

## **IL REQUISITO DELLA COLPA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO, SECONDO LA SENTENZA N. 483/2012 DEL CONSIGLIO DI STATO.**

Nell'articolo dello scrivente in data 16 novembre 2011 è stata illustrata l'evoluzione della giurisprudenza del giudice amm.vo in merito alla responsabilità della pubblica amministrazione per violazione della disciplina comunitaria, con particolare riguardo agli appalti pubblici, alla luce della sentenza 30 settembre 2010 n. C-314/09 della Corte di giustizia dell'Unione europea.

In tale articolo si è precisato che la citata sentenza indicava chiaramente che il risarcimento "per equivalente", in difetto di esecuzione in forma specifica, conseguente alla violazione della normativa sugli appalti pubblici, prescindeva dalla valutazione di un comportamento colposo da parte della P.A.

A seguito di tale sentenza, la giurisprudenza amministrativa, che prima sosteneva il principio opposto, si era caratterizzata per un processo evolutivo, attraverso le seguenti sentenze:

T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 4552/2010: l'accertamento della sussistenza della colpa, "è destinato a perdere consistenza alla luce della recente sentenza della Corte di giustizia CE, Sez. III – 30.9.2010".

T.A.R. Campania, n. 1069/2010: "la richiamata giurisprudenza comunitaria sembra produrre nel nostro ordinamento l'effetto, sia pure circoscritto al settore degli appalti pubblici, di svincolare la responsabilità dell'amm.ne dall'accertamento della colpa".

T.A.R. Sicilia, Catania, n. 4624/2010: "il principio espresso dalla sentenza della Corte di giustizia 30.9.2010 – circa l'irrelevanza della colpevolezza della riscontrata violazione di legge – non può che essere applicato anche in relazione agli appalti il cui importo si collochi al di sotto della c.d. soglia comunitaria, pena una ingiustificabile disparità di trattamento. ... In verità, per la stessa necessità di garantire la parità di trattamento, nonché l'uguaglianza tra situazioni giuridiche soggettive aventi pari consistenza e dignità, il principio non può che essere esteso anche ad ambiti diversi da quelli concernenti le procedure di affidamento di appalti nei vari settori".

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1184/2011, che ha ignorato la sentenza della Corte di giustizia del 30.9.2010: "la colpa, insieme al dolo, sono elementi imprescindibili ai sensi dell'art. 2043 c.c. perché si formi una fattispecie che possa dar luogo al danno ingiusto". Al contrario, la stessa Sez. V, n. 1193/2011 e n. 5527/2011, ha "rilevato che non vi è alcuna necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito, sulla base dei più recenti indirizzi della giurisprudenza comunitaria".

Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4355/2011: "sull'elemento soggettivo della colpa dell'amm.ne, si deve richiamare la recente sentenza 30.9.2010 n. C-314/09 con la quale la Corte di giustizia ha escluso qualsiasi rilevanza della colpa in materia di appalti ai fini della tutela risarcitoria".

Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6919/2011: "merita conferma la statuizione risarcitoria in relazione all'oggettiva gravità e rilevanza dell'illegittimità perpetrata mentre, ai sensi del condivisibile indirizzo della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2010, C-314/09), non è necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo laddove, come nella specie, il risarcimento funga da strumento necessariamente sostitutivo della non più possibile tutela in forma specifica (cfr. anche art. 124, comma 1, del codice del processo amministrativo)".

Nel citato articolo lo scrivente ha rilevato che, mentre è condivisibile la tesi relativa alla necessaria estensione del principio affermato dalla Corte di giustizia anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, per evitare una ingiustificata disparità di trattamento a fronte di situazioni analoghe, non sembra possa accogliersi l'estensione ulteriore alla generalità dei casi, dato che il regime della responsabilità a prescindere dall'accertamento della colpa si pone al di fuori dei principi fondanti della responsabilità nel diritto vigente, ove i casi di responsabilità oggettiva sono di natura eccezionale.

Detta tesi è stata accolta nella recentissima sentenza n. 483/2012 con la quale il Consiglio di Stato, Sez. IV, ha ritenuto che “il principio enunciato (dalla Corte di giustizia) debba restare circoscritto al settore degli appalti pubblici”.

