblica amministrazione.

A partire dalle riforme degli anni '90, si è assistito a un profondo mutamento del ruolo dell'amministrazione, con il superamento della centralità dell'atto amministrativo in favore di un modello orientato al risultato. In tale direzione, la legge sul procedimento amministrativo ha rappresentato un passaggio cruciale, inaugurando una concezione dell'amministrazione fondata non solo sull'osservanza formale della legalità, ma anche sull'efficacia, sull'efficienza e sulla tempestività dell'azione. In tale quadro, la variabile temporale ha assunto un rilievo

[10] Corte cost., sentenza n. 192, dep. il 3 dicembre 2024, Pres. Barbera, Red. Pitruzzella.

crescente, incidendo in maniera significativa sulla definizione degli obblighi e delle responsabilità in capo ai funzionari pubblici.

Un elemento di innovazione è stato l'introduzione di termini certi per la conclusione del procedimento amministrativo, un principio che oggi appare consolidato ma che, al momento della sua introduzione, ha rappresentato una svolta significativa e di trasformazione della pubblica amministrazione. Questa evoluzione, con le connesse esigenze di velocità e semplificazione è oggi più attuale che mai, in un contesto caratterizzato dalla trasformazione digitale e dalla crescente disponibilità di dati e informazioni.

In tale scenario, la variabile temporale assume, pertanto, un rilievo non trascurabile non solo nella fase decisionale dell'agente pubblico, ma anche nel momento successivo in cui tale scelta è oggetto di valutazione. L'amministrazione pubblica, ormai orientata alla produzione di risultati concreti, non può più essere valutata esclusivamente sulla base della correttezza formale degli atti adottati, ma deve essere giudicata anche in relazione alla capacità di conseguire gli obiettivi assegnati nel rispetto del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost. Tale impostazione, già consolidatasi con le riforme degli anni Novanta, aveva posto in evidenza la necessità di calibrare la responsabilità amministrativa sul parametro della colpa grave. Essa trova ulteriore conferma nella configurazione attuale della pubblica amministrazione, nella quale il funzionario pubblico non si limita più a un'esecuzione vincolata di direttive, ma esercita un potere connotato da significativi margini di discrezionalità, anche in ambiti strategici.

Se il ruolo dell'agente pubblico non è più riconducibile al mero modello esecutivo delineato dallo *Stato legislativo* di Carl Schmitt, in cui l'amministrazione era subordinata alla volontà precostituita del legislatore, allora diventa imprescindibile una valutazione della responsabilità che tenga conto della complessità delle scelte pubbliche e del contesto economico-sociale in cui esse si inseriscono, valutando se le decisioni assunte siano funzionali al raggiungimento di obiettivi di interesse generale.

Nel mutato contesto istituzionale, l'attività amministrativa non si riduce a una mera ponderazione tra interessi pubblici e privati, ossia a una mera operazione di bilanciamento tra più esigenze. Essa implica qualcosa di più: significa privilegiare determinati valori, delineare una prospettiva di sviluppo, prevedere le possibili evoluzioni nel lungo periodo, individuare strategie per il risparmio delle risorse e per l'ottimizzazione dell'azione pubblica.

Se questo tipo di attività discrezionale dovesse amplificarsi – esigenza che appare coerente con un modello di amministrazione orientata al risultato – anche il sindacato giurisdizionale sarà chiamato a rimodulare i propri parametri, adottando un approccio meno penetrante e riconoscendo la fisiologica possibilità di errore insita nell'esercizio dell'azione amministrativa. Poiché l'attività amministrativa implica, per sua natura, margini di incertezza e rischio, la questione centrale diventa quella di individuare il punto oltre il quale l'errore commesso dall'agente pubblico non può più considerarsi tollerabile o accettabile.

In tale ottica, la sentenza in esame introduce un concetto di rilevante portata, già noto anche nell'ambito dell'enforcement antitrust, ovvero la consapevolezza che ogni sistema di responsabilità implica il rischio di incorrere in due opposti estremi: l'*over-enforcement*, che si configura come un eccesso di controlli e sanzioni, potenzialmente paralizzante per l'azione amministrativa, inducendo gli agenti pubblici a non assumere decisioni per il timore di incorrere in responsabilità, e l'*under-enforcement*, che implica una carenza di controllo, con rischio di inefficienza, abuso di discrezionalità o addirittura condotte illecite non adeguatamente sanzionate. In qualsiasi scelta di politica giuridica vi è inevitabilmente una valutazione di opportunità che porta a privilegiare un equilibrio tra due alternative, entrambe con conseguenze non trascurabili.

A seconda delle condizioni di contesto, potrebbe essere preferibile *non reprimere* alcune condotte, accettando il rischio che determinati danni rimangano privi di risarcimento. In tal caso, il sistema di responsabilità risulterebbe maggiormente tollerante, pur con il rischio di generare inefficienza o persino abusi. All'opposto, si potrebbe ritenere più opportuno adottare un approccio di *over-deterrence*, ossia un modello più rigoroso, che conduca a controlli stringenti e sanzioni più frequenti, anche a costo di generare dei "falsi positivi", ossia ritenere responsabili soggetti che, in realtà, non lo sarebbero, con il rischio di innescare un effetto paralizzante sull'azione amministrativa.

Pare pertanto inevitabile che qualsiasi sistema giuridico, nell'operare scelte normative in materia di responsabilità, debba scegliere se orientarsi prevalentemente verso una logica di *over-deterrence* – caratterizzata da un controllo più rigido e sanzioni più frequenti – oppure verso una logica di *under-deterrence*, che conceda maggiore discrezionalità e tolleranza agli agenti pubblici, con il rischio, tuttavia, di compromettere la capacità di prevenire e sanzionare danni all'interesse pubblico.

Un sistema particolarmente rigoroso, che presuppone l'amministrazione come intrinsecamente inefficiente, negligente o permeabile al malcostume, tenderà a adottare un approccio di *over-deterrence*, imponendo controlli stringenti e sanzioni severe nel tentativo di correggere tali disfunzioni. Al contrario, qualora si adotti una diversa prospettiva – che considera l'amministrazione come un'organizzazione orientata al perseguimento di risultati, nella quale all'agente pubblico è demandata la scelta del mezzo più idoneo per conseguire l'obiettivo, sulla base di criteri generali e standard di azione, piuttosto che di prescrizioni dettagliate e vincolanti – il baricentro della regolazione tende ad allontanarsi dall'*over-deterrence.*

In tale contesto, l'attenzione si sposta dalla mera repressione dell'errore alla costruzione di un sistema normativo in grado di consentire ai funzionari pubblici di compiere scelte razionali, senza il costante timore di incorrere in responsabilità per ogni decisione adottata. Sebbene non sia realisticamente individuabile un modello di responsabilità ideale e universalmente valido, appare necessario interrogarsi sul ruolo che si intende attribuire alla discrezionalità amministrativa nella

valutazione delle relative responsabilità, e sul grado di fiducia che l'ordinamento ritiene di poter accordare all'agente pubblico nell'esercizio delle sue funzioni.

La sentenza n. 132/2024 evidenzia la crescente complessità del sistema giuridico negli ultimi decenni, in cui riforme legislative, riflessione dottrinale ed evoluzione culturale hanno determinato lo sviluppo di un'amministrazione *orientata al risultato*, che valorizza la discrezionalità e la capacità decisionale dell'agente pubblico, non più mero esecutore di norme, ma attore chiamato a prendere decisioni autonome per il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico.

Dall'altro lato, però, in alcuni settori – quali, in particolare, il diritto penale e la disciplina della responsabilità amministrativa – permane una visione rigidamente meccanicistica dell'azione pubblica, che esclude margini di incertezza e possibilità di deviazioni, che invece connotano l'essenza stessa dell'esercizio della discrezionalità. La sentenza n. 132/2024, in tal senso, cerca di ristabilire un equilibrio, evidenziando che, se l'amministrazione ha assunto questa nuova configurazione, anche la responsabilità deve adeguarsi allo stesso modello.

Un ulteriore aspetto dirimente, che la sentenza solleva e che potrebbe essere considerato anche dal legislatore nelle future riforme, riguarda non soltanto la trasformazione dell'amministrazione pubblica, ma anche quella più ampia dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Pare utile richiamare la differenza nell'epoca dello Stato legislativo, in cui esisteva un unico centro di produzione normativa e prevaleva la visione del Codice come fonte di produzione di norme e regole esaustive per le diverse applicazioni dell'ordinamento.

Il mutato quadro giuridico, che alcuni definiscono *multilivello* o *policentrico*, *evidenzia l'assenza* di un unico centro di produzione normativa, che appare invece frastagliato tra lo Stato, le Regioni, l'Unione Europea, i trattati internazionali e una moltitudine di *standard* di origine privata che, sebbene non formalmente giuridici, vengono integrati nell'ordinamento in vari modi. In questo contesto, l'importanza delle Corti supreme, come le Corti costituzionali, risiede nella loro funzione di raccordo tra le diverse fonti normative e tra i diversi ordinamenti giuridici, che pur evidenzia la difficoltà nell'individuare la norma applicabile nel caso concreto. E ciò, in parte, perché la qualità del prodotto normativo non è più quella dello Stato legislativo o, nella visione di Giannini, dello Stato "monoclasse", lo Stato espressione di un'unica classe sociale – la borghesia – la cui omogeneità si rifletteva anche nella legislazione.

L'odierna società, caratterizzata da un forte pluralismo e da continui cambiamenti tecnologici, determina un costante rimescolamento degli equilibri sociali, accentuando quella che la sentenza n. 132/2024 definisce la «fatica dell'amministrare» [11]. In questo scenario, non può ritenersi sostenibile una concezione

[11] Corte cost., sentenza n. 132/2024, cit., p.to. 6.5, in cui si richiama come l'evoluzione ordinamentale abbia «accentuato la "fatica dell'amministrare", rendendo difficile l'esercizio della discrezionalità amministrativa e stimolando, come reazione al rischio percepito di incorrere in responsabilità, la "burocrazia difensiva". Quest'ultima risulta peraltro alimentata anche dall'incertezza

dell'amministratore pubblico quale figura gravata da un carico decisionale sproporzionato, ponendosi il quesito se il regime della responsabilità debba tendere verso fenomeni di *over-enforcement, over-deterrence*, o, al contrario, risulti opportuno un suo riequilibrio, in particolare rispetto all'elemento soggettivo, al fine di evitare effetti disincentivanti nell'azione amministrativa.

La questione affrontata dalla sentenza attiene, dunque, al rapporto tra responsabilità e amministrazione, con particolare riferimento alla corretta ripartizione del rischio [12]. La pronuncia, pur fornendo rilevanti indicazioni interpretative, non assume natura di intervento di politica legislativa, ma si limita a richiamare soluzioni già elaborate nell'ambito del dibattito dottrinale e giuridico, demandando al legislatore la responsabilità di operare una scelta normativa orientata al raggiungimento di un equilibrio ragionevole tra esigenze concorrenti, entrambe meritevoli di tutela.

