

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO
INTERNO IN MATERIA INTERNAZIONALE
(XII Ciclo)

Tesi di dottorato:

“La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione”

COORDINATORE:

Ch.ma Prof.ssa MARIA CRISTINA FOLLIERO

TUTOR:

Ch.mo Prof. ANDREA FEDERICO

Ch.mo Prof. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA

DOTTORANDA:

Dott.ssa FLAVIA MELILLO

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

A mia madre.

SOMMARIO

I. PROFILI EVOLUTIVI DEL RAPPORTO TRA AUTORITÀ E LIBERTÀ: DALL'INDISCUSSA SOVRANITÀ DELLO STATO AL RICONOSCIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DEI PUBBLICI POTERI. ----- 1

1. Considerazioni introduttive circa la concezione della *potestas* statale quale *legibus soluta*. La non configurabilità di una responsabilità dello Stato sovrano per i danni cagionati ai sudditi quale corollario del principio di sovranità. La successiva affermazione del principio di legalità nell'ideologia liberale. La mutata considerazione della posizione del cittadino nei confronti dell'autorità e la distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico, espressione di sovranità, e attività amministrativa di diritto privato, soggetta allo *ius commune*. ----- 2

2. Il positivo influsso delle istanze liberali non reca con sé anche la chiara affermazione della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini. Breve premessa metodologica circa l'analisi degli ostacoli ideologici e delle motivazioni formaliste. ----- 6

3. Le ragioni ostative all'ammissione della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini. L'evanescenza della figura dell'interesse legittimo. L'evoluzione dottrinale: dall'interesse strumentale alla legittimità dell'agire amministrativo alla teoria normativa, nel rinnovato quadro assiologico di riferimento. L'entrata in vigore della Carta costituzionale impone il ripensamento del concetto di interesse pubblico alla luce del principio di legalità costituzionale, con lo scopo della piena realizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo. ----- 7

4. Il riconoscimento di dignità di situazione giuridica alla posizione del privato che si confronti con una pubblica amministrazione è condizione necessaria ma non sufficiente. Permane l'ostacolo processuale alla risarcibilità del danno cagionato al privato: da un lato, la lesione degli interessi legittimi, sulla base del criterio della *causa petendi*, avrebbe dovuto comportare l'intervento del giudice amministrativo, ma a questi mancavano i necessari poteri per la declaratoria di condanna; d'altro canto, il giudice ordinario, al quale il criterio del *petitum* avrebbe affidato la cognizione di una domanda di risarcimento del danno, non avrebbe potuto sentenziare sulle questioni inerenti l'interesse legittimo, stante la vigenza degli artt. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo. La misura della tutela negli aspetti processuali: prime riflessioni e rinvio. ----- 20

5. L'interpretazione assiologica e sistematica dell'art. 2043 c.c. impone il superamento della tradizionale opinione che accordava il beneficio della tutela risarcitoria ai soli diritti assoluti. ----- 27

6. L'influsso del diritto dell'Unione europea: l'art. 13, L. 19 febbraio 1992, n. 142, in attuazione della Direttiva 89/665/CEE, introduce il risarcimento del danno in favore delle imprese pregiudicate da violazioni del diritto comunitario. Prime reazioni della dottrina e della giurisprudenza. Preliminari considerazioni sull'incidenza del diritto dell'Unione europea. Il principio di legalità e il sistema italo-comunitario delle fonti del diritto. ----- 40

7. Il legislatore interviene nel dibattito, prima in specifici settori, successivamente con il D. Lgs n. 80/98, il cui articolo 35 consentiva espressamente al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, « <i>il risarcimento del danno ingiusto</i> » consequenziale all'annullamento di un atto amministrativo. Il dibattito dottrinale tra le posizioni di chi tradizionalmente ribadiva la portata meramente processuale dell'intervento e chi lo interpretava in senso innovatore nel senso della generalizzazione dell'accesso alla tutela risarcitoria per tutte le posizioni di interesse legittimo cd. pretensivo. La lettura sistematica e assiologica, condotta anche alla luce del fondamentale diritto di difesa, nonché del principio di effettività della tutela, conduce alla declaratoria di illegittimità costituzionale del cennato articolo. -----	52
8. La rivoluzione giurisprudenziale delle Sezioni Unite. Analisi delle ragioni che conducono la giurisprudenza di legittimità al ripensamento del secolare dogma e prime considerazioni critiche sugli elementi costitutivi del fatto illecito della pubblica amministrazione così come delineati nella storica sentenza 22 luglio 1999, n. 500. -----	61
II. IL CONFLITTO TRA AUTORITÀ E LIBERTÀ SUL TERRENO DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE. -----	77
1. Il superamento dei primi ostacoli al riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non offre compiuta composizione delle problematiche sorte. La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione alla ricerca di un modello. Breve premessa metodologica.-----	78
2. L'interpretazione restrittiva che riteneva non operante nei rapporti con l'amministrazione la disciplina codicistica della responsabilità precontrattuale. Profili critici. Il conseguente ampliamento della tutela del privato sulla base del generale principio di tutela del legittimo affidamento. <i>Rinvio</i> . Non condivisibilità dell'opinione che ritiene indifferente la scelta in favore del modello precontrattuale sulla base della mera riconduzione al modello aquiliano. L'incongruenza nella prassi giurisprudenziale. <i>Rinvio</i> . -----	80
3. <i>Segue</i> . Doveri di protezione. Affidamento. L'inutile clamore suscitato dalla tesi del c.d. contatto sociale. Il recupero non dichiarato dell'obbligazione <i>ex contractu</i> . -----	91
5. La difficoltà di riportare la fattispecie ad uno dei modelli codicistici di responsabilità. Gli ulteriori tentativi di prospettare specifici modelli di responsabilità. Critica all'idea di una natura mista della responsabilità. Ulteriori profili critici connessi alla tesi che prospetta la specialità del regime in ragione della impossibilità di ricorrere a categorie civilistiche. L'abbandono della dicotomia pubblico-privato. -----	112
6. Nuovi spunti di riflessione a partire dalla normativa di matrice europea. L'oggettivizzazione della responsabilità nella materia degli appalti pubblici. Il principio di eguaglianza quale fondamento giustificativo della possibile estensione della disciplina a tutti i settori dell'attività della pubblica amministrazione. -----	116
III. VERIFICA DI UNA TUTELA PIENA ED EFFETTIVA DELLA POSIZIONE DEL PRIVATO NEI CONFRONTI DELL' AUTORITÀ. -----	130

1. Brevi cenni sul processo amministrativo nel periodo precostituzionale. I principi costituzionali a presidio del processo amministrativo, con particolare riguardo al riparto di giurisdizione. L'unicità della funzione giurisdizionale e l'attualità del riparto. Prime riflessioni e rinvio. Il sindacato di legittimità sulle decisioni del Consiglio di Stato quale limite alla realizzazione di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione. <i>Rinvio</i> . -----	131
2. Il nuovo codice del processo amministrativo. Azioni tipiche. Atipicità quale corollario del principio di pienezza ed effettività della tutela. -----	148
3. <i>Segue</i> . Benché il codice del processo amministrativo non preveda l'esperibilità dell'azione di accertamento mero, l'attuazione del programma costituzionale impone di offrire tutela piena al privato, sia esso il destinatario del provvedimento, sia esso estraneo al procedimento amministrativo. La diretta applicabilità dei principi costituzionali e la conseguente ammissibilità dell'azione di accertamento mero. -----	157
4. <i>Segue</i> . L'azione di esatto adempimento non può essere prerogativa a tutela dei soli diritti soggettivi. -----	164
5. La disciplina dell'azione di condanna al risarcimento del danno. La verifica della realizzazione di uno « <i>strumentario non dissimile da quello dei diritti soggettivi</i> ». La pregiudiziale di rito si trasforma in pregiudiziale di merito? Compatibilità delle regole processuali con i principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea. Indifferenza circa la scelta del modello di responsabilità sul termine prescrizione. Il termine decadenziale e i dubbi di legittimità costituzionale. -----	174
6. Il limite esterno della giurisdizione amministrativa. L'interpretazione estensiva del limite del sindacato della Corte di Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato. La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. -----	189
Conclusioni -----	200
BIBLIOGRAFIA -----	I
PRINCIPALI SENTENZE CITATE -----	XX

I. PROFILI EVOLUTIVI DEL RAPPORTO TRA AUTORITÀ E LIBERTÀ: DALL'INDISCUSSA SOVRANITÀ DELLO STATO AL RICONOSCIMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DEI PUBBLICI POTERI.

1. Considerazioni introduttive circa la concezione della *potestas* statale quale *legibus soluta*. La non configurabilità di una responsabilità dello Stato sovrano per i danni cagionati ai sudditi quale corollario del principio di sovranità. La successiva affermazione del principio di legalità nell'ideologia liberale. La mutata considerazione della posizione del cittadino nei confronti dell'autorità e la distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico, espressione di sovranità, e attività amministrativa di diritto privato, soggetta allo *ius commune*.

Pur senza inoltrarci troppo indietro nell'esame del concetto di sovranità, dunque considerando l'epoca relativamente a noi più prossima, occorre comunque ricordare che nel periodo monarchico si riteneva che il cittadino fosse in posizione di quasi completa soggezione nei confronti dell'organizzazione statale¹: tra Stato e Re non vi era distinzione, ma confusione. Il potere (politico, ma anche giudiziario) era concentrato nelle mani del Re ed era assoluto, nel senso che era il Re medesimo ad essere la fonte del diritto, pertanto non ne era in alcun modo vincolato o responsabile².

Queste essendo le premesse, era inconcepibile poter mettere in discussione, addirittura tacciando di illiceità, gli atti o i comportamenti riferibili al Re od anche ai funzionari amministrativi ed esecutivi, considerato che l'organizzazione statale non aveva una propria autonomia, ma era vista come braccio meramente esecutivo del sovrano³.

Dal principio di sovranità, in altri termini, conseguiva il corollario della irresponsabilità dello Stato nei confronti dei suoi sudditi e, quindi, la irrisarcibilità dei danni provocati - alla collettività come al singolo - dall'organizzazione politico-amministrativa⁴.

¹ Si cfr. la raccolta di saggi di A. MUSI, *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli, 1979.

² Per un'analisi sulla correlazione tra forme di Stato e responsabilità, si cfr. L. ALBINO, *Le responsabilità degli organi costituzionali*, in G.P. CALABRÒ (a cura di), *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, Milano, 2010.

³ Lo Stato, infatti, non può essere «mai l'uomo che civilmente rispondere debba di danno che gli si possa imputare». G. MANTELLINI, *Lo stato e il codice civile*, I, Firenze, 1880, p. 59.

⁴ Su cui, si cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, 2^a ed., Milano, 2000, p. 1649 ss, nonché F. SATTA, I soggetti dell'ordinamento, per una teoria della responsabilità

L'idea che lo Stato, nel suo agire, dovesse rispettare la legge poté affermarsi solo in seguito, correlativamente e conseguentemente all'ascesa dello Stato di diritto, che recava con sé il principio per cui gli uomini dovessero essere governati dalla legge, certa⁵, e non dall'arbitrio di altri uomini. Grazie al pensiero liberale, quindi, il principio di sovranità, e con esso il corollario dell'irresponsabilità del sovrano⁶, venne messo in discussione poiché avvertito come un arbitrario privilegio, non più conciliabile con gli ideali rivoluzionari, in particolare con il principio di legalità, secondo cui la legittimità dell'esercizio del potere politico doveva passare attraverso una norma giuridica preventivamente approvata⁷.

Lo Stato, si affermava, era sovrano in quanto e nella misura in cui fosse stato legittimato dal popolo sí che, essendo diretta espressione di quest'ultimo, era deputato a garantire la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, con la conseguenza che il concetto di autorità diveniva strumentale alla salvaguardia di tali principi sia nei rapporti tra i consociati, sia nei rapporti tra questi e l'amministrazione statale.

Da tali premesse consegue che gli atti e i comportamenti illeciti o illegittimi non potevano più essere esentate dalle comuni regole a tutela del cittadino e della sua sfera individuale. Questo, quantomeno, nelle ipotesi in cui lo Stato agiva come un privato cittadino.

Invero, si cominciava a valutare e a dare rilevanza alla qualificazione giuridica delle scelte operate dalla pubblica amministrazione: se, cioè, queste erano espressione della sua sovranità oppure meno, nel qual caso lo Stato doveva essere

civile della pubblica amministrazione, in *Riv. Dir. civ.*, 1977, I, p. 28 ss.

⁵ Come ogni concetto, anche quello della certezza del diritto - certo in quanto scritto e interpretabile dal solo potere politico - è storicamente condizionato. Sulla storicità dei concetti, si v. P. PERLINGIERI, *Interpretazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 317 ss. Relativamente alla ricostruzione storica delle regole sull'interpretazione, ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, in particolare pp. 574 e 575.

⁶ Valeva, infatti, il principio per cui «*Princeps legibus solutus est: augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*», ULPIANO, D. 1.3.3.

⁷ Il principio di legalità, infatti, si afferma «*in tutta la sua pienezza con la rivoluzione francese, in seguito all'avvento di una codificazione, imperativa e non più suppletiva o consuetudinaria, quale garanzia del legislatore nei confronti della libertà dell'interprete. Esso esprime, quale norma di salvaguardia, l'esigenza del diritto positivo. Legalità s'identifica con certezza del diritto, sicurezza del traffico, stabilità del diritto, ordine*». Tuttavia, si precisa, «*Che il principio di legalità funzioni come norma di salvaguardia dell'ordinamento e per sua natura svolga una funzione conservatrice, non significa che, una volta espressione di contenuti innovativi, non possa svolgere una funzione riformatrice o rivoluzionaria, di garanzia per l'attuazione di un ordine più moderno*». In questi termini, P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 235.

considerato in posizione paritaria rispetto ai cittadini.

Si profilò, quindi, una distinzione tra le attività di diritto pubblico e quelle di diritto privato: due forme di manifestazione degli interventi amministrativi nella vita economica e sociale della comunità, distinti in ragione della natura degli strumenti attuativi utilizzati.

E così, gli atti compiuti *iure privatorum* si riteneva dovessero rientrare nell'area del diritto dei privati, dello *ius commune*, mentre quelli compiuti mediante lo *ius imperium* (legislazione, amministrazione della *res publica*, magistratura) erano collocati nell'ambito del diritto pubblico⁸.

⁸ Di fronte alla prima soltanto, l'Autorità giudiziaria riconobbe la propria competenza, in considerazione del fatto che a fronte dell'atto autoritativo non potesse configurarsi alcun diritto. Detta interpretazione, peraltro, oltre a non essere l'unica possibile, non fu di fatto neppure praticata nei primissimi anni successivi all'entrata in vigore della Legge abolitrice. Ed infatti, almeno fino al 1876 costituiva *ius receptum* che «chiunque da un provvedimento generale regolamentare dell'autorità amministrativa riceva danno può domandarne il risarcimento dinanzi l'autorità giudiziaria. L'autorità giudiziaria investita della domanda, riconosciuta l'irregolarità di un provvedimento non deve revocarlo, ma soltanto dichiarare la responsabilità dell'autorità amministrativa, di fronte alla prova del danno» (Cass. Roma del 13 marzo 1876, riportata dall'Avvocato dello Stato Caramazza, *op. cit.*, e consultabile in *Foro it.* 1876, I, 842).

A detto orientamento, assai liberale, succedette tuttavia un orientamento di segno opposto, restrittivo. Si sostenne, in buona sostanza, muovendo dalla distinzione fra atti di imperio e atti di gestione e della tesi della sindacabilità *incidenter tantum* dell'atto di imperio solo in via di eccezione e solo quando lo stesso atto aggiungesse al rapporto "politico" un "rapporto accidentale e contingente di natura civile", che il riconoscimento al giudice ordinario del potere di conoscere della responsabilità civile dell'amministrazione derivante dall'esercizio scorretto di atti d'imperio avrebbe comportato - sotto le mentite spoglie della cognizione di una pretesa risarcitoria - un inammissibile sindacato dell'esercizio del potere.

La limitazione della cognizione del Giudice ordinario scaturì da una concezione autoritaria dei rapporti tra amministrazione e amministrati, che nondimeno non apparteneva al legislatore del 1865, quanto all'interpretazione della giurisprudenza in merito all'insindacabilità giurisdizionale degli atti d'imperio, e rese evidente l'esigenza di apprestare uno strumento di tutela a quelle situazioni di interesse che a seguito dell'abolizione del sistema del contenzioso erano rimaste orfane di ogni forma di protezione, cosa che avvenne attraverso le riforme *crispine*, come innanzi si vedrà.

La dottrina maggioritaria dell'epoca riteneva, dunque, che mentre gli atti di gestione sono soggetti al diritto comune e di conseguenza alla disciplina sulla responsabilità, per gli atti d'imperio fossero necessarie restrizioni e modificazioni in relazione alle speciali esigenze della pubblica amministrazione. In tal senso, si cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (ristampa a cura di G. MIELE), Padova, 1960, p. 623 ss. e, per la giurisprudenza, Cass. Roma 9 luglio 1897, in *Foro it.* 1898, I, 80 ss.

La distinzione in parola cominciò, tuttavia a scalfirsi, anche a fronte della difficoltà applicativa cui conduceva. In particolare, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1910, p.196 ss., anche attraverso la disamina delle pronunce giurisprudenziali, spesso incerte e contraddittorie, mette in luce come l'insindacabilità degli atti d'imperio in sede giurisdizionale e la conseguente irresponsabilità non abbia alcun addentellato normativo, ma anzi contrasti col diritto positivo.

Osserva, sulla stessa linea, la giurisprudenza che «viene a riproporsi la questione della responsabilità dello Stato per il fatto dei suoi funzionari, sulla quale si è molto disputato nel campo della dottrina e della giurisprudenza, in cerca di una teoria da applicarsi ai casi specifici: teoria già accampata colla distinzione atti d'imperio e di gestione, che si è riconosciuta erronea perché

Infatti, affinché lo Stato potesse assolvere alla sua funzione di arbitro nei rapporti tra cittadini, appariva indispensabile che, soprattutto in certi settori, esso potesse situarsi al di sopra degli stessi⁹; pertanto, si opinava che questo campo di azione dovesse necessariamente essere governato da norme speciali e dunque giustamente derogatorie del diritto comune. Nelle altre ipotesi di intervento da parte dello Stato, cioè a dire quando questo agiva senza esercitare l'*imperium*, non c'era motivo di privare l'individuo della più ampia tutela alla sua libertà ed appariva pertanto ipotizzabile una responsabilità per danno ingiusto.

L'ideologia liberale aveva iniziato a far vacillare la radicata idea di uno Stato irresponsabile, ma non si era completamente insinuata nell'ordinamento nazionale, sì da consentire l'affermazione della tutelabilità, attraverso lo strumento risarcitorio, dell'interesse antagonista al potere dello Stato.

Si riconobbe, invece, in capo all'amministrato, un interesse a che lo Stato, e per esso la pubblica amministrazione, esercitasse legittimamente i propri poteri, un *legittimo* interesse a che l'agire statale fosse improntato ai canoni della correttezza e legittimità che le norme stesse garantivano al singolo amministrato a tutela della propria posizione, che tuttavia rimaneva di soggezione¹⁰.

troppo astratta e non sempre corrispondente all'applicazione pratica (...) ed ormai ripudiata da questa Corte», così Cass. Roma, SS. UU., 22 giugno 1909, Giur. It., 1909, I, 913, sostanzialmente conforme a Cass. Napoli, 23 agosto 1904, in Foro it., 1905, I, 15 ss. Tuttavia, sebbene si teorizzasse l'astratta responsabilità per gli atti d'imperio, alla distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione si venne sostituendo la distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale, con una conseguente interpretazione restrittiva delle regole processuali, che portò inizialmente ad escludere il sindacato del giudice ordinario sui profili discrezionali dell'atto.

⁹ Osserva al riguardo G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, p. 69 - 70 che «anche per la dottrina più critica vi è la consapevolezza che tale distinzione contenga un nucleo di verità. Vi è la percezione di una diversità di relazioni tra cittadino e amministrazione in base alla quale, se per gli atti di gestione è possibile trasporre pienamente le regole civilistiche della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, altrettanto non può dirsi per gli atti d'imperio. Rispetto ad essi è necessario tenere conto che la peculiarità dell'azione amministrativa può giustificare l'applicazione di regole diverse, che possono talvolta portare ad escludere la responsabilità laddove per il diritto privato sussisterebbe».

¹⁰ I. F. CARAMAZZA, *Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n. 204)*, in *Atti del Convegno per il trentennale dei TT.AA.RR. - Napoli 5-6 novembre 2004*, in proposito osserva che «singolarmente, una teoria nata nella vicina Francia per aumentare i poteri del giudice ordinario e consentirgli di sindacare alcune attività amministrative senza incappare nei rigori delle sanzioni penali comminate dalle leggi rivoluzionarie veniva trapiantata in Italia con l'opposto effetto - attesa la ben diversa struttura del sistema di giustizia instaurato - di vedere limitati quei poteri in modo radicale»; conforme l'opinione di M. S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, p.278.

Significativa, al riguardo, fu la vicenda ermeneutica della locuzione "diritti civili e politici" che, come noto, fu trasposta nel nostro ordinamento sulla scorta dell'analoga formulazione contenuta

Tale, seppur brevemente descritta, ricostruzione del rapporto tra autorità e libertà, ha resistito fino a tempi non troppo lontani, saldamente tenuta in piedi da altri due pilastri: la discussa natura dell'interesse antagonista alla pubblica amministrazione e l'interpretazione fornita dai giuristi all'ambito applicativo della responsabilità extracontrattuale.

2. Il positivo influsso delle istanze liberali non reca con sé anche la chiara affermazione della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini. Breve premessa metodologica circa l'analisi degli ostacoli ideologici e delle motivazioni formaliste.

Al fine di illustrare il percorso evolutivo che ha, infine, condotto all'integrale revisione dell'illustrata concezione, si è scelto di procedere in senso logico-diacronico, illustrando, e non acriticamente, i passaggi principali della maturazione del pensiero socio-giuridico, onde verificare se tale processo possa dirsi sfociato in una tutela piena ed effettiva del cittadino leso da un comportamento della pubblica amministrazione.

Orbene, il problema della responsabilità civile della pubblica amministrazione deve inizialmente essere considerato sotto tre aspetti, tra loro inscindibilmente connessi per quanto graduabili da un punto di vista descrittivo.

Il primo, pregiudiziale, rilievo attiene all'attribuzione della qualifica di situazione giuridica soggettiva, in quanto tale suscettibile di tutela risarcitoria, alla posizione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione; il secondo

nella costituzione belga del 1831. Stanislao Mancini in due diverse occasioni, alla Camera, definì "diritti politici" quelli «che al cittadino sono assicurati dalla costituzione di un paese libero; la libertà individuale, la libertà di coscienza, la libertà di stampa, la libera associazione, il diritto della nazione di concorrere al voto delle imposte», precisando anche come fossero comprensivi «di tutti i rapporti giuridici che si possono concepire in qualunque guisa esistenti fra i privati e la pubblica amministrazione».

I diritti civili e politici, tuttavia, furono poi considerati nella limitata accezione rispettiva di diritti a prevalente contenuto patrimoniale e di diritti di partecipazione al governo della cosa pubblica, con un'impronta ermeneutica decisamente restrittiva. Come autorevolmente osservato, «fu persa un'occasione per la creazione di una categoria di diritti pubblici soggettivi capace di inglobare molte di quelle situazioni che saranno poi qualificate interessi legittimi» (Così, ancora, I.F. CARAMAZZA, op. cit., il quale riprende l'opinione di F. BENVENUTI, *Giustizia Amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, p. 600).

riguarda la relazione tra l'interpretazione data dai giuristi alla disciplina del risarcimento del danno e la fisionomia, ancora non definita, di tale posizione giuridica soggettiva del cittadino danneggiato dall'amministrazione; l'ultimo concerne l'individuazione di un organo giudicante competente a decidere una questione di risarcimento di un interesse legittimo violato.

Pertanto, s'intende rileggere in chiave critica le ricostruzioni del problema della responsabilità civile della pubblica amministrazione, giungendo allo scardinamento della concezione della sostanziale intangibilità del rapporto autoritativo da parte del giudicante in riferimento al risarcimento dei danni patiti dal privato.

3. Le ragioni ostative all'ammissione della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini. L'evanescenza della figura dell'interesse legittimo. L'evoluzione dottrinale: dall'interesse strumentale alla legittimità dell'agire amministrativo alla teoria normativa, nel rinnovato quadro assiologico di riferimento. L'entrata in vigore della Carta costituzionale impone il ripensamento del concetto di interesse pubblico alla luce del principio di legalità costituzionale, con lo scopo della piena realizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo.

Com'è noto, nel periodo post-unitario si riteneva che le sole situazioni giuridiche tutelate, dunque azionabili dinanzi ai Tribunali, erano i diritti soggettivi, mentre si discuteva sulla possibilità di individuare altri interessi privati, anche solo di mero fatto e pertanto - si riteneva - non protetti dall'ordinamento.

Tra questi, vi erano appunto quegli interessi che il privato vantava nei confronti della pubblica amministrazione, ma che in definitiva erano determinati dall'amministrazione medesima attraverso un atto amministrativo.

Dal punto di vista del dato testuale, infatti, può notarsi come l'art. 2, legge n. 2248/1865, all. E, contenente disposizioni sul contenzioso amministrativo, avvertiva che *«sono devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e*

ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa», mentre al successivo art. 3 si precisava che «gli affari non compresi nell'articolo precedente saranno attribuiti alle autorità amministrative».

Si individuavano, quindi, oltre ai diritti soggettivi, anche gli «affari», dunque non situazioni giuridiche piene, ma interessi dialoganti con la pubblica amministrazione, ma tutelati attraverso un sistema di rimedi giustiziali e non giurisdizionali¹¹.

D'altra parte, però, lo spirito liberale del nuovo Stato non poteva ammettere che, laddove vi fosse un interesse concreto alla acquisizione di un beneficio o di un vantaggio, oppure alla conservazione dello *status quo*, e tali situazioni venissero minacciate o messe in pericolo dall'attività di un potere pubblico, il cittadino interessato rimanesse sfornito di tutela giudiziaria.

Così, successivamente, con le cd. riforme crispine¹², venne creato un organo

¹¹ Il sistema delle tutele giuridiche elaborato dalla legge del 1865 rispecchiava pienamente l'ideologia del tempo: mentre nel caso degli interessi giuridicamente rilevanti (i diritti soggettivi), la tutela era affidata al giudice; per gli interessi privi di rilevanza giuridica, la tutela era affidata alla stessa amministrazione attraverso il sistema dei ricorsi amministrativi ordinari e straordinari. È emblematica, in tal senso, persino la scelta terminologica con cui il legislatore fa riferimento agli interessi diversi dai diritti soggettivi, denominati “affari”, locuzione con cui si voleva alludere alle questioni non contenziose, ma “graziose”. Sul punto, F. SCOCA, *La “gestazione” dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, I, Padova, 2007, p. 285; E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milano, 1964, p. 46.

Tale soluzione aveva il dichiarato obiettivo di realizzare la separazione dei poteri giudiziario ed esecutivo, e questa indipendenza voleva realizzarsi proprio distinguendo tra controversie concernenti diritti civili e politici e ricorsi contro atti di pura amministrazione riguardanti gli interessi individuali e collettivi degli amministrati. Osserva, in proposito, B. SORDI, *Giustizia amministrativa nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1983, p. 33-34 che «contrapporre il diritto all'interesse, non voleva dire distinguere due diverse situazioni giuridiche soggettive, ma enucleare il rilevante dall'irrilevante giuridico, separare ciò che doveva essere attribuito al giudice ordinario perché espressione della libertà del cittadino e corrispondente quindi ad una attività amministrativa regolata dalla norma, e ciò che invece doveva essere attribuito all'amministrazione, alla sua libertà, ad ipotesi non coperte da vincolo legislativo». D'altro canto, tale distinzione non era altro che il risultato della scienza amministrativa francese, che separava l'amministrazione contenziosa dall'amministrazione pura.

¹² L'art. 3 della legge del 1889, in particolare, prevede la costituzione di una sezione nel Consiglio di Stato per la giustizia amministrativa. Ad essa «spetta di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali», riportata da B. SORDI, *op. ult. cit.*, p. 483. Tale disposizione, ripresa poi dall'art. 26, t.u. n. 1054/1924, rappresentava fino a pochi anni fa (fino, cioè, all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo) il fondamento legislativo della generale giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo modulata secondo il sistema

giurisdizionale (la IV sezione del Consiglio di Stato) fornito della *potestas iudicandi* sul contenzioso relativo a quelle posizioni, a quegli “interessi” marginali rispetto ai diritti soggettivi, ancora privi del carattere dei diritti e non

impugnatorio con esito di annullamento senza pregiudizio per la riedizione del potere amministrativo. Alla IV sezione venne quindi attribuito espressamente quel potere di emanare pronunce costitutive, che si è visto essere stato negato, ai sensi dell’art. 4 della l.a.c. del 1865, al giudice ordinario. Con l’istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato (la cui natura giurisdizionale, sebbene originariamente discussa, venne successivamente affermata dalla giurisprudenza e consacrata dal legislatore) nacque anche il problema, tutto peculiare al nostro ordinamento, del riparto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa.

Sull’istituzione e sulle funzioni attribuite al Consiglio di Stato, si cfr. S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, V, p. 547 ss. In realtà, fino alla legge del 1907 molti continuarono ad affermare il carattere amministrativo del giudizio innanzi al Consiglio di Stato, ad es. V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, p. 349, che, con riferimento ai ricorsi amministrativi, osserva che la consapevolezza generale dell’insufficienza di quei rimedi a garantire effettiva giustizia agli interessi privati e la necessità che quegli stessi interessi fossero dotati, per quanto possibile, di un sistema di tutela efficace, ha fatto sì che si cercasse di mettere in piedi un vero e proprio ordinamento della giustizia amministrativa, che, pur mantenendo la tutela di detti interessi nell’orbita del potere esecutivo, riuscisse comunque a difenderli; nonché S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Capo III, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1907, p. 1258-1259, secondo il quale le attribuzioni dei nuovi organi di giustizia amministrativa (Giunte provinciali e IV Sezione) avevano attribuzioni in cui i caratteri dell’amministrazione contenziosa prevalevano su quelli della giurisdizione, di talché le loro decisioni, quando si era nel campo della pura giustizia amministrativa, non costituivano delle vere e proprie sentenze secondo il significato che al termine si attribuisce nel diritto giudiziario. Esse, cioè, non avevano l’efficacia che è inerente ad ogni giudicato. Sulla stessa linea di pensiero, G. CODACCI PISANELLI, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, p. 241 ss.

In origine, infatti, numerosi commentatori negarono il carattere giurisdizionale della IV sezione del Consiglio di Stato, ritenendo che la neoistituita sezione, benché le sue pronunce si sviluppavano in sede contenziosa e fossero dunque assistite dalla garanzia del contraddittorio, operasse solamente sul piano del controllo amministrativo, in linea con la concezione liberale del principio della separazione dei poteri, in base alla quale un organo giurisdizionale non può incidere con effetti costitutivi sugli atti dell’amministrazione, riservati al potere esecutivo.

Tale opinione era suffragata da diversi ordini di ragioni. In primo luogo si reputava che i Consiglieri di Stato, nominati dal governo, non garantissero quel grado di imparzialità che caratterizza l’esercizio delle funzioni giurisdizionali; in secondo luogo, sotto il profilo formale, si era osservato che la IV sezione disponeva del potere di annullamento degli atti tipico delle procedure di autotutela, e che essa non pronunciava sentenze, bensì decreti (che costituivano il tipico strumento di espressione del potere decisionale da parte delle amministrazioni).

L’opinione opposta venne tuttavia abbracciata dal legislatore con la legge 1 maggio 1890, n. 6837, che istituì il primo sistema di giustizia amministrativa periferica, strutturato sulle giunte provinciali amministrative (organismi di controllo degli atti degli enti territoriali, preesistenti alla legge del 1890). Nella legge si dichiarò espressamente il carattere giurisdizionale delle Giunte, devolvendo ad esse la competenza a conoscere (in primo grado), sia in sede di legittimità che di merito, di specifiche controversie afferenti gli atti degli enti locali, e dispose che tali decisioni fossero ricorribili alla IV sezione del Consiglio di Stato, così implicitamente riconoscendone la natura giurisdizionale.

La struttura del Consiglio di Stato fu successivamente completata grazie all’istituzione, con la l. 7 marzo 1907 n. 62, della V sezione (cd. riforma Giolitti) e, con il successivo d.lgs. 5 maggio 1948, n. 642, della VI sezione, sezioni cui fu espressamente attribuita natura giurisdizionale, prevedendosi altresì il rimedio del ricorso per Cassazione avverso le decisioni del Consiglio per difetto di giurisdizione. Sul punto, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Milano, 1923, p. 54 ss.

(ancora) garantiti e tutelati da un'azione tipica, esperibile innanzi ai Tribunali dello Stato.

Per quanto la posizione del cittadino avesse, quindi, un organo giudiziario al quale rivolgersi per dolersi di un atto o di un comportamento adottato da una pubblica amministrazione, nondimeno inizialmente si negò dignità di situazione giuridica soggettiva alla posizione del privato, che venne invece collocata in una sorta di zona grigia tra diritti soggettivi e interessi semplici¹³.

Può, in un certo senso, ritenersi evolutiva - tenuto conto del fatto che nell'originale tessuto normativo erano conosciuti interessi solo in quanto già presi in considerazione e protetti dall'amministrazione - quella tesi che ricostruiva gli interessi legittimi quali "occasionalmente" protetti, vale a dire una particolare categoria di interessi individuali, protetti dalla legge non in quanto tali e direttamente, ma solo in via mediata e riflessa, e cioè soltanto nelle ipotesi in cui l'amministrazione, nell'esercizio delle proprie funzioni, ledesse un interesse privato.

Più precisamente, si riteneva che, laddove l'amministrazione, nell'esercizio di un potere conferitole dalla legge avesse arrecato un danno ai destinatari, le stesse disposizioni che conferivano e disciplinavano tale potere avevano l'ulteriore effetto di attribuire giuridicità l'interesse minacciato, creando un vero e proprio diritto di agire in giudizio, finalizzato a stabilire se quel potere fosse stato legittimamente esercitato¹⁴.

¹³ Come giustamente osserva M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557 «I germi della concezione autoritaria dell'amministrazione, inoculati nella legge del 1865 e che la legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato non bonificò, contagiarono ben presto la ricostruzione teorica del sistema fondata su alcuni capisaldi: la teoria della degradazione dei diritti soggettivi in interessi legittimi; la sacralizzazione degli atti amministrativi con i correlati principi della presunzione di legittimità e della esecutorietà dei provvedimenti.

L'attribuzione all'interesse legittimo, oggetto di una tutela indiretta e occasionale da parte dell'ordinamento, di un valore "minore" rispetto al diritto soggettivo portò a disconoscere la posizione paritaria del cittadino nei confronti dell'amministrazione in nome dell'esigenza di armonizzare l'interesse privato con l'interesse pubblico».

Peraltro, la dicotomia tra diritti soggettivi (i soli protetti con tutela di tipo giurisdizionale) e interessi semplici, rimase intatta anche successivamente all'avvento della legge istitutiva della Sezione per la giustizia nell'amministrazione. Si cfr. S. SPAVENTA, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in ID. *La giustizia amministrativa*, a cura di Ricci, Napoli, 1993, p. 86, nonché V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 290 ss.

¹⁴ Cfr. sul punto E. CANNADA BARTOLI, voce "*Interesse (diritto amministrativo)*", in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, 7 ss., nonché G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, VIII ed., Milano, 1958, p. 187, che, anche rifacendosi all'insegnamento del Ranalletti, definisce

In questa prospettiva ricostruttiva, quindi, l'azione a tutela della (ritenuta) violazione, pur proposta dal danneggiato, era nondimeno volta a preservare l'interesse pubblico, sulla base del quale si vagliava la legalità dell'azione amministrativa, e solo riflesse erano le conseguenze sulla posizione del ricorrente¹⁵.

Stanti queste premesse¹⁶, non era ancora concepibile un problema di risarcibilità del danno per lesione dell'interesse legittimo, ridotto invero ad una dimensione processuale, per di più a tutela prevalente dell'interesse pubblico¹⁷.

L'opinione testé esposta rimase dominante nei primi decenni del '900 e sostanzialmente seguita dalla giurisprudenza civile ed amministrativa di quel periodo. In seguito, tuttavia, il concetto di interesse occasionalmente protetto¹⁸ cominciò ad essere duramente criticato: in primo luogo, sotto il profilo dell'equivocità e dell'incoerenza, si contestava radicalmente l'ammissibilità; per altro verso, si rilevava l'assurdità dei risultati cui avrebbe potuto condurre l'esatta

l'interesse legittimo «*un interesse individuale strettamente connesso con un interesse pubblico e protetto dall'ordinamento soltanto attraverso la tutela giuridica di quest'ultimo*». Al riguardo, veniva riportato l'esempio del rilascio di una concessione amministrativa illegittima, della quale poteva essere chiesto l'annullamento al giudice amministrativo, ripristinando lo *status quo*. In tal caso, il ricorrente, pur spinto da un proprio interesse individuale, poteva vedere soddisfatta la propria aspirazione soltanto perché l'interesse pubblico esigeva la rimozione del medesimo atto, poiché affetto da un vizio di legittimità. Al contrario, ove il provvedimento concessorio rilasciato dalla p.a. stessa fosse stato dichiarato legittimo, o comunque opportuno, il privato non aveva alcun mezzo per soddisfare il proprio interesse al rilascio della concessione, poiché tale interesse era divergente, nell'occasione, da quello pubblico e rimasto allo stadio di interesse meramente di fatto.

¹⁵ Esemplificativa è la stessa locuzione utilizzata da questi Autori per definire lo strumento d'accesso alla giustizia amministrativa, detta significativamente "azione popolare moderata" proprio a sottolineare la dimensione superindividuale degli interessi fatti valere con il ricorso al Consiglio di Stato. Così, L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, cit., p. 16 e 30; V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., p. 351.

¹⁶ Salvo qualche isolata opinione, come quella di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, che affermò l'astratta risarcibilità degli interessi definiti come occasionalmente protetti. Egli riteneva, infatti, che quando il confine tra liceità e illiceità di un'attività umana risulti da norme giuridiche che - sebbene non espressamente attribuiscano un diritto, come nel caso della legge sul contenzioso amministrativo - abbiano comunque la funzione di tutelare, occasionalmente, un interesse (conferendogli, quindi, la qualifica di interesse legittimo), la violazione di quelle stesse norme, accertata dal giudice competente, non può non dare luogo alla responsabilità del soggetto che abbia posto in essere atti o comportamenti contrari a tali regole.

¹⁷ Secondo L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell'interesse pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1962, p. 632 ss., il processo amministrativo, costruito esclusivamente per accertare la legittimità del provvedimento rispetto all'interesse pubblico, esprime proprio l'idea che l'interesse del privato diventa "legittimo" quando strumentale all'interesse pubblico della cui tutela indirettamente si giova.

¹⁸ Che pure continuò a comparire negli anni successivi, ad esempio, v. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, p. 319; E. STICCHI DAMIANI, *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988.

applicazione della tesi.

In particolare, si evidenziava la circostanza che, nell'attribuire rilevanza all'interesse legittimo sulla base di una normativa sostanzialmente rivolta alla disciplina del potere amministrativo ed alla cura degli interessi pubblici, si otteneva il paradosso per cui gli interessi legittimi stessi sorgessero in relazione a norme che, per definizione, non si occupavano di loro¹⁹.

A ben vedere, infatti, il privato che intende far valere in giudizio le proprie ragioni, non si affianca affatto alla posizione della pubblica amministrazione, del cui operato invece si duole, ma vi si contrappone: tale evidenza rende inasseribile il fatto che lo spirito della legge fosse quello di far coincidere l'interesse pubblico con l'interesse privato²⁰.

Per di più, la rimozione dell'atto amministrativo illegittimo sarebbe potuta risultare contraria all'interesse pubblico, nel senso che l'atto concretamente impugnato poteva essere sì illegittimo ma, per altri versi, opportuno.

La tesi dell'interesse occasionalmente protetto non poteva, quindi, essere ancora sostenuta e permaneva insoluto il problema della responsabilità civile della pubblica amministrazione e, conseguentemente, della tutela accordabile al cittadino danneggiato.

Il nocciolo della questione era costituito essenzialmente dal fatto che, mentre nella legislazione civile era possibile rinvenire varie ipotesi di diritti soggettivi più o meno definiti negli elementi costitutivi, la legislazione amministrativa seguitava nel non contenere una chiara disciplina, e tantomeno una descrizione o nozione di interesse legittimo, la cui azionabilità in giudizio, anzi, veniva lasciata alla valutazione discrezionale del giudice amministrativo²¹.

¹⁹ Tra i molti, si v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 11 ss. POLI G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, ID., *La responsabilità della pubblica amministrazione per esercizio illegittimo del potere*, in Archivio Tesi Luiss.

²⁰ Si rileva, quindi, come la tesi dell'interesse occasionalmente protetto risenta del panstatalismo e del monismo tipico delle ideologie dell'autoritarismo liberal-borghese prima, e del totalitarismo dopo, poiché l'interesse legittimo sarebbe tutelato solo in occasione della protezione dell'interesse pubblico, qui inteso come interesse dello Stato-apparato, L. GALATERIA, M. STIPO, *Manuale di diritto amministrativo*, 3^a ed., Torino, 1989.

²¹ La cd. clausola generale di azionabilità era contenuta nell'art. 3 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, poi riprodotta nell'art. 26, T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, a mente del quale «*Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse d'individui o di enti*

È, dunque, naturale che lo studio dei giuristi sia stato influenzato dal fatto che le poche disposizioni al riguardo fossero di tipo processuale, arrivando, così, a costruire una nozione di interesse legittimo legata solamente alla dimensione processuale. Tra queste ricostruzioni dottrinali, può essere individuata un'opinione secondo cui l'interesse legittimo si riduce a mero presupposto (processuale) di fatto e si identifica variamente con l'interesse a ricorrere, ed un'altra opinione che lo configurava in termini di strumento per reagire in giudizio contro il provvedimento lesivo.

Secondo la prima opinione, quindi, l'interesse legittimo sarebbe proprio una specificazione del generale interesse processuale, che quindi non costituisce il titolo da far valere in giudizio, ma semplicemente la legittimazione per proporre ricorso²².

morali giuridici; quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali.

Il ricorso, che non implichi incompetenza od eccesso di potere, non è ammesso contro le decisioni le quali concernano controversie doganali oppure questioni sulla leva militare». La giurisprudenza precisava, al riguardo, che «la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, sull'impugnazione di un provvedimento amministrativo, va affermata alla stregua della configurabilità come interesse legittimo della posizione soggettiva fatta valere con l'impugnazione stessa, mentre la questione inerente all'effettiva titolarità da parte dell'istante di tale interesse legittimo concerne la legittimazione ad agire, non la giurisdizione, e, pertanto, non è deducibile con il ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione avverso la pronuncia resa da detto giudice.» Così, Cass. S. U., Sent. n. 3145 del 09 maggio 1983.

²² Il riferimento è a F. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. Pubbl.* 1937, ora in *Studi di Giustizia Amministrativa*, Torino, 1967; S. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, p. 150 ss.; G. ROMEO, *Interesse legittimo ed interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in, *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 400, secondo i quali il dualismo tra interesse legittimo ed interesse a ricorrere avrebbe valenza esclusivamente nominale, nel senso che non vi sarebbe spazio per un interesse sostanziale diverso dall'interesse processuale, atteso che, ogni qualvolta la sfera del cittadino è lesa dall'attività amministrativa, viene concessa l'azione giurisdizionale come strumento per rimuovere il provvedimento lesivo. Dello stesso autore, si cfr., tuttavia, *Figure di verità nella giurisprudenza amministrativa*, 2010, rinvenibile sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, all'indirizzo http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/2010_9_23_Romeo_Figure_di_verità_nella_G_A.htm#_ftn9

In contrario, P. VIRGA, *La rivincita dell'interesse legittimo*, in, *Giur. Amm. Sic.*, 1990, p. 83; G. PESCATORE, *Attualità dell' "interesse legittimo" tra ripensamenti della dottrina e indicazioni della giurisprudenza*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989, II, p. 551 ss., secondo cui, proprio la concessione di un'azione giurisdizionale starebbe a testimoniare la valenza sostanziale della situazione fatta valere dal ricorrente. Tale situazione, infatti, costituirebbe proprio il risvolto processuale del titolare dell'interesse legittimo, analogamente a quanto accade per il diritto soggettivo. Come quest'ultimo non si esaurisce nell'azione civile, allo stesso modo l'interesse legittimo non si identificherebbe con la tutela processuale.

Sulla distinzione, in dottrina, tra interesse a ricorrere ed interesse legittimo, A. CINGOLO, *Inammissibilità del ricorso per assoluta carenza di una posizione giuridica tutelabile dinanzi al giudice amministrativo e carenza di interesse processuale ad agire in giudizio, difetto di*

Si distinguono, quindi, le norme che disciplinano l'attività della pubblica amministrazione in due categorie, sulla base dell'oggetto: le prime, le *norme d'azione*, regolerebbero l'azione dell'amministrazione con riferimento diretto ed esclusivo all'interesse pubblico; mentre le seconde, definite *norme di relazione*, si occuperebbero di disciplinare i rapporti tra governanti e governati, ossia tra la pubblica amministrazione e i cittadini.

Di conseguenza, le norme che disciplinano l'azione amministrativa, non avendo riguardo agli interessi dei privati, potrebbero dare luogo solo a interessi legittimi, posizioni che non ricevono una tutela risarcitoria poiché non qualificabili in termini di situazione giuridica soggettiva.²³ Invece, le norme di relazione, occupandosi di disciplinare i rapporti tra amministrazione e privati, prendono in diretta considerazione gli interessi di questi, dunque hanno per effetto di qualificarli come diritti soggettivi.

Quindi, nel primo caso - ovvero nell'ipotesi in cui l'amministrazione incorre nella violazione di una norma di azione - il provvedimento invalido, lesivo di un interesse che tuttavia non partecipa della natura propria del diritto soggettivo, va a configurarsi presupposto di rito per la proposizione del ricorso, ma di certo non conduce alla diversa pronuncia di condanna al risarcimento del danno.

In altri termini, secondo l'opinione che qualifica diversamente la normativa amministrativa a seconda che l'attività dei pubblici uffici sia di azione o di relazione, l'interesse legittimo del privato viene identificato, più o meno consapevolmente, con l'interesse a ricorrere, in quanto, prima del provvedimento

legittimazione attiva, in *Rass. Avv. Stato*, 1992, I, p. 103 ss., anche online al sito: <http://www.avvocaturastato.it/files/file/archivioRassegna/1992/indice1992.pdf>.

²³ Al riguardo, sottolinea, anche di recente, A. ANGELETTI, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. It.*, 2012, 5, p. 1226 (nt. 20), che «*la distinzione tra atti di impero e atti di gestione, tra attività vincolata e attività discrezionale, tra norme di azione e norme di relazione, tra difetto di potere e difettoso esercizio dello stesso, reca in tutti l'impronta di un potere di supremazia dell'esecutivo che si sovrappone ai diritti dei cittadini, fondandosi sul pubblico interesse. Sintomatico al riguardo che tali criteri, consistendo in mere affermazioni di principio, hanno dato vita, onde spiegare l'effetto dell'atto amministrativo in rapporto alle norme che lo regolano, ad un singolare fenomeno e cioè all'istituto della degradazione, quasi che un atto dotato di supremazia avesse un effetto di tipo naturalistico, e cioè quello di far scomparire la situazione di diritto prevista dall'ordinamento e far subentrare al suo posto l'interesse legittimo. Tale effetto, che peraltro è tuttora affermato dalla giurisprudenza e, in parte dalla dottrina, non soltanto non è previsto dalla legge, ma è in palese contrasto con la normativa che nelle intenzioni sarebbe stata genesi del sistema di giustizia, e cioè la L.A.C. Si può aggiungere, dal punto di vista meramente argomentativo, che la degradazione è priva di logica: non vi è alcun modo di operare al riguardo un sillogismo*».

ed in assenza dell'instaurando processo, l'interesse materiale sotteso non avrebbe avuto alcuna rilevanza²⁴.

Le altre tesi processualiste, sostanzialmente analoghe, non conducono a diversi risultati, considerando l'interesse legittimo come potere di reazione contro il provvedimento illegittimo. Secondo tale opinione, che trova evidentemente terreno tra gli studiosi del diritto processuale²⁵, l'interesse legittimo acquisterebbe rilievo giuridico solo in conseguenza della lesione operata dall'amministrazione, venendo inteso, prima del provvedimento, come interesse di mero fatto, espressione anticipata della successiva tutela processuale.

Com'è evidente, l'interesse legittimo va sostanzialmente ad identificarsi con l'azione, sì che non è possibile una pronuncia di risarcimento²⁶ anche perché, con il vittorioso esperimento dell'azione, si sarebbe conseguito un ristoro in forma

²⁴ Peraltro, le iniquità derivanti dall'assenza di tutela per i danni cagionati dallo scorretto esercizio della potere erano ben avvertite dai fautori della teoria processuale ed in particolare dallo stesso Guicciardi, che propose di spingere al limite il rimedio dell'annullamento di modo che il giudice amministrativo, accertata l'illegittimità, invitasse l'amministrazione soccombente a provvedere, ora per allora, in senso conforme alla richiesta del privato, ritenendo altresì percorribile, per l'ipotesi di sopravvenuta inutilità del provvedimento tardivo, la via dell'indennizzo equitativo (e non del risarcimento, attesa l'inconciliabilità tra illecità derivante dalla violazione di una norma di relazione ed illegittimità che consegue invece alla violazione di una norma di azione); cfr. in tal senso F. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenuto a Napoli il 27-28-29 ottobre 1963, Milano, 1965, 217 ss.

²⁵ Ci si riferisce alla teoria dell'azione pura di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 45 ss., 357 ss., che nell'ambito della teoria generale dell'azione, intesa quale diritto potestativo distinto dal diritto soggettivo sostanziale (l'azione corrisponderebbe ad un bene e ad un diritto a sé stanti), cita espressamente il diritto di chiedere l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi come esempio di azione che tende ad un bene senza che vi sia alcun altro diritto soggettivo in capo a colui che ha l'azione. Tuttavia, si precisa che il giudizio di legittimità sull'atto non mira al riconoscimento di un bene del ricorrente, poiché la legittimità degli atti amministrativi, in sé, non è un bene garantito al singolo, ma alla collettività. Se dunque sono tutti i cittadini, siano o meno personalmente interessati all'atto, i titolari di questo diritto alla legittimità, il singolo come tale non ha che la *pura azione*, ovvero il potere giuridico, accordato dalla legge al singolo, di chiedere l'attuazione della legge nell'interesse generale della legalità amministrativa. Sul punto, v. A. PROTO PISANI, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note all' "Azione nel sistema dei diritti" del 1903*, in *Foro It.*, 2003, V, p. 61 ss.; V. COLESANTI, *La prolusione bolognese di Chiovenda del 1903*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2003, p. 1109 ss, ora in V. COLESANTI, *Scritti scelti*, Vol. 1, Napoli, 2010, p. 13 ss.; M. TARUFFO, *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, ivi, p. 1139 ss.

²⁶ F. CARINGELLA, *Risarcibilità del danno da lesioni di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1154, che sottolinea come questo sistema di tutela fosse in un certo senso obbligato, atteso che la cognizione delle controversie aventi ad oggetto interessi legittimi era stata attribuita ad un giudice cui non erano consentite sentenze di condanna al risarcimento. Osserva sul punto A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000, p. 16, che in sostanza si è finito per dedurre la regola sostanziale della non risarcibilità delle posizioni di interesse legittimo da una regola processuale.

specifica da considerarsi pienamente ed intrinsecamente satisfattivo per il privato (esaurendosi il suo diritto nell'attivazione del rimedio caducatorio).

Le tesi formaliste, però, non possono essere condivise. Può, infatti, facilmente osservarsi che l'interesse legittimo ha già una sua rilevanza, anche prima ed anche indipendentemente dalla sua lesione, per tutta la fase precedente al provvedimento, ovvero nel corso del procedimento amministrativo.

In altri termini, l'appiattimento e l'equiparazione della posizione del privato alla posizione del ricorrente non riesce a spiegare come allo stesso siano poi riservati l'esercizio di poteri in seno al procedimento, o comunque facoltà collaborative e di iniziativa, tali da andare ad influire sul modo di esercizio del potere.

La disciplina sul procedimento amministrativo attribuisce al privato quelle istanze partecipative per cui si perviene, in definitiva, ad una determinazione concertata e condivisa del provvedimento amministrativo, con il risultato di prevenire il contenzioso, dunque in un'ottica opposta a quella da cui muovono le tesi processualiste.

Altra autorevole opinione definisce l'interesse legittimo *«come la pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo, che viene riconosciuta a quel soggetto, che si trovi rispetto all'esercizio di un potere discrezionale dell'amministrazione in una particolare posizione legittimante. L'interesse legittimo quindi si risolve nella facoltà di pretendere che un altro soggetto (che, nella specie, è la pubblica amministrazione) eserciti legalmente il proprio potere»*²⁷.

Tuttavia, anche questa ricostruzione si espone plurime critiche, considerato che si fonda sulla premessa per cui il privato avrebbe interesse alla sola legittimità dell'azione amministrativa, erratamente rappresentando la realtà, poiché il privato ha interesse alla conservazione della propria situazione o all'ottenimento di un vantaggio (il c.d. bene della vita).

L'approvazione della Costituzione repubblicana si pone quale effettivo punto di

²⁷ La definizione è di P. VIRGA, *Diritto amministrativo - atti e ricorsi*, II, Milano, 2000, p. 171. L'interesse legittimo, in altri termini, si troverebbe a cavallo tra il diritto soggettivo, quale posizione giuridica soggettiva piena da esercitarsi nel proprio esclusivo interesse, e l'azione popolare, che invece costituisce una forma di legittimazione diffusa posta a presidio dell'interesse pubblico. Secondo quest'opzione ricostruttiva, la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa (salve, per l'appunto, le ipotesi tassative di azione popolare poste a presidio degli istituti di democrazia diretta) potrebbe essere esercitata dal privato esclusivamente nell'ipotesi in cui in capo a quest'ultimo siano ravvisabili delle posizioni cc.dd. legittimanti, tali da differenziare e qualificare la suddetta pretesa.

svolta nella concezione del rapporto tra amministrazione e amministrati, consentendo lo sviluppo delle tesi cd. sostanzialiste. Tra queste, la più accreditata è certamente quella normativa, che esclude in radice che la norma attributiva del potere amministrativo sarebbe mirata esclusivamente al soddisfacimento dell'interesse pubblico, come invece sostengono gli altri orientamenti, per i quali tra interesse pubblico e interesse privato vi sarebbe un rapporto di strumentalità²⁸.

Secondo i sostenitori della teoria normativa, difatti, nel momento in cui una norma attribuisce un potere alla pubblica amministrazione, nel disciplinare e nel delimitare detto potere ha riguardo sicuramente all'interesse pubblico, che deve essere soddisfatto attraverso l'esercizio dell'attribuito potere, ma pure agli interessi privati che sono in qualche modo coinvolti nell'esercizio del potere amministrativo.

Si viene, quindi, formando una nuova concezione di interesse pubblico, letto alla luce del principio di legalità costituzionale²⁹: l'interesse pubblico, infatti, deve essere considerato non contrastante bensì funzionale al soddisfacimento degli interessi collettivi, consistenti in definitiva nell'attuazione del progetto costituzionale, che implica la realizzazione del massimo valore, quello della salvaguardia dei diritti inviolabili della persona umana³⁰. L'abbandono della

²⁸ Al riguardo, spiega A. TRAVI, *Introduzione ad un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 1-2/2013, p. 3 e 4, che l'essenza dell'interesse legittimo era la sua strumentalità rispetto all'azione amministrativa. Tale elemento era considerato discriminante rispetto al diritto soggettivo ed aveva ripercussioni incidenti sia sul piano sostanziale, attesa la scarsa rilevanza del bene perseguito, sia sul piano processuale, nel carattere indiretto della tutela: «*Sul versante sostanziale il bene perseguito era considerato essenzialmente nella logica di un bene materiale, estraneo alla relazione giuridica. (...) Sul versante processuale la tutela era essenzialmente annullatoria, perché diretta specificamente a ripristinare le condizioni di legittimità rispetto alla funzione amministrativa*». Peraltro, avverte l'Autore, che «*anche le interpretazioni più evolute (come quelle espresse da Miele) che invece riconducevano anche tale bene alla situazione giuridica, non erano state assimilate dalla giurisprudenza (si pensi alla giurisprudenza amministrativa, ancora prevalente negli anni '90, che escludeva che la componente risarcitoria potesse essere invocata per la verifica della permanenza dell'interesse a ricorrere, o alla giurisprudenza sull'assorbimento dei motivi)*»

²⁹ Il principio di legalità, che si è già detto essere nato con la rivoluzione francese, era strettamente correlato ai contenuti tipici di quella rivoluzione, quindi ai valori della libertà, dell'eguaglianza formale, della fratellanza ed era posto a presidio dell'ordine precostituito, fondato sulla sicurezza del traffico mercantile e della borghesia. Tuttavia, lo stesso principio, diversamente contestualizzato, assume valore diverso se posto a presidio e garanzia di valori diversi. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile, cit.*, p. 235 s.

³⁰ Precisa, al riguardo, A. FEDERICO, *Le antinomie nell'approccio civilistico ai contratti delle P.A.*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi: compiti scientifici e didattici del civilista: atti del 1° Convegno nazionale SISDIC, Grand Hotel Quisisana, Capri 7-8-9 aprile 2005, Napoli, 2006*, p. 963 che «*Occorre ricostruire il significato e il ruolo dell'interesse pubblico nella contestualità di*

concezione autoritaria del rapporto tra amministrazione e amministrati, il processo di progressiva riequilibratura tra le posizioni del privato e quelle della pubblica amministrazione, trova quindi un fondamentale punto di approdo e al contempo di ripartenza nei principi espressi dalla Carta Costituzionale³¹. Il sistema

un procedimento diretto ad assicurare, in tutti i settori dell'ordinamento, la democraticità e l'attuazione del progetto costituzionale della salvaguardia e della persona umana. Il principio di legalità costituzionale, allora, impone di riconoscere che i compiti dello Stato e la "missione" delle amministrazioni pubbliche derivano dai diritti delle persone e, conseguentemente, sollecita l'identificazione del cd. interesse pubblico nella realizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo»

³¹ Secondo F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Studi in memoria di E. Guicciardi, Padova, 1975, i costituenti avevano concepito la giurisdizione amministrativa come completamento dell'edificio delle garanzie del cittadino nei confronti dell'amministrazione. A questo fine tendono le disposizioni costituzionali che confermano il Consiglio di Stato come organo di tutela della giustizia nell'amministrazione (art. 100); che attribuiscono a quest'ultimo la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (art. 103); che istituiscono organi di giustizia amministrativa di primo grado in ciascuna regione (art. 125).

Se queste disposizioni si prestano a una lettura riduttiva, volta a sottolinearne più che altro «una forza conservativa dell'ordinamento precedente», quello cioè tracciato dalla legge del 1865 abolitrice del contenzioso amministrativo e dalla legge del 1889 istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, altrettanto non può dirsi, secondo Benvenuti, per l'art. 113 della Costituzione.

Soprattutto il terzo comma, per il quale è il legislatore ordinario a dover individuare gli organi della giurisdizione ordinaria o amministrativa che hanno il potere di annullare gli atti della pubblica amministrazione, sprigiona una vera e propria «forza eversiva». Infatti, esso fa venir meno «il principio della esclusiva attribuzione del potere amministrativo all'amministrazione e della sua insindacabilità da parte del giudice ordinario» desumibile dalla legge del 1865. Il terzo comma riporta così in primo piano il momento della garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione che la legge del 1865 sembrava invece porre in secondo piano rispetto a quello della garanzia dell'amministrazione nei confronti del potere giudiziario, cioè dell'indipendenza dell'amministrazione di fronte al giudice ordinario in coerenza con una visione rigida del principio della separazione dei poteri. Attenuata dunque la portata di questo principio e della correlata sacralizzazione dell'atto amministrativo, la Costituzione apre la via per rivedere in profondità i rapporti tra giurisdizione e amministrazione muovendo dalla posizione del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione e dalla esigenza di garantire ad esso non solo il diritto alla tutela giurisdizionale, ma anche ad «una tutela più efficace e più piena». Ciò impone al legislatore ordinario il compito, non tanto di porre l'accento sul ruolo del giudice ordinario piuttosto che su quello del giudice amministrativo o viceversa, quanto «di eliminare tutto ciò che comunque restringa per il cittadino la difesa della propria sfera giuridica», e tanto anche in attuazione dell'art. 2 della Costituzione.

La Costituzione, quindi, ha avuto una «profonda forza eversiva», rispetto al sistema precedente: «è il cittadino che avanza in primo piano queste norme, il cittadino con la sua sostanziale posizione di diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione e che perciò non solo ha diritto alla tutela giurisdizionale ma ha diritto di averla dove essa sia più efficace e più piena. Il problema per il legislatore cui queste norme si dirigono... è quello di eliminare tutto ciò che comunque restringa per il cittadino la difesa della propria sfera giuridica». (p. 814- 815)

Sull'impatto che la Costituzione ha avuto nella riformulazione della teoria delle fonti, tra gli altri, si cfr. A. TARTAGLIA POLCINI, sub art. 1 disp. prel., in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, III ed., 2010, Napoli, p. 10, secondo cui: «L'introduzione della Legge fondamentale segna il passaggio decisivo, sotto il profilo prevalentemente qualitativo, da uno schema meramente formale ad una articolazione gerarchica delle fonti del diritto, fondata sull'essenza dei valori posti al vertice del sistema, quali elementi cardine del supremo patto alla base dell'ordinamento». E, tuttavia, non si deve pensare che la costituzione sia il punto di arrivo della nostra società, bensì «un modello al quale è doveroso

precostituzionale, infatti, è destinato a recedere di fronte alla nuova formulazione dell'assetto gerarchico fondato su valori e su interessi assunti come adesso preminenti, in risposta a quelle menzionate istanze sociali emerse dalla realtà fattuale³².

La rinnovata concezione dell'interesse pubblico conduce a negare che la norma giuridica attributiva del potere sia funzionale esclusivamente alla soddisfazione di un interesse pubblico inteso quale concetto al di sopra della collettività, indifferente ai bisogni e agli interessi degli amministrati.

Non esiste, insomma, una nozione astorica e avalutativa dell'interesse pubblico, essendo necessario operare, di volta in volta, all'atto dell'esercizio del potere amministrativo, una valutazione complessiva degli interessi pubblici primari, degli interessi pubblici secondari, nonché di tutti gli interessi privati, più o meno rilevanti, che vengono in considerazione con riferimento alla fattispecie in questione³³.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, si è assistito alla necessaria procedimentalizzazione e democratizzazione dell'azione amministrativa, a testimonianza del fatto che la norma attributiva del potere considera pure l'interesse del privato, che quindi non è un mero interesse alla legittimità formale dell'azione amministrativa, bensì è una posizione di vantaggio relativa agli interessi presi in considerazione dall'intervento della pubblica amministrazione, con la inevitabile conseguenza che l'ingiusta lesione dell'interesse non può non condurre al suo risarcimento³⁴.

ispirarsi per comprendere le scelte di fondo che il legislatore è obbligato a rispettare» P. PERLINGIERI, Il diritto civile nella legalità costituzionale, cit., p. 180.

³² Su cui, cfr. P. PERLINGIERI, *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984, p.956 ss.

³³ Anzi, «il soddisfacimento dell'interesse pubblico richiede necessariamente la ponderazione e la disciplina degli interessi privati presenti nella concreta fattispecie oggetto dell'intervento dell'amministrazione». Così, A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, p. 39.

³⁴ L'interesse legittimo è stato pertanto definito quale «potere riconosciuto al privato di influire sull'azione amministrativa (e, quindi, sull'esercizio del potere della pubblica amministrazione) al fine di tutelare il bene sostanziale: il potere che il privato ha di condizionare l'azione amministrativa per preservare la sua utilità sostanziale» La definizione è di F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011, p. 384, mutuata da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1983, p. 103, ad avviso del quale l'interesse legittimo si identifica con «la posizione di vantaggio fatta ad un soggetto dell'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile l'interesse al

4. Il riconoscimento di dignità di situazione giuridica alla posizione del privato che si confronti con una pubblica amministrazione è condizione necessaria ma non sufficiente. Permane l'ostacolo processuale alla risarcibilità del danno cagionato al privato: da un lato, la lesione degli interessi legittimi, sulla base del criterio della *causa petendi*, avrebbe dovuto comportare l'intervento del giudice amministrativo, ma a questi mancavano i necessari poteri per la declaratoria di condanna; d'altro canto, il giudice ordinario, al quale il criterio del *petitum* avrebbe affidato la cognizione di una domanda di risarcimento del danno, non avrebbe potuto sentenziare sulle questioni inerenti l'interesse legittimo, stante la vigenza degli artt. 2 e 4 della

bene» e di S. GIACCHETTI, *op. cit.*, per il quale l'interesse legittimo è il «*potere di pretendere un'utilità derivante dal legittimo esercizio d'una potestà*»; ad avviso del Giacchetti, inquadrato in tali termini l'interesse legittimo perde la sua problematicità poiché si rivela essere nient'altro che la normale situazione soggettiva di colui il quale si trovi di fronte ad un soggetto al quale l'ordinamento attribuisce il potere di agire nell'interesse non suo proprio ma dell'istituzione in cui e per cui opera. Esso ha pertanto presenza necessaria, non solo nell'ordinamento italiano, ma in tutti gli ordinamenti ad alta presenza di potestà di amministrazione, quali sono, senza eccezioni, quelli degli stati contemporanei ad alto sviluppo economico-sociale; sicché ci sarebbe da meravigliarsi del fatto che possa ancora destare meraviglia. «*Peculiarità dell'ordinamento italiano è, semmai, che l'interesse legittimo è stato assunto come criterio di riparto di giurisdizione; e questo ha indotto ad un'analisi esasperata che ha finito col creare sul concetto un fittissimo polverone ideologico*». Aderisce alla concezione sostanzialistica anche F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990, ad avviso del quale «*l'interesse legittimo è la situazione soggettiva che dialoga con il potere unilaterale altrui e che, strumentalmente collegata alla (eventuale) soddisfazione di un interesse sostanziale o finale (c.d. bene della vita), ha ad oggetto l'assetto di interessi che il provvedimento realizza. Con il riconoscimento di facoltà di collaborazione (istituti di partecipazione procedimentale) e di reazione (tutela giurisdizionale amministrativa di annullamento), l'ordinamento attribuisce al titolare dell'interesse la possibilità di cooperare all'enucleazione della regola concreta dell'azione amministrativa ed, indirettamente, di realizzare l'assetto di interessi perseguito*»; sulla stessa lunghezza d'onda A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, XV ed., 107, che pure riconosce la valenza sostanziale dell'interesse legittimo ed al contempo la strumentalità alla partecipazione e al controllo sul corretto esercizio del potere amministrativo. In giurisprudenza, come si vedrà, Cass. S.U. 500/99 definisce l'interesse legittimo quale «*posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene*». Peraltro, sostanzialmente adesiva la definizione della recentissima sentenza del Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n.3, su cui si tornerà *funditus infra*, per cui «*L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene. Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale*».

legge sul contenzioso amministrativo. La misura della tutela negli aspetti processuali: prime riflessioni e rinvio.

L'entrata in vigore della Costituzione e la conseguente evoluzione del pensiero giuridico ha consentito di eliminare l'ostacolo - puramente ideologico - che aprioristicamente precludeva la possibilità di accordare protezione risarcitoria anche alla situazione giuridica che si confronta col pubblico potere.

Tuttavia, più che un traguardo, questa poteva costituire un punto di partenza, una premessa³⁵ concettuale da cui far ripartire il dibattito.

Difatti, seppure visto come titolare di una posizione giuridica soggettiva piena, l'unica tutela accessibile al privato era lo strumento caducatorio. Persisteva, infatti, la chiusura in un sistema bipartito di tutela dell'interesse legittimo, di tal che l'ostacolo non consisteva tanto (o non consisteva più) nella inqualificabilità in termini sostanziali dell'interesse legittimo, quanto piuttosto nella difficoltà di ricondurre la relativa fattispecie nelle norme - sostanziali e processuali - già previste in materia di illecito.

Invero, l'ostacolo frapposto alla condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno, assunse successivamente le sembianze di un problema processuale, *rectius* di giurisdizione³⁶, sì che non sorprende che le prime pronunce che si trovarono ad affrontare l'argomento, si limitassero a trattarne l'aspetto

³⁵ Com'è noto, il nostro ordinamento tradizionalmente conosce un'azione generale di danno e differisce da quegli ordinamenti che, al contrario, sono ad eventi tipici di danno, come il sistema tedesco. Sul punto si tornerà successivamente, ma occorre anticipare che si poneva prodromico alla possibilità di risarcire il pregiudizio subito dal titolare dell'interesse legittimo, il conferimento allo stesso di una veste sostanziale, sia ove si voglia interpretare la norma dell'art. 2043 come secondaria - cioè come norma sanzionatoria, e l'ingiustizia del danno sia fatta dipendere dalla possibilità di individuare, in capo al danneggiato, una situazione giuridica tutelata in base ad un'altra norma o principio - sia dove lo si voglia intendere come norma primaria, onde occorrerà operare una valutazione comparativa dei contrapposti interessi di danneggiante e danneggiato, pertanto occorrerà altresì individuare i parametri di tale giudizio e, dunque, chiedersi se la posizione del danneggiato sia una situazione giuridica meritevole di tutela. Sul punto, diffusamente, M. MAGGIOLÒ, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003.

³⁶ Infatti, come rileva P. G. MONATERI, *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, in *Danno e Resp.*, 1997, 5, 548 ss., era comune opinione che «la potenziale ampiezza della responsabilità civile di diritto comune (fosse) stata pressoché vanificata dalla graduale erosione della giurisdizione del giudice ordinario sviluppatasi in seguito alla istituzione della quarta sezione del Consiglio di Stato. Questo profilo della giurisdizione ha impedito che l'evoluzione del nostro sistema si muovesse in modo conforme a quella degli altri ordinamenti di cultura giuridica affine».

processuale³⁷.

Sul problema incide anche la graduale sottrazione delle attribuzioni del giudice ordinario in favore del giudice amministrativo, conseguente all'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato. Infatti, come si è avuto modo di accennare, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore dell'All. E, la giurisprudenza riconosceva al giudice ordinario ampie facoltà di sindacato sul modo in cui la pubblica amministrazione esercitava i suoi poteri. Anzi, la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione è servita al giudice ordinario a negare nel merito la responsabilità e non invece a costruire un'area di insindacabilità dell'operato dell'amministrazione.

In seguito, le Sezioni Unite della Cassazione romana, giudice dei conflitti di giurisdizione, cominciano ad erodere la pacifica applicazione dell'art. 1151 c.c. del previgente codice civile agli enti pubblici, in favore di una considerazione peculiare dei soggetti pubblici coinvolti, valorizzando l'autoritarità del provvedimento e la necessità di previo esperimento dei rimedi amministrativi. Questa posizione, che mira a considerare il tempestivo esperimento del ricorso amministrativo come una condizione indispensabile per l'esperimento dell'azione risarcitoria, si accentua con l'attribuzione di nuove competenze di natura giurisdizionale alla quarta sezione del Consiglio di Stato.

Il sistema di riparto di giurisdizione, quindi, appariva tutt'altro che semplice: la lesione degli interessi, infatti, sulla base del criterio della *causa petendi*, avrebbe dovuto provocare l'intervento del giudice amministrativo, ma a questi mancavano i necessari poteri per la declaratoria di condanna, onde attuare e dare concretezza alle istanze risarcitorie avanzate. D'altronde, la richiesta di risarcimento del danno procurato da una scorretta gestione del potere pubblico, avrebbe costituito il tipico *petitum* per un processo ordinario e tuttavia il giudice civile, vigenti gli artt. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo, non avrebbe potuto sentenziare sulle

³⁷ Cfr. F. SATTA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 1370, secondo cui, nella giurisprudenza di allora, la questione di merito era superata ed assorbita dalla questione di giurisdizione, che rendeva dunque a priori irrisarcibili le molte situazioni di danno arrecate dalla pubblica amministrazione con i suoi atti. Può rilevarsi come, al di là delle motivazioni di volta in volta addotte, il tradizionale orientamento della giurisprudenza era dovuto al timore che l'apertura alla tutela aquiliana degli interessi legittimi avrebbe comportato il venir meno del sistema di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, imperniato sulla natura della posizione soggettiva.

questioni inerenti l'interesse legittimo.

Invero, il rischio era che, una volta accolta la tesi della risarcibilità, venisse a scardinarsi il sistema bipartito di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo ed, evidentemente, la problematica era particolarmente avvertita nelle ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto amministrativo non fosse stata previamente accertata e dichiarata dal giudice naturale degli interessi legittimi. Infatti, la norma fondamentale attributiva della competenza del giudice ordinario contemplava i soli casi in cui l'atto amministrativo finisse col compromettere un diritto soggettivo e pertanto, se il giudice ordinario avesse esteso il suo ambito di cognizione anche ai danni provocati da un atto amministrativo lesivo di interesse legittimo, avrebbe ecceduto l'ambito della sua giurisdizione³⁸, cosicché la giusta

³⁸ Precisa L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, voce *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, III, 1989, p. 388 ss., che il centro del sistema di risoluzione dei conflitti di attribuzione e di giurisdizione è rappresentato non tanto dalla individuazione delle possibili aree di conflitto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, quanto dalla determinazione dell'oggetto delle questioni di giurisdizione. Infatti, l'individuazione delle linee di confine tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa coincide con la identificazione dei criteri di ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: la questione del riparto di giurisdizione si pone, su un piano logico, successivamente alla risoluzione della questione della determinazione dell'oggetto su cui il giudice della giurisdizione è chiamato a giudicare, dovendosi in primo luogo stabilire quali sono le cosiddette questioni di giurisdizione, quali sono gli effetti della decisione in punto di giurisdizione pronunciata dal giudice investito dalla legge del potere di decidere, quale sia il giudice dotato del potere di conoscere della controversia, ovvero di ritenere la posizione giuridica soggettiva fatta valere priva di tutela giurisdizionale e quindi, in secondo luogo, stabilire come si ripartisce tra i vari giudici la funzione giurisdizionale. Al riguardo, l'art. 386 c.p.c. dispone che *«la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda»*, appare di fondamentale importanza, sia sotto il profilo della separazione logica delle questioni di riparto della giurisdizione, sia sotto il profilo della determinazione degli effetti della decisione in materia di giurisdizione.