La sentenza, che merita una particolare attenzione per l'esame approfondito delle problematiche derivanti dalla citata giurisprudenza comunitaria, se è condivisibile sul punto, suscita notevoli perplessità sulle conclusioni cui perviene, cercando di far “rientrare dalla finestra” un presupposto soggettivo definitivamente espunto dalla Corte di giustizia per l'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione nel risarcimento del danno derivante dalla violazione delle norme della Comunità europea sugli appalti.

La Corte di giustizia, nella sentenza 30.9.2010, ha ricordato (punto 31) che “l'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri di adottare le misure necessarie per garantire l'esistenza di procedure di ricorso efficaci e, in particolare, quanto più rapide possibile contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano «violato» il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o le norme nazionali di trasposizione di quest'ultimo. Il terzo '*considerando*' della citata direttiva sottolinea, per parte sua, la necessità che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di «violazione» del diritto o delle norme suddetti”; (punto 32) l'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 stabilisce che gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'art. 1 della medesima direttiva prevedano i poteri che permettano di accordare il risarcimento ai soggetti lesi da una violazione”.

Inoltre, (punto 35) “il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto '*considerando*' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità”.

La Corte ha quindi concluso nel senso che “la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata”.

Peraltro il Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 483/2012, ha ritenuto di poter confutare la sussistenza di una dicotomia tra il sistema comunitario, basato sulla responsabilità oggettiva della p.a. e il sistema nazionale, che richiede sempre l'elemento psicologico dell'illecito: “ciò che non potrebbe non ingenerare seri dubbi sulla compatibilità comunitaria dello stesso assetto generale

della responsabilità aquiliana ricavabile dall'art. 2043 cod. civ., ove riferito ai rapporti tra amministrazione pubblica e amministrati”.

Al riguardo si osserva che la circostanza indicata non presenta aspetti particolari, essendosi riprodotta ogni qual volta la normativa comunitaria abbia introdotto principi giuridici nuovi e divergenti rispetto all'ordinamento statale, imponendo una riflessione sulla opportunità di rielaborare la normativa interna di un intero settore, anche se non direttamente toccata dalla statuizione europea, come nel caso in esame che non riguarda tutti i “rapporti tra amministrazione pubblica e amministrati”, bensì soltanto quelli relativi agli appalti pubblici.

Nella sentenza n. 483/2012 viene ricordato che la giurisprudenza, successiva alla nota sentenza della Cassazione n. 500/1999 (risarcibilità della lesione degli interessi legittimi), sul regime probatorio della responsabilità, ha inteso bilanciare la necessità di introdurre un “filtro”, volto ad evitare un prevedibile numero eccessivo di azioni risarcitorie derivanti dalla configurazione della responsabilità della p.a. in ogni caso di illegittimità degli atti impugnati, con l'esigenza di attenuare l'onere della prova del danno a carico del ricorrente. A tal fine, la giurisprudenza, introducendo un regime atipico rispetto a quello previsto in via generale dall'art. 2043 c.c., ha richiamato l'istituto dell'errore scusabile utilizzando le presunzioni semplici previste dagli artt. 2727 e 2729 cod. civ. ed ha concluso nel senso che l'illegittimità dell'atto, pur comportando per la p.a. l'onere di provare l'assenza di colpa “costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare unitamente ad altri quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o a bassa discrezionalità dell'azione amministrativa”.

Tale giurisprudenza, secondo la sentenza in esame, farebbe riferimento a parametri di natura oggettiva, in significativa convergenza con quanto deciso, per l'individuazione degli indici rivelatori del carattere “grave e manifesto” della violazione del diritto comunitario, dalla Corte di giustizia, la quale di rado ha riconosciuto una responsabilità dello Stato *in re ipsa*, sulla base della mera violazione di una norma comunitaria e comunque solo quando questa era immediatamente applicabile, analitica e dettagliata, in modo da lasciare ben pochi margini di discrezionalità agli Stati membri, come nel settore degli appalti pubblici.

In conclusione, secondo la sentenza, “ancorare l'accertamento della responsabilità anche al requisito della colpa (o del dolo) non comporta necessariamente una violazione dei principi del diritto europeo *in subiecta materia*, essendo soltanto la conseguenza dell'applicazione delle coordinate entro le quali la predetta responsabilità è inquadrata nell'ordinamento interno; ed è appena il caso di rammentare come la Corte europea abbia sempre ribadito che, una volta rispettati i parametri generali da essa fissati, sia sulla base del diritto interno che il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l'insussistenza della responsabilità nei singoli casi”.