Un sistema basato unicamente sul dolo, infatti, finirebbe per svilire la funzione deterrente della responsabilità, consentendo ai funzionari di agire con negligenza o scarsa diligenza, senza alcuna conseguenza, purché non ponga in essere condotte fraudolente o intenzionalmente dannose per l'amministrazione. Tuttavia, anche un modello basato unicamente sulla colpa grave rischierebbe di determinare fenomeni di over-deterrenza, incentivando non l'efficienza, ma l'*inazione*, per il timore costante di incorrere in responsabilità [13]. La questione centrale, affrontata nella decisione della Corte costituzionale, concerne, in ultima analisi, l'individuazione del soggetto su cui debba ricadere il rischio del danno – se sull'amministrazione nel suo complesso oppure sul funzionario pubblico –, ma anche, e soprattutto, la considerazione sul fatto che ciò che realmente orienta le scelte dell'agente pubblico non è tanto il rischio oggettivo di una futura condanna, quanto il rischio percepito al momento dell'adozione della decisione nell'ambito del procedimento amministrativo. Un'elevata frequenza di azioni per danno, anche se basate su criteri generali come la colpa grave e spesso prive di esiti sanzionatori, può determinare un effetto paralizzante sull'attività amministrativa, generando un clima di incertezza e di timore che può compromettere l'efficacia dell'azione pubblica.

Ne consegue la necessità di una calibrata definizione del regime di responsabilità, che consenta di bilanciare l'esigenza di tutela dell'interesse pubblico con quella di evitare effetti disincentivanti per funzionari e dipendenti pubblici, considerando il contesto in evoluzione, che richiederà sempre di più l'utilizzo degli

provocata da una disciplina che si affida a un concetto giuridico indeterminato, quale quello della colpa grave, anziché procedere a una sua tipizzazione».

[12] *Ivi*, p.to. 1.2 in cui si chiarisce l'obiettivo e sfida nel «determinare quanto del rischio dell'attività debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente».

[13] Si v. in tal senso G. BOTTINO, *Rischio e responsabilità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, il quale evidenzia come la responsabilità degli agenti pubblici debba configurarsi come un meccanismo di ripartizione del rischio, affinché rappresenti uno stimolo all'azione e non un freno.

strumenti digitali, rispetto ai quali dovrà adattarsi anche la discrezionalità amministrativa e la sua valutazione in sede giurisdizionale.

Se, da un lato, l'amministrazione digitale favorisce l'adozione di *standard* uniformi, rendendo l'azione amministrativa più prevedibile e omogenea, in altri ambiti la trasformazione tecnologica non potrà privare l'amministrazione di spazi di discrezionalità (ad esempio, nella predisposizione di un piano di lottizzazione, in cui la standardizzazione può riguardare il procedimento, ma non può sostituire le valutazioni sostanziali richieste per il perseguimento degli obiettivi di pianificazione territoriale; o ancora, alla regolazione del fenomeno degli affitti brevi in ambito urbano, dove l'amministrazione è chiamata a contemperare le esigenze abitative e gli interessi del mercato di riferimento).

Sebbene, pertanto, l'amministrazione digitale possa favorire *standard* uniformi e maggiore trasparenza, l'elemento discrezionale resta imprescindibile, dovendosi pur sempre orientare sull'applicazione di criteri puntuali, come il principio di *proporzionalità* nel rapporto tra mezzi e fini. In questo quadro mutevole, la questione della responsabilità riveste un ruolo di primaria rilevanza, dovendosi configurare non come fattore inibitorio dell'azione amministrativa, ma, piuttosto, come stimolo.

Tutto ciò solleva la questione della regolazione del diritto nell'emergenza, un tema emerso durante l'emergenza pandemica, e che si inserisce nella più ampia riflessione sulla "società del rischio", come teorizzato da Ulrich Beck [14]. In tale contesto, lo sviluppo tecnologico, pur apportando indubbi benefici, genera inevitabilmente conseguenze indesiderate e introduce nuovi fattori di rischio nella società contemporanea (quali il *rischio informatico, ambientale, rischio per la salute pubblica*, il *rischio finanziario*, e così via).

Un tratto distintivo della gestione del rischio è rappresentato dall'incertezza sistemica: le decisioni amministrative devono spesso essere adottate in contesti caratterizzati da informazioni incomplete e da un elevato grado di imprevedibilità. In tal senso, se l'analisi *ex post* consente di valutare gli esiti con maggiore chiarezza, l'attività decisionale *ex ante* impone all'agente pubblico di operare tempestivamente in condizioni di conoscenza limitata. Tale dinamica è nota anche alla teoria economica, che riconosce come ogni decisione – anche da parte di un agente economico razionale – comporti margini di rischio non sempre quantificabili, analogamente a quanto avviene per l'imprenditore che assume decisioni operative in presenza di fattori esterni incerti. Tuttavia, la categoria dei rischi non è omogenea: alcuni di essi, sebbene incerti, possono essere quantificati attraverso strumenti di calcolo statistico, che permettono di stimarne la probabilità di accadimento (come nel caso degli investimenti finanziari). Ma vi sono situazioni caratterizzate da quella che gli economisti definiscono di "*incertezza radicale*", ossia contesti in cui nessun modello statistico consente di prevedere le reali possibilità

[14] U. BECK, *La societé du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, Paris, 2001, nonché trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000.

di verificazione del rischio o le modalità della sua manifestazione (come accaduto con la pandemia).

In tale prospettiva, anche la *valutazione della responsabilità amministrativa* si inserisce in un quadro di incertezza strutturale, in quanto numerose amministrazioni si trovano quotidianamente a dover *gestire rischi* senza disporre di certezze assolute sugli esiti delle loro scelte. Un caso significativo esaminato dalla Corte dei conti ha riguardato l'acquisto e la vendita di titoli finanziari da parte del Ministero dell'Economia, in contesti di forte instabilità economica, come durante la crisi del 2009-2010, in cui l'imprevedibilità dei mercati rendeva ardua qualsiasi previsione, anche per gli esperti del settore, impedendo loro di anticiparne gli sviluppi.

Di tali contesti occorre tenere conto nell'analisi della *responsabilità amministrativa*, così come nella riflessione sulla natura *provvisoria* delle discipline emergenziali. In numerose occasioni, infatti, il legislatore adotta misure che possono risultare *meno rispettose* del corretto «equilibrio» tra le diverse *istanze di rilievo costituzionale* – come richiamato nella sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale, e che possono essere giustificate se provvisorie e rispondenti alla necessità di gestire una situazione transitoria. In tal senso, la Corte costituzionale ha ritenuto conforme ai principi costituzionali le previsioni, inserite in una successione di interventi normativi d'urgenza – che avevano limitato la responsabilità ai soli fatti di dolo e colpa grave omissiva, in quanto riferite a una situazione eccezionale e provvisoria [15].

In quel frangente, le gravi ricadute economiche e sociali imponevano un rapido rilancio dell'economia, reso possibile anche mediante la riduzione di incertezze e il superamento di rigidità procedurali. Analogamente, l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) si è ispirata al principio secondo cui è preferibile assumere un margine di rischio calcolato, piuttosto che adottare un approccio eccessivamente prudenziale, suscettibile di pregiudicare il rispetto delle tempistiche e, di conseguenza, l'accesso alle ingenti risorse finanziarie connesse al programma Next Generation EU.

In conclusione, la dimensione della *provvisorietà* e della *gestione del rischio* paiono delinearsi come fattori destinati a incidere in misura sempre maggiore non solo sulla riflessione dottrinale, ma anche sull'interpretazione e applicazione concreta e, di conseguenza, sull'evoluzione della *giurisprudenza delle corti*, *ivi* compresa quella della Corte costituzionale.

---

[15] Si v. il p.to. 7.1. della sentenza n. 132/2024, cit., in cui la Corte richiama come la normativa derogatoria sul regime di responsabilità amministrativa fosse volta a perseguire «il fine ultimo di contribuire al rilancio dell'economia a seguito della sua ben nota crisi, originata primariamente dalla pandemia; e, in relazione alle proroghe, quello di consentire l'imprescindibile raggiungimento degli obiettivi posti dal PNRR».

Dialogo fra le giurisdizioni

La giurisdizione civile

Margherita Cassano

Quali sono i valori comuni che ci inducono, sia pure a quadro normativo invariato, a cercare di rendere effettivo il doveroso dialogo tra le giurisdizioni? La condivisione di alcuni valori essenziali che, per ragioni di sintesi, mi limito ad enunciare: la dimensione di servizio è sottesa alla pluralità dei plessi giurisdizionali; la pienezza e la completezza delle tutele offerte dalle varie autorità giudiziarie; la loro unità funzionale; l'esigenza di assicurare una più adeguata risposta alla domanda di giustizia nel prisma di un sistema unificante di tutele giurisdizionali; la necessità di garantire il principio di effettività della risposta giudiziaria; la consapevolezza, nella prospettiva della definizione dei confini e del perimetro dell'uno o dell'altro plesso giurisdizionale, che il giudice ordinario e il giudice amministrativo contabile non sono parti in contesa fra di loro, come se vi fosse una lotta tra giurisdizioni, ma appartengono ad un più complesso *unicum*, come ha opportunamente accennato il coordinatore del confronto odierno.

Ritengo che, soprattutto nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali, sia imposta a ciascuno dei giudici delle tre diverse giurisdizioni una convergenza assiologica quale delineata dalla Costituzione, la convergenza assiologica sulla persona umana. Quindi, spetta a ciascuna giurisdizione garantire effettività di tutela soprattutto a quei diritti fondamentali che, come ci insegna la Corte costituzionale, presentano uno statuto giuridico di particolare pregnanza. È ciò proprio in considerazione di quel principio personalistico al quale si ispira la Carta fondamentale che, come osserva la Corte costituzionale nella sentenza n. 167 del 1999, pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana. Questo è il quadro di riferimento all'interno del quale ognuna delle giurisdizioni è chiamata anche ad un dinamismo interpretativo e a un dinamismo delle forme attraverso cui l'ordinamento impegna ciascuno di noi a dispiegarsi in funzione dei bisogni della comunità civile.

E quindi, si sollecita la raccolta di competenze specifiche maturate nel profondo di un'esperienza giuridica che si trova ad affrontare le insidie, certo risalenti ma sempre attuali, insite nel binomio autorità-libertà, sullo sfondo della nostra riflessione comune.

Se questa deve essere la nuova prospettiva, evolutiva, comune a tutte le giurisdizioni, dobbiamo affermare che, nello Stato di diritto, ciascuna delle attività svolte dalle nostre giurisdizioni non è un potere, ma una funzione servente alla effettività della risposta giudiziaria che deve svolgersi in coerenza con il programma valoriale della Costituzione. Quest'ultima riconosce innanzitutto i diritti

inviolabili della persona e richiede il superamento di molteplici barriere materiali e culturali per far sì che davvero possa compiersi il pieno sviluppo della persona umana nelle formazioni sociali.

In tale prospettiva si rende necessaria la cooperazione fra i diversi plessi giurisdizionali nel rispetto del principio di solidarietà, enunciato dall'art. 2 della Costituzione che, nella sua portata, è immanente nello stesso concetto di *societas* sovrana e si pone quindi, insieme ai diritti inviolabili, tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico come base della convivenza civile normativamente preconfigurata dalla Costituzione (Corte cost. n. 75/1992). Quindi è questo vincolo solidale che segna l'agire sociale di ogni organo, sia pubblico che privato, nel necessario contemperamento tra posizioni individuali e sociali e all'adempimento di doveri che si impongono per la tutela e la protezione di beni e valori dei singoli e della comunità nel suo complesso.

È la categoria dei diritti inviolabili che svela l'intima essenza del potere che l'autorità è tenuta a esercitare nella cornice Stato costituzionale di diritto, il suo farsi servizio, affinché si concretizzino le condizioni che consentano a ciascun appartenente alla comunità di realizzarsi nella sua dimensione propria.