Il citato articolo riproduce il previgente art. 4, legge 31 marzo 1877, n. 3761, con due sole variazioni: la prima riguarda la sostituzione dell'espressione «competenza» con l'espressione «giurisdizione», data la netta distinzione delle sue nozioni operata dal c.p.c. vigente; la seconda riguarda la sostituzione dell'espressione «proponibilità dell'azione» con l'espressione «proponibilità della domanda». La determinazione dell'oggetto delle questioni di giurisdizione passa pertanto attraverso la determinazione dell'oggetto della domanda: infatti le espressioni variamente usate nel codice di procedura civile non indicano con criteri oggettivi l'ambito di verifica della giurisdizione devoluto alla Corte di Cassazione: gli art. 360, n. 1, e art. 362, comma 2, c.p.c., a proposito dell'impugnazione in Cassazione, riferiscono di *«motivi attinenti alla giurisdizione»*; l'art. 41, comma 1, c.p.c., a proposito del regolamento di giurisdizione, riferisce di *«questioni di giurisdizione di cui all'art. 37»*, che a sua volta definisce le questioni di giurisdizione sotto il ristretto angolo visuale del problema dei rapporti tra giudice ordinario e pubblica amministrazione o fra giudice ordinario e giudice speciale, considerati dalla parte del giudice ordinario, e sotto il profilo del difetto di giurisdizione di questo. Né l'art. 111 Cost., che limita il ricorso in cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti *«per i soli motivi inerenti alla giurisdizione»*, contribuisce di per sé al chiarimento dell'ambito di verifica della giurisdizione. Di conseguenza, la determinazione dell'oggetto delle questioni di giurisdizione

sentenza sarebbe stata di rigetto della domanda, in quanto improponibile per difetto di giurisdizione³⁹.

Né in contrario poteva opporsi - come in effetti era stato opposto⁴⁰ - che, se si fosse ammesso l'obbligo del risarcimento dei danni causati dall'attività provvedimentale dell'amministrazione, la lesione dell'interesse avrebbe fatto nascere una situazione giuridica nuova, un vero e proprio diritto soggettivo del danneggiato al risarcimento, in grado di radicare la competenza del giudice civile chiamato ad accertarlo, senza violare il principio che regola la divisione del contenzioso con la pubblica amministrazione. Infatti, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, quando l'attore avesse richiesto il risarcimento del danno cagionato dal quel provvedimento, non aveva affatto carattere incidentale, bensì principale, poiché l'illegittimità del provvedimento è incluso nella verifica della sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, quindi del diritto fatto valere in giudizio⁴¹.

è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione, quale giudice della giurisdizione.

L'attribuzione alla Cassazione, organo giudiziario, in sostituzione del Consiglio di Stato, inizialmente organo amministrativo, del potere di risolvere i cosiddetti conflitti di attribuzione e di giurisdizione, operò un parziale riequilibrio del sistema, in quanto la Cassazione, benché all'epoca ancora largamente dipendente dall'esecutivo, appariva più idonea del Consiglio di Stato sia a garantire l'autonomia del giudice ordinario di merito, sia ad attuare il principio di progressiva giurisdizionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione, in funzione di una ripartizione delle giurisdizioni tra le attribuzioni riservate alla Pubblica Amministrazione e le competenze dei vari organi giurisdizionali.

³⁹In questo senso, App. Firenze, 16 maggio 1960, in *Foro. It.*, Rep. 1960, voce *Competenza civ.*, nn. 55, 56; Per l'impostazione della giurisprudenza tradizionale secondo la quale, a fronte di una richiesta risarcitoria originata da una lesione dell'interesse legittimo, il giudice ordinario, in quanto istituzionalmente deputato alla cognizione delle sole posizioni di diritto soggettivo, doveva dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, *ex plurimis*, Cass., sez. unite, 26 aprile 1994, n. 3963, in *Foro it.*, 1994, I, 2712, secondo cui «*la non riparabilità del pregiudizio patrimoniale per il titolare di interesse legittimo, conseguente all'uso illegittimo del potere da parte della P.A., comporta la non reiezione nel merito della domanda risarcitoria, ma la sua improponibilità per difetto di giurisdizione*». Sul punto, si cfr. G. TRAVAGLINO, *Riparto di giurisdizione tra a.g.o. e giudice amministrativo e criteri di individuazione del giudice competente*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1047 ss., in commento alla sentenza 27 ottobre 1995 n. 11173.

⁴⁰R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit.; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pp. 58 s. Secondo questa tesi, nella domanda risarcitoria, non verrebbe in discussione l'interesse legittimo in quanto tale, ma opererebbe soltanto ai fini della qualificazione della fattispecie dell'illecito civile, ossia come strumento di affermazione dell'ingiustizia del danno, mentre la situazione fatta valere davanti al giudice ordinario è e rimarrebbe di diritto soggettivo, direttamente contemplata dall'art. 2043 c.c.

⁴¹Più precisamente, secondo G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir proc. amm.*, 2003, p. 963 ss., la pregiudiziale

In altri termini, il giudice dei diritti intanto può conoscere delle pretese risarcitorie avanzategli, in quanto e nella misura in cui i fatti costitutivi del diritto fatto valere appartengano alla sua competenza. Di conseguenza, ove elemento costitutivo dell'illecito fosse stato l'illegittimità dell'atto amministrativo, la soluzione diversa avrebbe comportato uno straripamento nell'ambito riservato alla cognizione del giudice amministrativo⁴².

Per questi motivi, la soluzione obbligata fu lo sdoppiamento del giudizio: il privato, che assumesse di essere stato leso a causa di un provvedimento amministrativo, avrebbe dovuto preliminarmente proporre domanda al giudice amministrativo perché giudicasse sull'atto della pubblica amministrazione, quindi - nel caso in cui la pronuncia fosse stata a questi favorevole, dichiarando l'illegittimità dell'atto - il ricorrente avrebbe dovuto adire il giudice ordinario di modo da ottenere in quella sede, eventualmente, la declaratoria di condanna al risarcimento dei danni subiti⁴³.

La prospettata soluzione, come si vedrà meglio oltre, non era scevra di ripercussioni negative per il privato. Infatti, obbligare il ricorrente a dovere attendere la (eventuale) decisione favorevole del giudice amministrativo al fine di

non era possibile nel caso di annullamento di atti amministrativi lesivi di interessi oppositivi, ma invece era ammessa in riferimento agli interessi pretensivi puri (ma non per quelli concernenti i vecchi diritti in attesa di espansione), ritenendo che nel giudizio di risarcimento danni per lesione di interesse pretensivo l'accertamento dell'illegittimità dell'atto non sia possibile *incidenter tantum* (come dovrebbe fare il giudice ordinario), ma costituisca oggetto diretto della cognizione. Sennonché, se ciò fosse vero non si tratterebbe di problema di pregiudizialità ma, a monte, di problema di giurisdizione. Sul punto, si cfr. R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2005, 4, 753 ss.

⁴² Si invocava il dato positivo a supporto della tesi: l'art. 30 del T.U. sul Consiglio di Stato, in materia di risarcimento del danno conseguente alla pronuncia di legittimità del provvedimento impugnato, ne assegnava la cognizione al giudice dei diritti, con l'effetto di impedire non solo al giudice amministrativo di poter avere conoscenza di eventuali pretese risarcitorie connesse all'annullamento, ma anche al giudice ordinario, qualora richiesto di pronunciarsi sul risarcimento, di deliberare sulla legittimità dell'atto amministrativo fonte di danno. Sul punto anche G. POLI *o.u.c.*

⁴³ Può rilevarsi che a questa soluzione, anche in considerazione dei risvolti negativi, se accostò una seconda, invero assai innovativa per l'epoca, alla stregua della quale, *de iure condito*, rimaneva competente al risarcimento dell'interesse legittimo il suo giudice "naturale", cioè il giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, come ulteriore tutela successiva alla rimozione dell'atto. In termini pratici, laddove l'annullamento giurisdizionale avesse lasciato in vita effetti materialmente e giuridicamente non rimuovibili, il giudice ordinario non avrebbe avuto i poteri per ripristinare la situazione del ricorrente vittorioso. Al riguardo, S. GIACCHETTI, *Un abito nuovo per il giudizio d'ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, II, p. 2618 ss.; che riprende le affermazioni di A.M. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 299.

poter validamente adire il giudice ordinario, avrebbe avuto come risultato un eccessivo aggravio di tempi, anche in virtù del radicato principio dell'incomunicabilità tra giurisdizioni⁴⁴, sì che la pregiudiziale amministrativa, da

⁴⁴ L'applicazione di tale principio costituiva la base per affermare, nell'ipotesi di errore da parte dell'attore nell'individuazione del giudice fornito della *potestas iudicandi*, che il procedimento giudiziale relativo alla controversia così instaurata dovesse terminare con una mera pronuncia in rito declinatoria della giurisdizione, come si diceva, senza che l'attore stesso avesse la possibilità di riassumere il giudizio innanzi al giudice avente giurisdizione sulla medesima controversia, con salvezza degli effetti prodotti dalla domanda: la parte, quindi, sarebbe stata costretta a ricominciare il processo, senza che l'originaria domanda producesse effetti di sorta, con conseguente possibile pregiudizio del rapporto giuridico oggetto di lite, ove fossero nelle more maturate prescrizioni o decadenze.

In altri termini, secondo ciò che per lungo tempo è stato lo *ius receptum*, risultava impraticabile la *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale, presupponendo l'applicazione di un simile istituto l'unicità della giurisdizione: solo se la riassunzione innanzi al giudice *ad quem* fosse avvenuta nell'ambito di una "unica" giurisdizione, si sarebbero potuti fare salvi gli effetti della domanda e di tutti gli atti in precedenza compiuti.

Successivamente, e in epoca relativamente recente, da più parti si è richiesto un intervento riformatore: l'accresciuto complesso di regole disciplinanti il riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo si poneva, invero, quale ostacolo alla effettività della tutela giurisdizionale. Il bisogno di correzione di tale disfunzione è stato avvertito con particolare urgenza all'esito del rivolgimento che ha riguardato il riparto di giurisdizione, anche a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204, e della conseguente inapplicabilità del principio della *perpetuatio iurisdictionis* alle ipotesi di sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme.

Maturi i tempi, con le due celebri pronunce della Corte di Cassazione, n. 4109 del 22 febbraio 2007, e della Corte Costituzionale, n. 77 del 12 marzo 2007, è stata affermata nel nostro ordinamento la concreta operatività della *translatio iudicii* nei rapporti tra diversi ordini di giudici.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno proposto una lettura costituzionalmente orientata della materia, rilevando come non esistesse nell'ordinamento un espresso divieto della *translatio iudicii* tra il giudice ordinario e il giudice speciale, ed affermando l'ammissibilità di un meccanismo che garantisse il trasferimento della causa dal giudice, che declina la propria giurisdizione, al giudice investito del potere di decidere la causa stessa. La Cassazione, in particolar, ritiene che l'assenza nel codice di rito di una disciplina della *translatio* del processo analoga a quella dettata per le ipotesi d'incompetenza del giudice adito avrebbe potuto essere colmata già *de iure condito*, mediante un'adeguata interpretazione dell'art. 382, comma 3°, c.p.c.: tale norma, infatti, prevedendo la cassazione senza rinvio solo quando la Corte riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione, o in ogni altro caso in cui ritiene che la causa non poteva essere proposta o il processo proseguito, implicitamente consentirebbe la cassazione con rinvio al giudice fornito di giurisdizione, sia ordinario sia speciale, in ogni altra differente ipotesi.

A distanza di pochi giorni dalla menzionata decisione delle Sezioni Unite sul medesimo tema si pronuncia anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 77 del 12 marzo 2007, con la quale dichiara incostituzionale l'art. 30 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, «nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione, si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione». Il Giudice delle leggi condivide i rilievi svolti dalle Sezioni Unite, legati alle questioni di giurisdizione dopo l'accresciuta complicazione dei criteri di riparto della giurisdizione, ma si discosta dal percorso argomentativo seguito da queste ultime, avvertendo che la *translatio iudicii* tra giurisdizioni non sarebbe configurabile *de iure condito*.

Sul rilievo che la Costituzione ha assegnato all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, «questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari o speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale», la Corte ritiene dunque

discrimen della giurisdizione, si trasforma in realtà in misura della tutela.

5. L'interpretazione assiologica e sistematica dell'art. 2043 c.c. impone il superamento della tradizionale opinione che accordava il beneficio della tutela risarcitoria ai soli diritti assoluti.

Per quanto potesse dirsi astrattamente superato l'ostacolo processuale grazie alla diplomatica soluzione offerta dalla cd. pregiudiziale amministrativa, permanevano, peraltro, le diverse e restrittive opinioni nell'interpretazione dell'art. 2043 c.c.

I problemi processuali, infatti, si scontravano comunque con quel tradizionale orientamento giurisprudenziale⁴⁵ che fino alla metà del secolo scorso era uniforme nell'ammettere esclusivamente i diritti assoluti ai benefici del rimedio aquiliano.

La retriva concezione trovava una giustificazione storica: com'è noto, nella vigenza del codice napoleonico, la formula era intesa quale comprensiva della sole ipotesi allora considerate più gravi di lesione dell'altrui sfera giuridica, quelle *ingiustizie* che attingevano gli interessi rilevanti dell'epoca, ovvero quelli economici⁴⁶.

Sebbene, quindi, la disposizione non contemplasse espressamente il requisito di ingiustizia del danno, gli interpreti del secolo scorso, nell'analizzare gli elementi

di dare attuazione al principio della conservazione degli effetti della domanda proposta al giudice privo di giurisdizione, invocando l'intervento del legislatore.

L'atteso intervento è giunto con l'art. 59 della legge 18 giugno 2009 n. 69, frutto della scelta di introdurre una disciplina generale per regolare la sorte del processo erroneamente avviato innanzi ad un giudice privo di giurisdizione, piuttosto che intervenire sulle singole leggi regolatrici dei processi che si svolgono davanti ai giudici ordinari o ai giudici speciali ed è stato confermato e specificato, come appresso si vedrà, dal codice del processo amministrativo, il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Sul punto, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.* 2007, p. 745 ss.

⁴⁵ Efficacemente definita «pietrificata». La definizione, com'è noto, si deve a M. NIGRO, *Introduzione alla tavola rotonda di Roma del 14 aprile 1982 sul tema della responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, I, 1671.

⁴⁶ P. TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 94. Per la critica alla distinzione tra situazioni assolute e situazioni relative basata sulla tutela, si cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile*, cit, p. 843 e *passim*. Su come il retaggio delle convinzioni giusnaturalistiche, l'affermazione dei principi dello Stato liberale e l'influenza delle dottrine economiche del "lasciar fare" abbiano contribuito ad intendere la clausola di responsabilità contenuta nell'art. 1151 del Codice del Regno d'Italia quale strumento sussidiario rispetto alle norme poste a protezione della proprietà e dei diritti reali, G. ALPA - M. BESSONE, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino, 1983, p. 72.

costitutivi della fattispecie, ritenevano unanimi che l'elemento tipizzante del fatto illecito fosse la lesione di un diritto soggettivo assoluto⁴⁷.

Pur nel rinnovato quadro politico in cui fu emanato il codice civile attualmente in vigore, non fu di poco momento l'influsso esercitato dalla tradizione: la locuzione introdotta nel corpo dell'art. 2043 c.c. fu per molto tempo intesa quale semplice riproduzione formale di un presupposto della tutela aquiliana già pacificamente acquisito, ossia che l'ingiustizia si traduceva nella violazione di un diritto assoluto.

Questa regola, applicata ai rapporti tra privato e pubblica amministrazione, stante anche il successo riscosso dalla teoria c.d. dell'affievolimento (che qualificava ogni posizione soggettiva del privato scontrata con una pubblica potestà quale interesse legittimo)⁴⁸, comportò la sostanziale irresponsabilità dell'amministrazione per i danni cagionati dai suoi atti, un'area di privilegio e

⁴⁷ L'art. 1151, codice civile del 1865, nell'utilizzare la nozione di "danno" *sic et simpliciter*, decretava, almeno in linea teorica, la risarcibilità di qualsiasi interesse, anche di mero fatto, la cui lesione fosse produttiva, per il titolare, di un pregiudizio di natura economica. In questo senso, E. DE FRANCISCO, *Il giudice amministrativo ... dispone ... il risarcimento del danno ingiusto*, in *Urb. e app.*, 1998, p. 608.

⁴⁸ Con l'intento di sopperire all'ingiustizia così determinatasi, all'interno della categoria degli interessi legittimi, inizialmente si distingueva tra diritti affievoliti - così denominati poiché degradati al rango di interesse legittimo dalla forza autoritativa del provvedimento - e diritti in attesa di espansione che, invece, trovavano nel provvedimento amministrativo la loro fonte. Nel primo caso, una volta rimossa dall'ordinamento giuridico, con efficacia *ex tunc*, la causa di compressione del diritto, veniva meno l'ostacolo alla risarcibilità del danno: grazie all'efficacia retroattiva, il diritto indebolito si riespandeva e la limitazione operata dall'amministrazione degradava al ruolo di comportamento *non iure* e *contra ius*. Il risarcimento, pertanto, derivava non già dalla lesione di un interesse, bensì del diritto soggettivo oggetto dell'atto. Nell'altro caso, invece, si riteneva che, una volta rimosso l'atto illegittimo, l'unica pretesa che il privato potesse avanzare fosse la riedizione del potere, emendato dal vizio che lo inficiava. Pertanto, una volta rinnovato il procedimento, delle due l'una, o si riconosceva la spettanza del diritto, e solo da quel momento in poi l'interesse del privato diveniva meritevole di tutela risarcitoria, o il procedimento si concludeva nuovamente con esito negativo, pertanto non era configurabile un danno, per quanto la pubblica amministrazione avesse operato in spregio delle norme regolative della sua azione. Nella motivazione della decisione delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, si legge che l'elevazione di determinate figure di interessi legittimi (diversificate per contenuto e forme di protezione) a diritti soggettivi si verificava quando si ammetteva la risarcibilità del c.d. diritto affievolito, e cioè dell'originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che sia stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo. Analoga considerazione valeva in relazione all'ipotesi della c.d. riespansione della quale beneficia anche il diritto soggettivo (non originario ma) nascente da un provvedimento amministrativo, qualora sia stato annullato il successivo provvedimento caducatorio dell'atto fonte della posizione di vantaggio. Gli interessi legittimi pretensivi invece venivano considerati quali diritti in attesa di espansione, come nel caso della c.d. aspettativa edilizia. La giurisprudenza, dopo aver ravvisato nello *ius aedificandi* una posizione di diritto soggettivo, aveva successivamente qualificato come interesse legittimo (pretensivo) la posizione del privato che aspirasse al rilascio della licenza edilizia (tra le molte, si cfr. la sent. n. 3732 del 1994).

immunità dal diritto comune, una disparità inconciliabile con il principio di legalità costituzionale.

Nel tentativo di offrire una soluzione al problema, iniziò un processo di rimeditazione di alcune specifiche ipotesi che erano state qualificate in termini di interessi legittimi e che ora venivano definite come veri e propri diritti soggettivi, definiti poi diritti soggettivi cd. originari, cioè a dire diritti nati perfetti e tuttavia suscettibili di limitazione o estinzione ad opera di provvedimenti amministrativi ablatori che fossero risultati illegittimi e pertanto annullati dal giudice amministrativo⁴⁹.

⁴⁹ A fronte del ribadimento della regola della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi, le Corti italiane hanno, successivamente, supplito alla carenza di tutela, ampliando il novero delle situazioni di diritto soggettivo. Osserva, P.G. MONATERI, *op. ult. cit.*, che «Una adeguata decostruzione del sistema richiede quindi che si indaghi questo settore con la mente sgombra dalle nozioni usuali di diritto soggettivo e con lo spirito pronto a riconoscerne laddove non se ne immaginava l'esistenza» e ricorda una serie di ipotesi esemplificative: in tema di provvedimenti invalidi sui prezzi si ritenne che l'imprenditore leso fosse titolare *ab origine* di un diritto fiavole e quindi non sorgesse alcuna responsabilità civile; in materia di autorizzazioni al commercio o all'esercizio di professioni e mestieri, si è ritenuta sussistere la responsabilità civile della pubblica amministrazione in caso di illegittima comminatoria di decadenza da licenza per l'esercizio dell'attività medesima; nel noto caso Fava c. Min. Interni (Trib. Bologna 22 maggio 1986, in *Fisco*, 1986, 6461 ss.) si è stabilito che il privato munito di titolo esecutivo per lo sfratto è titolare nei confronti dello Stato di un diritto soggettivo «*di natura pubblica*», diritto soggettivo volto a ottenere tutte le attività necessarie all'esercizio della propria situazione soggettiva sostanziale tutelata dall'ordinamento (in sostanza un diritto alla assistenza della forza pubblica nella realizzazione della propria pretesa e tale diritto risulta violato, con conseguente obbligo risarcitorio, se l'assistenza della forza pubblica viene negata al privato, a meno che tale diniego non sia necessitato da gravi esigenze di servizio ovvero dalla forza maggiore; ancora, nel caso di violazione del diritto soggettivo del professionista convenzionato per l'ipotesi di illegittimo rifiuto di concedere la autorizzazione all'accesso al convenzionamento esterno, proprio in quanto incidente su una posizione soggettiva di rango; la pretesa al rilascio del titolo abilitativo ha la consistenza del diritto soggettivo, onde l'ente obbligato alla consegna risponde per i danni derivati dal ritardo.

Infine, come si vedrà, la giurisprudenza ha creato la risarcibilità del danno da perdita di *chance* nei casi di illegittima esclusione da concorso o nel viziato rifiuto di promozione: in ipotesi di tal fatta il danno risarcibile non consiste nella perdita dello stipendio, posto che non vi è un diritto soggettivo all'assunzione o alla promozione, ma nella provocata ed illegittima perdita della *possibilità di ottenere* il posto o il miglioramento di posizione di lavoro. Com'è evidente, la creazione pretoria del danno da perdita di *chance* supplisce alla mancata caducazione del dogma della irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

Un caso a sé, poi, peraltro di grande rilevanza pratica, riguarda il rilascio ed il diniego di licenze edilizie. Al riguardo, la Cassazione richiede per la tutela aquiliana delle aspettative edificatorie la violazione di un diritto soggettivo. Tale diritto veniva riconosciuto, in un primo momento, soltanto ad opera ultimata e, successivamente si è riconosciuto che esso diritto esiste dalla data del rilascio del provvedimento che autorizza la costruzione: la revoca o sospensione successiva, se illegittima, integrerebbe pertanto la lesione di un diritto soggettivo e farebbe nascere la possibilità di un risarcimento ex art. 2043 c.c. In particolare, nella sentenza Cass. 1 ottobre 1982, n. 5027, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2433 ss. la Corte ha stabilito che il rilascio della licenza edilizia (poi concessione) attribuisce un diritto soggettivo al titolare, di tal che se il provvedimento viene ingiustamente revocato, annullato, o comunque caducato si ha una lesione risarcibile di fronte al giudice ordinario, ovviamente dopo aver ottenuto l'annullamento in sede giurisdizionale del

In altri termini, facendo appello alla duttilità del diritto soggettivo - suscettibile di comprimersi e riespandersi a seconda delle vicende che lo interessino - e attesa pure l'efficacia *ex tunc* delle pronunce giurisdizionali di annullamento, si riteneva che una volta rimosso dall'ordinamento l'atto amministrativo che attingesse illegittimamente un diritto pieno, e quindi eliminata retroattivamente la causa di limitazione del diritto, potesse avvenirne la riespansione, permettendo così al giudice ordinario di riqualificare la vicenda complessiva come comportamento della *non iure* lesivo dell'originario diritto. Di conseguenza, e in presenza degli altri requisiti dell'illecito, il giudice ordinario avrebbe potuto condannare la stessa amministrazione a risarcire il danno patito dal privato per il periodo in cui si era prodotta l'illegittima limitazione della sua situazione soggettiva⁵⁰.

A quest'ipotesi, ovvero alla illegittima adozione di provvedimenti ablatori o comunque compressivi della sfera giuridica del privato, la giurisprudenza ne affiancò una seconda, relativa ai casi in cui i danni derivassero da provvedimenti

provvedimento di decadenza.

In altri termini, il diritto soggettivo sorge con il rilascio della licenza edilizia e l'annullamento seguente della stessa lo affievolisce, ma ritorna ad essere tutelabile davanti al giudice ordinario in seguito alla caducazione del provvedimento annullativo ad opera del giudice amministrativo.

Viceversa, non si riteneva risarcibile il danno per l'illegittimo diniego di concessione edilizia, così che si può poneva un problema di parità di trattamento tra proprietari cui il permesso di costruire sia stato concesso, e poi illegittimamente revocato, e proprietari cui, invece, fin dall'inizio esso sia stato illegittimamente negato.

⁵⁰ Secondo E. CASSETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, 1997, p. 218 ss. al fine di saggiare la sostenibilità della tesi che ammette la risarcibilità degli interessi legittimi, occorre distinguere tre ipotesi principali. La prima è quella di annullamento giurisdizionale di atto amministrativo che comprime illegittimamente un diritto consolidato: in tal caso, l'annullamento mira ad eliminare la causa di compressione del diritto e apre la via, ove sussistano gli altri elementi dell'illecito, al risarcimento del danno patito dal privato per il periodo in cui si è prodotta la indebita limitazione della sua situazione di diritto soggettivo: il risarcimento deriva dalla lesione non già dell'interesse legittimo, bensì del diritto. La seconda ipotesi sarebbe costituita da quella che parte della dottrina descrive come lesione di diritti in attesa di espansione. Nonostante l'orientamento negativo della giurisprudenza, non vi sarebbero ostacoli insormontabili ad ammettere il risarcimento del danno patito dal privato, peraltro senza scomodare la problematica della risarcibilità dell'interesse legittimo poiché, anche in tale caso, ove a seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo l'utilità finale sia poi conseguita - ovvero non esistano ostacoli a tale evenienza - come esito favorevole del nuovo procedimento, un pregiudizio del privato a seguito del ritardato rilascio del provvedimento che già in precedenza l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto rilasciare si è infatti prodotto, e questo è pur sempre correlato alla violazione di un diritto, seppur in attesa di espansione, e non già dell'interesse legittimo, la cui lesione, di per sé, non è sufficiente ai fini del risarcimento. Vi sarebbe, infine, una terza possibilità, *«ancora differente ed espressamente disciplinata dall'art. 13 cit. Il risarcimento consegue alla mera violazione delle norme sull'azione amministrativa e all'annullamento dell'atto, a prescindere dal fatto che l'utilità finale sia (o possa essere senza ostacoli) conseguita. Il momento successivo dell'analisi consiste nel determinare se sia corretto qualificare l'utilità - la cui perdita è risarcibile -, diversa da quella finale, come interesse legittimo»*

amministrativi di secondo grado, aventi per oggetto la rimozione di precedenti provvedimenti ampliativi, di conseguenza si sosteneva che da tali provvedimenti illegittimamente ritirati fossero comunque sorti per il destinatario diritti soggettivi, dunque risarcibili.⁵¹

Come può notarsi, anche a proposito di questa seconda area, caratterizzata dalla compressione di situazioni soggettive - sebbene non originariamente sorte come diritti soggettivi, ma divenute tali per effetto di provvedimenti favorevoli, ampliativi della sfera giuridica privata - la concreta risarcibilità è pur sempre posta in correlazione con la lesione di un diritto soggettivo, quantunque derivato dall'adozione di un precedente atto autoritativo.

Nella seconda ipotesi, come nella prima, la tutela risarcitoria veniva ammessa perché, dopo la caducazione dell'atto amministrativo affievolente, si ripristinava retroattivamente il preesistente diritto indebitamente sacrificato, consentendo in tal modo di ritenere ingiusto il danno che aveva ad oggetto non l'interesse al mantenimento del provvedimento favorevole, bensì il diritto stesso, come se questo non fosse mai venuto meno⁵².

⁵¹ Su cui v. A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, 1997, p. 472 ss, che ricorda la posizione di Sandulli, (*Manuale*, cit., 724, 720-721) il quale afferma che l'annullamento d'ufficio non incontra alcun limite nei diritti soggettivi, atteso che da un atto invalido non possono nascere validamente diritti soggettivi; d'altro canto, ritiene che l'amministrazione è abilitata all'autoannullamento per vizi di merito e tuttavia, muovendo dall'idea che il vizio di merito rileva esclusivamente nell'ordinamento particolare della pubblica amministrazione, esclude, richiamandosi al principio di legalità, l'operatività *ex tunc* dell'autoannullamento allorché incida su posizioni soggettive altrui. Circa la revoca, estende ad essa, richiamandosi ai principi di legalità e buona amministrazione, la conclusione tratta per l'autoannullamento determinato da invalidità nel merito; e, per quel che riguarda i diritti, distingue il caso dei diritti soggettivi veri e propri da quello dei cosiddetti diritti affievoliti: solo i secondi, ma non i primi, suscettibili di essere revocati.

La posizione è criticata allorché ci si chiede perché il principio di legalità escluderebbe, in presenza di interessi oppositivi, solamente l'operatività *ex tunc* dell'annullamento d'ufficio per vizi di merito e non già la predicabilità in assoluto dell'autoannullamento per vizi di merito; ed all'opposto, perché il principio di buon andamento valga a sorreggere la revoca *ex nunc* e non quella *ex tunc*. Ancora, si possono avanzare dubbi sul modo di liquidare la questione del limite dei diritti rispetto al provvedimento di annullamento d'ufficio, atteso che alla (qualificazione) e sussistenza del diritto soggettivo è indifferente la validità dell'atto sino al momento in cui esso venga eliminato; ed all'opposto, sull'affermazione del diritto soggettivo quale limite insuperabile ad una potestà di revoca che si vuole fondata sulla «necessità - inerente al principio di buon andamento - della perenne rispondenza dell'assetto dei rapporti amministrativi all'interesse pubblico». A quest'ultimo riguardo, poi, notevole incertezza deriva dalla proposizione della coppia diritti soggettivi veri e propri diritti affievoliti, nella misura in cui non si ritrovi altro elemento di discriminazione che non sia la revocabilità (cosicché la revocabilità dipende dalla qualificazione delle situazioni soggettive e la qualificazione delle situazioni soggettive dalla revocabilità).

⁵² A. M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti comunali in materia edilizia e risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 103; L. GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e*

Tale orientamento giurisprudenziale fu prevedibilmente oggetto di critiche, poiché il ricorso ad una sequenza siffatta, in base alla quale si riconosce l'esistenza di un interesse legittimo che, a seguito del provvedimento autorizzatorio si trasforma in diritto soggettivo, salvo il ritorno allo stadio primario a causa dell'atto amministrativo di autotutela e, in ultimo, diventare definitivamente diritto, affinché si possa accordare ad esso il rimedio risarcitorio, comportava un'inversione metodologica⁵³.

La riclassificazione, nella categoria dei diritti soggettivi, di posizioni in passato qualificate dalla stessa come di interesse legittimo, era in realtà solo una spia di come venisse avvertito in maniera sempre più pressante il bisogno di tutela.

Tale ragionamento era ancor più opinabile se guardato alla luce del principio di eguaglianza, negandosi il risarcimento dei danni per i diritti in attesa di espansione ma ingiustificatamente ammettendolo in caso dei diritti affievoliti⁵⁴. In

diritto comunitario, in *Urb. e app.*, 1997, p. 254; R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001, p. 7 e 8; E. SCODITTI, *Un'apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro It.*, 1994, I, p. 1856. Per P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della p.a.*, cit., p. 113, in questi casi vi è danno risarcibile allorché gli atti di ritiro incidano su provvedimenti della pubblica amministrazione costitutivi di diritti dei privati (concessioni).

Sulla base di questo tipo di argomentazioni, ad esempio, la Cassazione modificò il proprio precedente indirizzo nel campo dell'edilizia, con riferimento ad una fattispecie del tutto peculiare. Nello specifico, a seguito della svolta interpretativa intervenuta per altre fattispecie analoghe, i giudici di legittimità riconobbero la tutela risarcitoria del danno arrecato al proprietario di un terreno edificabile, qualora il giudice amministrativo avesse riconosciuto illegittimo (ed annullato) il provvedimento di revoca o annullamento della concessione edilizia già rilasciata, e ciò a prescindere dal dato che fosse stato dato inizio effettivo, o meno, alla costruzione autorizzata.

Oltre all'ipotesi citata, con riguardo ad altre manifestazioni dell'attività amministrativa, e specialmente nella stessa materia edilizia, l'atteggiamento della giurisprudenza rimaneva abbastanza chiuso. Persino quando -come nell'ipotesi opposta a quella sopra esposta (affievolimento del diritto) - pur esistendo una stretta connessione tra l'interesse e un diritto soggettivo (c.d. in attesa di espansione), in mancanza del provvedimento ampliativo della pubblica amministrazione, non fosse esercitabile.

L'ipotesi emblematica, a quest'ultimo riguardo, è certamente costituita dalla c.d. aspettativa edificatoria; la giurisprudenza ha ripetutamente sostenuto che il diniego della licenza o concessione edilizia, pur in presenza di una pronuncia del giudice amministrativo, che avesse accertato la illegittimità del relativo comportamento, non abilitava il privato a proporre davanti al giudice ordinario una specifica azione di risarcimento del danno contro l'amministrazione, non qualificandosi come diritto soggettivo il mero interesse all'ottenimento dell'atto abilitante.

⁵³ Una superfetazione, ad avviso di R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., pp. 9 s.

⁵⁴ A.M. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni*, cit., p. 1696, ove si contesta quella giurisprudenza che afferma la risarcibilità dei diritti affievoliti e non di quelli in attesa di espansione pur trattandosi di un fenomeno specularmente inverso. L'autore, nella successiva produzione, ha altresì cura di puntualizzare che, anche nel caso del diritto in attesa di espansione, il privato è titolare di un vero e proprio diritto soggettivo, ancorché non ancora esercitabile in assenza del provvedimento amministrativo destinato a rimuovere il limite legale

entrambe le ipotesi, infatti, era possibile rinvenire un identico collegamento tra il provvedimento amministrativo e la posizione del privato, sì che delle due, l'una: o sono risarcibili entrambe le posizioni o non lo è nessuna, salvo incorrere in una ingiustificabile disparità di trattamento⁵⁵.

Non può non segnalarsi, poi, che la giurisprudenza assumeva un atteggiamento schizofrenico laddove si mostrava rigida per i danni causati dalle condotte dell'amministrazione, mentre una tale rigidità non si rinveniva nei riguardi di quelli provocati tra privati, ed anzi per questi ultimi il concetto di ingiustizia del danno subiva un processo di continuo distacco dal diritto soggettivo assoluto.

L'inevitabile evoluzione dei tempi e le trasformazioni indotte dal modello di civiltà industriale, generando una moltiplicazione delle occasioni di danno e delle situazioni provocate da comportamenti dannosi, mostrava infatti tutta l'inadeguatezza di una concezione dell'illecito così poco flessibile.

Benché la dottrina avesse già mostrato aperture⁵⁶, la consacrazione

frapposto al suo esercizio, con la conseguenza che anche in caso di diniego illegittimo del provvedimento autorizzatorio, e sempre che, per affermazione del giudice amministrativo ovvero per ammissione della stessa autorità amministrativa, risulti la mancanza di ulteriori fattori ostativi all'espansione del diritto, può sostenersi l'ingiustizia del danno e la sua risarcibilità (ID., *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 1177 e 1178).

L'argomentazione era applicata in particolare nella materia delle concessioni edilizie: la Corte di Cassazione, configurando la concessione edilizia come atto dotato di profili discrezionali, ha utilizzato, anche nel caso del diritto soggettivo del lottizzante, il modello dei diritti affievoliti. Quindi, in presenza di un diniego di concessione, il lottizzante è titolare solo di un interesse legittimo, che riacquista consistenza di diritto soggettivo solo dopo l'annullamento del diniego, pertanto il diritto del lottizzante al risarcimento dei danni, nel caso che l'amministrazione comunale neghi la concessione, viene subordinato all'annullamento del diniego di concessione. Al riguardo, Cass. S.U., 19 aprile 1984, n. 2567, *Foro It.*, 1984, I, p. 1202.

⁵⁵ C. SALVI, *Aspettative edificatorie e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1983, V, p. 221, da un punto di vista formale avverte che la situazione del privato sarebbe simile alla figura generale dell'aspettativa e, di conseguenza, godrebbe astrattamente di tutela, mentre da un punto di vista sostanziale, sarebbe difficile giustificare la disparità di trattamento tra il proprietario cui è stata illegittimamente negata la concessione edilizia ed il proprietario al quale la concessione è stata rilasciata e, subito dopo, revocata; E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, p. 265 ss.; E. CASETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione, cit.*, p. 218. In giurisprudenza, Trib. Isernia, 28 giugno 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 371, con ordinanza, ha rimesso alla Corte Costituzionale la «*questione di legittimità costituzionale dell'art. 2043, c.c., nella parte in cui non prevede la risarcibilità dei danni derivati a terzi dalla emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, oltre che di interessi legittimi, di diritti soggettivi con essi coesistenti, in riferimento agli artt. 3, 24 e 113, Cost.*»; nella motivazione si argomenta in riferimento al diritto di iniziativa economica e a quello all'integrità patrimoniale, diritti soggettivi che si affiancherebbero all'interesse legittimo nelle domande di concessione edilizia.

⁵⁶ Ci si riferisce, in particolare a F. D. BUSNELLI, *La lesione del diritto da parte di terzi*, Milano, 1964.

Nello stesso anno, S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, amplia la prospettiva ripensando in termini generali il problema della responsabilità civile. L'Autore, in

giurisprudenziale si è avuta solo con la ben nota sentenza n. 174 del 1971⁵⁷ resa dalla Cassazione a Sezioni Unite, grazie alla quale la protezione aquiliana venne accordata anche ai diritti relativi.

Di lì a poco, con non pochi contrasti giurisprudenziali, trovarono una collocazione nel solco della concezione, così tracciata, del danno ingiusto, diverse altre situazioni soggettive, pure tutelate dall'ordinamento, sebbene non integranti gli elementi del diritto soggettivo. Fu, quindi, giudicata degna di tutela ai sensi dell'art. 2043 c.c. quella aspettativa, cd. *chance*, originata ad esempio da concorsi privati ed anche le fattispecie possessorie, nonostante fosse opinione quasi unanime in dottrina e giurisprudenza la configurazione del possesso quale situazione di mero fatto - sì protetta dall'ordinamento, ma limitatamente a taluni aspetti ed in determinate circostanze, attraverso gli strumenti tipici previsti dagli artt. 1140 ss. c.c. - trovarono ristoro nell'art. 2043 c.c.

Gli indirizzi della Cassazione furono accolti da quella (oramai larga parte della) dottrina che si mostrava favorevole ad ammettere al beneficio della tutela aquiliana l'interesse legittimo, che nulla aveva di meno rispetto a quella che era ancora considerata una situazione di mero fatto (il possesso), benché già normata e protetta⁵⁸.

Il ragionamento valeva a maggior ragione ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria per quelle ipotesi in cui il comportamento illegittimo del danneggiante incideva su una *chance*, nel senso di una situazione soggettiva che si

particolare, propone di interpretare l'art.2043 c.c. come clausola generale di responsabilità che definisce il fatto dannoso sulla base della condotta e del danno qualificato dal requisito dell'ingiustizia - a sua volta misurata sul principio di solidarietà - che funge da condizione generale per il giudizio di responsabilità. La menzione della colpa e del dolo concreta, poi, il criterio per l'imputazione del fatto dannoso al soggetto. In particolare, nel criticare la teoria che concepisce i diritti soggettivi assoluti come esaustivi della valutazione dell'ingiustizia del danno, si rileva (p.189) che «*l'aver circoscritto il risarcimento del danno alle sole ipotesi in cui si verificava la lesione di un diritto soggettivo assoluto, derivava dal nesso istituito tra fatto dannoso e violazione del diritto soggettivo di proprietà, nesso che a taluni apparve sì stretto da giustificare una profonda compenetrazione dei due concetti; e non è senza significato che la rilevanza attribuita alle lesioni personali si accompagnasse a concessioni del diritto sul proprio corpo sostanzialmente riportate alla nozione di proprietà*»

⁵⁷ Cass. civ., Sez. Un., 26 gennaio 1971 n.174, in *Foro it.*, 1971, I, 342 ss.

⁵⁸ Per l'opinione tradizionale, R. SACCO, *Il possesso*, Milano, 1988, p. 303, secondo cui se il legislatore avesse voluto sancire l'ingiustizia del danno in esame, avrebbe presentato la tutela possessoria sotto il profilo del diritto soggettivo e non sotto quello della mera azione.

In riferimento al possesso, nonché in generale alla rilevanza giuridica delle situazioni cc. dd. di fatto, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile, cit.*, p. 598 ss.

caratterizzava per la sua strumentalità rispetto ad un bene finale⁵⁹. Si manifestava, quindi, la tendenza della giurisprudenza al progressivo abbandono, nell'ambito del diritto comune della responsabilità, il concetto sanzionatorio dell'illecito civile, in un nuovo modo di concepire l'art. 2043 c.c., valutato ora come clausola generale di responsabilità, posto a garantire tutela aquiliana all'individuo, indipendentemente dalla qualificazione giuridica della situazione soggettiva lesa, purché l'interesse fosse meritevole di tutela.

Le concezioni dell'illecito aquiliano si muovevano, oramai, in un contesto

⁵⁹ Quanto alla risarcibilità della perdita di *chances*, ossia di effettive possibilità di conseguire un determinato bene della vita, il caso più emblematico è quello della illegittima esclusione da un concorso (privato), in relazione al quale la giurisprudenza di legittimità era ormai consolidata nell'individuare il danno risarcibile, non già nella perdita dello stipendio, dal momento che manca a monte un diritto soggettivo all'assunzione, ma nella illegittima perdita di una congrua e ragionevole possibilità di conseguire il posto oggetto della procedura selettiva. *Ex plurimis* Cass., 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 ss., con nota di E. CAPPAGLI, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*; F. D. BUSNELLI, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 47 ss. Contrario a configurare una lesione aquiliana della *chance*, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 545; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 322 ss.; ID., *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *ivi*, 2010, p. 33 ss., secondo il quale il luogo del danno patrimoniale non è la responsabilità aquiliana, ma altri istituti, ed in particolare la responsabilità contrattuale, che nell'ambito del sistema della responsabilità è il luogo tipico selettivamente esclusivo di quello che dalla prospettiva aquilana si è presentato come danno puramente patrimoniale; M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1181 ss. In senso fortemente critico, E. GABRIELLI, *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 11, 503 ss., «il percorso logico che sorregge la figura di creazione giurisprudenziale risult(a) molto più incerto e contraddittorio di quanto, da una sua prima lettura, possa in realtà apparire. L'ordinamento infatti non prevede la chance come situazione giuridica, dato che per attivare la tutela alla cui protezione è diretta la disciplina dell'illecito aquiliano il danno deve essere (anzitutto concreto) e soprattutto ingiusto. Ragionando, secondo i criteri seguiti dalla giurisprudenza, infatti si confonde la natura meramente patrimoniale di una perdita, quale è quella ipoteticamente rinvenibile nell'occasione perduta, con il diverso contenuto di cui si compongono le situazioni giuridiche soggettive (...) In tal modo, mediante un evidente processo di astrazione "quello che sta sotto" - cioè la mera aspettativa in fatto di un possibile (ma non probabilmente certo) risultato "utile" viene assunta al rango di bene, e quindi oggetto di una situazione giuridica soggettiva avente autonomo contenuto patrimoniale e suscettibile di specifica tutela da parte dell'ordinamento. L'occasione perduta da ipotesi diviene così fattispecie.»

Sull'inquadramento dell'aspettativa tra le posizioni giuridiche soggettive e sulla legittimità della nozione stessa di aspettativa cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226; A. C. PELOSI, *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 465 ss.; R. NICOLÒ, *Aspettativa (dir. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1988, 1 ss. Sulla distinzione tra aspettativa, quale situazione di vantaggio essenzialmente inattiva e l'interesse legittimo che, all'opposto, è caratterizzata dalla presenza di facoltà attive di iniziativa, di intervento e di collaborazione, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., p. 232; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, I, p. 21, che precisa «La richiesta di annullamento non può mai essere considerata isolatamente, ma va vista come mezzo per realizzare l'invocata soddisfazione dell'interesse sostanziale protetto di cui il ricorrente si assume portatore»

svincolato dalle prospettive repressive e sanzionatorie che avevano caratterizzato la concezione classica del torto aquiliano: una generale ricostruzione dell'istituto giuridico come mezzo di tutela secondaria e complementare, destinato a rafforzare gli strumenti previsti dall'ordinamento a protezione della proprietà e degli altri diritti assoluti, era infatti fortemente legata alle dinamiche di una precisa fase storica e politica dello Stato e non aveva più ragione di sopravvivere in un tessuto economico e sociale così profondamente mutato⁶⁰.

La tradizionale tesi appariva oramai superata: in primo luogo, il complesso dei diritti soggettivi, in realtà, esprimeva solo una parte degli interessi tutelati dall'ordinamento giuridico, e comunque non può evincersi una gerarchia di valori dalla semplice qualificazione normativa in termini di diritto. Di conseguenza, l'ampia portata dell'espressione «*danno ingiusto*», adoperata dall'art. 2043 c.c., non poteva esaurirsi nella sola reintegrazione della perdita economica collegata al venir meno di un diritto soggettivo, bensì era atta a comprendere qualunque diminuzione patrimoniale e l'indagine circa l'ingiustizia del danno fosse stata condotta alla luce dell'intero ordinamento.

Orbene, riportando i raggiunti risultati scientifici alla questione dei danni conseguiti ad atti illegittimi della pubblica amministrazione e lesivi di interessi legittimi, non poteva non risponderci positivamente al problema della loro inclusione nel dettato dell'art. 2043 c.c., in quanto il concetto dell'ingiustizia del danno - quale strumento tecnico-giuridico attraverso cui il diritto riconosce i danni rilevanti per l'ordinamento - doveva essere raffrontato ai principi dell'intero ordinamento, come storicamente condizionato, prescindendo dalla posizione giuridica incisa, ma guardando al concreto interesse tutelato e leso⁶¹.

⁶⁰ La letteratura al riguardo è ragguardevole. Tra i molti: P. TRIMARCHI, *Illecito*, in *Enc.dir.*, XX, 1970.; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; P. SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 338; G. ALPA M. BESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1981; G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991; F. FERRARI, *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992; F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, regola e metafora*, Milano, 1991; D. DE MARTINI, *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983.

⁶¹ In questa prospettiva, nella quale, dunque, la funzione della responsabilità non consisteva nella tutela della violazione di situazioni soggettive (si trattasse o meno di diritti soggettivi) bensì nella tutela del soggetto che avesse subito un pregiudizio monetizzabile, diventava irrilevante anche la qualificazione della situazione soggettiva oggetto di compressione, in quanto il diritto (o interesse) leso, assumeva rilevanza nella fattispecie risarcitoria, non in quanto tale, ma solo come elemento di qualificazione del danno sotto il profilo del giudizio sulla rilevanza giuridica.

Si comprende, allora, come fosse inconciliabile con il superamento della dottrina tradizionale quell'orientamento giurisprudenziale che seguitava ad escludere la risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi. Risultava, quindi, evidente come l'opinione tradizionale poggiasse ora su motivazioni non condivisibili e non logiche, quali, in concreto, la considerazione dell'aggravio per la finanza pubblica che un'apertura sul tema avrebbe provocato, o la ritenuta opportunità di conservare alla pubblica amministrazione una posizione di specialità, differenziata rispetto al privato⁶².

Il rigido atteggiamento di chiusura si mostrò del tutto inadeguato anche alla luce di un'importante sentenza della stessa Corte di Cassazione⁶³, con la quale si ammise la configurabilità di posizioni di interesse legittimo anche nei rapporti interprivati, quando caratterizzati dall'esistenza di una posizione di supremazia di una parte, dominante rispetto alla sfera giuridica dell'altra, e qualora dalla disciplina normativa del potere comunque riconosciuto all'uno, potessero ricavarsene una serie di garanzie e limiti d'esercizio posti a tutela dell'altra parte (è il caso, ad esempio, del rapporto tra datore di lavoro e dipendente sugli avanzamenti in carriera). In quella sede, i giudici di legittimità affermarono convintamente che, come già da tempo autorevolmente sostenuto dalla dottrina, il danno arrecato al titolare dell'interesse e conseguenza dell'illegittimo esercizio

R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, p. 164 ss., nonché in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996; G. ALPA, M. BESSONE, *op. ult. cit.*, p. 427 ss.; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1187 ss., che fa leva sulla funzione di ripartizione dei rischi derivanti da attività socialmente utile.

⁶² G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, p. 858, ritenne appunto i motivi economici, vale a dire la ritenuta difficoltà per le casse pubbliche di sopportare le richieste di risarcimento costituivano il motivo ispiratore della tesi della non risarcibilità. In tema v. pure E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, *cit.*, p. 23; G. MIELE, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione degli interessi legittimi ad opera della pubblica Amministrazione*, *cit.*, p. 35. M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996 p. 249 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, *cit.*, p. 66,

⁶³ Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur.*, *it.*, 1980, I, p. 440 ss. La sentenza è stata commentata da A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i c.d. «poteri privati»*, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2548 ss. Sul tema, cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967; P. RESCIGNO, *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Bologna, 1988, p. 886, il quale rileva che anche nel diritto privato vengono alla luce relazioni contrassegnate dall'autorità e dal potere da un lato, dalla soggezione dall'altro, ed allora la nozione di interesse legittimo serve proprio a ricercare la misura del potere, ed a fissare la tutela delle situazioni di soggezione contrapposte al potere. Sul punto, cfr. P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, pp. 122 - 123.

del potere privato andasse riconosciuto come ingiusto e, per l'effetto, risarcito secondo le norme dell'illecito civile.

Ancor di più, dunque, un'interpretazione così costruita, penalizzante per i titolari della situazione giuridica soggettiva speculare e corrispondente nell'ambito del diritto pubblico, avrebbe reso le disposizioni sull'illecito aquiliano difficilmente compatibili con i principi della Costituzione⁶⁴, poiché in violazione di uno dei principi cardine dell'ordinamento, quale quello di eguaglianza.

Una tale disparità di trattamento veniva da molti giustificata sulla base della supposta specialità del regime di cui godeva la pubblica amministrazione, con l'effetto di creare, in deroga al diritto comune, una zona di irresponsabilità.

La conclusione in tal senso raggiunta si riteneva avvalorata anche dal tenore letterale dell'art. 28 della Costituzione, in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di "diritti", ed altresì dall'art. 23, del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (statuto degli impiegati civili dello Stato) che riconosce sempre e solo alla lesione di "diritti" la responsabilità degli impiegati stessi⁶⁵.

Anzi, si sosteneva che il fondamento Costituzionale dell'esclusione della responsabilità, non avrebbe avuto soltanto la limitata valenza interpretativa di sconfessare le tesi favorevoli ad ammettere la responsabilità civile da lesione di "interessi", ma avrebbe svolto un ruolo preclusivo ben più ampio: ne sarebbe stata condizionata la stessa legislazione successiva sul punto, in quanto una diversa previsione avrebbe dovuto essere introdotta non con legge ordinaria, ma sarebbe stato necessario procedere adottando una legge di pari rango costituzionale⁶⁶.

⁶⁴ Le censure di costituzionalità potevano prospettarsi sotto due ordini di ragioni: dalla disposizione citata, che impone di non operare discriminazioni fra soggetti dell'ordinamento che versano in situazioni uguali, sarebbe dovuto discendere per il legislatore (e non per esso soltanto) sia divieto di trattare una situazione soggettiva di maggior ampiezza (e riconosciuta dalla stessa Costituzione), in modo deteriore rispetto ad un'altra, sia quello di discriminare, ai fini del riconoscimento di una certa tipologia di tutela, due posizioni individuali di identica natura, sulla base di un dato fattuale estrinseco alla situazione stessa, quale l'essere sorta in forza di una fonte di diritto pubblico piuttosto che di diritto privato.

⁶⁵ Su cui, v. E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, p. 26 ss.. In particolare, secondo G. AZZARITI, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Atti della tavola rotonda di Roma del 24 aprile 1982 sul tema "La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro Amm.*, p. 1698., la stessa Costituzione, dove ha voluto, ha fatto espressamente riferimento al diritto soggettivo e all'interesse legittimo, quali situazioni soggettive distinte ed autonome (si cita l'esempio degli artt. 24, 103 e 113, Cost.). Di conseguenza, quando non lo ha fatto ed ha parlato unicamente di diritti soggettivi, ha inteso riferirsi unicamente ai diritti e non anche agli interessi.

⁶⁶ G. MIELE, *Introduzione al tema*, cit., p. 21; A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un*

La tesi è evidentemente contraria al principio di legittimità costituzionale. Un'interpretazione sistematica⁶⁷ e assiologia della norma costituzionale, che quindi non si limiti alla mera analisi linguistica della lettera del testo, bensì contestualizzi la disposizione nell'ordinamento, inteso nella sua complessità e dinamicità, non potrebbe mai condurre a negare la risarcibilità delle lesioni subite dal privato per opera di un atto autoritativo.

La locuzione "diritti", in altri termini, non può essere intesa in senso letterale, dovendo essere invece riferita ad ogni situazione giuridica soggettiva comunque tutelata dall'ordinamento.

Peraltro, seppure, si volesse interpretare (*rectius*, leggere) la norma costituzionale in senso puramente formalista, la stessa potrebbe dare luogo anche all'opposto risultato per il quale con essa il legislatore non avrebbe inteso affatto stabilire un privilegio a favore della pubblica amministrazione, volto a limitarne la responsabilità alla sola lesione di diritti soggettivi bensì, all'opposto, l'art. 28 esprimerebbe una garanzia per i cittadini, poiché sarebbe diretto a rafforzare la tutela del cittadino nei rapporti con la pubblica amministrazione, evitando che il legislatore ordinario potesse intervenire su un principio costituzionale⁶⁸.

problema, Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi, in Dir. Amm., 1997, p. 35 ss.; L. GALATERIA - M. STIPO, cit., p. 400. Critico al riguardo, G. AZZARITI, Relazione, in La responsabilità per lesione degli interessi legittimi, cit., p. 1698,

⁶⁷ L'interpretazione giuridica, infatti, «non può che essere sistematica, nel duplice e concorrente senso: quale ricerca-interpretazione delle regole e dei principi presenti nella pluralità delle fonti, nel rispetto della loro gerarchia, ma anche dei principi di competenza e di sussidiarietà verticale e orizzontale, e quale valutazione-interpretazione del fatto singolo nei contesti socio-culturali». Così, P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 319.

⁶⁸ A. M. SANDULLI, *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 282. A sostegno della tesi che non ravvisa nell'art. 28 una preclusione di rango costituzionale alla risarcibilità della lesione di un interesse legittimo, v. Corte Cost., 25 marzo 1980, n. 35, in *Cons. St.*, 1980, II, p. 376, che, pur dichiarando inammissibile la questione di costituzionalità concernente l'art. 31, primo comma, della l. 17 agosto 1942, n. 1150 (legge urbanistica), per la parte in cui non prevedeva il risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo, aveva espressamente affermato che il problema della tutela aquiliana delle posizioni di interesse legittimo si imponeva ormai all'attenzione del legislatore. Ulteriori commenti alla sentenza anche in *Giur. Cost.*, 1980, I, p. 262 con nota di A. M. SANDULLI, *Osservazione a Corte Costituzionale 25 marzo 1980 n. 35*, nonché in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 993, con nota di M. R. MORELLI, *Responsabilità civile di pubbliche amministrazioni per risarcimento del danno patrimoniale da lesione di interessi legittimi dei privati: rilancio di una problematica*.

In generale, sull'argomento, anche R. SCOGNAMIGLIO, *In tema di risarcibilità dei danni derivati da lesione di interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da*

Tanto vale, e a maggior ragione, se riferito all'art. 23 del Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato, poiché la disposizione non era diretta a disciplinare la responsabilità degli apparati statali, bensì ad adeguare lo *status* dei dipendenti pubblici al dettato costituzionale. Infatti, l'ambito di applicazione del Testo Unico è circoscritto alla regolazione dei rapporti di pubblico impiego e, a ben vedere, gli artt. 22 e 23 dello stesso, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 28 Cost., si occupavano testualmente della responsabilità dei soli dipendenti, senza che vi fosse riferimento alcuno alla responsabilità dell'ente.

Da quanto detto emerge come non fosse in alcun modo rinvenibile nell'ordinamento il principio della irresponsabilità dell'amministrazione per i danni arrecati al privato con la sua attività provvedimentale, ma anzi la maturazione del pensiero giuridico conduceva a diversa ed inclusiva interpretazione del concetto di "danno ingiusto". Nondimeno, la problematica rimaneva irrisolta nella giurisprudenza, ostinata nella tradizionale interpretazione della disposizione sull'illecito aquiliano.

6. L'influsso del diritto dell'Unione europea: l'art. 13, L. 19 febbraio 1992, n. 142, in attuazione della Direttiva 89/665/CEE, introduce il risarcimento del danno in favore delle imprese pregiudicate da violazioni del diritto comunitario. Prime reazioni della dottrina e della giurisprudenza. Preliminari considerazioni sull'incidenza del diritto dell'Unione europea. Il principio di legalità e il sistema italo-comunitario delle fonti del diritto.

lesione di interessi legittimi, cit., p. 327; G. AZZARITI, *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Tavola rotonda, cit.*, che, pur sostenendo la vigenza di norme positive affermative della responsabilità dell'amministrazione solo per violazione di diritti soggettivi, ammette che l'art. 28, Cost., sia una norma di garanzia e che non conferisca una protezione di rango Costituzionale a questo "privilegio" dell'amministrazione. Secondo R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici, cit.*, l'azione diretta introdotta dall'art. 28, si affiancherebbe all'ordinaria azione di responsabilità contro l'ente in cui opera il funzionario danneggiante, esperibile ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 113, Cost. e 2043, c.c. Nello stesso senso, Cass., 30 maggio 1966, n. 1441, in *Foro amm.*, 1966, I, 1, p. 515; Cass., Sez. Un., 9 aprile 1973, n. 997, *ivi*, 1974, I, 1, p. 49. Ma vedi *contra* E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici, cit.*, p. 262, che nega si tratti di una responsabilità della persona giuridica parallela a quella della persona fisica, bensì di una responsabilità che nella prima trova il proprio fondamento e la propria ragion d'essere. Nessuna diversità ed indipendenza di requisiti sussisterebbe tra l'una e l'altra, onde tutti i requisiti richiesti per la responsabilità del funzionario costituiscono anche requisiti, benché non esclusivi, della responsabilità dell'ente.

Nel dibattito assunse cruciale rilievo l'entrata in vigore della L. 19 febbraio 1992, n. 142, di attuazione della Direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, n. 665⁶⁹, adottata anche allo scopo di introdurre nei Paesi membri una tutela risarcitoria in favore delle imprese pregiudicate da violazioni del diritto comunitario⁷⁰, limitatamente agli appalti oltre una certa soglia, detta di rilevanza

⁶⁹ Per una trattazione generale del tema in dottrina, tra gli altri, cfr. G. ALPA, *Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario*, in *Contr. Impr.*, 1999, p. 83 ss.; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, p. 745 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *Contr. Impr.*, 1999, 101 ss.; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1997, 58 ss.; A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Bessone, Torino, 2000, 97 ss.; G. TESAURO, *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *Foro Pad.*, 1996, 147; T. TORRESI, *Violazione del diritto comunitario*, in *La responsabilità civile* a cura di Cuffaro, Milano, 2007, 617 ss.;

Sulla Direttiva, v. G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. Dir. Pub. Comunit.*, 1991, p. 825 ss.; M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici dalla direttiva CEE 89/665 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 321; A. PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici in Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991, p. 619 ss.; F. LAURIA, *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991, p. 227 ss.; G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti e lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 19 ss.; M. PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. Dir. europ.*, 1990, p. 868 ss.; M. MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del Mercato unico europeo*, in *Riv. Dir. europ.*, 1991, p. 883 ss.; G. CASTRIOTA SCANDERBERG, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 1990, p. 151 ss.

In particolare sull'art. 13 della legge di recepimento, G. PALMA, *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in tema di appalti pubblici*, in *Riv. Amm.*, 1997, p. 1225 ss.; E. REGGIO D'ACI, *Cose vecchie e nuove in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1993, p. 443 ss.; E. MELE, *Il risarcimento danni in materia di appalti pubblici - Commentario all'art. 13 della legge comunitaria 1991*, in *Riv. Trim. app.*, 1991, p. 1128.

Con successiva direttiva comunitaria la n. 92/13 del 25 febbraio 1992 è stata, inoltre, prevista, anche per gli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché per quelli che operano nel settore delle telecomunicazioni, la possibilità di accordare un meccanismo risarcitorio in favore dei soggetti lesi dalla violazione della disciplina concorsuale: tale direttiva, tuttavia, aggiunge, rispetto alla prima direttiva ricorsi (n. 665/1989), che, qualora sia proposta domanda di risarcimento «*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*». Al suo recepimento si è provveduto con l. 19 dicembre 1992, n. 489.

⁷⁰ Prodigiosa all'affermazione di un diritto al risarcimento del danno del cittadino nei confronti dello Stato, si pone l'analisi del rapporto tra principio di sovranità e responsabilità Stato membro per violazione del diritto comunitario. A tal fine pare utile rammentare che le premesse per una simile soluzione si rinvengono tutte nei principi, ricavabili dal Trattato e dalla giurisprudenza della Corte, in ordine all'efficacia delle norme comunitarie ed ai rapporti fra fonti comunitarie ed ordinamento nazionale.

Occorre, in particolare, prendere le mosse dal principio, elaborato nel 1963 dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Van Gend en Loos* (CGCE, 5 febbraio 1963, c-26/62), l'efficacia diretta (o effetto diretto) delle norme comunitarie il cui contenuto sia chiaro e preciso ed incondizionato, ossia della loro idoneità ad attribuire subito ai singoli, senza necessità d'intermediazione statale, la titolarità di posizioni soggettive di origine comunitaria azionabili avanti ai Giudici nazionali.

A questo principio va affiancato quello, elaborato nel 1964 con la sentenza *Costa c. Enel* (CGUE, 15 luglio 1964, c 6/64), e poi faticosamente e non del tutto fedelmente recepito dalla Corte Costituzionale, della prevalenza (o *primauté*) del diritto comunitario su quello nazionale, principio a guisa del quale il diritto comunitario fa parte, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio degli Stati membri, prevalendo sulle norme con esso diritto contrastanti.

A nulla rileva la mancanza, nei singoli ordinamenti, di procedure idonee ad assicurare una tutela di tal fatta, soccorrendo in tal caso l'ulteriore principio a tenore del quale le «*posizioni soggettive di derivazione comunitaria, in ossequio al principio dell'effetto utile del diritto comunitario, devono godere di piena tutela giurisdizionale anche in assenza di uno specifico procedimento predisposto all'uopo dall'ordinamento nazionale*», affermato nella sentenza *Simmenthal* (CGUE, sentenza 9 marzo 1978, c. 106/77)

Va soggiunto che alcune sentenze della Corte di Giustizia avevano già in passato fatto cenno al principio della responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario; ad esempio, nella sentenza *Humblet* (CGUE, 16 dicembre 1960, c 6/60), la Corte sottolinea che lo Stato artefice della violazione di principi - nella specie dettati dal protocollo Ceca sui privilegi e le immunità - ha non solo l'obbligo di ritirare tutti gli atti adottati in violazione del diritto comunitario, ma anche quello di eliminare gli effetti antiggiuridici degli stessi. Ancora, nella sentenza n. 60/75, *Russo c. AIMA*, la Corte di Lussemburgo chiaramente afferma che «*nell'ipotesi che il danno derivi dalla violazione di una norma di diritto comunitario da parte dello Stato, questo dovrà rispondere, nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alle responsabilità della pubblica amministrazione*». Tuttavia, in entrambi i casi, le sentenze, pur astrattamente riconoscendo l'esistenza del principio della responsabilità dello Stato per i danni cagionati per effetto della violazione del diritto comunitario, non forniscono un quadro sul regime giuridico di tale responsabilità. Del pari, le pronunce non toccano il delicato tasto della configurazione di una responsabilità di uno Stato nazionale anche per danni cagionati dall'attività legislativa o dall'omissione di tale attività. Su entrambi i quesiti si esprimeranno le sentenze della Corte a partire dal caso *Francovich*. La controversia in questione verteva sulla mancata attuazione, entro i termini prefissati (36 mesi), della Direttiva del Consiglio n. 80/987/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati, in caso di insolvenza del datore di lavoro. L'inadempimento dell'obbligo comunitario da parte dello Stato italiano era già stato sanzionato qualche anno prima, nel 1989, dalla Corte di Giustizia, nel corso di un procedimento per inadempimento ex art. 169 dell'allora vigente Trattato, promosso dalla Commissione. A causa del perdurante inadempimento, alcuni lavoratori, tra i quali il sig. *Francovich*, che avevano prestato la loro opera presso delle imprese che successivamente erano fallite, adivano le Preture competenti. Queste, investite della controversia, decidevano di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, interrogandola circa l'esatta interpretazione della Direttiva 80/987 e sulle conseguenze derivanti dalla sua violazione. La Corte di Giustizia, esclusa la possibilità di un'applicazione diretta della direttiva in esame, in quanto non sufficientemente chiara e incondizionata, ha tuttavia riconosciuto la responsabilità dello Stato per i danni subiti dai lavoratori messi nell'impossibilità, a seguito dell'inottemperanza del legislatore nazionale, di far valere i diritti loro attribuiti dalla direttiva non attuata. Si legge, in particolare, nella sentenza che «*sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro*». Nel caso di specie (omessa trasposizione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno) la concessione di una tutela risarcitoria si impone in modo ancora più forte in quanto il carattere non completo della direttiva non ne consente un'immediata efficacia neanche sul piano verticale e lascia residuare, quale unica forma di protezione, la via risarcitoria, ai cui fini non è necessario che la direttiva sia completamente puntuale ed autoesecutiva, essendo sufficiente che essa indichi con adeguata chiarezza i caratteri della posizione attribuita ed i relativi presupposti. La tutela risarcitoria è allora

coerente con il sistema del Trattato e trova il suo fondamento anche nell'art. 5 (ora art. 10); la previsione, ivi sancita, circa l'obbligo per gli Stati nazionali di adottare tutte le misure di carattere generale o particolare idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, mette in risalto la cogenza dell'attività di conformazione e, con essa, la non eludibilità di una sanzione efficace (e quindi di un serio deterrente) nell'ipotesi di violazione dell'obbligo medesimo. Pacifico essendo il fondamento comunitario della responsabilità in esame, la Corte ha precisato che le modalità di esercizio dell'azione risarcitoria, così come la quantificazione del danno, devono essere invece disciplinate dal legislatore nazionale, conservando rilevanza, in ordine a tali aspetti, la sfera di autonomia procedurale del singolo Stato membro. La competenza riconosciuta al diritto nazionale non è tuttavia da ritenersi assoluta: da un lato, infatti, le modalità previste dal singolo Stato per il risarcimento del danno conseguente alla violazione del diritto comunitario non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di diritto interno; dall'altro il giudizio non deve essere tale da rendere impossibili o anche estremamente difficile il risarcimento.

Tanto premesso in ordine alla parabola argomentativa tracciata dalla sentenza Francovich, occorre anche precisare che la portata reale dei principi ivi affermati non è apparsa da subito chiara. Nel *decisum* del 1991, il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario veniva, infatti, sancito in un contesto preciso (omessa trasposizione di direttiva non autoesecutiva), nel quale sembrava assumere rilievo, a favore della tesi risarcitoria, l'assenza di un alternativo strumento di tutela a favore del singolo, assenza dovuta alla mancanza dell'effetto diretto delle direttive non dettagliate. Veniva, allora, da chiedersi se la responsabilità dello Stato per violazione di una norma comunitaria dovesse essere relegata a rimedio sussidiario, invocabile anche in caso di non diretta azionabilità delle posizioni riconosciute dal diritto comunitario, o se, per converso, in conformità al respiro generale dei principi affermati dalle sentenze precedenti della Corte e dalle stesse direttive appalti, la tutela risarcitoria potesse venire in gioco anche in caso di mancato rispetto di norme pienamente efficaci (ad esempio un regolamento), ossia attributive di diritti esercitabili sul piano orizzontale e verticale. La dottrina prevalente era portata a ritenere che l'orizzonte della decisione superasse la specificità del caso concreto; a sostegno dell'assunto si valorizzava il tenore della stessa motivazione, nella parte in cui osserva che il problema della responsabilità è «particolarmente grave» laddove vi sia la necessità di azioni di adattamento da parte degli ordinamenti nazionali, alludendo, con tale espressione, alla possibilità di altre ipotesi di responsabilità magari meno gravi, ma non per questo prive di rilievo.

A sostegno della tesi opposta si osservava, per converso, che l'azionabilità immediata del diritto precluderebbe un profilo di responsabilità risarcitoria: a fronte di una norma interna contrastante con una disposizione comunitaria direttamente efficace, non ci sarebbe motivo di prevedere una responsabilità dello Stato nazionale, stante la possibilità per il singolo di far valere nondimeno il diritto invocando la disapplicazione della norma interna ribelle. Per quanto in questa sede interessa, lo stesso discorso varrebbe per la omessa trasposizione di direttiva autoesecutiva che conferisca diritti ai singoli nei confronti della pubblica amministrazione, come tale pienamente efficace sul piano verticale. In quest'ottica restrittiva la responsabilità risarcitoria dello Stato sarebbe allora valutata alla stregua di un rimedio (per la non immediata azionabilità del diritto) che va a surrogare l'impossibilità dell'esercizio immediato del diritto e dunque azionabile solo al cospetto di una direttiva non immediatamente esecutiva.

In senso contrario, si è peraltro messo in luce come la circostanza che la posizione lesa dall'attività normativa dallo Stato nazionale sia direttamente azionabile in giudizio in base ai principi dell'efficacia diretta e della prevalenza del diritto comunitario (si pensi all'ipotesi di lesione di posizioni soggettive riconosciute da direttive direttamente efficaci sul piano verticale o da regolamenti) non toglie che in concreto il varo di una norma interna difforme o la mancata attuazione di una direttiva autoesecutiva abbia ostacolato l'esercizio del diritto per effetto di un comportamento dell'amministrazione e di privati che abbiano prestato ossequio alla norma interna difforme. La lettura estensiva è stata in seguito confermata dalla Corte di Giustizia, la quale, nella successiva evoluzione, ha avuto modo di chiarire che il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario ha carattere generale e, dunque, opera indipendentemente dalla circostanza che il diritto sia attribuito da una norma non immediatamente esecutiva. Si esclude, in definitiva, la praticabilità della tesi secondo cui l'immediata applicabilità di una norma comunitaria impedirebbe in radice l'emersione di un danno risarcibile derivante da un'iniziativa illegittima del legislatore o da un comportamento illegittimo dell'amministrazione. Così

argomentando, la Corte di Giustizia giunge al principio che la responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario, lungi dal costituire un rimedio utilizzabile soltanto laddove non sia possibile una esecuzione diretta di una norma comunitaria (direttiva non esecutiva), trova applicazione tutte le volte in cui il comportamento del legislatore nazionale o dell'amministrazione (statale e non) abbiano conculcato un diritto riconosciuto al singolo dal diritto comunitario, e dunque la condotta dell'autorità nazionale, a qualsiasi livello, abbia cagionato un danno per effetto della violazione delle norme comunitarie (trattato, regolamento, decisione, direttiva o anche un principio generale dell'ordinamento comunitario). Tali principi sono stati espressi dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza 5 marzo 1996, con cui, previa riunione, sono state decise le cause *Brasserie du Pecheur e Factortame* (CGUE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93). La prima vertenza riguardava un'azione di responsabilità intentata nei confronti della Repubblica Federale Tedesca, accusata di aver impedito ad una società francese l'importazione e la commercializzazione di una birra sprovvista dei requisiti di purezza previsti dalla legge tedesca, in violazione dell'art. 30 del Trattato nella parte in cui vieta misure restrittive della commercializzazione e della circolazione di merci nell'ambito di paesi comunitari. Il secondo caso concerneva, invece, la legge inglese sulla navigazione mercantile, che, con il prescrivere requisiti limitativi in ordine all'immatricolazione delle barche (obblighi di nazionalità, residenza e domicilio per i proprietari e gli esercenti di pescherecci, prescritti ai fini dell'iscrizione in un apposito registro), aveva cagionato rilevanti danni ad un gruppo di armatori spagnoli in violazione del principio generale che consente la libertà di circolazione in ambito comunitario. In entrambi i casi le disposizioni comunitarie violate dal legislatore nazionale erano tali da conferire direttamente ai singoli diritti. La Corte esclude, quindi, in radice che la sentenza Francovich potesse essere intesa alla stregua di un palliativo per la mancanza di effetto diretto di una direttiva non attuata, valorizzando la costante giurisprudenza a dire della quale «*la facoltà degli amministratori di far valere dinanzi ai Giudici nazionali disposizioni del Trattato aventi effetti diretti costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente a garantire la piena applicazione del Trattato. Questa facoltà, intesa a far prevalere l'applicazione di norme di diritto comunitario rispetto a quelle di norme nazionali, non è idonea a garantire in ogni caso al singolo i diritti attribuitigli dal diritto comunitario e, in particolare, ad impedire il verificarsi di un danno conseguente ad una violazione di tale diritto imputabile ad uno Stato membro*». Viene, in tal modo, ribadita con forza l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto alle caratteristiche intrinseche della norma comunitaria violata, in considerazione del fatto che il fondamento della risarcibilità del danno è dato dal carattere e dal fondamento obbligatorio delle norme comunitarie. Del pari, la Corte ribadisce l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione per inadempimento, diretta, ai sensi dell'allora art. 169 (ora 226) del Trattato, alla constatazione delle violazioni del diritto comunitario. Donde la conclusione che il periodo al quale fare riferimento per la determinazione del danno risarcibile non deve coincidere solo con il periodo successivo alla contestazione dell'inadempimento. In sostanza, la formale constatazione dell'inadempimento può facilitare, ma non certo condizionare, in termini di pregiudizialità, l'attivazione del rimedio risarcitorio presso le giurisdizioni nazionali. Si precisa, inoltre, che la responsabilità risarcitoria dello Stato a garanzia dell'effettività del diritto comunitario - non limitabile, come detto, al caso di omessa trasposizione delle direttive - può profilarsi con riferimento a qualsiasi violazione delle disposizioni comunitarie perpetrata dallo Stato nazionale nella sua veste di legislatore o di amministrazione. I principi comunitari in tema di responsabilità dello Stato per danni derivati ai singoli da violazioni comunitarie vengono in rilievo anche nel caso in cui la condotta sia tenuta da un soggetto investito di poteri normativi ed amministrativi, pure laddove detto soggetto sia diverso dallo Stato nel senso interno del termine, o addirittura sia un soggetto privato (quanto alle funzioni amministrative esercitate). Ciò in base ad una nozione comunitaria di Stato che è allargata rispetto a quella interna; e più precisamente in base al principio di indifferenza della Comunità rispetto alle scelte degli Stati nazionali circa l'articolazione interna delle competenze. La giurisprudenza, anche successiva, ha allora chiarito che lo Stato membro, quale soggetto di diritto internazionale, è l'unico interlocutore della Comunità e degli altri Stati membri in ambito comunitario e, come tale, ha l'obbligo di garantire la tutela risarcitoria per i danni cagionati da attività normativa ed amministrativa senza potere accampare come esimente la propria ripartizione interna che trasferisca ad altri enti substatali (o addirittura a privati) l'esercizio di poteri normativi od amministrativi in concreto forieri del pregiudizio da ristorare. Del pari lo Stato membro è l'unico responsabile nei confronti della Comunità e destinatario di procedure d'infrazione senza che

comunitaria⁷¹.

assuma rilievo la titolarità interna del potere in capo ad altro ente. La Corte sviluppa anche le considerazioni della sentenza Francovich in merito alle condizioni del risarcimento, ponendo in luce l'esportabilità dei criteri fissati dall'allora art. 215 del Trattato (ora 288) in tema di responsabilità delle istituzioni comunitarie. Muovendo dunque dalla valorizzazione di principi di cui all'art. 215 (ora 288) del Trattato, in ossequio al principio di equivalenza tra responsabilità delle Istituzioni comunitarie e quella dello Stato, la Corte di Giustizia ha precisato che, sul piano oggettivo, il profilarsi della responsabilità dello Stato resta in ogni caso subordinato alla concorrenza di tre condizioni, essendo all'uopo necessario che: a) la norma comunitaria violata attribuisca un diritto a favore dei singoli; b) la violazione sia grave e manifesta; c) sussista un nesso di causalità tra la violazione perpetrata dallo Stato ed il danno subito dal singolo. Si precisa, inoltre, che tali condizioni costituiscono una garanzia minima, tale da non precludere la definizione in termini più estensivi della fattispecie generatrice della responsabilità da parte di ciascuno Stato nazionale. Una particolare attenzione va riposta sul requisito sub b), la cui sottolineatura, in una chiave di parallelismo con la responsabilità delle Istituzioni, costituisce una novità importante rispetto al caso Francovich (nel quale la violazione era in *re ipsa*, trattandosi del caso di non attuazione della direttiva). La necessità di una violazione qualificata si impone, per un verso, al fine di scongiurare il rischio di una paralisi o comunque di un eccessivo condizionamento dell'azione dei singoli Stati in ragione del timore di incorrere nella responsabilità risarcitoria per ogni ipotesi anche marginale di violazione del diritto comunitario; per altro verso in ragione della chiara congruità di una diversificazione dei regimi di responsabilità delle Istituzioni e degli Stati nazionali a fronte delle medesime fattispecie di violazione del diritto comunitario. Ancora, si precisa che il carattere grave e manifesto della violazione può essere desunto da una serie di indici sintomatici (che sostanzialmente ricalcano gli indici proposti in riferimento alla responsabilità delle istituzioni). Viene in rilievo, innanzitutto, il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, nel senso che quanto più la norma risulti ambigua, suscettibile di interpretazioni variabili, tanto più difficile si appalesa l'individuazione di una violazione grave e manifesta. Rileva altresì l'ampiezza del potere discrezionale, nel senso che maggiore è la discrezionalità di uno Stato in sede di esecuzione, tanto minore sarà la possibilità di ritenere grave la violazione della norma comunitaria.