Infine, sempre secondo la sentenza del Consiglio di Stato, i termini della questione non sarebbero mutati a seguito della sentenza della Corte di giustizia del 30.9.2010, anche se questa “ha configurato in modo molto più marcatamente oggettivo la responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario”.

La sentenza suscita le più vive perplessità, per i seguenti motivi:

1) Vanno ribadite le osservazioni già espresse sul rilievo formulato in sentenza relativo ai “seri dubbi sulla compatibilità comunitaria dello stesso assetto generale della responsabilità aquiliana ricavabile dall'art. 2043 cod. civ.”, rilievo che non presenta profili particolari, considerata l'esigenza più volte manifestatasi nel passato di riesaminare la normativa interna per interi settori

alla luce dei diversi e talvolta dirompenti principi innovatori introdotti dalla normativa europea, come nel noto caso della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

2) Se è esatto dire che “una volta rispettati i parametri generali fissati dalla Corte europea, sia sulla base del diritto interno che il giudice nazionale deve accertare la sussistenza o l’insussistenza della responsabilità nei singoli casi”, appare parimenti inconfutabile che tali parametri generali non siano affatto rispettati, se si accoglie la tesi del Consiglio di Stato.

La sentenza in esame pretende di ritenere compatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia la giurisprudenza interna che richiede la sussistenza del requisito della colpa della p.a., sia pure con onere a carico di quest’ultima di provarne l’assenza, in caso di illegittimità dell’atto. Ma la Corte europea, nella sentenza del 30.9.2010, dice esattamente il contrario: “La direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l’applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all’amministrazione suddetta”.

3) La sentenza ritiene che possa tutt’ora ritenersi sussistente il requisito soggettivo, tenuto conto che la giurisprudenza interna che afferma la necessità della colpa (o del dolo) della p.a. “farebbe riferimento a parametri di natura oggettiva, in significativa convergenza con quanto deciso, per l’individuazione degli indici rivelatori del carattere “grave e manifesto” della violazione del diritto comunitario, dalla Corte di giustizia”.

Sul punto, va ricordato quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza 5.3.96 n. C-46/93: “ai singoli lesi è riconosciuto un diritto al risarcimento purché siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica dell’Unione violata sia preordinata a conferire loro diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata e che esista un nesso causale diretto tra la violazione in parola e il danno subito dai singoli. ... L’esistenza di una violazione sufficientemente qualificata implica una violazione grave e manifesta da parte dello Stato membro dei limiti posti al suo potere discrezionale. Al riguardo, fra gli elementi da prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata e l’ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali. In ogni caso, una violazione del diritto dell’Unione è sufficientemente qualificata allorché essa è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia”.

La tesi espressa nella sentenza in esame non sembra possa essere condivisa, pena un’inammissibile commistione fra requisiti oggettivi e soggettivi della responsabilità.

La Corte di giustizia, come d’altronde esplicitamente riconosciuto in sentenza dal Consiglio di Stato, “ha configurato in modo molto più marcatamente oggettivo la responsabilità dello Stato da violazione del diritto comunitario”, indicando in modo inequivocabile alcuni parametri (chiarezza e precisione della norma violata, limitato potere discrezionale riservato alle autorità nazionali, giurisprudenza della Corte in materia manifestamente ignorata) in presenza dei quali va senz’altro affermata detta responsabilità, indipendentemente da qualsiasi valutazione di natura soggettiva.

Al contrario, la sentenza del Consiglio di Stato pretende che si debba continuare nell’esame dell’elemento psicologico per accertare se possa configurarsi un errore scusabile in capo all’amministrazione, sulla base della considerazione che tale analisi si fonderebbe su elementi analoghi a quelli considerati dalla Corte di giustizia per affermare la sussistenza di una “violazione grave e manifesta”.

Ma tale presunta concordanza non sembra possa sussistere: un conto è affermare che, in presenza di determinati requisiti oggettivi sussista in ogni caso la responsabilità per l'evento dannoso ed altro conto è verificare, sia pure in parte sulla base di analoghi requisiti, se possa configurarsi la soggettiva colpevolezza o se sussista errore scusabile tenendo conto di tutte le circostanze presenti nel caso di specie.

Roma 13 febbraio 2012

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)

---