Il tema del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e il giudice amministrativo, in particolar modo sui diritti fondamentali della persona deve misurarsi con questi valori di fondo. È necessario saggiare l'adeguatezza e la calibrazione degli strumenti che sono atti a garantire il fine cui sono chiamate tutte le giurisdizioni, ossia la piena ed effettiva tutela del cittadino nei confronti del potere.

Tutto questo richiede ai giudici di ciascun plesso giurisdizionale di riservare specifica attenzione al tema della professionalità per declinare al meglio i vari strumenti. Governare questa complessità richiede attenzione, competenze, capacità e sensibilità nel comporre i conflitti e risolvere le antinomie. È, infatti, nei crocevia dei rimedi effettivi che, a mio avviso, si dispiegano nella loro concretezza le tutele attraverso il concorso plurale delle diverse giurisdizioni, attente ad una lettura organica e sistematica delle fonti nazionali e sovranazionali e dei principi enunciati dagli organi di giustizia sovranazionale. È maturato un terreno comune fra le nostre giurisdizioni, frutto di un lungo percorso che oggi esprime una sinergia nel sapiente utilizzo dei canoni interpretativi.

A mio avviso, la nuova vera svolta che può contribuire a cementare ulteriormente il terreno di riflessione comune è assicurata dalla condivisione anche dei criteri ermeneutici che richiedono non solo una capacità di lettura della norma conforme alla Costituzione, ma anche sapiente attenzione nell'indirizzo d'interpretazione letterale, logico-sistematica, teleologica.

Il tutto nella prospettiva di una tutela sistemica che consenta ai vari diritti fondamentali di porsi in un rapporto di integrazione reciproca, in modo che uno non possa, come ci insegna la Corte costituzionale, tradursi in un diritto tiranno rispetto agli altri. L'attenta esegesi del testo costituzionale e delle altre fonti sollecita la disponibilità culturale dei giudici di ciascuna delle tre giurisdizioni a calare il dato letterale della norma nel contesto di una società soggetta a continui

mutamenti ed evoluzioni al fine di sperimentare nuovi spazi applicativi senza mai varcare il limite imposto dal tenore letterale. Richiede anche grande attenzione all'esigenza di fornire una risposta attenta e tempestiva, fondata sulla condivisione di un presupposto culturale comune: la massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali e l'abbandono di letture che possano tradursi in limiti ai diritti fondamentali che non trovino un solido aggancio ermeneutico nella norma.

L'altra prospettiva condivisa è quella dell'integrazione delle tutele e delle tecniche di bilanciamento tra le stesse, in un quadro che segni anche la prevedibilità delle regole di riparto, essenziale al fine dell'effettiva accessibilità al servizio pubblico della giustizia.

Iniziative come quella di oggi servono non soltanto a rafforzare il dialogo che le nostre tre giurisdizioni hanno da tempo avviato, ma anche a condividere con l'intera comunità dei giuristi una sorta di carta programmatica dei valori, alla luce dei quali, con molta umiltà e capacità di ascolto e di rispetto delle ragioni degli altri, stiamo anche mettendo in discussione quelli che potevano sembrare indirizzi assolutamente consolidati, mossi dall'intento comune alle tre giurisdizioni, quello di fornire risposte coerenti e razionali e di evitare che una persona debba reiterare la domanda in plurime sedi a tutela della medesima posizione soggettiva.

Il metodo dell'ascolto e del confronto sollecita la comprensione del messaggio dell'altro, delle ragioni che vengono declinate perché entrino nella conoscenza di chi, ascoltando, è tenuto a decidere. Abbiamo verificato che questo metodo non è una utopia, si può realizzare; proprio nel primo incontro che abbiamo avuto con i giudici del Consiglio di Stato, abbiamo ragionato tutti insieme sulla tutela dell'alunno disabile in relazione ai piani scolastici integrati e quindi abbiamo individuato possibili soluzioni interpretative che dovranno essere affidate alla libera e autonoma valutazione dei collegi, che consentano di delineare strade interpretative più nette e chiare, che rafforzino la tutela di questi ragazzi meno fortunati rispetto agli altri, e nello stesso tempo rendano più efficace e comprensibile la nostra risposta.

La strada da percorrere è ancora lunga. Penso al complesso tema sull'affidamento incolpevole sulla legittimità dell'atto amministrativo, successivamente annullato. Anche in questo ambito si tratta di testare la permanente attualità di certe soluzioni che hanno talora contrapposto le Sezioni unite civili e la giurisdizione amministrativa. A prescindere dalle soluzioni del singolo caso, auspico che ciascun plesso giurisdizionale si ispiri ad un metodo di lavoro che pone al centro del ragionamento non la gratificazione professionale del giudice, non relazioni basate sulla supremazia di un ordine giudiziario rispetto all'altro, bensì la reale disponibilità all'ascolto attento delle ragioni altrui, la capacità di rivalutare criticamente gli approdi esegetici, di approfondire le ragioni poste a base degli stessi, riservando rinnovata attenzione alle ragioni insopprimibili della persona che ha un ruolo centrale nel nostro ordinamento.

La giurisdizione amministrativa

Luigi Maruotti

La pubblica amministrazione può incorrere in responsabilità quando emana atti illegittimi, lesivi delle altrui posizioni giuridiche, o quando compie attività materiali illecite.

Per l'esame della tutela risarcitoria spettante a chi sia leso dall'Amministrazione, è pertanto essenziale individuare il giudice che ha giurisdizione per la decisione della relativa domanda.

Sul punto, va segnalato come appartengano al passato molte delle discussioni che hanno caratterizzato il dibattito giuridico.

L'attuale sistema costituisce la risultante delle riforme avutesi dapprima con il d.lgs. n. 80/1998 e la legge n. 205/2000 e poi con il codice del processo amministrativo.

Come hanno rilevato le sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006, il giudice amministrativo è il «giudice naturale dell'esercizio della funzione pubblica».

Tale principio è stato esplicitato con l'art. 7 del codice del processo amministrativo, che ha adoperato le espressioni lessicali contenute in tali sentenze della Corte costituzionale.

In attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, il legislatore ha disposto la concentrazione innanzi al giudice amministrativo delle controversie riguardanti l'esercizio, o il mancato esercizio, della funzione pubblica.

Non si è affermato subito il principio per il quale il giudice amministrativo conosce degli atti espressione di un potere dell'Amministrazione.

Dopo l'entrata in vigore della legge del 1889 istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, la Corte di cassazione a lungo ha seguito il criterio della *causa petendi* basato sull'art. 2 dell'allegato E della legge del 1865 e caratterizzato da una "costruzione" ora comunemente ritenuta superata, per la quale il diritto soggettivo resta tale, malgrado su di essa incida un provvedimento emanato dall'Amministrazione in base alla legge.

L'origine di tale "costruzione", come è noto, risale al caso *Laurens.*

Nel 1891, le sezioni unite (Pres. Eula, est. Troise) affermarono che sussisteva la giurisdizione del giudice civile, in una controversia nella quale era discussa la legittimità dell'atto con cui il Ministro dell'Interno vietò a un armatore navale di utilizzare una propria nave per il trasporto di migranti da Genova verso destinazioni estere.

Oggi quell'atto sarebbe definitivo come autoritativo e incidente sull'interesse

legittimo, ma in quel caso venne invece qualificato come lesivo del diritto soggettivo di svolgere un'attività economica [1].

Sino al 1949, vi è stata una divergenza tra la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato, poiché per la prima il giudice civile poteva disapplicare per vizi formali l'atto espressione di un potere, col divieto per il giudice amministrativo di annullarlo, mentre per il Consiglio di Stato – ispirato al criterio del *petitum* – l'atto emanato nell'esercizio della funzione pubblica incideva su un interesse legittimo ed era annullabile, anche per eccesso di potere.

Una convergenza tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato vi fu soltanto tra il 1916 e il 1929, dopo che la Corte di cassazione fu presieduta da Lodovico Mortara, il quale, in coerenza con quanto prima sostenuto in ambito accademico, affermava che il principio di legalità dovesse comportare l'accoglimento del criterio del *petitum*, sia pure con la ricostruzione teorica del «diritto fatto valere come interesse».

Tale convergenza venne meno, a seguito della pubblicazione nel 1929 sulla *Rivista di diritto pubblico* – a firma congiunta dei Presidenti D'Amelio e Romano – di un articolo, che la dottrina del tempo ritenne fondativa di un "concordato", in cui si teorizzava un contemperamento, tra *causa petendi* e *petitum.*

Malgrado si sia spesso ritenuto che tale "accordo" abbia avuto un effettivo seguito con una condivisione dei principi tra la Cassazione ed il Consiglio di Stato, in realtà non fu così.

Le sentenze n. 1 e n. 2 del 1929 dell'adunanza plenaria furono annullate nel 1930 dalle sezioni unite, per le quali solo il giudice civile – una volta stipulati i contratti d'appalto – poteva esaminare la legittimità degli atti del Governo che avevano annullato le aggiudicazioni delle gare [2].

Per il Consiglio di Stato, gli atti del Governo – in quanto espressivi del suo potere – incidevano su posizioni di interesse legittimo, radicando così la giurisdizione amministrativa, mentre per le sezioni unite (Pres. Mariano D'Amelio, est. Simonetti) gli atti governativi avevano inciso sugli effetti dei contratti, sicché le decisioni dell'adunanza plenaria furono annullate per difetto di giurisdizione.

La diversità delle ricostruzioni si attenuò nel 1949, da quando la Corte di cassazione ha affermato la giurisdizione amministrativa, quando un atto autoritativo incide su un previo diritto.

Sul piano lessicale, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'atto autoritativo comporta la "degradazione" o l'"affievolimento" del diritto, espressione a mio avviso fuorviante, poiché potrebbe far ritenere che la tutela innanzi al giudice amministrativo sia inferiore a quella che potrebbe dare il giudice civile, ma nella

---

[1] Cass. (Roma), sez. un., udienza 24 giugno 1891; Pres. Eula; Est. Troise; Ric. Laurens.

[2] Cons. Stato, ad. plen., 14 giugno 1930, n. 1, *Società anonima Terme Stabiane c. Comune di Castellammare di Stabia e a.*, in *Giur. it.*, 3, 1930, p. 149 ss.; Cons. Stato, ad. plen., 28 giugno 1930, n. 2, *Possenti c. Ministero dell'interno e amministrazione provinciale di Roma*, in *Foro it.*, 3, 1931, p. 9 ss.; Cass., sez. un., 15 luglio 1930, n. 2680, *Società Naz. Ferrovie e tramvie c. Ministero delle Comunicazioni*, in *Giur. it.*, 1, 1930, p. 1964 ss.

sostanza ha costituito la "pietra fondante" del diritto amministrativo moderno: l'atto autoritativo – salvo che la legge disponga altrimenti – incide di per sé su posizioni di interesse legittimo e il giudice amministrativo può dare piena tutela al soggetto leso (anche la tutela risarcitoria, a seguito delle riforme legislative avutesi nel 1992, 1995, 1998 e 2000).

Malgrado questa "pietra fondante", sono state talvolta individuate eccezioni a questa regola e si è affermato che la "degradazione" non vi sarebbe, quando gli atti sono vincolati, o quando sono basati sulla discrezionalità tecnica o quando abbiano violato una "norma di relazione".

Si è però riconosciuto che anche tali eccezioni non hanno fondamento: anche gli atti vincolati incidono su interessi legittimi (si pensi all'esclusione da un concorso o da una gara d'appalto, o ad un diniego di permesso di costruire), così come gli atti espressivi della discrezionalità tecnica (le valutazioni di una commissione di un concorso o di una gara, o un atto impositivo di un vincolo paesaggistico o artistico e storico).