Segna un ulteriore sviluppo dei principi formulati nella sentenza Francovich la sentenza *Lomas del 23 maggio 1996* riguardante una fattispecie di diniego di una licenza di esportazioni di animali da macello destinati alla Spagna da parte del Ministero dell'Agricoltura della Pesca e dell'Alimentazione britannico, giustificato (sulla base di motivazione reputata illegittima) dal fatto che i mattatoi spagnoli utilizzavano tecniche di macellazione contrastanti con la direttiva comunitaria 74/577/CE relativa allo stordimento degli animali prima dell'abbattimento. La sentenza assume rilievo in quanto riconosce la «responsabilità di uno Stato membro per danni cagionati non da un atto normativo, ma da un atto amministrativo (diniego di licenza di esportazione) adottato in violazione del diritto comunitario». Si ribadisce, ancora una volta, che tutte le posizioni giuridiche soggettive risultano meritevoli di tutela indipendentemente dalla qualificazione che delle stesse venga dato nell'ordinamento interno, purché riconosciute dal diritto comunitario. La sussistenza di una attività provvedimentale a fronte della quale emerga una posizione di interesse legittimo, non può dunque rilevare ai fini dell'esclusione del risarcimento, ogni qual volta questa posizione venga protetta da una norma comunitaria. Va, da ultimo menzionata la sentenza *Dillenkofer e altri* dell'8 ottobre 1996, nella quale la Corte è ritornata ad affrontare il tema della omessa trasposizione di una direttiva comunitaria. Nel caso di specie si trattava di una direttiva a tutela del consumatore in ordine ai viaggi organizzati "tutto compreso". La decisione è interessante sotto due aspetti: in primo luogo, si chiariscono rapporti tra la sentenza Francovich e i dicta successivi, osservandosi che nella sentenza Francovich non viene affrontato il problema della gravità della violazione, stante il ricordato convincimento che l'omessa trasposizione di una direttiva comunitaria costituisce in *re ipsa* una violazione grave e manifesta, senza che sia data ulteriore e specifica dimostrazione; inoltre, si afferma che, ai fini della gravità della violazione, rileva non soltanto l'omessa trasposizione della direttiva, ma altresì l'ipotesi dell'attuazione scorretta o incompleta della direttiva stessa.

⁷¹ Infatti, l'art. 13 limitava testualmente il risarcimento dei danni alle sole lesioni cagionate da atti compiuti in materia di appalti pubblici di lavori e forniture al di sopra della soglia di rilevanza

In particolare, l'art. 13 della citata legge prevedeva che i soggetti lesi da un atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario o delle correlative norme interne di recepimento, potessero adire il giudice ordinario per richiedere il risarcimento del danno, comunque non senza aver ottenuto l'annullamento dell'atto con sentenza del giudice amministrativo⁷². In sostanza, grazie al positivo influsso della legislazione comunitaria, anche nell'ordinamento interno era possibile chiedere il risarcimento del danno di quelle situazioni qualificabili quali interessi legittimi, seppure in un singolo (ma importante) settore.

Eppure, in un primo momento, pervicacemente l'orientamento negazionista sostenne che la normativa comunitaria avesse avuto l'effetto di qualificare diversamente le posizioni giuridiche delle imprese coinvolte nella procedura selettiva, che da interessi legittimi diventavano diritti soggettivi⁷³.

Volendo prescindere dalla palese inversione metodologica per cui si faceva discendere dall'apertura alla tutela aquiliana - che, si ricorda, secondo l'orientamento tradizionale offriva protezione ai soli diritti assoluti - la conclusione che si fosse in presenza di diritti soggettivi, questo risultato aveva per effetto una ingiustificabile antinomia: le posizioni ricadenti nell'ambito applicativo della normativa sugli appalti avevano natura di diritti soggettivi, mentre quelle individuate dalle norme nazionali funzionalmente omogenee

comunitaria fissata dalla Direttiva n. 665/1989, mentre la successiva estensione anche agli appalti sottosoglia è il risultato dell'interpretazione costituzionalmente orientata, con particolare riguardo all'art. 3 Cost. Sul punto, R. CARANTA, *Responsabilità extracontrattuale della P. A. per lesione di interessi legittimi e diritto comunitario*, cit., p. 1040; G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, cit., p. 851.

⁷² Ritenuta norma processuale da Cass. SS. UU., sentenza n. 11077/1993, su cui G. SAPORITO, *Sulla risarcibilità di interessi legittimi in tema di appalti pubblici* in *Corr. Giur.*, 1994, 5, p. 620 ss.

⁷³ G. CUGURRA, *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, p. 357 ss.; E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 4, 1209; G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti e lavori pubblici*, cit., p. 20. Tuttavia, successivamente, lo stesso Autore, nell'analizzare l'art. 2, n. 7 della direttiva 92/13/CEE, rilevava come in questo caso la tutela risarcitoria ben potesse ricomprendere il mancato guadagno tra le voci di pregiudizio risarcibile, a condizione che il ricorrente, anziché limitarsi a provare l'illegittimità della mancata aggiudicazione e l'esistenza di *chances* di vittoria, avesse dimostrato la ricorrenza di tutte le condizioni per risultare vincitore. Evidenziando il rilievo esegetico di questa disposizione, conclude quindi che, una volta riconosciuta tutela risarcitoria piena alla pretesa del concorrente di risultare aggiudicatario, trattandosi di una posizione qualificata nel nostro ordinamento come di interesse legittimo, si deve ammettere anche la tutela aquiliana proprio di questa situazione soggettiva. ID., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 802 e 803.

avrebbero seguito a conservare la natura di interessi legittimi, con una diversificazione di disciplina e regime processuale difficilmente giustificabile in relazione al principio di eguaglianza.⁷⁴

Ad ulteriore conforto della tesi secondo cui, nelle ipotesi di appalti di rilevanza comunitaria, ci si trovasse invece di fronte a diritti soggettivi, si opinava⁷⁵ che lo scopo della normativa comunitaria fosse quello di garantire condizioni di effettiva concorrenzialità tra le imprese degli Stati membri nell'ambito di un mercato comune realmente aperto e competitivo, di tal che - si sosteneva - si trattava di pretese inerenti la libertà di iniziativa economica ed i principi di libera concorrenza e *par condicio* tra imprese degli Stati membri.

L'argomento non era affatto persuasivo, osservandosi in contrario che, se è pur vero che la normativa comunitaria sugli appalti pubblici, nel disciplinare le procedure di gara, avesse avuto per obiettivo primario quello di garantire il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali, od anche quello di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la stipulazione del contratto più vantaggioso, può facilmente notarsi che quello stesso interesse alla tutela del mercato, per quanto si possa tradurre in un vantaggio competitivo per le imprese virtuose, riguarda gli interessi della collettività intera⁷⁶.

⁷⁴ R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, cit., p. 482; E. REGGIO D'ACI, *Cose vecchie e nuove in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, cit., p. 438 ss., nonché, R. GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, in *Urb. e App.*, 1997, p. 253 ss., secondo il quale la diversa ricostruzione altro non sarebbe se non il tentativo, di fronte ad un chiaro intervento normativo contrario, di riaffermare il principio di irrisarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi, riclassificando la situazione giuridica dei soggetti coinvolti nelle procedure di gara, sì da limitare l'impatto che un'espressa, sia pure specifica, affermazione normativa in quel senso avrebbe potuto avere sul sistema.

In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667, in *Foro it.*, 1993, I, p. 3062 ss.; Cass., Sez. Un., 20 aprile 1994, n. 3732, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3050 ss.; Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, in *Corr. giur.*, 1994, p. 620 ss., che, commentando l'art. 13, della legge n. 142 del 1992, ha esplicitamente affermato che con essa è stata «riconosciuta per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano la risarcibilità, sia pure nei limiti precisati dalla norma, del danno derivante da atti della P. A. 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».

⁷⁵ I. FRANCO, *Enti pubblici trasformati in s.p.a. e giurisdizione sulle controversie in tema di appalti, alla luce del diritto comunitario*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1994, 2, p. 254 ss.

⁷⁶ Erano, infatti, maturi i tempi per l'abbandono della concezione paneconomica per la quale si posponeva il ruolo dell'ordinamento giuridico con correlativa postergazione dei diritti fondamentali della persona in favore del liberismo. Il mercato, infatti, non si pone un problema di redistribuzione, ma di sola distribuzione, di tal che se lasciato privo di una regolamentazione da parte dell'ordinamento genera l'indebolimento delle relazioni interpersonali. In particolare, «la

Di conseguenza, la disciplina comunitaria degli appalti pubblici non dava origine a nuovi diritti soggettivi da vantare nei confronti dell'amministrazione, ma riguardava, invece, quel complesso di strumenti volti a bilanciare la tipica correlazione tra interessi dei singoli ed interesse della pubblica amministrazione.

In conclusione, nella scelta del contraente aggiudicatario, le imprese concorrenti non vantano diritti all'aggiudicazione dell'appalto, bensì interessi a che il procedimento si svolgesse secondo i canoni della correttezza, dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, tant'è che l'art. 13 prescriveva il previo annullamento dell'atto lesivo ad opera del giudice amministrativo, senza che lo stesso fosse munito, nella materia, di giurisdizione esclusiva⁷⁷.

In tal senso, può rilevarsi che l'intervento legislativo non derivò solo dalla

società non è riducibile al mercato e alle sue regole; il diritto, al quale spetta la regolamentazione della società, indica limiti e correttivi, dettati non soltanto dal perseguimento della ricchezza e dalle sue distribuzioni, ma da valori e interessi di natura diversa», così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 477.

Nell'ordinamento europeo, pure nato per motivazioni prettamente economiche, si è da subito avvertita l'esigenza di intervenire sul mercato per riparare alle distorsioni da questo generate, per attuare una «*politica sociale correttiva della lex mercatoria*», ponendo la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo tra i propri obiettivi, dapprima con l'Atto Unico Europeo, e successivamente con i Trattati di Maastricht e Amsterdam, nonché con la Carta di Nizza: «*il progressivo ampliamento dei valori e degli interessi di "competenza" del diritto comunitario, del resto, determina un temperamento della sua natura settoriale e, correlativamente, il distacco dalla originaria concezione puramente mercantile dello stesso. Da qui un arricchimento e un mutamento, anche qualitativo, dei parametri di riferimento e dei principi in una rinnovata prospettiva assiologica*», così ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p.39.

Le leggi a tutela del consumatore e della concorrenza sono, infatti, poste, a tutela della collettività e mediamente hanno un ritorno positivo, possiamo dire un'esternalità positiva, sul mercato. In altri termini, «*la libertà economica e la concorrenza, anche sul piano strettamente economico, sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona*», P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit, p. 497.

⁷⁷ In tal senso, F. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, cit., p. 321, il quale esclude che potesse trattarsi di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva occulta. Infatti, analizzando i lavori preparatori della legge comunitaria per il 1991, emerge che il passaggio dall'originario art. 13 del progetto di legge approvato alla Camera dei deputati, che deferiva la materia «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo», al testo definitivo, che ha attribuito al giudice ordinario la cognizione della domanda risarcitoria, previo annullamento dell'atto lesivo ad opera del giudice amministrativo, fosse sintomo di una consapevole esclusione da parte del legislatore di una tale eventualità.

Al contrario, reputa che si sia in presenza di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, ricavabile dal confronto con la giurisprudenza comunitaria e con il progetto di riforma del processo amministrativo che demanderebbe alla competenza degli organi di giustizia amministrativa la materia della risarcibilità degli interessi legittimi, V.G. GARZIA, *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti alle gare*, in *Rass. giur. ener. elettr.*, 1996, 142 ss, p. 154 in part.

cogenza della disciplina comunitaria, bensì il legislatore fu mosso dalla più generale intenzione di rendere effettiva la tutela delle posizioni dei privati coinvolti in una procedura rivelatasi, poi, illegittima e che non avrebbero viste ristorate le proprie perdite se - com'era - l'unico rimedio fosse stato il solo annullamento della procedura selettiva invalida⁷⁸.

Per quanto l'ampliamento del ventaglio di pregiudizi risarcibili in materia avesse raggiunto lo scopo, non secondario, di colmare il vuoto di tutela, nondimeno il limite intrinseco del sistema processuale era rappresentato dal faticoso *iter* processuale, per cui era necessario ottenere prima l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, e solo in seguito era possibile il giudice ordinario per ottenere la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ad esso consequenziale.

La soluzione del doppio binario mostrò ben presto le sue inefficienze, poiché sottoponeva il soggetto leso ad un percorso giudiziario che sarebbe potuto durare anche diversi anni, ove si pensi che la pronuncia del giudice amministrativo avrebbe potuto essere oggetto di appello. In definitiva, quella che doveva essere una norma attuativa del principio di effettività della tutela, rischiava di tradire i suoi scopi, minando in radice la possibilità che la tutela della posizione del singolo fosse effettiva, celere ed efficace, il che appariva difficilmente conciliabile non solo con l'art. 24 della Costituzione, ma pure con il principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111 Cost., e sancito a livello internazionale dal Protocollo CEDU del 1950⁷⁹.

Peraltro, inserendo l'intervento nel contesto dell'intero ordinamento, la limitazione dell'ambito oggettivo di applicazione alla materia degli appalti pubblici sopra-soglia, appariva contrario al principio di legalità costituzionale, con particolare riguardo al principio di eguaglianza, sí che ci si chiedeva se la norma

⁷⁸ Infatti, fino a quel momento, la ripetizione, ora per allora, della procedura ad evidenza pubblica (con eventuale aggiudicazione al concorrente ingiustamente estromesso) avrebbe potuto avere luogo sempreché, nelle more del giudizio di annullamento, l'opera pubblica non fosse già stata realizzata dall'impresa (anche invalidamente) aggiudicataria. In tal caso, caducata retroattivamente l'intera procedura, l'amministrazione si trovava nella materiale impossibilità di ripetere le operazioni di selezione; conseguentemente, le imprese che avevano ottenuto l'annullamento non riuscivano a conseguire né la corretta riedizione della gara, né il risarcimento del danno per l'accertata lesione, ad opera del giudice amministrativo, del loro interesse legittimo.

⁷⁹ Sul punto, *ex multis*, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

in questione fosse dotata di una forza espansiva tale da superare gli argini del testo ed applicarsi anche al di fuori della materia degli appalti.

Malgrado gli auspici⁸⁰, però, la disposizione in esame venne considerata come norma eccezionale e, pertanto, insuscettibile di interpretazione analogica. Anche la Suprema Corte, pronunciandosi a Sezioni Unite, precisò che, dall'analisi del quadro normativo poteva dedursi che, se il legislatore aveva avvertito il bisogno di riconoscere attraverso una norma *ad hoc* la risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, allora, *a contrariis*, sussisteva proprio il principio della non risarcibilità degli interessi medesimi⁸¹.

La soluzione si palesava irragionevole e in contrasto col principio di legalità, il quale è necessariamente connotato da contenuti comunitari⁸².

Il contrasto si manifesta non solo alla luce del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, ma pure in relazione al principio dell'effetto utile⁸³, finalizzato a garantire alle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria

⁸⁰ Nel senso che la previsione normativa abbia una valenza espansiva, fino ad essere intesa come «applicazione di specie» di un principio già esistente nell'ordinamento, G. GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, cit., p. 805 - 806.

⁸¹ Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993, n. 11077, cit.; Cass., Sez. Un., 16 dicembre 1994, n. 10800, in *Corr. giur.*, 1995, p. 483, secondo cui: «La posizione giurisprudenziale di irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo non può ritenersi superabile, in base all'introduzione della recente disposizione dell'art.13 della l. 19.2.1992 n. 142. La predetta norma (...) non ha introdotto in via generale e di principio una tutela risarcitoria per la posizione di posizioni soggettive riconducibili all'interesse legittimo (Cass. sez. un. 20.4.1994 n. 3732; Cass. sez. un. 10.11.1993 n. 1107). Questa giurisprudenza merita conferma perché l'ordinamento giuridico italiano, nonostante l'ampio dibattito sollecitato anche dall'intervento dei giudici delle leggi (Corte cost. 25.3.1980 n. 35), non ha voluto introdurre un principio di carattere generale, ma solo intervenire settorialmente, limitando espressamente l'innovazione normativa all'aggiudicazione dell'appalto in violazione delle norme comunitarie, come chiaramente si evince dalla legislazione successiva. Ed infatti, l'art. 32 co. 3 della l. 11.2.1994 n. 109 (l. quadro in materia di appalti pubblici) presuppone la natura speciale e non generale della disposizione dell'art. 13 l.142/1992, tant'è che sente la necessità di prevederne espressamente l'estensione alla limitata ipotesi delle lesioni derivanti da atti compiuti in violazione della nuova legge sui lavori pubblici e del relativo regolamento. Inoltre l'art. 11 lett. i) della l. 22.2.1994 n. 146, legge comunitaria per il 1993, prevede testualmente l'estensione della disposizione dell'art. 13 "anche agli appalti di servizi"; Cass., Sez. Un., 20 aprile 1994, n. 3732, cit.; Cass., Sez. Un., 5 marzo 1993, n. 2667, cit., nella quale si afferma che «se il legislatore ha sentito la necessità di prevedere limitatamente alla materia degli appalti e forniture il risarcimento per lesione di posizioni soggettive non espressamente definite, ma in teoria riconducibili agli interessi legittimi, ciò significa che, per questi ultimi, allo stato, non esiste in linea di principio tale tutela».

⁸² Su cui v. P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 19 e *passim*.

⁸³ Sul punto, G. CARTEI, *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 743 ss.

Infatti, «gli Stati membri sono, in ogni caso, tenuti a garantire la tutela effettiva dei diritti» scaturenti dall'ordinamento comunitario, a prescindere dai problemi di competenza che possono esservi nei singoli ordinamenti statali. Corte di Giustizia CE, 17 settembre 1997, C-54/96, in *Urb.*

una tutela effettiva e reale, anche attraverso i mezzi di protezione predisposti dagli ordinamenti interni⁸⁴.

Infine, ma principalmente, alla luce del fondamentale principio di eguaglianza non era possibile far perdurare la grave disparità esistente nel nostro ordinamento: le intervenute innovazioni normative avevano comportato un innalzamento del livello di tutela delle posizioni soggettive attribuite dalla fonte europea, mentre era rimasto inalterato lo *standard* qualitativo e l'intensità della protezione giuridica offerta alle corrispondenti posizioni soggettive di origine nazionale⁸⁵. Il principio della *primauté* del diritto comunitario doveva necessariamente essere coordinato con quello costituzionale di uguaglianza, allo scopo di ottenere, attraverso l'interpretazione sistematica e assiologica delle norme formulate dal legislatore nazionale, un livellamento verso l'alto della tutela garantita al privato nei confronti della pubblica amministrazione.

e App., 1998, 4, p. 442 ss., con nota di M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, il quale - in accordo con larga parte della dottrina comunitaria - precisa come «*la Corte di giustizia ha progressivamente spostato l'accento dal principio dell'effettività del diritto comunitario all'effettività della tutela giurisdizionale dei singoli, elevando quest'ultima a principio, o meglio ad autonomo diritto comunitario e ravvisandone il fondamento nella comune tradizione costituzionale degli Stati membri formalizzata nelle norme convenzionali sulla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo*».

Puntualizza costantemente la Corte, che le regole processuali nazionali, oltre che offrire alle posizioni giuridiche attribuite dal diritto dell'Unione gli stessi rimedi giurisdizionali offerti per la tutela delle posizioni analoghe conferite dal diritto interno, dovranno anche essere tali da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione. Secondo alcuni Autori il principio di effettività è espressione di un meccanismo denominato "effetto utile dell'effetto diretto", nel senso che l'autonomia procedurale degli Stati membri «*trova un limite esterno nell'esigenza di garantire l'effettività delle norme del diritto comunitario sostanziale*»: così D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?*, Torino, 2009, p.21.

⁸⁴ Sull'importanza dell'impatto - nella teorica della responsabilità dell'amministrazione per i danni cagionati ai privati - della responsabilità degli Stati per omessa, incompleta o non corretta esecuzione del diritto comunitario o, più in generale, per violazione del diritto stesso, v. nt.70. La nota sentenza Francovich è stata variamente commentata: sent. CGCE, 19 novembre 1991 C 6/90 e C 9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 145, con commento di A. BARONE, R. PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, e di G. PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1169, con nota di R. CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 147, con nota di M. CAFAGNO, *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*; in *Giur. Cost.*, 1992, p. 505, con nota di M. CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*. In argomento anche, S. TASSONE, *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 847 ss.

⁸⁵ R. GAROFOLI, *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, cit., p. 266, sottolinea proprio come l'esigenza di istituire un collegamento sistematico tra innovazioni introdotte in materia risarcitoria dal diritto comunitario e principio costituzionale di effettività della tutela ha comportato il superamento dell'indirizzo ostile alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi.

7. Il legislatore interviene nel dibattito, prima in specifici settori, successivamente con il D. Lgs n. 80/98, il cui articolo 35 consentiva espressamente al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, «il risarcimento del danno ingiusto» consequenziale all'annullamento di un atto amministrativo. Il dibattito dottrinale tra le posizioni di chi tradizionalmente ribadiva la portata meramente processuale dell'intervento e chi lo interpretava in senso innovatore nel senso della generalizzazione dell'accesso alla tutela risarcitoria per tutte le posizioni di interesse legittimo cd. pretensivo. La lettura sistematica e assiologica, condotta anche alla luce del fondamentale diritto di difesa, nonché del principio di effettività della tutela, conduce alla declaratoria di illegittimità costituzionale del cennato articolo.

Anche sulla scorta delle precedenti considerazioni, il legislatore ritenne di intervenire, prima con singoli interventi in specifici settori⁸⁶, successivamente con il d.lgs. n. 80/1998, il cui art. 35⁸⁷, nell'attribuire la giurisdizione esclusiva del

⁸⁶ In particolare, in materia di violazione del diritto comunitario in tema di appalti la già citata legge 19 febbraio 1992, n. 142, art. 13; per l'estensione ai settori esclusi legge 19 dicembre 1992, n. 489, art. 11, comma 1; per gli appalti di servizi legge 22 febbraio 1994, n. 146, art. 11, lettera i) e D.Lgs 17 marzo 1995, n. 157, art. 30; per gli appalti di opere pubbliche in genere legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 32 peraltro successivamente modificata dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101 convertito nella legge 2 giugno 1995, n. 216 senza tuttavia ulteriore previsione espressa in ordine alla risarcibilità; per la responsabilità in materia di ritardo temporale sul rilascio di concessione edilizia D.L. 5 ottobre 1993, n. 398, art. 4, convertito in legge 4 dicembre 1993, n. 493, nel settore edilizio, quello più sensibile, anche se fu poi travolta da una serie di decreti legge, in ultimo confluiti nell'art. 2 della L. 23 dicembre 1996, n. 62, di razionalizzazione della finanza pubblica, che ha sostituito l'art. 4, comma 8, l. n. 493/93, omettendo di richiamare la previsione indicata.; D.L. 26 gennaio 1995, n. 24, non convertito in legge ma i cui effetti sono stati fatti salvi dalla legge 23 dicembre 1996, n. 662, art. 2; in caso di procedimento su istanza di parte previsione di indennizzo per il mancato rispetto del termine del procedimento o degli obblighi e prestazioni a carico dell'amministrazione attraverso una delegificazione e rinvio a regolamenti, legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 20, comma 4, lettera h).

Al riguardo la dottrina sottolinea come, «al di là delle singole disposizioni, la cui urgenza, almeno sotto certi profili, poteva lasciare dubbiosi, duole constatare che, in una materia di grande importanza e delicatezza, che direttamente coinvolge l'andamento dell'intera pubblica amministrazione, si continui a procedere con interventi parziali e sconsiderati, senza una visione globale del problema della responsabilità e senza la necessaria approfondita ponderazione delle relative soluzioni». In questi termini, E. CASETTA, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XIII, p. 210.

⁸⁷ Più precisamente, la disposizione recitava: «Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.

giudice amministrativo in determinate materie, conferiva espressamente allo stesso il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, «*il risarcimento del danno ingiusto*», dando così attuazione all'art. 11 comma 4 della legge n. 59/1997⁸⁸ secondo cui il legislatore avrebbe dovuto estendere la giurisdizione amministrativa, nelle materie oggetto d'intervento, alle controversie concernenti i «*diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno*».

La quantomeno opinabile formulazione delle due disposizioni e la loro non lineare coordinabilità ha dato luogo a più di un'interpretazione da parte dei commentatori⁸⁹, molti dei quali concludendo nel senso che l'intervento non

Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.

Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio.

Sono abrogati l'articolo 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».

La formulazione recepiva il parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, 12 marzo 1998, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 258, a parere del quale, per scongiurare il rischio che il testo predisposto dal Governo (che parlava, alternativamente, di indennità o risarcimento del danno) potesse far ritenere acquisita una posizione legislativa sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi pretensivi, era preferibile una disposizione «*più elastica che, attraverso la clausola generale del danno ingiusto, demandasse all'interpretazione della giurisprudenza del giudice amministrativo in sede esclusiva, consapevole delle esigenze di giustizia, esperta del controllo sull'esercizio del potere pubblico, attenta all'emergenza economica che attraversa l'ordinamento, la messa a punto della materia*». Per un commento, A. ROMANO, *nota al parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. Gen.*, 12 marzo 1998, in *Foro it.*, 1998, III, p. 352 ss.

⁸⁸ Oltre al citato art. 11, comma 4, la cosiddetta legge *Bassanini I*, prevedeva, all'art. 17, comma 1, lett. f) una specifica delega per Governo ad emanare, con successivi decreti, norme di rango primario recanti la «*previsione, per i casi di mancato rispetto del termine del procedimento, di mancata o ritardata adozione del provvedimento, di ritardato incompleto assolvimento degli obblighi e delle prestazioni da parte della pubblica amministrazione, di forme di indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento*». Entrambe le disposizioni (benché solo alla prima sia stata data concreta attuazione), i cui contenuti normativi risultavano complementari, prevedevano l'introduzione di meccanismi di compensazione (risarcimento del danno ed indennizzo automatico) in situazioni nelle quali la posizione del cittadino è tradizionalmente qualificata come interesse legittimo.

⁸⁹ Da subito si rileva che «*La disposizione (...) è fonte di consistenti incertezze ermeneutiche derivanti dalla necessità di provvedere all'esatta perimetrazione dei suoi confini oggettuali di operatività*», così F. CARINGELLA - R. GAROFOLI, *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il d.lgs. 80/1998*, in *Urb. e App.*, 1999, 3, p. 299 ss. D'altro canto,

avrebbe apportato alcuna significativa innovazione in ordine agli aspetti sostanziali di tutela degli interessi pretensivi⁹⁰.

Una parte della dottrina ritenne individuabile, nella legge di delega e nel relativo decreto di attuazione, l'intenzione di operare l'attribuzione indifferenziata al giudice amministrativo in sede esclusiva di tutte le questioni relative a diritti soggettivi, ivi compresa la materia risarcitoria; all'opposto, estensivamente interpretando la locuzione "*diritti patrimoniali consequenziali*", la si giudicò comprensiva non tanto dell'area delle responsabilità civili da lesione di un diritto, bensì relativa a una fattispecie di illecito più puntuale e specifica, quella, cioè, da lesione dell'interesse legittimo⁹¹.

anche M. LIPARI, *D.lgs. 80/1998: le controversie "devolute" al giudice amministrativo*, in *Urb e App.*, 1998, 6, 591 rileva la singolarità e «*forse, la contraddittorietà*» della posizione assegnata dal legislatore alla norma, quasi occultata nel corpo dell'intervento di riforma. La disposizione è inserita nell'ambito di una delega avente per oggetto principale la correzione e l'integrazione del D. Lgs. n. 29/1993: *corpus* normativo, che non ha mai costituito la sede naturale della giurisdizione esclusiva amministrativa e che, comunque, non tocca, nemmeno indirettamente, le materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici.

La «*dispersione*» della norma in un contesto del tutto diverso da quello che le sarebbe stato congeniale, sarebbe, poi, accentuata dall'ulteriore circostanza che «*formalmente, la previsione dell'art. 11 non è configurata come espressione di un principio autonomo di delega, ma assume la fisionomia di un subcriterio, inserito nell'ambito dello stesso canone riferito alla giurisdizione ordinaria in materia di pubblico impiego.*»

Occorre sottolineare, in ogni caso, l'impreciso riferimento ai criteri di attuazione della delega, laddove la norma è diretta, semmai, ad individuare l'oggetto del potere legislativo trasferito al Governo. Il rilievo non è puramente stilistico, perché nell'art. 11 risulta indicato l'ambito oggettivo della delega, ma non emergono con altrettanta evidenza le modalità di attuazione dell'intervento riformatore.» Secondo l'Autore, quindi, la posizione sistematica della norma rivelerebbe la ragione essenziale e determinante dell'intervento: mentre la nuova giurisdizione amministrativa prescinde da qualsiasi contemporanea modifica di carattere sostanziale sulle stesse materie e non si accompagna ad altri significativi mutamenti del processo amministrativo, il motivo fondamentale e decisivo della riforma è invece puntualmente correlato, nello stesso disegno legislativo, soltanto al cambiamento dei compiti del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego. «*L'aggettivo "contestuale", posto all'inizio della norma di delega, non indica solo il nesso di ordine temporale con la nuova giurisdizione ordinaria sul pubblico impiego, ma riflette, anche e soprattutto, la spiegazione logica della riforma. La perdita del contenzioso sul pubblico impiego determina, per il giudice amministrativo, la disponibilità di nuove risorse, proficuamente utilizzabili per assorbire una parte della "domanda di giustizia", finora gravante sul giudice ordinario. Dunque, il legislatore afferma, in modo molto trasparente, che l'obiettivo principale (se non unico) della riforma è quello di riequilibrare i carichi di lavoro del giudice ordinario e di quello amministrativo, divenuti diseguali per effetto del trasferimento del contenzioso sul pubblico impiego.*»

⁹⁰ Sul punto I. FRANCO, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Dall'annullamento dell'atto lesivo al risarcimento*, Padova, 1999, p. 407, secondo il quale, a rigor di termini, la devoluzione della giurisdizione sulle controversie inerenti il risarcimento dovrebbe riguardare, testualmente, i diritti (patrimoniali consequenziali) e non gli interessi legittimi.

⁹¹ In altri termini, «*o si ritiene che la normativa sancisca detto principio relativamente alle sole materie attratte nella nuova giurisdizione esclusiva (ossia i servizi pubblici tutti, l'edilizia e l'urbanistica), con conseguente illogicità del permanere di un principio opposto, a parità di*

Si riteneva, cioè, che l'art. 35 del decreto di attuazione contenesse disposizioni di carattere essenzialmente processuale, con pochissime disposizioni sostanziali: il legislatore delegato si sarebbe limitato a prendere atto dell'orientamento giurisprudenziale già consolidatosi sul punto, consentendo tuttavia agli amministratori danneggiati - e questo sarebbe l'unico aspetto di novità - la possibilità di richiedere innanzi allo stesso giudice competente a conoscere della legittimità dell'atto ed all'interno del medesimo processo, la tutela risarcitoria successiva all'annullamento⁹².

posizioni, per gli interessi legittimi nelle altre materie di giurisdizione esclusiva, per non parlare del padre di tutti gli interessi legittimi, ossia quello sussumibile nella generale giurisdizione di legittimità; o per converso si ritiene che il D.Lgs. 80 abbia voluto esprimere una novità generale, anche nelle altre materie di giurisdizione esclusiva, per non parlare della giurisdizione di legittimità, nel qual caso tornerebbe a galla il tormentone della violazione della delega, limitata a certi settori specifici nuovi di zecca. In definitiva la disciplina in menzione lascia la patata bollente nelle mani dell'interprete (quello nuovo: il giudice amministrativo), forse nella recondita speranza che costui, essendo più profondamente a conoscenza delle cose amministrative, non abbia quel metus nei confronti dell'amministrazione che non poco ha remato contro l'abbattimento di steccati contraddistinti dall'inconfondibile sapore dell'anacronisticità». Così, R. GAROFOLI, F. CARINGELLA, cit.

Infine, secondo A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 1 ss. Il compito di disporre il risarcimento del danno ingiusto sarebbe stato assegnato al giudice amministrativo non già in tutte le ipotesi in cui è allo stesso riconosciuta una giurisdizione di tipo esclusivo ma solo in quelle indicate agli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/98.

⁹² L'allora capo dell'ufficio legislativo del ministero della funzione pubblica, F. PATRONI GRIFFI, *Non cambia il diritto sostanziale*, in *Italia Oggi*, 18 aprile 1998, ha precisato che le disposizioni in parola «hanno portata esclusivamente processuale. Nel senso che individuano il giudice competente a conoscere della lesione, stabilendo, innovativamente, che il giudice amministrativo conosce anche della domanda volta a conseguire il risarcimento del danno subito, ma non hanno alcuna portata innovativa sul piano sostanziale. In altri termini, il decreto delegato non si occupa, né poteva occuparsi, della diversa questione di quali siano le situazioni soggettive risarcibili. In forza dell'art. 35, dunque, non vi è riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo, ma la mera attribuzione al giudice amministrativo della competenza a conoscere delle questioni attinenti al risarcimento del danno in relazione al cattivo esercizio di pubbliche funzioni».

In altri termini, il legislatore si sarebbe limitato ad una mera operazione di attribuzione della competenza, senza affatto ritenere implicitamente risarcibili anche gli interessi legittimi.

Pertanto, nell'ambito delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex artt. 33 e 34 cit. (servizi ed urbanistica), sarebbe sempre necessario discriminare la posizione giuridica soggettiva concretamente azionata: se quest'ultima ha natura e consistenza di diritto soggettivo, il giudice amministrativo avrebbe il potere di condannare al risarcimento del danno, cosa che non potrebbe fare nel caso in cui la natura della pretesa azionata sia di interesse legittimo.

In contrario si osserva che l'art. 24 Cost. riconosce pari dignità e tutela agli interessi legittimi ed ai diritti soggettivi e tenuto conto che la stessa Corte costituzionale ha addirittura affermato che mediante gli interessi legittimi si ottiene una tutela sotto alcuni aspetti addirittura superiore (con lo strumento dell'eccesso di potere, il quale consente un sindacato più profondo sull'operato della pubblica amministrazione, nonché con l'utilizzo dello strumento cautelare), sarebbe paradossale che - al momento di stabilire le conseguenze che derivano dalla lesione di posizioni giuridiche soggettive - si debba fare di fronte allo stesso giudice amministrativo un distinguo tra diritti

Il riferimento operato dall'art. 35 al "danno ingiusto", imponeva un raffronto con l'art. 2043 c.c., raffronto che - operato nell'ambito della tradizionale interpretazione limitata alla tutela dei diritti assoluti - non avrebbe condotto a nessuna innovazione sostanziale. Se il legislatore avesse voluto estendere la tutela risarcitoria consequenziale anche alle lesioni di interessi pretensivi, si diceva, avrebbe dovuto evidenziarlo *apertis verbis*; invece, il legislatore si è occupato dei soli aspetti processuali, stabilendo la necessità del del *simultaneus processus*.

Peraltro, a sostegno di tale interpretazione, ancora una volta preclusiva di un ampliamento della tutela risarcitoria in favore degli interessi pretensivi, poteva addursi l'ulteriore rilievo per cui il rifiuto illegittimo di un provvedimento ampliativo della sfera degli amministrati, se caducato in sede giurisdizionale amministrativa, non avrebbe consentito affatto di configurare *ex se* un danno ingiusto, richiedendosi, in ogni caso - da parte dell'amministrazione chiamata a conformarsi al giudicato - la riedizione del potere in senso favorevole al privato. Così che, solo successivamente alla riapertura del procedimento ed al relativo esito positivo, confermandosi *a posteriori* che il privato aveva sin dall'origine una pretesa a conseguire il vantaggio negatogli in prima istanza, avrebbe potuto configurarsi un danno ingiusto da ritardo, il che non avrebbe affatto condotto all'operatività dell'art. 35 d.lgs. n. 80/98, introduttivo del meccanismo del *simultaneus processus*, che giustificava la sottrazione del relativo contenzioso in materia di responsabilità civile al suo giudice naturale.

In senso eminentemente contrario - e tuttavia sempre conducendo l'indagine interpretativa da un punto di vista formalista - poté osservarsi che l'asserita identità di formulazione tra l'art. 35 del decreto delegato e l'art. 2043 c.c., lungi dall'evidenziare una *voluntas legis* in linea col precedente orientamento⁹³, doveva

soggettivi (per i quali la tutela sarebbe assicurata in maniera piena attraverso il risarcimento del danno) ed interessi legittimi (nei cui confronti la tutela sarebbe dimidiata).

Peraltro, una tale interpretazione sarebbe in aperto contrasto con la giurisprudenza comunitaria (la quale, com'è noto, non conosce la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, ma che, per situazioni giuridiche soggettive le quali nel nostro ordinamento hanno natura di interesse legittimo, accorda la tutela risarcitoria).

⁹³ G. VIRGA, *Prime osservazioni sugli artt. 33/35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva*, in *Giust. amm. sic.*, 1998, p. 286 ss., ora anche all'indirizzo: http://www.lexitalia.it/articoli/virgag_riforme1.htm che l'orientamento esegetico contrario, sia pur autorevole, non sembra trovare conforto nel testo

invece essere inequivoca conferma della portata integrale ed onnicomprensiva della regola della risarcibilità. Tale asserzione era corroborata anche dal collegamento operabile tra la disposizione del decreto delegato e la formula utilizzata dalla legge di delega, potendovisi leggere l'intenzione di realizzare la riforma anche mediante la previsione di strumenti processuali diretti a consentire la risarcibilità degli interessi legittimi⁹⁴. Peraltro, in tal senso deponevano non solo l'espressa abrogazione, ad opera della legge stessa, dell'art. 13, l. n. 142/92 (espressiva della volontà di inglobarne il contenuto nella più ampia previsione di cui all'art. 35, ed escludendo, contestualmente, la previsione del doppio binario), che apprestava tutela risarcitoria alla lesione degli interessi legittimi pretensivi nel settore degli affidamenti di appalti pubblici, ma anche la scelta di devolvere il relativo contenzioso al giudice amministrativo in sede esclusiva; così da confermare l'intenzione di includere nella categoria giuridica del danno ingiusto risarcibile, anche quello consequenziale alla caducazione di provvedimenti illegittimi, lesivi di interessi pretensivi.

In tal senso sembrava, sia pur prudentemente, essersi mossa la stessa Corte Costituzionale⁹⁵ che, pur ribadendo la manifesta inammissibilità della questione di

del decreto legislativo, il quale va interpretato alla stregua del fondamentale canone secondo cui *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

⁹⁴ Secondo F. BENVENUTI, *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, cit., p. 529,530 la formula adottata dal legislatore delegato, seppur apparentemente restrittiva, non può non essere interpretata alla luce della disposizione devolutrice e comprendere, quindi, anche il caso della violazione di interessi legittimi; per G. VIRGA, o. l.u.c., dall'inciso della legge delega non può evincersi chiaramente che sia fatto divieto, nell'ambito della riforma del sistema della giustizia amministrativa, di riconoscere come risarcibile la lesione derivante da interessi legittimi. Una eventuale interpretazione diversa si porrebbe, d'altra parte, in contrasto con il dettato costituzionale (art. 24), come precisa anche F. BENVENUTI, *Interessi legittimi pari ai diritti soggettivi*, cit.: l'interpretazione restrittiva si porrebbe in contrasto con l'intervenuta abrogazione delle disposizioni devolventi al giudice ordinario le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma primo. Di contrario avviso, M. LIPARI, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui il dato posto alla base di questa opinione, costituito dall'espressione aspecifica utilizzata dalla norma di delega, si risolverebbe in una evidente forzatura del dato normativo. Sotto il profilo esegetico, raffrontando la dizione della legge di delega con la disposizione fondamentale racchiusa nell'art. 2043, c.c., è agevole rilevare che la controversia relativa al risarcimento del danno (privo di ulteriori specificazioni) va distinta dal presupposto sostanziale della domanda, costituito dall'ingiustizia del danno, con la conseguenza che la formula utilizzata dall'art. 11 è perfettamente coerente con quella dell'art. 2043, c.c. e non ne rappresenta affatto una correzione o una deroga.

⁹⁵ Il riferimento è alla sentenza della Corte Cost., 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro it.* 1998, I, p. 3485, con nota di R. CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale perde ancora tempo*; in *Giur. it.*, 1998, p. 1928, con nota di A. ANGELETTI, *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione*; in *Resp. Civ. prev.*, 1998, p. 966, con nota di M. PROTTO, *La responsabilità dell'amministrazione*

legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c. sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost., in relazione ad una questione di danno consequenziale all'annullamento del diniego illegittimo di una concessione edilizia, aveva intravisto proprio nel d.lgs. n. 80/98 un'apertura verso la soluzione positiva del problema della risarcibilità dei danni da lesione degli interessi legittimi, sia pure in quei settori rientranti nell'ambito della giurisdizione esclusiva.

Allontanandoci da un'interpretazione improntata ai soli canoni logici e sistematici e operando, invece, una lettura che tenga conto del quadro assiologico di riferimento, dunque in riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo, la

per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta; in Danno e resp., 1998, p. 827. con commento di G. P. MONATERI, La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospettive overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno.

Osserva in particolare, A. ANGELETTI, o. l. u. c., che occorre chiedersi se la disposizione citata apporti elementi di novità sul problema della risarcibilità degli interessi legittimi che avrebbero dovuto essere tenuti in considerazione dalla Corte Costituzionale. Se ci limitiamo a considerare la norma in questione la risposta dovrebbe essere negativa in quanto la stessa riguarda l'allargamento della sfera giurisdizionale del giudice amministrativo e non quella delle situazioni risarcibili. Però, se consideriamo le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva sulla base delle indicazioni contenute negli artt. 33 e 34, cui rinvia l'art. 35, può notarsi che talune di queste controversie riguardano ipotesi in cui vengono in questione situazioni di interesse legittimo. Ad esempio, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie "aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici e di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione della norma comunitaria o della normativa nazionale o regionale", oppure quelle di cui all'art. 34 secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia" (peraltro oggetto dell'ordinanza della Corte). Secondo l'Autore, quindi sembra *«inequivoco che il dato testuale ha ampliato non soltanto le ipotesi in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva ma anche le situazioni soggettive suscettibili di tutela risarcitoria, ricomprendendo tra di esse non soltanto i diritti ma anche gli interessi legittimi. Sembra poco proponibile infatti al riguardo la distinzione che il Consiglio di Stato ha introdotto anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva tra diritti ed interessi perché l'inequivocità del dato testuale (la lettera e) dell'art. 33) riguarda controversie in cui la situazione soggettiva lesa è tradizionalmente un interesse legittimo, mentre nell'ambito dell'art. 34 rientrano tutti "gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle Amministrazioni pubbliche" senza che vi sia una qualsiasi base normativa per escludere dalla tutela gli interessi legittimi. Data questa conclusione, ci si può chiedere allora se è caduto in toto il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi. Al riguardo si osserva che la Cassazione, ai fini di escludere la risarcibilità potrebbe utilizzare la stessa motivazione addotta per escludere l'applicabilità della norma di cui all'art. 13, n. 152/ 82 proprio in tema di danni causati da illegittimo diniego della concessione edilizia».*

Invece, secondo le Sezioni Unite, se il legislatore con la citata norma avesse sentito la necessità di prevedere il risarcimento dei danni per lesione di posizioni soggettive non espressamente descritte, ma in teoria riconducibili agli interessi legittimi, allora per questi ultimi, allo stato, non esiste in linea di principio tale tutela. Come si è già detto, l'argomentazione appare poco convincente: non è, infatti, in discussione l'esistenza di una regola (giurisprudenziale) che impedisce il risarcimento degli interessi legittimi, bensì è in discussione il permanere di una siffatta regola dopo che lo stesso legislatore - pur costretto da obblighi comunitari - aveva ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi rientranti nell'ambito degli appalti. Non è possibile, in altri termini, distinguere gli interessi legittimi a seconda del tipo di controversia.

devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di ogni controversia (demolitoria di atti illegittimi e risarcitoria dei danni consequenziali) insorta nelle materie individuate dal d.lgs. n. 80/98 è proprio espressione del fondamentale diritto di difesa, nonché attuazione del principio di effettività della tutela: non era, infatti, più ammissibile la grave carenza di idonei strumenti processuali in grado di offrire una tutela efficiente delle posizioni soggettive fatte valere in giudizio.

Il *simultaneus processus* sostituiva a percorso accidentato e svantaggioso del doppio binario di giurisdizione l'opposto criterio dell'unicità dell'organo giurisdizionale competente a sindacare ogni tipo di questione collegata ad una certa materia, mostrandosi attuativo del principio di effettività della tutela giurisdizionale. Tanto premesso, il sindacato sulla consequenziale questione circa la risarcibilità, doveva indiscutibilmente essere ammesso, conducendo la tesi contraria ad una chiara violazione del principio di ragionevolezza, nonché di eguaglianza.

Infatti, ove l'interesse legittimo venga identificato come probabilità di accedere al vantaggio richiesto, l'illegittimo rifiuto poteva già di per sé costituire oggetto di risarcimento consequenziale alla caducazione del provvedimento sfavorevole di rifiuto, *sub specie* di pregiudizio economico connesso al venir meno di un vantaggio già presente nel patrimonio, senza che fosse a ciò necessario attendere l'esito del nuovo procedimento amministrativo di riesame dell'istanza originariamente respinta.

Orbene, l'art. 35 nell'estendere al comma 1, la giurisdizione ad ogni tipo di appalto di lavori, servizi e forniture, e contestualmente abrogando, al comma 5 la previsione della legge n. 142/92, aveva inteso mantenere la regola della risarcibilità dell'interesse pretensivo violato in quel settore, trasferendo la relativa cognizione dal giudice ordinario a quello amministrativo. Tale operazione di riordino non poteva non riguardare anche le ulteriori materie: a parità di situazione soggettiva fatta valere (pur sempre di interesse legittimo pretensivo), sarebbe risultata difficilmente sostenibile l'interpretazione di una stessa previsione normativa che ammettesse o negasse tutela risarcitoria di quella particolare situazione soggettiva in funzione della materia coinvolta (non potrebbe, infatti,

differire l'illegittimo diniego di aggiudicazione di un appalto dall'illegittimo rifiuto di un titolo abilitativo edilizio).

Peraltro, un'analisi della previsioni costituzionali sulla giurisdizione non avrebbe tanto dovuto porre la questione di stabilire se, accanto ai diritti soggettivi, fosse lecito ammettere al beneficio del risarcimento anche l'interesse legittimo, quanto, piuttosto, avrebbe potuto condurre a restringere l'ambito di applicazione dell'art. 35, primo comma, alla tutela risarcitoria per la sola lesione di interessi legittimi.

Sul punto intervenne, infatti, poco dopo, la Corte Costituzionale, dichiarando incostituzionale l'art. 35 per eccesso di delega⁹⁶ poiché l'unico risarcimento del danno che il giudice amministrativo è legittimato a conoscere è quello che consegue alla lesione di interessi legittimi, di cui è giudice naturale per espresso dettato della Costituzione, sì che l'art. 11 della legge di delega doveva essere interpretato restrittivamente⁹⁷.

Al di là del dato formalistico, nella pronuncia della Corte, è possibile rinvenire,

⁹⁶ Corte Cost., 17 luglio 2000, n. 292, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2491, secondo cui «l'art. 33, comma 1, del decreto legislativo n. 80 del 1998, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, eccedendo i limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi, e non si è limitato ad estendere la giurisdizione amministrativa, nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva, alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno». In commento, A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2400 ss. riferisce che la dottrina più attenta, già nei primi interventi sul d. lgs. n. 80/98, aveva cura di segnalare immediatamente lo sfondamento della delega. Ma nel senso che il giudizio di costituzionalità in parola avrebbe contribuito a negare la possibilità che dalla norma inclusa nell'art. 35 si potesse derivare la risarcibilità degli interessi legittimi, limitandosi la disposizione stessa a spostare innanzi al giudice amministrativo controversie che appartenevano al giudice ordinario, L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 1674. Può, di contro, osservarsi che in seguito, con la sentenza 204/2004 la Corte costituzionale ha avuto modo di rendere un'interpretazione "autentica" della propria posizione assunta, affermando l'inammissibilità di qualsiasi intervento legislativo che trasformi il giudice amministrativo in un giudice ordinario della pubblica amministrazione e dichiarando costituzionalmente necessaria la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, che trova fondamento direttamente nell'art. 24 della Costituzione. Vedi, infatti, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 443 ss., ove si afferma che l'interpretazione restrittiva della legge delega data dalla Corte chiarisce ancor di più che il risarcimento del danno che il giudice amministrativo è autorizzato a liquidare è proprio quello che consegue alla lesione di interessi legittimi: ossia delle sole situazioni soggettive che, in base all'art. 11, comma, l. n. 59/97, il giudice amministrativo è abilitato a conoscere, quanto meno in prima battuta.

⁹⁷ Tuttavia, gli effetti potenzialmente nefasti della decisione Corte cost. 292/2000 sono stati in seguito neutralizzati dalla l. 21 luglio 2000 n. 205 che, sostanzialmente riproducendo, all'art. 7, il testo degli artt. 33 e 34, ha eliminato in radice ogni ipotesi di eccesso di delega. È indicativo che la l. 21 luglio 2000 n. 205, entrata in vigore il 10 agosto 2000, sia stata approvata dal Parlamento proprio nei giorni, o giù di lì, in cui veniva depositata la sentenza della Corte costituzionale.

in punto di giurisdizione, un'idea ben definita che anticipa quello che sarà poi l'approdo definitivo della fondamentale sentenza n. 204/04: estendere le maglie applicative della norma coniata dal legislatore delegato anche alle situazioni di diritto soggettivo, che sorgono quando la P.A. operi in assenza di poteri amministrativi o adottando atti paritetici, significherebbe sottrarre surrettiziamente le posizioni di diritto al suo giudice naturale in aperto contrasto con gli articoli 25 e 113 della Costituzione.

La pronuncia precede anche l'assetto normativo che sarà portato a compimento con la L. n. 205/2000. Prima di allora, tuttavia, l'opinione largamente dominante rimase quella di considerare l'art. 35, d.lgs. n. 80/98 come norma di settore, operativa solo nelle materie specificate dal decreto stesso, che attribuiva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le questioni risarcitorie che, alla stregua del diritto vivente, erano esclusivamente quelle derivanti dalla lesione di un diritto soggettivo.

8. La rivoluzione giurisprudenziale delle Sezioni Unite. Analisi delle ragioni che conducono la giurisprudenza di legittimità al ripensamento del secolare dogma e prime considerazioni critiche sugli elementi costitutivi del fatto illecito della pubblica amministrazione così come delineati nella storica sentenza 22 luglio 1999, n. 500.

L'esigenza di tutela si mostrò in tutta la sua urgenza, evidenziando la stridente incongruenza presente nell'ordinamento, già alla luce del citato art. 32 della L. n. 109/94 sui lavori pubblici ma soprattutto dopo che per un ampio numero di controversie il decreto delegato n. 80 aveva ammesso, come si è visto, la risarcibilità degli interessi legittimi, sebbene nei limiti già descritti⁹⁸.

⁹⁸ Il disagio si era già manifestato ed espresso nell'ordinanza 165/1998 (in Foro it., 1998, 3485). Il Giudice remittente aveva dubitato della legittimità costituzionale dello *jus receptum* in giurisprudenza, per cui si riconosceva il risarcimento in caso di interessi oppositivi - ossia ove venga in rilievo il fenomeno tutto italiano dell'affievolimento del diritto (e ciò in quanto l'annullamento del provvedimento che ha affievolito o degradato il diritto soggettivo ne comporta il ripristino ex tunc come se non fosse venuto mai meno, permettendo così l'azione risarcitoria - ma si negava detta tutela in caso di interesse legittimo pretensivo, ossia di diritti fievoli *ab origine*, ove non si delinea tale meccanismo di retroazione. Il Giudice, alla luce dell'omogeneità delle situazioni, aveva ravvisato un contrasto con gli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione «*in quanto non sembra che fra le situazioni delle quali si nega la risarcibilità e quelle nelle quali la si riconosce*

La concezione dell'interesse pubblico come prevalente sull'interesse privato rispondeva ad una visione autoritaria di stampo ottocentesco dell'amministrazione pubblica non più ammissibile né conciliabile con l'evolversi del sistema giuridico, frutto di un diverso rapporto tra governanti e governati: preciserà la Corte nella sentenza che ora si va ad esaminare, che *«una siffatta isola di immunità e di privilegio (...) mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia»*.

I tempi erano oramai maturi per l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite: con sentenza del 22 luglio 1999, n. 500, la Suprema Corte di Cassazione ammette definitivamente la risarcibilità generalizzata dell'interesse legittimo, ponendo così fine ad un dibattito durato più di mezzo secolo, attraverso la revisione critica e il superamento dei propri precedenti orientamenti.

Le ragioni del formarsi e progressivo consolidarsi di un principio così resistente e pervicacemente radicato nella stessa giurisprudenza di legittimità vengono analizzate dalle Sezioni unite, quasi che il prendere le distanze da una regola così

sussistano differenze tali da giustificare una siffatta disparità di trattamento». *«L'unica peculiarità del fenomeno del così detto affievolimento»* si legge ancora nell'ordinanza *«è costituito dal fatto che il medesimo è substrato sostanziale e nello stesso tempo tutelato come interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione e come diritto soggettivo nei confronti di tutti gli altri soggetti, per cui la lesione dell'interesse legittimo non comporta inevitabilmente la lesione del diritto soggettivo»*.

L'ordinanza di risposta della Corte Costituzionale in realtà dichiara l'inammissibilità della questione in relazione al caso concreto, per non essersi verificato *«il presupposto in ogni caso necessario alla configurazione di una responsabilità dell'amministrazione in conseguenza di un atto amministrativo, cioè l'accertamento della illegittimità dell'atto o del comportamento dell'amministrazione, che la medesima ordinanza sottolinea essere ancora all'esame del giudice amministrativo di primo grado in sede di ricorso per l'annullamento»*. In particolare, si sottolinea che *«la previa definizione della controversia sulla illegittimità dell'atto di diniego della concessione edilizia (attività provvedimento devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) costituisce - in mancanza di diversa regolamentazione del legislatore, anche se è stata auspicata una unificazione per evitare una duplicità di giudizi con competenza bipartita - un indispensabile antecedente logico giuridico (v. art. 13 della legge n. 142 del 1992) dal quale dipende la decisione della causa»* e *«che di conseguenza la dichiarata rilevanza della questione è meramente ipotetica, e non attuale, essendo prematuro il dubbio di legittimità costituzionale: per applicare l'art. 295 del c.p.c. - come prospetta il giudice a quo - in attesa della risoluzione della controversia amministrativa, non doveva, infatti, necessariamente essere affrontato e risolto in via preliminare il dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c., anche perché - secondo la valutazione dello stesso giudice rimettente - si configuravano nel contempo posizioni di diritti soggettivi coesistenti con interessi legittimi»*. Il problema era avvertito anche dalla giurisprudenza di legittimità - soprattutto nel settore urbanistico-edilizio - dove si evidenziava *«l'inadeguatezza dell'indirizzo interpretativo sul danno ingiusto»* (Cass. sez. I, 3 maggio 1996, n. 4083) e che *«il problema di ordine generale richiede prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della pubblica amministrazione»* (Sentenza n. 85/1980 della stessa Sezione).

strenuamente difesa implicasse una *via crucis*, un doloroso travaglio che, dopo l'ammissione di colpa, conducesse alla salvezza dell'anima.

La Corte, quindi, nell'analisi delle ragioni ostative all'ammissibilità del risarcimento dell'interesse legittimo, individua le ragioni del dogma in due aspetti. Il primo, si diceva, è di carattere formale (o meglio processuale): il peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della pubblica amministrazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo e caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela. Infatti, il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l'atto lesivo dell'interesse legittimo, ma non può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli interessi legittimi.

L'altro e concorrente motivo ostativo è di carattere sostanziale ed è individuato nella tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. che considera "danno ingiusto" soltanto la lesione di un diritto soggettivo, sul presupposto che l'ingiustizia del danno, che l'art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, vada intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*; *non iure*, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; *contra ius*, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto.⁹⁹

La prima problematica era già stata affrontata dalle Sezioni unite, ma in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, dichiarando costantemente il difetto

⁹⁹ Si cfr., Cass. Civ. sentt. n. 4058/69; n. 2135/72; 5813/85; n. 8496/94, relativa al caso in cui la banca che (dolosamente o anche solo colposamente) sottrae la provvista alla sua destinazione funzionale in violazione della legittima aspettativa del beneficiario dell'assegno incorre in reato, pertanto si configura la lesione di un diritto soggettivo (e non di credito); n. 1540/95, secondo cui «quando il danno deriva dalla perpetrazione di un reato, l'obbligo di risarcirlo non richiede necessariamente che il pregiudizio risentito dalla vittima sia qualificabile come violazione di un suo diritto soggettivo, come è, invece, necessario, ex art. 2043 C.C., per tutti gli altri fatti illeciti, secondo quanto attualmente ritenuto dalla giurisprudenza prevalente».

assoluto di giurisdizione del giudice ordinario, argomentando che sarebbe esaurita la tutela erogabile in virtù dell'ordinamento, atteso che il giudice amministrativo aveva ormai fornito la tutela rimessa la suo potere, mentre davanti al giudice ordinario non poteva essere proposta domanda di risarcimento del danno da lesione di posizione avente la consistenza dell'interesse legittimo, non essendo prevista dall'ordinamento, alla stregua del quale doveva essere vagliata la pretesa secondo il criterio del c.d. *petitum* sostanziale l'invocata tutela, perché riservata, ai sensi dell'art. 2043 c.c., ai soli diritti soggettivi.¹⁰⁰ Parallelamente, nella diversa ipotesi in cui la pretesa risarcitoria fosse stata azionata davanti al giudice ordinario prima di aver ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'atto lesivo, la giurisprudenza delle Sezioni unite, invece, dichiarava la giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che di fronte al provvedimento autoritativo venissero in rilievo solo interessi legittimi, esclusi appunto dalla cognizione del giudice ordinario.¹⁰¹

¹⁰⁰ In tal senso, Cass. Civ. sentt. n. 1484/81; n. 4204/82; n. 6776/83; n. 5255/84; n. 436/88, secondo cui, lapidariamente, «Non è, infatti, configurabile sotto alcun profilo un diritto al risarcimento di danni per lesione di interessi legittimi; per cui, l'azione risarcitoria non è proponibile presso nessun organo giurisdizionale e l'esercizio di essa comporta la declaratoria del difetto assoluto di giurisdizione»; n. 2723/91, in tema di impiego pubblico, ove si rileva che «Il ricorrente aveva dichiarato che l'azione da lui proposta concerneva invece la lesione di un "diritto, patrimoniale consequenziale". In realtà, però, egli ha fatto valere la lesione di un interesse legittimo; ma per costante giurisprudenza una lesione siffatta non può dar luogo a pretese risarcitorie. È stato, infatti, costantemente affermato che l'illegittimità degli atti della Pubblica Amministrazione, se non incide su un diritto soggettivo già esistente, non dà luogo a risarcimento del danno», dichiarando quindi il difetto di giurisdizione per improponibilità della domanda, «secondo la formula prevalentemente adottata in casi del genere», specifica la successiva sent. n. 4944/91.

¹⁰¹ Su cui, v. Cass. civ. sentt. n. 1917/90, che, sul delicato tema delle decisioni assunte dal Comune in contrasto con precedenti convenzioni di lottizzazione, puntualizza: «Questa Corte ha già ripetutamente chiarito (v. sent. n. 3541-1982, n. 2433-1983, n. 1157-1984, n. 2567-1984, n. 580-1985, n. 665-1986, n. 307-1987) che le cosiddette convenzioni edilizie stipulate nell'ambito dei piani di lottizzazione ad iniziativa privata di cui all'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 nel testo modificato dalla legge 6 agosto 1967, n. 765, pur avendo natura contrattuale con effetti vincolanti anche nei confronti del Comune, non possono in alcun modo interferire sulle potestà pubblicistiche spettanti all'Ente in materia di disciplina dell'assetto del territorio e di regolamentazione urbanistica, sicché, ove tali potestà vengano esercitate, i diritti derivanti dalla convenzione degradano a meri interessi legittimi che abilitano il soggetto soltanto all'impugnativa dei provvedimenti pregiudizievoli in sede giurisdizionale amministrativa, l'azione risarcitoria da lesione dei diritti soggettivi potendosi proporre solo a seguito dell'annullamento dei provvedimenti stessi.

È necessario ulteriormente precisare che ove venga richiesto il risarcimento dei danni derivati dal provvedimento della P.A. che si assuma illegittimo, la disapplicazione dell'atto che il richiedente invochi a tal fine, in quanto costituisce ragione diretta del *petitum* e non attiene soltanto ad un presupposto del quale il giudice debba conoscere incidenter tantum, equivale a domanda di annullamento dell'atto stesso, la quale rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo. Né può avere rilievo di per sé il *petitum*, ossia il risarcimento del danno, che

Le Sezioni unite, rivedendo la propria posizione, ritengono che la questione, invece, attenga al merito e non alla giurisdizione. Infatti, si rileva nella sentenza, con la proposizione di una domanda di risarcimento la parte istante fa valere un diritto soggettivo, sì che la domanda va proposta al giudice ordinario, che, in linea di principio, è giudice dei diritti (a parte i casi di giurisdizione esclusiva), al quale spetta stabilire, giudicando nel merito, sia se tale diritto esista e sia configurabile, sia se la situazione giuridica soggettiva dalla cui lesione la parte sostenga esserle derivato danno sia tale da determinare, a carico dell'autore del comportamento illecito, l'insorgere di una obbligazione risarcitoria.¹⁰² Nondimeno, la persistente

come effetto consequenziale può chiedersi soltanto a seguito dell'annullamento dell'atto. Devesi dunque dichiarare il difetto di giurisdizione dell'A.G.O. e la giurisdizione del Giudice amministrativo»; n. 8586/91; n. 2857/92; n. 10800/94, in Foro It., 1991, I, p. 3050 ss.; n. 5520/96, in Dir. e Giur. Agr., 1997, p. 319 ss.

¹⁰² Sul punto, vale la pena riportare l'interessante sentenza della Cass. civ. n. 10453/97, in Resp. Civ. e Prev., 1998, 397 nota di R. CARANTA, che giustamente osserva: «Le sezioni unite - in precedenti occasioni - hanno affermato il principio che, quando è proposta domanda di risarcimento del danno, la competenza giurisdizionale a conoscere di tale domanda spetta in linea di principio al giudice ordinario. La parte che domanda il risarcimento del danno fa infatti valere in giudizio un diritto soggettivo. Stabilire se la parte abbia il diritto dedotto in giudizio appartiene alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario: ciò, anche quando conoscere della domanda richieda di accertare se la situazione giuridica soggettiva, dalla cui lesione la parte sostiene le sia derivato il danno, sia tale da determinare, per l'autore del comportamento illegittimo, il sorgere di un'obbligazione di risarcimento. Tale accertamento attiene al merito della domanda, si risolve nello stabilire se il diritto dedotto in giudizio sussiste oppure no.

L'orientamento giurisprudenziale appena richiamato non è stato peraltro sin qui univocamente seguito dalle Sezioni unite. Decisioni anche successive a quelle richiamate hanno infatti affermato che il giudice ordinario non ha giurisdizione sulla domanda di risarcimento, se la situazione giuridica soggettiva lesa ha consistenza di interesse legittimo e l'ordinamento non attribuisce alla parte sacrificata anche il diritto al risarcimento del danno (Cass. 2 aprile 1996 n. 3030; 1 febbraio 1997 n. 976; 2 giugno 1997 n. 4903). Le sezioni unite ritengono tuttavia che la questione della natura della situazione soggettiva lesa e della sua idoneità a connotare il pregiudizio come danno risarcibile si presti ad essere considerata aspetto di una questione attinente alla giurisdizione, solo quando conoscere di quella situazione soggettiva spetti ad un giudice speciale dotato di giurisdizione esclusiva: in questo caso, infatti, si pone il problema se conoscere della domanda rientri nella giurisdizione del giudice ordinario o del giudice speciale (così, ad esempio, nei casi decisi da Cass. 21 dicembre 1996 n. 11483; 13 febbraio 1997 n. 4903). Quando per contro la questione della natura della situazione soggettiva lesa è sollevata per trarne come conseguenza che l'ordinamento non attribuisce diritto al risarcimento del pregiudizio risentito dalla parte, si fa una questione che attiene al merito e non alla giurisdizione.

Non accettare questa impostazione significa infatti avallare la conseguenza che le parti, con il mezzo del regolamento di giurisdizione, possono ottenere che le sezioni unite non già statuiscano sulla giurisdizione, individuando il giudice cui compete decidere sulla domanda, ma pronuncino sulla domanda, sostituendosi al giudice di merito, nel negare od affermare l'esistenza del diritto dedotto in giudizio.

Tornerebbe a profilarsi, come questione di giurisdizione, quella di improponibilità della domanda per mancanza di una norma che configura come diritto la concreta pretesa dedotta in giudizio: impostazione che però è stata in linea teorica rifiutata dalle sezioni unite a partire dalla sentenza 15 giugno 1987 n. 6256. L'affermazione contenuta nella sentenza appena richiamata, di lì in poi costantemente ripetuta sia pure con riguardo alle sole controversie tra privati, non vale meno da un punto di vista logico quando la controversia vede contrapposta al privato una

vigenza del principio secondo cui la risarcibilità ex art. 2043 c.c. è circoscritta al solo danno da lesione di diritti soggettivi, conduce inevitabilmente ad una decisione sfavorevole - nel merito - al privato.

Ecco perché il nocciolo della questione è proprio il tradizionale orientamento interpretativo sull'ambito applicativo dell'art. 1043 c.c., orientamento che il mutato contesto sociale impone a revisione. Peraltro, l'orientamento restrittivo era già stato sostanzialmente disatteso più volte, in una progressiva erosione del principio che ha quindi condotto al crollo del "muro della irrisarcibilità".

Il primo significativo passo in tale direzione è rappresentato, lo si accennava, dal riconoscimento della risarcibilità non soltanto dei diritti assoluti, come si riteneva tradizionalmente, ma anche dei diritti relativi;¹⁰³ quindi è stata la volta del riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, «*che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo*»: è il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni,¹⁰⁴ ed in relazione al quale è stata affermata, tra l'altro, la risarcibilità

pubblica amministrazione e sia in questione l'esercizio da parte di questa di poteri autoritativi. Anche la questione consistente nello stabilire quale sia la natura della situazione giuridica soggettiva lesa e se il pregiudizio derivato da tale lesione costituisca un danno risarcibile richiede di risolvere una questione che attiene alla esistenza nell'ordinamento di una norma che, nel presupposto di dati fatti, attribuisce il diritto dedotto in giudizio, nella specie il diritto al risarcimento del danno. E ciò richiede, di volta in volta, un giudizio, che, come ogni altro caso, deve essere prima di tutto compiuto dal giudice di merito e che consiste nel valutare, nell'ambito di un'interpretazione sistematica, se la norma che tutela la situazione giuridica soggettiva lesa valga a connotare come ingiusto il danno di cui è domandato il risarcimento e dunque se il diritto dedotto in giudizio sussiste.; n. 1096/98; ma già in precedenza, per l'affermazione che si tratta di questione di merito e non di giurisdizione, v. sentt. n. 6667/92; n. 8836/94; n. 5477/95; n. 1030/96.

¹⁰³ Ci si riferisce alla già citata sentenza n. 174/71, alla quale si deve la prima affermazione del principio, successivamente ribadita da varie pronunce, che esprimono un orientamento ormai consolidato.

¹⁰⁴ Ad esempio, Cass. civ. sent. n. 4755/86, in *Nuova Giur. Civ.*, 1987, I, p. 386 ss. con nota di M. LIBERTINI sostiene che: «*Mentre, invero, con le norme repressive dell'illecito concorrenziale il legislatore protegge il diritto a determinati comportamenti negativi di altri soggetti qualificati, precisamente il diritto a ottenere che ciascun imprenditore non si avvalga verso gli altri di mezzi scorretti nell'esercizio della sua attività economica, con la norma generale sulla repressione dell'illecito aquiliano (art. 2043 c.c.) tutela invece, il diritto di ogni cittadino alla propria integrità patrimoniale, che viene lesa dallo stesso comportamento illegittimo.*

Non sembra fondata, pertanto, la censura delle ricorrenti circa la mancata definizione di tale diritto nel provvedimento impugnato, poiché attraverso le considerazioni svolte dai giudici sulla diminuita capacità di guadagno derivante dalla menomazione della reputazione del prodotto e, di riflesso, del prestigio dell'impresa, si desume con sufficiente chiarezza che, secondo la Corte d'appello, proprio il diritto assoluto alla tutela della sfera patrimoniale del produttore è stato vulnerato dai rivenditori.»; nonché, sentt. n. 1147/92, in *Foro It.*, 1993, I, 3359 nota di V. ROPPO;

del danno da perdita di *chance*, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni.¹⁰⁵ Ma ancor più significativo è stato il riconoscimento della risarcibilità della lesione di legittime aspettative di natura patrimoniale nei rapporti familiari¹⁰⁶, ed anche nell'ambito della famiglia di fatto.

Con specifico riferimento all'interesse legittimo, invece, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato incoerentemente restrittivo, preferendosi la soluzione per cui alcune figure di interesse legittimo subivano una trasfigurazione in diritti soggettivi, con conseguente apertura dell'accesso alla tutela risarcitoria a questi ultimi tradizionalmente riservata.

L'operazione è stata possibile focalizzando l'attenzione sull'interesse materiale sotteso (o correlato) all'interesse legittimo, considerata l'evoluzione per cui l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale - quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo - del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno, sì che in riferimento alle diverse forme della protezione, si distingue tra "interessi oppositivi" ed "interessi pretensivi", secondo che la protezione sia attribuita al fine di evitare un provvedimento sfavorevole ovvero per ottenere un provvedimento favorevole: i primi soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto; i secondi istanze di sviluppo della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto.

La tecnica adoperata per rispondere all'esigenza di tutela e consentire l'espansione dell'ambito applicativo dell'art. 2043 c.c. è stata quella di elevare determinate figure di interessi legittimi (diversificate per contenuto e forme di protezione) a diritti soggettivi.

n. 3903/95 in *Società*, 1995, 12, p.1544 ss.con nota di P. BALZARINI, *Illecito del terzo: esclusione del risarcimento a favore dei singoli soci*.

¹⁰⁵ Su cui, v. Cass. civ. sent. n. 6657/91, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, II, 424 ss.; nonché, sentt. n. 781/92; n. 4725/93.

¹⁰⁶ Cass. civ. sentt. n. 4137/81; n. 6651/82; n. 1959/95; e, nella famiglia di fatto, sent. n. 2988/94, in *Giur. It.*, 1995, I,1, p. 1366 ss.

Ciò si è verificato nel momento in cui si è ammessa la risarcibilità del c.d. diritto affievolito, e cioè dell'originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che sia stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo, sì che si tratta di tutelare gli interessi legittimi "oppositivi".¹⁰⁷ Ed analoga considerazione vale in relazione all'ipotesi (sviluppo di quella precedente) della c.d. riespansione, della quale beneficia anche il diritto soggettivo (non originario ma) nascente da un provvedimento amministrativo, qualora sia stato annullato il successivo provvedimento caducatorio dell'atto, fonte della posizione di vantaggio.¹⁰⁸

Emergeva, quindi, un assetto giurisprudenziale caratterizzato dalla limitazione della tutela piena (di annullamento e, successivamente, risarcitoria, nelle due diverse sedi) ai soli interessi legittimi oppositivi, elevati a diritti soggettivi mediante operazioni di trasfigurazione, con esclusione, quindi, degli interessi legittimi pretensivi,¹⁰⁹ anche se erano state individuate alcune ipotesi nelle quali

¹⁰⁷ Anche questa ipotesi si inquadra nella tutela di un interesse legittimo oppositivo, considerando che il provvedimento illegittimo estingue il diritto soggettivo, ed il privato riceve tutela grazie alla facoltà di reazione propria dell'interesse legittimo, prima davanti al giudice amministrativo, per l'eliminazione dell'atto, e successivamente davanti al giudice ordinario, che dispone del potere di condanna al risarcimento, per la riparazione delle ulteriori conseguenze patrimoniali negative.