Il fondamento della giurisdizione amministrativa è dunque l'esercizio (o il mancato esercizio) del potere: il procedimento costituisce la "tecnica di diluizione del potere" e di tutte le relative questioni conosce il giudice amministrativo.

Neppure ha retto sul piano legislativo la "carenza di potere" quale criterio di riparto della giurisdizione, innanzitutto perché nella materia in cui essa era a volte riscontrata (quella degli espropri) dal 2000 sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ora prevista dall'art. 133 del codice del processo amministrativo, ed inoltre perché l'art. 21-*septies* della legge del 1990, come modificata nel 2005, la nullità degli atti è configurabile nel ben diverso caso di «difetto assoluto di attribuzione», che si verifica in casi pressoché di scuola, in cui l'atto è emesso da un organo amministrativo che non ha alcun potere nella materia nella quale ha inteso provvedere.

Le riforme del 1998 e del 2000 hanno inoltre previsto la giurisdizione amministrativa esclusiva anche in relazione ad alcuni '*comportamenti*' dell'Amministrazione, quelli connessi all'esercizio del potere.

In armonia con le sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006 della Corte costituzionale, l'art. 7 del codice del processo amministrativo ha riaffermato la sussistenza di tale giurisdizione esclusiva.

I comportamenti connessi all'esercizio del pubblico potere sono configurabili quando nel corso di un procedimento espropriativo si verifichi una occupazione *sine titulo.*

Si pensi, ad esempio, all'occupazione di un suolo successiva alla dichiarazione di pubblica utilità, non seguita dal decreto d'esproprio, o all'occupazione di un'area ulteriore rispetto a quella oggetto della dichiarazione di pubblica utilità, sulla quale sia stata realizzata la camera operatoria del previsto ospedale.

Al contrario, un comportamento non è connesso all'esercizio del potere, quando ad esempio – a seguito di una mareggiata che abbia distrutto il muretto di separazione tra una strada comunale e un giardino privato – l'Amministrazione abbia ricostruito il muretto, occupando un'area di proprietà privata.

In tal caso, non v'è dubbio che vi sia stato un comportamento illecito non connesso all'esercizio del potere, sicché di esso conosce il giudice civile.

Tutto sommato, risultano di agevole applicazione gli attuali criteri di riparto della giurisdizione.

Per quanto riguarda la responsabilità dell'Amministrazione per la lesione arrecata all'interesse legittimo, in coerenza con la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, gli artt. 7, 30 e 133 del codice del processo amministrativo – in cui sono state trasfuse le corrispondenti regole del d.lgs. n. 80/1998 e della legge n. 205/2000 – hanno previsto la giurisdizione esclusiva, nell'ottica della concentrazione della tutela innanzi al giudice amministrativo.

Ancora alcuni sostengono che la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sia stata affermata dalle sezioni unite con le sentenze n. 500 e n. 501 del 1999, le quali – in controversie riguardanti la materia edilizia nelle quali già vi era stato l'annullamento di atti da parte dei giudici amministrativi – affermarono che il soggetto leso poteva proporre la domanda risarcitoria innanzi al giudice civile.

In realtà già prima di tali sentenze la risarcibilità della lesione arrecata con atti autoritativi in materia di appalto era stata affermata dalla legge n. 142/1992 e dai decreti legislativi del 1995 in materia di appalti, mentre – nelle materie dei servizi pubblici, dell'urbanistica e dell'edilizia – la legge n. 205/2000 aveva affermato la risarcibilità della lesione arrecata agli interessi legittimi, concentrandone la tutela innanzi al giudice amministrativo.

Poi la legge n. 205/2000 ha affermato la regola generale della risarcibilità della lesione arrecata a qualsiasi interesse legittimo ed in qualsiasi materia, ciò che è stato ribadito dai sopra citati artt. 7, 30 e 133 del codice del processo amministrativo [3].

Al primo grande "miracolo" dell'ordinamento, per cui, sin dal 1889 è stato possibile ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo – se ne è aggiunto un secondo: la possibilità di ottenere, oltre all'annullamento, anche il risarcimento del danno.

Su questi pilastri si è costruita, nel tempo, una giurisprudenza sempre più solida.

L'art. 7 del codice del processo amministrativo rappresenta una vera e propria chiave di volta del sistema.

Sul suo ambito di applicazione vi è ora un fecondo dialogo istituzionale tra le giurisdizioni, basato sulla condivisione di condivise categorie giuridiche.

Sempre più, la Corte di cassazione ed il Consiglio di Stato stanno convergendo sull'affermazione di principi condivisi, basati sull'esigenza della tutela effettiva degli interessati e di dare piena applicazione ai principi costituzionali.

Questa progressiva convergenza consente non solo di dare coerenza e certezza al quadro normativo, ma anche di innalzare il livello di tutela delle posizioni giuridiche e, conseguentemente, di contribuire al miglioramento della coesione sociale.

---

[3] Legge 21 luglio 2000, n. 205, *Disposizioni in materia di giustizia amministrativa.*

La giurisdizione contabile

Guido Carlino

Il costante rafforzamento dei collegamenti tra le diverse giurisdizioni previste dal disegno costituzionale richiede di evitare qualsiasi vuoto nella tutela giurisdizionale dei diritti dei cittadini. Tale rafforzamento mira alla piena realizzazione dell'effettività della tutela giurisdizionale, che si misura nella capacità del giudice di garantire a ogni individuo l'integrità della propria sfera di diritti e interessi. A tal fine, acquistano centralità la perimetrazione delle distinte competenze delle diverse magistrature e l'opera di razionalizzazione del sistema e dei rapporti tra i giudizi, che costituiscono condizioni necessarie per garantire l'effettività della funzione giudiziaria e, quindi, per l'affermazione di valori fondamentali del nostro ordinamento.

La collaborazione e il dialogo tra i plessi giudiziari sono pertanto valori irrinunciabili, che vanno traguardati anche nell'ambito del principio di "unità della giurisdizione". Unità della giurisdizione, come ha avuto modo di osservare anche la Corte costituzionale, che non è organica ma è ovviamente funzionale e non esclude in alcun modo l'esistenza di una pluralità di giudici, tutti accomunati all'assoggettamento alle disposizioni che definiscono, in maniera unitaria, i vari aspetti della tutela giudiziaria, finalizzata ad assicurare, anche sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia [1].

In tale contesto di riferimento, in qualsivoglia ambito venga essa esercitata, la giurisdizione non deve essere considerata soltanto quale misura della sovranità dello Stato e quale mezzo esclusivo per l'attuazione dell'ordinamento, ma soprattutto come servizio per l'attuazione del diritto del cittadino ad avere una valida e motivata decisione nel merito in tempi ragionevoli. Mi pare questo il principio su cui, con gli altri colleghi, ci siamo trovati costantemente d'accordo.

Il mio intervento, quindi, proprio nel quadro della perimetrazione delle distinte competenze e della effettività della tutela, a cui ho fatto riferimento, si soffermerà su tre aspetti. Primo aspetto, quello della specificità della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità erariale. Vorrei poi affrontare, visto che se n'è parlato in occasione della sessione di ieri, il tema delle prospettive di riforma della Corte dei conti e, infine, vorrei accennare, anche se probabilmente non ci sarà tempo, a un altro tema che mi era stato sollecitato dalla professoressa Racca, quello dell'intelligenza artificiale in relazione alla responsabilità erariale.

---

[1] Principio affermato da Corte cost., sentenza 9 marzo 1957, n. 38, Pres. De Nicola.

Per quanto riguarda la specificità della giurisdizione della Corte dei conti, vorrei innanzitutto tratteggiarne alcune peculiarità con particolare riferimento alla responsabilità erariale. A tal proposito, rammento che la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sentenza *Rigolio*, ha ritenuto di non poter assimilare al processo penale, quindi a una responsabilità di tipo sanzionatorio, i procedimenti promossi dinanzi alle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti [2].

Prescindendo dall'annosa questione in merito all'alternativa per la natura risarcitoria civilistica e quella sanzionatoria di matrice pubblicistica della responsabilità *de qua,* mi pare che un corretto inquadramento del tema debba tener conto della specificità della responsabilità erariale, nella quale vi è certamente una preminente funzione compensativa e risarcitoria, che però non è disgiunta da una funzione sanzionatoria e di prevenzione generale.

Questa duplicità di funzioni, in realtà, si spiega alla luce degli interessi tutelati dalla giurisdizione contabile.

Invero, il giudizio di responsabilità amministrativa ha a oggetto l'accertamento della violazione dei doveri inerenti al rapporto di servizio ed è posto a tutela dell'interesse pubblico generale al buon andamento della pubblica amministrazione e al corretto impiego delle risorse pubbliche.

Tale giudizio costituisce, quindi, un indispensabile presidio dell'equilibrio di bilancio, che, badiamo bene, non è soltanto sancito dall'art. 81 della Costituzione, ma adesso anche dall'art. 97, essendo legato indissolubilmente al principio di buon andamento.

Si pone, dunque, la necessità di assicurare che l'amministrazione operi non soltanto nel rispetto della legalità formale ma, conformandosi a principi di efficienza, efficacia ed economicità, si caratterizzi per un uso equilibrato delle risorse finanziarie e dei beni pubblici.

Tutto ciò, però, non va visto su un piano meramente formale o contabilistico, ma va compreso sul piano sostanziale, individuando la funzione giudiziaria contabile come mezzo di tutela dell'adeguatezza delle risorse pubbliche e per la garanzia dei diritti sociali, anche nell'ottica dell'equilibrio e della solidarietà intergenerazionale, come ripetutamente affermato dalla Corte costituzionale [3].

La responsabilità amministrativa, affidata alla giurisdizione della Corte dei conti, richiamata dall'art. 103, comma 2, della Costituzione, si collega pertanto alla salvaguardia di principi e interessi generali che sono ben diversi da quelli tutelati dal diritto penale, ove si impone la logica sanzionatoria, o da quelli protetti dal diritto civile, ove la logica applicata è meramente risarcitoria.

In definitiva, la responsabilità amministrativa, affidata alla clausola generale di responsabilità nell'area degli illeciti erariali atipici, attiene alla patologia della *mala gestio* delle risorse pubbliche.

Vorrei mettere in ulteriore risalto il ruolo della Corte dei conti come giudice

---

[2] Corte EDU, Prima sezione, sentenza 13 maggio 2014, *Rigolio c. Italia* (ricorso n. 20148/09).

[3] Cfr. Corte cost., sentenza 13 luglio 2016, n. 173, Pres. Grossi, Red. Morelli.

del buon andamento della pubblica amministrazione, ci tengo particolarmente. Un tema, questo, più volte affrontato negli scritti del professore Gallo, anche col professore Ferrara.

Buon andamento significa che l'amministrazione deve comportarsi correttamente nell'uso delle risorse necessarie per il raggiungimento degli obiettivi, facendo funzionare gli uffici senza ritardi, nel rispetto delle prescrizioni della legge sul procedimento amministrativo, secondo cui l'amministrazione stessa deve seguire, nella sua attività, i criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza.

A ciò va aggiunto, come ho detto prima, che l'art. 97 della Costituzione è stato integrato, nel primo comma, dalla legge costituzionale n. 1/2012, dove è stato stabilito che le amministrazioni devono assicurare equilibrio del bilancio e sostenibilità del debito pubblico in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea. Ritengo, quindi, che la modifica dell'art. 97 della Costituzione abbia dato ulteriore concretezza al principio di buon andamento, ivi sancito sin dall'origine nella Carta fondamentale.

Qualunque attività della pubblica amministrazione dovrà, infatti, conformarsi, a maggior ragione, ai principi cui ho fatto riferimento poc'anzi di efficacia, efficienza ed economicità, che consentono di poter realizzare l'equilibrio del bilancio.

La Corte dei conti, quale giudice che verifica la correttezza dell'attività amministrativa, ha sempre fatto ampia applicazione di tali principi nel valutare la responsabilità amministrativa degli agenti della pubblica amministrazione per ciò che concerne la correttezza delle gestioni.

Questo giustifica la necessità di un sindacato da parte della Corte anche sul potere discrezionale della pubblica amministrazione. Il giudizio, infatti, ha come oggetto l'attività amministrativa nel suo complesso e può accadere che un'attività di per sé legittima sia risultata comunque dannosa in relazione a varie questioni, ad esempio, le modalità di esecuzione, ovvero le tempistiche.

Al riguardo, va precisato che la scelta discrezionale è sindacabile quando vi sia stato un cattivo uso del potere amministrativo; sicché vanno considerati, per i profili attinenti alla responsabilità, gli atti contrari ai canoni di logicità e congruità, ovvero contrari ai principi generali dell'attività amministrativa, tra cui assumono particolare importanza l'efficacia e l'economicità [4].

Si tratta, quindi, di principi e di regole ordinamentali dell'attività amministrativa dai quali non dovrebbe essere consentito deflettere.

L'economicità dell'attività amministrativa, in particolare, si risolve in un valore aggiunto per le stesse amministrazioni, nel senso che solo un uso accorto e calibrato delle risorse disponibili può consentire una migliore selezione delle politiche pubbliche.

---

[4] Principi richiamati nell'art. 1, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*

Vi è, pertanto, la necessità di un sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità. L'amministrazione, in quanto potere, deve fornire adeguata motivazione del proprio operato e dunque il sindacato deve estendersi al modo di farsi esercizio del potere.

Le linee guida in ordine al sindacato del giudice contabile sulle scelte discrezionali dell'amministrazione sono state da tempo tracciate e la giurisprudenza sul punto è ormai consolidata [5]. Ricordo, fra le ultime, la sentenza della Cassazione n. 8848/2020 ma anche la n. 7764/2020.

Mentre, infatti, la valutazione dell'opportunità della scelta costituisce limite esterno invalicabile per il giudice contabile, altrettanto non può dirsi per il modo di esercizio della scelta discrezionale, che è sempre sindacabile – secondo la giurisprudenza anche della Suprema Corte – nell'ambito della valutazione di adeguatezza fra obiettivi conseguiti e costi sostenuti e in ordine alla conformità al fine pubblico da perseguire e al rispetto dei suddetti principi fondamentali che attengono invece all'ambito della legittimità dell'azione amministrativa. Principi che costituiscono appunto limiti interni non sindacabili sotto il profilo della giurisdizione [6].

La sindacabilità delle scelte discrezionali, quindi, non è consentita nell'*an,* mentre lo è nel *quomodo.* In buona sostanza, il giudice contabile non viola i limiti della propria giurisdizione quando censura, non la scelta amministrativa adottata, ma il modo con cui essa è stata attuata e la sua conformità ai criteri di efficacia ed economicità, dando luogo così a un controllo di legittimità con una valutazione intrinseca alla giurisdizione contabile, di cui costituisce, pertanto, limite interno.

Di fronte alle numerose novità normative di semplificazione intervenute negli ultimi anni e di allentamento del ruolo dell'amministrazione, occorre nondimeno ribadire l'importanza dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, sicché, non vi può essere alcun risultato di buona amministrazione se raggiunto con il sacrificio delle ragioni della legalità.

Le difficoltà operative della pubblica amministrazione non possono allora risolversi con la riduzione della responsabilità dei dipendenti pubblici. A tal proposito, va chiarito che il fondamentale problema è ancora oggi rappresentato dalla riforma della pubblica amministrazione o, quantomeno, dalla messa a punto delle opportune e non più rinviabili operazioni di correzione delle mancanze più gravi e distorsive dell'azione pubblica.

La soluzione, quindi, non passa attraverso la riduzione della responsabilità amministrativa per evitare la burocrazia difensiva e per limitare la fuga dalla firma.

---

[5] *Ex multis*: Cass. civ., sez. un., sentenza 13 maggio 2020, n. 8848; sez. un., sentenza 9 aprile 2020, n. 7764.

[6] *Ex multis:* Cass. civ., sez. un., ordinanza 8 aprile 2022, n. 11549; sez. un., ordinanza 5 maggio 2022, n. 14301; sez. un., ordinanza 4 giugno 2021, n. 15573.

Per quanto attiene alle prospettive di riforma, osservo che il sistema della responsabilità amministrativa, che è incentrato appunto sul dolo e sulla colpa grave, quali criteri di valutazione della esigibilità degli standard di diligenza, ha raggiunto un punto di equilibrio, in armonia con la Costituzione, prevedendo, con il limite della colpa grave per le condotte addebitabili agli agenti pubblici, i medesimi canoni valutativi fissati dall'ordinamento per gli altri tipi di responsabilità professionale. Ciò nell'ottica di impedire, ha detto la Corte costituzionale, rallentamenti nello svolgimento dell'attività amministrativa e di incentivare, di contro, il celere esercizio della stessa.

Di fronte a tale sistema, ho già espresso in diverse sedi, a cominciare dall'inizio dell'anno giudiziario, perplessità sulle limitazioni o esclusioni della colpa grave, come quelle appunto introdotte dall'art. 21, più volte menzionato in questi giorni, del d.l. n. 76/2020, la cui efficacia è stata ulteriormente prorogata [7]sino al 31 dicembre di quest'anno. La limitazione, dapprima presentata come eccezionale, è divenuta ormai quadriennale e ha già concretizzato il rischio di un complessivo abbassamento della soglia di "attenzione amministrativa" per una gestione oculata delle risorse pubbliche.

La scelta del legislatore suscita peraltro perplessità, come è stato detto, anche alla luce dell'esigenza di assicurare la tutela delle risorse rese disponibili nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza; esigenza che inequivocabilmente è imposta non solo dagli artt. 81 e 97 della Costituzione, ma anche dai principi di effettività, equivalenza e leale cooperazione dell'ordinamento dell'Unione europea.

In proposito, ricordo il regolamento 2020/2092 dell'Unione europea, laddove ha espressamente fatto riferimento a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea, prescrivendo che gli Stati membri possono garantire una sana gestione finanziaria solo in presenza del contemporaneo ed effettivo rispetto di specifiche condizioni, tra le quali rientrano il perseguimento delle responsabilità dolose o gravemente colpose.

Quanto alle possibili riforme in linea con il quadro normativo europeo e con l'obbiettivo di semplificazione perseguito dal legislatore, potrebbe risultare utile una specifica previsione normativa che individui i criteri per determinare quanta parte del rischio connesso alle attività gestionali debba rimanere a carico dell'apparato e quanta a carico del dipendente pubblico. In tale direzione, potrebbe

---

[7] Art. 21, comma 1, d.l. n. 76/2020, conv. in legge n. 120/2020 che ha modificato l'art. 1, comma 1, legge n. 20/1994, ss.mm., da ult. con l'art. 1, comma 9, d.l. n. 202/2024, conv. con legge n. 15/2025 per cui: «Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 30 aprile 2025, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

configurarsi una più puntuale perimetrazione della colpa grave, così da realizzare un giusto equilibrio tra esigenze di semplificazione e di accelerazione dell'attività amministrativa e tutela delle finanze pubbliche, allineando i contenuti e l'ambito di operatività dell'elemento psicologico della responsabilità amministrativa a quelli di altre figure di responsabilità professionali, proprie delle forme di gestione di maggiore complessità.

Peraltro, tale perimetrazione, che ha costituito oggetto di intervento normativo nell'ambito del codice dei contratti pubblici nel quadro del principio della fiducia [8], dovrebbe essere, a mio avviso, estesa a tutte le altre forme gestionali, non esclusivamente a quelle limitate alla contrattualistica pubblica. Recepirebbe così gli orientamenti interpretativi della Corte di cassazione sul "*Business Judgement rule*", che esclude il sindacato di merito delle scelte imprenditoriali, a meno che, se valutate *ex ante,* risultino manifestamente avventate ovvero imprudenti [9].

Anche il Consiglio di Stato ha effettuato proprie valutazioni con riferimento alle prescrizioni autoimposte dall'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale.

Quanto alla più volte segnalata necessità di mitigare gli effetti derivanti dalle condanne per responsabilità amministrativa, ritengo che potrebbe essere utile una rivisitazione dei presupposti per l'esercizio del potere riduttivo dell'addebito e, in tal caso, si potrebbe tener conto del concorso colposo dell'amministrazione nella produzione dell'addebito e di tante altre circostanze di carattere soggettivo e oggettivo connesse al comportamento illecito del pubblico dipendente.

A questo riguardo, a mio avviso, sarebbe pure necessario rendere obbligatoria la motivazione del mancato esercizio del potere riduttivo, perché attualmente la giurisprudenza della Corte dei conti obbliga certamente a fare riferimento alla necessità di motivare in caso di accoglimento, ma non in caso di diniego.

Una soluzione che potrebbe andare nella direzione della mitigazione delle condanne per responsabilità amministrativa potrebbe essere quella di incidere sul giudizio abbreviato, modificandone le condizioni e i presupposti o addirittura anticipando lo stesso al termine dell'attività istruttoria, ovviamente sempre sotto il controllo del giudice.

Non dimentichiamo che anche la Corte costituzionale ha più volte affermato che tali riti devono essere necessariamente controllati dal giudice; quindi, questo potrebbe essere un sistema da adottare pure al fine di evitare che poi il soggetto autore del danno possa essere convenuto in giudizio con tutto ciò che ne consegue.

Non posso ovviamente soffermarmi sulle recenti iniziative parlamentari sul tema della responsabilità amministrativa. Mi limito semplicemente a richiamare il costante orientamento della Corte costituzionale – che dovrebbe, in una certa misura, orientare anche il legislatore – ai sensi del quale, la responsabilità per

---

[8] Art. 2 d.lgs. n. 36/2023.

[9] Cass. civ., sez. II, ordinanza 20 settembre 2024, n. 25260.

colpa grave corrisponde a un corretto equilibrio tra quanto del rischio dell'attività amministrativa deve restare a carico dell'apparato e quanto a carico del funzionario. Tutto ciò, al fine di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione e la sua stessa efficienza.

L'esclusione della responsabilità per colpa grave e il limite quantitativo della responsabilità potrebbero non essere in linea con tale equilibrio, perché vi sarebbero aree di attività amministrativa irragionevolmente sottratte alla responsabilità amministrativa.

Il limite quantitativo nelle condanne per responsabilità amministrativa solleva alcune perplessità, poiché tale approccio rischierebbe di trasferire il peso economico dei danni erariali accertati all'amministrazione, e dunque alla collettività, attraverso la fiscalità generale. Inoltre, nelle proposte di legge che prevedono un minimo e un massimo del *quantum* condannatorio, si potrebbe assistere a una progressiva perdita del carattere risarcitorio della responsabilità amministrativa, con un'enfasi crescente sugli aspetti sanzionatori [10]. Questo cambio di prospettiva potrebbe entrare in contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto legittima la sopravvivenza della responsabilità amministrativa nel nostro ordinamento proprio in quanto responsabilità di tipo risarcitorio.