¹⁰⁸ Tra le più rilevanti decisioni che accolgono tale ricostruzione, possono ricordarsi le sentt. n. 5145/79; sent. n. 2443/83; sent. n. 656/86; sent. n. 2436/97; sent. n. 3384/98, secondo cui: «l'iscrizione all'Albo, l'Amministrazione dispone ancora di un potere discrezionale di controllo, in presenza di determinati presupposti, normativamente previsti, che degradano la posizione soggettiva del privato in una di interesse legittimo. Ma, come si è già rilevato, per questi provvedimenti, intervenuti in costanza di iscrizione all'Albo - quando cioè l'iscritto è ormai titolare del diritto soggettivo, in virtù del quale può esportare prodotti all'estero - se concretizzano l'illegittima interruzione dell'attività imprenditoriale, l'amministrazione risponde dei danni che ha cagionato con il suo provvedimento illegittimo e una domanda di risarcimento non può che appartenere alla giurisdizione del giudice ordinario».

Anche in tal caso, il privato, una volta acquisita in forza del provvedimento amministrativo (di concessione, autorizzazione, licenza, ammissione, iscrizione e così via) la posizione di vantaggio, risulta titolare di un interesse legittimo oppositivo alla illegittima rimozione della detta situazione, del quale si avvale utilmente sia per eliminare l'atto, sia per ottenere la reintegrazione dell'eventuale pregiudizio patrimoniale sofferto (rivolgendosi in successione ai due diversi giudici, poiché nessuno dei due è titolare di giurisdizione piena: ed è palese la macchinosità del sistema che, di regola, richiede tempi lunghissimi).

¹⁰⁹ È questo il caso, emblematico, della c.d. aspettativa edilizia: la giurisprudenza della Cassazione, infatti, dopo aver ravvisato nello *ius aedificandi* una posizione di diritto soggettivo (cfr. sentt. n. 1324/61; n. 800/63), ha successivamente qualificato come interesse legittimo (pretensivo) la posizione del privato che aspiri al rilascio della licenza edilizia; posizione che non muta la sua originaria consistenza anche nel caso in cui il provvedimento di diniego venga annullato, poiché l'eliminazione dell'atto negativo riproduce la situazione preesistente, suscettiva di evolversi in senso favorevole o sfavorevole in relazione all'esercizio del potere amministrativo di accogliere o disattendere le istanze di sviluppo della sfera giuridica dell'istante.

era stata riconosciuta la risarcibilità di interessi legittimi pretensivi: si tratta di casi degli interessi legittimi pretensivi lesi da fatto - reato e da quelle ipotesi di interesse legittimo pretensivo sorto nei rapporti interprivati.¹¹⁰

Il principio, insomma, era meno consolidato di quello che appariva.

Inoltre, sul piano legislativo, i ricordati interventi concorrevano ad avvallare il mutamento d'opinione. Sebbene la giurisprudenza avesse in un primo momento attribuito carattere eccezionale alla normativa di derivazione comunitaria che attribuiva tutela risarcitoria alle posizioni di interesse legittimo, alla luce degli ulteriori interventi normativi per cui il legislatore si è mosso nel senso del superamento del tradizionale sistema di riparto fondato sulla posizione giuridica soggettiva in favore di un criterio basato sulla materia¹¹¹, la Cassazione ha

¹¹⁰ Ad esempio, nel caso esaminato da Cass. civ. sent. n. 1540/95, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 2395 ss., relativa ad ipotesi di aspettativa di avanzamento di carriera da parte di pubblico dipendente, frustrata da procedure concorsuali irregolari nelle quali era stata ravvisata ipotesi di reato: in tal caso il limite tradizionale dell'art. 2043 c.c. è stato superato applicando l'art. 185 c.p., che non richiede l'ingiustizia del danno.

¹¹¹ Tra gli ulteriori tentativi di ampliamento della responsabilità civile della P.A. per danni conseguenti all'esercizio illegittimo della funzione pubblica, si è già ricordato l'art. 32 della legge n. 109 del 1994, recante la previsione del rimedio risarcitorio, nelle forme di cui al più volte citato art. 13 della legge n. 142 del 1990, in materia di appalti pubblici, ma non realizzato, perché la legge fu successivamente sospesa e la norma venne poi sostituita dall'art. 9-bis del d.l. n. 101 del 1995, introdotto dalla legge di conversione n. 216 del 1995, che non confermò il rimedio. Merita un cenno anche l'art. 5, comma 8, del d.l. n. 101 del 1993, che prevedeva la responsabilità del soggetto responsabile del procedimento per i danni arrecati al singolo per il ritardo nel rilascio della concessione edilizia, ma che non trovò conferma nella legge di conversione n. 493 del 1993 (un esauriente catalogo degli interventi legislativi, non approdati ad esito positivo, è racchiuso nell'ord. n. 165 del 1998 della Corte costituzionale, che ne sottolinea comunque la natura settoriale).

Non varrebbe, comunque, opporre che si tratta di iniziative che, per varie ragioni, non hanno avuto realizzazione, poiché anche tali interventi, anche solo tentati, dimostrano l'esistenza di una situazione in via di evoluzione, contrassegnata dalla consapevolezza del legislatore circa l'inadeguatezza della soluzione offerta dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica.

In tale quadro evolutivo si inserisce appunto, la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998, con il quale è stata data attuazione alla delega contenuta nell'art. 11, comma 4, lettera q), della legge n. 59 del 1997, che aveva previsto la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti della P.A. (già attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), e la contestuale estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle concernenti il risarcimento dei danni, in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici. L'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 (che ha sostituito l'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993) ha invero devoluto al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la quasi totalità delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (già riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), con potere di disapplicazione, in via incidentale, degli atti amministrativi presupposti, se illegittimi (con esclusione della c.d. pregiudizialità amministrativa nel caso di contemporanea pendenza del giudizio di impugnazione dell'atto davanti al giudice amministrativo: art. 68, comma 1, nel nuovo testo), e di adozione di tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi, estintivi e di condanna (art. 68, comma 2, nel

conseguentemente potuto rivedere il proprio orientamento.

Le innovazioni legislative, può rilevare la Cassazione, hanno inciso in modo significativo sul tema della risarcibilità degli interessi legittimi, sia sotto il profilo strettamente processuale, concernente il riparto delle competenze giurisdizionali, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto coinvolge il generale tema dell'ambito della responsabilità civile ex art. 2043 c.c.

Sotto il primo aspetto può da subito osservarsi che l'opzione a favore di una estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, per la cui individuazione rileva la materia e non già la qualificazione della posizione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo, determina una sensibile attenuazione della generale rilevanza della distinzione tra le due figure (che pur permane nei settori non coperti dalla giurisdizione esclusiva); in secondo luogo, la scelta, compiuta dal legislatore, di realizzare davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, con cognizione estesa indifferentemente agli interessi legittimi ed ai diritti soggettivi, in riferimento a vasti e rilevanti settori della vita sociale ed economica (i pubblici servizi, l'urbanistica e l'edilizia), la concentrazione di una tutela potenzialmente esaustiva per la posizione soggettiva lesa dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, sembra implicare la volontà di equiparare, quanto a tutela giurisdizionale, le due posizioni (che, è bene

nuovo testo). A loro volta gli artt. 33 e 34 hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi (art. 33), nonché quelle aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia (art. 34), mentre l'art. 35, comma 1, ha stabilito che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del "danno ingiusto" (secondo modalità disciplinate dal comma 2).

Risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione fondato sulla dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo, in favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia. In particolare, per quanto concerne il giudice amministrativo, viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva su determinate materie (di rilevante interesse sociale ed economico): nuova (rispetto a quella preesistente) perché nel contempo esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti, e piena, in quanto non più limitata all'eliminazione dell'atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell'atto, perché comprensiva del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (prima precluso dall'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che riservava al giudice ordinario, anche nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le questioni relative ai diritti patrimoniali consequenziali, comunemente identificati con il risarcimento del danno, e che è stato abrogato in tale parte dall'art. 35, comma 4, con conseguente estensione dei poteri del giudice amministrativo anche nelle ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva previste da altre norme precedenti).

ribadirlo, gli artt. 24 e 113 Cost. pongono su un piano di pari dignità), e di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale, evitando la necessità del successivo ricorso a due giudici diversi (che, come detto, costituisce una grave limitazione all'effettività della tutela giurisdizionale).

Quanto al secondo aspetto, si rileva che l'art. 35, comma 1, nella parte in cui estende la tutela anche al risarcimento dei danni, richiama la clausola del "danno ingiusto", analogamente a quanto descritto nell'art. 2043 c.c.. Il richiamo, comunque, si presta ad una duplice lettura: può, infatti, intendersi sia nel senso che il legislatore abbia avuto presente il "danno ingiusto" come inteso dalla giurisprudenza tradizionale, e quindi come lesione dei soli diritti soggettivi; ma pure può interpretarsi nel senso che la formula "danno ingiusto" sia stata consapevolmente impiegata nell'accezione più ampia, che pur vive nelle opinioni della generalità della dottrina e che il legislatore aveva già in precedenza mostrato di voler fare propria, di tal che s'impone la revisione critica della tradizionale interpretazione, formatasi dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, secondo la quale la responsabilità aquiliana si configura come sanzione di un illecito, e che si fonda sulle seguenti affermazioni: l'art. 2043 c.c. prevede l'obbligo del risarcimento del danno quale sanzione per una condotta che si qualifica come illecita, sia perché contrassegnata dalla colpa del suo autore, sia perché lesiva di una posizione giuridica della vittima tutelata *erga omnes* da altra norma primaria; inoltre, l'ingiustizia menzionata dall'art. 2043 c.c. non sarebbe riferita al danno, dovendo piuttosto essere considerata attribuito della condotta, ed si identifica con l'illiceità, da intendersi nel duplice senso appena detto. La responsabilità aquiliana, in altri termini, postula quindi che il danno inferito presenti la duplice caratteristica di essere *contra ius*, e cioè lesivo di un diritto soggettivo (assoluto), e non *iure*, e cioè derivante da un comportamento non giustificato da altra norma.

In senso contrario, come suggerito dalla dottrina, anche la Cassazione rileva come non emerga dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo (e tantomeno il diritto assoluto); d'altra parte, la scissione della formula "danno ingiusto" per riferire l'aggettivazione alla condotta costituisce una forzatura della lettera della norma,

secondo la quale l'ingiustizia è requisito del danno, mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità.

L'art. 2043 c.c., quindi, non sarebbe norma secondaria; il ventaglio delle posizioni risarcibili non è definito da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì si tratta di una norma primaria contenente una clausola generale, espressa dalla formula "danno ingiusto", in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè del danno arrecato non *iure*, nel senso di danno inferto in difetto di una causa di giustificazione, che si risolve nella lesione di un interesse meritevole per l'ordinamento, in relazione all'art. 2 Cost.

In conclusione, *«ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante»*.

Di conseguenza, non è possibile una aprioristica selezione degli interessi meritevoli di tutela stante l'atipicità del fatto illecito, sì che compito del giudice, sarà quello di procedere ad una valutazione in concreto della situazione, selezionando gli interessi giuridicamente rilevanti, sulla base di una valutazione complessiva che tenga conto dell'intero ordinamento, ed attraverso un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto - cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire - dovrà accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta¹¹².

¹¹² La Corte, al punto 8, precisa comunque: *«Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto*

Una volta stabilito che la funzione della responsabilità aquiliana è quella di riparare al “danno ingiusto”, e che è ingiusto il danno che l’ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che deve essere trasferito sull’autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice la formalista tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell’art. 2043 c.c.

Con particolare riferimento, poi, ai caratteri costitutivi dell’illecito della pubblica amministrazione, la Corte ha modo di precisare che il giudice ordinario, investito della domanda di condanna al risarcimento, dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini. In primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso; successivamente dovrà stabilire se l’accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse meritevole di tutela alla luce dell’intero ordinamento, quindi dovrà accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l’evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) dell’amministrazione e, infine, dovrà stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a titolo di dolo o colpa all’amministrazione medesima¹¹³.

Si precisa, altresì, che non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del

interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del “giusto” equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)».

¹¹³ Infatti, l’elemento soggettivo costituisce un requisito essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e si precisa che non sarà invocabile, ai fini dell’accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa Corte di Cassazione con riferimento all’ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell’art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l’imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell’azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà 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 (da riferire ai parametri nella negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l’adozione e l’esecuzione dell’atto illegittimo (lesivo dell’interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l’esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

giudizio di annullamento: infatti, in passato costantemente la si affermava al solo fine di far sorgere il diritto soggettivo, consentendo quindi l'accesso alla tutela risarcitoria, ma non si palesa necessaria in virtù del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo, anche perché l'accertamento compiuto dal giudice ordinario non riguarda legittimità o meno del provvedimento ma è riferibile ad una complessa valutazione del comportamento della pubblica amministrazione, estesa anche all'accertamento della colpa. Di conseguenza, anche laddove l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

Tale considerazione delle Sezioni unite non passa inosservata alla giurisprudenza amministrativa, che subito si affretta a precisare, nella decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2000¹¹⁴ che non è affatto vero che in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non rilevi la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo, perché il provvedimento autoritario lesivo dell'interesse legittimo deve essere impugnato, perché possa ottenersi il risarcimento, nei termini di decadenza e ciò in ossequio al principio della inoppugnabilità del provvedimento amministrativo.

Occorre, tuttavia, anticipare che il quadro così delineato dalle Sezioni unite venne integralmente rivisitato dal legislatore, intervenuto con l'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205¹¹⁵ che sostanzialmente riproducendo, all'art. 7, il testo degli artt. 33 e 34, ha eliminato in radice ogni ipotesi di eccesso di delega e ha attribuito alla cognizione del giudice amministrativo delle domande involgenti la tutela

¹¹⁴ In *Giust. Civ.*, 2000, I.p. 1291 ss., secondo cui: «Nelle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica non rilevano i criteri di riparto della giurisdizione basati sulla distinzione fra diritti ed interessi. Ciò comporta che il giudice amministrativo può disporre, ai sensi dell'art. 35 del d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, il risarcimento del danno subito dal ricorrente quando è lesa un diritto o un interesse legittimo, e può condannare la p.a. al pagamento di quanto dovuto oltre al risarcimento del danno causato dall'inadempimento»

Sulla stessa linea si è mosso poi il Tar Lazio che nella sentenza 16 dicembre 1999 n. 3925 afferma, perentoriamente, che il previo annullamento costituisce naturale presupposto dell'azione risarcitoria.

¹¹⁵ Su cui, G. MONETA, *Dal decreto legislativo 80/1998 alla legge 205/2000 ovvero la storia finita della giurisdizione amministrativa*, in *Contr. e Impr.*, 2001, 3, 861.

risarcitoria degli interessi legittimi in tutte le materie rientranti nella sua giurisdizione, con l'indubbio vantaggio di poter accorpate entrambe le pretese in un *simultaneus processus*.

La legge, contenente disposizioni in materia di giustizia amministrativa, non si è limitata a ripristinare gli artt. 33-35 del decreto n. 80 (disposizioni mutilate dall'intervento del giudice delle leggi che aveva ritenuto fondata la questione sollevata per eccesso di delega), precisando le nuove materie di giurisdizione esclusiva, ma ha introdotto (principalmente intervenendo sulla l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali) nuove regole sull'instaurazione del giudizio amministrativo, sul ricorso in materia di silenzio, sui rimedi cautelari, sull'istruttoria, trasformando intimamente sia il rito previsto per i giudizi di legittimità, sia quello applicabile in sede di giurisdizione esclusiva.

In tal modo, si è data attuazione a quei principi di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale, indispensabili a garantire un sistema di giustizia amministrativa più efficiente, in grado di dare risposte più celeri e realmente soddisfattive delle pretese individuali, estendendo al giudice amministrativo, nelle controversie di natura risarcitoria, i poteri e gli strumenti istruttori tipici del giudice civile, compresa la facoltà di condannare l'amministrazione al risarcimento in forma specifica.

In particolare, per quanto concerne la specifica problematica della responsabilità dell'amministrazione, erano stati ricompresi nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le pretese risarcitorie relative alle materie di competenza esclusiva, eliminando la riserva al giudice ordinario delle controversie attinenti ai diritti patrimoniali consequenziali. Ma, soprattutto, la novella aveva ricondotto alla giurisdizione amministrativa tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, abrogando tutte le disposizioni che riservavano le questioni stesse al giudice ordinario.

Era dunque, evidente l'intento del legislatore di riconoscere, o quantomeno prendere atto, del carattere generale della responsabilità per lesione dell'interesse legittimo e, parallelamente, di attrarre alla giurisdizione del giudice amministrativo (esclusiva o di legittimità) tutte le controversie in materia,

ribaltando l'indirizzo a favore del giudice ordinario inaugurato dalla sentenza n. 500/99, e ripristinando d'autorità la tradizionale regola di distribuzione del contenzioso incentrata non sul *petitum* (secondo l'inversione di rotta operata dalla Cassazione) ma sulla *causa petendi*.

**II. IL CONFLITTO TRA AUTORITÀ E LIBERTÀ SUL TERRENO
DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE.**

1. Il superamento dei primi ostacoli al riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non offre compiuta composizione delle problematiche sorte. La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione alla ricerca di un modello. Breve premessa metodologica.

All'alba del nuovo secolo, il rapporto giuridico comprensivo delle posizioni del privato e della pubblica amministrazione si trovava ad essere espressamente accolto nella protezione offerta dalla responsabilità civile: l'interesse legittimo era stato, infatti, ammesso a godere di una generalizzata protezione risarcitoria, con attribuzione della relativa competenza al giudice amministrativo.

Per il momento, al fine di non interrompere il ragionamento, può stipulativamente ammettersi che i problemi inizialmente posti - riguardanti, come si diceva, la consistenza (e prima ancora l'esistenza) della posizione giuridica del cittadino nei confronti dell'amministrazione; l'astratta risarcibilità della lesione cagionata alla posizione medesima; l'individuazione di un giudice competente a conoscere della relativa controversia - fossero stati risolti.

Tuttavia, residuavano una serie di questioni di non poco momento riferibili alla discussa natura giuridica dell'ammessa responsabilità¹¹⁶, dovute anche all'assenza di un chiaro riferimento legislativo sul punto¹¹⁷.

¹¹⁶ Invero, «la dottrina e più in generale gran parte del mondo giuridico della prima metà del secolo ebbe l'obiettivo politico-culturale e tecnico giuridico di superare l'immunità dello Stato. Possiamo schematicamente affermare che tale proposito ha richiesto il superamento di due problemi; si trattava in primo luogo di dimostrare la soggezione del potere esecutivo al diritto e, in secondo luogo, di rinvenire nell'ordinamento le norme che disciplinassero l'ipotesi del danno dato dallo Stato. Più problematica fu la ricerca delle norme di diritto positivo su cui fondare il risarcimento del danno procurato dalla pubblica amministrazione. Le prime norme che vennero in questione furono le disposizioni di diritto privato sull'illecito civile, ma agli autori del tempo non sfuggirono le ragioni per le quali una loro applicazione presentava problemi», così E. FERRARI, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982, pp.187-189.

¹¹⁷ Difatti, il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione di fare chiarezza proprio con la già citata legge n. 205 del 2000, anche attraverso la riformulazione del testo dell'art. 7 comma 3 della legge Tar e, tuttavia, ha ritenuto di adottare un enunciato normativo non risolutivo: pur facendo uso del vocabolario codicistico in materia di responsabilità extracontrattuale, infatti, il legislatore ha accuratamente evitato qualsiasi riferimento o rinvio alle norme ed ai principi contenuti nella *sedes materiae*, con l'effetto di mettere in dubbio l'operata riconduzione della materia nell'alveo della responsabilità risarcitoria aquiliana. Il rilievo è di V. CERULLI IRELLI, *Tre problematiche aperte sull'azione risarcitoria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Lesione delle*

Difatti, una delle ragioni per cui in un primo momento la nuova responsabilità venne, per così dire, *de plano* inquadrata nell'ambito della responsabilità da fatto illecito è da ricercare nell'assenza di una espressa disciplina della responsabilità dell'amministrazione¹¹⁸, con conseguente sottoposizione alla responsabilità di diritto comune, vista come emblema del diritto della libertà, dell'autonomia e della garanzia del cittadino nei rapporti interprivati, così come nei confronti dell'autorità amministrativa¹¹⁹.

Per quanto in questa sede interessa, quindi con stretto riferimento alle teorizzazioni involgenti la responsabilità dell'amministrazione, si avverte che le tesi prospettate in dottrina e giurisprudenza sono state numerose e variamente argomentate, ma si tenterà di raggrupparle in macroaree, di modo da non appesantire eccessivamente la trattazione e, in ogni caso, verificando in concreto

situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24□25□26 aprile 2003, Atti del convegno, Roma, 2004.

¹¹⁸ D'altro canto, neppure lo sforzo ricostruttivo operato dalle Sezioni Unite era in grado di offrire una soluzione valida per ogni ipotesi di responsabilità dell'amministrazione. In tal senso, a fine esemplificativo, rileva R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 2003, p. 689 come in taluni casi il danno derivi immediatamente dal provvedimento illegittimo (e si avrà dunque diretta responsabilità da provvedimento), mentre in altri discenda dal comportamento tenuto dall'amministrazione, anche attraverso l'adozione di provvedimento, che però non costituiscono diretta causa del danno (responsabilità da comportamento). Aggiunge, quindi, che la sentenza 500/1999 può costituire più un punto di partenza che un punto di arrivo, anche in considerazione del fatto che fosse diretta a dirimere una questione di giurisdizione.

¹¹⁹ Rileva G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007, p. 66 s., come «*In termini generali, l'incardinazione della responsabilità dei pubblici poteri entro il modello aquiliano può essere pertanto considerata il portato dell'affermazione dello stesso principio di legalità. L'applicazione alla pubblica amministrazione della disciplina di diritto comune è infatti espressione della stessa affermazione dello Stato di diritto, rispetto al quale la progressiva sottoposizione dei pubblici poteri al controllo giurisdizionale costituisce un momento essenziale e caratterizzante*». Eppure, in seguito, la visione è completamente capovolta: nella sentenza della Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, 1, c. 78 ss con nota di F. FRACCHIA la Suprema Corte ammette che «*nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione di interesse legittimo s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana*». Di conseguenza, premesso che questo «*non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione*» la Cassazione giunge ad affermare che «*il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. Ne è corollario l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nella misura in cui la coincidenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico è un mero accidente, che non infirma la preponderanza di questo su quello*».

quanto la posizione del privato risulti realmente avvantaggiata nelle ricostruzioni prospettate.

La *summa divisio*, in primo luogo, è operabile tra coloro che propendono per la necessità di un modello tendenzialmente generale della responsabilità dell'amministrazione e chi opta, invece, per un sistema frammentato della stessa, stante l'asserita disomogeneità tra le singole fattispecie di responsabilità dell'amministrazione.

Quindi, da un lato possono annoverarsi le teorizzazioni "puriste", elaborate, cioè, da quegli autori che ritengono di adottare integralmente il paradigma della responsabilità extracontrattuale, oppure contrattuale o, ancora, precontrattuale; dall'altro lato si assiste all'inquadramento della responsabilità da lesione di interessi legittimi nell'alveo ora del torto aquiliano con contaminazioni della disciplina propria della responsabilità contrattuale, ora in una fusione dei diversi modelli presenti nel codice civile o tra questi e riferimenti alle norme speciali del diritto amministrativo o, infine, ricavando l'intera disciplina dalle disposizioni sul processo amministrativo.

D'altro canto, un panorama tanto variegato si spiega non soltanto in ragione dell'indeterminatezza legislativa sul punto, ma anche poiché si ritiene che aderire all'una o all'altra opzione offra una maggiore tutela alla posizione del privato, come si vedrà *infra*.

2. L'interpretazione restrittiva che riteneva non operante nei rapporti con l'amministrazione la disciplina codicistica della responsabilità precontrattuale. Profili critici. Il conseguente ampliamento della tutela del privato sulla base del generale principio di tutela del legittimo affidamento. *Rinvio*. Non condivisibilità dell'opinione che ritiene indifferente la scelta in favore del modello precontrattuale sulla base della mera riconduzione al modello aquiliano. L'incongruenza nella prassi giurisprudenziale. *Rinvio*.

La tesi della responsabilità precontrattuale, in realtà, fu già autorevolmente sostenuta ben prima della nota sentenza n. 500/99, in un'epoca in cui il dogma dell'irrisarcibilità non era stato ancora scalfito, e tuttavia già era avvertita la

necessità di una rimeditazione del rapporto intercorrente tra potere pubblico e soggetto privato¹²⁰.

Infatti, si opinava che pure tale rapporto soggiacesse al generale dovere di comportarsi secondo buona fede, con conseguente ipotizzabilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione ove quest'ultima si fosse comportata - si badi - come scorretto contraente¹²¹.

Si ammetteva, quindi, l'ingresso al rimedio risarcitorio previsto dall'art. 1337 c.c. in presenza di illegittimità occorse nei procedimenti selettivi, superandosi così il tradizionale orientamento che escludeva la configurabilità di una *culpa in contrahendo* dell'amministrazione sull'assunto che il relativo accertamento avrebbe implicato un sindacato del giudice ordinario in presenza di attività discrezionale della pubblica amministrazione¹²².

¹²⁰ Ci si riferisce, com'è noto, a M. S. GIANNINI, *Relazione*, in *Atti del Convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 511 ss. Secondo l'Autore, il rapporto tra amministrazione e soggetto titolare di un interesse legittimo pretensivo sarebbe assimilabile a quello che fonda la responsabilità precontrattuale, nel senso che «*si potrebbe pensare che quando l'interesse legittimo si presenta come interesse ordinato all'ottenimento di un bene della vita sia identica la posizione del titolare dell'interesse legittimo e del titolare del potere, cioè l'Amministrazione, onde ambedue abbiano il dovere di comportarsi secondo buona fede*» (p. 518). Nella dottrina civilistica, si osservava giustamente che «*l'amministrazione è tenuta ad adeguare il proprio comportamento non tanto alla valutazione dell'interesse pubblico (già valutato del resto al momento della scelta del mezzo) quanto invece ai principi della correttezza e della buona fede, che reggono tutto l'iter della contrattazione privata*», così L. BIGLIAZZI GERI, *Culpa in contrahendo, pubblica amministrazione e terzi*, in nota a Cass. 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1165 ss.

¹²¹ In realtà, si avrà modo di precisare che inizialmente si riteneva configurabile una responsabilità precontrattuale in quei (rari) casi in cui venisse adottata quale modalità di selezione del contraente la trattativa privata, mentre nelle ipotesi di asta pubblica, licitazione privata e appalto-concorso si opinava che l'amministrazione rispondesse del danno cagionato al concorrente solo quando l'illecito fosse stato commesso dopo l'aggiudicazione, atteso che prima di tale momento il privato non avrebbe ancora la qualità di futuro contraente, ma sarebbe soltanto titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere autoritativo di scelta della pubblica amministrazione, così difettando il presupposto applicativo, ovvero l'esistenza di trattative e la configurabilità dei soggetti del rapporto quali parti di un futuro contratto. Precisa, al riguardo, R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e App.*, 2003, 5, 569 ss. «*In definitiva, l'applicazione della disciplina codicistica in materia di responsabilità precontrattuale è stata circoscritta alle ipotesi nelle quali la p.a. non agisce secondo le regole dell'evidenza pubblica. Si tratta, peraltro, di ipotesi ormai molto limitate, considerata anche la tendenza, del tutto condivisibile, a riconoscere forza di principio generale alle regole in materia di evidenza pubblica*».

¹²² Il giudice ordinario in un primo momento si poneva in posizione di netta chiusura: l'iniziale non chiara distinzione tra scelta discrezionale e comportamento corretto, infatti, conduceva a ritenere che il sindacato sulla correttezza precontrattuale interferisse con l'esercizio dei poteri discrezionali della p.a. nella conduzione delle trattative. Sul punto, A. VELA, *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Cass., sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Riv. Giur. Edil.*, 1963, I, p. 866 ss. In seguito, superata l'iniziale riferita incertezza, aveva ammesso l'applicazione dell'art. 1337 c.c. ai contratti della

In seguito, l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici ha consentito il progressivo formarsi di un orientamento giurisprudenziale favorevole a concepire un modello di responsabilità precontrattuale che sembrava superare i consolidati orientamenti restrittivi del giudice ordinario¹²³, attraverso una rimeditata interpretazione dell'art. 1337 c.c.

pubblica amministrazione, con l'implicito riconoscimento del diritto soggettivo alla correttezza precontrattuale, ma limitato (v. nt. precedente) alla sola fase terminale delle trattative e circoscritto ai soli casi di trattativa privata con un unico soggetto.

La responsabilità precontrattuale era esclusa, invece, nelle fasi precedenti ove erano ancora presenti una pluralità di concorrenti, fase delle cosiddette «trattative parallele» ed anche di vere e proprie gare pubbliche, poiché si accoglieva una nozione restrittiva di «parti», cioè i soli «soggetti individuati come futuri possibili contraenti», su cui v. Cass., Sez. Un., 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, 96, con nota di D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*.

Se nei rapporti interpretati questa interpretazione restrittiva ha limitato l'applicazione della norma alla fase immediatamente precedente la stipulazione, nei rapporti con l'amministrazione pubblica aveva condotto a "spostare" il momento della venuta ad esistenza dell'obbligo di correttezza addirittura alla fase successiva alla stipulazione del contratto, poiché il contratto medesimo non era ancora produttivo di effetti, o comunque non vincolava l'amministrazione fino al completamento del procedimento di approvazione o controllo pubblico, nel senso che l'obbligazione della parte pubblica risultava sottoposta alla condizione sospensiva dell'esito positivo del controllo stesso. Al riguardo, si cfr. Cass., sez. I, 23 maggio 1981, n. 3383, in *Giust. Civ.*, 1981, I, p. 1921 ss., ove si afferma la responsabilità precontrattuale per il comportamento scorretto dell'amministrazione che non ha sottomesso il contratto al parere degli organi consultivi e ne aveva, però, preteso l'esecuzione. In Cass., sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro It.*, 1991, I, c. 184 ss., con nota di D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, si estende l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. ad una fase in cui il contratto è già perfetto, ma in quanto inefficace non è ancora fonte di diritti e doveri reciproci di esecuzione e vincola esclusivamente il privato a non recedere. Un così limitato riconoscimento della responsabilità precontrattuale ha forse determinato i privati a trasferire la questione avanti alla giurisdizione amministrativa che, grazie al potere di annullamento, si era affermata come tutela effettiva per gli aspiranti contraenti privati, con la conseguenza paradossale che la sua negazione immetteva il privato alla giurisdizione ordinaria la quale, per le interpretazioni ivi imperanti, non consentiva eguale tutela.

¹²³ Su cui cfr. S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della L. n. 205/2000*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1235 ss., e di G. M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urb. e App.*, 2002, 2, p.201 ss.; ID, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione - il commento*, in *Urb. e App.*, 2003, 8, p. 943 ss.

In particolare, si riteneva che «la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione è configurabile in tutti i casi in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza e tenuta anche la p.a.; conseguentemente, spetta al giudice ordinario accertare, sia pure con estrema cautela, la sussistenza della suddetta responsabilità qualora la p.a., con il suo comportamento, abbia ingenerato nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento poi andato deluso in ordine alla conclusione del contratto», così Cass. 29 luglio 1987, n. 6545, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 167 ss. Tuttavia, la Cassazione ulteriormente precisa che l'accertamento della buona fede della pubblica amministrazione esula, in quanto espressione di un dovere estraneo al contratto, dalla cognizione dell'autorità amministrativa di controllo e, peraltro, non è rivolta ad accertare se la pubblica amministrazione si sia comportata da corretto amministratore, il che non rientra nella competenza

Con particolare riferimento alla responsabilità della pubblica amministrazione, i principi di buona fede¹²⁴ e correttezza paiono integrati da quelli che specificamente concernono l'attività della pubblica amministrazione, che deve essere improntata, come noto, ai canoni del buon andamento e dell'imparzialità.

Il primo passo, in questo senso, è consistito nell'accogliere una nozione di «trattativa» che ricomprendesse anche quella involgente contemporaneamente più soggetti, abbandonando il restrittivo orientamento della Cassazione che considerava instaurata la trattativa solo con l'individuazione di un'unica parte, a seguito della stipulazione del contratto o dell'aggiudicazione, riconoscendo conseguentemente la responsabilità precontrattuale solo nella fase successiva alla stipulazione, in attesa dell'approvazione del contratto.

In secondo luogo, si supera l'idea che una responsabilità precontrattuale possa sussistere solo ove si provi quantomeno un ipotetico affidamento nella conclusione del contratto¹²⁵, che può sorgere solamente nella fase terminale delle trattative ed è incompatibile con trattative condotte con una pluralità di aspiranti alla stipulazione del contratto (trattative parallele): la circostanza che la trattativa avvenga fra più soggetti «non esclude che ciascuno di essi possa nutrire un legittimo affidamento nella correttezza della controparte»¹²⁶.

Quindi, fugati i dubbi relativi al fatto che l'amministrazione fosse tenuta a rispondere del danno precontrattuale cagionato al privato dal suo scorretto comportamento durante le trattative¹²⁷, il passo successivo è stato nel senso di

del giudice ordinario, ma verte unicamente sull'adempimento del dovere civilistico della stessa amministrazione di agire da corretto contraente.

¹²⁴ Per un'analisi della *fides* come valore normativo nell'ordinamento romano, si v. P. FREZZA, *Fides bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 3 ss.

¹²⁵ Il riferimento al requisito del «legittimo affidamento nella conclusione del contratto» nasceva in analogia con la differente ipotesi di cui all'art. 1338 c.c. per cui deve sussistere il legittimo affidamento nella validità del contratto stipulato, e fondava uno degli argomenti che limitava la possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione in relazione alla facoltà di recedere dalle trattative per ragioni di interesse pubblico. In senso fortemente critico, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1996, II, p. 232 ss.

¹²⁶ Così, Consiglio di Stato, Sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urb. e App.*, 2002, 2, p. 199 ss.

¹²⁷ Anche da ultimo, peraltro, il Consiglio di Stato ha confermato il proprio orientamento, ritenendo che la pubblica amministrazione possa essere chiamata a rispondere dei danni procurati nella fase di selezione del contraente nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica, anche in presenza di un provvedimento amministrativo legittimo. La responsabilità precontrattuale, infatti, non deriva dalla violazione di regole di diritto pubblico che disciplinano l'azione amministrativa e governano il giudizio di validità dell'atto, ma dalla violazione di regole comuni, che attengono al

ampliare la portata del modello precontrattuale, generalizzandone l'applicazione a tutte le ipotesi di danno cagionato al privato dalla pubblica amministrazione, anche a quelle non conseguenti al provvedimento¹²⁸, attraverso la valorizzazione del generale principio di tutela dell'affidamento¹²⁹, sí da rompere gli argini

comportamento e impongono all'amministrazione doveri di correttezza e buona fede analoghi a quelli che gravano su un soggetto comune, secondo il principio di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 c.c.

Si legge, in particolare: «*La responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, che incide sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza*». Cons. St., 01 febbraio 2013, n. 633, in *Giur. It.*, 2013, VII, 1675, con nota di D. IACOVELLI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*. Nello stesso senso, da ultimo, si v. Cons. di St., Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2013, 295; Id., Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Guida Dir.*, 2012, 13, 80; T.A.R. Campania, 3 ottobre 2012, n. 4017, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 10, 3272; Ad plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 9, 2515.

Illegittimità e illiceità sono, infatti, fenomeni distinti, riferibili l'uno all'atto e l'altro al comportamento, a cui si fanno corrispondere diverse forme di tutela e tipologie di azione.

¹²⁸ Non solo "oltre" la responsabilità da provvedimento, ma "al di fuori" del provvedimento, dovendosi andare a verificare la legittimità del comportamento. Precisa A. DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, p. 934 che «*In realtà, l'affidamento non ha ragione di porsi nei riguardi di provvedimenti e/o atti legittimi, portati ad effetto, perché da essi assorbito, né tanto meno di atti (giudicati) illegittimi, perché, in tal caso, è il risarcimento a provvedere ma invece nei riguardi "di comportamenti", così da ricondurre il rapporto a quello civilistico, ove a confrontarsi sono solo comportamenti, se leciti o illeciti. Com'è noto, nei rapporti tra privati l'affidamento può essere forma di tutela addirittura specifica, ove, con esso, si riesca ad evitare che contratti abbiano a caducarsi per vizi della volontà e/o per difetto di potere ma anche in via risarcitoria ove si possa rappresentare quale sanzione di comportamenti scorretti (come nella culpa in contrahendo). Non è un caso che il soggetto, che abbia confidato nella validità di un atto, la cui invalidità era invece conosciuta o conoscibile dall'altro contraente, ha titolo per chiedere il risarcimento all'altro contraente per violazione della buona fede (art. 1338 c.c.)*».

Ed anzi, la successiva (pur legittima) demolizione del provvedimento non priva il soggetto di tutela perché da tale demolizione residuano pur sempre comportamenti, causa di legittimo affidamento nel privato. Al riguardo, aggiunge l'Autore, in commento a tre ordinanze rese dalla Corte di Cassazione nella stessa data riguardanti un'importante questione di giurisdizione (Cass. Civ. Sez. Un. Ordd. 23 marzo 2013 nn. 6596/6595/6596), «*È da chiedersi se ciò apra una vera e propria deriva rovinosa per le P.A. ove si pensi alle occasioni in cui l'interesse pubblico renda urgente che abbiano ad annullarsi atti e/o contratti pregiudizievoli per la P.A. restando tuttavia sul campo comportamenti, sui quali i privati abbiano confidato, incontrando aggravati di ordine economico. La attuale vicenda, riguardante l'annullamento di atti amministrativi, in base ai quali sono stati conclusi migliaia di contratti c.d. derivati, la cui caducazione renderebbe attivabile la tutela di affidamento, dovrebbe far pensare*».

¹²⁹ Benché la giurisprudenza in un primo momento non ravvisasse l'esistenza di un principio generale di tutela dell'affidamento nell'ordinamento (nega, ad esempio che la pubblica amministrazione possa rispondere di responsabilità precontrattuale per i danni subiti da proprio contraente a causa dell'illegittimità del bando di gara e del conseguente annullamento dell'aggiudicazione, «*non essendo l'attività contrattuale della pubblica amministrazione soggetta al principio della tutela dell'affidamento*» Cons. St., sez V, 18 novembre 2002, n. 6389 in *urb. e App.*, 2003, 5, p. 566).

dell'ambito oggettivo di applicazione del modello precontrattuale, prima circoscritto alle sole procedure concorsuali¹³⁰.

Il discorso è qui limitato alla responsabilità della pubblica amministrazione, ma la riflessione della dottrina è di più ampio respiro e riguarda in generale il rilievo che la responsabilità risarcitoria prevista dagli articoli 1337 e 1338 c.c. possa considerarsi espressione di un più generale principio (quello dell'affidamento, appunto), tale da assurgere a paradigma autonomo di responsabilità, anche al di fuori del modello delle trattative e della formazione del contratto¹³¹.

In altri termini, occorre preliminarmente domandarsi se la violazione dell'affidamento possa considerarsi una categoria generale¹³², all'interno della

¹³⁰ Per l'affermazione della dimensione relazionale della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi e per l'applicazione a quest'ultima fattispecie della disciplina dettata dagli artt. 1337 e 1338, c.c. si dichiara F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi, cit.*, p. 350, che, nel rinnovare il parallelismo istituito da Giannini tra responsabilità precontrattuale e lesione di interessi legittimi, osserva che la Cassazione (nella sent. n. 500), nel dettare un criterio per l'individuazione degli interessi risarcibili, ha chiamato in causa il principio di affidamento, che trova riconoscimento normativo nell'art. 1338, ove è posto a fondamento della responsabilità per la conclusione di un negozio invalido.

¹³¹ Al riguardo, ricorda A.M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (Culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, 1998, p. 360, come «La dottrina e la giurisprudenza italiana, sotto la vigenza del codice del 1865 e l'influenza del modello francese, presero in considerazione solo alcune forme di responsabilità precontrattuale (rottura delle trattative, revoca della proposta di vendita e vendita di cose altrui), ma non tentarono mai la definizione di una regola generale.

Si ergeva a principio generale di tutta la teorica contrattualistica quello della libera volontà delle due parti, affiancato dal postulato della «non vincolatività delle trattative». Il modello francese offriva un appiglio per risolvere i problemi più evidenti di responsabilità precontrattuale che consisteva nell'utilizzo dell'ampia formulazione della responsabilità extracontrattuale, contenuta nel nostro codice civile di allora all'art. 1151. L'interpretazione restrittiva delle fattispecie da cui potesse sorgere un illecito extra-contrattuale portò alcuni autori a sondare altre soluzioni al fine di proteggere casi di evidente responsabilità precontrattuale che non potevano però essere ricondotti allo schema dell'art. 1151 in quanto non consistenti nella violazione di un diritto assoluto. Fu allora che l'eco della teoria di Jhering risuonò nel nostro paese, dove l'influenza del modello francese in ogni contrada del diritto lasciava il posto a quella del modello tedesco».

¹³² Nel nostro ordinamento, ricorda C. D'AMATO, *affidamento (tutela dell')*, in *Dig. Disc. Priv.*, 2012 il dibattito sul principio dell'affidamento e sulle sue possibili forme di tutela prendeva le mosse dal principio di tutela dell'apparenza. In particolare, due sarebbero i modelli a fronte dei quali è ipotizzabile la tutela dell'affidamento (incolpevole): il fatto oggettivo dell'apparenza; oppure l'atto generatore di apparenza, ossia un atto o fatto incoerente (*venire contra factum proprium*). Nel primo caso (fatto oggettivo che genera apparenza) il codice civile vigente dispone di più dati positivi: sono i casi dell'erede apparente (art. 534 c.c.); del matrimonio celebrato dinanzi ad ufficiale apparente dello stato civile (art. 113 c.c.); del creditore apparente (1189 c.c.); degli atti compiuti dal mandatario prima che gli sia comunicata l'estinzione del mandato (art. 1729 c.c.); delle annotazioni sul libretto di deposito a risparmio firmate dall'impiegato della banca che appare addetto al servizio (art. 1835 c.c.); dell'inopponibilità della simulazione a chi abbia acquistato in buona fede diritti dal titolare apparente (artt. 1415, 1° co. e 1416, 1° co., c.c.); del pagamento al creditore cessionario da parte del debitore ceduto prima della notifica della cessione (1264 c.c.); della società apparente. All'opinione che, già vigente il codice del 1865 riconosceva

quale troverebbero giusta collocazione non soltanto la responsabilità precontrattuale *stricto sensu*, ma pure altre situazioni in cui il contatto coinvolga sfere giuridiche di soggetti non necessariamente destinati a diventare parti di una relazione negoziale.

Infatti, ricostruito in termini strettamente codicistici, lo schema della responsabilità precontrattuale appare troppo rigido perché possa costituire il modello generale al quale riferire le molteplici ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione, poiché tra queste ricadono pure ulteriori fattispecie nelle quali si chiede la tutela di un qualcosa di diverso e di più grande rispetto all'interesse a non essere coinvolti in trattative infruttuose, bensì in generale in rapporti giuridici arrecanti danni in violazione degli obblighi di correttezza o di protezione¹³³.

Al di là di questa riflessione, su cui pure si tornerà, tra i motivi ostativi a ricomprendere nel modello precontrattuale la responsabilità dell'amministrazione, vi è il rilievo - di non poco momento - circa la discussa natura della stessa responsabilità precontrattuale: le citate disposizioni del codice civile, dal

un generale principio di apparenza, seguì una giurisprudenza costante, per la quale «*chi ha fatto ragionevole affidamento su di una data manifestazione giuridica e si è comportato in coerenza a tale manifestazione, ha diritto di contare su di essa, anche se alla manifestazione non corrisponde la realtà*» (Cass., 8 giugno 1942, n. 1586, ricordata dall'Autrice).

Nel primo modello, l'apparenza si manifesta quale fatto oggettivo, tutelato dall'ordinamento giuridico in sé e per sé, e rispetto al quale non solo non è richiesta la colpa di colui che ha posto in essere l'atto generatore di apparenza, ma non è richiesto neanche il pregiudizio dell'affidatario. In questi casi, descritti dalla legge, non è possibile rinvenire un "principio generale" (di apparenza): «*poiché la buona fede non è elemento essenziale alla fattispecie di apparenza "pura" (il primo modello indicato), essa non è fattispecie autonoma, ma si inserisce nell'ambito di un negozio giuridico, rispetto al quale l'affidamento resta elemento costitutivo della fattispecie, ma senza nessuna portata generalizzatrice. Tant'è che i casi di apparenza descritti dalla legge non sono suscettibili di applicazione analogica, neanche legis; né è consentito al giudice accertare l'effettiva idoneità degli indici esterni ad ingannare i terzi. Si precisava negli anni anche la definizione di apparenza (di un fatto), ossia una situazione di fatto che manifesta come reale una situazione giuridica non reale, a sua volta distinta dall'errore, ma entrambi elementi parziali di una fattispecie giuridica unitaria: l'apparenza resta un fenomeno oggettivo, al quale può stare a fronte un fenomeno soggettivo qual è l'errore*».

Nel secondo modello (denominato "apparenza colposa"), la fattispecie è più complessa: l'atto compiuto in violazione del dovere di coerenza non è atto di autonomia, ma produce responsabilità, e per esso è previsto dall'ordinamento un rimedio risarcitorio. Si può parlare a questo proposito di dottrina generalizzata, suscettibile di applicazione analogica, purché ricorrano gli elementi costitutivi della fattispecie: una condotta imputabile, un affidamento incolpevole e pregiudizievole. In sintesi: l'apparenza "pura" è un fatto oggettivo, che opera *erga omnes*; mentre nei casi di apparenza imputabile, colposa o maliziosa l'affidamento ragionevole (incolpevole) del destinatario dell'atto o comportamento mostra rilevanza giuridica dei fatti interni (o non visibili) che hanno mosso un soggetto verso una direzione a sé pregiudizievole, assurgendo a principio generale.

¹³³ Come rileva pure V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 280.

contenuto disciplinare breviloquente, indice di una non chiara opzione legislativa, hanno suscitato un vivo e non ancora sopito dibattito tra gli interpreti¹³⁴.

Al riguardo, per quanto non sia mancato chi ritiene la responsabilità precontrattuale un *tertium genus* di responsabilità - soggetta ad un regime legislativo specifico cui poter applicare analogicamente i principi generali sulla responsabilità ove si riscontri qualche carenza disciplinare specifica¹³⁵ - può rilevarsi che generalmente essa è ricostruita come una *species* delle ipotesi talora di responsabilità extracontrattuale talaltra contrattuale¹³⁶.

Coloro i quali aderiscono all'opinione tradizionale, cioè a dire dell'inclusione nel paradigma aquiliano, minimizzando il collegamento al futuro contratto, ritengono si tratti di una semplice occasione di contatto tra individui, da cui non può sorgere alcun vincolo determinato. Per questi autori, l'interesse protetto sarebbe quello della libertà negoziale, di talché le ipotesi di responsabilità precontrattuale sono in sostanza ipotesi in cui il soggetto è leso nell'interesse alla libera esplicazione della sua autonomia negoziale, in adesione al generale principio del *neminem laedere*.

Viceversa, coloro i quali collocano la predetta fattispecie nell'ambito della responsabilità contrattuale fanno appello a motivazioni tra loro anche diverse, ma

¹³⁴ Osserva, al riguardo, A.M. MUSY, *cit.*, che «Il quadro generale che si può ricavare dall'analisi condotta sulla responsabilità precontrattuale è, per chi abbia velleità sistematiche, alquanto sconcertante. La giurisprudenza sembra essere uniforme nelle formule utilizzate (dovere di buona fede, recesso ingiustificato, dovere di informare), ma dietro a queste si nasconde una casistica piena di sfumature e di sfaccettature difficili da coordinare. La dottrina si lascia suggestionare di volta in volta da uno degli esempi stranieri o da una particolare decisione giurisprudenziale, senza dare una regola generale della buona fede precontrattuale».

¹³⁵ Così D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, Milano, 2006, p. 1115 ss.

¹³⁶ Favorevoli al primo orientamento, fra gli altri, R. SACCO, G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, 1992, II, p. 236; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, p.162; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1987, p.736. A. VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, *Nuova Giur. civ. Comm.*, 1986, II, 175, il quale ritiene che, in un mercato moderno, il problema di tutela dell'affidamento finisce per coinvolgere la generalità dei soggetti operanti nel mercato medesimo, pertanto appare più rispondente a questa funzione considerare la correttezza nell'attività precontrattuale come un dovere che grava su qualsiasi soggetto, cui fa riscontro l'interesse della generalità degli altri soggetti a non subire, a causa della violazione di tale dovere, un ingiusto danno, piuttosto che come contenuto di un'obbligazione che sorge nei confronti di uno o più determinati soggetti già qualificabili come controparti di un rapporto contrattuale *in itinere*.

Sostengono, invece, la tesi della contrattualità della *culpa in contrahendo*: A. DE CUPIS, *La natura della responsabilità*, Milano, 1966, p. 371; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 755; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 213 ss; L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss.

principalmente facendo ricorso a ragioni sistematiche e di supposta pleonasticità dell'art. 1337 nei confronti dell'art. 2043¹³⁷, oppure partendo dal presupposto che la responsabilità extracontrattuale presupporrebbe violazione di diritti assoluti, mentre quelli in gioco nel caso di trattative sono di tipo relativo¹³⁸.

Occorre sottolineare, comunque, che al vivace dibattito dottrinale si oppone una giurisprudenza ferma¹³⁹ nell'aderire alla tesi tradizionale, inquadrandola, quindi, nel paradigma aquiliano¹⁴⁰. Peraltro, pur nella diversità di presupposti da cui le singole tesi muovono, è stato rilevato¹⁴¹ che il dibattito circa l'inquadramento dogmatico non andrebbe a incidere in misura decisiva nella soluzione dei problemi sollevati dalla responsabilità della pubblica amministrazione poiché la relativa disciplina sarebbe individuabile nel modello tipico in cui si ritiene di inquadrarla.

Con particolare riferimento alla quantificazione del danno, poi, si rileva che è condivisa la regola per cui, nella valutazione dei danni subiti a causa della violazione dei doveri di buona fede precontrattuali, ci si debba riferire all'*id quod interest contractus initium non fuisse*, cioè del risarcimento del cosiddetto

¹³⁷ Il riferimento è a L. MENGONI, *o.l.u.c.*

¹³⁸ Così, G. STOLFI, *Sulla culpa in contrahendo dell'amministrazione pubblica*, *Riv. dir. comm.*, 1973, II, p. 22 ss., ma è superfluo rilevare che l'orientamento in parola non tiene conto della successiva maturazione giuridica circa il tipo di tutela accordato ai diritti relativi, per cui si v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 842 e *passim*.

¹³⁹ Afferma N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, p. 116 che «Può infatti dirsi acquisito in giurisprudenza il principio secondo cui la responsabilità de qua ha natura extracontrattuale»

¹⁴⁰ Secondo l'orientamento del Consiglio di Stato, infatti, è preferibile e più coerente con i caratteri oggettivi della condotta lesiva dell'amministrazione la struttura dell'illecito aquiliano, poiché non rileva tanto la violazione di specifiche regole di correttezza che valgono solo tra le parti in concreto contatto, ma la violazione di principi generali di comportamento posti dalla legge a tutela indifferenziata degli interessi pubblici e privati, indipendentemente e ancora prima del singolo rapporto instaurato con la domanda di partecipazione alla gara. In sostanza, prima del rapporto procedimentale, rileva la violazione del principio del *neminem laedere*. Tale principio, peraltro, esercita una pressione anche più forte sulla pubblica amministrazione che, per suo statuto costituzionale, entra nel rapporto con gli amministratori con un debito di imparzialità derivante dall'art. 97 Cost., oltre che di lealtà e correttezza fondata sull'art. 2 Cost., che trova espressione nella regola comportamentale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. In questo senso, da ultimo, Cons. St., 01 febbraio 2013, n. 633, cit.; Cons. di Stato., Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156, cit.

¹⁴¹ Ad opinione di F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 220, «La tesi della responsabilità precontrattuale, basata sull'esportazione delle regole di correttezza ex artt. 1337 e 1338 c.c. all'universo dell'azione amministrativa, risultava tuttavia un'opzione descrittiva foriera di risvolti disciplinatori di scarso interesse, specie se si aderisce alla tesi tradizionale che la inquadra nell'ambito della responsabilità aquiliana».

interesse negativo, ove l'interesse protetto non è quello volto a ottenere l'esecuzione del contratto, bensì quello a non iniziare inutilmente le trattative¹⁴².

In questo senso si muovono sia quegli autori che si richiamano al canone deontologico della correttezza quale fonte di obblighi giuridici, quanto coloro che spiegano il fenomeno indicato come indebita lesione (esterna) all'autonomia negoziale, mentre i fautori della tesi autonomistica fanno assurgere il limite dell'interesse negativo proprio a requisito caratterizzante il nuovo tipo di responsabilità.

Le conseguenze dannose derivanti con certezza dalla illegittimità censurata e corrispondenti ai costi inutilmente sopportati per la partecipazione al procedimento, andrebbero ad aggiungersi, pertanto, alle occasioni alternative di guadagno perdute per aver preso parte ad una procedura illegittimamente conclusa, in sostanza traducendo la lesione dell'aspettativa all'ottenimento del vantaggio richiesto (e sperato) nella perdita attuale di una posta attiva del patrimonio, rappresentata dalle *chance* favorevoli di vedersi riconoscere dall'amministrazione i vantaggi attesi dal provvedimento¹⁴³.

¹⁴² L'orientamento, infatti, viene definito dalla stessa Suprema Corte, «*un indirizzo costante e consolidato della giurisprudenza*», Cass. Civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *I Contratti*, 2012, 4, p. 235 ss. Infatti, l'art. 1223 c.c. è norma di diritto comune, che si applica sia nei rapporti tra privati e sia nei rapporti con la pubblica amministrazione, laddove questa agisca *jure privatorum*. La norma chiarisce che il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante). Essa trova applicazione anche in materia di responsabilità precontrattuale, dove la lesione ha per oggetto non un diritto scaturente dal contratto, ma la buona fede del contraente; sì che nessuna distinzione sarebbe, su questo piano, giustificata. L'applicazione di questa regola alla fattispecie di cui all'art. 1337 c.c. comporta dunque, come nel caso della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale il risarcimento dell'intero danno, nelle sue due componenti indicate dalla legge, sempre che il danno stesso sia in relazione immediata e diretta con la lesione dell'affidamento, e non del contratto; ed è, appunto, in questo significato specifico e circoscritto che può parlarsi - non del tutto propriamente - di tutela dell'interesse negativo. La giurisprudenza ha più volte avuto modo di chiarire che devono essere risarcite sia le spese sostenute dal contraente in buona fede in relazione alla vicenda che ha originato la responsabilità precontrattuale, e sia il lucro cessante cagionato dalla stessa vicenda, e costituito dalle occasioni di lavoro mancate a causa dell'affidamento riposto nella sua valida conclusione; mentre rimane escluso quanto sarebbe stato dovuto in forza del contratto non concluso.

¹⁴³ Posto, quindi, che il pregiudizio risarcibile per la responsabilità precontrattuale attiene al solo interesse negativo - ovvero all'interesse a non intraprendere o proseguire trattative inutili, che si distingue da quello positivo, quale interesse all'esecuzione del contratto - l'ammontare del danno va determinato considerando che il vincolo negoziale nasce solo con la stipulazione del contratto: non può dunque essere riconosciuto un risarcimento per il pregiudizio connesso alla perdita dei vantaggi che si sarebbero conseguiti con il contratto non stipulato (interesse positivo). Il danno risarcibile può concretizzarsi in una voce di danno emergente, rappresentato dalle spese inutilmente sostenute, e in una voce di lucro cessante, rappresentato dalla perdita di concomitanti occasioni di guadagno. Quanto alle spese per la partecipazione alla gara, si ammette il risarcimento

Da quanto appena considerato, però, può notarsi come invece esistano, e non siano irrilevanti, le differenze rispetto alla tesi della responsabilità aquiliana, pur accolta dalla giurisprudenza: mentre in quest'ultima circostanza il danno è correlato al provvedimento effettivamente posto o non posto in essere - sotto la forma di ipotetica probabilità che il provvedimento in questione, ove non viziato, avrebbe avuto l'esito sperato (il cd. giudizio sulla spettanza del bene della vita) - l'occasione perduta presa, invece, in considerazione nell'illecito precontrattuale si rivolge ad interessi estranei a quelli sottesi al provvedimento e concerne le possibilità vantaggiose, eventuali e alternative, che sono sfuggite al danneggiato a causa dell'inutile conclusione dell'iter procedimentale, seppur conclusosi.

dei relativi costi (elaborazione dell'offerta, progettazione, costituzione dell'associazione temporanea di impresa, polizze fideiussorie) nella misura in cui l'impresa sia in grado di fornire alla stazione appaltante la prova dei pagamenti effettuati.

Sul piano del risarcimento per le occasioni favorevoli perdute, si riscontrano significative discordanze in ordine alla individuazione delle voci di danno e alla relativa quantificazione.

Secondo un primo orientamento, il mancato utile è riconoscibile solo all'impresa che dimostri di non aver potuto accettare altre offerte o concorrere a gare, nell'ambito delle quali aveva un margine di vittoria, a causa dell'immobilizzazione della propria organizzazione in vista dell'aggiudicazione (così, Corte giust. amm. sic., 25 gennaio 2011, n. 83, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 1, p. 318 ss; Cons. di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 20, n *Riv. Giur. Edil.*, 2010, 3, I, 954.); mentre, secondo un diverso indirizzo, la perdita di *chance* può essere valutata attraverso un criterio presuntivo, e calcolata nella misura di un decimo dell'ammontare dell'offerta (Cons. di Stato, 12 febbraio 2008, n. 491, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, 465; Id., Sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2408, *ivi*, 2006, 4, 1175).

Questa soluzione è stata criticata perché, anche ammettendo il ricorso alle presunzioni semplici, per fornire la prova del danno sarebbe comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise. D'altra parte, il criterio del 10% è apparso più coerente con una logica indennitaria che col regime della prova, col risultato di rendere il risarcimento più vantaggioso dell'impiego del capitale. Si esige allora la dimostrazione della percentuale di utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria (in tal senso, Cons. di Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, in *Foro It.*, 2009, 6, III, 309); o si introducono criteri correttivi, con conseguente riduzione equitativa del danno risarcibile, anche in considerazione del dovere del danneggiante di non concorrere ad aggravare il danno (così, Cons. di Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1, 137).

Da ultimo, il Consiglio di Stato, nella sentenza 01 febbraio 2013, n. 633, cit., ha stabilito che non occorre dimostrare l'impossibilità per l'impresa di eseguire contemporaneamente più contratti, poiché la società sarebbe comunque libera di concentrarsi unicamente sull'appalto per il quale ha concorso e di attuarlo in via esclusiva. Si tratta di una scelta strategica, in cui si esprime l'autodeterminazione imprenditoriale, di per sé ragionevole e corretta, salvo si dimostri la sua manifesta strumentalità o irrazionalità. È quindi sufficiente che il ricorrente individui nel complessivo mercato di riferimento una o più offerte alternative alle quali avrebbe potuto astrattamente aderire. Ai fini della quantificazione, si ammette una valutazione equitativa, assumendo come base il valore di un contratto alternativo ipotetico. Stanti queste premesse, il Consiglio di Stato ha riconosciuto, ad esempio, anche i "costi-opportunità" connessi alla retribuzione del personale e alle spese generali per il funzionamento dell'impresa, essendo irrilevante che questi sarebbero stati comunque sostenuti. Il danno nasce dal fatto che le risorse umane e materiali siano state dedicate alla partecipazione alla gara e per questo distolte da attività alternative, sempre ipotetiche.

Inoltre, aderendo all'opinione tradizionale, dovrebbero ritenersi applicabili le regole sulla ripartizione dell'onere della prova, per cui dovrebbe essere il danneggiato a dover dimostrare il danno conseguito al coinvolgimento in una procedura pubblica, costituito dalla perdita patrimoniale derivatagli dall'impossibilità di impegnare le proprie risorse in altri affari eventualmente più vantaggiosi o comunque nel ritardo ad un momento successivo, magari meno favorevole rispetto a quello inizialmente programmato, dovendosi tenere conto, al momento della determinazione dell'*an* e del *quantum debeatur*, tanto delle probabilità positive, quanto di quelle negative che avrebbero comunque influito sul buon esito dell'aggiudicazione.

Tuttavia, come meglio si specificherà appresso, quanto detto non corrisponde alla prassi del giudice amministrativo che, in considerazione delle obiettive difficoltà probatorie, e comunque anche in conseguenza dell'influsso esercitato dal massiccio intervento della regolamentazione comunitaria in materia di contratti pubblici, ha in qualche modo interpolato la disciplina, con applicazione - quanto all'elemento soggettivo e all'onere della prova - di un regime di responsabilità diverso da quello extracontrattuale e che si avvicina alla responsabilità oggettiva, quando non vi si sovrappone.

3. Segue. Doveri di protezione. Affidamento. L'inutile clamore suscitato dalla tesi del c.d. contatto sociale. Il recupero non dichiarato dell'obbligazione *ex contractu*.

A ben vedere, insomma, la tematica delle trattative contrattuali è solo uno dei casi ricadenti nell'ambito applicativo di quella ricostruzione dogmatica¹⁴⁴ che individua una zona grigia tra la responsabilità extracontrattuale e quella contrattuale, includendo in quest'ultima quelle ipotesi caratterizzate dall'assenza

¹⁴⁴ Infatti, «*la culpa in contrahendo è soltanto il primo esempio di responsabilità da violazione di un rapporto obbligatorio la quale non consista nell'inadempimento dell'obbligo di prestazione, è il prototipo della responsabilità da violazione di un'obbligazione senza obbligo primario di prestazione. [...] La culpa in contrahendo, dopo avere fornito il modello, non può più essere considerata specie esclusiva di esso. Così è diventato possibile affermare la responsabilità contrattuale in ipotesi nelle quali, come nella culpa in contrahendo, pur in assenza di un obbligo di prestazione sia stato violato un obbligo di protezione della sfera giuridica della controparte ma, diversamente dalla responsabilità precontrattuale, il rapporto nel quale tale violazione si è verificata non si possa dire orientato alla conclusione di un contratto*», C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 657.

di un preesistente vincolo contrattuale tra i soggetti interessati, i quali sono nondimeno tenuti a rispettare un complesso di doveri di salvaguardia dell'altrui sfera giuridica: i cosiddetti doveri di protezione¹⁴⁵.

Al riguardo, occorre premettere alcuni funzionali cenni sulla distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. La tesi più accreditata si impernia sulla loro differenza strutturale: la responsabilità contrattuale deriva dalla violazione di un obbligo preesistente, per converso l'illecito extracontrattuale è la sanzione al «*danno che consegue da ogni lesione di situazioni soggettive che non si configuri come violazione di un obbligo*»¹⁴⁶.

Pertanto, mentre nel torto aquiliano si avrà l'offesa della situazione soggettiva di volta in volta lesa, richiedendo la colpa del fatto dannoso e dell'ingiustizia del danno prodotto; la responsabilità contrattuale deriva dalla mera violazione dell'obbligazione preesistente, così prescindendo dall'ingiustizia del danno e dalla colpa dell'inadempimento. In altri termini, nel primo caso l'obbligazione risarcitoria trova fonte nella lesione, essendo in precedenza assente qualunque legame o contatto tra danneggiato e danneggiante, mentre nel caso di inadempimento contrattuale si assiste al fenomeno della *perpetuatio obligationis*,

¹⁴⁵ Su cui, F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711. L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss., 280 ss., 366 ss. *Contra*, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974, p. 14 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, I, P. 210 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 170 ss.

¹⁴⁶ Così, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 455. Osserva C. A. CANNATA, in *Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. Visintini*, Vol. I, Padova, 2009, p. 66 - 67, che porre una contrapposizione tra obbligazione da contratto e obbligazione da fatto illecito porta ad uno «*squilibrio sistematico*». Quando, cioè, si dice che la differenza tra obbligazione da contratto e obbligazione da fatto illecito sta nel fatto che la violazione della prima presuppone un rapporto precedente fra le parti, dal quale dipende la qualifica di inadempimento del fatto che la viola, mentre nell'obbligazione da fatto illecito extracontrattuale il fatto illecito è tale, quando accade, in sé stesso, senza che fra le parti vi sia un precedente rapporto, si commette un'impresione dogmatica. Ad avviso dell'Autore, infatti, «*la vicenda di un'obbligazione contrattuale è composta dai seguenti due momenti (a -b): a) il momento della conclusione del contratto, il quale è il momento (1) del verificarsi del fatto fonte d'obbligazione e (2) del formarsi dell'obbligazione, nonché (3) del sorgere dell'azione contrattuale a tutela di tale obbligazione; b) il momento dell'inadempimento, il quale è il momento (1) del fatto illecito consistente nella violazione dell'obbligazione formatasi in a₂ e (2) nel quale diviene esperibile l'azione sopra esposta in a₃ [...] la vicenda da fatto illecito extracontrattuale si riduce ad un solo momento, il quale è insieme quello del verificarsi del fatto fonte di obbligazione (che coincide con la realizzazione dell'illecito, della nascita dell'obbligazione, del sorgere dell'azione a tutela di tale obbligazione e dell'esperibilità della stessa)*».

ovverosia alla sostituzione dell'obbligazione preesistente con l'obbligazione risarcitoria¹⁴⁷.

Tanto premesso, occorre ancora precisare che la responsabilità contrattuale consegue alla violazione di qualsiasi preesistente obbligazione, non dovendo necessariamente essere un contratto la sua fonte¹⁴⁸.

Dati questi presupposti, è stata ripresa e sviluppata una precedente elaborazione¹⁴⁹ che aveva già messo in evidenza la possibilità di ritenere configurato un rapporto obbligatorio, non solo in assenza di contratto, ma pure in assenza dell'obbligo principale di prestazione, e ci si è chiesti se tale modello, potesse «essere adottato per dare veste giuridica a vicende diverse da quella precontrattuale ma suscettibili di essere risolte nella stessa forma giuridica»¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Tale ricostruzione ha trovato un convinto riscontro nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, seppure in materia di responsabilità della banca per il pagamento di assegni non trasferibili al non legittimato, la Cassazione, dopo aver precisato che la responsabilità contrattuale si configura non solo nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto ma «anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte» sicché la qualificazione "contrattuale" deve ritenersi una sineddoche, giustificata dal fatto che questo tipo di responsabilità più frequentemente ricorre in presenza di vincoli contrattuali inadempiti, ma senza che ciò sia idoneo a circoscriverne la portata entro i limiti del significato letterale, aggiungono che «la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)», così Cass. Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1706 ss., con commento di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

¹⁴⁸ Al riguardo, rileva S. GIACCHETTI, *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi – interessi legittimi*, in *Rass. Cons. Stato*, 2000, 2, 2025 ss. che tale preesistente rapporto è solitamente costituito da un vincolo di natura contrattuale, ma ben può formarsi anche prescindendo dal contratto; sí che la locuzione responsabilità contrattuale sarebbe riduttiva e includerebbe, in realtà, ogni ipotesi in cui il fatto dannoso sia qualificabile come inadempimento nell'ambito di un rapporto preesistente ed in violazione di un obbligo da esso previsto.

In particolare, si è affermato che l'art. 1173 c.c., pur costituendo un elenco delle fonti delle obbligazioni, non avrebbe un carattere meramente descrittivo e classificatorio, ma assumerebbe un duplice significato normativo, individuando, da un lato, i requisiti minimi di idoneità strutturale e di compatibilità sistematica delle fonti innominate e determinando, dall'altro lato, le regole applicabili alle obbligazioni di diversa origine. Sul punto, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 1991, p. 113, il quale ricorda che anche da un fenomeno assimilabile ad un contratto può sorgere un rapporto non qualificabile quale rapporto di natura contrattuale (sebbene l'inadempimento farebbe sorgere, anche in questo caso, una responsabilità definibile in termini di responsabilità contrattuale e che, nel contempo, un fatto diverso dal contratto può far sorgere un rapporto contrattuale a prestazioni corrispettive (così come avviene nel caso della pronuncia costitutiva del giudice emessa ai sensi dell'art. 2932).

¹⁴⁹ L. MENGONI, *op. cit.*

¹⁵⁰ Ci si riferisce, come noto, a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p.

Al riguardo, anche sotto l'influsso delle ricostruzioni operate in Germania¹⁵¹, pure nel nostro ordinamento non è mancato chi ha ricostruito rapporto

147. L'elaborazione scientifica cui si devono i risultati ricostruttivi fin qui raggiunti, viene comunemente indicata come "teoria del contatto sociale" (in ossequio alla nomenclatura di origine tedesca, *sozial-kontakt*).

La giurisprudenza, se in un primo momento aveva negato dignità alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, ha riportato in auge il dibattito con la storica sentenza n. 589/1999, con la quale i giudici di legittimità hanno accolto in modo risoluto la predetta teoria ricostruendo la responsabilità del medico dipendente dalla struttura sanitaria come responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato. Ci si riferisce a Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, con note di F. DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*; in *Corr. giur.*, 1999, p. 446, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343, con nota di A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 con nota di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661.

Successivamente, la giurisprudenza ha individuato altre ipotesi di danno collocate nella zona grigia tra contratto e torto, attraendole all'area della responsabilità contrattuale, sulla base della tesi del contatto sociale tra sfere giuridiche: tale relazione qualificata è stata riconosciuta in fattispecie come la responsabilità dell'insegnante per le autolesioni dell'alunno o, appunto, nel rapporto procedimentale che viene a instaurarsi tra il privato e la pubblica amministrazione, su cui: Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, col. 78 con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento*; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, e Tar Puglia, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Foro it.*, 2002, III, col. 1 e 3, con note di V. MOLASCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, e E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*.

¹⁵¹ La teoria degli obblighi di protezione, più compiutamente elaborata da Heinrich Stoll, ma tributaria delle intuizioni di Hermann Staub, che teorizzò la figura delle violazioni positive del contratto al fine di colmare le lacune del BGB in tema di inadempimento.

Infatti, il BGB, fino alla riforma del 2001, non conteneva una clausola generale in tema di inadempimento simile al nostro art.1218 c.c., ma consentiva al giudice di effettuare un accertamento solo con riferimento alla impossibilità della prestazione o al ritardo nell'adempimento, di conseguenza le ipotesi di inesatto adempimento non erano contemplate dalla disciplina sulla responsabilità per inadempimento e furono da Staub ricondotte nelle violazioni positive del contratto. Stoll - anche sulla scorta delle riflessioni limitate alla *culpa in contrahendo* di Rudolf von Jhering - riprese e sviluppò l'indagine, ma rivolgendo lo studio al complessivo comportamento nella fase attuativa del contratto, di modo da superare la problematica dell'inadempimento del contratto, per approdare al più ampio inadempimento del rapporto obbligatorio visto, si diceva, come complesso.

La teoria degli obblighi di protezione ha avuto grande successo in Germania anche perché il BGB, per la sua impronta fortemente liberale, non contemplava una clausola generale come il nostro art. 2043 c.c., ma si basava sulla tipizzazione di tre grandi ipotesi di illeciti; in questo quadro, ritenuto assolutamente inadeguato dalla dottrina, la teoria degli obblighi di protezione è servita al fondamentale scopo di attrarre all'area della responsabilità contrattuale ipotesi di danno che altrimenti non avrebbero potuto essere risarcite in base alla (manchevole) disciplina dell'illecito aquiliano.

Deve sottolinearsi che nel 2002 il BGB è stato oggetto di riforma e, in adesione alle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali, è stato ridisciplinato l'inadempimento: è stata, infatti, inserita una clausola generale (§ 280) secondo cui «se il debitore viola un dovere derivante dal rapporto obbligatorio, il creditore può chiedere il risarcimento dei danni che ne derivano» e soggiunge che «ciò è escluso nel caso in cui la violazione non sia imputabile al debitore»; il § 241 del BGB, poi,

obbligatorio come rapporto complesso e, rimeditando la teoria degli obblighi di protezione, si è spinto a teorizzare il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, con l'effetto di ampliare del perimetro dell'obbligazione, fino a ricomprendervi ipotesi tradizionalmente incluse nel principio del *neminem laedere*.

Orbene, se il criterio discretivo da adottare per distinguere le fattispecie ricadenti nell'area della responsabilità contrattuali da quelle rientranti, invece, nel paradigma della responsabilità extracontrattuale è costituito dalla previa esistenza, o meno, di una obbligazione rispetto alla lesione, è evidente che risulta pregiudiziale intendersi sui contorni dell'obbligazione.

Ed infatti, se il concetto di obbligazione si riduce alla sola prestazione¹⁵², ne consegue che tutti quei danni non direttamente conseguenti all'inadempimento di

precisa che «*in forza del rapporto obbligatorio il creditore ha il diritto di esigere dal debitore una prestazione. La prestazione può anche consistere in un non fare*» e aggiunge che «*il rapporto obbligatorio, a seconda del suo contenuto, può obbligare ciascuna parte a rispettare i diritti, i beni e gli interessi dell'altra parte*», così codificando la categoria dei doveri di protezione: l'ampiezza della formula adottata, infatti, consente di far rientrare nella nozione di "obblighi" sia gli obblighi precontrattuali sia gli obblighi di protezione primari e secondari e, dunque, espressamente accoglie l'idea del rapporto obbligatorio come rapporto complesso. Dal combinato disposto delle norme indicate deriva un nuovo concetto di inadempimento, che dunque si configura sia in caso di mancanza della prestazione principale, sia in caso di violazione dei doveri di protezione della controparte. Sul punto, D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 ss.; A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.

Con riferimento alla disciplina applicata, si è rilevato (F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., p. 1344) che la dottrina tedesca, così come quella francese, in considerazione del carattere essenzialmente negativo degli obblighi in parola, applicava ai medesimi una disciplina dell'onere della prova mutuata in sostanza dall'illecito aquiliano, così riducendo le distanze da quest'ultimo: si riteneva infatti che spettasse al danneggiato dare la prova della colpa del danneggiante.

¹⁵² Ricorda L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 20 ss., che «*non è sostenibile la diffusa convinzione per la quale sino a circa un secolo e mezzo fa, nella comune cultura giuridica, l'obbligazione era intesa come figura del diritto privato volta esclusivamente a soddisfare un'aspettativa e cioè volta ad esaudire l'interesse alla prestazione*» e aggiunge che «*certamente nel diritto romano il rapporto obbligatorio è visto ancora come relazione semplice, ma ciò non può significare, come pure è stato detto, che a quell'epoca mancassero fattispecie in cui l'obbligazione si faceva carico di tutelare l'integrità del creditore e delle cose che gli appartengono; si può dire piuttosto che il pensiero giuridico dell'epoca non era ancora pervenuto ad isolare all'interno di quella figura la presenza di interessi altri da quello rivolto a conseguire il vantaggio pattuito*».