Un ulteriore motivo di perplessità riguarda l'introduzione indiscriminata di esimenti dalla responsabilità amministrativa legate alla scadenza dei termini per l'esercizio del controllo preventivo di legittimità. In tal caso, viene introdotto un meccanismo di silenzio-assenso, tipico dei procedimenti amministrativi, ma che risulta poco appropriato quando applicato ai procedimenti di controllo, caratterizzati dalla natura magistratuale.

[10] D.d.l. recante «Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al Codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale», atto camera 1621, "Foti", approvato il 9 aprile 2025 e trasmesso al Senato il 10 aprile 2025.

Appendice bibliografica

UNIVERSITÀ DI TORINO
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

MEMORIE (SERIE I)

1. CAMILLO MONTALCINI, *Vicende delle pubbliche libertà in Piemonte dai primi tempi di Casa Savoia ad Emanuele Filiberto*, 1884.
2. *Studio critico sulla protezione del lavoro delle donne e dei fanciulli nelle manifatture*, 1884.
3. CARLO LESSONA, *La Germania di G. Cornelio Tacito – Saggio storico-giuridico, I*, 1884.
4. VIRGILIO ROSSI, *L'Europa nel secolo decimosesto e l'Europa d'oggidì – Raffronti*, 1886.
5. CARLO LESSONA, *La sylva nuptialis di Giovanni Nevizzano giureconsulto astigiano del secolo XVI – Contributo alla storia del diritto italiano*, 1886.
6. FRANCESCO RUFFINI, *L'actio spolii – Studio storico-giuridico*, 1889.
7. GUIDO CAPITANI, *Stato – Beneficenza e previdenza pubblica – Considerazioni*, 1888.
8. FEDERICO PATETTA, *Le ordalie – Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, 1890.
9. GIOVANNI BOBBIO, *Sulle origini e sul fondamento della famiglia – Studio filosofico-storico-giuridico*, 1891.
10. BARTOLOMEO DUSI, *La eredità giacente nel diritto romano e moderno*, 1891.
11. CARLO ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane – Contributo alla teoria delle servitù prediali*, 1895.
12. RAFFAELE COGNETTI DE MARTIIS, *La revocazione della sentenza nella procedura civile*, 1900.

MEMORIE (SERIE II)

1. F. VASSALLI, L. FRANCHI, *G. P. Chironi*, 1928.
2. E. DULIO, *Un illuminista piemontese. Il Conte Dalmazzo Francesco Vasco*, 1928.
3. G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, 1928.
4. A. PASSERIN D'ENTREVES, *La teoria del diritto e della politica in Inghilterra all'inizio dell'età moderna*, 1929.
5. E. DULIO, *Le miniere degli Challant in Valle d'Aosta e il loro ordinamento giuridico*, 1929.
6. G. GROSSO, *Contributo allo studio dell'adempimento della condizione*, 1930.

7. M. EINAUDI, *Edmondo Burke e l'indirizzo storico nelle scienze politiche*, 1930.
8. M. CHIAUDANO, *Studi e documenti per la storia del diritto commerciale italiano nel secolo XIII,* 1930.
9. G. AGOSTI, *Un politico italiano alla Corte polacca nel secolo XV. (Il «Consilium Callimachi»)*, 1930.
10. M. DE BERNARDI, *Giovanni Botero economista. (Intorno ai libri «Delle cause della grandezza delle città»)*, 1931.
11. G. BALLADORE PALLIERI, *I «principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili» nell'art. 48 dello Statuto della Corte di giustizia internazionale*, 1931.
12. G. FERROGLIO, *La condizione giuridica delle confraternite*, 1931.
13. R. TREVES, *La dottrina sansimoniana nel pensiero italiano del Risorgimento*, 1931.
14. A. ALBERTI, *Alberto Radicati di Passerano (Contributo al pensiero politico e alla storia del diritto ecclesiastico in Piemonte agli inizi del Sec. XVIII)*, 1931.
15. M. COMBA, *Organo e rappresentanza nella dottrina degli enti collettivi con particolare riguardo al diritto pubblico*, 1931.
16. M. EINAUDI, *Le origini dottrinali e storiche del controllo giudiziario sulla costituzionalità delle leggi negli Stati Uniti d'America*, 1931.
17. D. BIZZARRI, *Il documento notarile guarentigiato (Genesi storica e natura giuridica)*, 1932.
18. V. LARGU, *Il diritto di proprietà nella legislazione civile sovietica*, 1932.
19. G. BALLADORE PALLIERI, *La natura giuridica internazionale della potestà dello Stato sugli individui*, 1932.
20. U. GUALAZZINI, *Rapporti fra capitale e lavoro nelle industrie tessili lombarde nel Medio Evo (Contributo alla storia del diritto del lavoro)*, 1932.
21. R. MONACO, *L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statuale*, 1932.
22. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Riccardo Hooker (Contributo alla teoria e alla storia del diritto naturale)*, 1932.
23. P. BODDA, *La nozione di «causa giuridica» della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, 1933.
24. C. PREDELLA, *La figura dell'uomo medio nella storia del diritto e nel sistema giuridico privato*, 1934.
25. D. DE CASTRO, *Metodi per calcolare gli indici della criminalità*, 1934.
26. R. TREVES, *Il diritto come relazione. (Saggio critico sul neo-kantismo contemporaneo)*, 1934.
27. C. MAIORCA, *Lo spazio e i limiti della proprietà fondiaria*, 1934.
28. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934.
29. N. BOBBIO, *Scienza e tecnica del diritto*, 1934.
30. E. CROSA, *Carlo Alberto e la concessione dello Statuto*, 1935.
31. G. MARCHELLO, *Il problema critico del diritto naturale*, 1936.
32. R. MONACO, *I conflitti di legge in materia di cambiale*, 1936.
33. C. RODDI, *I mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche in diritto romano*, 1936.
34. C. MAIORCA, *La cosa in senso giuridico – Contributo alla critica di un Dogma*, 1937.

35. *Esame del progetto preliminare del Codice di Procedura civile da parte della Facoltà di Giurisprudenza (Relazione del Prof. Mario Ricca-Barberis)*, 1938.
36. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, 1938.
37. S. PIRAS, *La sostituzione fedecommissaria nel progetto di riforma del Codice Civile*, 1938.
38. M. ALLARA, P. GRECO, G. GROSSO, A. MONTEL, M. RICCA-BARBERIS, *Osservazioni e proposte sul progetto preliminare del secondo libro del Codice Civile*, 1938.
39. M. RICCA-BARBERIS, *L'evizione nella vendita giudiziale*, 1938.
40. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella permuta*, 1939.
41. G. DEIANA, *I motivi nel diritto privato*, 1939.
42. G. CANSACCHI, *Scelta e adattamento delle norme straniere richiamate*, 1939.
43. G. PUGLIESE, *Appunti sui limiti dell'«imperium» nella repressione penale*, 1939.
44. C. ARNO, *L'alienazione della cosa legata*, 1939.
45. B. LEONI, *Il problema nella scienza giuridica*, 1940.
46. P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, 1940.
47. F. PIERANDREI, *I diritti subiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, 1941.
48. R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, 1942.
49. G. MARCHELLO, *Studi sul concetto di oggettività sociale*, 1942.
50. G. BALBI, *Saggio sulla donazione*, 1942.
51. B. LEONI, *Per una teoria dell'irrazionale nel diritto*, 1943.
52. P. BODDA, *La dispensa amministrativa*, 1943.
53. A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, 1943.
54. E. GIUSIANA, *Decadenza e prescrizione*, 1943.
55. S. PIACENZA, *Saggio di un'indagine sul dolo specifico*, 1943.
56. M. SAVINO, *La subordinazione nel rapporto di lavoro*, 1944.
57. M. RICCA-BARBERIS, *Acquisto per ritrovamento o invenzione*, 1945.
58. G. BERTO, *Studi preliminari sulla trasformazione delle società*, 1945.
59. G. FERROGLIO, *Circoscrizioni ed enti territoriali della Chiesa*, 1946.
60. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, 1947.
61. R. CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato – Parte generale*, 1947.
62. R. TREVES, *Diritto e cultura*, 1947.
63. A. BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, 1949.
64. R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, 1949.
65. L. EINAUDI, *Scienza economica ed economisti nel momento presente (Discorso pronunciato il 5 novembre 1949 per l'inaugurazione dell'anno accademico 1949-1950 della Università di Torino)*, 1950.
66. M. RICCA-BARBERIS, *La garanzia per evizione nella dote e nel patrimonio familiare*, 1950.
67. M. GORINO-CAUSA, *Sul problema sistematico esterno di un diritto dei culti nei territori extrametropolitani*, 1950.
68. A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, 1950.
69. E. ENRIETTI, *Il contratto per persona da nominare*, 1950.
70. R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, 1950.
71. G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, 1950.

72. A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, 1950.
73. G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, 1950.
74. M. A. BENEDETTO, *Aspetti del movimento per le costituzioni in Piemonte durante il Risorgimento*, 1951.
75. G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, 1951.
76. A. BURDESE, *Studi sull'ager publicus*, 1952.
77. A.M. OFFIDANI, *Contributo alla teoria della posizione giuridica*, 1952.
78. M.A. BENEDETTO, *Ricerche sugli ordinamenti dei domini del Delfinato nell'alta Valle di Susa*, 1953.
79. A.M. OFFIDANI, *La capacità elettorale politica – Studi preliminari*, 1953.
80. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, 1953.
81. A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale – Il concetto della supremazia speciale nella evoluzione della dottrina*, 1953.
82. G. PROVERA, *Contributi allo studio di insiurandum in litem*, 1953.
83. M. RICCA-BARBERIS, *Per un nuovo indirizzo della dottrina processuale*, 1954.
84. M. GORINO-CAUSA, *Sui regolamenti in diritto canonico*, 1954.
85. E. DI ROBILANT, *Significato del diritto naturale nell'ordinamento canonico*, 1954.
86. S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, 1954.
87. E. VITTA, *Conflitti interni ed internazionali – Saggio comparativo* – I, 1954; II, 1955.
88. R. SACCO, *Il potere di procedere in via surrogatoria – Parte Generale*, 1955.
89. S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, 1955.
90. E. DI ROBILANT, *Direttiva economica e norma giuridica*, 1955.
91. F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, 1955.
92. A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, 1955.
93. M. GORINO CAUSA, *Mutamenti costituzionali e territoriali e sopravvivenza dei concordati*, 1956.
94. P. SCHLESINGER, *La petizione di eredità*, 1956.
95. F. CORDERO, *Studi sulle dottrine generali del processo penale – Le situazioni soggettive nel processo penale*, 1956.
96. M. A. BENEDETTO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi nello Stato sabaudo – A proposito della questione dotale di Filiberta di S*avoia – Nemours, 1957.
97. E. VITTA, *Le riserve nei trattati*, 1957.
98. M. GORINO CAUSA, *Aspetti giuridici della libertà della Chiesa*, 1957.
99. A. MARAZZI, *L'apolidia e il suo accertamento giudiziario*, 1958.
100. M. RICCA-BARBERIS, *Trattato della garanzia per evizione – Parte generale*, 1958.
101. E. VITTA, *Studi sui trattati*, 1958.
102. F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra res mancipi e res nec mancipi*, 1958.
103. G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano* – I. *La procedura formulare*, 1958; II. *La cognitio extra ordinem*, 1960.
104. A. MARAZZI, *I territori internazionalizzati* – I, 1959.
105. G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, 1959.
106. L. MAFFEO, *I vizi della volontà nell'ordine sacro*, 1960.
107. P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale* – I, 1960.

108. S. PIVANO, *Precarie e livelli*, 1962.
109. C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in corso di pubblicazione
110. C. FERRARI, *Il procedimento costitutivo del rapporto di pubblico impiego*, 1962.
111. G. A. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, 1962.
112. G. PROVERA, *La vindicatio caducorum – Contributo allo studio del processo fiscale romano*, 1964.
113. A. BARUCCHI, *L'attività mineraria nel sistema della legislazione dell'energia*, 1964.
114. L. ORUSA, *Le strade pubbliche* – I. *Proprietà e classificazioni*, 1964.
115. F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, 1964.
116. E. DI ROBILANT, *Teoria e ideologia nelle dottrine della giustizia*, 1964.
117. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, 1965.
118. S. PIVANO, *Scritti minori di storia e storia del diritto* con una notizia biografica dell'Autore a cura di Mario E. Viora, 1965.
119. P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano* – I, 1965.
120. R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, 1965.
121. I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1965.
122. G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, 1965.
123. M. LONGO, *Normazione professionale ed ordinamento giuridico statale* (contributo allo studio delle fonti del diritto dell'economia) – Parte prima – Introduzione, 1966.
124. L. MICCO, *Lavoro ed utilità sociale nella costituzione*, 1966.
125. M. BIN, *La diseredazione – Contributo allo studio del contenuto del testamento*, 1966.
126. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, 1967.
127. F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, 1967.
128. G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, 1967.
129. A. COMBA, *Le giurisdizioni amministrative delle organizzazioni internazionali* – I, 1967.
130. M. LONGO, *Saggio critico sulle finalità e sull'oggetto dell'art. 23 della costituzione*, 1968.
131. S. SCHIPANI, *Responsabilità «ex lege Aquilia» criteri di imputazione e problema della «culpa»*, 1969.
132. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali* – I, 1970.
133. G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, 1970.
134. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto* – I, *Dalle origini alla scuola storica*, 1968.
135. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756* – I. Capo I – Premesse introduttive – Capo II – L'ambito operativo della legge, 1970.
136. A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, 1970.

137. I. MANZONI, *Profili generali dei contributi di miglioria*, 1970.
138. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi – Contributo allo studio del diritto ecclesiastico subalpino* – Parte prima, 1971.
139. A. BARUCCHI, *La riproduzione del provvedimento amministrativo – Aspetti e problemi*, 1971.
140. S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, 1971.
141. M. BIN, *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*, 1971.
142. G. VALLATI, *La nazionalizzazione delle imprese – Problemi e prospettive*, 1971.
143. G. GAVAZZI, *L'onere – Tra la libertà e l'obbligo*, 1970.
144. G.S. PENE VIDARI, *Ricerche sul diritto agli alimenti* – I. *L'obbligo 'ex lege' dei familiari nei giuristi dei secc. XII-XIV*, 1972.
145. F. PATETTA, M. CHIAUDANO, M. AMIETTA DELLA CORNA, F. FISICARO VERCCELLI, A. LANGE, L'Università di Torino nei secc. XVI e XVII, 1972.
146. G. COTTRAU, *La tutela della donna lavoratrice* – I, 1971.
147. R. SACCO, *Introduzione al diritto privato somalo – Un paese africano inizia l'edificazione del socialismo*, 1973.
148. G. GROSSO, *Mario Allara – Commemorazione letta nell'Aula Magna dell'Università di Torino il 9 luglio 1973*, 1973.
149. N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano* – I. *Diritto classico*, 1973.
150. M. CICALA, *Diritto ecclesiastico e ordine pubblico*, 1974.
151. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 1974.
152. A. COMBA, *Organizzazione internazionale e ordinamento dello Stato*, 1974.
153. E. FERRERO, «*Dichiarazione espressa», «dichiarazione tacita» e autonomia privata*, 1974.
154. M. LONGO, *Il pubblico intervento nell'economia agraria operato dalla legge 15 settembre 1964 n. 756* – II – Capo III – Le finalità della legge – Capo IV – Gli strumenti tecnico-operativi della legge, 1974.
155. A. MARTINO, *Le definizioni legislative*, 1975.
156. P. CATALANO, *Populus romanus quirites*, 1974.
157. F. GORIA, *Studi sul matrimonio dell'adultera nel diritto giustinianeo e bizantino*, 1975.
158. P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, 1976.
159. P.L. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum* – I. *Profili funzionali*, 1976.
160. O. CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni – Profili funzionali*, 1976.
161. G. CAVALLI, *Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole*, 1976.
162. R. BERTOLINO, *Ricerche sul giuramento dei vescovi – Contributo allo studio del diritto ecclesiastico subalpino – Parte seconda*, 1976.
163. F. BOMA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, 1976.

MEMORIE (SERIE III)

1. ANDREA BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel codice civile*, 1977.
2. ENRICO GENTA, *Ricerche sulla storia dell'ipoteca in Piemonte*, 1978.
3. ORESTE CAGNASSO, *Appalto e sopravvenienza contrattuale – Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, 1979.
4. FRANCO PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, 1979.
5. PIERLUIGI ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum*, 1979.
6. ALESSANDRO CROSETTI, *Profili giuridici della riorganizzazione sovracomunale del territorio*, 1979.
7. ANDREA BELVEDERE, MARIO JORI, LELIO LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologiche*, 1979.
8. SERGIO CHIARLONI, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, 1980.
9. PAOLO SCAPARONE, *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, I, 1980.
10. ALMA TESTORI CICALA, *Problematica del matrimonio religioso in relazione all'ordinamento penale statuale*, 1980.
11. VALERIA DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, 1981.
12. *Il modello di Gaio nella formazione del giurista (Atti del Convegno torinese, 4-5 maggio 1978, in onore del prof. Silvio Romano)*, 1981.
13. PIERLUIGI ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, 1983.
14. GIUSEPPE PORRO, *L'integrazione giuridica nell'associazione europea di libero scambio*, 1983.
15. ROSARIO FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore (profili pubblicistici)*, 1983.
16. CARLO EMANUELE GALLO, *Contributo allo studio dell'invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, 1983.
17. NEVIO SCAPINI, *La confessione nel diritto romano*, II, *Diritto giustinianeo*, 1983.
18. MASSIMO INTROVIGNE, *I due principi di giustizia nella teoria di Rawls*, 1983.
19. ALBA NEGRI, *Il giurista dell'area romanista di fronte all'etnologia giuridica*, 1983.
20. *Riflessioni sulle regioni* (Atti del convegno in memoria di Franco Levi, Torino 15 maggio 1981), 1983.
21. MARIO ALLARA, *Dei beni*, 1984.
22. VITTORIO VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, 1984.
23. STEFANO SICARDI, *Maggioranza, minoranze e opposizione nel sistema costituzionale italiano*, 1984.
24. ROSARIO FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, 1985.
25. PAOLO FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, 1985.
26. PAOLO GARBARINO, *Ricerche sulla procedura di ammissione al senato nel tardo impero romano*, 1988.
27. ELISABETTA PALICI DI SUNI, *La regola e l'eccezione. Istituzioni parlamentari e potestà normative dell'esecutivo*, 1988.

28. GIORGIO LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, 1989.
29. ALESSANDRA ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo. Ambito di applicazione*, 1990.
30. DAVIDE PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, 1990.
31. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, 1990.
32. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *Contributo allo studio del provvedimento impugnabile*, 1990.
33. GABRIELLA RAMPAZZI GONNET, *Il giudizio civile di rendiconto*, 1991.
34. GIUSEPPE GALLENCA, *Indipendenza della pubblica amministrazione e giudice penale nel sistema della giustizia amministrativa,* 1990.
35. ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ, *La modernizzazione del diritto di famiglia nei Paesi arabi,* 1990.
36. ROBERTO CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo,* 1990.
37. MASSIMO TUCCI, *Giudice civile e affievolimento del diritto soggettivo,* 1991.
38. GIACOMO OBERTO, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto,* 1991.
39. NICOLÒ ZANON, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione,* 1991.
40. GIUSEPPE VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini,* 1992.

MEMORIE (SERIE IV)

1. CARLO MAIORCA, *La dinamica giuridica successoria,* 1992.
2. PAOLO GARBARINO, *Contributo allo studio del senato in età giustinianea,* 1992.
3. ROBERTO CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario,* 1992.
4. GIOVANNI BATTISTA GARRONE, *La concessione di opera pubblica negli ordinamenti italiano e comunitario,* 1993.
5. ROBERTO CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici,* 1993.
6. LUCIANO MICCO, *Razionalità legislativa e autonomia collettiva,* 1993.
7. MARIA GIOVANNA FALCONE CALVISI, *Il diritto di abitazione del coniuge superstite,* 1993.
8. PATRIZIA MACCHIA, *Normativa a tutela dell'ambiente e disciplina del sistema produttivo nell'ordinamento giuridico elvetico,* 1994.
9. EDOARDO GREPPI, *La disciplina giuridica internazionale della circolazione dei servizi,* 1994.
10. FRANCESCO CAPRIOLI, *L'archiviazione,* 1994.
11. ANNAMARIA POGGI, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione,* 1995.
12. GIORGIO LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione,* 1996.
13. DAVIDE PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum,* 1996.

MISCELLANEA (I SERIE)

1. V. BRONDI, *Scritti minori raccolti a cura della Facoltà di Giurisprudenza della regia Università di Torino,* con prefazione di SANTI ROMANO, 1934.
2. G. SOLARI, *Studi storici di filosofia del diritto,* con prefazione di LUIGI EINAUDI, 1949.
3. G. SEGRÈ, *Scritti vari di Diritto Romano,* con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1952.
4. P. JANNACCONE, *Discussioni ed indagini economiche e finanziarie* – I, 1953; II, 1954.
5. B. DUSI, *Scritti giuridici,* a cura di PIERO SCHLESINGER – Due volumi, 1956.
6. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato* – I. *Individualismo e diritto privato,* 1959.
7. G. OTTOLENGHI, *Scritti vari di diritto internazionale,* con prefazione di RICCARDO MONACO, I, 1959; II, 1960.
8. F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità nel diritto penale,* 1960.
9. F. PIERANDREI, *Scritti di Diritto Costituzionale,* con prefazione di LEOPOLDO ELIA – Tre volumi, 1964.
10. A. BERTOLA, *Scritti minori,* con premessa di GIUSEPPE OLIVERO – Tre volumi, 1967.
11. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato* – II. *Storicismo e diritto privato,* 1971.
12. P. BODDA, *Studi sull'atto amministrativo,* con premessa di ELIO CASETTA, 1973.
13. G. SECRÈ, *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano,* a cura di NEVIO SCAPINI e con prefazione di GIUSEPPE GROSSO, 1976.

MISCELLANEA (II SERIE)

1. G. TREVES, *Scritti giuridici,* 1982.
2. *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario dell'istituzione del Consiglio di Stato,* 1983.
3. G. OLIVERO, *Studia canonica,* presentazione di RINALDO BERTOLINO, 1987.
4. *Il nuovo codice di procedura penale visto dall'estero* (Atti del Seminario di Torino, 4-5 maggio 1990), a cura di MARIO CHIAVARIO, 1991.
5. *Maestri della facoltà di giurisprudenza torinese, Paolo Greco,* 1991.

MISCELLANEA (III SERIE)

1. *Diritto e processo nella esperienza romana.* Atti del Seminario torinese 4-5 dicembre 1991 in memoria di Giuseppe Provera, 1994.
2. *Atti del Convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa'.* Per il centenario dell'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Torino 10-12 novembre 1989, 1996.