Tale concezione, che fa coincidere l'obbligazione con l'interesse alla prestazione, è stata oggetto di profonda revisione da parte della dottrina tedesca che, partendo dalla constatazione delle lacune del BGB in tema di inadempimento, nonché dalla mancanza di una clausola generale a presidio dell'illecito aquiliano e della inadeguatezza delle disposizioni in materia di responsabilità dei padroni o committenti per fatto dei dipendenti, ha elaborato la distinzione tra interesse alla prestazione e interesse alla protezione, che sarebbe proprio interesse del soggetto a non subire

quest'ultima rientreranno nella responsabilità aquiliana; ove, invece, si reputi la struttura del rapporto obbligatorio corredata di obblighi diversi ed ulteriori rispetto a quello rivolto a soddisfare un bisogno di beni o servizi (i doveri di protezione, che appunto costituiscono un'utilità ulteriore rispetto a quella derivante dall'obbligazione principale), allora ne conseguirà un ampliamento dell'area della responsabilità contrattuale.

In altri termini, l'utilità costituita dal mantenere indenne la propria sfera personale e patrimoniale, che usualmente si faceva rientrare nel generico dovere del *neminem laedere*¹⁵³, in condizioni di particolare interferenza tra interessi, si converte in specifici obblighi autonomi di protezione, la cui lesione dà luogo a responsabilità contrattuale¹⁵⁴.

pregiudizio alla propria persona e ai propri beni nel corso e a causa dell'attuazione del rapporto obbligatorio. Evidentemente a questa premessa consegue la revisione della tradizionale concezione del rapporto obbligatorio, cui si sostituisce l'idea che quest'ultimo sia un rapporto complesso in cui, accanto all'interesse alla prestazione, gravitano una serie di doveri accessori di informazione, salvaguardia, di custodia ecc., che vengono raggruppati nella categoria dei cd. obblighi di protezione (Schutzpflichten).

¹⁵³ In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 185, secondo cui «[l]'obbligazione e la responsabilità contrattuale proteggono quello specifico interesse del creditore che è l'interesse alla prestazione (art. 1174). Diversi sono gli interessi della vita di relazione messi a rischio nel contatto sociale: dalla sicurezza della circolazione automobilistica alla lealtà della competizione economica alla correttezza e serietà delle trattative contrattuali. A protezione di essi s'impongono agli operatori doveri di condotta che possono essere non generici - bensì calibrati sulle specificità degli interessi, delle attività, dei rischi in gioco -, ma non per questo diventano obbligazioni. E la loro violazione genera responsabilità extracontrattuale».

¹⁵⁴ Tale conclusione comporterebbe un indubbio vantaggio: la possibilità di esercitare i rimedi contrattuali (eccezione di inadempimento, recesso, risoluzione del contratto), anche promuovendo azioni cautelari, a tutela dell'interesse salvaguardato dal dovere di protezione ancor prima che si sia verificato un danno, ciò che non sarebbe consentito qualora l'unica tutela fosse quella ex art. 2043 c.c. Così F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, cit., p. 1363.

La conclusione, si è già osservato, non è condivisa da chi ritiene che l'elaborazione degli obblighi di protezione allo scopo di estendere la tutela contrattuale ad interessi che non hanno formato oggetto dell'obbligazione - e che perciò sarebbero protetti a titolo di danno extracontrattuale - non avrebbe senso nel nostro ordinamento data l'esistenza di una clausola generale come l'art. 2043 c.c. e pertanto l'art. 1175 c.c., se inteso come fonte di un dovere generale di protezione, sarebbe ridotto a una inutile duplicazione di quella norma, poiché rispetto a tali lesioni le parti del rapporto obbligatorio si troverebbero in posizione di reciproca estraneità. La teoria degli obblighi di protezione troverebbe, quindi, giustificazione solo nell'ordinamento tedesco per le ragioni già dette, mentre risulterebbe ridondante nel nostro ordinamento. In questo senso, si osserva che il c.c. già prevede all'interno della disciplina dei singoli contratti tipici una serie di ipotesi normative in cui emergono obblighi di protezione e di tutela di interessi altri rispetto alla mera prestazione del tipo contrattuale. Esempi in tal senso vengono individuati nell'art. 2087 in tema di contratto di lavoro, nell'art. 1681 nel trasporto di persone, nonché nella disciplina della locazione (artt. 1575, 1576, 1580): si tratterebbe di norme da cui emerge che il contenuto dell'obbligazione non può essere ridotto alla mera prestazione caratteristica del contratto ma implica una serie di obblighi di tutela dell'altrui sfera giuridica nell'attuazione del rapporto, alla cui lesione consegue la responsabilità per inadempimento al pari di quanto accade a seguito della lesione dell'interesse alla prestazione principale. A tale ricostruzione consegue che le norme

Sviluppando ulteriormente questo contributo, autorevole dottrina italiana ha approfondito lo studio della teoria degli obblighi di protezione proponendo l'utilizzazione anche nel nostro ordinamento di una nuova e discussa figura di matrice tedesca: l'obbligazione "senza obbligo primario di prestazione"¹⁵⁵.

richiamate non sono altro che una specificazione del generale *principio di correttezza* di cui all'art. 1175 c.c., che invece troverebbe applicazione diretta nelle altre fattispecie non specificamente disciplinate. Al contrario, la tesi tradizionale rinviene nelle citate disposizioni delle eccezioni al principio dell'applicazione dell'illecito aquiliano con riferimento alle lesioni di interessi altri rispetto alla prestazione; la giurisprudenza pare ancora una volta avallare tale opinione, applicando anche nei casi di violazione di queste disposizioni la responsabilità extracontrattuale, così L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, op. cit., p. 103 ss.

Anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, II, *Le obbligazioni*, 2007, p. 98, osserva come «nell'accezione tradizionale la buona fede integrativa può far sorgere obblighi integrativi, di informazione o protezione, ma sempre a condizione che siano accessori o strumentali rispetto alla prestazione principale, ossia volti a salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un apprezzabile sacrificio. (...). La buona fede integrativa quale fonte di obblighi di protezione, quindi, si differenzia dal significato tradizionale di buona fede integrativa come sopra esplicito, assumendo un'accezione più ampia che impone doveri comportamentali non finalizzati alla realizzazione dell'interesse dedotto in contratto, bensì funzionalizzati alla protezione di interessi diversi ed ulteriori. Per meglio chiarire, la buona fede non assolve nella specie alla funzione di integrazione in senso stretto di una lacuna del contratto, poiché di lacuna vera e propria non può trattarsi laddove i comportamenti imposti siano finalizzati alla tutela di interessi diversi da quelli tutelati dal contratto».

Contraria alla opportunità di attribuire un ruolo autonomo nel nostro ordinamento agli obblighi di protezione si mostra anche altra autorevole opinione, che risolve il problema all'interno del rapporto obbligatorio medesimo, rifiutando una ricostruzione in termini complessi e allargando la nozione di "prestazione" al di là del bene o vantaggio oggetto dell'obbligazione. In quest'ottica, a ben vedere al debitore si richiede non semplicemente un comportamento improntato a correttezza ma un comportamento diligente, cioè diretto ad evitare il danno al creditore; un siffatto comportamento però «fa parte integrante della prestazione dovuta senza che si debbano costruire artificialmente altri obblighi del debitore». Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile. L'obbligazione*, IV, Milano, 1993, p. 93-94.

Secondo altra, sostanzialmente analoga, impostazione la prestazione dedotta in obbligazione assorbe e comprende, in virtù del *dovere di diligenza* nell'esecuzione della medesima ex art. 1176 c.c., altresì doveri di protezione della complessiva sfera giuridica della controparte, doveri che perderebbero ogni autonomia nel rapporto obbligatorio. Di conseguenza, la tutela risarcitoria è circoscritta dall'individuazione in via interpretativa della portata della prestazione (e del suo adempimento), oltre la quale non è possibile attribuire rilievo ad obblighi ulteriori, intesi come obblighi autonomi rispetto alla prestazione (mentre gli obblighi di protezione consentirebbero di ritenere contrattuale la responsabilità per danni a interessi diversi da quelli dedotti in contratto indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse alla prestazione). In tal senso, U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 151 s.s.

In contrario, tuttavia, si è osservato che la diligenza non può avere valenza integrativa della prestazione prevista dal contratto e che essa riguarda solo il comportamento del debitore, diversamente dagli obblighi di protezione, che invece sono reciproci.

¹⁵⁵ L'espressione, mutuata da Lorenz (v. nota precedente) è di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., p. 168. Con tale locuzione, intesa nella sua accezione originaria dalla dottrina, s'intendeva evidenziare una caratteristica genetica degli obblighi di protezione, cioè a dire l'essere autonomi così da poter esistere anche a prescindere dal rapporto obbligatorio primario e centrale cui normalmente essi accedono. L'ulteriore sviluppo prevede che la conformazione stessa dell'obbligo protettivo ascriva all'interesse "sociale" che ne sta a fondamento (cd. di protezione) un ruolo determinativo della prestazione ben più intenso che nelle obbligazioni con precetto già predefinito nei suoi contenuti. L'esigenza di fare quanto indispensabile per salvaguardare la persona o il patrimonio

Secondo questa dottrina, gli obblighi di protezione consistono in veri e propri obblighi positivi di comportamento la cui violazione darebbe luogo a responsabilità per inadempimento degli obblighi medesimi, a differenza di quando accade per il generale divieto di astensione da comportamenti dolosi o colposi riconducibili al principio del *neminem laedere*.

Si anticipava che la tesi in parola amplia e sviluppa il contributo tedesco sulla responsabilità per violazione dell'affidamento come categoria generale in cui vanno ricondotte le fattispecie in cui può fondatamente ritenersi che dal contatto tra soggetti sorga, pur in assenza di un contratto e in virtù delle particolare professionalità di uno dei soggetti, un affidamento che, dunque, sarà fonte di obbligazioni.

Nella categoria della responsabilità per violazione dell'affidamento, quindi, oltre ai casi di stretta responsabilità precontrattuale, rientrerebbero altre ipotesi in cui, al pari delle trattative precontrattuali, ove manca un obbligo di prestazione, *«ugualmente devono dirsi presenti obblighi di protezione perché tra danneggiante e danneggiato si è instaurata previamente una situazione relazionale nella quale questi stanno l'uno di fronte all'altro alla maniera di un debitore e un creditore, uscendo dall'estraneità che è presupposto della responsabilità aquiliana»*¹⁵⁶.

In altri termini, le fattispecie caratterizzate da un'obbligazione senza obbligo primario di prestazione sono *«situazioni nelle quali, analogamente alla responsabilità precontrattuale, il danno si inquadra in un rapporto il cui contenuto, in assenza di un obbligo di prestazione, è costituito da obblighi di protezione»* e il cui tratto unificante va individuato nella particolare relazione tra soggetti determinati, il cd. contatto sociale¹⁵⁷, nel quale i soggetti non si trovano

dell'interessato, può tradursi in condotte (prestazioni) specifiche per l'obbligato non tanto al momento della nascita del vincolo, quanto nel momento logicamente successivo dell'insorgere di una causa di pericolo per i beni dell'altra parte: solo in quel momento è possibile delineare le attività in grado di realizzare concretamente l'interesse del creditore.

¹⁵⁶ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 467.

¹⁵⁷ Il cd. contatto sociale consiste in una relazione tra individui non legati da preesistenti *vincula iuris*, non qualificabile in termini negoziali, ma allo stesso tempo produttivo di una relazione di tipo obbligatorio, giuridicamente vincolante per entrambi i soggetti.

Per spiegare i dubbi correlati al fatto che, pur in mancanza di un comportamento dal significato obiettivamente percepito come vincolante o che derivasse la propria vincolatività da una prescrizione normativa, si è fatto appello ai principi generali a vocazione protettiva o in specifiche norme positive di natura elastica (come, ad esempio, l'affidamento e la buona fede nei rapporti precontrattuali o, come meglio si dirà, l'affidamento ed il buon andamento nelle dinamiche procedimentali) che caratterizzano distintamente taluni settori dell'ordinamento.

in rapporto di reciproca estraneità, cui si aggiunge la particolare professionalità di uno di essi, idonea a far sorgere in capo all'altro soggetto un affidamento.

A fronte dell'affidamento sorge un'obbligazione senza obbligo di prestazione (principale), il cui inadempimento comporta l'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale, la cui portata applicativa non si limita all'ipotesi di inadempimento della prestazione principale di un rapporto obbligatorio, bensì si riferisce all'inadempimento di obbligazioni comunque sorte, con relativa valorizzazione del principio di atipicità delle fonti dell'obbligazione¹⁵⁸.

Queste essendo le premesse teoriche, risulta evidente come il settore della responsabilità civile dell'amministrazione fosse fertile terreno per l'attecchimento della tesi appena esposta.

Infatti, le principali ragioni che conducevano a dubitare dell'idoneità del modello aquiliano ad accogliere la responsabilità civile della pubblica amministrazione erano le stesse che fondavano lo sviluppo della tesi in parola: l'inadeguatezza dell'art. 2043 c.c. a disciplinare le peculiarità dell'illecito dell'amministrazione, anche alla luce della innegabile esistenza di una sempre più stretta relazione tra autorità e cittadino, l'«*amministrazione partecipata*»¹⁵⁹, ovvero una stretta relazione, un contatto appunto, tra privato e amministrazione che si manifestava nel procedimento, disciplinato in chiave cooperativa e partecipativa inizialmente dalla l. n. 241/90¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Così, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, *cit.*, nella cui motivazione si legge che tale ultima possibilità sarebbe ammessa da una moderna lettura della norma dell'art. 1173 c.c. che “*consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale [...], che trascendono singole posizioni legislative*”.

¹⁵⁹ F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano 2002, p. 47 ss.

¹⁶⁰ Nell'analizzare l'evoluzione del rapporto tra privato e amministrazione sulla base della citata legge sul procedimento, F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corr. Giur.*, 2011, 3, 301 ss. ricorda che «la storia del pensiero sul procedimento è esemplare e può essere legata ai nomi di cinque grandi giuristi. Si apre con la formidabile sistemazione di Aldo M. Sandulli. Si è soliti dire sistemazione ed esaltazione della struttura e del valore giuridico formale del procedimento; e a ragione, in quanto ciò che rileva è la “determinazione dogmatica del fenomeno del procedimento”, ma anche “del valore sostanziale delle relazioni che si instaurano tra i diversi fatti che in esso si coordinano”. Sicché le stesse fasi in cui si articola il procedimento non sono “elementi costitutivi” di una struttura complessa, ma momenti in cui si articolano giuridicamente le relazioni sostanziali tra le varie attività (e tra i vari soggetti). Con Benvenuti e Giannini entrano prepotentemente, nella struttura procedimentale delineata da Sandulli, la funzione amministrativa e gli interessi a essa correlati; da cui la configurazione del procedimento come “forma della funzione” (Benvenuti) e luogo deputato alla ponderazione degli interessi (Giannini), pubblici e privati, solitamente collegato - ma il rilievo non mi sembra necessitato sul piano della teoria

Le numerose disposizioni contenute nella disciplina generale sull'azione amministrativa¹⁶¹, difatti, valorizzano sempre più la dimensione collaborativa del procedimento, che si sviluppa secondo una logica dialettica, tesa a favorire il dialogo tra autorità e titolari di interessi privati, cosicché l'*iter* procedimentale diviene il luogo ideale di emersione e composizione condivisa degli interessi coinvolti, modulo dinamico di esercizio del potere nel quale tanto l'amministrazione, quanto il privato - al quale sono forniti strumenti partecipativi idonei ad influenzarne l'esito - sono entrambi parti, pur nella diversità di ruoli e posizioni¹⁶².

Queste considerazioni conducono alla qualificazione della relazione procedimentale in termini di vero e proprio rapporto obbligatorio che non trova fonte in un negozio giuridico, bensì è fondato sull'affidamento che il privato ripone nell'amministrazione, nei termini che prima si esponevano.

generale - con il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Quello che maggiormente mi sembra rilevare ai nostri fini è che si fa avanti fin da allora l'idea - probabilmente conseguente, sul piano dei principi, al "superamento del vincolo unilaterale tra legge ed atto amministrativo", ma probabilmente imposto dalla pratica del fenomeno amministrativo - che l'interesse pubblico non può essere compiutamente definito nell'astratta previsione di legge, ma è determinato nel procedimento come risultato dell'esercizio di un potere "partecipato", nell'accezione di Benvenuti, quando non "concordato", nella logica degli accordi della legge 241. E da qui nasce la tensione persistente tra principio di legalità e determinazione in concreto dell'assetto degli interessi nell'esercizio di funzione, molto ben descritta da Guido Corso nel saggio sul principio di legalità. E siamo a Nigro, il quale - probabilmente per il retaggio culturale che si portava dagli Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione - evidenzia il duplice profilo del procedimento, statico e dinamico, cioè il procedimento come organizzazione e come attività (oltre che il collegamento tra procedimento e processo). E Sabino Cassese completa il quadro, soprattutto, per quanto qui rileva, con la sistemazione dell'intervento partecipativo del privato nel procedimento, che sviluppa le idee già presenti in Nigro e, prima di lui, in Benvenuti, e che è riprova della valenza costituzionale degli sviluppi della teoria del procedimento e della sua "codificazione" nella legge n. 241». Tali dottrine - che pure erano ispirate da principi elaborati, in relazione a casi, dalla giurisprudenza - ha, a sua volta, largamente influenzato la giurisprudenza successiva, nella quale quei principi hanno trovato pratica applicazione soprattutto in relazione al processo di formazione della decisione amministrativa e ai rapporti tra i suoi attori istituzionali; e, ancora, con riferimento alla figura dell'eccesso di potere, sempre più spesso rinvenuto nel discostarsi dell'atto da quelle regole di istruttoria e di giudizio che si esplicavano nella sede naturale, e ordinante, del procedimento.

¹⁶¹ Quali l'art. 7, sul dovere di comunicazione dell'avvio del procedimento, l'art. 9 ss., sul diritto di intervenire nel procedimento e di esercitare facoltà di partecipazione attiva, l'art. 10-bis, sul dovere di comunicazione dell'avvio di conclusione del procedimento.

¹⁶² Tale legge, infatti, «costituisce il momento "positivo" di una riflessione sui rapporti tra cittadino e potere pubblico, tematica che significativamente andava già all'epoca a sostituirsi alla tradizionale dicotomia pubblica amministrazione-amministrati, quasi a cogliere la valenza costituzionale di quella legge, al di là dei pur importanti profili di interesse per il diritto amministrativo che consistevano nella emanazione della prima legge generale sul procedimento amministrativo nel nostro ordinamento. E forse per questo, oltre che per il carattere snello e l'impostazione di principio della legge, che si preferì scorgervi una sorta di statuto del cittadino, piuttosto che un codice dell'azione amministrativa». Così F. PATRONI GRIFFI, o.l.u.c.

Di conseguenza, non trattandosi di un contatto tra sfere giuridiche del tutto estranee, ma venute in contatto in occasione del procedimento amministrativo, l'eventuale danno provocato dal soggetto pubblico nel corso del procedimento oppure all'esito dello stesso, non poteva essere ricondotto nel modello aquiliano, ma andava considerato un contatto sociale qualificato, nel quale le situazioni soggettive nascono e si sviluppano necessariamente insieme, legate da una relazione di complementarità.

L'inidoneità del modello aquiliano appariva ancora più evidente nella considerazione che con l'instaurarsi del procedimento, l'amministrazione diventa destinataria di una serie di obblighi e doveri espressivi dei principi costituzionali di buon andamento, efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Costituzione.¹⁶³ Anzi, tali obblighi avrebbero contenuto ancora più pregnante degli obblighi di correttezza e buona fede contemplati dagli artt. 1337 e 1338 c.c. per le parti di una trattativa contrattuale atteso che, mentre la trattativa acquista una portata tale da giustificare la tutela risarcitoria solo laddove essa abbia ingenerato un affidamento ragionevole, il procedimento amministrativo è *ab initio* produttivo di un tale affidamento, essendo l'amministrazione portatrice

¹⁶³ Con riferimento alla responsabilità dell'amministrazione, fortemente critico si mostra L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, p. 1 ss, il quale ritiene che tali obblighi e doveri, trovando fonte nella legge, non sarebbero affatto inquadrabili nella teorica dei doveri di protezione, che risulterebbe essere un'inutile superfetazione. In particolare: «[Non] mi pare che si potrebbe equiparare al contatto il mancato contatto conseguente alla violazione dell'obbligo di contatto ovvero attribuire rilevanza al contatto instauratosi con la partecipazione al destinatario del provvedimento finale, per qualificare, anzi per riqualificare, retroattivamente i doveri trasgrediti come inerenti a un rapporto obbligatorio carente della prestazione. In verità sono questi, come accennato, doveri che trovano fonte nella legge, e non solo nella n. 241 del 1990, che li prevede - ora puntualmente ora attraverso clausole generali (si pensi al principio di buona amministrazione dell'art. 97 Cost.) assimilabili a quella di buona fede, che ne permettono la concreta determinazione - proprio per assicurare protezione alla sfera giuridica. In quanto tali, essi respingono la doppia, e perciò sovrastrutturale, configurazione in termini di doveri riferibili a un rapporto obbligatorio senza prestazione, pure volti a preservare la sfera giuridica dell'interessato, che l'applicazione della figura pensata dal Castronovo porta con sé: e la respingono non solo perché non necessaria, ma anche e soprattutto perché snaturante e trasfigurante, in quanto altera il loro originario carattere di doveri tipici dei rapporti pubblicistici imprimendovi quello di doveri propri dei rapporti privatistici. Un'eterogenesi o, se si preferisce, un deformante spostamento di versante che non si giustifica neppure appellandosi alla nobile finalità di rendere paritaria la relazione tra amministrazione e privato, posto che la stessa va perseguita, conformemente a una linea di tendenza percepibile negli interventi legislativi degli ultimi anni, dall'interno della normativa di settore, rispettando quindi il modulo pubblicistico dell'agire dell'amministrazione voluto dal legislatore, senza stravolgerlo col sovrapporvi a forza categorie civilistiche».

di un interesse pubblico, dunque tenuta ad un generale dovere di protezione dei soggetti amministrati¹⁶⁴.

Il procedimento amministrativo sarebbe, dunque, l'espressione più evidente del "contatto sociale", giustificato dall'affidamento nella correttezza dell'azione amministrativa, affidamento ancora più serio e indiscutibile in quanto non indeterminato bensì fondato su norme di legge che collocano in capo alla pubblica amministrazione precisi obblighi procedurali.

Anche la giurisprudenza ha accolto le conclusioni della dottrina, rilevando che a fronte dell'attività autoritativa dell'amministrazione, il privato non vanterebbe tanto (*rectius*, non vanterebbe soltanto) un'aspettativa al conseguimento di un bene della vita, quanto, più propriamente, una pretesa a che l'amministrazione agisca nel rispetto delle regole che devono informare la sua attività procedimentale¹⁶⁵.

¹⁶⁴ In particolare, «come oramai ci conferma la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, l'instaurarsi del procedimento impone una serie di precisi obblighi sull'amministrazione. Ma alle situazioni di obbligo corrispondono diritti, non più aspettative. E poiché un obbligo nei confronti di se stessi non ha senso giuridico, soggetto attivo di esso non potrà che essere l'altra parte. Non si tratta però di un obbligo di prestazione. La posizione di supremazia della p.a. impedisce di considerarla alla stregua di un debitore, anzi proprio tale posizione ha dato vita e significato alla figura dell'interesse legittimo. ... Nel rapporto tra il cittadino e la p.a., di conserva con la validità dell'atto amministrativo, si presenta il profilo del rispetto di ogni sfera giuridica da parte di chi, compresa la p.a., con essa entri in una relazione giuridicamente rilevante. E se l'azione del soggetto pubblico si traduce in danno per il privato e tale danno non è conseguenza di un obbligo di prestazione violato né della lesione di un diritto che si voglia far valere a prescindere dalla relazione instaurata con il procedimento, la perdita subita non potrà rilevare che in esito alla violazione dell'obbligo di protezione che nel rapporto obbligatorio presidia la sfera giuridica dell'altra parte in forza del principio di buona fede. Il rapporto obbligatorio, infatti, già lo sappiamo, tale può essere anche quando, come nell'ipotesi nostra, si debba escludere l'esistenza di un obbligo di prestazione». C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 123 ss.

¹⁶⁵ La tesi del "contatto amministrativo" è stata, dapprima, condivisa dalla V Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 6 agosto 2001, n. 423, in *Urb. e App.*, 2001, 1211, con nota di M. PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*, nella quale - pur con espressa riserva circa l'accoglimento integrale della tesi della natura contrattuale - si accoglie la tesi del contatto limitatamente al regime dell'onere della prova in ordine all'elemento dell'imputabilità del fatto dannoso secondo criteri corrispondenti a quelli dell'art. 1218 c.c. Osserva il Collegio che «il contatto procedimentale, una volta innestato nell'ambito del rapporto amministrativo, caratterizzato da sviluppi istruttori e da un'ampia dialettica tra le parti sostanziali, impone al soggetto pubblico un preciso onere di diligenza, che lo rende garante del corretto sviluppo del procedimento e della sua legittima conclusione [...] La misura della diligenza è dunque definita dalle regole che governano il procedimento ed è attualizzata in funzione del concreto nesso tra le parti originato dall'iter provvedimentale e dal suo stato di attuazione. La violazione di dette regole si traduce, in primo luogo, nella illegittimità dell'atto. Ma essa esprime anche l'indice, quanto meno presuntivo, della colpa del soggetto pubblico. Resta salva, ovviamente, la possibilità di dimostrare che, in concreto, l'accertata violazione della regola è derivata da vicende estranee al normale limite di esigibilità imposto al soggetto pubblico

Infatti, il legislatore non si sarebbe limitato ad imporre all'amministrazione un generico dovere di non ledere: se è corretto dire che non è rinvenibile

secondo i parametri generali desumibili dal sistema». Il Consiglio di Stato, quindi, valorizzando il rapporto procedimentale instauratosi tra le parti, sostiene che l'onere della prova dell'elemento soggettivo dell'illecito vada ripartito secondo criteri sostanzialmente corrispondenti a quelli codificati dall'art. 1218 c.c. Successivamente, anche la Corte di Cassazione ha condiviso la tesi in parola, precisando ma non contraddicendo le affermazioni già compiute nella sentenza n. 500/1999.

In particolare, la Suprema Corte ammette che *«nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione di interesse legittimo s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana»*, così Cass. Civ., I Sezione, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, 1, p. 78 ss con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione.*

Infatti, la trasformazione in senso aziendalistico dell'apparato burocratico, imposta dalla necessità che l'ordinamento diventi efficiente e competitivo, connota oggi un sistema amministrativo che si avvale in misura sempre maggiore di soggetti privati (nella gestione dei pubblici servizi, nella realizzazione dei programmi urbanistici); che utilizza prevalentemente i più agili strumenti del diritto privato, e che nella realizzazione dei principi dell'ordinamento democratico si avvale della partecipazione "funzionale" del destinatario dell'atto. Tali principi, ovvero quelli di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, nonché di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, sono cristallizzati, come noto, nella L. 241/1990.

Quindi, premesso che questo *«non può non avere riflessi sull'impostazione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione»* la Cassazione giunge ad affermare che *«il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. Ne è corollario l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nella misura in cui la coincidenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico è un mero accidente, che non infirma la preponderanza di questo su quello»*. Invece, il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento secondo buona fede nell'ambito di un rapporto che, in virtù delle garanzie che assistono il privato, diviene specifico e differenziato.

Dall'inizio del procedimento - osserva la Cassazione - l'interessato non è più un semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, ma diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza n. 500 del 1999 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»*.

Proprio l'interesse al rispetto di queste regole, costituirebbe la vera essenza dell'interesse legittimo, assumendo, sempre secondo la Cassazione, 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.

Il Giudice di legittimità conclude quindi che *«il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cassazione 500/99, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'articolo 2043 c.c.: con le relative conseguenze di accertamento della colpa, (...) l'inquadramento degli obblighi procedimentali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.), è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico-giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della L. 241/90 (che, fra l'altro, all'art. 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti)»*. Così, Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, cit.

un'obbligazione principale, tuttavia la normativa sul procedimento ha previsto dei veri e propri obblighi di salvaguardia della sfera giuridica del privato.

Tali obblighi, che normalmente si ricollegano all'obbligo principale di prestazione al fine di massimizzare l'utilità creditoria, in un contesto come quello pubblicistico, caratterizzato dall'assenza di un obbligo di prestazione avente ad oggetto il provvedimento favorevole, andrebbero comunque ad inserirsi (con sovrapposizione del rapporto obbligatorio a quello amministrativo) nella dinamica procedimentale allo scopo di garantire il rispetto della sfera giuridica degli amministrati portatori di un interesse legittimo.

Visto da questa prospettiva, la responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimento non sarebbe altro che una evoluta forma di responsabilità contrattuale nascente dall'inadempimento di un'obbligazione di protezione (o senza prestazione), posta dal legislatore.

In sostanza, oggetto dell'obbligo di protezione sarebbe proprio l'osservanza di quelle regole sancite a garanzia del cittadino titolare dell'interesse legittimo che sul rispetto delle stesse aveva riposto un legittimo affidamento.

Nel rapportare tesi del contatto sociale alla peculiare ipotesi della responsabilità dell'amministrazione, insomma, l'obbligazione risarcitoria non sarebbe qui ricollegata né alla lesione del rapporto procedimentale (che non raggiunge mai l'intensità propria di una relazione credito-debito), né all'utilità finale avuta di mira dal privato, bensì riguarderà la lesione dell'affidamento ingenerato dal privato, affidamento sostanziato dalle regole procedimentali, cosicché il giudizio risarcitorio sarà svincolato dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o sulle concrete probabilità di conseguirlo.

Il risultato pratico è quello di ottenere una fattispecie di responsabilità inscritta all'interno della responsabilità contrattuale, ma che discende in via automatica dalla violazione delle regole procedimentali, con l'ulteriore conseguenza dell'applicazione di un regime molto più favorevole per il privato, che non sarà tenuto a provare la spettanza del bene della vita nonché della "colpa d'organizzazione", e soggetto alla più ampia prescrizione decennale.

Quanto al primo profilo, mentre l'indirizzo maggioritario già indicato subordina il risarcimento del danno aquiliano alla prova della *spettanza del bene della vita*

cui l'interesse legittimo "sostanziale" è collegato - sì che sarebbe in definitiva affidato al giudice il giudizio prognostico circa tale spettanza -, la tesi in parola, collegando la responsabilità dell'amministrazione alla violazione degli obblighi procedurali di protezione (cd. *interessi procedurali*)¹⁶⁶, sostiene che il privato potrebbe far valere non già il danno da mancato ottenimento del bene della vita, del tutto estraneo a questo tipo di tutela, bensì la mera violazione delle norme procedurali¹⁶⁷, che assume autonomo rilievo ai fini risarcitori¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Con specifico riferimento al danno da mero ritardo, sostanzialmente due sono le opinioni circa la qualificazione della situazione soggettiva lesa in termini, che sarà, rispettivamente, di interesse procedimentale oppure di vero e proprio diritto soggettivo all'adozione tempestiva del provvedimento.

Secondo il primo orientamento, dunque, premesso che il privato è titolare, nei confronti dell'amministrazione, di molteplici interessi aventi ad oggetto il rispetto delle norme sul procedimento, strumentali alla soddisfazione dell'interesse finale, tra tali interessi procedurali se ne possono individuare alcuni dotati di speciale autonomia rispetto all'interesse finale, in quanto di per sé rilevanti come beni della vita. Per tale ragione, sarebbero meritevoli di tutela risarcitoria indipendentemente dall'esito positivo o negativo del procedimento. Tra questi, vi sarebbe la pretesa al rispetto del termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990, con la conseguenza che la sua lesione darebbe titolo al risarcimento dell'eventuale danno che ne sia derivato a prescindere dalla spettanza dell'utilità finale. Alcuni autori hanno poi enfatizzato la diversità dell'interesse al rispetto del termine da altri interessi, in modo particolare dalle pretese partecipative, la cui autonomia dall'interesse sostanziale sarebbe meno evidente. A questo proposito non si può non osservare che l'interesse al rispetto del termine di conclusione del procedimento, specie se reso autonomo dal bene della vita finale, assume specifico rilievo proprio in relazione all'esigenza di conoscere con certezza l'esito del procedimento, mostrando una chiara affinità con le pretese partecipative, esse pure rivolte in gran parte ad acquisire tempestive informazioni sulle decisioni che l'amministrazione è orientata a prendere.

La seconda prospettazione, invece, parte dalla ricostruzione della relazione tra privato ed amministrazione che si instaura nel procedimento come un vero e proprio rapporto giuridico regolato da diritti e obblighi reciproci e, di conseguenza, qualifica l'interesse del privato a ricevere una risposta in tempi certi come un diritto soggettivo, al quale corrisponde un'obbligazione in capo al soggetto pubblico, la cui lesione dà titolo al risarcimento dei danni conseguenti a prescindere da qualsiasi nesso con il bene della vita fatto oggetto del potere amministrativo. Questa tesi è stata ripresa con rinnovata convinzione a seguito dell'introduzione dell'art. 2 bis della legge n. 241/1990, inteso come definitiva ed esplicita previsione della risarcibilità del danno da mero ritardo. Si è infatti argomentato che, se il legislatore ha reso autonomo il risarcimento del danno dalla meritevolezza dell'interesse finale, collegandolo direttamente allo stato di incertezza causato dal ritardo, è difficile negare che oggetto di tutela sia senz'altro un diritto soggettivo al rispetto del termine. La consistenza di diritto della pretesa al provvedimento tempestivo è stata ricavata, in particolare, dalla considerazione congiunta degli artt. 2, 2 bis e 29 della legge n. 241/1990, dal momento che tale ultima disposizione qualifica espressamente come obbligo della pubblica amministrazione quello di concludere il procedimento entro il termine prefissato. Altro elemento richiamato a sostegno della tesi in esame è la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie sul danno da ritardo, la quale presuppone evidentemente che nelle relative vertenze possano venire in questione situazioni di diritto soggettivo. Sulle problematiche relative agli interessi procedurali in generale, cfr. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

¹⁶⁷ A. TRAVI, *Interessi procedurali e pretese partecipative: un dibattito aperto*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, II, 531 ss., già criticava l'interpretazione riduttiva che sovente veniva data di bene della vita, ed affermava che anche «l'interesse procedimentale è un bene della vita».

Allo stesso modo l'applicazione del regime contrattuale solleverebbe il privato dalla *probatio diabolica* della colpa della pubblica amministrazione, intesa dalla sentenza n. 500/1999 come colpa d'apparato o di organizzazione¹⁶⁹, consentendogli semplicemente di allegare l'inadempimento dell'amministrazione¹⁷⁰, mentre sarà quest'ultima a dover provare di aver osservato le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero che la predetta violazione deriva da causa ad essa non imputabile.

¹⁶⁸Per la verità, il Consiglio di Stato, nella sentenza n. 1945/2003 ha operato un distinguo: se il cittadino limita la sua domanda risarcitoria al danno derivante dall'inadempimento, da parte della pubblica amministrazione, degli obblighi di imparzialità, di correttezza e buona amministrazione, il giudice potrà, in via equitativa, attribuirgli un risarcimento di carattere forfettario; mentre se il cittadino chiede il risarcimento del pregiudizio connesso all'illegittima preclusione, da parte della pubblica amministrazione, del bene della vita anelato, il giudizio sulla spettanza diventa ineludibile e il suo esito positivo condiziona il risarcimento del danno. Tutto dipende, quindi, dalla domanda risarcitoria proposta dal privato. Il giudice amministrativo potrà applicare il regime della responsabilità da contatto procedimentale o aquiliana a seconda che il privato si limiti a chiedere il danno da illegittimità procedimentale o l'intero pregiudizio patito a causa della perdita del bene. La soluzione non è accolta dalla giurisprudenza amministrativa che esclude il risarcimento degli interessi legittimi meramente procedimentali, che prescindono dalla lesione dell'interesse legittimo al bene della vita. Sul punto, cfr. Cons. St., Ad. Plen., sentenza 15 settembre 2005, n.7, in *Danno e Resp.*, 2006, 8-9, p. 903 ss., ove si afferma «*Il sistema di tutela degli interessi pretensivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione - consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse in oggetto, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nell'emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un "bene della vita")*».

¹⁶⁹In un primo momento, la dottrina e la giurisprudenza favorevoli alla natura aquiliana della responsabilità in esame continuavano a dividersi tra un orientamento che, nell'intento di mitigare le difficoltà probatorie derivanti dalla colpa d'apparato elaborata dalle Sezioni Unite con la sentenza 500/1999, sostiene che il privato può allegare l'illegittimità dell'atto, la gravità della violazione, la mancata considerazione del suo apporto partecipativo come presunzioni, come indizi, sussistendo, poi, in capo alla P.A. l'onere di dimostrare la presenza di un errore scusabile (in tal senso, Cons. Stato 17 ottobre 2008, n. 5101), e l'indirizzo che sostiene che l'amministrazione sarebbe in colpa solo in caso di violazioni gravi. Tale problema, si vedrà, è stato risolto dalla recente sentenza del consiglio di Stato, resa in adunanza plenaria, la n. 3/2011.

In dottrina c'è chi analizza il problema proprio sostenendo che l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla ricostruzione in termini di responsabilità da contatto sociale sorge dalla consapevolezza del fallimento di tutti i criteri che sono stati individuati per dare una definizione della colpa dell'apparato, e dall'impossibilità sul piano pratico per il privato di fornire elementi utili per la valutazione della colpa. S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004., p. 91.

Sul punto, v. anche F. TRIMARCHI BANFI, *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. Amm.*, 2008, 67 ss.

¹⁷⁰La dottrina ha individuato tre specifiche ipotesi in cui ci si troverebbe senza dubbio in presenza un inadempimento ad un preesistente obbligo di prestazione: nel caso di provvedimento illegittimo per contrasto con precedente accordo intercorso con la stessa amministrazione, nel cd. silenzio-inadempimento e nel caso di inottemperanza dell'amministrazione al giudicato. Si è opposto, d'altro canto, che questi non potrebbero essere considerati obblighi di prestazione dato che ciò sarebbe precluso dalla posizione di supremazia che, qualificando come di diritto pubblico il rapporto intercorrente tra le parti, impedisce di considerare il soggetto investito dell'autorità alla stregua di un comune debitore.

Pare, insomma, che l'applicazione della tesi del contatto sociale comporti un notevole vantaggio dal punto di vista probatorio, ed è molto probabilmente che sia questa la ragione per cui la tesi ha trovato tanto seguito, soprattutto nella giurisprudenza civile.

Occorrerebbe, però, a questo punto, operare un distinguo, che troppo spesso non viene fatto in giurisprudenza. Pare, infatti, che altro sia equiparare il rapporto che si instaura tra i soggetti coinvolti nella dinamica procedimentale a quello che interessa gli aspiranti contraenti in pendenza di una trattativa, con l'effetto di accostare la responsabilità dell'amministrazione ad una forma di responsabilità precontrattuale, altro sia sostenere che tra il privato e la pubblica amministrazione si instauri un contatto sociale, *sub specie* procedimentale, onde se ne inferisce l'inadempimento dell'obbligazione da esso contatto sorta.

Con troppa leggerezza, infatti, si fa riferimento ad un generico contatto sociale come se fosse una nuova categoria nella quale inserire le ipotesi più disparate, senza adeguatamente motivare l'inclusione, con il rischio, pure avvertito, di svuotare di significato la nozione, per ricomprendervi con un meccanismo, sia consentito, piuttosto semplicistico, ogni fattispecie in cui possa provarsi un previo contatto.

Potrebbe, al riguardo, ricordarsi che la categoria di obbligazioni che nascono «come da contratto», cioè che producono effetti sanzionati come se fossero contratti, non è affatto una novità nella nostra cultura giuridica. Le obbligazioni *quasi ex contractu*, infatti, compaiono già nelle *Institutiones* di Giustiniano (e non di Gaio che, invece, aveva previsto soltanto le obbligazioni *ex contractu* - a loro volta suddivise in base al modo in cui venivano contratte - , e obbligazioni *ex delicto*)¹⁷¹.

Orbene, è noto pure che l'art. 1097 del codice civile del 1985, che apriva il capo primo («Delle cause delle obbligazioni») del titolo quarto del terzo libro, recitava: «Le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto», proprio come il *code civil* francese, ispirato appunto alle istituzioni

¹⁷¹ Su cui, esaustivamente, C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 2005, p. 408 ss.

giustinianee. Sebbene il legislatore del 1942 abbia preferito¹⁷² adottare l'enunciato delle delle *res cottidianae* («*Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iuer ex variis causarum figuris*»), nondimeno le obbligazioni non nascenti da contratto hanno potuto trovare giusta collocazione nell'ordinamento proprio in quegli «*altri atti o fatti idonei a produrle in conformità con l'ordinamento giuridico*».

Probabilmente l'intenzione del legislatore del tempo fu nel senso di non consentire alla volontà individuale di agire sulle fonti dell'obbligazione (tant'è che i problemi posti dall'atto lecito produttivo di effetti furono risolti enumerando delle ipotesi tipiche, peraltro collocate dopo la fine delle disposizioni sui contratti e prima di quelle sul fatto illecito), ma attualmente non può sostenersi che il riferimento all'ordinamento giuridico sia a specifiche norme di legge, dovendosi invece guardare all'insieme di valori «*dei quali l'ordinamento si fa custode o promotore*».

Occorre, ancora, premettere che mentre la nozione di contratto individua una fattispecie generale, per i quasi contratti la definizione non ne delinea la fattispecie, ma si concentra unicamente sui suoi effetti: il quasi contratto si definisce come un fatto lecito che non consiste in un accordo contrattuale delle parti e che ha l'effetto di produrre fra le parti stesse un rapporto giuridico assoggettato alla disciplina del contratto. In altri termini, la definizione è in negativo: le parti risultano obbligate *quasi ex contractu* da un fatto che è lecito e non consiste in un accordo contrattuale.

Ne deriva che essa non può valere come categoria classificatoria, ma solo come categoria descrittiva, sí che spetterà al giudice motivare l'inclusione della

¹⁷² Secondo C. A. CANNATA, in *Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. Visintini*, Vol. I, Padova, 2009, p. 44-45, la ragione fu eminentemente politica. Infatti, si legge nella Relazione al guardasigilli che: «*nell'enumerare le fonti dell'obbligazione ho rifiutato di accogliere la tradizionale classificazione giustiniana, trasfusa nell'articolo 1097 del codice vigente in realtà tale classificazione era stata sottoposta a critiche così decisive che la maggior parte delle legislazioni moderne l'avevano abbandonata: qualcuna aveva financo rinunciato alla elencazione delle fonti. Quest'ultimo indirizzo, a mio avviso, può ingenerare dubbi sull'attitudine della volontà individuale ad essere fonte autonoma di effetti giuridici. Nella società fascista solo l'ordinamento giuridico può attribuire tali effetti ad un atto o ad un fatto; ed è opportuno fissare questo principio, che viene così a rappresentare uno dei cardini del sistema sorto dalla rivoluzione del 1922. Con riferimento a tali premesse l'articolo 5 dichiara che le obbligazioni sorgono dal contratto dagli atti illeciti ed da ogni altro atto o fatto che l'ordinamento giuridico dichiara idoneo a produrle*».

fattispecie negli “altri atti o fatti”, sulla base di una valutazione in concreto della liceità e meritevolezza del fatto stesso e non richiamandosi ad un generico “contatto sociale”¹⁷³.

Quanto, ancora, alla ben diversa ipotesi della responsabilità precontrattuale, questa può essere serenamente predicata nell’ambito delle trattative precontrattuali *tout court*; tuttavia, ove si voglia parlare di applicazione generalizzata del modello, allora occorrerà anche qui una logica motivazione da parte del giudice, che potrà anche giungere ad equiparare il procedimento amministrativo alle trattative precontrattuali, ma probabilmente non potrà trovare riscontro in quelle ipotesi in cui l’amministrazione si limiti semplicemente ad emanare il provvedimento richiesto, magari perché vincolato o magari perché il contatto sia stato impedito proprio dall’amministrazione, che, per esempio, abbia omesso di comunicare all’interessato l’avviso di avvio di un procedimento poi coltivato sino all’emanazione del provvedimento dal contenuto lesivo¹⁷⁴.

¹⁷³ Cfr. M. MAGGIOLÒ, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 181 ss, secondo cui «tutte le condizioni di fatto al cui interno si verifica un evento dannoso potrebbero facilmente essere ricostruite in termini di contatto sociale preesistente al verificarsi del danno, che consente il verificarsi di quest’ultimo. Ma sarebbe evidentemente scorretto ricavarne la conseguenza che il danno, essendo sempre realizzato all’interno di un rapporto sociale, va sempre risarcito secondo le regole della responsabilità contrattuale. Se così fosse, sarebbe infatti praticamente cancellata la possibilità di configurare una responsabilità aquiliana, alla quale è pur sempre necessario un contatto che sottomette la sfera di interessi di un dato soggetto alla concreta possibilità di ingerenza da parte di un altro soggetto. ... In definitiva, dove sussiste una condizione di fatto che potrebbe comunque essere ricostruita in termini di contatto o di rapporto sociale, non sarebbe ragionevole sostenere che l’aggravarsi del rischio determina senz’altro l’assoggettamento di un eventuale danno alle regole della responsabilità contrattuale». Né l’obiezione sarebbe superabile semplicemente affermando «che solo una relazione sociale giuridicamente rilevante, che preesista al verificarsi del danno, potrebbe determinare l’assegnazione della fattispecie di responsabilità all’area dell’illecito contrattuale. Se si avverte la necessità che tale rilevanza giuridica non consegua, ma preceda il verificarsi del danno, in questo modo sarebbe esclusa la possibilità di un illecito aquiliano tra soggetti legati per esempio da un rapporto familiare, al cui interno sicuramente aumentano le probabilità di un danneggiamento, e che tra l’altro è per elezione un rapporto in cui si crea un affidamento tra le parti».

¹⁷⁴ Così, Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78, con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento amministrativo: la Cassazione effettua un’ulteriore (ultima?) puntualizzazione* che adombra «l’ipotesi che l’avvio di un qualsiasi procedimento valga a formalizzare la instaurazione tra le parti interessate all’esercizio del potere di un rapporto obbligatorio, la violazione delle cui regole può essere sanzionata in sede risarcitoria secondo le forme e i modi della responsabilità contrattuale», salvo aggiungere che, «per contro, nei casi in cui l’amministrazione cagioni danni alle altrui sfere giuridiche in occasione (ed a causa) di meri comportamenti o condotte materiali, che non implicano lo svolgimento di poteri giuridici volti alla acquisizione-valutazione di interessi o si collocano al di fuori dei relativi fattori (modali e temporali) di legittimazione giuridica in tale sede definiti, viene in rilievo la differente disciplina della responsabilità aquiliana».

Nemmeno, poi, può essere giustificato il richiamo ad una responsabilità contrattuale solo sulla base del positivo risultato che essa assicura, rappresentato dal trattamento più favorevole di cui viene a godere il danneggiato una volta che il torto recatogli dal soggetto pubblico sia configurato come contrattuale. Una simile argomentazione pare viziata sul piano del metodo, decidendosi sulla base di un aprioristico giudizio di valore di privilegiare, tra i due interessi che entrano in conflitto allorché si verifichi un danno in esito a un provvedimento (o a un comportamento omissivo) illegittimo, quello del danneggiato e successivamente, individuata in quella propria della responsabilità *ex art.* 1218 c.c. la disciplina idonea a garantirne la migliore protezione, si qualifica la fattispecie, attraverso lo schermo dell'obbligazione senza prestazione, come illecito contrattuale.

Il punto, pare superfluo sottolinearlo, non è che debba essere maggiormente tutelato l'interesse dell'amministrazione danneggiante, ma è avvertire che non è questo il corretto modo di procedere per tutelare la posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione¹⁷⁵.

Peraltro, a volerla dire tutta, non è detto che il privato che viene in contatto con l'amministrazione aspiri sempre all'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale, considerato che, nel confronto con la disciplina extracontrattuale, questa potrebbe risultare più conveniente.

Si pensi, per esempio, all'art. 1229 c.c.¹⁷⁶, che astrattamente consentirebbe all'amministrazione di prevedere clausole che esonerino preventivamente da responsabilità (certamente non per dolo o per colpa grave e nemmeno «*per i casi*

¹⁷⁵ Non è condivisibile l'opinione di chi parla di una «*ipertutela del cittadino*», che risulterebbe «*foriera, se non di precipizii, certo di situazioni difficilmente sostenibili da parte dello Stato*»: e ciò in quanto si tratterebbe di «*una tutela non soltanto rafforzata da una generale inversione dell'onere della prova della colpa della pubblica amministrazione, ma soprattutto estesa verosimilmente alla lesione di qualsiasi interesse legittimo, posto che il nucleo costante di tale situazione soggettiva è un interesse a una condotta (legittima e) corretta della pubblica amministrazione, e che quest'ultima sarebbe tenuta ... a uno specifico obbligo di correttezza, suscettibile di autonomo inadempimento*», così, F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 340 e ss.

¹⁷⁶ Infatti, in virtù del mancato rinvio dell'art. 2056 all'art. 1229, quest'ultima disposizione non è direttamente applicabile alle clausole di esonero dalla responsabilità extracontrattuale, le quali - ove inserite in un contratto - sarebbero clausole atipiche e come tali soggette al controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, 2° co. F. BENATTI, *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988, p. 397 ss. Comunque, occorre segnalare che il principio di cui all'art. 1229 trova applicazione anche con riguardo agli interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione e sono pertanto nulle anche le clausole di esonero dalla responsabilità extracontrattuale per dolo o per colpa grave C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. V, Milano, 1994, p. 66.

in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico»); oppure all'art. 1219 c.c.¹⁷⁷, considerato che la mora è automatica quando l'obbligazione risarcitoria derivi da un illecito aquiliano; ancora, all'art. 1225 c.c., inapplicabile in materia di responsabilità extracontrattuale perché non richiamato dall'art. 2056 c.c., che restringe al solo danno prevedibile «nel tempo in cui è sorta l'obbligazione» il risarcimento dovuto dal debitore nell'ipotesi di inadempimento non doloso.

Infine, ove si consideri che il privato invoca la violazione dei doveri di protezione che connotano il rapporto obbligatorio senza prestazione, egli è pure tenuto, come ogni danneggiato da inadempimento contrattuale, alla prova della fonte e del contenuto del vincolo, che nel suo caso si traduce nella non così facile prova tanto delle circostanze di fatto determinanti il sorgere dell'affidamento quanto delle circostanze che, sulla base del principio di buona fede oggettiva, consentono di individuare proprio in quelli mancati i comportamenti dovuti dall'autore dell'illecito.

¹⁷⁷ Infatti, viene in rilievo l'esigenza di un'immediata ed integrale eliminazione delle conseguenze dell'ingiusta lesione provocata dall'illecito. Il tempo che intercorre tra il momento della commissione dell'illecito e quello della liquidazione del danno non deve pregiudicare il creditore ed il danneggiante è costretto a pagare gli interessi moratori sulla somma che sarà liquidata anche per il tempo in questione in modo da assicurare al danneggiato il risarcimento integrale. Detta regola poggia, inoltre, sullo sfavore sociale che colpisce il fatto illecito, con la conseguente inammissibilità di una presunzione legislativa di tolleranza del ritardo da parte del creditore. Così, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. V, Milano, 1994, p. 96. L'Autore, peraltro, ritiene applicabile la previsione della mora automatica anche all'illecito contrattuale che non consista nel ritardo. Al riguardo è stata formulata chiara distinzione tra il ritardo, che si qualifica come illecito proprio in quanto il debitore sia stato costituito in mora, e le altre violazioni del diritto del creditore che prescindono dal ritardo e per le quali il debitore è tenuto al risarcimento dal momento in cui il danno è stato arrecato (si pensi, ad es., al danno prodotto da un negligente intervento chirurgico). Ragioni di sfavore sociale non consentirebbero di presumere la tolleranza, da parte del danneggiato, a che sia ritardata la riparazione. Di contro, è stato rilevato che la dizione legislativa ed i lavori preparatori dimostrano l'intenzione del legislatore di circoscrivere la previsione della mora ex re al danno aquiliano e che non vi sono ragioni sostanziali per far decorrere il risarcimento del danno da ritardo dall'intimazione, nel caso in cui il creditore chiede l'adempimento di una obbligazione ancora possibile, e dall'evento dannoso nel caso in cui il creditore chiede il risarcimento. Sul punto, G. VISINTINI, *Mora del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, 2^a ed., p. 243.

5. La difficoltà di riportare la fattispecie ad uno dei modelli codicistici di responsabilità. Gli ulteriori tentativi di prospettare specifici modelli di responsabilità. Critica all'idea di una natura mista della responsabilità. Ulteriori profili critici connessi alla tesi che prospetta la specialità del regime in ragione della impossibilità di ricorrere a categorie civilistiche. L'abbandono della dicotomia pubblico-privato.

A fronte della difficoltà di ricondurre la fattispecie in uno dei modelli codicistici di responsabilità, il quadro ricostruttivo si è arricchito di ulteriori posizioni, accomunate dalla scelta di ricusare quelle ricostruzioni e prospettare uno specifico e peculiare modello di responsabilità, di natura spuria, o comunque non completamente riferibile ai modelli finora considerati.

Da un lato, si è cercato di ricostruire la disciplina come partecipata dall'uno e dall'altro modello codicistico, spesso con innesti di disposizioni estranee al diritto comune, tratte da norme pubblicistiche ed inoperanti nei rapporti tra privati¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Tali posizioni adottano un criterio di selezione normativa sincretistico, in risposta alla scelta legislativa di non prendere posizione in merito alla tematica affrontata e alla contestuale difficoltà di adattare uno dei due modelli civilistici di riferimento alle peculiarità della fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione.

La varietà di modelli misti e l'indefinito numero di combinazioni astrattamente ottenibili non consente una ricognizione puntuale di tutti gli imprevedibili e mutevoli sbocchi normativi cui ha condotto o potrebbe condurre l'uso del metodo in questione. Gli stessi sostenitori di queste ricostruzioni hanno sovente abdicato all'impegno di definire analiticamente i contorni della disciplina.

Pare in tal senso orientato A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 215 - 216, che ritiene «molto probabile che la nuova responsabilità derivante dalla lesione di interessi legittimi si sottragga ad una rigida qualificazione in termini di responsabilità contrattuale o aquiliana (alla quale si assimila quella precontrattuale). L'elemento di diversità è pur sempre costituito dal cattivo esercizio di una pubblica funzione (per violazione di legge od eccesso di potere), del quale occorrerà misurare le ripercussioni sull'interesse del privato e nella sua sfera. Ripercussioni che, se non possono essere quelle derivanti dall'inadempimento di un obbligo contrattuale, neanche possono essere quelle del danno proveniente casualmente dall'attività di un terzo (data ormai la situazione di rapporto o di contatto venutasi a creare tra P.A. e privato). Troppo forte la prima (forma di) responsabilità, troppo debole la seconda. Occorre dunque rinvenire una via di mezzo, che tenga conto in primo luogo della diversa natura dell'interesse legittimo leso (se ad es. oppositivo o pretensivo), e cioè delle diverse utilità ad esso sottese, nonché della colpa del soggetto pubblico e naturalmente del nesso di causalità tra il comportamento illegittimo della P.A. e il pregiudizio economico che il privato ne ha risentito».

Del pari, V. CERULLI IRELLI, *Tre problematiche aperte sull'azione risarcitoria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni, in Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24-25-26 aprile 2003. Atti del Convegno, a cura di T. Cariola - F. Rapisarda - M. Ristuccia - M. Scoca, Roma, 2004, p. 122, che sostiene che sia il modello della responsabilità contrattuale che quello della responsabilità precontrattuale (e ancora più si direbbe quello aquiliano) sembrano, per una ragione o per un'altra, male adattarsi alle caratteristiche proprie della responsabilità dell'Amministrazione. Di conseguenza, anche in considerazione del*

Altra opinione, sconfessando pure le posizioni che finivano col realizzare una responsabilità mista, ha inteso abdicare completamente all'inquadramento del nuovo sistema di responsabilità dell'amministrazione nel diritto comune, valorizzando le disposizioni pubblicistiche di cui agli artt. 35, comma 1 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e 7, comma 3 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034¹⁷⁹, «mettendo a frutto i dati che ne scandiscono il testo e recuperando nel contempo i fili nascosti capaci di unirli»¹⁸⁰.

fatto che l'azione risarcitoria nei confronti del soggetto pubblico per l'illegittimo esercizio del potere è priva di una specifica disciplina positiva, l'interprete dovrebbe seguire un criterio fondamentalmente sincretistico: adattare, cioè, i principi civilistici formati con riferimento all'uno o all'altro tipo di responsabilità alle caratteristiche proprie di questa forma di illecito. Sul punto anche R. CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, cit., p. 229 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2004;

Di contrario avviso, G. COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003, p. 46 che critica fortemente «quell'atteggiamento eclettico, altre volte rilevato, che, abdicando al necessario impegno sistematico-ricostruttivo, conduce alla arbitraria combinazione di frammenti normativi differenti ed incompatibili tra loro», con il risultato di pervenire una situazione paragonabile «ad una partita di calcio nella quale le regole del gioco cambiano ogni volta che si dia un calcio al pallone». Ma pure R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno*, cit., p. 713, considera come «l'incertezza delle regole applicabili sarebbe ancor più accentuata, con tutte le evidenti ricadute negative, accettando l'idea che il giudice amministrativo possa scegliere tra le disposizioni del codice civile quelle ritenute più idonee alla peculiarità della responsabilità della p.a., attingendo ad esempio alla responsabilità extracontrattuale per il regime della prescrizione o a quella contrattuale per la disciplina della colpa o dell'onere della prova, shakerando poi il tutto per ottenere un terzo genere di responsabilità».

¹⁷⁹ La prima stabilisce che «il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto»; l'altra, sancisce che «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».

¹⁸⁰ Il riferimento è a L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, I, p. 1 ss, il quale precisa «sono convinto che, in sede di applicazione degli artt. 35, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998 e 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971, e in particolare - vista la preminenza che assegno a tale ipotesi - allorché venga domandato il ristoro del pregiudizio subito per violazione di un interesse legittimo, non sia corretto invocare l'art. 2043 c.c., nemmeno appoggiandosi sulle corrispondenze terminologiche riscontrabili tra quelli e questo (tra l'altro, come già accennato, intercorrenti pure tra quelli e l'art. 1218 c.c.) (...) Ma questo schema, di fronte all'autosufficienza del citato art. 35, comma 1, nella versione odierna, e dell'art. 7, comma 3, della l. n. 1034 del 1971, credo debba cedere il campo al nuovo paradigma, che vi è immanente, di torto dell'amministrazione (che abbia agito illegittimamente violando un interesse protetto, per demarcarne l'area di incidenza in correlazione alla fattispecie che vado privilegiando)».

Sono propenso a ritenere, assumendo un atteggiamento che da qualche tempo sembra di retroguardia, che al codice civile, in quanto concepito per regolare i rapporti tra soggetti che si trovano su un piede di parità, sfuggano, se non completamente, di certo tendenzialmente i rapporti tra privati e amministrazione, ove a questa sia riconosciuta - e ovviamente, ancorché per implicito, dal sistema legislativo - una posizione diversificata rispetto ai primi, ossia (...) una posizione di autorità. E inclino a pensare ciò perché reputo che questo tipo di rapporti ambisca a una disciplina essenzialmente pubblicistica, rintracciabile nelle norme espressamente dedicate e

Si ritiene, in particolare che il portato normativo non si esaurirebbe in precetti di natura strettamente processuale, poiché le citate disposizioni, nel riconoscere al giudice amministrativo il potere di decidere in ordine alle questioni risarcitorie, al contempo lo autorizzano ad esaminare la fattispecie senza la necessità di ricercare altrove nell'ordinamento la disciplina¹⁸¹.

Si ritiene che, così operando, si consenta all'interprete di disegnare la peculiare fisionomia della responsabilità dell'amministrazione dal suo interno, atteso che l'intento del legislatore sarebbe chiaro nel voler prevedere una figura di responsabilità speciale¹⁸², anche in virtù dell'assenza di espressi rimandi¹⁸³.

integrabile anzitutto - prima dunque che col diritto dei privati - attraverso quelle ricavabili per via analogica da altre proprie del diritto amministrativo e grazie ai principi generali del medesimo, secondo quanto prescrive l'art. 12, comma 2, delle preleggi, pur dando pacificamente atto che talora, e anzi sempre più di frequente, il diritto amministrativo rinvia formalmente alle regole del diritto civile: a riprova, soggiungo, che in assenza del richiamo le stesse rimarrebbero in via di principio - salvo cioè il riscontro di una lacuna in campo pubblicistico, in nessun modo colmabile restando al suo interno - inoperanti». A supporto della propria visione, l'Autore cita anche l'opinione di Castronovo, il quale - è bene rammentare - giunge a ben diverse conclusioni, ma in commento alla sentenza n. 500/1999 scrive che «se è vero che l'interesse legittimo», nei sistemi statali europei cui è noto, «non ha mai rappresentato l'ostacolo che invece nel nostro ordinamento fino a Cass. n. 500/1999 ne ha impedito la tutela risarcitoria, esso costituiva fino a ieri, non come categoria la quale ha un proprio valore, ma per tale implicazione negativa, una differenza rispetto al resto d'Europa che ora è venuta meno. Proprio per questo, e in pari tempo perché il dissolversi della differenza si consuma sul terreno della responsabilità civile e perciò del diritto privato come ius commune, sia come diritto che si applica in assenza di discipline altre specifiche sia come diritto nel quale per eccellenza si realizza la vocazione d'Europa all'unità giuridica, la sentenza è significativa pure per il diritto europeo, la cui unità si raggiunge non solo adottando leggi comuni ma pure facendo a meno delle differenze che, quando pure siano glorioso retaggio delle tradizioni nazionali, rendono difficile l'idea europea». Ebbene, secondo Garofalo, le «discipline altre specifiche» esistono e sono costituite da quelle che si enucleano dagli artt. 35, comma 1 del d.lgs. n. 80 del 1998 e 7, comma 3 della l. n. 1034 del 1971. Tali disposizioni, si precisa, «certo riconoscono al giudice amministrativo la prerogativa di decidere in ordine alle questioni risarcitorie che vi sono menzionate, ma non lo obbligano affatto a ricercare altrove la disciplina sostanziale alla quale ancorarsi nell'esercizio di tale prerogativa: e questo perché entrambe hanno una ricaduta proprio sul piano sostanziale, così che quel giudice alle stesse deve guardare nell'impostare e risolvere le questioni in parola».

¹⁸¹ «In altri termini, nel mentre le nostre disposizioni parlano al giudice amministrativo, indicandogli i poteri di cui dispone, esse delineano per tratti essenziali gli schemi di responsabilità dell'amministrazione, enunciando i presupposti al cui ricorrere è correlato il sorgere in capo a colui che dal soggetto pubblico è stato danneggiato del diritto al risarcimento.

Né questa tecnica normativa può sorprendere: a prescindere dal rilevarne i singolari punti di contatto con quella che per secoli ha consentito l'evolversi dell'ordinamento romano, essa non sembra comunque insolita nel campo del diritto amministrativo, all'interno del quale si giustifica in ragione di una sorta di riconoscimento - forse inconsapevole - da parte del legislatore del ruolo marcatamente pretorio svolto, sotto la costante spinta della dottrina, dal ceto dei giudici, sempre proteso a strutturare armonicamente i dati, spesso frammentati, affioranti dalla produzione normativa». L. GAROFALO, o. l. u. c.

¹⁸² Contrariamente, rileva G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 3 ed., Torino, 2006, p. 376, che anche «se fra le leggi possono esservene alcune che riguardano specificamente la pubblica amministrazione o singole amministrazioni e che prevedono deroghe al diritto comune, è certo che il diritto comune è la regola: con la conseguenza che le eventuali deroghe devono

La disciplina di dettaglio andrebbe cercata nel settore disciplinare di riferimento, ovvero quello pubblico: l'art. 7 co. 3 legge Tar stabilisce le premesse indefettibili per ritenere sussistente il diritto al risarcimento del danno: a) la condotta dell'amministrazione, che abbia adottato ovvero ommesso di adottare un provvedimento, difforme dalle norme regolatrici; b) il danno patrimoniale subito dal titolare dell'interesse legittimo, con rapporto di causalità rispetto alla suddetta condotta; c) l'attualità del pregiudizio arrecato, anche laddove il provvedimento impugnato sia riconosciuto illegittimo.

Dal punto di vista delle ricadute applicative, dunque, non sarebbe neppure necessario il requisito della colpa, intesa nei termini di cui all'art. 2043 c.c.: questo requisito, secondo tale autorevole dottrina, non risultando richiamato nelle norme evidenziate, sarebbe implicitamente acclarato dalla illegittimità della condotta, quest'ultima riconosciuta *sic et simpliciter* dal giudice amministrativo, sia che annulli l'atto strutturale, ovvero condanni la p.a., ai sensi dell'art. 21 bis legge Tar.

La responsabilità, quindi, dovrà essere ricostruita *«dall'interno della normativa di settore, rispettando quindi il modulo pubblicistico dell'agire dell'amministrazione voluto dal legislatore, senza stravolgerlo col sovrapporvi a forza categorie civilistiche»*.

Non vale a smontare la tesi in parola l'argomento secondo cui le disposizioni citate sono state soppiantate dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo; infatti, neppure le disposizioni del nuovo codice fanno espresso

trovare una giustificazione rispetto ai modelli, peraltro largamente differenziati, offerti dal codice civile». Invece, la specialità trova una sua giustificazione nel caso della responsabilità amministrativa e contabile, che può a ragione essere qualificata una responsabilità di diritto speciale, giacché essa trova nell'art. 1 della legge n. 20/1994 una dettagliata e peculiare disciplina.

¹⁸³ In giurisprudenza, Cons. St. sent. 14 marzo 2005 n. 1047, laddove si chiarisce il concetto di colpa nel senso di colpa dell'apparato amministrativo, dunque oggettiva, accertata dal giudice senza formalismi e senza specifico onere della prova, e cioè esaminando la mera illegittimità del provvedimento impugnato ed esercitando i propri poteri istruttori: *«i commi 1 e 4 del novellato art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1998 non hanno richiamato alcuna disposizione del codice civile e neppure hanno richiamato le fondamentali nozioni (diligenza, dolo, colpa, ecc.) su cui si basano i sistemi di responsabilità civile (contrattuale o extracontrattuale). Essi hanno attribuito al giudice amministrativo il potere di determinare in concreto se e quali conseguenze dannose vi siano nella sfera giuridica del soggetto legittimato all'impugnazione, quando vi è l'illegittimo esercizio del potere autoritativo, verificando anche - nel caso al suo esame - un principio affermatosi nel diritto privato risulta compatibile con quello da applicare nel diritto pubblico (in ragione delle regole organizzative, sostanziali e procedurali che l'Amministrazione è tenuta a rispettare, nonché delle regole che caratterizzano il processo amministrativo)»*.

rimando all'uno o all'altro modello codicistico di tal che la tesi sarebbe ancora astrattamente sostenibile.

L'obiezione, invece, è in uno di metodo e di merito: non è possibile, infatti, considerare l'ordinamento come composto da compartimenti stagni, tra loro incomunicabili, né è possibile separare in modo netto il pubblico dal privato.

Questa concezione è il portato di una ideologia retriva, che parte da una visione autoritaria della pubblica amministrazione, quasi fosse un essere che dall'alto decide i destini dei cittadini.

Già da tempo, invece, si assiste al progressivo riequilibrio dei rapporti tra autorità e libertà, espresso dalle istanze partecipative del privato, dalle facoltà a questi attribuite, ma pure dalla possibilità, per la pubblica amministrazione, di agire attraverso l'uso di strumenti privatistici.

Non s'intende ripetere quanto già espresso sul punto. Tuttavia, occorre ribadire una ferma opposizione a quelle concezioni che, ignorando l'unitarietà dell'ordinamento, negano aprioristicamente la possibilità di integrazione fra diritto civile e diritto amministrativo, sulla base di superate concezioni dell'autorità¹⁸⁴.

6. Nuovi spunti di riflessione a partire dalla normativa di matrice europea. L'oggettivizzazione della responsabilità nella materia degli appalti pubblici. Il principio di eguaglianza quale fondamento giustificativo della possibile estensione della disciplina a tutti i settori dell'attività della pubblica amministrazione.

Già dieci anni orsono¹⁸⁵ la Corte di giustizia aveva dichiarato incompatibile con il diritto europeo la disciplina nazionale che subordina il risarcimento del danno

¹⁸⁴ Sul punto si ritornerà più approfonditamente nell'ultimo capitolo, ma pare opportuno evidenziare come questa contrapposizione pubblico privato rischia di dare fondamento ad una dualità nella funzione giurisdizionale che non trova alcun fondamento nei principi dell'ordinamento. Sul punto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 405 in particolare.

¹⁸⁵ Risale al 2004, infatti, la pronuncia della Corte di giustizia in cui si affermava che «È incompatibile con il diritto europeo sui mezzi di tutela in materia di pubblici appalti (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) la norma del diritto nazionale che subordina il risarcimento dei danni alla dimostrazione da parte del danneggiato del dolo o della colpa della pubblica amministrazione» Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, Commissione c. Repubblica Portoghese (in

alla prova, da parte del danneggiato, del dolo o della colpa «dei titolari degli organi o degli agenti amministrativi».

Infatti, era già avvertito il rischio che il soggetto leso da un atto illegittimo potesse ottenere tardivamente, o non ottenere affatto, il ristoro del pregiudizio causato dal provvedimento amministrativo, a causa della impossibilità o estrema difficoltà di provare la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione.

Tale pronuncia, probabilmente, non è stata tenuta nel giusto conto dai giudici italiani e da quella parte della dottrina che l'ha semplicisticamente interpretata nel senso di ritenere compatibile con la responsabilità comunitaria l'utilizzo di presunzioni semplici, che quindi ammettono prova contraria, sull'assunto per cui nell'ordinamento italiano non vi sarebbe tanto l'esigenza di accertare la responsabilità dell'amministrazione prescindendo dal requisito della colpevolezza, quanto piuttosto di porre a carico della parte forte l'onere di dimostrare la non rimproverabilità della condotta accertata¹⁸⁶.

In particolare, la giurisprudenza domestica ha osservato che dal contesto della pronuncia emerge «*come il diritto comunitario vieti soltanto di condizionare il risarcimento ad una prova della colpevolezza eccessivamente difficoltosa per il danneggiato*»¹⁸⁷, precisando che tale decisione si riferisce all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della pubblica amministrazione e non già all'esigenza di accertare la responsabilità prescindendo dalla colpa della stessa¹⁸⁸.

Secondo il giudice amministrativo, insomma, la semplificazione dell'onere probatorio attraverso l'utilizzo di presunzioni semplici, sarebbe già in grado di

causa C-275/03), in *Urb. e App.*, 2005, p. 36 ss., con commento di M. PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della P.A. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*.

¹⁸⁶ In giurisprudenza, ad esempio, Cons. di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Giur. It.*, 2008, 230; *Id.*, Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *ivi*, 2007, 1275; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 14 marzo 2005, n. 328, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 888. In dottrina, tra gli altri, M. A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 37 ss.; S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, 513 ss.

¹⁸⁷ Così T.A.R. Sardegna, Sez. I, 14 marzo 2005, n. 328, *cit.*

¹⁸⁸ Cons. di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, *cit.*; *Id.*, Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *cit.*

rispondere all'esigenza di celerità ed efficacia della giustizia in materia di appalti pubblici, così ottemperando a quanto previsto dalla Dir. 89/665/CEE¹⁸⁹.

Tale interpretazione, però, non pare compatibile con quanto affermato dal giudice europeo, che ha invece precisato come, al fine di escludere l'incompatibilità con il diritto comunitario, non è affatto sufficiente che il giudice nazionale non applichi la norma interna che pone a carico del danneggiato la prova dell'elemento soggettivo, poiché occorre che il privato sia posto in condizione di conoscere ed azionare dinanzi ai giudici nazionali i diritti che gli riconosce l'ordinamento comunitario in condizioni di assoluta chiarezza e precisione, con la conseguenza che non basta a porre al riparo le acquisizioni del diritto interno in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione dalle censure del giudice comunitario, il principio invalso nella prassi giurisprudenziale che ritiene presunto l'elemento della colpa, salva la dimostrazione da parte della pubblica amministrazione dell'errore scusabile¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Infatti, si chiarisce nel terzo considerando della Dir. 89/665/CEE, che «*l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione*», e per tale ragione occorrono «*mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme che recepiscono tale diritto*».

¹⁹⁰ Al riguardo, occorre pure evidenziare che il risarcimento rimane un mero rimedio alternativo: la stessa Dir. 2007/66/CE sottolinea che l'effettività di tutela e la libera concorrenza sono garantiti soprattutto da misure dirette ad assicurare la tutela in forma specifica. Proprio per tale ragione la giurisprudenza europea sottolinea come possa considerarsi compatibile con il principio di effettività soltanto se il risarcimento stesso non sia subordinato - così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dall'art. 2, n. 1, Dir. 89/665/CEE - alla prova dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

La giurisprudenza comunitaria riconosce pacificamente il principio dell'autonomia del diritto processuale nazionale, in forza del quale spetta agli Stati membri il compito di predisporre gli strumenti di tutela delle situazioni giuridiche dei singoli che trovano riconoscimento nel diritto comunitario.

Peraltro, è indiscutibile che i giudici comunitari abbiano ormai superato le interpretazioni più rigide del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, affermando che la tutela offerta negli ordinamenti nazionali alle situazioni soggettive di matrice comunitaria non deve essere inferiore a quella assicurata ad analoghe situazioni soggettive di diritto interno (principio di non discriminazione), ed inoltre che il sistema nazionale di tutela non deve essere tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile la garanzia del diritto del singolo (principio di effettività del diritto comunitario e di effettività della tutela giurisdizionale). In diverse situazioni, quando la normativa processuale interna è apparsa inadeguata ad assicurare l'effettiva applicazione del diritto comunitario e l'effettiva tutela del singolo, la Corte di giustizia non ha esitato a formulare la regola processuale uniforme da applicarsi nel caso in cui vengano in considerazione situazioni giuridiche dei singoli che trovano fonte nel diritto dell'Unione europea, iniziando così un'opera di omogeneizzazione dei sistemi nazionali di tutela, ad esempio con l'istituto della tutela cautelare *ante causam* (Corte Giust. CE, ord. 29 aprile 2004, C - 202/93).

Difatti, successivamente¹⁹¹, la Corte di giustizia ha precisato che il principio non si esaurisce nella mera semplificazione probatoria, ma incide proprio sul criterio di imputazione¹⁹², sì che per il giudice comunitario la responsabilità della pubblica amministrazione è una responsabilità senza colpa, vale a dire una responsabilità oggettiva.

Il problema che si pone, a questo punto, è quello dell'individuazione dell'ambito di applicazione oggettiva della regola enunciata.

Occorre, dunque, chiedersi se il criterio di imputazione oggettivo della responsabilità sia valevole nella sola materia degli appalti pubblici retti dalle direttive comunitarie o se non vada assunto quale criterio generale di imputazione.

La dottrina, sin dall'inizio, rilevando che tale forma di imputazione sarebbe particolarmente grave, si è schierata nel senso dell'interpretazione strettamente letterale, dunque affermando che essa dovrebbe applicarsi esclusivamente al settore delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. A tale conclusione si previene rilevando che solo in questo settore sarebbe possibile giustificare l'adozione di una responsabilità aggravata, atteso che il diritto europeo mirerebbe a tutelare il mercato e l'interesse oggettivo alla concorrenza¹⁹³.