UNIVERSITÀ DI TORINO

MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

MEMORIE (SERIE V)

1. BARBARA LAVARINI, *Il giudizio abbreviato,* 1996.
2. MARIA ANTONIETTA LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.,* 1996.
3. MARIO COMBA, *Esperienze federaliste tra garantismo e democrazia,* 1996.
4. FABRIZIO FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive,* 1996.
5. PAOLO HERITIER, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek,* 1997.
6. FABRIZIO CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici,* 1997.
7. ANDREA TRISCIUOGLIO, *«Sarta tecta, ultrotributa, opus publicum faciendum locare». Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea,* 1998.
8. ANDREA GIORGIS, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale,* 1999.
9. GABRIELLA M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza,* 2000.
10. MARCO PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche,* 2000.
11. ORNELLA PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno,* 2001.
12. VINCENZO TURCHI, *Le disposizioni preliminari sul matrimonio nel processo di codificazione piano-benedettino,* 2001.
13. MASSIMO MIGLIETTA, *«Servus dolo occisus». Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis',* 2001.
14. MICHELE VELLANO, *L'organo d'appello dell'OMC,* 2001.
15. MARIA MARGHERITA SALVADORI, *Gli appalti pubblici nell'Organizzazione Mondiale del Commercio e nella Comunità europea,* 2001.
16. EMANUELE STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio.* I. *Trasmissione e fonti,* 2002.
17. MARIAPAOLA AIMO, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro,* 2003.
18. ILENIA MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali,* 2003.
19. SILVIA CANTONI, *Cooperazione multilaterale e finanziamento dello sviluppo,* 2004.
20. DAVIDE PETRINI, *La responsabilità penale per i reati via internet,* 2004.
21. EMANUELE STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica,* 2004.
22. CHIARA TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia,* 2004.
23. SERENA QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale,* 2004.

24. ENRICO GENTA, *Princípi e regole internazionali tra forza e costume. Le relazioni anglo-sabaude nella prima metà del settecento,* 2004.
25. DANIELA IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e "fattori di rischio" emergenti,* 2005.
26. ALESSANDRA ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?,* 2005.
27. GIANNI MIGNONE, *Un contratto per i mercanti del Mediterraneo. L'evoluzione del rapporto partecipativo,* 2005.
28. PAOLA CASANA, *Tra rivoluzione francese e stato costituzionale. Il giurista Giovanni Ignazio Pansoya (Torino, 1784-1851),* 2005.
29. ILARIA ZUANAZZI, *«Praesis ut prosis». La funzione amministrativa nella «diakonía» della Chiesa,* 2005.
30. ALESSANDRA ALGOSTINO*, I diritti politici dello straniero,* 2006.
31. SILVIA MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'«altro» diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra,* 2007.
32. DARIO ELIA TOSI, *Secessione e Costituzione tra prassi e teoria,* 2007.
33. RICCARDO VIRIGLIO, *La neocodificazione. Riordino e riforma della legislazione per mezzo di testi unici e codici,* 2007.
34. GIANLUCA PAOLO PAROLIN, *Dimensioni dell'appartenenza e cittadinanza nel mondo arabo,* 2007.
35. FRANCESCO PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo,* 2008.
36. MIA CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo,* 2008.
37. MARGHERITA POTO, *Le autorità di vigilanza sul mercato mobiliare. I custodi incustoditi,* 2008.
38. BARBARA PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto,* 2008.
39. LUCA IMARISIO, *Ineleggibilità e incompatibilità politico-istituzionali. Profili costituzionali,* 2008.
40. MARCO ANTONIO FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende,* 2008.
41. CRISTINA VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo,* 2008.
42. MAURIZIO RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori,* 2009.
43. ANDREA TRISCIUOGLIO, *Fideiussio iudicio sistendi causa e idoneità del fideiussore nel diritto giustinianeo e nella tradizione romanistica,* 2009.
44. SIMONA RODRIQUEZ, *Corte dei conti e responsabilità del militare. Un giudizio amministrativo-contabile «sui generis»?,* 2009.
45. VALERIA MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento,* 2009.
46. MARIA PIA GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello,* 2009.

47. SAVERIO MASUELLI, *La refectio nelle servitù prediali,* 2009.
48. ANTONIO MASTROPAOLO, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della costituzione nella rivoluzione inglese,* 2009.
49. ALESSANDRA ALGOSTINO, *Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav,* 2011.
50. LUCIA ZANDRINO, *La delegatio nel diritto romano. Profili semantici ed elementi di fattispecie,* 2010.
51. MICHELE ROSBOCH, *Decidere invano. Aspetti delle invalidità nelle sentenze medievali* I, 2010.
52. MATTEO LOSANA, *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione europea: modelli di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia,* 2010.
53. SERGIO FOÀ*, Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme,* 2011.
54. SERENA QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio,* 2011.
55. GIULIA MANTOVANI, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona,* 2011.
56. JEAN LUDOVIC SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici. Per la Francia del domani,* prefazione all'edizione italiana e traduzione a cura di ROBERTO CAVALLO PERIN e BARBARA GAGLIARDI, Jovene Editore, Napoli, 2011.
57. ELISA RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani,* 20211.
58. ILENIA MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli,* 2011.
59. MARIA CHIARA RUSCAZIO, *Receptio legis. Sviluppo storico, profili ecclesiologici, realtà giuridica,* 2011.

UNIVERSITÀ DI TORINO

MEMORIE DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

MEMORIE (SERIE VI)

1. ILARIA ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem prolis del matrimonio canonico,* 2012.
2. BARBARA GAGLIARDI, *La libera circolazione dei cittadini europei e il pubblico concorso,* 2012.
3. FRANCESCA STRUMIA, *La duplice metamorfosi della cittadinanza in Europa. Da cittadinanza sedentaria a cittadinanza itinerante. Da cittadinanza sociale a cittadinanza economica,* 2013.
4. CATERINA BONZO, *L'inevitabile superamento della tradizione. Il destino del fedecommesso nel XIX secolo,* 2014.
5. MARCO ANTONIO FENOCCHIO, *La «fideiussio indemnitatis». Aspetti attuali e linee ricostruttive dal diritto romano classico a Giustiniano,* 2014.
6. LUCIA ZANDRINO, *La delegatio nel diritto romano. Effetti giuridici e profili di invalidità,* 2014.

7. GIORGIO SOBRINO, *Il Ministro della Giustizia ed i Poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica,* 2015.
8. PAOLO PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato,* 2016.
9. ALESSANDRA QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni,* 2016.
10. FRANCESCA TRAMONTANO, *Il conflitto pubblico fra religioso e profano,* 2016.
11. FRANCESCO CAMPOBELLO, *La Chiesa a processo. Il contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale,* 2017.
12. RICCARDO DE CARIA, *'Le mani sulla legge': il lobbyng tra free speech e democrazia,* 2017.
13. ANDREA TRISCIUOGLIO, *Studi sul crimen ambitus in età imperiale,* 2017.
14. ALICE CAUDURO, *L'accesso al farmaco,* 2017
15. SILVIA MONDINO, *Diversità culturali e best interest of the child,* 2017.
16. TANINA ZAPPONE, *La comunicazione politica cinese rivolta all'estero,* 2018.
17. STEFANO SALUZZO, *Accordi internazionali degli stati membri dell'unione europea e stati terzi,* 2018.
18. ALBERTO RACCA, *I sistemi elettorali sotto la lente costituzionale,* 2018.
19. GIULIA MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette,* 2018.
20. SHAIRA THOBANI, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali,* 2018.
21. MICHELE ROSBOCH, *«Con somma cautela e maturità di giudizio» Centro, periferia e comunità in un Progetto di riforma nella Restaurazione sabauda,* 2019.
22. CRISTINA BERTOLINO, TANJA CERRUTI, MARCO OROFINO, ANNAMARIA POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti,* 2020.
23. CHIARA CORRENDO, *Razionalizzazione del pluralismo giuridico e Panchayati Raj in India,* 2020.
24. TULLIA PENNA, *Il dono di capacità riproduttiva: la PMA con dono di gameti e la GPA negli ordinamenti francese e italiano,* 2020.
25. ELENA GRASSO, *Multilinguismo e funzione pubblica. Dal prestigio del modello francese alla costruzione dell'identità europea,* 2020.
26. CRISTINA PONCIBÒ, *Il Diritto Comparato e la Blockchain,* 2020.
27. TANJA CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale,* 2020.
28. MARIAPAOLA AIMO, ANNA FENOGLIO, DANIELA IZZI (a cura di), *Studi in memoria di Massimo Roccella,* 2021
29. LETIZIA COPPO, *L'esonero da responsabilità,* 2021.
30. DAVIDE CASTAGNO, *L'inammissibilità nel giudizio di cassazione,* 2021.
31. MARCO PELISSERO, LAURA SCOMPARIN, GIOVANNI TORRENTE (a cura di), *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare,* 2022.
32. FRANCESCA PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato,* 2022.
33. PAOLA AURUCCI, *Il trattamento dei dati personali nella ricerca biomedica. Problematiche etico-giuridiche,* 2022.
34. ROBERTO MAZZOLA, ILARIA ZUANAZZI, MARIA CHIARA RUSCAZIO (a cura di), *Lo spirito del diritto ecclesiale. Scritti scelti di Rinaldo Bertolino,* 2022.

35. ORNELLA PORCHIA, MICHELE VELLANO (a cura di), *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future. Liber amicorum in onore di Edoardo Greppi,* 2023.
36. BARBARA GAGLIARDI, *Il pubblico concorso come funzione amministrativa,* 2024
37. ISABELLA ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza,* 2024.
38. CHIARA CASTALDO, *Libertà individuali e open data. Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati,* 2024.
39. RUGGERO RUDONI, *Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea*, 2024.

Finito di stampare nel mese di maggio 2026
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

Memorie del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Torino

Volumi pubblicati

1. Ruggero Rudoni, *Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea*, 2024.
2. Isabella Alberti, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, 2024.
3. Chiara Castaldo, *Libertà individuali e* open data*. Gli obblighi di servizio pubblico nella gestione dei dati*, 2024.
4. Fabrizio Sudiero, *La segnalazione dell'organo di controllo* ex *art. 25-*octies *del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, 2025.
5. Sergio Foà (a cura di), *Il nuovo merito amministrativo*, 2025.
6. Maura Mattalia, *Contenzioso climatico e condizioni dell'azione avanti al giudice amministrativo*, 2025.
7. Ernestina Sacchetto, *Tecnologie di riconoscimento facciale e procedimento penale. Indagine sui fondamenti e sui limiti dell'impiego della biometria moderna*, 2025.
8. Ludovica Paseri, *Il governo dei dati. Interesse pubblico, altruismo e partecipazione*, 2025.
9. Costanza Agnella, *Disciplinare la donna, disciplinare la società: educare al genere attraverso un'istituzione totale*, 2025.
10. Umberto Nizza, *Architetture regolatorie dinamiche e* governance *del rischio sistemico nei mercati finanziari ad alta intensità tecnologica*, 2026.
11. Maria Cristina Gruppuso, *Interesse dell'impresa e interesse dei legittimari negli atti di liberalità Uno studio su patto di famiglia e trust per la trasmissione dell'impresa*, 2026.
12. Roberto Cavallo Perin e Gabriella M. Racca (a cura di), *Le responsabilità per gli illeciti degli enti pubblici*, 2026.