La conclusione, poi, sarebbe avallata da un ulteriore dato formale, vale a dire dalla previsione contenuta nel secondo considerando della direttiva Dir. 2007/66/CE, per la quale le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE - e di conseguenza le garanzie e i principi relativi ai mezzi di ricorso ivi disciplinati - si applicano *«unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle*

Certamente, però, il corpus di regole processuali uniformi dettate nel settore degli appalti, ha rappresentato l'occasione per i più incisivi e puntuali interventi conformativi della Corte di Giustizia.

¹⁹¹ Corte di Giustizia CE 10 gennaio 2008, Commissione c. Repubblica Portoghese, in causa C-70/06, in *Foro Amm. CdS*, 2008, p. 1 ss., e, successivamente, Corte giustizia UE, Sez. III, 30/09/2010, n. 314/09, in *Giur. It.*, 2011, 3, p. 664 ss., con nota di S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della P.A.?*

¹⁹² Anzi, si precisa altresì che l'amministrazione non può far valere nemmeno la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. In proposito, però, si deve osservare che, in linea generale, il concetto di imputabilità è richiesto per l'illecito della persona fisica, ma sembra di difficile applicazione nei confronti di una persona giuridica, come l'amministrazione pubblica. Quest'ultima, infatti, non può eccepire la mancanza di proprie capacità individuali, essendo per definizione la pubblica amministrazione e i suoi funzionari esperti nel settore in cui operano. Probabilmente, qui si fa riferimento ad una incapacità oggettiva, dovuta, ad esempio, ad una grave mancanza di personale. Se così è, ci si trova di fronte ad una indicazione che sembra escludere addirittura il ricorso a esimenti di responsabilità come il caso fortuito e la forza maggiore.

¹⁹³ Di questo avviso, S. CIMINI, *o.l.u.c.*

*Dirr. 2004/18/CE e 2004/17/CE*¹⁹⁴, da ciò inferendosi che i principi comunitari richiamati dalla Corte di giustizia dovrebbero applicarsi solo e soltanto alle procedure di aggiudicazione dei contratti.

In altri termini, si ritiene che la considerevole importanza delle disposizioni sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e il conseguente ragguardevole impatto che la loro violazione comporta su interessi generali (*rectius*, del mercato) giustificerebbe una responsabilità oggettiva dell'amministrazione aggiudicatrice¹⁹⁵.

Per quanto le citate pronunce della Corte di Giustizia abbiano avuto ad oggetto procedimenti di aggiudicazione e per quanto le norme in materia concorrenza rivestano una grande importanza, ciò non significa che abbiano una maggiore importanza. Non pare, cioè, possa escludersi un'applicazione analogica della regola espressa dalla Corte, solo obiettando che questa è stata affermata nella importante materia degli appalti pubblici, dunque verrebbe in rilievo il principio di concorrenza.

Se così si procedesse, si ometterebbe l'indagine sistematica, che tiene conto, invece, dell'intero ordinamento, nel rispetto della gerarchia delle fonti e dei propri principi, così come storicamente condizionato. In particolare, il progressivo

¹⁹⁴ Infatti, la recente Dir. 2007/66/CE, dopo aver chiarito, al primo considerando, che «le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE mirano a garantire l'effettiva applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE», puntualizza, al secondo considerando, che le «direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE pertanto si applicano unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, come interpretate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indice una gara, compresi i concorsi di progettazione, i sistemi di qualificazione e i sistemi dinamici di acquisizione»

¹⁹⁵ Davvero non è sostenibile, poi, l'ulteriore obiezione per cui si avrebbe un «*insostenibile esborso per le finanze pubbliche e un certo effetto di overdeterrence che rischierebbe di bloccare l'attività amministrativa, per non citarne altri. Oltretutto, se si passa da una responsabilità per colpa a una responsabilità oggettiva, arrivando a far pagare alle amministrazioni pubbliche tutti i danni connessi all'illegittimo esercizio del potere, ci si sposta dal concetto di «responsabilità» a quello di «solidarietà sociale» o di «socializzazione del rischio». Sarebbe una scelta politica difficile da seguire e da attuare in un paese, come il nostro, che ha un debito pubblico tra i più alti al mondo*». S. CIMINI, *o.l.u.c.*

Si è occupato del tema anche B. DELFINO, *Responsabilità e socializzazione del rischio*, in *www.giustamm.it*, 2, 2006, il quale, con riferimento alla «socializzazione del rischio», chiarisce che si tratta «di una locuzione che è espressione di una solidarietà allargata e che risponde all'idea che esistono certi rischi sociali il cui peso sarebbe ingiusto che fosse lasciato gravare soltanto sulle vittime senza ripartirlo sulla collettività, attesa l'impossibilità per queste ultime di premunirsi contro di esse». Sul punto non si può che rinviare a P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975; nonché, P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 670.

ampliamento dei valori e degli interessi di cui si occupa il diritto dell'Unione europea ha determinato una correlativa diminuzione della natura settoriale e dell'originaria dimensione mercantile dello stesso¹⁹⁶. Questa evoluzione della prospettiva assiologica, che riconduce il diritto dell'Unione europea nei confini della legalità costituzionale, implica il ripensamento della materia della concorrenza come servente la persona e non il mercato. Di conseguenza, non può accogliersi il rifiuto di un'estensione della regola dell'imputazione oggettiva sul solo rilievo di un'importanza maggiore, per il mercato, della materia della concorrenza poiché la tutela della concorrenza deve essere proiettata nel senso della tutela della persona umana.

Ancora, in senso contrario ad un'espansione della regola, si rileva che il generale criterio di imputazione della responsabilità nel nostro ordinamento sarebbe per colpa, sì che occorrerebbe una previsione legislativa espressa per estendere l'ambito di applicabilità di una norma eccezionale¹⁹⁷.

In quest'ottica, però, si omette l'indagine funzionale sulla regola, tacciata aprioristicamente di eccezionalità.

L'ascrizione della natura eccezionale o generale ad una norma, infatti, costituisce risultato di un procedimento ermeneutico che non si limiti al raffronto tra questa o quella regola o principio, ma che tenga invece conto dell'intero ordinamento giuridico storicamente condizionato.

Nella specie, asserire l'eccezionalità della regola della responsabilità oggettiva si potrebbe porre in contrasto col fondamentale principio di eguaglianza, ove si rilevi la ingiustificata disparità di trattamento tra il soggetto privato che chiede tutela in materia di appalti pubblici e, invece, chi ad esempio subisca un danno conseguente alla illegittimamente denegata concessione di permesso di costruire.

¹⁹⁶ Sul punto, P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corte europea*, cit., p. 39 in particolare.

¹⁹⁷ Difatti, riafferma la «necessità della prova specifica e dell'accertamento in concreto della colpa dell'agente in tema di risarcibilità del danno da interessi legittimi» Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 22021, in www.lexitalia.it. Anche la Consulta, con riguardo all'illecito extracontrattuale della pubblica amministrazione da illegittima attività provvedimentoale, ha affermato la necessità di accertare in concreto la sussistenza della colpa del soggetto pubblico: v. Corte cost., 7 aprile 2006, n. 149, in *Giur. Cost.*, 2006, p. 1376 ss.

Sebbene siano sempre più numerose e autorevoli le voci in dottrina che affermano la natura oggettiva della responsabilità da attività provvedimento¹⁹⁸, più interessante pare l'indagine volta a dimostrare che anche in ambito comunitario la responsabilità¹⁹⁹ è subordinata alla dimostrazione della violazione grave e manifesta e, comunque, «*determinati elementi obiettivi e subjetivi riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito di un ordinamento giuridico nazionale sono pertinenti per valutare se una violazione del diritto comunitario sia o no manifesta e grave*», per quanto «*l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di colpa imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la nozione grave e manifesta*».²⁰⁰

Dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, possono individuarsi alcune fattispecie effettivamente di responsabilità oggettiva, ma per tutte le altre non può dirsi esclusa l'indagine sull'elemento oggettivo: ad esempio, allorché la violazione del diritto comunitario venga posta in essere nonostante una sentenza o una giurisprudenza consolidata della Corte stessa, poiché la mancata osservanza dei precedenti giurisprudenziali costituisce in ogni caso una

¹⁹⁸ In questa direzione, pur se con diverse ricostruzioni, v. A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli 2003; L. GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'Amministrazione*, in Urb. e App., 2005, 1060 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in Dir. Proc. Amm., 2006, 18 ss.; S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della pubblica amministrazione*, in Dir. Proc. Amm., 2009, 50 e segg; si avvicina ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva della P.A. anche E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'Amministrazione tra realtà e uguaglianza*, ibid., 580 ss.

¹⁹⁹ Da un punto di vista comparatista, occorre registrare che tra i Paesi dell'Unione europea, la Spagna adotta il modello oggettivo, ma l'opera della dottrina e della giurisprudenza appare orientata per un'attenuazione del modello di imputazione, attraverso l'elemento dell'antigiuridicità (e talvolta del nesso causale). In generale, si cfr. F. FRACCHIA, *Materiali per una comparazione in tema di responsabilità civile e amministrativa*, Napoli, 2011 e, in particolare, R. BRIANI, *Problemi, tendenze e prospettive della responsabilità extracontrattuale della pubblica Amministrazione in Spagna*, in Dir. Pubbl., 2006, p. 278 ss., la quale conclude, appunto, la sua indagine osservando che l'attenzione e gli sforzi dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in Spagna sono in larga parte tesi a ridimensionare o attenuare il carattere oggettivo della responsabilità pubblica.

²⁰⁰ Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punti 78-79.

L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo comparato* a cura di Napolitano, Milano, 2007, 279, «*l'ordinamento comunitario tende a far prevalere un criterio di oggettivazione della colpa, corretto, però, mediante la condizione della violazione sufficientemente qualificata, con la necessità di verificare, volta per volta, le specifiche circostanze -ivi compreso l'elemento soggettivo - della situazione rilevante*».

trasgressione sufficientemente caratterizzata. In questa eventualità si ha una presunzione assoluta di colpevolezza che non ammette la prova contraria e si può perciò a ragione parlare di responsabilità oggettiva.

Un'altra fattispecie di responsabilità oggettiva può rinvenirsi nella mancata attuazione entro i termini stabiliti di una direttiva che ingenera diritti a favore dei singoli il cui contenuto può essere identificato sulla base delle disposizioni della direttiva: per il giudice comunitario, difatti, la mancanza di qualsiasi provvedimento di attuazione di una direttiva per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima entro il termine a tal fine fissato costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario²⁰¹.

Anche nell'ipotesi di attività vincolata o dove la discrezionalità è molto ridotta, lo spazio per la colpa sembra non esserci: in questo caso, l'attività dell'autorità si avvicina molto ad un *obligation de résultat*. Ma, in tale ultima eventualità, l'esame della giurisprudenza ci porta a escludere che ci si trovi di fronte ad una responsabilità oggettiva, dato che non di una presunzione assoluta di colpevolezza si tratta, ma di una presunzione relativa che ammette la prova contraria.

Nella materia degli appalti pubblici, invece, la responsabilità pare essere oggettiva²⁰².

²⁰¹ Corte giust. CE, 24 settembre 1998, Brinkmann Tabakfabriken, in causa C-319/96, in Racc., 1998, 5255; Id., Seduta plenaria, 8 ottobre 1996, nelle cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 1009. Sul punto, G. DELLA CANANEA, *La Corte di giustizia e i rimedi contro le omissioni del legislatore*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, p. 827, che sottolinea come sul legislatore nazionale incombono «*obblighi di risultato assai stringenti, che ne restringono la discrezionalità, fin quasi ad escluderla del tutto*».

²⁰² Nel campo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si potrebbe, quindi, parlare di colpa probabilmente soltanto nelle ipotesi di responsabilità da atto legittimo, per violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede nel corso delle trattative negoziali. Il giudice amministrativo, infatti, ha configurato una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. in capo alla pubblica amministrazione nei casi di revoca legittima dell'aggiudicazione definitiva, condannando l'Amministrazione per aver tenuto un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede (ad esempio, perché ha emanato l'atto di revoca in modo legittimo ma con colpevole ritardo). A ben vedere, però, in queste fattispecie non vi è una violazione della disciplina sugli appalti, visto che il provvedimento dell'amministrazione è legittimo. L'illegittimità è riferibile al comportamento, ossia all'attività della stessa, che con ingiustificato ritardo assume una legittima determinazione in via di autotutela. Peraltro, al di là delle ipotesi di ritardo, nei casi di danni provocati da atto legittimo, quando il danno non è ingiusto perché non vi è illegittimità, è da ritenere che si debba far ricorso a forme di indennizzo, come previsto dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990, piuttosto che al risarcimento del danno, almeno se si aderisce alla natura aquiliana della responsabilità da attività provvedimentale. Ad es., T.A.R. Lazio, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *Foro Amm. TAR*, 2007, p. 135 ss., con nota di M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione*.

Inizialmente, si era prospettato che nelle ipotesi in cui l'amministrazione pubblica ponga in essere una violazione della normativa sugli appalti, per configurare la responsabilità della pubblica amministrazione fosse comunque necessario dimostrare la sussistenza del presupposto della violazione sufficientemente caratterizzata. Si riteneva, in altre parole, che la violazione grave e manifesta non si realizzasse *in re ipsa*, con la mera inosservanza della disciplina sulla aggiudicazione dei contratti, ma dovesse essere dimostrata caso per caso alla stregua dei criteri fissati dallo stesso giudice comunitario.

Seguendo quest'interpretazione, non vi sarebbero stati sensibili cambiamenti rispetto alla situazione attuale, dal momento che è proprio dal parametro della violazione sufficientemente caratterizzata che ha preso spunto il giudice amministrativo nell'individuare gli indici dell'errore scusabile che escludono la responsabilità dell'amministrazione²⁰³.

Inoltre, il giudice amministrativo ha affermato la rilevanza della colpa dell'amministrazione nella responsabilità per i danni derivanti dall'esecuzione di un appalto pubblico. Segnatamente, il Consiglio di Stato, facendo leva sulla c.d. culpa in eligendo (mancato controllo prima e nel corso dell'esecuzione dei lavori), ha ritenuto il committente (cioè l'amministrazione pubblica) corresponsabile in via diretta con l'appaltatore per i danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'appalto. Anche in questo caso, però, si tratta, com'è di tutta evidenza, di una fattispecie diversa rispetto a quella presa in considerazione dalle direttive ricorsi, non concernente, cioè, le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. In tal senso, Cons. di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7635, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰³ Una parte della dottrina ha suggerito di ricorrere, nei casi di attività amministrativa complessa, al criterio della colpa professionale ex art. 2236 c.c., piuttosto che all'istituto dell'errore scusabile, anche perché l'attività provvedimentale della pubblica amministrazione potrebbe inquadrarsi tra le prestazioni d'opera intellettuale. Sul punto, giova precisare che nell'art. 2236 c.c. il riferimento alla colpa grave non va inteso come uno scarto considerevole dal parametro di diligenza media, cioè come una colpa grave in senso proprio, bensì come una colpa speciale esigibile dal tipo di professionista convenuto, che nel caso di responsabilità della pubblica amministrazione si tratterebbe dell'amministratore o del funzionario pubblico: si tratta, pertanto, di una colpa che fa riferimento ad uno standard di comportamento particolarmente elevato e rigoroso. Si evidenziano i vantaggi di una tale opzione ricostruttiva nel fatto che si garantisce al privato una maggiore effettività di tutela delle situazioni giuridiche risarcibili anche rispetto allo standard di risarcibilità fissato a livello comunitario. Infatti, l'abbandono dell'errore scusabile e l'utilizzo della colpa professionale non fanno altro che rendere lo schema di responsabilità interno più rigoroso rispetto a quello comunitario, che si fonda, invece, come s'è visto, sulla «violazione sufficientemente caratterizzata», parametro ben più favorevole per l'amministrazione e dal quale ha preso spunto il nostro giudice amministrativo nell'individuare gli indici dell'errore scusabile. Più in particolare, seguendo il modello di colpa comunitario, nelle ipotesi di violazione non grave e manifesta, la pubblica amministrazione andrebbe sempre immune da responsabilità. Al contrario, facendo ricorso al parametro di colpa di cui all'art. 2236 c.c., nei casi di violazione non grave e manifesta (che sono poi quelle fattispecie nelle quali il nostro giudice amministrativo manda esente da responsabilità l'amministrazione ritenendo scusabile il suo errore), la responsabilità della pubblica amministrazione non andrebbe sempre esclusa, ma dovrebbe essere vagliata caso per caso sulla base del parametro della colpa professionale. Tale soluzione, quindi, sarebbe del tutto compatibile - perché migliorativa - con lo standard di risarcibilità individuato a livello europeo. E, infine, il

Questa ricostruzione, astrattamente sostenibile a seguito della sentenza della Corte di giustizia del 2004 (che aveva ad oggetto l'onere probatorio), non è più valida successivamente all'affermazione inequivoca del criterio oggettivo di imputazione. La Corte perviene a questo esito valorizzando l'art. 2 della direttiva ricorsi, che prevede che in materia di appalti pubblici disciplinati dalla normativa comunitaria la tutela debba essere rapida ed efficace, poiché è in gioco un interesse comunitario cruciale, ovvero l'interesse alla concorrenza.

Da questa esigenza di efficacia della tutela, la Corte di giustizia desume la necessità di una equivalenza, di una equiparazione degli strumenti di tutela che gli Stati membri offrono a fronte delle violazioni della normativa comunitaria che regola le procedure di affidamento della gara, così l'accoglimento del ricorso dell'uno non può essere subordinato a presupposti aggiuntivi rispetto a quelli richiesti dalla dall'accoglimento dell'altro.

Orbene, se gli strumenti di tutela a fronte della violazione della normativa comunitaria in tema di appalti sono l'impugnazione dell'aggiudicazione, da un lato, ed il risarcimento del danno, dall'altro, è necessario che l'accoglimento del rimedio risarcitorio non sia subordinato al riscontro processuale di ulteriori presupposti, di condizioni aggiuntive rispetto a quelle che occorrono accertare per accogliere l'altro strumento rimediale, vale a dire quello dell'impugnativa dell'aggiudicazione, dal momento che lo strumento risarcitorio deve essere

ricorso all'art. 2236 c.c. attenuerebbe, se non eliminerebbe del tutto, le differenze in punto di elemento soggettivo che corrono tra le due principali tesi che si contendono il campo sulla natura da attribuire alla responsabilità da attività provvedimento: la tesi contrattuale e quella extracontrattuale. L'art. 2236 c.c., infatti, nasce in ambito contrattuale ma può essere esportato, almeno secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza civilistica, anche sul terreno dell'illecito extracontrattuale per cui non si inciderebbe la riconduzione della responsabilità all'uno o all'altro modello.

Cfr., in tal senso, S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., 436 ss. Nella stessa direzione v. anche F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 61, secondo il quale l'art. 2236 c.c. rappresenta un meccanismo in grado di valorizzare le oggettive difficoltà dell'attività amministrativa e di tener conto della diligenza dell'amministrazione. Da ultimo, un richiamo alla colpa professionale sembra che sia contenuto nel comma 6 bis dell'art. 24 della L. 28 dicembre 2005, n. 262 (introdotto dall'art. 4 del D. Lgs. n. 303/ 2006), il quale ha espressamente previsto che nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo, talune autorità indipendenti, i componenti dei loro organi e i loro dipendenti rispondono solamente dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave.

Come notato da attenta dottrina (A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 155 in particolare), la richiamata disposizione estende legislativamente ad alcune autorità, in considerazione della natura e della complessità dell'attività svolta, il precetto di cui all'art. 2236 c.c.

un'alternativa procedurale e rimediale equivalente a quella fornita dalla impugnazione dell'aggiudicazione.

Questa esigenza di equivalenza, sostiene la Corte di giustizia, è ancora più avvertita nell'ipotesi in cui gli Stati membri prevedano il solo risarcimento del danno quale rimedio esperibile. In Italia, a mente degli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo, il giudice amministrativo, riscontrata l'illegittimità della aggiudicazione impugnata, può scegliere di non dichiarare l'inefficacia del contratto, sulla base di una motivata valutazione degli interessi in gioco.

In tal caso, l'unico rimedio è quello del risarcimento del danno, sì che, onde costituire una effettiva alternativa rimediale rispetto alla caducazione del contratto, che il privato potrebbe non ottenere, non può essere subordinata al riscontro di condizioni ulteriori rispetto a quelle che si impongono per l'annullamento del provvedimento e quindi dell'aggiudicazione. Siccome a tal fine non è richiesto l'accertamento circa la colpa dell'amministrazione, poiché il giudice annulla l'aggiudicazione sul solo riscontro dell'illegittimità dell'aggiudicazione, la colpa dell'amministrazione non deve essere elemento costitutivo neanche per l'altro strumento di rimediale, e quindi neanche per la fattispecie di responsabilità.

Nelle altre ipotesi, occorre accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo, valutandolo anche sulla base dei parametri offerti dal diritto dell'Unione europea.

In particolare, per il giudice europeo i criteri che rendono la violazione «*manifesta e grave*» sono «*il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario*»,²⁰⁴ mentre nelle ipotesi di attività più complessa²⁰⁵ il giudice

²⁰⁴ Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *cit.*, punto 56.

comunitario esclude la sussistenza del requisito della violazione grave e manifesta.

Allo stesso modo, i giudici amministrativi nazionali escludono la responsabilità dei pubblici poteri, considerando «*scusabile*» il suo errore, nelle ipotesi di formulazione incerta delle norme applicate, di oscillazioni interpretative della giurisprudenza, di rilevante complessità del fatto, di novità delle questioni, di errore causato dal comportamento del privato.

Anzi, il giudice amministrativo si richiama espressamente agli indici elaborati dalla Corte di giustizia europea, assumendo come indispensabile «*accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento e, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento*».²⁰⁶

In effetti, di recente, il Consiglio di Stato, preso atto della citata giurisprudenza comunitaria secondo cui la vigente normativa europea che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da una amministrazione pubblica che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione, ha disconosciuto il proprio precedente orientamento secondo cui non gravava sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, ma la presuma a carico della stessa. Infatti, dal momento in cui si consente a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, si genera ugualmente il rischio che il ricorrente pregiudicato da una decisione illegittima di un'Amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso

²⁰⁵ Così, ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto che non integra gli estremi di una violazione grave e manifesta l'erronea applicazione di una norma comunitaria ambigua: Corte giust. CE, 26 marzo 1996, in causa C-392/93, British Telecommunications, in *Foro It.*, 1996, IV, c. 321, con nota di G. CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*.

²⁰⁶ Così, tra le prime decisioni, Cons. di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169 in *Giur. It.*, 2001, 2386.

in cui l'Amministrazione riesca a vincere la suddetta eventuale presunzione di colpevolezza.

Il Consiglio di Stato afferma, quindi, che «in altre parole, la regola comunitaria vigente in materia di risarcimento del danno per illegittimità accertate in materia di appalti pubblici per avere assunto provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi configurerebbe una responsabilità non avente natura né contrattuale né extracontrattuale, ma oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente, poiché derivante da principio generale funzionale a garantire la piena ed effettiva tutela degli interessi delle imprese, a protezione della concorrenza, nel settore degli appalti pubblici».²⁰⁷

Tuttavia, così procedendosi, pare formarsi un dislivello di tutela tra le situazioni che hanno un “rilievo comunitario” e quelle che, invece, non sono prese in considerazione dal diritto dell'Unione europea. Più precisamente, tra quelle situazioni che riguardano le procedure di aggiudicazione degli appalti (anche quelle sotto soglia comunitaria) e gli altri campi di attività dell'amministrazione pubblica²⁰⁸, rischiandosi una “discriminazione alla rovescia”.

²⁰⁷ Così, Cons. Stato Sez. V, 08 novembre 2012, n. 5686, in *Urb. e app.*, 2013, 2, p. 162 ss., che precisa: «In materia di appalti pubblici, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno non richiede la prova della colpa. L'art. 124, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), introduce un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che deve essere applicata a tutto il campo degli appalti pubblici, in base al principio generale di diritto comunitario di effettività della tutela. Il danno subito e provato comprende anche il mancato utile derivante dalla mancata illegittima aggiudicazione del contratto. Ai fini della quantificazione del danno, ai sensi dell'art. 124, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), il criterio del 10% dell'importo a base d'asta non può trovare generale e automatica applicazione, essendo invece necessaria la prova circa la percentuale di utile effettivo. Nel calcolo dovranno essere tenuti presenti le giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'offerta; le spese sostenute e sostenibili; il ribasso indicato in sede di gara. E' altresì dovuto il cd. danno da ritardo, utilizzando il metodo consistente nell'attribuzione degli interessi (cd. compensativi). Il mancato guadagno non potrà essere risarcito integralmente se non è fornita la prova che l'impresa ha potuto utilizzare altrimenti maestranze e mezzi. In difetto di tale dimostrazione, può ritenersi che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione (in ragione del 50%) del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, anche in virtù dell'art. 1227 c.c. Sulla somma così calcolata sono dovuti interessi e rivalutazione. Compete al giudice amministrativo pronunciarsi in via incidentale sulla nullità della clausola contrattuale del capitolato che deroga all'entità degli interessi per ritardato pagamento di cui al D.Lgs. n. 231/02 e Direttiva n. 2000/35/CE.» In termini, Cons. St. Sez. V, sentenza 18 febbraio 2013, n. 966.

²⁰⁸ Sull'opportunità di evitare la formazione di «un doppio binario» della giustizia amministrativa quando esamina controversie che attengono al diritto comunitario o al diritto interno, v., tra gli altri, E. PICOZZA, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, 206; Tarullo, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 375, Id., *La colpa della pubblica Amministrazione nel nascente modello di responsabilità risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo. Proposte e prospettive*, in *TAR*, 2001, II, p. 206 ss., il quale ritiene

Per evitare la formazione di un sistema duale di tutela, non è necessario fare appello al c.d. “effetto *spill over*”, che consiste nell’estendere volontariamente il trattamento previsto dal diritto comunitario anche a quelle situazioni di diritto interno per le quali esso non è obbligatorio, come, ad esempio, la risarcibilità per lesioni arrecate da una violazione del diritto interno e non di quello europeo.

Invece, occorre chiedersi, caso per caso, se si verifichi una ingiustificata violazione del principio di eguaglianza, individuando relazioni di preferenza e compatibilità con i principi concorrenti.

In particolare, pena un’ingiustificata disparità di trattamento²⁰⁹, il criterio oggettivo di imputazione non può essere circoscritto ai soli appalti comunitari ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, almeno a tutto il campo degli appalti pubblici.

D’altra parte, non potrebbe aprioristicamente escludersene l’analogica applicazione, al di fuori quindi dal settore delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, ove in concreto si verifichi che quello risarcitorio è l’unico rimedio esperibile dal privato. In questo modo, si conferisce massima importanza ai principi di eguaglianza, ma anche di effettività della tutela, in attuazione del programma costituzionale, che esclude in radice aree di privilegio in favore delle pubbliche amministrazioni.

che il giudice amministrativo, pur non essendo obbligato ad applicare l’indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia, cionondimeno «*dovrebbe preoccuparsi di utilizzare la giurisprudenza comunitaria almeno come termine di paragone e parametro interpretativo delle soluzioni adottate*».

²⁰⁹ Per il superamento dell’identificazione tra principio di eguaglianza e parità di trattamento, che ne costituisce una manifestazione, v. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013. Per una lettura unitaria dei due commi dell’art. 3 Cost, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 452.

**III. VERIFICA DI UNA TUTELA PIENA ED EFFETTIVA DELLA
POSIZIONE DEL PRIVATO NEI CONFRONTI DELL' AUTORITÀ.**

1. Brevi cenni sul processo amministrativo nel periodo precostituzionale. I principi costituzionali a presidio del processo amministrativo, con particolare riguardo al riparto di giurisdizione. L'unicità della funzione giurisdizionale e l'attualità del riparto. Prime riflessioni e rinvio. Il sindacato di legittimità sulle decisioni del Consiglio di Stato quale limite alla realizzazione di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione. *Rinvio.*

La trattazione sarebbe monca e puramente teorica se non si offrisse, e non senza rilievi critici, un panorama delle tecniche di tutela offerte dall'ordinamento alla posizione giuridica del soggetto che abbia come controparte una pubblica amministrazione, onde verificare l'attuazione dei principi costituzionali, vale a dire la realizzazione di una tutela piena ed effettiva del privato leso da un comportamento di una pubblica amministrazione. Infatti, si è dell'avviso che non possa prendersi in considerazione unicamente il momento fisiologico del rapporto giuridico, senza fare i conti con la fase patologica che, in concreto, sfocia nel processo²¹⁰.

A ben vedere, difatti, influisce sul contenuto stesso della situazione giuridica tanto la possibilità di ottenerne tutela, quanto gli strumenti di tutela concretamente accordati alla situazione stessa, con ciò intendendosi sia il ventaglio di azioni esperibili, sia l'insieme di alcuni elementi strettamente processuali (quali, per esempio, i termini e le preclusioni, le regole di riparto di giurisdizione e

²¹⁰Come evidenziato anche parte della dottrina che lega l'aspetto "dinamico" della fase processuale quale garanzia insita nel principio di eguaglianza, quale principio ispiratore di tutto il sistema, «[il] momento del giudizio è veramente il momento culminante dell'ordinamento, almeno in un ordinamento di uomini uguali, il momento in cui l'ordinamento celebra il rito della sua giuridicità» R. ORESTANO, *Azione, Enc. Dir.*, IV, p. 1959 ss.

In tal senso, anche A. TRAVI, *Gli artt. 24 e 111 della Costituzione come principi unitari di garanzia*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale: atti del 6° Convegno nazionale SISDIC, Grand Hotel Quisisana, Capri 31 marzo/ 1-2 aprile 2011, Napoli, 2012*, p. 15 e ss.

Il legislatore, dettando le norme sostanziali, valuta determinati comportamenti umani con i criteri della doverosità, della liceità o illiceità, e dell'attitudine a produrre conseguenze giuridiche, configurando in tal modo una prima tutela delle posizioni giuridiche soggettive di carattere sostanziale, meritevoli di protezione. Qualora tale tutela non si riveli sufficiente, vale a dire quando la norma sostanziale viene violata e le posizioni giuridiche soggettive lese, l'ordinamento riconosce - con dispone l'art. 24 Cost. - tutti i mezzi per l'attuazione della tutela secondaria o giurisdizionale. Per completezza, è necessario precisare che vi sono dei casi in cui l'attività giurisdizionale è prevista più o meno indipendentemente dalla lesione di norme primarie. Questi casi si realizzano quando l'ordinamento ritiene di dover sottrarre all'autonomia dei singoli la piena disponibilità di determinate situazioni giuridiche, stabilendo che la costituzione, la modificazione o l'estinzione delle stesse non può avvenire che attraverso l'opera dell'organo giurisdizionale. Sul punto, cfr. V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 111.

competenza) che vanno - come si intende dimostrare - a tangere, in modo più o meno incisivo, la “consistenza” della situazione medesima.

Al fine di consentire la comprensione del processo di maturazione che ha, infine, condotto alla raccolta in un codice delle disposizioni in materia di tutela processuale del cittadino nei confronti dell’amministrazione, pare opportuno almeno compendiare le tappe fondamentali che hanno segnato tale percorso, a far data dall’entrata in vigore della Legge fondamentale²¹¹.

In primo luogo, può essere utile segnalare che, a differenza delle altre Costituzioni europee²¹², dove non sono presenti molte (o non sono presenti affatto) disposizioni relative alla giurisdizione amministrativa (persino nella Costituzione francese, nonostante la Francia sia considerabile lo “Stato di nascita” del processo amministrativo, manca una norma a tal riguardo), la nostra Costituzione prevede più di una previsione in merito.

In particolare, l’art. 24 della Costituzione²¹³ afferma il principio della tutela giurisdizionale sia dei diritti che degli interessi legittimi, facendo rientrare nel perimetro di operatività del diritto di difesa²¹⁴ entrambe le situazioni giuridiche. Ancora, l’art. 100, al primo comma, individua nel Consiglio di Stato l’organo di consulenza giuridico-amministrativa, nonché di tutela della giustizia nell’amministrazione²¹⁵; mentre l’art. 117, secondo comma²¹⁶, include la giustizia

²¹¹ Sulla giustizia amministrativa nella Costituzione, G. BERTI, *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 68 ss.; A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 419 ss. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3050 ss.

²¹² Il tema è approfondito da D. SORACE (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009.

²¹³ L’art. 24 Cost., al primo comma, riconosce il diritto d’azione al privato a prescindere dalla situazione giuridica della cui lesione sia oggetto, con ciò confermando l’assenza di qualsiasi privilegio della pubblica amministrazione in ordine alla «*legittimazione passiva*». Sul punto, si cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, Napoli.

²¹⁴ Poiché la legislazione fascista aveva limitato soprattutto il diritto di difesa nell’ambito della giustizia penale, la difesa fu in primo luogo concepita come tutela dell’imputato, attribuendo veste costituzionale principalmente alla difesa per mezzo di avvocato, senza limitarne il significato alla sola assistenza fiduciaria. Nel corso del tempo, si è poi determinata una lenta e progressiva evoluzione tendente a far maturare il concetto di difesa, da “difesa tecnica” a quello più significativo di “difesa materiale”, intesa come garanzia delle «possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni, con le forme ed i mezzi che assicurano la istituzione e lo svolgimento del contraddittorio», così, Corte cost. sent. 22 giugno 1963, n. 108.

²¹⁵ L’art. 100 Cost. riguarda sia il Consiglio di Stato che la Corte dei Conti e fa riferimento innanzitutto alle loro funzioni originarie, vale a dire di consulenza giuridico-amministrativa e di controllo. Tali funzioni sono storicamente antecedenti rispetto a quelle giurisdizionali, ma

amministrativa tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato. L'art. 125 prevede invece l'istituzione, presso ciascuna Regione, di organi di giustizia amministrativa di primo grado; mentre gli artt. 103, comma primo, 113, primo e secondo comma, e l'art. 111, ultimo comma, individuano l'ambito della giurisdizione amministrativa quale quella deputata alla tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi, precisandosi altresì che tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti ed è sempre ammessa, tanto che abbia ad oggetto diritti, quanto interessi legittimi, con un unico distinguo relativo al rispettivo plesso giurisdizionale: nel primo caso saranno competenti gli organi di giurisdizione ordinaria, nel secondo caso gli organi di giurisdizione

comunque a queste correlate. Infatti, le attività ausiliarie svolgono il ruolo di garanzia dell'ordinamento: come osservato dal Consiglio di Stato stesso, in particolare, *«la funzione consultiva del Consiglio di Stato viene esercitata, ai sensi dell'art. 100 Cost., a tutela imparziale e oggettiva dell'ordinamento giuridico»*, così Cons. St., sez. II, 9 aprile 1997, n. 129, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 152 ss.

In dottrina, si afferma che *«la previsione di questi due organi nella Costituzione ha determinato un più solido fondamento per la loro esistenza e la loro assunzione in un nuovo ordinamento istituzionale retto da valori e principi nuovi. Da un lato, poiché le loro attribuzioni originarie (consultive e di controllo) attengono a funzioni di garanzia di legittimità dell'azione amministrativa, di legalità e di trasparenza nella gestione della spesa pubblica, ciò ha significato anche un consolidamento della funzione di garanzia. Dall'altro, con la previsione costituzionale delle funzioni giurisdizionali è stata sottolineata la connessione tra la consulenza giuridico-amministrativa e la tutela della giustizia, valori a loro volta connessi ai principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, di cui all'art. 97 Cost.»*

Si sancisce, quindi, l'indipendenza dei due organi giurisdizionali e dei loro componenti di fronte al Governo, anticipando la previsione del secondo comma dell'art. 108 Cost., che garantisce in via generale l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali. *«La formulazione dell'articolo in commento enfatizza l'indipendenza dei due organi nei confronti del Governo non solo con l'esplicita previsione del 3° co., ma anche ponendo un rapporto di ausiliarità-strumentalità della funzione di controllo della Corte dei conti nei confronti del Parlamento, consacrata nel 2° co. La collocazione dell'articolo nel Titolo terzo della seconda parte della Costituzione non può quindi deporre nel senso del rapporto univoco ed esclusivo fra gli organi ausiliari e il Governo. Per dare contenuto all'ausiliarità degli organi in questione, quindi, occorre tenere conto delle relazioni che la Costituzione descrive tra essi e tutti gli organi costituzionali, compreso il Governo.(...) Per quanto riguarda il Consiglio di Stato, la relazione con il Governo dipende evidentemente dall'origine dell'istituto e dal ruolo consultivo, di collaborazione con l'esecutivo, che esso ha sempre avuto e che il Costituente ha voluto mantenere. Per quanto riguarda la Corte dei conti, la norma induce invece a sottolineare la relazione con il Parlamento nell'esercizio della sua prima funzione di controllo, pur non dovendosi ignorare l'interesse dello stesso Governo alla legittimità degli atti amministrativi e, più in generale, al rispetto della legalità»*. M. DE ROSA, B.G. MATTARELLA, *sub art. 100 cost.*, in *Commentario alla Costituzione a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti*, Torino, 2006, p. 1944 ss.

²¹⁶ Profondamente riformato dalla legge costituzionale, 18 ottobre 2001, n. 3, modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, pubblicata nella Gazz. Uff. 24 ottobre 2001, n. 248.

amministrativa, salvi i casi di giurisdizione esclusiva²¹⁷.

Il fondamentale art. 111 Cost.²¹⁸, oltre a stabilire i principi del giusto processo, all'ultimo comma pone un limite al controllo in Cassazione delle decisioni assunte in sede di giurisdizione amministrativa dal Consiglio di Stato, quale organo di giustizia amministrativa di secondo grado, così come delle decisioni della Corte dei Conti²¹⁹, nel senso che il ricorso avverso tali decisioni è ammesso soltanto per motivi di giurisdizione.

Infine, l'art. 113, ultimo comma, consente alla legge di determinare quali siano gli organi di giurisdizione titolari del potere di annullamento degli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti stabiliti dalla legge stessa²²⁰.

²¹⁷ La Corte costituzionale, nella sentenza 29 novembre n. 67, ha precisato che «l'uso delle parole "tutti" e "sempre" nel primo comma dell'art. 24 Cost. ha lo scopo di ribadire la uguaglianza di diritto e di fatto di tutti i cittadini per quanto concerne la possibilità di richiedere la tutela giurisdizionale, sia nei confronti di altri privati, sia in quelli dello Stato e di enti pubblici minori».

Più in particolare, si precisa in dottrina che «attraverso la menzionata ultima disposizione [art. 24 Cost.], in combinata lettura con quella dell'art. 113, è possibile evidenziare come la Costituzione dedichi una particolare attenzione alla protezione giudiziaria del cittadino anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni. Infatti, se - per un verso e come è noto - l'art. 24 garantisce il diritto di agire in giudizio per la tutela di diritti ed interessi legittimi, per altro l'art. 113 dispone che la tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione non possa essere esclusa o limitata quanto agli atti impugnabili ed ai vizi deducibili, rinviando altresì alla legge di determinare gli organi di giurisdizione che possono annullare gli atti della medesima pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa. Tale raccordo favorirebbe, come è stato notato, l'affermazione del principio di effettività, quale momento di composizione unitaria dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale, data la strumentalità del secondo al primo», così P. MAZZINA, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi tra riforme amministrative ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, p. 391 ss. Approfonditamente anche M. SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991.

²¹⁸ Su cui, *infra*, al paragrafo successivo. Sul giusto processo, di recente, con specifico riferimento al processo amministrativo, F. G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di Id., 2011, p. 165 ss.; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, p. 1 ss.

²¹⁹ L'art. 103 Cost. 2 c., recita «La Corte dei Conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e in altre specificate dalla legge», vi è quindi una riserva di giurisdizione assoluta per la contabilità pubblica. Al riguardo, ad esempio, la Consulta, nella pronuncia sull'azione civile esercitata dall'amministrazione nel processo penale a carico di un dipendente, ha affermato il giudice penale deve limitarsi alla condanna generica dell'imputato, restando di competenza della Corte dei Conti la determinazione del *quantum*: Corte cost. Sent., 13 luglio 2007, n. 272, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 1, p. 45 ss.

²²⁰ Al riguardo, ricorda F. SAIITTA, *sub art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, p. 2136 ss. che nei lavori dell'Assemblea costituente, Calamandrei, propose di abolire l'art. 4 della l. 2248/1865, all. E, riconoscendo al giudice ordinario anche poteri di annullamento degli atti amministrativi e di esecuzione in forma specifica delle sentenze di condanna emesse nei confronti della pubblica amministrazione. Anche a tal riguardo, però, prevalse la preoccupazione, espressa da Ruini, che «ogni autorità giudiziaria, anche un Pretore, potesse annullare gli atti della Amministrazione» e, quindi, l'idea che al più il giudice ordinario potesse avere tale potere di annullamento nel solo caso di «violazione di diritti».

Ciò vuol dire che tale potere spetta sicuramente agli organi della giurisdizione amministrativa - come era già previsto dalle due leggi fondamentali del 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, e del 31 marzo 1889, n. 5992 - anche se, essendo il legislatore deputato a stabilire a quali organi di giurisdizione spetti tale potere, sarebbe astrattamente possibile attribuirlo anche agli organi della giurisdizione ordinaria.

La rapida rassegna dei principi che governano la materia è funzionale ad evidenziare che questi costituiscono l'approdo di una lunga maturazione nel pensiero giuridico: in un primo tempo, si è già detto, le tecniche di tutela non corrispondevano affatto al quadro delineato, oggi, dalla Carta costituzionale. Difatti, le controversie aventi quale controparte una pubblica amministrazione erano, sí, affidate alla cognizione di due ordini giurisdizionali - ossia a seconda che queste coinvolgessero questioni di diritti soggettivi o di interessi legittimi (sulla base dell'assetto normativo delineato dalle due leggi fondamentali sopra citate) - ma le une e le altre erano fornite di un sistema proprio e differenziato di tutela giurisdizionale. Tale assetto ha subito le note trasformazioni in virtù della svolta giurisprudenziale - iniziata con le decisioni degli anni '20, ma consolidatasi effettivamente solo negli anni '40²²¹ - secondo la quale, a fronte dell'esercizio di poteri amministrativi di carattere discrezionale o comunque autoritativo, le situazioni soggettive assumono la qualificazione di interessi legittimi, e dunque sono sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo, così riducendo l'ambito della giurisdizione ordinaria nelle controversie amministrative a casi del tutto marginali.

Sul punto interveniva il legislatore²²², istituendo la giurisdizione esclusiva, cioè a dire quell'ambito di giurisdizione demandato al giudice amministrativo a prescindere dalla qualificazione della posizione sostanziale, quindi sia che si tratti di controversie concernenti interessi legittimi, sia che si tratti di diritti soggettivi.

La Costituzione, nel confermare tale dualismo degli organi giurisdizionali,

Venne così approvata la proposta di rinviare al legislatore la decisione circa gli organi giurisdizionali che avrebbero avuto il potere di annullare gli atti amministrativi *«nei casi e con gli effetti previsti dalla legge»*.

²²¹ La già ricordata Cass., Sez. un., 4 luglio 1949, n. 1657.

²²² Con il R.D. 30 dicembre 1923 n. 2840, Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale, pubblicato nella Gazz. Uff. 8 gennaio 1924, n. 6.

sancisce il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra situazioni soggettive e, correlativamente, prevede la possibilità che, per determinate materie, il giudice amministrativo conosca anche delle controversie concernenti i diritti soggettivi²²³. Si stabilisce, altresì, il limite del controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato relativo a motivi attinenti alla giurisdizione, secondo quanto stabilito dall'antica legge del 31 marzo 1877, n. 3761.

Fin qui, non si registrano novità rispetto al sistema previgente. I costituenti, però, non si sono limitati a prendere atto delle regole già presenti nel sistema, apportando, invece, importanti innovazioni²²⁴. Ci si riferisce, in primo luogo, al

²²³ Le previsioni dell'art. 103 Cost. hanno assicurato «copertura» costituzionale al criterio di riparto della funzione giurisdizionale fra i diversi ordini di giudici chiamati storicamente ad esercitarla, pur nella unicità della funzione medesima sancita dall'art. 101 Cost. Il legislatore costituente, si è già detto, ha cristallizzato proprio nell'art. 103 Cost. il difficile equilibrio che nella prima parte del secolo scorso si era raggiunto nel ripartire l'esercizio della funzione giurisdizionale fra il giudice ordinario, giudice dei diritti civili e politici sin dalla legge abolitiva del contenzioso amministrativo, ed il giudice amministrativo, giudice degli interessi legittimi sin dalla sua istituzione con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato. Tale equilibrio era stato raggiunto pur dopo le oscillazioni tra il sistema monistico della funzione giurisdizionale, affidata unicamente al giudice ordinario, (sistema sostenuto dalla parte maggioritaria della destra storica di Mancini, Minghetti, Boncompagni e Borgatti ed trasposto nella legge abolitiva del contenzioso amministrativo) ed un sistema dualistico caratterizzato appunto dal riparto della giurisdizione fra diversi ordini di giudici (a seguito del movimento di opinione suscitato da Silvio Spaventa nel famoso discorso di Bergamo e fatto proprio dal governo Crispi con la legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato).

Si è già detto dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale del sistema di riparto, qui ci si limita a ricordare che l'art. 103 Cost. recepisce e consolida i frutti di quel dibattito che, superando l'impostazione monista affermatasi con la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, si conclude adottando la soluzione dualistica del discrimine delle giurisdizioni fondato sulla diversa natura e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

L'art. 103 Cost., però, sempre per lasciare immutato il delicato equilibrio raggiunto in materia prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, accanto al criterio generale di riparto fondato sulla natura delle situazioni giuridiche soggettive controverse, ha previsto anche un criterio alternativo di carattere speciale. Un criterio speciale che, in deroga al criterio generale fonda la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ma implicitamente anche quella del giudice ordinario), in «particolari materie», indipendentemente dal fatto che siano oggetto di controversia situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo. In sostanza, al criterio generale di riparto fondato sulla distinzione fra situazioni giuridiche soggettive è stato affiancato un criterio speciale (ed anzi eccezionale) fondato sulla riconducibilità della materia controversa a «particolari materie».

²²⁴ Rileva F. G. SCOCA, *Il disegno della giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in P. L. PORTALURI, R. BIFULCO, (A cura di), *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti: atti del Convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012*, Napoli, 2012, p. 259 ss. come «La convinzione largamente diffusa, soprattutto nei decenni successivi alla sua entrata in vigore, considerava di minimo rilievo l'apporto innovativo derivante dalla Costituzione in questa materia: si concentrava l'attenzione soltanto sul criterio di riparto della giurisdizione tra il Giudice civile e il Giudice amministrativo, e se ne deduceva che le disposizioni costituzionali si erano limitate a fornire sanzione costituzionale al sistema in vigore negli anni in cui si erano svolti i lavori dell'Assemblea costituente.

fondamentale principio della piena tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione²²⁵, previsto dall'art. 24 Cost., a tenore del quale la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi è equiparata a quella dei diritti, in tutta la sua pienezza, intesa quale possibilità di utilizzare tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento; nonché all'art. 113, secondo comma, ove si statuisce che la tutela medesima non possa essere esclusa a fronte di determinati atti o limitata a particolari mezzi di impugnazione, come invece era nell'antecedente legislazione.

In altri termini, a fronte dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, tutte le situazioni protette devono essere tutelate in egual modo, senza distinzione circa la loro natura.

Da ciò, come accennato, derivano importanti conseguenze anche sul piano sostanziale: il potere pubblico si esercita nell'ambito di rapporti giuridici che vedono soggetti posti in posizione sostanzialmente paritaria, per l'essere ciascuno (pubblico o privato) egualmente portatore di situazioni protette dalla legge.

Eppure, se si guarda alla prassi, può notarsi una deviazione dall'originaria impostazione. Già in un primo momento, l'applicazione del criterio della c.d. "carenza di potere" riduceva, in sostanza, l'ambito di cognizione delle controversie con le pubbliche amministrazioni da parte del giudice ordinario, poiché a questi rimanevano affidate solo alcune categorie di controversie, ovvero le ipotesi di atti nulli (art. 21-*septies* l. n. 241/90), e cioè di atti emanati in carenza di potere o, per citare il testo della disposizione *de quo*, in difetto assoluto di attribuzione; le ipotesi di controversie aventi ad oggetto l'attività materiale di pubbliche amministrazioni e soggetti equiparati, che si manifesta (soprattutto, ma non esclusivamente) nell'abusiva occupazione di beni privati, nei casi in cui il fatto è legittimato da un potere in concreto attivabile; i casi di controversie

La dottrina più avvertita, peraltro, da tempo ha rilevato che dal testo costituzionale scaturisce un sistema profondamente diverso da quello in vigore precedentemente; al di là, ma senza escluderlo, del criterio di riparto della giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo».

²²⁵ Sul punto, osserva A. POLICE, *sub* art. 24, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, p. 501 ss. che «La portata estremamente innovativa della norma consiste nell'offrire una efficace copertura garantistica a qualsiasi posizione di vantaggio, individuale e collettiva, comunque e da chiunque azionabile in giudizio. In tal modo non si è voluta sancire alcuna discriminazione tra gli interessi tutelabili, rimettendo al libero gioco dell'interpretazione giurisprudenziale l'individuazione degli interessi legittimi giuridicamente protetti».

vertenti sulla lesione di diritti fondamentali, e perciò non disponibili nell'esercizio di poteri amministrativi; nonché le controversie con le pubbliche amministrazioni a carattere privatistico, quindi discendenti da rapporti in cui la pubblica amministrazione agisce come soggetto privato.

Inoltre, di recente, proprio in pretesa attuazione del principio di cui all'art. 113, ult. co., Cost., le competenze attribuite al giudice amministrativo si sono moltiplicate grazie all'intervento legislativo relativo a importanti categorie di controversie nelle quali tale plesso vanta una giurisdizione piena, intesa quale potere di annullamento degli atti amministrativi²²⁶.

Da tempo, insomma, si assiste ad un progressivo ampliamento del novero delle materie attribuite in via esclusiva al giudice amministrativo, superando *de facto* il criterio di riparto tra le due giurisdizioni fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, così affidando al giudice amministrativo, al di là della formula usata, la giurisdizione su intere categorie di materie. Sul punto, incisero profondamente, alla fine degli anni '90, gli articoli 33 e seguenti del d.lgs. n. 80/1998 - attuativo della delega di cui all'art. 11, 4° co., lett. g), della l. n. 59/97 - articoli poi novellati in occasione dell'inserimento nell'art. 7 della l. n. 205/00. Si prevedeva, in particolare, il transito alla giurisdizione amministrativa di quelle controversie aventi ad oggetto servizi pubblici (art. 33), oppure in materia di urbanistica ed edilizia, ed anche delle controversie concernenti comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati (art. 34)²²⁷.

²²⁶Tra le categorie di controversie via via attribuite alla giurisdizione esclusiva fino a tempi recenti, è possibile ricordare quelle in tema di gestione dei rifiuti (art. 4 d.l. 23 maggio 2008, n. 90, conv. in l. 14 luglio 2008, n. 123), di pubblicità ingannevole (art. 8 d.lgs. 2 agosto 2007, n. 145), di controversie circa l'interpretazione dei contratti aventi ad oggetto titoli di debito pubblico (art. 61 d.p.r. 14 febbraio 1963, n. 1343, come sostituito dall'art. 7 d.p.r. 15 marzo 1984, n. 74), di accordi sostitutivi o integrativi di provvedimento (art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241), di decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 33 l. 10 novembre 1990, n. 287; art. 7 d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 come sostituito dal d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67); di contratti pubblici (art. 6 l. 24 dicembre 1993, n. 537); di decisioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (art. 4 l. 11 febbraio 1994, n. 109 come modificato dall'art. 9 l. 18 novembre 1998, n. 415); di decisione dell'Autorità garante delle comunicazioni e Autorità garante dell'energia e del gas (art. 2 l. 14 novembre 1995, n. 481; art. 1 l. 31 luglio 1997, n. 249). Da ultimo, il *Cod. proc. amm.*, all'art. 133, elenca le categorie di controversie già attribuite alla giurisdizione esclusiva a cui se ne aggiungono alcune (tra queste, quelle in materia di SCIA e silenzio-assenso).

²²⁷ Si è detto che «il legislatore di fine secolo non demorde e, con baldanza, introduce una nuova specie di giurisdizione esclusiva, separata anche dalla giurisdizione di legittimità e ancorata a «settori» dell'ordinamento pubblico, con rilevante presenza di un pubblico interesse, pur in difetto dell'inestricabile nodo gordiano di diritti e interessi, che costituiva storicamente l'unica ragion d'essere giustificativa della giurisdizione esclusiva». Così, V. CARBONE, C. CONSOLO, A. DI

Il progressivo esubero dagli argini tracciati dalla Legge fondamentale è stato prontamente ridimensionato dalla Corte Costituzionale.

Infatti, a rigore, le materie di giurisdizione esclusiva possono essere soltanto quelle nel cui ambito le controversie sarebbero in ogni caso attribuite alla competenza del giudice amministrativo, come giudice generale della legittimità dell'azione amministrativa, trattandosi dunque di controversie concernenti l'esercizio del potere, e, quindi, coinvolgenti anzitutto interessi legittimi. Di conseguenza, il giudice costituzionale, non consente di annoverare tra queste le controversie che, applicando i principi generali, spetterebbero comunque alla giurisdizione ordinaria in quanto coinvolgenti esclusivamente diritti soggettivi.

Attualmente, quindi, tutto l'assetto del riparto di giurisdizione risulta segnato in profondità dai numerosi interventi sia giurisprudenziali che legislativi, con l'effetto, talvolta, di aver riservato alla giurisdizione ordinaria (o viceversa, amministrativa) controversie che, in linea di principio, dovrebbero rientrare nell'ambito della giurisdizione amministrativa (o ordinaria).

Fondamentale, al riguardo, è stata la ben nota sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale²²⁸, unitamente a quelle che l'hanno seguita, con cui il Giudice delle

MAJO, *Il «waltzer delle giurisdizioni» rigira e ritorna a fine ottocento*, in Corr. Giur., 2004, 9, p. 1125 ss.

²²⁸ La sentenza Corte cost., 06 luglio 2004, n. 204, in *Giur. It.*, 2004, 9, p. 2255 ss., affronta, i quattro punti, le principali questioni involgenti il criterio di riparto di giurisdizione.

In primo luogo (al punto 3.1 della motivazione), si afferma che la giurisdizione esclusiva introdotta dalla L. n. 205/2000 appare confliggente con i parametri costituzionali e qualitativamente diversa dalle precedenti specifiche controversie «connotate non già da una generica rilevanza pubblicistica, bensì dall'intreccio di situazioni soggettive qualificabili come interessi legittimi e come diritti soggettivi».

In secondo luogo (punto 3.2), si precisa che l'adozione, da parte del legislatore del 1998-2000, di un'idea di giurisdizione esclusiva, ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse, avrebbe presupposto la modifica dell'art. 103 Cost., mai approvata, nel senso che «la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto le controversie con la pubblica amministrazione nelle materie indicate dalla legge» (Atto Camera 7465, XIII Legislatura). Viceversa, il vigente art. 103 Cost. «non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare «particolari materie», nelle quali, «la tutela nei confronti della pubblica amministrazione» investe «anche» diritti soggettivi». Il collegamento delle «materie» assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive è espresso dall'art. 103, ove si stabilisce che quelle materie devono essere «particolari» rispetto a quelle già devolute alla giurisdizione generale di legittimità, in cui l'amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino dinanzi al giudice amministrativo.

Il conclusione, il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva, ma con riguardo a «materie particolari» in cui opera la pubblica amministrazione - autorità, con conseguente giurisdizione generale di legittimità, nel senso che la giurisdizione naturale sugli

leggi si è curato di individuare le controversie riservate alla competenza del giudice amministrativo come quelle che, a tutela di situazioni protette, hanno ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo.

interessi attrae, non per economia processuale, ma per intrinseche difficoltà obbiettive, la cognizione dei diritti concorrenti e strettamente connessi. Ciò comporta che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio non è sufficiente per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo - *«il quale in tal modo assumerebbe le sembianze di giudice «della P.A.» con violazione degli artt. 25 e 102, comma 2, Cost.»* e, inoltre non è sufficiente *«il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo»*.

Ancora (punto 3.3), si ribadisce il precedente concetto, argomentando che è la stessa Carta costituzionale a prevedere che siano sottratte al vaglio di legittimità della Corte di cassazione le sole pronunce che investano i diritti soggettivi nei confronti dei quali, nel rispetto della *«particolarità»* della materia nel senso sopra chiarito, il legislatore ordinario abbia legittimamente previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su diritti e interessi.

Più delicata l'ultima parte della motivazione (al punto 3.4) che si suddivide in tre rilevanti corollari della dichiarata incostituzionalità dell'art. 7 l. n. 205/2000, nella parte in cui sostituisce gli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998.

Il primo - e più controverso - corollario (3.4.1.) premette che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l'art. 7 (lett. c) della l. n. 205/2000 (ex art. 35 del d.lgs. n. 80/1998), in quanto il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova *«materia»* attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico per rendere giustizia al cittadino nei confronti della P.A.

L'affermazione è giustificata con la *«piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato»*, ma anche con il richiamo all'art. 24 Cost., il quale impone di evitare che il cittadino, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, debba poi adire il giudice ordinario, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato l'art. 13 l. 19 febbraio 1992, n. 142).

Il secondo corollario afferma che l'art. 33 commi 1 e 2 del d.lgs. n. 80/1998, novellato dall'art. 7, comma 1, lett. a), l. n. 205/2000, confligge con i criteri costituzionali ai quali deve ispirarsi la legge ordinaria quando voglia riservare una *«particolare materia»* alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Il riferimento a *«i - dai confini incerti - rende evidente come la «materia» prescinda dalla natura delle situazioni soggettive (interessi legittimi) in essa coinvolte, sicché la giurisdizione esclusiva finisce con il radicarsi sul coinvolgimento, in tali controversie, di un generico pubblico interesse, naturaliter presente nel settore dei pubblici servizi. Manca il necessario rapporto di species (giurisdizione esclusiva) a genus (interessi legittimi) che l'art. 103 Cost. esige allorché contempla, come «particolari», «rispetto a quelle nelle quali la pubblica amministrazione agisce quale autorità, le materie devolvibili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo»*.

La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo, sicché è incostituzionale l'art. 33, commi 1 e 2 nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *«tutte le controversie in materia di pubblici servizi»* anziché le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

L'ultimo corollario concerne l'art. 34 del d.lgs. n. 80/1998, novellato dall'art. 7, comma 1, lett. b), l. n. 205/2000, in materia urbanistica ed edilizia, che si pone in contrasto con la Costituzione perché la giurisdizione esclusiva comprende, oltre «gli atti e i provvedimenti» della P.A. o dei «soggetti equiparati», anche «i comportamenti» estendendo la giurisdizione esclusiva a controversie nelle quali la pubblica amministrazione non esercita alcun pubblico potere. La pronuncia ha trovato conferma nella successiva decisione della Corte costituzionale n. 281 del 28 luglio 2004 che ha ribadito l'esclusione dei «comportamenti» dalla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre per il periodo 1998-2000 ha ribadito l'eccesso di delega del d.lgs. n. 80/1998.

In particolare, l'art. 103 Cost. conferisce al legislatore, secondo la Corte, soltanto il potere *«di indicare particolari materie nelle quali la tutela nei confronti della pubblica amministrazione investe anche diritti soggettivi; materie particolari rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità, ma tali da partecipare della loro medesima natura (...) contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità, nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo»*.

Nella citata sentenza, che pure aveva ad oggetto i limiti della giurisdizione amministrativa esclusiva, la Corte ha quindi precisato che il carattere essenziale delle controversie che possono essere demandate al giudice ordinario è la circostanza che la pubblica amministrazione agisca nell'esercizio del suo potere autoritativo²²⁹. In sostanza, come poi precisato anche successivamente²³⁰, la Corte

²²⁹ La già citata sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 in merito ai confini e alla *ratio* della giurisdizione esclusiva nel nostro ordinamento, per la verità, aveva visto contrapporsi due orientamenti in dottrina, come evidenziato da G. GRECO, *Metamorfosi e declino della giurisdizione esclusiva: dalla tutela dei diritti per materia a quella per connessione?*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 885 ss.

Il primo sottolineava che il giudice delle leggi si sarebbe rivolto solamente al legislatore ai fini di una (costituzionalmente) legittima individuazione delle materie di giurisdizione esclusiva, ma non avrebbe inteso consentire una verifica in concreto, da parte del giudice comune, circa l'effettivo esercizio di un potere autoritativo nell'ambito di controversie già ricadenti nelle materie di giurisdizione esclusiva. Tali materie, infatti, riguarderebbero settori in cui "normalmente" la pubblica amministrazione agisce mediante la spendita di poteri autoritativi, ma rispetto ai quali non è affatto escluso che possano venire in considerazione anche (e solo) diritti soggettivi comunque conoscibili in sede di giurisdizione esclusiva. Pertanto, il giudice sarebbe essenzialmente chiamato a verificare che la controversia sia ricompresa nell'ambito della materia attribuita dal legislatore alla giurisdizione esclusiva, senza dover analizzare la natura della posizione giuridica fatta valere. Per questo rientramento, si cfr. F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, cit.

Un secondo orientamento, viceversa, precisava che non solo le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva ma pure le singole controversie si avrebbero dovuto caratterizzare per l'esistenza di un potere autoritativo e, quindi, per un necessario intreccio tra interessi legittimi e diritti soggettivi. In sostanza, nel sistema delineato dalla sentenza della Corte costituzionale, sarebbe da escludersi la cognizione del giudice amministrativo su controversie aventi ad oggetto solo diritti, ancorché ricadenti nelle materie di giurisdizione esclusiva. E proprio in ragione di ciò, è stato sostenuto che, a seguito di tale pronuncia, si sarebbe venuto a delineare un concetto di giurisdizione esclusiva più restrittivo rispetto a quello risultante dall'art. 5 della l. n. 1034/1971 e, in sostanza, largamente sovrapponibile all'ambito di estensione della giurisdizione generale di legittimità.

Il secondo orientamento pare condivisibile, anche alla luce del successivo intervento della Corte costituzionale del 2006 (v. nota successiva), dove si precisa in maniera chiara che sono le *«singole controversie»* a dover essere *«riconducibili, almeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere»*. Peraltro, l'art. 7 del Codice del processo amministrativo, nel devolvere alla giurisdizione amministrativa *«le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo»*, pare comunque ancorare saldamente la singola

ha riconosciuto il giudice amministrativo quale giudice naturale della legittimità nell'esercizio della funzione pubblica, riconosciuto quale titolare di poteri idonei ad assicurare una piena tutela alle situazioni protette, ivi inclusa la condanna al risarcimento del danno.

Dai principi affermati dalla giurisprudenza, oramai consolidata, della Corte costituzionale può ricavarsi che è costituzionalmente legittimo il sistema di riparto tra le due giurisdizioni fondato sul discrimine dato dall'oggetto della controversia, a patto che concerni l'esercizio del potere amministrativo, fatti salvi i casi specificamente esclusi per legge.

La giurisdizione amministrativa, quindi, è la giurisdizione generale sulle controversie interessanti l'esercizio del potere amministrativo (anche dette controversie di diritto pubblico) e tale giurisdizione deve conseguentemente essere dotata di tutti i caratteri, anche organizzativi, resi necessari dall'esercizio della funzione giurisprudenziale.

Orbene, nel Codice del Processo Amministrativo oggi vigente, il legislatore delegato ha recepito tutte le ipotesi di giurisdizione esclusiva presenti nei testi normativi, con conseguente abrogazione delle disposizioni originarie, ma ha pure previsto fattispecie ulteriori²³¹, fatte salve, comunque, le altre previsioni di legge attributive della giurisdizione.

Al riguardo, le novità più significative sono contenute nelle lett. e1), g) e l) dell'art. 133 del Codice, ove - nel precisare che sono attribuite alla cognizione del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di

«controversia» all'esercizio o al mancato esercizio del potere, a prescindere dal fatto che ci si trovi dinanzi ad una materia riconducibile alla giurisdizione di legittimità o a quella esclusiva.

Tale prospettiva pare peraltro trovare conferma nella stessa Relazione al Codice del processo amministrativo, ove si evidenzia che «*la formula, in ossequio alla giurisdizione della Corte costituzionale e al diritto vivente della Corte di cassazione, ha richiamato l'esistenza o l'inesistenza di una norma attributiva del potere ed il criterio di connessione del diritto soggettivo al potere come fondamento dell'esistenza stessa della giurisdizione di tipo esclusivo*». Sul punto, N. PAOLANTONIO, *Sub Art. 7*, in R. Garofoli - G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, vol. I, Roma, 2012, p. 92 in particolare.

²³⁰ In particolare nella sentenza Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Corr. Giur.*, 2006, 7, p. 922 con nota di DI MAJO, ove si precisa che «*È costituzionalmente illegittimo l'art. 53, comma 1, del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 325 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità) nella parte in cui devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a «i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati», non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere*».

²³¹ Basti pensare che l'art. 133 c.p.a., rubricato appunto "Materie di giurisdizione esclusiva", arriva, nell'enumerazione delle singole materie, alla lettera *z sexies*.

pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie - si precisa che *«con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative»*.

Tale previsione si è resa necessaria dopo le modifiche che hanno interessato gli artt. 121 ss. del Codice, a seguito del recepimento della direttiva 2007/66/CE (c.d. "Direttiva ricorsi"), la cui *ratio* può essere individuata nell'esigenza di garantire, in materia di appalti, una tutela processuale effettiva oltre che celere, essendo difficilmente reversibili le conseguenze giuridiche e materiali di un contratto stipulato con il concorrente la cui aggiudicazione è contestata. Il giudice che annulla l'aggiudicazione può, in relazione al bilanciamento degli interessi coinvolti nel caso concreto, tanto dichiarare l'inefficacia (retroattiva) dell'intero contratto o delle sole prestazioni da eseguire, con relativa decorrenza e sanzioni alternative, quanto accompagnare la dichiarazione di inefficacia al risarcimento del danno.

Al giudice amministrativo, quindi, è affidata la giurisdizione esclusiva non solo delle controversie afferenti agli atti della gara, ma anche, in sede di cognizione, della efficacia del contratto *medio tempore* stipulato, sì che può considerarsi terminata l'annosa disputa sul riparto di giurisdizione in materia di effetti sul contratto conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione²³².

²³² Com'è noto, infatti, in un primo momento si era affermato un orientamento contrario a che il giudice amministrativo potesse conoscere - con spostamento per connessione del relativo processo - della sorte del contratto di aggiudicazione a seguito dell'annullamento del provvedimento. L'orientamento, infondatamente giustificato sulla base di una netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato, era espresso in questi termini dalla Corte di Cassazione: *«Ad avviso della S.C. l'art. 244 D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), il quale nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo da un lato tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e, dall'altro, per la successiva fase contrattuale, solo alcune tassativamente indicate, conferma che in linea di principio rientra nella giurisdizione ordinaria lo scrutinio dei riflessi sul contratto di appalto del sistema delle irregolarità-illegittimità che affliggono la procedura amministrativa a monte; ed in particolare, non soltanto nelle fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche in quella della sua successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, perché nella materia il criterio di riparto delle giurisdizioni non è fondato sul grado ed i profili di connessione tra dette disfunzioni ed il sistema delle invalidità-inefficacia del contratto, e neppure sulla tipologia delle sanzioni civilistiche che la dottrina e giurisprudenza di volta in volta gli riservano (nullità, annullabilità invocabile dall'amministrazione committente, automatica ed immediata caducazione con efficacia ex tunc, inefficacia sopravvenuta del contratto), ma unicamente sulla separazione*

Si è già rilevato che la scelta legislativa circa l'attribuzione della controversia risarcitoria al giudice amministrativo in ogni materia di sua giurisdizione, si poneva in contrasto con l'orientamento emerso in Cassazione con la sentenza n.

*imposta dall'art. 103, comma 1, Cost. tra il piano del diritto pubblico (e del procedimento amministrativo) ed il piano negoziale, interamente retto dal diritto privato», così Cass. civ. Sez. Unite Sent., 28 dicembre 2007, n. 27169, in *Obbl. e Contr.*, 2008, 3, p. 197 ss. Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa si sosteneva: «Sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo ed è sottratta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo la domanda volta a conseguire - quale "reintegrazione in forma specifica" - l'aggiudicazione o l'assegnazione del servizio», Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9, in *Foro It.*, 2008, 11, 3, c. 549*

Tale tradizionale orientamento, che prefigurava un sistema di doppia tutela, implicante dapprima l'esperimento dell'azione impugnatoria dell'aggiudicazione dinanzi al giudice amministrativo, e poi la domanda al giudice ordinario per la dichiarazione di inefficacia del contratto, è stato superato in forza della Direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66, ispirata proprio ai principi di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo, che impongono quindi l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso.

Il legislatore ha, quindi, nell'art. 133, comma 1, lett. e), del c.p.a. attratto alla materia "affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia le controversie risarcitorie, sia quelle di dichiarazione di inefficacia del contratto, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e l'inefficacia è posta (cfr. artt. 121 e 122 del c.p.a.) quale conseguenza dell'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Sul punto è intervenuta la giurisprudenza che, interpretando la disposizione in modo estensivo, ne ha ampliato la portata, attribuendo alla cognizione del giudice amministrativo anche il caso, non espressamente contemplato dal diritto positivo, dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte della stessa Amministrazione in sede di autotutela, e non dunque da parte di «un organo di ricorso indipendente dall'Amministrazione aggiudicatrice», secondo la previsione della direttiva n. 2007/66/CE. Ci si riferisce alla recente ordinanza della Cassazione, per cui «Va affermata, sulla base di un'interpretazione analogica, o comunque evolutiva e sistematica, dell'art. 133, comma 1, lett. e), D.Lgs. n. 104/2010, onde conseguire il risultato utile della Direttiva n. 2007/66/CE, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla domanda di pronuncia di inefficacia o nullità del contratto conseguente all'annullamento in autotutela, da parte della stessa Amministrazione, di precedenti provvedimenti con cui era stato affidato direttamente, senza gara, un appalto di forniture. Ad eguale conclusione deve pervenirsi anche in ordine alle domande di ripetizione di indebito o di arricchimento senza causa, concernendo effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di inefficacia del contratto», così Cass. civ., Sez. Unite, Ordinanza 08 agosto 2012, n. 14260, in *Urb. e app.*, 2013, 1, p. 24 ss.

Infine si rileva che l'art. 121, comma 1, dello stesso c.p.a., nell'enucleare le ipotesi di inefficacia del contratto, rende evidente che la *ratio* della norma è quella di preservare i principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza, permeanti la materia dei contratti pubblici, con la conseguenza che se la giurisdizione amministrativa sussista quando si tratti di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, ad analoga considerazione deve pervenirsi nella situazione, di gran lunga più grave, in cui l'inefficacia del contratto consegue all'annullamento di un affidamento diretto (tanto più allorché vi sia un giudicato amministrativo che abbia confermato il provvedimento di annullamento).

In altri termini, il principio di legalità costituzionale impone l'applicazione analogica al caso di annullamento *ex officio* della disposizione che attribuisce la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle ipotesi di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione; infatti, l'identità della *ratio* si rinviene nell'esigenza di dare piena attuazione ai principi costituzionali di trasparenza, pubblicità e concorrenza. Se l'obiettivo della disposizione è quello di attribuire la cognizione piena di tutte le controversie conseguenti all'annullamento dell'aggiudicazione al giudice amministrativo, ciò dovrebbe avvenire, a pena di una grave contraddizione logica del sistema, anche nell'ipotesi di affidamento diretto.

500/99, che aveva riconosciuto in via di principio la risarcibilità degli interessi legittimi da esercitare tuttavia mediante azione ordinaria, ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Sul punto, e con stretto riferimento al riparto della giurisdizione, può ancora dirsi che, una volta avvertita da parte del legislatore l'esigenza di dare pienezza alla tutela dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, attribuendo loro anche la disponibilità dell'azione risarcitoria, si ponevano tre possibili soluzioni legislative.

La prima soluzione era quella prospettata dalla Cassazione nella citata sentenza²³³: l'azione risarcitoria (nei confronti della pubblica amministrazione, come di ogni altro soggetto dell'ordinamento) si configura come azione a tutela di diritti (il diritto al risarcimento del danno derivante da una azione od una omissione compiuta *in jure* da un soggetto terzo), con la conseguenza che sia nel caso in cui la situazione soggettiva del danneggiato fosse configurabile come un diritto soggettivo, o come un interesse legittimo o, ancora, come aspettativa, in ogni caso, la competenza a conoscere della relativa azione risarcitoria spetterebbe al giudice ordinario in qualità di giudice dei diritti, fatte comunque salve, ovviamente, le materie di giurisdizione esclusiva, una volta caduta la riserva del precedente art. 30.

La seconda soluzione, quella poi adottata dal legislatore, era nel senso di ritenere che l'azione risarcitoria non fosse altro che una delle modalità della tutela giurisdizionale sia dei diritti che degli interessi legittimi, sì che, anche alla luce dell'art. 24 Cost., ove si stabilisce il principio della pienezza della tutela delle une e delle altre situazioni soggettive, appariva naturale attribuire alla cognizione del

²³³ La Corte, inizialmente, in particolare nella sentenza Cass. civ. Sez. Unite, 18 maggio 1995, n. 5477, in *Foro It.*, 1996, 1, c. 1008, aveva abbracciato la tesi secondo la quale, allorché la stessa avrebbe dovuto conoscere della sussistenza o meno della situazione tutelata, ciò avrebbe comportato l'esame dell'esercizio del potere in concreto, e quindi la soluzione di un problema di "merito". Specificamente, la Cassazione stabilì dunque che la domanda di risarcimento dei danni proposta davanti al giudice ordinario da un privato nei confronti della pubblica amministrazione, denunciando la lesione di un interesse legittimo, avrebbe comportato non già l'improponibilità dell'azione per difetto assoluto di giurisdizione, bensì la reiezione nel merito per difetto di un diritto soggettivo. Questa impostazione è stata radicalmente mutata (pur mantenendone la conclusione) dalla stessa Corte con la sentenza n. 500/99, che ha accolto la tesi della risarcibilità di qualunque interesse meritevole di tutela, affermando che il diritto al risarcimento del danno è una situazione giuridica indipendente rispetto a quella incisa dall'attività della pubblica amministrazione, e quindi non deve esser valutata ai fini della giurisdizione bensì ai fini della quantificazione del danno, diventando così una questione di merito.

giudice amministrativo le azioni risarcitorie a tutela degli interessi legittimi, mentre al giudice ordinario quelle a tutela di diritti soggettivi, salve appunto le materie di giurisdizione esclusiva.

Tuttavia, una volta stabilito che è quello amministrativo il plesso competente a conoscere le azioni risarcitorie a tutela di interessi legittimi (nonché di quelle a tutela di diritti, nelle materie di giurisdizione esclusiva), si pone il problema di stabilire a quale giudice spetti la competenza a conoscere delle azioni risarcitorie a tutela di diritti soggettivi già lesi (o, come direbbe la dottrina tradizionale, degradati) per effetto di atti ablativi, una volta ottenuto l'annullamento da parte del giudice amministrativo di questi atti. Si tratta, com'è noto, dei casi nei quali l'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione è stata sempre ritenuta sussistente e attribuita, sulla base della legge del 1865, alla competenza del giudice ordinario, ma solo subordinatamente al positivo esito del giudizio di annullamento innanzi al giudice amministrativo. La cognizione di queste azioni poteva, sì, essere lasciata alla competenza del giudice ordinario, ma la conseguenza, sicuramente non positiva in relazione all'effettività e alla concentrazione della tutela, sarebbe stata quella di costringere il privato ricorrente a promuovere due processi, il primo davanti al giudice amministrativo mediante l'esercizio di azione di annullamento, il secondo davanti al giudice ordinario, mediante azione risarcitoria, una volta ottenuto l'esito favorevole del primo processo. Così, il legislatore ha ritenuto preferibile affidare al giudice amministrativo la cognizione *di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*, con riferimento a tutto l'ambito della sua giurisdizione (art. 35, co. 4).

Perciò, laddove il giudice amministrativo è competente in ordine a un certo tipo di controversie, anche concernenti provvedimenti ablatori incidenti su diritti soggettivi (e dunque anche in tema di espropriazioni, requisizioni, provvedimenti di espulsione), allo stesso giudice è conferita, altresì, la competenza a conoscere delle relative azioni risarcitorie, restando irrilevante, ai fini del riparto di giurisdizioni, la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia, o non abbia, natura di

diritto soggettivo²³⁴.

²³⁴ Precisa la Corte costituzionale che «in altri termini, al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario «le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi» (così l'art. 35, comma 5, del d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione.

Da ciò consegue che, ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia - come si ritiene da alcuni -, o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a questa Corte competeva (e compete) solo di valutare se tale scelta del legislatore - di collegare, cioè, quanto all'attribuzione della giurisdizione, la tutela risarcitoria a quella della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo illegittimo - confligga, o non, con norme costituzionali; ciò che, con la più volte ricordata sentenza n. 204 del 2004, questa Corte ha escluso. Le considerazioni fin qui esposte rendono palese che la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle ordinanze de quibus non può risolversi in base al solo petitum, id est alla domanda di risarcimento del danno, bensì considerando il fatto, dedotto a fondamento della domanda, che si assume causativo del danno ingiusto. Con espressione ellittica l'art. 53, comma 1, individua (anche) nei "comportamenti" della pubblica amministrazione il fatto causativo del danno ingiusto, in parte qua riproducendo il contenuto dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998 (come modificato dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000). Tale previsione è costituzionalmente illegittima là dove la locuzione, prescindendo da ogni qualificazione di tali "comportamenti", attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo controversie nelle quali sia parte - e per ciò solo che essa è parte - la pubblica amministrazione, e cioè fa del giudice amministrativo il giudice dell'amministrazione piuttosto che l'organo di garanzia della giustizia nell'amministrazione (art. 100 Cost.). Viceversa, nelle ipotesi in cui i "comportamenti" causativi di danno ingiusto - e cioè, nella specie, la realizzazione dell'opera - costituiscono esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi (dichiarazione di pubblica utilità e/o di indifferibilità e urgenza) e sono quindi riconducibili all'esercizio del pubblico potere dell'amministrazione, la norma si sottrae alla censura di illegittimità costituzionale, costituendo anche tali "comportamenti" esercizio, ancorché viziato da illegittimità, della funzione pubblica della pubblica amministrazione. In sintesi, i principi sopra esposti - peraltro già enunciati da questa Corte con la sentenza n. 204 del 2004 - comportano che deve ritenersi conforme a Costituzione la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti" (di impossessamento del bene altrui) collegati all'esercizio, pur se illegittimo, di un pubblico potere, laddove deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima la devoluzione alla giurisdizione esclusiva di "comportamenti" posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto. L'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria - non a caso con la medesima ampiezza, e cioè sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, e con la previsione di mezzi istruttori, in primis la consulenza tecnica, schiettamente "civilistici" (art. 35, comma 3) - si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica (così Corte di Cassazione, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500), ma non si giustifica quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico», così Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, p. 1095 ss, con nota di N. BASSI, *La consulta interpreta autenticamente sé stessa, ma non tutti i problemi sono risolti.*

2. Il nuovo codice del processo amministrativo. Azioni tipiche. Atipicità quale corollario del principio di pienezza ed effettività della tutela.

Il descritto percorso sulla giustizia amministrativa si è arricchito, da ultimo, di un'importante opera di codificazione a carattere organico.

Infatti, com'è noto, col D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, attuativo della delega di cui all'art. 44 L. 18 giugno 2009 n. 69, è stato approvato il Codice del processo amministrativo, che reca con sé considerevoli innovazioni, incluse le norme attuative della delega di cui all'art. 44 L. n. 88/2009 in materia di contenzioso dei contratti pubblici, a sua volta attuativo delle Direttive comunitarie in materia.

La scelta del legislatore incide profondamente sul contenzioso innanzi al giudice amministrativo, non solo per l'importanza delle controversie devolutesi, ma anche in quanto attribuisce al giudice amministrativo una specifica competenza nella valutazione degli assetti contrattuali, come si accennava. Con questa svolta la giustizia amministrativa ha acquistato un volto quasi irriconoscibile se comparato con quello anteriore, con conseguenti significative ripercussioni sul diritto amministrativo sostanziale.

Senza anticipare le conclusioni, può iniziare a considerarsi che in questo nuovo assetto del sistema di tutela, le situazioni soggettive protette nei rapporti di diritto pubblico, vale a dire gli interessi legittimi, tendono all'equiparazione rispetto alle situazioni protette nell'ambito dei rapporti di diritto comune, quantomeno nel senso di possibilità di usufruire di tutti i mezzi di tutela riconosciuti dall'ordinamento per queste ultime situazioni giuridiche.

Il nuovo sistema pare non solo conforme, ma altresì attuativo dei principi costituzionali in materia di tutela del privato nei confronti del soggetto pubblico. Il nuovo sistema processuale, inoltre, si pone in linea con i principi di tutela giurisdizionale elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che - com'è noto - in merito alle controversie in cui si applica il diritto comunitario, sono vincolanti per gli Stati membri, come pure sono vincolanti - anche se in diversa misura - i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'uomo.

Questi principi, sintetizzabili attraverso la locuzione "pienezza ed effettività

della tutela”, implicano che tutte le situazioni giuridiche debbano essere corredate da tutti i mezzi di tutela, ovvero da tutte le azioni, anche cautelari, riconosciute dall’ordinamento; implicano, inoltre, che tali mezzi di tutela siano disciplinati in maniera tale da assicurare che la protezione sia effettiva, vale a dire capace di tradursi, sul piano pratico, nella soddisfazione reale e sostanziale della posizione per cui si domanda tutela.

Il principio del giusto processo è certamente il fulcro del quadro assiologico di riferimento in materia processuale. Tale principio non riguarda solo l’esercizio della funzione giurisdizionale in sé (e, quindi, lo statuto del giudice, la posizione reciproca delle parti, la scansione delle fasi della procedura), ma si sostanzia anche nel ventaglio di azioni esperibili e ritenute necessarie al fine della tutela (piena ed effettiva, appunto) delle situazioni protette che si presumono violate.

Può dirsi, perciò, inclusa nel principio del giusto processo, ed ancor più estrinsecata nel principio del diritto di difesa, l’esigenza della pluralità delle azioni a tutela delle situazioni protette nell’ambito dei rapporti di diritto pubblico, come di quelle considerate nei rapporti interpretati.

Il riconoscimento del carattere sostanziale della posizione giuridica del cittadino nei confronti del soggetto pubblico, si deve tradurre necessariamente sul piano processuale, attraverso la previsione di una pluralità di azioni esperibili davanti al giudice competente.

Orbene, preliminarmente può rilevarsi che normalmente un provvedimento amministrativo può produrre effetti lesivi nella sfera giuridica o del destinatario dell’atto, oppure di soggetti terzi (controinteressati), che indirettamente ne subiscono gli effetti o le conseguenze pratiche lesive.

Tale prima esigenza di tutela è garantita attraverso le azioni tipiche, in primo luogo attraverso la rimozione dell’atto lesivo, per mezzo delle azioni di annullamento oppure di nullità, entrambe previste nel codice del processo amministrativo (rispettivamente agli artt. 29 e 31, co. 4), che hanno l’effetto di rimuovere l’atto lesivo e generalmente ripristinare la situazione soggettiva illegittimamente modificata o estinta dall’atto. Tale effetto è prodotto dalla sentenza del giudice, ma avrebbe astrattamente anche potuto prodursi per atto di autotutela della stessa pubblica amministrazione, anche su richiesta di parte.

Se, come detto, il giudice amministrativo è il giudice deputato naturalmente alla valutazione degli atti amministrativi, dinanzi al giudice ordinario l'azione di annullamento è ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 113, ult. co., Cost, mentre l'azione di nullità è sempre ammessa, a fronte di atti lesivi di diritti soggettivi, affetti dai vizi di cui all'art. 21-*septies*, l. n. 241/90.

Dalla breve ricognizione delle generali azioni poste a tutela del privato, non può non rilevarsi che quando l'atto lesivo è di contenuto negativo (vale a dire un provvedimento di rigetto di un'istanza del privato, ad esempio un'autorizzazione che si presume dovuta), il mero annullamento non è sufficiente ad assicurare piena soddisfazione all'interesse che si suppone leso. Difatti, il ripristino della situazione *qua ante* riconduce il soggetto alla sua originaria aspirazione ad ottenere quel bene che non gli è stato riconosciuto e che egli ritiene debba essergli riconosciuto, sí che in tali ipotesi si appalesa necessario uno strumento (vale a dire un'azione processuale) che consenta al privato di ottenere la misura rifiutata ove si accertasse che questa fosse viceversa dovuta.

L'esigenza è stata soddisfatta mediante la previsione di un'azione generale di condanna, anche contestuale, come precisa l'art. 30, al primo comma, all'azione di annullamento, attraverso la quale si possa domandare al giudice - annullato l'atto lesivo e quindi accertato, anche *incidenter tantum*, che doveva essere adottato un atto positivo - di ingiungerne all'amministrazione l'adozione, oppure di nominare un commissario *ad acta* che provveda in luogo dell'amministrazione (artt. 30, 1° co., e 34, 1° co., lett. c, e).

Nella vigenza del precedente regime del processo amministrativo, si faceva fronte a quest'esigenza attraverso il riconoscimento di un effetto conformativo alle sentenze di annullamento del giudice amministrativo, derivante dalla statuizione sull'accertamento circa l'illegittimità dell'atto. In sostanza, a seguito dell'accertamento sull'illegittimità dell'annullamento, si dischiudeva la possibilità di esperire, sempre innanzi al giudice amministrativo, l'azione di esecuzione (o, piú propriamente, di ottemperanza) mediante la quale poteva (e tutt'oggi può) ottenersi, sulla base del predetto effetto conformativo della prima sentenza, una seconda sentenza, questa volta di condanna, all'adozione dell'atto positivo, anche

attraverso la nomina di un commissario *ad acta*. Tale soluzione, tuttavia, recava con sé l'evidente disagio di dover sopportare i costi e i tempi di due processi.

Un'esigenza di tutela non dissimile si pone a fronte dell'inerzia dell'amministrazione, che non risponde nei termini di legge, o non risponde affatto, ad un'istanza del privato. Pure in questa ipotesi l'interesse sostanziale è quello di ottenere l'atto richiesto, ma in questo caso l'amministrazione non ha risposto negativamente, rigettandolo: semplicemente non ha risposto. Di conseguenza, il primo accertamento che si chiede al giudice riguarda l'obbligo che in quel caso avrebbe avuto o meno l'amministrazione di provvedere e di come provvedere. Atteso che il giudice si pronuncia sulla fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente (e quindi non quella di ottenere una risposta ma quella di ottenere il provvedimento richiesto con l'istanza), ove l'accertamento abbia esito favorevole al privato, comporterà, come nel caso precedente, la condanna dell'amministrazione all'adozione dell'atto richiesto (e la contestuale nomina, ove necessario, di un commissario *ad acta*, ai sensi dell'art. 34, primo comma, lett. e).

Evidentemente, non potendosi il giudice sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni, quindi nella valutazione dell'interesse pubblico, tale accertamento sarà possibile ove si tratti di attività vincolata o quando risulti che non esistono ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari altri adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione (così l'art. 31, terzo comma), vale a dire quando il provvedimento era senz'altro dovuto.

Nei casi di attività discrezionale, diversamente, all'amministrazione resta affidato un margine, più o meno ampio, di valutazione circa gli interessi in gioco, cosicché non è consentito al giudice, una volta accertata l'illegittimità del provvedimento adottato, o l'inerzia (dell'amministrazione), quale debba essere in concreto il provvedimento da adottare, né se il provvedimento risponda agli interessi sostanziali del ricorrente.

Le innovazioni, si anticipava, sono state molto più incisive in materia contrattuale, ovvero nel contenzioso che ha ad oggetto la contestata legittimità dei procedimenti di aggiudicazione (procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture: artt. 119, primo comma, lett. a), 120 ss.). In questi casi, il

giudice, in uno con l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, dichiara anche (ove sussistano le condizioni di cui all'art. 121, comma primo, e 122) l'inefficacia del contratto, quando non possa conservare effetti, salve comunque misure alternative (art. 121, co. 2° e 4; 123).

Quando venga dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato con il precedente concorrente aggiudicatario, il giudice può ordinare che il contratto stesso sia invece stipulato con il ricorrente che ha ottenuto l'annullamento della procedura di affidamento, ove si riscontrino le condizioni di cui all'art. 124. Le condizioni sono di fatto, come ad esempio lo stato di esecuzione del contratto stesso e di diritto, ove dalle illegittimità riscontrate nel procedimento di aggiudicazione, si possa desumere che il ricorrente abbia titolo senz'altro a subentrare nel contratto, quindi senza necessità di rinnovare il procedimento stesso.

A fronte dell'esercizio o del mancato esercizio del potere, oltre alle precedenti azioni, si accompagna sempre la possibilità di esperire l'azione di condanna al risarcimento del danno. L'introduzione dell'azione risarcitoria a tutela degli interessi legittimi - come ancora si usa dire (con terminologia che riecheggia il passato, quando la tutela risarcitoria a fronte dell'illegittimo esercizio o non esercizio del potere amministrativo era ammessa solo per i diritti soggettivi) - ha frantumato l'antico monopolio dell'azione di annullamento nelle controversie con l'amministrazione, costituendo il vero momento di svolta.

Ancora, il risarcimento è sempre dovuto in caso di ritardo doloso o colpevole dell'amministrazione nella conclusione del procedimento avviato a seguito di istanza di parte. In tali casi, la violazione sanzionata è quella dell'obbligo di pronunciarsi nei termini da parte dell'amministrazione (laddove ciò è previsto), a prescindere dall'esito cui il procedimento correttamente compiuto avrebbe dato luogo. Qui è il fattore tempo che viene in causa: *anche il tempo è un bene della vita per il cittadino* e il ritardo nella conclusione di qualunque procedimento, è *sempre un costo, dal momento che il fattore tempo costituisce un'essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica*²³⁵.

²³⁵ Così, Cons. Giust. Amm. Sic., Sent., 24 ottobre 2011, n. 684, inedita.

Sul punto, R. CAPONIGRO, *Il tempo come "bene della vita"*, reperibile sul sito istituzionale della giustizia amministrativa all'indirizzo:

Il principio di pienezza ed effettività della tutela si manifesta, infine, attraverso la previsione dell'azione di ottemperanza, di cui agli artt. 112 ss. del codice. Tale azione è per certi aspetti addirittura più efficace della tutela esecutiva di cui al Codice di procedura civile, poiché consente al giudice amministrativo, attraverso lo strumento della nomina del commissario *ad acta*, di tradurre le sue statuizioni in atti e in fatti (l'adozione di atti amministrativi, il pagamento di somme di denaro, etc.) che l'amministrazione avrebbe dovuto porre in essere a soddisfazione di pretese violate che il giudice ha già accertato essere fondate.

Infatti, le sentenze e gli altri provvedimenti a contenuto decisorio (vale a dire, quindi, le ordinanze cautelari) del giudice amministrativo sono esecutivi, cioè devono essere eseguiti dalle amministrazioni e dalle altre parti. Ove si discorra di sentenze, queste sono senz'altro esecutive, a prescindere dal passaggio in giudicato, ma mentre alcune sentenze non necessitano di un'attività successiva perché direttamente producono effetti (annullamento dell'atto impugnato, dichiarazione di nullità etc.), nelle altre ipotesi è necessaria un'attività esecutiva perché il provvedimento del giudice, nel suo contenuto accertativo o dispositivo, possa tradursi in fatti soddisfattivi delle pretese di parte ricorrente. Queste ipotesi contemplano le sentenze di condanna (ad un *facere* specifico o a un pagamento di una somma di denaro, o quando possibile, all'adozione di un atto amministrativo) e le sentenze di mero accertamento, quando a queste debba seguire un'attività dell'amministrazione (come ad esempio a seguito del ricorso sul silenzio laddove si è accertato che l'Amministrazione doveva provvedere e non ha provveduto). Ancora, rientrano in questi casi, le sentenze di annullamento o dichiarative della nullità atteso che, una volta demolito il provvedimento, l'amministrazione in occasione della riedizione del potere, se ce ne sono le condizioni, dovrà attenersi a quanto stabilito dal giudice.

In questi casi, cioè quando l'esecuzione delle sentenze del giudice (amministrativo, ma anche di quelle del giudice ordinario negli ambiti a lui riservati) avviene attraverso esercizio di poteri amministrativi in un ambito operativo stabilito in parte dalla sentenza, ma concretamente condizionato dal contesto nel quale l'azione si situa - che può essere diverso o più articolato o

http://www.giustiziaamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Il_tempo_come_bene_della_vita.pdf

anche innovativo in termini reali, rispetto a quello considerato dalla sentenza - al giudice è consentito variamente modularne l'ottemperanza.

In concreto, potrà ordinare che vengano adottati i necessari atti, anche se si tratta di provvedimenti amministrativi (nei limiti in cui la sentenza del giudice può ordinare l'adozione di tali atti: art. 34, primo comma, lett. c); art. 31. terzo comma) ovvero adottarli direttamente, mediante commissario *ad acta* che opera quale ausiliario del giudice ma allo stesso tempo come organo straordinario dell'amministrazione (art. 34, primo comma; art. 114, quarto comma).

La tutela è completata dal fatto che le questioni relative all'ottemperanza, anche per quanto riguarda gli atti stessi del commissario *ad acta* nominato dal giudice, sono portate alla cognizione dello stesso giudice dell'ottemperanza; lo stesso accade per le questioni relative alla condanna al pagamento di somme di denaro a titolo di rivalutazione o interessi e per l'azione risarcitoria per danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione (art. 112, terzo comma, come sostituito dall'art. 1, primo comma, D.lgs. n. 195/11).

La tutela esecutiva, infine, è stata rafforzata dalla previsione di una misura coercitiva o *astreinte* a carico dell'amministrazione o di altro soggetto resistente nel giudizio di ottemperanza, attraverso la fissazione di una somma di denaro «*dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato*»; misura da applicarsi, secondo recentissima giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla base dei parametri di cui all'art. 614 *bis*, cod. proc. civ., in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, dell'entità del danno, etc. Si tratta della minaccia di una lesione dell'interesse dell'obbligato (a prestazioni di fare o di non fare) più grave di quello che gli cagiona l'adempimento, allo scopo di influire sulla sua volontà onde indurlo ad adempiere.

La concezione autoritaria della pubblica amministrazione, unitamente alla considerazione dell'interesse legittimo quale posizione meramente processuale, ha comportato che la tutela del privato fosse vista come solo indiretta e occasionale. Non ci si può, dunque, meravigliare se la struttura del giudizio amministrativo fosse stata inizialmente concepita in chiave impugnatoria e rigorosamente tipica:

nell'ambito di un sistema incentrato su una rigida tipicità delle tecniche di tutela, l'unica azione concessa era quindi quella tesa all'annullamento del provvedimento in relazione vizi riscontrati sulla base di un controllo estrinseco che non consentiva, in omaggio al principio di separazione dei poteri, una sostituzione nella verifica della fondatezza della pretesa sostanziale.

Ora, grazie all'evoluzione culminata infine nel codice del processo amministrativo, il giudizio amministrativo non è più solo un processo sull'atto, ma si configura quale giudizio sul rapporto, finalizzato a valutare la fondatezza della pretesa sostanziale, più che la regolarità dell'agire amministrativo.

Questo fine è realmente praticabile, come si anticipava, solo ove si consenta anche l'esperibilità delle azioni atipiche.

La rapida rassegna delle azioni poste a tutela del privato, difatti, ha avuto ad oggetto le azioni tipiche, cioè previste espressamente dalla legge e sottoposte a discipline proprie (termini, modalità procedurali, provvedimenti giurisdizionali conseguenti in caso di accoglimento), ma sono ammesse anche azioni atipiche, quali richieste da particolari esigenze di tutela: tali sono le azioni di condanna diverse da quella risarcitoria, esperibili, ai sensi dell'art. 30, primo comma, contestualmente all'azione di annullamento e dall'oggetto variabile a seconda delle diverse esigenze di tutela della situazione sostanziale²³⁶.

Al riguardo, la prima versione del codice del processo amministrativo, approvato dal Consiglio di Stato l'8 febbraio 2010, aveva provveduto ad implementare il numero delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo, recependo il modello della pluralità delle azioni. In particolare, il disegno di legge aveva contemplato, accanto alla classica azione di annullamento, anche quelle di risarcimento, per equivalente e in forma specifica, di nullità, di accertamento-condanna in tema di silenzio, di accertamento, di condanna, di esatto adempimento ed esecutive.

Tuttavia, in sede di stesura della versione definitiva del codice, le norme relative alle azioni in parola sono state espunte dal testo normativo, sí che esso si limita a disciplinare solamente le azioni di annullamento, risarcitorie e di condanna, nonché quelle avverso il silenzio amministrativo e in materia di nullità.

²³⁶ M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, Zanichelli, 2011, p. 573 ss.

La dottrina amministrativa, nondimeno, ritiene che nonostante il silenzio del codice confermato anche dai due decreti correttivi, non possa essere revocato in dubbio il principio di atipicità delle azioni²³⁷.

Per la verità, l'originale versione del secondo decreto correttivo, come licenziato dalla commissione costituita presso il consiglio di Stato, introduceva nel codice una norma *ad hoc*, che enumerava le azioni esperibili nel processo amministrativo: il nuovo art. 28-bis, invero, rubricato «*Tipi di azioni*», con una formulazione che riecheggiava quella dell'art. 44 della legge delega, prevedeva che: «*Nell'ambito della giurisdizione amministrativa le parti possono proporre le azioni costitutive, dichiarative e di condanna, idonee a soddisfare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio*». In sede di emanazione definitiva del decreto, la norma in questione è stata espunta, al fine di «*salvaguardare la flessibilità del sistema, evitando di introdurre elementi di rigidità da cui non discenderebbe un ampliamento delle tutele*», come si precisa nella relazione di accompagnamento al codice.

²³⁷ L'ampliamento del ventaglio delle azioni messe a disposizione del privato, con il superamento della tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, e (si può aggiungere) la revisione del sistema probatorio, il rafforzamento della esecutività delle sentenze di cognizione con la nomina immediata (e non rinviata all'esito del giudizio di ottemperanza) del commissario ad acta, determinano un quadro effettivamente diverso dal precedente, può considerarsi attuazione di quanto previsto nell'art. 113 Cost., secondo il quale la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi non può essere "limitata a particolari mezzi di impugnazione".

3. Segue. Benché il codice del processo amministrativo non preveda l'esperibilità dell'azione di accertamento mero, l'attuazione del programma costituzionale impone di offrire tutela piena al privato, sia esso il destinatario del provvedimento, sia esso estraneo al procedimento amministrativo. La diretta applicabilità dei principi costituzionali e la conseguente ammissibilità dell'azione di accertamento mero.

Dall'affermazione, nei termini sopra esposti, della pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo, in necessaria equiparazione con il diritto soggettivo, discende l'ammissibilità dell'azione di accertamento mero, per quanto non espressamente elencata, dal Codice del processo amministrativo, tra le azioni esperibili.

Tale conclusione era già stata affermata da una minoritaria giurisprudenza²³⁸ ancor prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ma è stata definitivamente riconosciuta dalla decisione dell'Adunanza plenaria n.15/2009²³⁹, secondo cui l'assenza di una previsione legislativa espressa non osta

²³⁸ Si allude alla sentenza del Cons. St., Sez. VI, 09 febbraio 2009, n. 717, in *Foro It.*, 2009, 3, p. 617 ss., ove si legge che «*Il terzo che si ritenga leso dagli effetti di una dichiarazione di inizio di attività relativa alla costruzione di un immobile ben può esperire - nel termine di decadenza di sessanta giorni che decorre dal completamento dei lavori - l'azione di accertamento davanti al giudice amministrativo, intesa ad ottenere la declaratoria che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base della sola dichiarazione di inizio di attività*», conforme la successiva Cons. St., Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139, inedita.

²³⁹ In particolare, l'Adunanza plenaria precisa che nell'ipotesi in cui il terzo subisca una lesione nel periodo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio dei poteri inibitori, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa. In tal caso, l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora *in fieri*, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del capoverso dell'art. 34 c.p.a.. Di conseguenza, l'azione di accertamento proposta in via anticipata consente l'adozione di misure cautelari (anche *ante causam*) che, lungi dall'implicare una non consentita sostituzione nell'esercizio del potere di controllo, mira ad evitare che l'utilità dell'eventuale adozione della misura inibitoria adottata all'esito dell'esercizio del potere possa essere vanificata dagli effetti medio tempore sortiti dall'esplicazione dell'attività denunciata. La sentenza è stata pubblicata in: *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 9, p. 998 ss.; in *Giur. It.*, 2012, 2, p. 433 ss., con nota di F. MERUSI, *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, il quale ritiene del tutto scorretto il metodo "creativo", ma corretto il risultato. Infatti, dall'iter parlamentare «è sortito un codice "incompleto" che perciò ha lasciato spazio alla "creazione" giurisprudenziale. Creazione giurisprudenziale che è arrivata quasi subito a proposito dell'esperibilità delle due azioni processuali "espunte" al momento di licenziare il codice: l'azione "indeterminata" di

accertamento, in aggiunta a quelle "speciali" rimaste nel codice (l'azione avverso il silenzio e la declaratoria di nullità art. 31 c. p. a., e l'azione di condanna ad un facere, detta di adempimento, nella quale la sentenza predetermina l'atto da emanare o l'attività da compiere da parte della pubblica amministrazione) e, proseguendo nell'indagine si chiede: «Ma la domanda è la solita: da una serie di norme speciali si può ricavare con sicurezza una norma generale che non c'è? (...)Ma ogni via deve essere benedetta se poi porta alla salvezza del giusto processo, nel caso alla possibilità di un'azione di mero accertamento, anche se si tratta di una via un po' tortuosa e così dicasi per altre strade che la giurisprudenza amministrativa dovrà necessariamente percorrere per arrivare a completare un giusto processo amministrativo non ancora pienamente realizzato da un codice processuale.

Si può di conseguenza dire che è indifferente come la giurisprudenza di ultima istanza crea principi di diritto?

Anche i principi hanno i loro principi, sulla base dei quali vanno misurati. E quando urtano contro corollari del giusto processo o quando sono intrinsecamente illogici, cioè non in sintonia con le istituzioni alle quali si riferiscono, non solo possono essere criticati, ma prima o poi vengono modificati, o dalla stessa giurisprudenza, che si convince dei "difetti" del principio enunciato, o dal legislatore, che può sempre sostituirsi alla (e mutare la) creazione giurisprudenziale».

La sentenza è pubblicata anche in: *Giur. It.*, 2012, 4, p. 931 ss., con nota di E. BOSCOLO, *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della DIA e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati ad una vita effimera*; *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 2, 153 nota di E. GIARDINO, *La dia (e la scia) all'esame dell'adunanza plenaria*.

La pronuncia, per la verità, è importante sotto molti punti di vista, poiché affronta le non poche problematiche relative alla Dia, di cui non è possibile dar conto in questa sede, peraltro, ritenendo che le controversie interpretative ivi «*affrontate e le relative soluzioni non possono non trovare fondamento in una ricostruzione degli istituti in questione di portata generale e quindi valevole anche per il futuro*». Il caso trattato risale ad una sentenza del Tar Veneto con la quale si annullava una Dia in materia edilizia. In appello, la parte, tra i motivi di impugnazione, deduceva che la denuncia di inizio attività non costituisce un atto amministrativo impugnabile, non assumendo essa valore provvedimento, trattandosi, viceversa, di attività del privato. Secondo l'appellante, quindi, l'unico rimedio avverso la denuncia di inizio di attività consisterebbe nel rivolgere formale istanza all'amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio rifiuto sulla stessa formata, da cui dovrebbe ritenersi errata la sentenza laddove ha ritenuto direttamente impugnabile la Dia medesima. Orbene, con l'ordinanza 5 gennaio 2011, n. 14 la IV sezione del Consiglio di Stato ritiene che dalla vicenda emerga una problematica interpretativa che coinvolge i seguenti profili: a) la qualificazione giuridica sostanziale dell'istituto e, quindi, la natura privata o provvedimento della Dia; b) il tema delle tecniche di tutela, dei risvolti processuali e dei rimedi giurisdizionali cui può ricorrere il terzo; c) la eventuale ammissibilità dell'azione di accertamento da parte del terzo «*dinanzi a fattispecie che modificano i confini tra pubblico e privato e che esigono, a fini di liberalizzazione e semplificazione, un intervento solo eventuale e successivo dell'amministrazione pubblica nel rapporto tra autorità e libertà*». Così, ex art. 99 c.p.a., la cit. Sezione rimette all'esame dell'Adunanza plenaria le suddette questioni «*allo scopo di assicurare univoci orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela del terzo avverso la denuncia di inizio di attività*».

Per quanto qui di interesse, comunque, relativamente alla possibile esperibilità, da parte del terzo, di un'azione di accertamento atipica da proporre in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio per l'esercizio del potere inibitorio (e che assume ancor più rilevanza alla luce dell'avvento della Segnalazione certificata di inizio attività (Scia) che genera una legittimazione immediata, tale perché antecedente alla formazione del provvedimento negativo suscettibile di impugnazione), l'Adunanza plenaria, vista la necessità di chiarire se «*il terzo possa agire in giudizio, nello spatium temporis che separa il momento in cui la Dia produce effetti legittimanti dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio, al fine di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione, con effetti anche irrimediabilmente lesivi dell'attività dichiarata, non essendo accettabile in linea di principio che vi possa essere un "periodo morto" (non coperto cioè neanche dalla tutela ante causam) in cui un interesse rimanga privo di tutela. Un'azione deve essere dunque esperibile per garantire la verifica dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di denuncia*». Pertanto, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, l'unica azione

all'esperibilità dell'azione di accertamento ogni qual volta tale azione sia l'unica idonea ad offrire una adeguata protezione alla situazione giuridica soggettiva di cui è chiesta tutela.

Infatti, si deve ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo sì che la mancata previsione nella versione finale del codice del processo amministrativo non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela che trova un fondamento nell'immediata precettività delle norme costituzionali.

Si anticipava che già prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'ammissibilità dell'azione di accertamento, in tale ambito giurisdizionale, era stata motivo di contrasto interpretativo. Infatti, in considerazione che parte del processo era la pubblica amministrazione, e che permaneva in capo alla stessa il potere-dovere di ponderazione degli interessi e, quindi, la relativa soluzione, se ne inferiva la limitazione del sindacato giurisdizionale al mero controllo successivo delle modalità di esercizio del potere medesimo. In tale ottica, l'ammissibilità di un giudizio di accertamento del rapporto avrebbe comportato un inammissibile straripamento, una indebita sostituzione del giudice nella titolarità e nell'esercizio del potere amministrativo.

In senso ugualmente contrario muovevano pure i già menzionati, generali problemi, circa il rifiuto della natura sostanziale dell'interesse legittimo e l'assenza in seno all'ordinamento di una espressa azione di accertamento, nonché la concezione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e non sul rapporto e i limiti derivanti dalla tipologia dei mezzi di prova ammessi; problemi che solo la maturazione del pensiero giuridico ha consentito di superare.

Del resto, la conclusione si pone in linea con il principio di legalità costituzionale: la stessa Corte costituzionale, con la già citata sentenza 6 luglio 2004, n. 204 ha chiarito che l'art. 24 Cost. accorda agli interessi legittimi «le

esperibile, a tal fine, dovrebbe essere *«l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa»*. Emerge, quindi, in sede di esame, l'esigenza di chiarire non solo l'ammissibilità o meno di un'azione atipica quanto la sua compatibilità con il limite di cui all'art. 34, c. 2, c. p.a. laddove la disposizione vieta al giudice amministrativo di pronunciarsi in ordine a poteri non ancora esercitati.

medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare».

Se è vero che il codice del processo amministrativo non ha ovviato all'assenza di una espressa azione di accertamento²⁴⁰, contrariamente a quanto invece formulato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato, tale limite era giustificato sulla base della necessità di scongiurare domande volte a condizionare l'azione amministrativa, in spregio all'inflessibile principio della separazione dei poteri, tanto che nel codice l'art. 34, secondo comma, precisa che *«In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati».*

Orbene, l'Adunanza plenaria ritiene che *«l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte (...) detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo».* Il fondamento viene ravvisato negli artt. 24, 103 e 113 Cost., norme immediatamente precettive orientate a colmare quelle esigenze di tutela insuscettibili di essere soddisfatte adeguatamente dalle azioni tipiche. Da tale inidoneità deriva, quindi, l'ammissibilità di un'azione di accertamento atipica, la cui praticabilità trova nelle citate coordinate costituzionali nonché in quelle comunitarie, peraltro richiamate dall'art. 1 c. p.a. oltre che dai criteri delega di cui all'art. 44, l. n. 69/2009, un compiuto fondamento. Dal punto

²⁴⁰ Contra siffatta omissione si è osservato che *«l'azione di accertamento consente a volte di chiarire situazioni controverse (ad esempio, l'essersi formato o meno il silenzio assenso), evitando che l'incertezza possa poi ricadere sulla stessa pubblica amministrazione ed esporla a pretese risarcitorie maggiori. (...) La realtà è che l'azione di accertamento, benché di applicazione limitata nel processo amministrativo, costituisce uno degli strumenti di tutela anche degli interessi legittimi e, come affermato dal Consiglio di Stato sarebbe una tutela non effettiva quella che, sulla base di una aprioristica e indimostrata negazione dell'azione di accertamento, costringesse il cittadino a utilizzare strumenti di tutela più complessi e lunghi rispetto all'esercizio dell'azione di accertamento. Ciò significa che l'azione di accertamento resta ammissibile a tutela di ogni situazione giuridica anche nel processo amministrativo e che la sua mancata codificazione costituisce solo una occasione persa per una compiuta e coerente disciplina delle azioni, ma non priva il cittadino di uno strumento che la giurisprudenza gli aveva già messo a disposizione. Resta l'incomprensibilità della scelta di non inserire l'azione di accertamento nell'ambito di un capo del Codice dedicato alle azioni di cognizione e contenente la tipica azione costitutiva (di annullamento) e l'azione di condanna. Sarebbe triste pensare che l'espunzione di tale azione dal Codice vada ricondotta ad una scelta del Governo di limitare l'evidenza di nuovi strumenti di tutela del cittadino e lasciare che tali strumenti siano messi a disposizione del giudice, senza consacrarli in un testo normativo»*, così R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, pp. 238-239.

di vista formale, maggiore conforto deriva da una interpretazione sistematica delle stesse norme previste dal codice del processo amministrativo, che sebbene privo di una norma generale sull'azione di mero accertamento, contempla la definizione del giudizio di merito meramente dichiarativa attraverso le previsioni di cui agli artt. 31, comma quarto, (sentenza dichiarativa di nullità), 34, comma terzo, (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quando, venuto meno l'interesse all'annullamento, sussiste invece l'interesse al risarcimento), 34, comma quinto, (sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, quarto comma, lett. b) (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato). L'atipicità delle forme di tutela, così, si porrebbe quale corollario indefettibile dell'effettività della tutela ed anzi si antepone al principio di tipicità delle azioni.

Nella decisione dell'Adunanza plenaria l'azione di accertamento trarrebbe implicita ammissione altresì proprio dal suddetto limite di cui all'art. 34, secondo comma, c.p.a., ritenendosi che *«detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da(l) (...) rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo»*²⁴¹.

²⁴¹ Nella sentenza si affronta anche il tema della compatibilità rispetto alla predetta norma - nell'ipotesi della Dia - di una eventuale azione adottata dal terzo nel limitato arco di tempo dianzi descritto. A tal fine la Plenaria ricorre al distinguo che intercorre tra i presupposti processuali (ossia i requisiti che devono sussistere ai fini della instaurazione del rapporto processuale (e) che devono esistere sin dal momento della domanda) e le condizioni dell'azione (vale a dire i requisiti della domanda che condizionano la decidibilità della controversia nel merito (e) che devono esistere al momento della decisione).

Nel caso di specie la scadenza del termine di conclusione del procedimento riflette un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ex art. 34 c. 2 cit., pertanto deve sussistere al momento della decisione: *«l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34»*.

Il divieto di adottare sentenze di merito, tuttavia, non preclude al giudice amministrativo, in tale fase, di adottare misure cautelari - ed a fortiori *ante causam* - onde impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo e, quindi, della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'espletamento dell'attività dichiarata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile. Tutto questo non determinerà indebiti sconfinamenti da parte del giudice, in quanto, secondo l'Adunanza plenaria *«l'azione di accertamento proposta in via anticipata consente l'adozione di misure cautelari che, lungi dall'implicare una non consentita sostituzione nell'esercizio del potere di controllo, mira ad evitare che l'utilità dell'eventuale adozione della misura inibitoria adottata all'esito dell'esercizio del potere possa essere vanificata dagli effetti medio tempore sortiti dall'esplicazione dell'attività denunciata»*.

In altri termini, ove non esista un'azione tipica che soddisfi in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale valutato ai sensi dell'art. 100 c.p.c.²⁴², risulta praticabile in virtù delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso codice nonché dai criteri di delega di cui all'art. 44 della più volte citata L. 69/2009.

In riferimento all'assenza di una esplicita previsione dell'azione di accertamento nel processo amministrativo, può osservarsi che proprio tale azione è naturalmente implicata nella funzione stessa della giurisdizione, nel senso di *ius dicere*, sì che non v'è giurisdizione se non v'è in capo all'organo decidente il potere di accertare il corretto ordine giuridico di un dato rapporto.

Infatti, il principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 100 c.p.c.²⁴³ operante nel processo amministrativo in virtù del richiamo operato dall'art. 39 c.p.a, vale non soltanto come presupposto processuale dell'azione di condanna e di

Pertanto, decorsi i termini per la definizione del procedimento amministrativo, deve distinguersi l'ipotesi in cui la pubblica amministrazione adotti il provvedimento inibitorio da quella in cui decida il contrario: nel primo caso sussisterà la cessazione della materia del contendere; nel secondo, invece, il giudice amministrativo potrà pronunciarsi sul merito del ricorso senza la necessità che il terzo proponga motivi aggiunti. Secondo l'Adunanza plenaria, infatti, l'oggetto dell'azione di accertamento non va ravvisato soltanto nella mera sussistenza o insussistenza dei presupposti per svolgere l'attività dichiarata, lo stesso inerendo altresì alla sussistenza o insussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti interdittivi doverosi, quindi, alla fondatezza dell'interesse pretensivo del terzo. In tal modo, l'azione di accertamento, in ossequio al principio di economia processuale, maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si convertirà automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto, pur restando salva la facoltà di articolare motivi aggiunti a fronte delle risultanze istruttorie o della sopravvenienza di nuovi elementi. Motivi aggiunti la cui proposizione diventa viepiù onerosa qualora l'amministrazione adotti un atto espresso volto a palesare le ragioni della mancata adozione del provvedimento inibitorio.

²⁴² Sul punto, Cons. st., Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Foro It.*, 2013, 2, c. 70, ove si precisa, infatti, che «*il principio dell'interesse a ricorrere di cui all'art. 100 c.p.c., operante nel processo amministrativo in virtù del rinvio esterno recato dall'art. 39 del codice del processo amministrativo, funziona non soltanto come presupposto processuale dell'azione di annullamento e di condanna ma, ai sensi dell'articolo 24 Cost, come fattore di legittimazione generale ad agire, che abilita il soggetto all'azione di mero accertamento*».

²⁴³ Secondo E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 276 per quanto concerne «*i presupposti processuali, il punto di riferimento che li "fa stare prima" è il loro non rilevare nella decisione di merito, nel senso che si tratta di elementi necessari perché possa affrontarsi il merito, consentendo la instaurazione del rapporto processuale, ma che non influenzano la concreta decisione; una volta accertata la sussistenza dei presupposti, il giudice può affrontare la decisione nel merito che, però, non è influenzata - in senso favorevole o sfavorevole - da essi. Gli effetti giuridici propri dei presupposti consistono nel permettere che si possa esprimere il giudizio sul merito che, non essendo influenzato dai presupposti, non è pregiudicato dalla mancanza dei presupposti stessi. Ciò comporta che la carenza dei presupposti non impedisce la riproposizione della domanda, non essendo intervenuta alcuna decisione in merito*».

annullamento, ma ai sensi dell'art. 24 Cost., ha valore di legittimazione generale ad agire, che abilita anche all'azione di accertamento mero, presupposta e inclusa nelle azioni di condanna e annullamento.

La disposizione, dedicata all'azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Essa non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto (od omesso) esercizio del potere amministrativo.

A ciò si aggiunga il rilievo per cui alla stregua degli artt. 113, ult. co, Cost. e 2008 c.c., il connotato della tipicità riguarda le sentenze costitutive, mentre la tutela dichiarativa, al pari di quella di condanna, è naturalmente atipica.

Poste queste premesse, va riconosciuta la proponibilità di un'azione meramente dichiarativa quando l'esercizio del potere amministrativo, necessario ai sensi del citato art. 34, co 2 c. p. a., sia idoneo ad ingenerare situazioni di incertezza sulle quali si fonda l'interesse ad ottenere una pronuncia di accertamento²⁴⁴.

²⁴⁴ D'altro canto l'esigenza di giustizia è evidente: il titolare dell'autorizzazione non può essere costretto ad attendere, per agire in giudizio, un eventuale provvedimento restrittivo che escluda sul piano dell'*an* o limiti la portata del provvedimento ampliativo ma può esercitare un'azione di accertamento alla quale ha indubbio interesse in relazione all'attività che intende esercitare, tesa ad ottenere una pronuncia che dichiari l'esistenza e la portata del provvedimento permissivo.

4. Segue. L'azione di esatto adempimento non può essere prerogativa a tutela dei soli diritti soggettivi.

L'azione di esatto adempimento costituisce naturale e primaria tutela dei diritti soggettivi, ma la stessa esigenza di tutela si manifesta anche nel processo amministrativo. Tuttavia, manca, nel codice del processo amministrativo, una norma generale che ne positivizzi l'esistenza e ne definisca, conseguentemente, i contorni ovvero la disciplina.

In linea con quanto sinora esposto, quindi sostenendo il principio di atipicità delle azioni nel processo amministrativo, in diretta correlazione alla necessità di una tutela piena ed effettiva dei privati, occorre analizzare se e in che misura questo conduca alla generale ammissibilità dell'azione di esatto adempimento.

Occorre preliminarmente rilevare che l'evoluzione operata circa la concezione sostanziale e non meramente processuale dell'interesse legittimo dovrebbe logicamente condurre alla piena possibilità di soddisfazione dello stesso. Orbene, al riguardo, la soddisfazione in natura dell'interesse del creditore è frutto proprio di una concezione qualitativa e non meramente quantitativa del patrimonio, che consente l'ottenimento (quando possibile) in forma reale del bene dovuto e non il mero surrogato economico attribuito con la tutela risarcitoria per equivalente. Caratteristica precipua di detta azione di adempimento in natura, che la distingue rispetto al risarcimento in forma specifica, è, infatti, la perfetta identità della prestazione dovuta in base al titolo originario e quella imposta *iussu iudicis*, con il conseguente ripristino dello *status quo*, ovvero l'eliminazione delle conseguenze negative sortite dall'inadempimento.

Mutatis mutandis, non si vede perché lo stesso non possa valere quando la situazione lesa è di interesse legittimo: anche in questo caso, infatti, il titolare della situazione giuridica ha interesse a che a vedere tenuto un comportamento (da parte del debitore nel caso di diritto di credito, dell'amministrazione nel caso di interesse legittimo), con l'unica differenza che nel caso in cui ci si confronti col soggetto pubblico, il comportamento è dovuto in ragione dell'assenza, in via

originaria o per effetto di sopravvenienze, di una sfera decisoria o valutativa riservata alla discrezionalità amministrativa o tecnica²⁴⁵.

Il fatto che dell'altra posizione giuridica soggettiva sia titolare una la pubblica amministrazione non pare implichi conseguenze dal punto di vista sostanziale, né il fatto che oggetto del diritto di credito sia un provvedimento favorevole incide in astratto sulla qualificazione della situazione giuridica, sí che non pare possibile escludere un'azione di condanna all'esatto adempimento, ove il legittimato passivo sia una pubblica amministrazione, essendovi, anche in questo caso, perfetta identità tra prestazione originariamente dovuta e prestazione imposta dal giudice. Tale ricostruzione, inizialmente proposta in dottrina e accolta da una parte della giurisprudenza, ha trovato conforto in una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria,²⁴⁶ pronunciata con riguardo alla generale esperibilità dell'azione di condanna²⁴⁷.

²⁴⁵ Secondo F. CARINGELLA, *Le tecniche di tutela dell'interesse legittimo*, Roma, 2012, p. 22 «sul piano strutturale, infatti, detta situazione soggettiva non presenta profili di apprezzabile diversità dal diritto di credito in quanto, al pari di esso, si concreta nella pretesa sostanziale a un comportamento dovuto». Di contro, altra dottrina non condivide tale assimilazione: «Benché questa non sia la rappresentazione che reputo preferibile (ove da essa si ricavi che l'interesse materiale al bene della vita entri a far parte della definizione dell'interesse legittimo), mi sembra di dover sottolineare che, nel pensiero dell'Adunanza Plenaria, il rafforzamento dei mezzi di tutela non hanno trasformato, come alcuni teorici ritengono, la situazione soggettiva tutelata da interesse legittimo a diritto soggettivo.

A mio avviso le tesi, frequentemente esposte in dottrina, che collegano il potenziamento della tutela alla modifica della natura della situazione tutelata, non possono essere seguite, perché confondono la misura della tutela con l'essenza o, se si preferisce, la struttura della situazione soggettiva.

In termini semplici (e brutali), l'interesse legittimo, rafforzato nel sistema di tutela (processuale), resta interesse legittimo, e non si trasforma in diritto soggettivo.

Si può ben ritenere che possa parlarsi di diritto pubblico soggettivo, anziché continuare ad utilizzare la locuzione "interesse legittimo", ma è da far presente che il diritto pubblico soggettivo, utilizzata nell'ordinamento tedesco, è nozione profondamente diversa dal diritto soggettivo e molto vicina alla (se non addirittura coincidente con la) nozione di interesse legittimo.

È sufficiente e corretto ritenere che il nuovo sistema di tutela introdotto dal codice consente di parlare di configurazione "piena" dell'interesse legittimo. La situazione soggettiva ha mantenuto la sua struttura, continua a collocarsi in posizione dialettica con il potere precettivo ad esercizio unilaterale dell'amministrazione; le è semplicemente stato rafforzato il sistema di tutela giurisdizionale», MERUSI, o.l.u.c.

²⁴⁶ Cons. St., Ad. Plen. 23 marzo 2011 n. 3, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 9, p. 962 ss., con nota di F. CORTESE, *L'adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*; in *Corr. Giur.*, 2011, 7, p. 979 ss., con nota di F. G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*; in *Urb. e App.*, 2011, 6, 694, con nota di C. E. GALLO, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice.*

²⁴⁷ Alla posizione dell'Adunanza Plenaria si è conformata quasi tutta la giurisprudenza successiva. In particolare, in ordine alla ammissibilità di una azione di esatto adempimento, si è

Sotto un primo punto di vista, anche la Corte ha confermato che la generale ammissibilità di un'azione di condanna pubblicistica, vale a dire una pronuncia che, almeno con riferimento alle attività vincolate, costringa l'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto, è conseguenza dall'applicazione diretta dei principi costituzionali in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale.

Sotto un'ulteriore aspetto, la conclusione non è smentita, ma anzi suffragata, dall'interpretazione sistematica delle stesse disposizioni del codice del processo amministrativo: difatti, l'art. 30 c.p.a. non tipizza affatto i contenuti delle pronunce di condanna e, soprattutto, non limita dette pronunce ai casi privatistici del risarcimento del danno e della lesione di diritti soggettivi nelle materie di

espresso il Tar Lombardia. Sez. III, con la sentenza dell'8 giugno 2011 n. 1428. I giudici hanno dato atto dell'evoluzione dell'ordinamento processuale amministrativo «*che si è progressivamente affrancato dal paradigma del mero accertamento giuridico di validità dell'atto*». Di questo percorso evolutivo il Tribunale evidenzia i seguenti punti significativi: a) la combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riedizione del potere hanno consentito di focalizzare l'accertamento, per successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere; b) è divenuta pacifica la possibilità per il giudice di spingersi "oltre" la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento, nella convinzione che quella degli accertamenti tecnici non sia un'area istituzionalmente "riservata" alla pubblica amministrazione; c) le nuove tecniche di sindacato, punto di conversione della "amministrazione di risultato" e della acquisita centralità che il bene della vita assume nella struttura dell'interesse legittimo, hanno indotto il giudice ad un vaglio di ragionevolezza più penetrante rispetto al mero riscontro di illogicità formale, in cui la qualificazione di invalidità dipende, più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'Autorità; d) nella stessa prospettiva si colloca la regola per cui il provvedimento è valido quando la difformità dal diritto obiettivo non abbia inciso sull'adeguata sistemazione degli interessi da esso operata (art. 21-octies, co.II, L. 241/90, che attribuisce alla pubblica amministrazione la possibilità di introdurre nel processo anche fatti non dedotti nell'atto o versati nel procedimento per dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso); e) l'art. 10-bis della legge sul procedimento, nel caso di procedimenti ad istanza di parte, imponendo alla pubblica amministrazione di preavvisare il privato di tutti i possibili motivi di reiezione dell'istanza, ha consentito al processo di giovare della estensione del contraddittorio procedimentale a tutti i profili della disciplina del rapporto; f) l'iscrizione tra i valori giuridici ordinanti del principio di concentrazione e di ragionevole durata osta a che una controversia sulla medesima pretesa sostanziale possa essere frazionata in più giudizi di merito in spregio al diritto di difesa ed alle esigenze di efficiente impiego delle risorse della giustizia; g) la codificata possibilità per il giudice amministrativo di accertare la fondatezza dell'istanza del privato nell'ambito del giudizio sul silenzio è stata salutata come una conferma delle ricerche più avanzate su oggetto e ruolo del processo. Da ultimo, l'approvazione del Codice del Processo Amministrativo ha avuto il merito di avere abbandonato definitivamente ogni residuo della concezione oggettiva del giudizio amministrativo di annullamento e di aver radicato tra le attribuzioni del giudice della cognizione il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell'ottemperanza, di disporre di misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 co.1 lett.e). La previsione, con tutta evidenza, consente di esplicitare "a priori", ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più "a posteriori", in sede di scrutinio della condotta tenuta dall'amministrazione dopo la sentenza di annullamento.

giurisdizione esclusiva; in aggiunta, l'azione di accertamento pare ammessa (anzi, presupposta) dall'art. 31, comma terzo, c.p.a., in materia di silenzio, dall'art. 124 in materia di contratti pubblici, nonché dall'art. 4 del D. Lgs. n. 198/2009, in materia di azione collettiva di classe.

Peraltro, nemmeno può opporsi l'inutilità di un'azione di condanna pubblicistica sulla base del rilievo che questa sarebbe inclusa nella, o comunque soddisfatto l'interesse con la domanda risarcitoria; infatti, mentre l'azione di risarcimento ha per effetto la riparazione, per equivalente o in natura, di un pregiudizio subito, l'azione di adempimento mira all'attribuzione diretta, senza la mediazione di una successiva riedizione del potere amministrativo, del bene della vita agognato.

Rileva il Consiglio di Stato che una conferma normativa alla vocazione generale del rimedio in parola è desumibile dal disposto dell'art. 34 c.p.a. che, nello stabilire il contenuto in via generale delle pronunce adottabili dal giudice amministrativo, fa riferimento - alla lett. c del primo comma - alle «*misure idonee a soddisfare la situazione giuridica dedotta in giudizio*», sì che sarebbe positivizzata l'atipicità delle azioni, con conseguente ammissibilità dell'azione di esatto adempimento sulla scorta della considerazione che in riferimento agli interessi pretensivi, la sentenza di condanna all'adozione del provvedimento negato è l'unica idonea a soddisfare effettivamente e sostanzialmente la situazione soggettiva.

La ricostruzione operata dall'Adunanza Plenaria pare essere stata accolta dal Legislatore con il secondo correttivo processuale²⁴⁸, che ha introdotto nel corpo dell'art. 34, al comma primo lett. c), c.p.a., la previsione per cui «*l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o dell'azione avverso il silenzio, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 31 co. 3*».

La disposizione, a ben vedere, presuppone e conseguentemente riconosce la sperimentabilità di una domanda di condanna ad un *facere* specifico, ovvero quello avente ad oggetto l'emanazione di un provvedimento illegittimamente

²⁴⁸ D. Lgs. 14 settembre 2012, n. 160, *Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69*, in Gazz. Uff. 18 settembre 2012, n. 218

rifiutato anche nell'ipotesi in cui la lesione sia stata procurata da un provvedimento negativo, oltre al caso - già previsto dall'art. 31 - della maturazione di un silenzio-rifiuto.

La disposizione, inoltre, contribuisce a rimuovere le residue incertezze²⁴⁹ poiché precisa i limiti (sostanziali e processuali) dell'azione di esatto adempimento.

²⁴⁹ Anche dopo l'intervento nomofilattico della Plenaria, invero, si sono registrate talune resistenze culturali nell'ambito di una giurisprudenza più tradizionalista, la quale persisteva nel ritenere che l'azione di condanna sarebbe stata estranea al tessuto del processo amministrativo. In particolare, secondo il T.A.R. Palermo, sez. I, sentenza 14 marzo 2012 n. 559 «*L'azione proposta è di accertamento con finalità propulsive rispetto alla mancata adozione di atti specificamente indicati nell'articolo 1 del medesimo testo legislativo. Si tratta, allora, di ben delimitare l'ambito operativo dell'azione di accertamento come disciplinata nell'invocato testo legislativo. Tale azione è, invero, ammissibile, nel giudizio amministrativo, nei limiti di una previsione esplicita e coerente al dettato costituzionale, pur se non enunciata espressamente. Non si può, in ogni caso, predicare la generalità della stessa, come è proprio dei giudizi civili. La Sezione, infatti, non condivide, l'affermazione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, oltre che di alcune sparse pronunce di primo e secondo grado, tutte favorevoli a un pressoché generale riconoscimento dell'azione di accertamento, pur in carenza di espressa previsione nel c.p.a. Giova rammentare che la delega recata nell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 prevedeva, tra gli altri principi e criteri direttivi, al comma 2, sub b) al n. 4) "le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa". Ritenendo che con la formula "pronunce dichiarative" il legislatore delegante si riferisse alle azioni di accertamento, la Commissione incaricata della redazione del testo aveva inserito nello schema sottoposto al vaglio del Governo e delle Commissioni parlamentari una norma sull'azione di accertamento. L'autorità politica (in particolare il Governo) non ha condiviso, in sede di approvazione, la proposta recata nello schema e, per questo, la relativa norma è stata cassata dal testo che ha, poi, visto la luce come decreto legislativo n. 104 del 2010. Quella eliminazione sarebbe stata sicuramente incongrua e contestabile (indipendentemente dalla coerenza sistematica ai principi costituzionali della previsione) ove la formula usata dal legislatore delegante fosse stata diversa, se cioè il riferimento fosse stato alle azioni e non alle pronunce, come in effetti è stato.*

Non sussiste, in sede teoretica, corrispondenza biunivoca e continua tra azioni e pronunce dichiarative, ben potendo le seconde essere rese in esito a procedimenti attivati per l'esercizio di azione diversa (costitutiva, di condanna e finanche esecutiva), come è agevole avvedersi anche nell'ambito delle decisioni rese dal giudice amministrativo a far tempo dalla sua istituzione.

Basti il richiamo a quelle meramente processuali (declaratoria di improcedibilità, di irricevibilità e di inammissibilità, tanto per limitarsi al genus più ampio).

Proprio in considerazione di questi ben noti presupposti l'Adunanza Plenaria ha preferito confortare il proprio assunto con il lodevolissimo richiamo all'esigenza di completezza della tutela anche per gli interessi legittimi alla stregua delle norme precettive dettate dalla Carta fondamentale (art. 24, 103 e 113), con il principio di ordinaria atipicità delle azioni purché sorrette da un adeguato interesse suscettibile di tutela ex art. 100 c.p.c., nonché con l'interpretazione sistematica desumibile da alcune norme dettate dal codice del processo amministrativo (31. c. 4, 34, c. 2, 3 e 5, 114 c. 4 lett. b).

Rispetto al primo aspetto si osserva che l'affermazione, certo animata dall'ammirevole intento di ricercare e fornire maggiori strumenti di tutela per gli amministrati, parrebbe condurre ad una dequotazione della giurisdizione generale di legittimità esercitata dal 1889 ai giorni nostri poiché sarebbe mancata la completezza di tutela che si raggiungerebbe, in tesi, solo con l'introduzione dell'azione di accertamento. Il che potrebbe forse apparire ingeneroso con una giurisdizione che si è evoluta e rafforzata nel corso dell'ultimo quarantennio grazie all'istituzione del giudice di primo grado e all'efficace risposta in termini di giustizia che il plesso intero ha saputo dare pur in carenza di quello strumento.

Rispetto al quadro delle azioni consentite o previste dall'ordinamento processuale di settore, poi, è bene chiarire che la nozione di atipicità è, in definitiva, coerente al concetto di azione.

Quest'ultima, come potere o situazione giuridica comunque idonea a chiedere ai giudici l'attuazione della legge, non ammette altra classificazione se non quella che si fonda sulla diversa natura del provvedimento giudiziale la cui produzione è il suo oggetto immediato, così che il problema si sposta sui contenuti propri della statuizione giurisdizionale, senza alterare l'ampiezza dei beni della vita conseguibili in esito al processo.

La tripartizione o quadripartizione delle azioni è frutto di esigenze espositive e definitorie (anche tenendo conto di precetti quale l'articolo 2908 del codice civile), sempre superabili alla luce di una più completa disamina del quadro normativo: essa non presenta, per questo, alcuna inalterabilità sotto il profilo teoretico.

Relativamente, infine, alle disposizioni che costituirebbero traccia e sintomo dell'esistenza dell'azione d'accertamento, è certo che alcune di esse sono state confezionate sul presupposto che il precetto generale sussistesse e operasse, mentre il governo ha proceduto alla sua eliminazione così creando disarmonie e incongruenze. L'ulteriore problema se quei precetti, pur parzialmente avulsi dal contesto originario, possano tuttavia operare è risolto positivamente in base al criterio della realistica e dell'effettività. Proprio a cagione di questa indubbia considerazione, la Plenaria ha preferito isolare una disposizione, conferendole il maggior rilievo dimostrativo in ordine alla presenza non subliminale, nel testo, dell'azione di accertamento. A questo proposito viene indicato l'articolo 34 c. 2 c.p.a. laddove si afferma che "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (formula pienamente coerente con quella soppressa dedicata all'azione generale di accertamento).

Di solito l'argomentazione a contrariis muove dalla regola che positivamente disciplina un caso per escludere l'esistenza di identico o consimile precetto per vicende in antitesi o netta contrapposizione con la prima; ma inclusio unius est exclusio alterius vale soprattutto per singole fattispecie e non certo per affermazioni di sistema, come pretenderebbe l'Adunanza Plenaria.

Pur volendo ammettere identica metodica per un testo configurato in senso negativo, la conseguenza non sarebbe comunque né certa né assoluta. La finalità che presiede il precetto (giustamente individuata in quella sentenza nell'evitare la sostituzione alla p.a. da parte del giudice che eserciterebbe una cognizione diretta sui rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa) permane indipendentemente dal riconoscimento, obliquo modo rispetto alla formula normativa, di un'azione generale...in realtà non prevista e per questo non regolamentata.

Rileva la Sezione come, indipendentemente da quanto sin qui osservato, sia difficile ipotizzare che una innovazione così ampia e decisiva, non presente nel testo perché eliminata da decisione governativa, possa riapparire all'improvviso come un reduce bellico già dato per disperso. La questione vera non riguarda, tuttavia, gli aspetti sopra considerati e rispetto ai quali la tensione ad una più ampia ed intensa protezione giudiziale da parte del plesso può costituire ideale motivazione, bensì l'ambito ed i contenuti di questa azione. Occorre invero rammentare che qualsivoglia sentenza (civile o amministrativa) presenta un nucleo centrale di accertamento di situazioni di fatto e di diritto rispetto alle quali, ove si formi il giudicato, si producono gli effetti previsti dall'articolo 2909 c.c. Se così non fosse, opporrebbe deciso un seguace del cavalier di La Palisse, non si spiegherebbe l'actio iudicati nel giudizio di ottemperanza.

Il problema sul quale riflettere, pertanto, non è la praticabilità dell'accertamento nel giudizio amministrativo (posto che anche quest'ultimo è preordinato a determinare la certezza dei rapporti giuridici), ma l'attendibilità di un accertamento che presupponga esercitati, ma non completati, o sfavorevolmente esercitati i poteri amministrativi.

L'utile esperimento di quell'azione consentirebbe al giudice di affermare, nel caso concreto, la sussistenza dell'interesse legittimo non realizzato dal provvedimento o dall'arresto dell'amministrazione nella sequenza procedimentale. A tale accertamento conseguirebbe la formazione del titolo in capo al soggetto richiedente, eventualmente tutelabile con l'azione di adempimento.

Se l'azione di accertamento presentasse un'utilità inferiore a quella qui ipotizzata, la questione autorevolmente sollevata dall'Adunanza Plenaria non avrebbe ragion d'essere, limitandosi il tutto a una generica e teorica contrapposizione sulla portata dell'articolo 2909 c.c. nel processo amministrativo, senza alcuna conseguenza nel contesto dispositivo della sentenza.

Si configura un'azione di accertamento perché si intende munire la pronuncia di una valenza che comporti la diretta ed immediata acquisizione del bene della vita (inteso come piena individuazione e realizzazione dell'interesse legittimo per il quale è vertenza).

La sentenza, in questa prospettiva, dichiara il titolo di Tizio a edificare, di Caio a esercitare il servizio di trasporto e via elencando.

È difficile immaginare che ciò avvenga senza una sostanziale sostituzione da parte del giudice nei confronti dell'amministrazione: il limite che l'Adunanza Plenaria n. 15 del 2011 ha posto è costituito dalla "cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa" (sub 6.5.1.) con l'ovvia conseguenza che, superata quella barriera ideale, l'azione di accertamento possa essere dispiegata senza determinare indebite ingerenze.

Rispetto a questa tematica si contrappone quanto segue.

L'accertamento costituisce, di norma, esito del dictum giurisdizionale con riferimento alle situazioni e stati di fatto sussistenti al momento della domanda (art. 5 c.p.c. sicuramente applicabile al processo amministrativo ex art. 39 c. 1 d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Quanto meno per l'ipotesi che il procedimento amministrativo sia iniziato, ma non concluso, l'azione di accertamento finirebbe per riguardare lo stato di fatto al momento della domanda, inserendo nella statuizione un quid pluris costituito dalla decisione del giudice amministrativo che surroga quanto la p.a. non ha potuto o voluto disporre. L'esercizio della potestà discrezionale e l'eventuale completamento della fattispecie ad opera della sentenza finirebbero per operare in un campo temporalmente ed ontologicamente diverso da quello sul quale, d'ordinario, si cristallizza la situazione oggetto del giudizio di accertamento (nel processo civile, quanto meno). La fattispecie più facilmente accostabile a quella in esame appare, a questa stregua, quella dell'articolo 2932 c.c. Ma qui sorgerebbe una seria difficoltà, posto che la sentenza che accoglie la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ha natura costitutiva ed efficacia esclusivamente "ex nunc" e non - pertanto - effetti retroattivi (Cass. civ. II, 3 gennaio 2011, n. 71).

Configurando la vicenda come effetto costitutivo si fuoriesce, evidentemente, dalla nozione di accertamento in senso dichiarativo, per forgiare una diversa natura della pronuncia: questa opererebbe come alternativa all'ordinario esercizio della metodica di accertamento collegata alla richiesta di demolizione giuridica di un atto. Si avrebbero così due diverse modalità di funzione giurisdizionale costitutiva: da un lato quella che ha tradizionalmente contrassegnato la giurisdizione generale di legittimità e che individua l'effetto costitutivo nell'annullamento dell'atto invalido e, dall'altro, quella che, attraverso l'accertamento, punta a una pronuncia costitutiva della situazione giuridica fatta valere o richiesta nel processo.

In quest'ultimo caso, la sostituzione del giudice all'amministrazione nel senso prospettato dall'azione di accertamento, desumibile anche nell'arresto dell'Adunanza Plenaria, finisce per configurare non solo con il principio di divisione dei poteri, certamente non salvaguardato tutte le volte che il giudice si sostituisca alla p.a. senza essere legittimato dalla richiesta di esecuzione del giudicato, ma anche con struttura e funzione ontologica della giurisdizione amministrativa nonché con disposizioni e principi presenti nel decreto legislativo n. 104 del 2010.

Il collegio intende sottolineare come la previsione di un'azione generale (o quasi) di accertamento, con l'evidente sostituzione del giudice alla p.a. confligga in modo irrimediabile con le limitate previsioni di giurisdizione di merito quali fatte proprie anche dal c.p.a. e, in particolare con quanto dispone l'articolo 7, comma 6, che autorizza il giudice amministrativo a sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della giurisdizione di merito solo nelle controversie indicate dalla legge e dall'art. 134 c.p.a.

Una vicenda del tutto omologa e senza alcuna copertura normativa (anzi: in perfetto contrasto con le previsioni assai limitative recate nel c. 6 dell'articolo 7 e nei precetti allo stesso collegati) si realizzerebbe ove si intendesse concedere cittadinanza all'azione di accertamento in discorso.

Perché delle due l'una: o la giurisdizione di merito è astrattamente estensibile al di là delle fattispecie specificamente previste (ed allora non si comprenderebbe neppure l'utilità di una distinta azione di accertamento) o quella giurisdizione non può estendersi oltre i limiti prescritti nell'impianto normativo (ed allora l'azione di accertamento, per la sua asserita generalità costituirebbe una irrimediabile contraddizione non fornita neppure di espressa previsione normativa).

Si prevede, infatti, un primo limite di ordine sostanziale dato dalla inutilità del rimedio ove residuino spazi, per l'amministrazione, di discrezionalità amministrativa o tecnica o siano necessarie attività istruttorie riservate alla pubblica amministrazione (come per l'art. 31, comma 3, in tema di rito del silenzio, a cui si fa rinvio anche con riguardo al caso del diniego esplicito).

Al riguardo, può evidenziarsi come il concetto di attività vincolata vada interpretato estensivamente, includendo esso non solo le fattispecie in cui la discrezionalità manchi in astratto, vale a dire si tratti di attività doverosa per espressa previsione di legge, ma pure i casi in cui la discrezionalità manchi in

Conclusioni analoghe possono ripetersi ove l'azione di accertamento sia proposta rispetto ad un interesse legittimo negato con provvedimento: qui la rispondenza alla nozione di giurisdizione di merito è in re ipsa e per questo rende impraticabile il ricorso a quella azione.

È, d'altronde, ben nota la prudenza legislativa nell'individuare i casi di giurisdizione di merito (assolutamente ridotti rispetto ai sedici più il precetto di chiusura recato sub 17) del c. I dell'articolo 27 del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054). Sarebbe un vero controsenso se, dopo aver scarnificato il numero delle fattispecie di giurisdizione di merito, le stesse venissero in buona sostanza generalizzate attraverso l'introduzione pretoria (è il caso di dirlo) dell'azione di accertamento. Simile interpretazione finirebbe per snaturare concettualmente la giurisdizione amministrativa, trasformandola in qualche cosa di profondamente diverso e allo stato non conosciuto dal nostro ordinamento: una funzione mista tra giurisdizione e amministrazione propria di ordinamenti meno recenti. Il che configgerebbe, è bene ripeterlo, con il principio di divisione dei poteri al quale anche il giudice amministrativo deve ossequio: l'attività amministrativa implica, infatti, l'esercizio di potestà discrezionali che sono tipicamente e necessariamente allocate presso la pubblica amministrazione così che una pronuncia che accertasse le situazioni giuridiche connesse all'esercizio di quella potestà e facesse stato di provvedimento, in mancanza del giudicato, finirebbe per imporre un'equivalenza anomala tra giudice ed amministrazione.

Tale incongruenza è viepiù evidente ove si ponga mente alla derivazione della potestà discrezionale dal potere lato sensu politico che ne permea l'esercizio. La discrezionalità, infatti, costituisce, pur nel rispetto del principio della giustizia sostanziale nel caso concreto, la costante di adeguamento dell'azione amministrativa alle direttive e alla programmazione emanate dall'autorità politica così che, in definitiva, l'atto amministrativo discrezionale si armonizza, per quanto di ragione, a quelle. Immaginare che detta discrezionalità venga esercitata dal giudice, fuori dei limitatissimi casi consentiti espressamente dal legislatore, significa riversare una valenza politica nella funzione giurisdizionale: il che è palesemente contrario, dal 1789 in poi, alla conformazione dei rapporti tra poteri dello stato.

Va poi aggiunto che la piena tutela dell'interesse legittimo, alla quale si collegherebbe l'azione di accertamento, implicherebbe, a prescindere dai dubbi tuttora sussistenti sulla concreta individuazione di quella situazione giuridica, identità di natura e consistenza con il diritto soggettivo perfetto, eliminando la distinzione icasticamente disegnata nei canoni costituzionali. Il diritto soggettivo ha in sé la forza della propria realizzazione in via integralmente satisfattiva o per equivalente; altrettanto non può predicarsi dell'interesse legittimo, nel quale si convogliano e interagiscono, nell'ambito della fattispecie attributiva commessa alla p.a., i poteri del privato, la situazione giuridica sottostante che quello fa valere e la potestà discrezionale della pubblica amministrazione. La pronuncia del giudice amministrativo, specie quando fa salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione, non sempre ha o può avere effetto satisfattivo pieno per il convergere di circostanze e fattori in epoca successiva alla pronuncia che lasciano spazio a soluzioni diverse (e non sempre favorevoli nella sostanza al privato). Ove riconosciuta come generalmente praticabile, l'azione di accertamento comprimerebbe anche questa riserva di valutazione discrezionale dell'amministrazione.»

concreto ove siano intervenute sopravvenienze che abbiano consumato il potere di scelta pur in origine sussistente²⁵⁰.

Di conseguenza, il sindacato giurisdizionale non potrà limitarsi all'indagine sulla sussistenza di una discrezionalità in astratto ma dovrà spingersi fino allo scrutinio della ricorrenza di una discrezionalità in concreto, ancora esercitabile dalla pubblica amministrazione.

Si deve, infine, osservare che il riferimento *tout court* alla discrezionalità senza ulteriori limitazioni, letto alla luce dei lavori preparatori che avevano inizialmente limitato la sfera riservata alla sola discrezionalità amministrativa, consente di escludere il sindacato sul rapporto anche laddove ricorra in concreto una discrezionalità meramente tecnica in capo alla pubblica amministrazione. In questa prospettiva, il riferimento che l'art. 31, comma terzo, fa agli adempimenti istruttori riservati alla pubblica amministrazione si pone in linea con quella giurisprudenza per la quale la discrezionalità tecnica, pur non costituendo una discrezionalità vera e propria in forza dell'assenza del profilo qualificante dato dalla scelta di valore, si connota per la matrice soggettiva e opinabile di valutazioni, come tali sindacabili ma non sostituibili dalle opinioni tecniche espresse dal giudice amministrativo.

L'altro limite, si diceva, è di ordine processuale, precisandosi che detta azione di condanna non è esperibile in via autonoma, ma debba accompagnarsi ad altra azione di cui rappresenti il completamento nell'ambito dello stesso processo. In particolare, si stabilisce che *«l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è proposta contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio»*.

La norma va coordinata con il precedente art. 30, comma primo, riferito all'azione di condanna, secondo cui, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (le azioni di condanna privatistiche a tutela di diritti soggettivi) e i casi di cui al medesimo articolo (relativi alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione, di modo che

²⁵⁰ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di autovincolo, oppure alle risultanze dell'attività procedimentale, agli esiti dell'istruttoria, ad un accordo ai sensi degli artt. 11 o 15 della legge n. 241/1990 o ad una pronuncia giurisdizionale.

si svolga un *simultaneus processus*, in adesione ai principi di concentrazione processuale ed economia dei mezzi giuridici.

Da tale quadro normativo, si evince che la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo o dal rimedio avverso il silenzio nell'ambito di un processo che il legislatore vuole simultaneo per intuibili ragioni di concentrazione e di economia dei mezzi giuridici.

In altri termini, onde evitare l'elusione del termine decadenziale che permea il rimedio costitutivo o l'azione avverso il silenzio, la legge impone che il soggetto che abbia subito un provvedimento illegittimo di diniego impugni tempestivamente detto diniego o silenzio per essere legittimato a proporre, nello stesso processo, la domanda di condanna all'adozione dell'atto satisfattorio. La necessaria connessione della domanda di condanna pubblicistica a quella principale di annullamento (o in tema di silenzio) spiega anche perché detta azione di condanna non conosca un suo termine decadenziale, visto che mutua il termine che governa la domanda principale rispetto alla quale si pone in chiave complementare ed integrativa.

5. La disciplina dell'azione di condanna al risarcimento del danno. La verifica della realizzazione di uno «strumentario non dissimile da quello dei diritti soggettivi». La pregiudiziale di rito si trasforma in pregiudiziale di merito? Compatibilità delle regole processuali con i principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea. Indifferenza circa la scelta del modello di responsabilità sul termine prescrizione. Il termine decadenziale e i dubbi di legittimità costituzionale.

L'azione di condanna, prevista all'art. 30 del Codice del processo amministrativo, disciplina il risarcimento del «danno ingiusto» da lesione di interessi legittimi, derivante da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di attività obbligatoria²⁵¹. L'azione di condanna è prevista anche per la lesione dei diritti soggettivi nei casi di giurisdizione esclusiva e nel caso di lesione dei diritti soggettivi indicati nell'art. 7, quarto comma, vale a dire per i «diritti patrimoniali consequenziali» alla lesione di interessi legittimi²⁵².

In primo luogo, è interessante richiamare preliminarmente la Relazione di accompagnamento al decreto legislativo che licenzia il codice del processo amministrativo, nella quale si motiva l'approdo alla codificazione non solo

²⁵¹ Tale distinzione richiama, e non implicitamente, quella tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi.

²⁵² L'art. 30 del D. Lgs. 140/2010 recita «1. L'azione di condanna 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.

2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

3. 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. 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.

4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo»

adducendo esigenze di coordinamento e razionalità, ma pure in considerazione del «*mutamento dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello dei diritti soggettivi poiché le norme vigenti risultano legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio e necessitano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa ad un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela*».

Occorre, pertanto, chiedersi se l'intento sia stato effettivamente realizzato²⁵³. Orbene, come si è già avuto modo di evidenziare più volte, la giurisprudenza maggioritaria sia della Cassazione che del Consiglio di Stato, ha affermato che sia prodromico rispetto alla condanna al risarcimento dei danni da lesione di interessi legittimi, verificare la sussistenza di tutti gli elementi di cui all'art. 2043 c.c.: il dolo o la colpa, l'ingiustizia del danno, il nesso causale, la prova del danno. Pertanto, mentre si è già discusso del problema sostanziale, in questa sede si guarderà alla responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'ottica della compatibilità con le disposizioni del processo amministrativo delle norme del codice civile che regolano la responsabilità civile da fatto illecito, sebbene di tutti gli articoli del codice civile che compongono il sistema della responsabilità venga richiamato dall'art. 30 il solo art. 2058 c.c.

In riferimento al requisito della colpa, è noto che le Sezioni unite, nella preclara sentenza 500/1999, hanno che la colpa non è quella del funzionario agente bensì dell'amministrazione intesa come apparato, il che non implica che sia *in re ipsa*, vale a dire quale automatica conseguenza dell'esecuzione volontaria di un atto amministrativo illegittimo, ma deve essere provata. Di conseguenza, il giudice amministrativo dovrà svolgere una penetrante indagine sul punto, verificando se l'adozione e l'esecuzione dell'atto impugnato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona fede²⁵⁴, ma occorre comunque

²⁵³ Secondo F. BARRA CARACCILO, *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 3, p. 753 ss. «*il tenore dell'art. 30 (anche in correlazione con gli artt. 7 e 133 d.lgs. cit.) appare, ai fini del conclamato obiettivo di realizzare uno "strumentario non dissimile da quello dei diritti soggettivi" (e quindi al sistema della responsabilità civile) non appagante. Ciò anche per ragioni di tecnica legislativa giacché l'art. 30 presta il fianco a troppi dubbi interpretativi per il mancato rinvio alle norme civilistiche sulla responsabilità extra contrattuale e contrattuale*»

²⁵⁴ Si cfr. Cons. St., sentenza 7 settembre 2010, n. 6485. Al riguardo, F. BARRA CARACCILO, *o.l.u.c.*, fa rilevare che la violazione di tali regole attiene piuttosto al profilo della

rilevare che l'art. 30 non menziona affatto la colpa, la quale è richiamata solo nell'art. 133 a proposito del danno da ritardata conclusione del procedimento amministrativo.

Il problema che qui si pone è se, con stretto riferimento alla tematica della colpa e alle acquisizioni - peraltro già esposte - della dottrina e della giurisprudenza civili, il giudice amministrativo potrà riferirsi alle quelle maturazioni.

Ove non s'intenda concepire il diritto come insieme di compartimenti stagni tra loro incomunicabili, la risposta non potrà che essere positiva, non appartenendo la cultura giuridica ad un solo settore, e sempre che di settori possa ancora discorrersi.

In riferimento, poi, all'onere probatorio, occorre segnalare che sul punto la giurisprudenza amministrativa è alquanto oscillante. Relativamente alla prova dell'elemento soggettivo, alcune sentenze richiedono che sia l'amministrazione a dover dimostrare la mancanza di colpa (errore scusabile)²⁵⁵; altre (minoritarie, per la verità²⁵⁶) sostengono che è il ricorrente a dover provare la colpa, come da regola generale di ripartizione dell'*onus probandi* ai sensi dell'art. 2697 c.c.

legittimità, sicché sarebbe forse più logico scrutinare la colpa soprattutto con riferimento ai casi di imperizia nell'attività di interpretazione e poi di applicazione della legge.

²⁵⁵ A quest'orientamento aderisce la giurisprudenza maggioritaria. Da ultimo, si cfr. Cons. Stato Sez. III, Sent., 29 aprile 2014, n. 2202, inedita, secondo cui «*Il Collegio aderisce al prevalente orientamento giurisprudenziale in base al quale, dopo l'accertamento della illegittimità dell'atto, spetta alla parte che ha subito il danno provare quanto rientra nella sua sfera e cioè la esistenza e la entità del danno, ma non quanto rientra nella sfera propria dell'Amministrazione e cioè la inesistenza di errore scusabile, la colpa o altro presupposto di responsabilità. La sentenza del TAR va quindi superata quanto alla motivazione riferita alla mancata dimostrazione della colpa delle Amministrazioni coinvolte. Al privato, che assume di essere stato danneggiato da un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione, non è richiesto infatti un particolare impegno per dimostrare la colpa della stessa, potendo egli limitarsi ad allegare l'errore compiuto e la illegittimità dell'atto unitamente alla mancanza di diligenza che è lecito arguirne sulla base delle regole di comune esperienza*».

²⁵⁶ Ad esempio, per quanto meno di recente, nella sentenza del T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 03 luglio 2008, n. 6820, si afferma che «*Quanto all'onere della prova, è principio pacifico che esso debba essere distribuito tra il danneggiato e l'amministrazione in maniera conforme all'art. 2697 c.c., gravando il primo della prova della colpevolezza dell'apparato amministrativo e la seconda della prova circa la sussistenza dell'esimente dell'errore scusabile*».

Tuttavia, in adesione alla più recente giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213, 11 maggio 2007 n. 2306 e 9 novembre 2006 n. 6607), il Collegio ritiene che non possa essere richiesto al soggetto leso un particolare sforzo probatorio per suffragare la colpevolezza dell'amministrazione, giacché in sede di giudizio può farsi ricorso a regole di comune esperienza ed alle presunzioni semplici di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., desunte dalle singole fattispecie.

Ne consegue che il privato danneggiato può invocare l'illegittimità del provvedimento lesivo quale indice presuntivo della colpa od anche allegare circostanze ulteriori (quali gli elementi valutativi sopra evidenziati), idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile.

Resta il dubbio, nonostante l'ultima giurisprudenza sia piuttosto compatta nell'affermarne la natura aquiliana, ma nel perdurare nel silenzio del legislatore, se i giudici amministrativi applicheranno il regime probatorio della responsabilità aquiliana o piuttosto quello della responsabilità contrattuale.

In ogni caso, si afferma costantemente che è onere del privato la prova del danno, nella sua esistenza e ammontare secondo le regole di cui artt. 1223, 1226, 1227 c.c., richiamati dall'art. 2056 c.c. Pertanto, quanto al nesso causale, ai sensi dell'art. 1223 c.c. i danni devono essere conseguenza immediata e diretta del fatto illecito ed occorre far riferimento anche agli artt. 40 e 41, c.p.; in riferimento alla liquidazione equitativa del danno, questa, ai sensi dell'art. 1226, è ammessa solo se non è possibile provare il danno nel suo preciso ammontare²⁵⁷.

Spetterà a quel punto all'amministrazione dimostrare che è incorsa in un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata.

Peraltro, poiché molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione di norme giuridiche, il profilo probatorio resta in gran parte assorbito dalla decisione della quaestio iuris, che il giudice amministrativo risolve autonomamente in attuazione del principio iura novit curia.

In sintesi, è compito del giudice appurare, in relazione ad ogni singolo caso, l'emersione della presunzione semplice di colpa, che spetta poi all'amministrazione vincere, fornendo in giudizio la prova che l'errore all'origine dell'illegittimità provvedimentale sia effettivamente connotato da scusabilità».

²⁵⁷ Può forse risultare utile riportare parzialmente la motivazione della sentenza Cons. St., 24 settembre 2010, n. 7124, inedita, secondo cui: «il problema da risolvere nell'ambito del presente giudizio risiede nella quantificazione del danno arrecato agli appellanti, a cagione delle statuizioni reiettive di cui agli anni accademici suindicati, per una delle quali, lo si rammenta, v'è accertamento di illegittimità regiudicato alla stregua di argomentazioni traslabili alle altre determinazioni rettorali impugunate.

La difesa di parte appellante non ha offerto (né, forse, poteva, per il vero) indicazioni utili alla determinazione del danno medesimo, se non richiamando dati numerici relativi alla retribuzione che ognuno degli appellanti avrebbe potuto percepire nell'anno, etc.

Ciò perché i dati che devono essere ponderati sfuggono ad una possibile determinazione aritmetica.

V'è innanzi tutto da qualificare in termini di chance la posizione di ciascuno degli appellanti, concorrente al medesimo affidamento di supplenza: la argomentazione di parte appellante sul punto, secondo cui almeno uno di essi si sarebbe aggiudicata la supplenza, e pertanto la sua posizione va qualificata in termini di certezza, non soltanto contiene in sé la (non irrilevante) "lacuna" di non essere in grado di indicare quale fosse - tra i tre appellanti che versano in posizione equordinata- il soggetto latore di tale "certezza" di conseguimento del bene della vita cui aspirava, ma appare altresì non aderente al dato concreto rappresentato dalla contemporanea concorrenza degli appellanti al medesimo incarico: non v'è spazio per una attribuzione alle posizioni giuridiche attive vantate da parte appellante diversa rispetto a quella di "chances reciprocamente limitantisi".

In secondo luogo - e senza per questo ritornare sulla questione della c.d. "pregiudizialità amministrativa" - appaiono assiomatiche le affermazioni di parte appellante che giustificano la condotta inerziale degli appellanti a fronte delle statuizioni reiettive successive ed antecedenti a

Quanto, infine, al comportamento del creditore, è noto che l'art. 1227 c.c. prevede due ipotesi: il concorso di colpa del creditore nella causazione del danno, che viene consequenzialmente ridotto in ragione della gravità del concorso (comma primo) e l'aggravamento del danno per colpa del creditore che lo avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (comma secondo).

Pertanto, non potrà essere risarcita quella parte del danno imputabile alla sua inerzia. Tale ipotesi, anche a seguito dell'intervento nomofilattico dell'adunanza plenaria, viene ora espressamente disciplinata dall'art. 30 n. 3, che, in via generale, esclude «*il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*», con ciò sostanzialmente subordinando il risarcimento dei danni alla proposizione, da parte del creditore, di preve azioni (gli «*strumenti di*

quella impugnata successivamente annullata dal Tar del Veneto con la decisione n.456/1999, con l'affermazione che l'impugnazione (e, traspare da pag 46 del ricorso in appello, addirittura la omessa presentazione della domanda partecipativa) sarebbe stata inutile essendone certo l'esito sfavorevole in carenza della cittadinanza italiana ed a cagione delle illegittime prescrizioni legislative nazionali vigenti.

Al contrario, l'inerzia di parte appellante deve essere valutata in base al disposto di cui all'art. 1227 c.c. (si veda ancora di recente, sul punto, Consiglio Stato, sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6908), posto che la tempestiva impugnazione dei provvedimenti espulsivi/reiettivi avrebbe potuto condurre almeno, alla tempestiva e/o più celere rimozione dei medesimi, anche in sede cautelare: il Collegio condivide, in proposito, il tradizionale insegnamento giurisprudenziale secondo cui "il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato, cioè, non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, ex art. 2697 c.c., e 115 comma 1 c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento, e, cioè, occorre la prova del danno, nella sua esistenza e nel suo ammontare -secondo le regole di cui agli art. 1223, 1226 e 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c. (Consiglio Stato, sez. IV, 03 maggio 2005, n. 2136).

La condotta di parte appellante assume certamente rilievo ex art. 1227 comma c.c. a fini non elisivi ma riduttivi del danno.

Deve in ultimo rilevarsi che non è stata in alcun modo fornita prova né quantificazione dell'aliud perceptum, elemento, quest'ultimo, da tenere del pari in conto in senso diminutivo del risarcimento conseguibile, in adesione al consolidato orientamento giurisprudenziale, senz'altro traslabile al caso in esame, secondo cui "all'insegnante spetta il risarcimento del danno subito per la ritardata assunzione in servizio e tale danno va commisurato ad una somma corrispondente alla retribuzione, comprensiva della quota di trattamento di fine rapporto, che sarebbe maturata a favore dell'interessato se fosse stato regolarmente assunto, oltre al valore delle contribuzioni previdenziali obbligatorie che in relazione alla retribuzione l'Amministrazione avrebbe dovuto versare, detratti eventuali proventi di altre attività lavorative svolte dal dipendente nel periodo di riferimento." (Consiglio Stato, sez. VI, 26 novembre 2008, n. 5822 ma si veda anche Cassazione civile, sezione lavoro, 26 marzo 2008, n. 7858).

Non resta pertanto che ricorrere (come pure richiesto da parte appellante negli ultimi capoversi del proprio atto di impugnazione) al criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c., disposizione quest'ultima, come dianzi evidenziato, applicabile al procedimento determinativo e quantificatorio dei danni arrecati ex art. 2043 c.c. nel giudizio amministrativo.»

tutela) volte a tutelarlo, il che non è contemplato dall'art. 1227 c.c., secondo comma²⁵⁸.

Sulla questione è intervenuta *funditus* l'Adunanza Plenaria, la quale, premesso che il nuovo codice rende proponibile la domanda risarcitoria anche in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria, atteso che l'autonomia dell'azione è coerente con l'esigenza della «*piena protezione dell'interesse legittimo*», ritiene che non sussista, quindi, la pregiudizialità di rito tra azione demolitoria e azione risarcitoria. Tuttavia, soggiunge che dal codice si ricava che l'omessa impugnazione del provvedimento dannoso va valutata «*al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso*», rilievo che viene accostato all'altro, secondo cui il danneggiato deve tenere, secondo i principi civilistici, una condotta conforme «*al principio di buona fede ed al parametro della diligenza*»; inoltre il riferimento, contenuto nell'art. 30 del codice, all'«*esperimento degli strumenti di tutela previsti*», comporta che tale esperimento rientri nell'ordinaria diligenza del danneggiato, insieme all'esperimento dei ricorsi amministrativi e all'«*assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa*». Infine, la condotta del danneggiato, attiva od omissiva, contraria ai principi di buona fede e al parametro della diligenza, «*recide, in tutto o in parte, il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica alle conseguenze dannose risarcibili*».

²⁵⁸ Anzi, la Cassazione, ha sempre escluso che il danneggiato-creditore abbia l'onere di affrontare i costi e l'impegno di un'azione giudiziaria per contenere il danno da altri arrecato.

In particolare, la Cassazione, intervenendo in un caso di risarcimento del danno in materia di diffamazione a mezzo stampa, ha precisato che: «*l'istanza di rettifica costituisce una facoltà attribuita all'interessato dall'art. 8 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, ed avente la finalità di evitare che la pubblicazione offensiva dell'altrui prestigio e reputazione possa continuare a produrre effetti lesivi, ma non elimina i danni già realizzati; conseguentemente, il mancato esercizio di tale facoltà, mentre incide, ai sensi dell'art. 1227, primo comma c.c., sulla quantificazione del danno, ove si accerti che lo stesso avrebbe potuto essere attenuato con la rettifica, non rileva ai fini del secondo comma dello stesso art. 1227, atteso che la pubblicazione della rettifica non può escludere il carattere diffamatorio della dichiarazione, qualora l'eventualità di danni si sia già realizzato con la pubblicazione delle dichiarazioni offensive*», così Cass. civ., Sez. III, 15 aprile 2010, n. 9038.

Il compendio di questo ragionamento conduce a sostenere che colui che si ritiene danneggiato da un provvedimento amministrativo debba porre in essere tutti gli strumenti di tutela posti a sua disposizione, e, in particolare, deve impugnare il provvedimento e chiederne l'annullamento; altrimenti non avrà il ristoro dei danni che l'annullamento avrebbe evitato²⁵⁹.

Traendo le ulteriori, logiche conclusioni, dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, pare che non sia sufficiente nemmeno che il danneggiato proponga l'azione di annullamento: occorre, altresì, che egli richieda la tutela cautelare, poiché di per sé la domanda di annullamento non pone termine alla produzione degli effetti dannosi riconducibili all'esecuzione del provvedimento.

La necessità di impugnare il provvedimento dannoso per evitare di perdere, in tutto o in parte, il risarcimento dovrebbe allora non essere necessaria soltanto quando l'annullamento del provvedimento si appalesi inutile; quando, ad esempio, l'esecuzione del provvedimento abbia prodotto una modificazione di fatto irreversibile²⁶⁰.

A ben vedere, l'art. 30 detta una norma di favore per l'amministrazione²⁶¹, onerando il danneggiato di richiedere prima del risarcimento dei danni (o almeno

²⁵⁹ Di recente, il Consiglio di Stato ha confermato che: «A seguito della sentenza dell'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3, è rimasto completato, a livello giurisprudenziale, il superamento del principio della c.d. pregiudiziale amministrativa, con l'affermazione dell'autonomia, sul versante processuale, della domanda risarcitoria rispetto al rimedio impugnatorio. La citata decisione ha affermato che la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione e degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., è ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del capoverso dell'art. 1227 cod. civ., sicché, pur non sussistendo una pregiudizialità di rito già nel quadro normativo anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, deve (e doveva) ravvisarsi immanente nell'ordinamento il principio che la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo poteva essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede, qualora fosse stato accertato che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno». Così, Cons. Stato Sez. VI, Sent., 21 maggio 2014, n. 2610, sul sito istituzionale della giustizia amministrativa.

²⁶⁰ Per la verità, suscitano perplessità alcuni passaggi della motivazione, secondo cui, ad esempio, la condotta non collaborativa del danneggiato incide sul nesso causale che lega la condotta della danneggiante alle conseguenze dannose, anziché influire sulla misura del danno ingiusto; così ancora è quantomeno opinabile l'idea che la condotta processuale, inadeguata per mancata impugnazione del provvedimento, si risolva (anche) in abuso del processo e perfino in «violazione del canone del giusto processo»; allo stesso può dubitarsi della prospettazione della condotta non collaborativa come possibile comportamento opportunistico, che trae «occasione di lucro da situazioni che hanno leso in modo marginale gli interessi dei destinatari tanto da non averli indotti ad attivarsi in modo adeguato onde prevenire o controllare l'evolversi degli eventi».

²⁶¹ Si tratta, in altri termini, di ragionevolezza nella valutazione della condotta del danneggiato; e si tratta, altresì, di completa assenza di considerazione della condotta (che anch'essa deve

rispondere al principio di buona fede ed al parametro della diligenza) della amministrazione danneggiata.

Può, infatti, osservarsi che la seconda parte del terzo comma dell'art. 30 riguarda la determinazione (della misura) del risarcimento, sì che dovrebbe ritenersi che la valutazione del comportamento del danneggiato-creditore rilevi a proposito della misura del giusto risarcimento e non sul nesso di causalità tra condotta illecita e conseguenze dannose.

In particolare, la disposizione citata stabilisce che il giudice deve escludere *«il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti»*. Orbene, secondo l'Adunanza Plenaria, l'ordinaria diligenza comporta l'esperimento di tutti gli strumenti di tutela, sia sostanziali (ricorsi amministrativi, richiesta di esercizio dell'autotutela) sia processuali (impugnazione, con richiesta di annullamento e, bisogna ritenere, di sospensione cautelare) del provvedimento ritenuto produttivo di danno. Per quanto, quindi, la disposizione ripeta sostanzialmente - come la stessa sentenza riconosce - l'art. 1227 del codice civile, sul quale esiste una consolidata linea interpretativa, l'Adunanza Plenaria riconosce di spingersi oltre *«l'orientamento interpretativo tradizionalmente prevalente»*. Ciò è sicuramente consentito, dato il potere nomofilattico di cui è titolare, ma forse - anche data l'assenza di un controllo da parte della Cassazione - si dovrebbero evitare interpretazioni tra loro contrastanti. Infatti, attualmente il comportamento di ordinaria diligenza che si richiede al danneggiato da condotta illecita dell'amministrazione pubblica, è diverso e più rigoroso di quello cui è tenuto il danneggiato da qualsiasi altro soggetto. Non si tratta, infatti, del caso regolato dal primo comma dell'art. 1227 c.c. perché in questa ipotesi il danneggiato non concorre a cagionare il danno: l'unica danneggiante è l'amministrazione e al creditore si richiede soltanto di non aggravare i danni cagionati dall'amministrazione.

Al riguardo, si ritiene che: *«l'esperimento di uno solo degli strumenti di tutela previsti, o anche una semplice comunicazione che ponga sull'avviso l'amministrazione danneggiante, sia sufficiente ad integrare un comportamento di ordinaria diligenza»*.

Va sottolineato a questo proposito che l'amministrazione adotta unilateralmente i suoi provvedimenti e li porta ad effetto senza dover previamente far verificare in sede giurisdizionale la loro legittimità. Anche a voler credere che l'amministrazione non sia in grado di conoscere da sé medesima il carattere illecito e dannoso della sua condotta, occorre rilevare che il danneggiato niente altro può fare per evitare o ridurre il danno, tranne chiedere (e ottenere) la sospensione della efficacia dei provvedimenti nel caso che il danno dipenda dalla loro esecuzione.

Pertanto, ove il danneggiato avverta (in qualsiasi modo) l'amministrazione (che dovrebbe già saperlo) della dannosità della sua condotta, null'altro gli si può chiedere di fare in nome della "ordinaria diligenza".

In particolare risulta non dovuto, e comunque inutile e superfluo, l'esperimento dell'azione di annullamento. Per varie ragioni: in primo luogo perché, una volta comunque avvertita l'amministrazione con mezzi di diritto sostanziale, nulla può aggiungere alla sua conoscenza del problema la notificazione del ricorso diretto all'annullamento del provvedimento; in secondo luogo perché la proposizione del ricorso non incide affatto sulla (cessazione della) produzione del danno: si dovrebbe allora pretendere la richiesta di tutela cautelare; in terzo luogo perché il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria (autonoma) è soltanto più lungo di 60 giorni rispetto al termine per l'esercizio dell'azione di annullamento: come può incidere una differenza temporale così limitata sulla condotta del danneggiato, rendendola conforme o difforme dal comportamento di buona fede? Il danno che l'esperimento dell'azione demolitoria può evitare è, a tutto voler concedere, quello prodottosi nell'arco di tempo che va dalla scadenza del termine per la proposizione dell'azione demolitoria al momento della proposizione dell'azione risarcitoria.

Si può ribattere: l'annullamento del provvedimento equivale ad una sorta di risarcimento in forma specifica, eliminando del tutto o eventualmente in parte il danno provocato dalla sua adozione.

Questo è certamente vero, e va tenuto presente. Va peraltro rilevato che l'annullamento viene pronunciato alla fine del processo instaurato con l'azione demolitoria; e soprattutto va aggiunto che il comportamento di ordinaria diligenza, che il terzo comma, riferendosi alle "parti", impone anche all'amministrazione danneggiante, dovrebbe costringere quest'ultima, in costanza di una richiesta risarcitoria, ed anche in assenza di una domanda demolitoria, a verificare se il provvedimento da essa adottato sia legittimo e, nel caso in cui non lo sia, la dovrebbe orientare verso il suo annullamento d'ufficio.

contestualmente, sempre che sia ancora possibile) un provvedimento demolitorio idoneo a contenere gli effetti dannosi. Si tratta in sostanza, di una pregiudiziale di annullamento surrettiziamente imposta e trasformata in pregiudiziale di merito, giacché - in caso contrario, cioè di mancato previo esperimento di ogni azione giudiziale volta a tutelare la propria posizione giuridica - è esclusa la risarcibilità dei danni che si sarebbero evitati con l'annullamento del provvedimento illegittimo²⁶².

D'altronde la previsione espressa della azione risarcitoria autonoma implica logicamente (e, quindi, necessariamente) che il danneggiato, comportandosi in modo conforme alla espressa previsione di legge, possa rinunciare a valersi dell'azione demolitoria.

Il fatto di non avvalersene non può pertanto essere valutato come comportamento contrario al canone dell'ordinaria diligenza o al principio di buona fede.

Non è quindi questione di valutare se l'esperimento dell'azione demolitoria rientri nella "soglia del c.d. apprezzabile sacrificio" o la oltrepassi. Pur condividendo la tesi esposta in sentenza sulla inesistenza di un sacrificio eccessivo, ritengo che, nel sistema della legge, debba essere lasciato al danneggiato la libera scelta tra i vari mezzi di tutela che sono posti, senza vincolo di pregiudizialità, a sua disposizione; senza che la scelta di rinunciare ad uno di essi possa essere vista come comportamento di mancata e colpevole collaborazione con l'amministrazione danneggiante», così F. MERUSI, o.l.u.c.

²⁶² L'Adunanza plenaria, infatti, richiama l'abuso del processo e considera necessario l'esperimento dell'azione di annullamento; ma la necessità di esperire l'azione demolitoria in uno con l'azione risarcitoria, ove si aspiri ad ottenere l'intero risarcimento, significa sostanzialmente ripristinare la pregiudiziale di rito.

Nonostante le condivisibili osservazioni dell'Adunanza Plenaria in riferimento all'avvenuto superamento della centralità della tutela di annullamento, non si può non rilevare che, a proposito del risarcimento del danno, se l'esperimento dell'azione demolitoria resta necessaria, allora essa mantiene la sua centralità nel sistema delle tutele disegnato dal codice del processo amministrativo.

La sentenza richiama il lungo contrasto che ha avuto luogo tra la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato a proposito della c.d. pregiudizialità amministrativa, ed afferma che «*il codice ha suggellato un punto di equilibrio capace di superare i contrasti ermeneutici registratisi in subiecta materia tra le due giurisdizioni*». Condivisibilmente aggiunge che il legislatore non ha recepito «*la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi*»; ed ha considerato l'omessa impugnazione «*nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento*». L'intento è lodevole, ma pare disatteso nella sostanza.

Sul punto, Molto espressivamente, in dottrina si è detto che la pregiudiziale «*uscita dalla porta, è rientrata dalla finestra*», M. CLARICH, in *Guida al dir.*, 2010, 32, p. 11.

Lo fa notare anche la stessa giurisprudenza di legittimità quando, con l'ordinanza 14 marzo 2011, n. 5926, le Sezioni Unite hanno ritenuto che i danni derivanti da cattiva gestione e cattiva manutenzione dei beni della amministrazione pubblica devono essere chiesti al giudice ordinario, giacché la domanda non investe scelte ed atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al rispetto del principio del *neminem laedere*.

Con due ordinanze immediatamente successive, le Sezioni Unite affermano che «*il presupposto perché si possa predicare la sussistenza della giurisdizione amministrativa (...) è che il danno (...) sia causalmente collegato alla illegittimità del provvedimento amministrativo*», Cass. civ., Sezioni Unite, 23 marzo 2011, n. 6594 e 6595. Pertanto, il danno derivante dalla lesione dell'affidamento, indotto nel privato da provvedimenti e da certificazioni amministrative erronee, va chiesto al giudice ordinario e non al giudice amministrativo.

Un capo interessante della sentenza riguarda, poi, l'interpretazione del primo comma dell'art. 30c.p.a. Ritiene l'Adunanza Plenaria che «*la domanda tesa ad una pronuncia che imponga*

Potrebbero, invece, essere considerati favorevoli per il privato due previsioni che non trovano un omologo nella disciplina della responsabilità civile. La prima è contenuta al n. 3 dell'art. 30, ai sensi del quale nella liquidazione del danno il giudice amministrativo deve tener conto del «*comportamento complessivo delle parti*», oltre che delle circostanze di fatto. Tale parametro di quantificazione del danno non è previsto nel sistema della responsabilità civile. Un collegamento potrebbe, forse, rinvenirsi nell'art. 2056 c.c. ai sensi del quale il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento «*delle circostanze del caso*», ma la disposizione parrebbe piuttosto riecheggiare l'art. 1362 in tema di interpretazione del contratto. Il richiamo contenuto nell'art. 30 si riferisce al comportamento di entrambe le parti e non soltanto a quello del danneggiato, per il quale, invece, vale la norma sopra richiamata che riproduce di fatto il 1227, comma secondo, c.c.

Inoltre, parrebbe favorevole pure la disposizione di cui all'art. 34, quarto comma, che consente al giudice - se non si oppongono le parti - di stabilire

l'adozione del provvedimento soddisfacente, non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31) ».

L'interpretazione appare corretta in quanto conforme alla lettera della disposizione interpretata, la quale impone che l'azione di condanna venga proposta «*contestualmente ad altra azione*», almeno in sede di giurisdizione generale di legittimità (e non anche in sede di giurisdizione esclusiva).

Ciò che suscita perplessità è la disposizione in sé considerata; della quale, da un lato, non si comprende la ratio, se non richiamando la superata concezione della centralità (intesa come necessità insuperabile della sua proposizione) dell'azione di annullamento; e, dall'altro lato, si coglie il carattere estremamente rigido e formalistico.

Ritenere, infatti, che sia necessario proporre formalmente (anche) l'azione avverso il silenzio al fine di poter chiedere al giudice, in mancanza di alcun provvedimento adottato dall'amministrazione, l'adozione (ove possibile) del provvedimento soddisfacente, sembra un semplice omaggio alla regola dell'inutile formalismo. L'accertamento della inerzia illegittima e la condanna all'adozione del provvedimento favorevole solo formalisticamente possono essere considerati oggetto di due azioni distinte; sono nella realtà l'unico obiettivo che colui che ricorre al giudice si propone di raggiungere. In modo simile, la richiesta al giudice del provvedimento favorevole implica necessariamente l'annullamento del provvedimento sfavorevole adottato dall'amministrazione, ma fare dell'annullamento l'oggetto di un'azione separata, che, ove non espressamente proposta, rende inammissibile l'azione di condanna, sembra eccessivo, e non in linea con il modello del giusto processo.

Se la evoluzione della disciplina del processo amministrativo è quella esposta nella prima parte della sentenza in commento (e richiamata nel precedente par. 2, occorre riconoscere che il primo comma dell'art. 30 risulta invece ancora ispirato ad una tramontata idea del processo stesso; così come, d'altronde il secondo comma dell'art. 34. Un'ultima osservazione circa la contestualità delle azioni. Poniamo pure che l'azione di condanna, fuori dall'ipotesi di condanna al risarcimento del danno, debba essere proposta insieme ad altra azione. Non si comprende comunque perché la proposizione debba essere contestuale: l'azione di condanna potrebbe ben essere proposta successivamente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio.

dapprima i criteri in base ai quali il debitore deve proporre il pagamento di una somma entro un congruo termine²⁶³.

Alcune perplessità, infine, suscita la previsione di un termine decadenziale per la proposizione della domanda assai ridotto, sulla cui legittimità costituzionale ancora si discute²⁶⁴.

Al terzo comma, prima parte, dell'art. 30 c.p.a., è previsto che la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi deve essere proposta entro il termine decadenziale di centoventi giorni. Tale termine decorre dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Il successivo comma quinto, completa la disciplina estendendo la previsione del medesimo termine decadenziale anche all'ipotesi di azione risarcitoria preceduta dall'impugnazione del provvedimento lesivo, facendo tuttavia decorrere il termine non dalla conoscenza di questo ma dal momento del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

La previsione è stata oggetto di rimessione alla Corte costituzionale, poiché opererebbe una irragionevole compressione del diritto di difesa in giudizio della parte che ha subito il danno, con violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost.

Il Giudice amministrativo rimettente²⁶⁵, premette al suo ragionamento la *ratio* posta alla base dei termini di decadenza previsti in materia di annullamento di atti giuridici emanati da poteri pubblici e da soggetti privati, stante nell' *«esigenza di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici, connessa al rilievo che l'atto pone un assetto di interessi rilevante sul piano superindividuale»*. Il bilanciamento tra il diritto degli interessati ad un sollecito sindacato giurisdizionale sull'atto e l'interesse a definire in modo del pari sollecito la relativa vicenda consentirebbe d'individuare nella previsione di un termine d'impugnazione a pena di decadenza un soddisfacente punto di equilibrio del sistema, *«purché il relativo termine sia ragionevole e non renda eccessivamente*

²⁶³ La disposizione, per la verità, non è punto innovativa, riproducendo quella già contenuta nel d.lgs. n. 80 del 1998.

²⁶⁴ L'invocato intervento della Corte costituzionale, infatti, non è stato risolutivo, per essersi concluso con una pronuncia di inammissibilità in quanto *« Sulla base dei rilievi che precedono, la valutazione di rilevanza effettuata dal giudice a quo non appare plausibile, perché egli ha denunciato una norma - l'art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 104 del 2010 - della quale non doveva fare applicazione, in quanto estranea al tema sottoposto al suo esame»*. Così, Corte cost. 12 dicembre 2012, n. 280, sul sito ufficiale della Corte costituzionale.

²⁶⁵ T.A.R. Sicilia, ordinanza 7 settembre 2011, n. 1628.

difficile l'esercizio del diritto».

Secondo il Tribunale rimettente, l'azione risarcitoria, già sul piano strutturale, si porrebbe al di fuori di questa problematica: l'esposizione del debitore, pubblico o privato, alla domanda di risarcimento non inciderebbe sulla dinamica dei rapporti giuridici di cui lo stesso soggetto è titolare, né sulla certezza delle situazioni e posizioni giuridiche correlate, rilevando soltanto sul piano della reintegrazione patrimoniale dello spostamento di ricchezza conseguente all'illecito.

Se la discrezionalità legislativa avesse inteso porre un limite temporale all'esercizio dell'azione risarcitoria, compatibile con la natura del rimedio, avrebbe potuto ragionevolmente farlo attraverso l'individuazione di un congruo termine prescizionale (in tesi diverso da quello stabilito dal diritto comune, ove sussista una congrua e ragionevole giustificazione per tale diversità).

Infatti, un ininterrotto e coerente orientamento già sul piano istituzionale chiarirebbe che *«mentre la prescrizione ha per oggetto un rapporto (azione o diritto sostanziale) che per effetto di essa si estingue, la decadenza ha per oggetto un atto che per effetto di essa non può più essere compiuto».* La disciplina dell'azione di risarcimento del danno, dunque, sarebbe *«ragionevolmente compatibile con la prima e non con la seconda»*

Inoltre, ancor più rilevante sarebbe il rilievo che, sul piano della teoria generale del diritto, *«la differenza strutturale ed effettuale fra prescrizione e decadenza denota una precisa - e diversa - connotazione funzionale dei due istituti, così da non consentirne (se non violando il canone di ragionevolezza) un'applicazione indifferenziata».*

Il rimettente richiama il principio secondo cui, *«mentre la prescrizione è in qualche modo legata all'inerzia del titolare del diritto, la decadenza esprimerebbe un'esigenza di certezza del diritto così categorica da essere tutelata indipendentemente dalla possibilità di agire del soggetto interessato».*

Tuttavia, in materia di risarcimento del danno una simile esigenza di certezza non sembrerebbe affatto sussistente, tanto più in ipotesi - come quella sospetta di illegittimità costituzionale - di azione risarcitoria non autonoma, ma conseguente alla proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo.

Uno schema logico di utile riferimento, infine, si troverebbe nella disciplina

posta dall'art. 1495 del codice civile, in materia di risarcimento dei danni per vizi della cosa venduta, là dove la denuncia del vizio deve avvenire entro un brevissimo termine di decadenza (correlato all'esigenza di certezza dei traffici), mentre la successiva azione risarcitoria, subordinata alla tempestiva (e pregiudiziale) denuncia, ma di per sé ormai estranea all'esigenza posta alla base del termine decadenziale, soggiace coerentemente ad un termine di prescrizione annuale.

La situazione sarebbe «strutturalmente identica a quella dell'illecito da atto della pubblica amministrazione, nell'ipotesi - qui ricorrente - in cui l'azione risarcitoria sia preceduta dalla pregiudiziale impugnazione della statuizione lesiva: con la significativa differenza, tuttavia, che il termine decadenziale per impugnazione del provvedimento è giustificato dalla funzione cui lo stesso provvedimento assolve, mentre, diversamente dalla sistematica del codice civile, la successiva azione risarcitoria è nel codice del processo amministrativo anch'essa soggetta ad un termine decadenziale, peraltro infrannuale (con significativa compressione del diritto di difesa del danneggiato, in assenza di un reale e giustificato interesse antagonista)».

Nel caso di azione risarcitoria autonomamente proposta (quindi, l'ipotesi prevista dall'art. 30, comma 1, c.p.a.) l'accertamento, sia pure incidentale e, quindi, senza effetti sostanziali sul rapporto, dell'illegittimità del provvedimento lesivo potrebbe, in tesi, giustificare la previsione di tale termine, mentre la definitiva certezza giuridica prodotta sul rapporto dal giudicato priverebbe di qualsiasi giustificazione razionale la previsione di un brevissimo termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria.

Dopo aver riassunto i contributi critici mossi dalla dottrina alla soluzione dettata dalla norma oggetto di censura, il tribunale rimettente osserva che, a parte ogni considerazione «*sulla effettiva eziologia storico-giuridica del regime censurato*», esso sarebbe compressivo, in modo irragionevole e ingiustificato, del diritto del danneggiato a richiedere il risarcimento del danno.

Il profilo di irragionevolezza sarebbe attinente, quindi, sia alla previsione di un termine stabilito a pena di decadenza, al di fuori dei presupposti legittimanti una così incisiva compressione dell'esercizio del diritto, sia nella concreta fissazione

di tale termine in centoventi giorni.

Inoltre, mancherebbe un *tertium comparationis*, idoneo a giustificare l'introduzione di una simile disciplina.

La relazione al codice del processo amministrativo afferma che il detto termine si giustificerebbe «*sul presupposto che la previsione di termini decadenziali non è estranea alla tutela risarcitoria, vieppiù a fronte di evidenti esigenze di stabilizzazione delle vicende che coinvolgono la pubblica amministrazione*». Tuttavia, quanto alla prima parte dell'affermazione, non sarebbe dato trovare riscontri alla stessa, se non in riferimento al diverso profilo dell'esistenza, nell'ambito della complessa disciplina dei rimedi contro l'illecito, di termini decadenziali relativi ad attività propedeutiche alla proposizione dell'azione di danno, ma da questa distinte sul piano strutturale e funzionale (ciò che, nel processo amministrativo, sarebbe garantito dal termine per la sollecita impugnazione del provvedimento lesivo, e, nell'esempio tratto dal diritto civile relativo alla garanzia per vizi della cosa venduta, dalla tempestiva denuncia della scoperta del vizio).

Quanto alla seconda parte dell'affermazione stessa, se le dette esigenze di stabilizzazione delle vicende coinvolgenti la pubblica amministrazione possono avere qualche rilievo oltre la prospettiva meramente caducatoria (il che sarebbe tradizionalmente escluso), ciò, al più, sarebbe riscontrabile nell'ipotesi di proposizione dell'azione risarcitoria in via autonoma, con contestuale sindacato incidentale circa la legittimità del provvedimento lesivo, ma non nell'ipotesi (qui ricorrente) in cui detto sindacato sia stato già compiuto con efficacia di giudicato.

Inoltre, la violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost. sarebbe configurabile anche sotto altro profilo. Dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, sarebbe opinione comune che il rimedio risarcitorio sia inscindibilmente legato a quello caducatorio: la tutela costituzionale dell'interesse legittimo sarebbe soddisfatta soltanto se il titolare possa chiedere, oltre all'annullamento del provvedimento lesivo, il risarcimento per equivalente del danno.

Tuttavia, la concentrazione dei rimedi in capo al giudice amministrativo, funzionale alla contrazione dei tempi processuali, non potrebbe avvenire in condizioni di accesso alla tutela assolutamente (e senza ragione) restrittiva, perché

in tal guisa risulterebbe contraddetta la stessa previsione dello strumento risarcitorio accanto a quello caducatorio, nel sistema di tutela dell'interesse legittimo. In altre parole, sarebbe contraddetta l'esigenza di pienezza ed effettività della tutela.

In questo quadro, sarebbe estranea alla prospettazione del vizio di legittimità costituzionale la qualificazione, in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, della situazione giuridica soggettiva del danneggiato, che domanda il risarcimento del danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

Insomma, qualunque sia la situazione soggettiva (diritto soggettivo o interesse legittimo) posta a fondamento della domanda di risarcimento del danno da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, la previsione del termine di decadenza non sarebbe ragionevole: in caso di diritto soggettivo, non troverebbe ragionevole giustificazione una disciplina diversa da quella stabilita, per ogni diritto, dalla clausola generale di responsabilità civile (la pubblica amministrazione sarebbe un debitore la cui posizione in nulla si differenzia da quella dell'obbligato *ex delicto*); in caso d'interesse legittimo, la natura complementare dei rimedi, evocata dalla giurisprudenza costituzionale, «ha un senso se si mantiene la diversità strutturale degli stessi e delle corrispondenti tecniche di tutela: se invece si assimila, quanto alle condizioni di accesso, quello risarcitorio a quello caducatorio, la complementarità si riduce ad una astratta petizione di principio, risolvendosi, in concreto, la tutela dell'interesse legittimo nella sola possibilità di contestare entro un breve termine di decadenza la legittimità del provvedimento (a fini caducatori, ovvero a fini risarcitori)».

Il termine, pur messo in discussione, è rimasto vigente, attes la pronuncia di inammissibilità della Corte costituzionale. Ciò che ai nostri fini rileva è sottolineare come il dibattito sulla natura della responsabilità che per molto tempo si è retto sul trattamento può o meno di favore che accordava il regime prescrizione.

Questo ragionamento perde di rilievo se ricordato al codice del processo amministrativo e al termine decadenziale ivi previsto per la proposizione dell'azione di condanna al risarcimento, tanto che sia proposta in forma autonoma (art. 30, comma terzo), tanto che per scelta del privato sia stata esercitata l'azione

risarcitoria congiuntamente o successivamente all'impugnazione dell'atto²⁶⁶.

6. Il limite esterno della giurisdizione amministrativa. L'interpretazione estensiva del limite del sindacato della Corte di Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato. La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Il sistema delineato dal Costituente per assicurare la certezza del diritto nella giurisdizione ordinaria è costituito dal combinato disposto del citato art. 101 Cost. e dell'art. 65 ord. giud., in base al quale la Corte suprema di Cassazione *«assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge»*²⁶⁷.

²⁶⁶ Sul punto, si cfr. F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 377 che giustifica il termine breve di 120 giorni come corollario dello sfavore con cui il codice guarda alla proposizione dell'azione risarcitoria autonoma; M. SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, p. 155 che condivide il netto sfavore del legislatore nei confronti dell'azione risarcitoria autonoma.

²⁶⁷ Va rilevato che in realtà l'art. 65 ord. giud. non prevede alcun meccanismo o sistema di regole atte a garantire l'effettività della sua applicazione, cioè tali da attribuire alla Cassazione la concreta capacità di operare un controllo operativo sulle sentenze dei giudici di merito in modo da garantire la nomofilachia. Né tale compito è rinvenibile in altra disposizione, se si eccettua la previsione dell'art. 68 ord. giud., istitutivo dell'Ufficio del Massimario, cui spettava la funzione di estrarre dalle sentenze della suprema Corte la *ratio decidendi* e di tradurla in una massima, ossia un principio di diritto. Restava la disposizione dell'art. 374 c.p.c., che rimetteva alle Sezioni Unite i ricorsi che sollevavano questioni di diritto già decise in senso difforme dalle Sezioni semplici o che presentavano una questione giuridica di particolare importanza. Tuttavia, le Sezioni semplici conservavano la possibilità di discostarsi dalle decisioni delle SSUU, non ritenendosi da esse vincolate.

Questa apparente lacuna dell'assetto delineato dal Costituente in realtà si spiega ricordando che l'ordinamento giudiziario Grandi, emanato nel 1941 e cioè in piena epoca fascista, aveva posto la Corte di Cassazione ed i suoi componenti in una posizione di vertice gerarchico dell'intera magistratura, all'interno della quale la progressione in carriera nei vari gradi era legata ad appositi concorsi per titoli ed esami. Le commissioni dei concorsi erano composte da magistrati di Cassazione, i quali tendevano a promuovere i partecipanti al concorso che avessero manifestato idee e indirizzi conformi a quelle della Suprema Corte, penalizzando invece quei soggetti che avessero propugnato tendenze giurisprudenziali più innovative.

La Costituzione, pur riconoscendo all'art. 107 la distinzione dei magistrati solo per funzioni e segnando così il superamento della visione gerarchica della magistratura, aveva recepito l'ordinamento Grandi in via provvisoria nella VII disposizione transitoria, auspicando in tempi rapidi l'approvazione di un nuovo ordinamento conforme a Costituzione.

Un'organica riforma non è mai intervenuta, registrandosi invece interventi su singole norme del testo del 1941 volti ad adattare le disposizioni all'evoluzione dei tempi.

Tale disposizione cela la concezione della Corte di cassazione quale garante dell'osservanza del diritto da parte dei giudici, nel rispetto della separazione dei poteri, attuando il principio di subordinazione del giudice alla legge contenuto nell'art. 101 Cost.

La funzione nomofilattica non è, però, solo prerogativa della Corte di Cassazione. Il legislatore, infatti, ha di recente introdotto anche per la Corte dei Conti e per il Consiglio di Stato discipline analoghe, con l'intento di estendere il principio del rafforzamento del precedente.

Per ciò che attiene ai giudizi innanzi alla Corte dei Conti, l'art. 42 legge n. 69/2009 stabilisce che «Il presidente della Corte può disporre che le sezioni riunite si pronuncino sui giudizi che presentano una questione di diritto già decisa

Si può quindi affermare che la nomofilachia nell'ordinamento italiano era assicurata, oltre che dalla intrinseca autorità della Suprema Corte e dalla persuasività delle sue pronunce, anche e forse principalmente dalla posizione di vertice in cui erano collocati i magistrati di Cassazione, più che la Cassazione stessa, e dal sistema della progressione in carriera nei vari gradi della magistratura tramite concorsi.

Su tale assetto interviene il legislatore con le leggi Breganze del 1966 e le c.d. "Breganzone" del 1973, che aboliscono il sistema dei concorsi sostituendolo con una progressione in carriera sostanzialmente (anche se non formalmente) automatica per tutti i magistrati, determinando il venir meno del limite più incisivo a quell'esplicitarsi dell'attività interpretativa del giudice in regione dell'evoluzione dei tempi. Non a caso, è a partire dagli anni ottanta del secolo scorso che comincia ad avvertirsi il problema della crisi della funzione nomofilattica della Cassazione e la necessità di rivitalizzare l'art. 65. ord. giud.

Negli anni successivi, altri problemi contribuiscono a segnare in modo irreversibile la crisi della Cassazione e del suo ruolo nomofilattico: l'abnorme numero di ricorsi e la trasformazione impropria della suprema Corte in una sorta di organo giurisdizionale di terzo grado, a causa della crescente tendenza del giudice di legittimità a sconfinare nel sindacato del giudizio sul fatto.

La soluzione adottata in una serie di riforme succedutesi a partire dal 2006 è stata quella di rafforzare il ruolo del precedente giudiziario, ma senza sovvertire il principio della soggezione del giudice solo alla legge contenuta nell'art. 101 Cost.

Il primo intervento è stato il d.lgs. n. 40/2006, che ha modificato l'art. 374 c.p.c., il cui 3° comma stabilisce che se una Sezione semplice della Cassazione «*ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*». Con questa disposizione si tende a porre rimedio ai contrasti di giurisprudenza sorti all'interno della stessa Corte, codificando il principio dello *stare decisis* limitatamente alle decisioni delle Sezioni Unite nei confronti delle Sezioni semplici della Cassazione. L'idea del legislatore è chiaramente che questo meccanismo accentrato di produzione di principi di diritto, escludendo i contrasti all'interno della Cassazione, dovrebbe influenzare le decisioni dei giudici di merito con una sorta di "effetto a cascata", determinando l'instaurarsi di un sistema simile nei suoi effetti, anche se non nella forma, a quello del precedente vincolante tipico degli ordinamenti a *common law*. I giudici di merito, infatti, col nuovo sistema non potranno più porre i contrasti interpretativi fra le sezioni della Cassazione a fondamento della propria giurisprudenza innovatrice, se non nella prospettiva, divenuta ora alquanto improbabile, di voler rovesciare il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite.

La riforma non è parsa cozzare con i principi costituzionali, ove si rilevi che non è introdotto un principio conformativo sostanziale, bensì processuale, sì che non può dirsi introdotto, nel nostro ordinamento, il principio dello *stare decisis*. Sul punto, B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 217 ss.

in senso difforme dalle sezioni giurisdizionali, centrali o regionali, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza. Se la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio». Viene, quindi, introdotta una disciplina analoga a quella prevista per la Cassazione, con la differenza che qui l'onere di rimessione alle Sezioni Riunite, in caso di non condivisione di un principio di diritto dalle stesse enunciato, riguarda non solo le Sezioni Giurisdizionali Centrali, ma anche quelle Regionali.

Una disciplina analoga è stata infine introdotta nella giustizia amministrativa: l'art. 99, comma 3, c.p.a. recita «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

Tale assetto plurimo è completato dall'art. 111, comma 8 - che trova riscontro nell'art. 562 c.p.c. e che è stato sostanzialmente riprodotto all'art. 110 c.p.c. - secondo cui le questioni relative alla giurisdizione costituiscono l'unico motivo di ricorso deducibile innanzi alla Suprema Corte avverso le pronunce del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti.

Occorre, quindi, intendersi sui contorni della funzione giurisdizionale, la quale è unica, ma al suo interno vede una suddivisione in diversi plessi giurisdizionali.

La disciplina è stata progressivamente definita dall'evoluzione giurisprudenziale, che ha ritenuto il sindacato della Suprema Corte circoscritto alle limitate ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia straripato l'alveo della giurisdizione amministrativa, ovvero abbia oltrepassato i cd. "limiti esterni" della giurisdizione amministrativa e, inoltre, nelle ipotesi in cui non sia stato esattamente individuato o legittimamente formato il collegio giudicante.

Rientrano nella prima ipotesi (difetto "assoluto" di giurisdizione) i casi in cui il Consiglio di Stato abbia invaso il campo riservato al legislatore oppure alla discrezionalità amministrativa, vale a dire in situazione nelle quali il giudice è chiamato ad esprimere valutazioni di legittimità ma, invece, operi valutazioni di merito, ad esempio sulla idoneità od opportunità dell'atto. Del pari, si annoverano in questa categoria le ipotesi in cui la decisione finale, pur nel rispetto formale

della formula dell'annullamento, in concreto si sia sostituita a quella dell'amministrazione.

Ancora, violano i limiti generali della giurisdizione amministrativa quelle decisioni che abbiano erroneamente escluso in radice la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva, oppure ne abbia astrattamente escluso la tutela.

Si discorre, invece, di difetto "relativo" di giurisdizione nei casi in cui le decisioni vertano su una materia attribuita ad un'altra giurisdizione, ordinaria o speciale, e del pari quelle recanti la declinatoria della giurisdizione amministrativa sull'erroneo presupposto dell'appartenenza della controversia alla cognizione di un diverso giudice.

Configura, parimenti, un'ipotesi di superamento dei limiti di giurisdizione anche il caso in cui il Consiglio di Stato abbia definito una lite esercitando poteri cognitorie decisorie propri del sindacato di merito in fattispecie non previste dalla legge: le ipotesi di giurisdizione estesa al merito sono, invero, tassative ed eccezionali (come confermato dall'art. 134 c.p.c.).

Integrano, infine, ipotesi di irregolare costituzione del collegio giudicante i casi in cui: i componenti siano in numero superiore o inferiore a quello previsto dalla legge; uno o più componenti siano privi della legittimazione a farne parte; quando sia stata dichiarata incostituzionale la norma che disciplina la composizione del collegio.

La giurisprudenza della Cassazione, con una serie di recenti pronunce, ha definito ulteriormente i confini della giurisdizione amministrativa e, conseguentemente, i limiti del proprio sindacato, tra limite "esterno", identificato nei confronti della pubblica amministrazione, del giudice ordinario e degli altri giudici speciali, e limite "interno" della giurisdizione amministrativa, su cui resta escluso ogni sindacato di giurisdizione.

Quindi, in primo luogo non è ammissibile il ricorso per Cassazione per denunciare pretesi *errores in procedendo o in iudicando* eventualmente commessi dal Consiglio di Stato, giacché essi attengono al merito della controversia, vale a dire all'accertamento della fondatezza della domanda proposta al giudice amministrativo e non al controllo dei limiti esterni della giurisdizione, per quanto occorre registrare che la Cassazione ha frequentemente offerto interpretazioni

estensive del proprio potere di sindacato sulla giurisdizione, così assistendosi ad un progressivo allargamento della nozione di “questione di giurisdizione”²⁶⁸.

Ancora, in relazione ai limiti esterni della giurisdizione, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto configurabile il vizio dell'eccesso di potere giurisdizionale anche nel caso di mancato riconoscimento della tutela giurisdizionale garantita normativamente, ipotesi considerata speculare alla violazione di una norma attributiva dei poteri cognitivi per il loro esercizio oltre i limiti riconosciuti dalla legge. Il limite esterno della giurisdizione amministrativa comprende, dunque, anche il caso della denuncia di una denegata giustizia, che si distingue dalla denuncia di omessa pronuncia (che potrebbe costituire solo un *error in procedendo o in iudicando*), ma si concretizza in un'errata lettura della norma attributiva dei poteri cognitivi del giudice amministrativo²⁶⁹.

²⁶⁸ Di recente, la Cassazione ha precisato che, con riferimento alle regole del processo amministrativo, l'eccesso di potere giurisdizionale che giustifica il ricorso per Cassazione contro una sentenza del Consiglio di Stato è configurabile solo nel caso di un tale stravolgimento delle norme di rito da sfociare in manifesta denegata giustizia, quindi in contrasto con il già esaminato art. 6 CEDU.

Ad esempio, con riguardo alla decisione in forma semplificata resa in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 55 c.p.a., si ritiene sussistente la violazione del diritto a un ricorso effettivo in caso di decisione “a sorpresa”, resa cioè senza dare avviso alle parti; mentre non si rinviene tale violazione se la camera di consiglio cautelare si è tenuta prima della scadenza del termine di venti giorni decorrenti dal perfezionamento dell'ultima notificazione.

Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 14 settembre 2012, n. 15428, che precisa che «*La questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta, in quanto solo al medesimo compete di provvedere, ma anche allorché si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla. Ne consegue che il configurarsi di un “giudicato” rispetto al decreto del Presidente della Regione Siciliana reso su ricorso straordinario costituisce, ai sensi dell'art. 362 c.p.c. una questione di giurisdizione, per la quale si applica l'art. 5 c.p.c., norma che non incide sul più generale principio dell'immediata operatività, in materia processuale, della legge sopravvenuta, pur riguardante la giurisdizione, qualora valga a radicarla presso il giudice innanzi a cui sia già stato promosso il giudizio*».

²⁶⁹ In particolare, le Sezioni Unite, nella sentenza 12 marzo 2012, n. 3854, in *Giur. It.*, 2012, 11, p. 2404 ss., relativa ad una fattispecie di cd. condono erariale, ai sensi dell'art. 1, commi 231-233 della L. n. 266/2005, hanno accolto il ricorso proposto avverso la decisione della sezione centrale della Corte dei Conti che, a fronte dell'appello del Procuratore Regionale nonché del pubblico funzionario avverso la sentenza che aveva condannato quest'ultimo al risarcimento del danno erariale, aveva dichiarato inammissibile l'istanza del privato di essere ammesso ai benefici in questione per esservi stato contestualmente appello anche del Procuratore Regionale. La Corte di Cassazione ha ritenuto i decreti pronunciati in camera di consiglio sull'istanza di definizione agevolata del gravame e la sentenza oggetto di ricorso affetti da eccesso di potere giurisdizionale per violazione di legge. Pertanto le Sezioni Unite hanno annullato non solo i decreti di reiezione dell'istanza di rendiconto erariale, ma anche la sentenza di appello che aveva definito i relativi giudizi «*perché pronunciati in eccesso esterno dai poteri conferiti ai giudici contabili di definire anticipatamente la controversia, costituendo violazione di legge inerente la giurisdizione la mancata erogazione immotivata del mezzo di tutela che le norme consentono di erogare nei sensi e limiti che precedono. La violazione di legge denunciata non riguarda il modo di erogare la tutela*».

Il tema dell'equilibrio dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo, in ordine al riparto di giurisdizione, e tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione, in relazione alla discrezionalità di quest'ultima, è stato recentemente affrontato più in generale dalle Sezioni Unite.

In particolare, in materia di procedura di aggiudicazione, si è operato un distinguo tra attività intangibile del giudice dell'ultimo grado amministrativo ed attività, invece, sindacabile in quanto sintomatica dello sconfinamento nell'esercizio dell'attività riservata alla pubblica amministrazione. Occorre, infatti, intendersi sull'ampiezza del controllo da parte del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione, nonché sul ruolo della Cassazione chiamata a verificare, attraverso l'esame delle modalità con cui il giudice amministrativo ha esercitato il proprio potere giurisdizionale, se in concreto siano stati rispettati i limiti esterni della giurisdizione. Al riguardo, la Cassazione ha precisato che *«il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, nello scrutinio di un uso distorto del rifiuto della pubblica amministrazione di aggiudicare una gara pubblica, deve prendere atto della chiara scelta del legislatore di rimettere unicamente alla stazione appaltante l'individuazione del “punto di rottura” dell'affidamento del pregresso e/o futuro contraente»*²⁷⁰.

che la legge attributiva dei poteri consente di dare ma l'assenza di ogni tutela, perché la immotivata pronuncia di inammissibilità dell'istanza oltre i limiti della legge attributiva dei poteri di definizione della lite in appello, ha denegato al ricorrente il diritto alla tutela giurisdizionale con una pronuncia di merito sulla sua richiesta», in quanto alcuna previsione vi è nei commi n. 231-233 dell'art. 1 L. n. 206/2005 circa la pretesa inammissibilità della domanda di condono per l'esistenza del contestuale appello del procuratore generale con quello del condannato in primo grado per responsabilità amministrativa.

Sulla base dei principi affermati dalla Corte di Cassazione, pertanto, l'eccesso di potere giurisdizionale si configura non solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo travalicando i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sia diventata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ma anche quando la decisione finale esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella della pubblica amministrazione, e, ancora, quando la pronuncia sull'ammissibilità di un'istanza, oltre i limiti preposti dalla legge attributiva di tali poteri, comporti una negazione al ricorrente del diritto alla tutela giurisdizionale con una pronuncia di merito sulla sua richiesta.

²⁷⁰ Si cfr., ad es., Cass. Civ., Sez. Un., sentenza 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 4, p. 408 ss. La vicenda contenziosa riguardava l'esclusione di un'impresa da una gara per l'affidamento di alcuni lotti del servizio di pulizia per ragioni di gravi inadempimenti asseritamente posti in essere in precedenti rapporti contrattuali. L'operatore escluso ha quindi proposto ricorso al TAR, che lo ha rigettato sul rilievo che, per l'esclusione ex art. 38 co.1 lett. f del Codice degli appalti (inadempimenti in precedenti contratti), fosse sufficiente l'esistenza di una valutazione negativa espressa dalla pubblica amministrazione in termini di affidabilità dell'operatore economico. Il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di prime cure, ha annullato

Il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione di tale rifiuto, invece, deve essere mantenuto rigorosamente sul piano della verifica della «*non pretestuosità della valutazione*» degli elementi di fatto esibiti dalla stazione appaltante e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio dell'eccesso di potere, di criteri che portino ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione discrezionale stessa.

La Corte di Cassazione, stabilendo che rimane facoltà della stazione appaltante rifiutarsi di aggiudicare una gara pubblica per ragioni di inaffidabilità del concorrente, ha ribadito il principio per cui il giudice amministrativo deve verificare «*dall'esterno*» l'esercizio della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione e non può, invece, porsi sullo stesso livello della medesima, sconfinando nell'area riservata alla stazione appaltante sancendo l'inidoneità dei dati adottati dalla pubblica amministrazione al fine di motivare l'esclusione di un

il provvedimento espulsivo per eccesso di potere per sviamento, condividendo le considerazioni espresse da una CTU ove sarebbero emerse una serie di contraddizioni nella valutazione discrezionale operata dalla pubblica amministrazione delle presunte inadempienze ex art. 38 co. 1 lett. f, tali da far presumere che l'esclusione in parola fosse stata determinata da ragioni diverse da una valutazione di scarsa affidabilità da parte della stazione appaltante. La decisione del Consiglio di Stato è stata impugnata con ricorso in Cassazione ex art. 362 c.p.c. adducendo come motivi di ricorso, in primo luogo, il fatto che il Supremo Consesso amministrativo con l'impugnata decisione avrebbe travalicato nella sfera di cognizione del rapporto, incidendo sulla competenza del giudice ordinario, in secondo luogo che la predetta statuizione avrebbe invaso l'area tradizionalmente riservata alla stazione appaltante in ordine all'apprezzamento dell'affidabilità di un concorrente aspirante all'aggiudicazione di una commessa pubblica.

Le Sezioni Unite hanno cassato con rinvio la decisione del Consiglio di Stato per motivi afferenti al travalicamento dei "limiti esterni" della giurisdizione del giudice amministrativo. La Corte di Cassazione, respingendo il primo motivo di ricorso, ribadisce consolidati motivi sul riparto di giurisdizione affermando che non vi può essere alcuna invasione ai danni della sfera cognitiva propria del giudice ordinario, giudice del rapporto e degli inadempimenti, allorché il Consiglio di Stato eserciti, nell'ottica del sindacato sull'eccesso di potere, i poteri compresi nella propria potestà giurisdizionale, quali la valutazione incidentale dei fatti emergenti dal pregresso rapporto da porre a raffronto con le ragioni addotte dall'Amministrazione a fondamento della decisione di non proseguirlo o di non rinnovarlo. In particolare, la Cassazione ha precisato che «*il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, nello scrutinio di un uso distorto del rifiuto della pubblica amministrazione di aggiudicare una gara pubblica, deve prendere atto della chiara scelta del legislatore di rimettere unicamente alla stazione appaltante l'individuazione del "punto di rottura" dell'affidamento del pregresso e/o futuro contraente*».

Il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione di tale rifiuto, invece, deve essere mantenuto rigorosamente sul piano della verifica della «*non pretestuosità della valutazione*» degli elementi di fatto esibiti dalla stazione appaltante e non può avvalersi, onde ritenere avverato il vizio dell'eccesso di potere, di criteri che portino ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione discrezionale stessa.

Nel caso di specie, invece, il giudice amministrativo recependo il toto le considerazioni esposte dal CTU, ha svolto un sindacato giurisdizionale che ha sconfinato nell'area *ex lege* riservata alla stazione appaltante, prendendo le mosse dal rilievo di segnali di contraddittorietà nei comportamenti della pubblica amministrazione e da specifiche ragioni di mera "non condivisione" della valutazione finale della stazione appaltante.

operatore, né tanto meno può valutare l'insufficienza oggettiva di quei dati ai fini della "caduta soggettiva della fiducia" riposta in un concorrente dalla stessa commissione aggiudicatrice.

Anche dal punto di vista dell'interpretazione dell'art. 382 c.p.c., in vista del primario obiettivo di assicurare il giusto processo, la Corte di Cassazione ha rinviato al Consiglio di Stato, al fine di far esaminare nuovamente il caso dallo stesso giudice e pervenire a nuova decisione sulla domanda di annullamento dell'atto, nei limiti enunciati²⁷¹, atteso che è quel giudice fornito dei relativi poteri cognitori. Di conseguenza, l'art. 382 del codice di rito civile, anche a seguito della introduzione nell'ordinamento delle norme che attuano il principio della *translatio iudicii*, e segnatamente degli artt. 59 L. n. 69/2009 ed 11 c.p.a., deve essere interpretato nel senso che la cassazione senza rinvio deve essere disposta soltanto qualora non solo il giudice adito ma qualsiasi altro giudice sia privo di giurisdizione sulla domanda²⁷².

²⁷¹ Secondo Cass. civ. Sez. Unite, 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Urb. e App.*, 2012, 7, p. 75 ss. «Posto che ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. f) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di concessioni ed appalti pubblici di lavori, servizi e forniture i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza e malafede nell'esecuzione di prestazioni affidate da colui il quale bandisce la gara, il sindacato del Giudice amministrativo sulla motivazione di tale apprezzamento deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della "non pretestuosità" della valutazione degli elementi di fatto compiuta, e non può invece pervenire ad evidenziare - anche sulla scorta degli esiti di una CTU disposta in corso di giudizio - la mera "non condivisibilità" della valutazione stessa, pena lo sconfinamento nell'ambito della discrezionalità amministrativa ed il conseguente superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa».

²⁷² Conclusioni non dissimili sono state espresse in materia di giudizio di ottemperanza: nella sentenza 9 novembre 2011, n. 23302, le Sezioni Unite hanno infatti affermato che se normalmente «l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, ai sensi dell'art. 111 Cost., co. 8, è configurabile solo quando l'indagine svolta dal giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, sta stata strumentale a una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito che si estrinsechi in una pronuncia che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa». La speciale giurisdizione di ottemperanza presenta, invece, caratteri peculiari, in virtù dei quali l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della pubblica amministrazione è pienamente ammissibile. Ed, infatti, al giudice amministrativo è in tal caso espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche di merito, con possibilità sia di procedere alla «determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo» ed alla «emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione» (114 c.p.a. amministrazione, co. 4 lett. a), sia di «sostituirsi all'amministrazione», nominando, ove occorra, un commissario ad acta (art. 114 c.p.a. co. 4 lett. d). Un eccesso di potere giurisdizionale del giudice amministrativo, per invasione della sfera riservata al potere discrezionale della pubblica

Il progressivo ampliamento del margine di sindacato operabile dalla Corte di cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo si spiega considerando la dinamicità del concetto di giurisdizione, attuando il programma costituzionale, quindi garantendo l'effettività della tutela giurisdizionale, nel rispetto del principio di unità funzionale della giurisdizione.

Di conseguenza, il sindacato della Corte di Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione non è più riconducibile ad un mero giudizio di qualificazione della situazione soggettiva dedotta in causa, né può limitarsi all'accertamento del potere di conoscere di determinate controversie attribuito ai diversi ordini di giudici, ma deve estendersi alla valutazione in concreto dell'effettività della tutela giurisdizionale, da quei giudici assicurata, a diritti ed interessi legittimi²⁷³.

amministrazione, non può essere certamente ravvisato nel fatto in sé che il giudice dell'ottemperanza, rilevata la violazione od elusione del giudicato amministrativo, abbia adottato quei provvedimenti che l'amministrazione inadempiente avrebbe dovuto essa stessa attuare, in questo consistendo il proprium del giudizio di ottemperanza. Ciò non toglie, tuttavia, che il sindacato della Cassazione sull'eccesso di giurisdizione del giudice amministrativo sia ammissibile anche quando, essendo un medesimo giudice amministrativo, venga addebitato al Consiglio di Stato di avere ecceduto il limite entro il quale quel potere gli compete: di avere, cioè, esercitato una giurisdizione di merito in presenza di situazioni che avrebbero potuto dare adito solo alla normale giurisdizione di legittimità.

Nel definire i rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo la giurisprudenza ha, quindi, ritenuto che il sindacato della Cassazione non possa estendersi a qualsiasi error in iudicando o in procedendo imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme che disciplinano l'esercizio dei suoi poteri. Ciò in quanto, per scriminare le fattispecie ove il sindacato sui limiti di tale giurisdizione è consentito da quelle in cui esso risulta invece inammissibile (dovendosi aver riguardo al cosiddetto petitum sostanziale ed all'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio) risulta decisivo stabilire se quel che viene in questione è il modo in cui il potere giurisdizionale è stato esercitato dal giudice amministrativo, attenendo ciò ai limiti interni della giurisdizione, oppure il fatto stesso che, in una data situazione, un tal potere, con la particolare estensione che lo caratterizza, a detto giudice non spettava.

Da tanto non consegue che il sindacato della Cassazione possa estendersi a qualsiasi error in iudicando o in procedendo imputato al giudice amministrativo nell'interpretazione o nell'applicazione delle norme che disciplinano il giudizio di ottemperanza. Nel caso in cui l'ottemperanza sia stata invocata denunciando comportamenti elusivi del giudicato o manifestamente in contrasto con esso, gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo – nell'individuazione degli effetti conformativi del giudicato medesimo, nella ricostruzione della successiva attività dell'amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi del giudicato derivanti- afferiscono ai limiti esterni della giurisdizione. Trattasi, invece, di limiti esterni della giurisdizione qualora sia posta in discussione la possibilità stessa, nella situazione data, di far ricorso al giudizio di ottemperanza. Tale caso si verifica non solo ogni volta che sia denunciato l'esercizio indebito ad opera del giudice amministrativo della speciale giurisdizione di ottemperanza, in fattispecie suscettibili solo di essere trattate nell'ambito della normale giurisdizione di legittimità, ma anche in ogni altra situazione in cui il giudizio di ottemperanza, con l'emanazione di un ordine di fare rivolto dal giudice all'amministrazione, si sia esplicito al di fuori dei casi nei quali un tale ordine poteva essere dato.

²⁷³ Se, da un lato, l'ampliamento del concetto di giurisdizione ha fatto sí che nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione rientrasse anche l'interpretazione della norma attributiva della potestas iudicandi, onde verificare se il giudice amministrativo abbia

Dai suesposti principi ed orientamenti giurisdizionali, sinteticamente analizzati emerge il quesito se le Sezioni Unite si siano effettivamente mantenute nel limite sancito, invero chiaramente, dall'art. 111 ult. co., limitando il loro sindacato ai "soli motivi inerenti alla giurisdizione". La risposta parrebbe essere negativa, a giudicare dagli sconfinamenti segnalati in precedenza, e soprattutto da quelli derivanti sia dalla definizione operata dalla Corte di Cassazione del confine tra sindacato di merito e sindacato di legittimità, sia dall'enucleazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

concretamente assicurato una tutela effettiva, ai sensi dell'art. 111, ottavo comma, Cost.; dall'altro, la Corte costituzionale precisa che «deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione». Infatti, la Corte di cassazione non può vincolare il giudice speciale rispetto al contenuto della decisione, così come confermato dall'art. 386 c.p.c., secondo cui: «la decisione sulla decisione è determinata dall'oggetto della domanda e, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda».

Come si è evidenziato, la Corte di Cassazione è legittimata a conoscere sia degli sconfinamenti del Consiglio di Stato in ambiti riservati ad altre autorità, giurisdizionali o amministrative, sia nelle vicende in cui il potere giurisdizionale del giudice amministrativo, seppur in concreto esercitato, non sussista, o viceversa, non sia stato concretamente attivato.

Posto che l'eccesso di potere costituisce il frutto di un giudizio sul giudizio, di un giudizio relativo cioè alla valutazione compiuta dall'Amministrazione, di cui si dice che è illogica, incoerente, inadeguata, rispetto alla realtà, il giudizio della Cassazione, adita ai sensi dell'art. 362 c.p.c. costituisce una sorta di "giudizio al quadrato", avente ad oggetto la correttezza o meno della modalità di controllo giurisdizionale operato dal giudice amministrativo sulla fattispecie sottoposta al suo esame. Il Supremo Collegio invece, non dovrebbe scrutinare i cd. Limiti interni della giurisdizione amministrativa, ovvero le concrete modalità di esercizio, da parte del Consiglio di Stato, del suo potere giurisdizionale. A Costituzione invariata il legislatore ha, infatti, attribuito al giudice amministrativo una giurisdizione generale sui diritti, che sfuggono al sindacato di legittimità della Corte di Cassazione, la cui conformità ai principi costituzionali, come è noto, è stata ripetutamente ed irreversibilmente affermata dalla Corte Costituzionale.

Rimane pertanto estranea all'oggetto del sindacato sulla giurisdizione, non configurando uno sconfinamento nel senso sopra precisato, la deduzione di ogni tipo di violazione di legge, sostanziale o processuale quand'anche di rango costituzionale. In questi casi infatti non si è innanzi ad una carenza della potestas *decidendi*, ma di un cattivo esercizio della giurisdizione. Per le medesime ragioni deve ritenersi inammissibile anche il ricorso per Cassazione con il quale si lamenti la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato o l'errata interpretazione dei fatti della causa.

Nella sentenza Cass. civ., Sez. Unite, 21 giugno 2012, n. 10294, che ha rigettato il ricorso per cassazione della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 in tema di ordine di esame di ricorso principale e incidentale, si afferma che tale decisione non è contestabile con ricorso per Cassazione, in quanto la soluzione prospettata non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia; la pronuncia delle Sezioni Unite induce, altresì, a porre in rilievo l'esistenza di limiti fissati dall'ordinamento sia nei confronti del Consiglio di Stato, sia nei confronti della Cassazione cui non compete di sindacare nel merito processuale le decisioni del Consiglio di Stato, né lanciare al Consiglio di Stato moniti o inviti a rimediare le questioni su cui è chiamato a decidere. Il sistema già contempla, infatti, una rete adeguata di controlli oggettivi che, in un'ottica di ridimensionamento dei motivi di giurisdizione, andrebbero potenziati: l'autotutela amministrativa, il sindacato della Corte dei Conti, dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici e dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quali sedi che dovrebbero garantire un efficace controllo sull'azione amministrativa.

Insomma, pare doversi rispondere negativamente al quesito circa la raggiunta tutela piena ed effettiva della posizione del privato nei confronti della pubblica amministrazione e se questa tutela possa dirsi ormai tendenzialmente equiparata alla tutela giurisdizionale nei rapporti di diritto comune, permanendo, invece, aree di franchigia e privilegio in favore della pubblica amministrazione.

Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è tentato di ricostruire il turbato rapporto tra autorità e libertà in una prospettiva evolutiva, che tenga conto della complessità del fenomeno, ripudiando una concezione storica e valutativa.

Orbene, se si considera il punto di partenza, ineludibilmente costituito dalla concezione autoritaria del rapporto tra la pubblica amministrazione e il cittadino, e si guarda al punto di arrivo, si coglie una sicura evoluzione nel senso della parità delle posizioni. Tuttavia, nella verifica di effettività, si nota immediatamente che non può parlarsi di raggiunto traguardo.

L'entrata in vigore della Costituzione impone il ripensamento del rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato nel rispetto del principio di legalità costituzionale che, nel rinnovato sistema delle fonti dell'ordinamento, non consente di rinvenire una dicotomia tra pubblico e privato o una supremazia del primo sul secondo.

Le conseguenze del rinnovato sistema di valori si sono avute, in modo tangibile, attraverso l'eliminazione di aree di franchigia dei pubblici poteri, in primo luogo con l'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati, con il suo comportamento, al soggetto privato.

Occorre, però, evidenziare che la mera affermazione di massima non implica l'effettiva realizzazione del programma costituzionale, volto alla realizzazione del valore della persona umana, nei suoi diritti fondamentali, ivi incluso il diritto ad una tutela piena ed effettiva, anche nei confronti dei poteri pubblici.

Infatti, in concreto, sia la disciplina sostanziale che quella processuale possono andare ad incidere sulla posizione giuridica soggettiva, nel senso di una sua ingiustificata limitazione di tutela.

La prova è data proprio dall'acceso dibattito, svoltosi tra i giuristi, circa la natura da ascrivere alla responsabilità civile della pubblica amministrazione. Per quanto la giurisprudenza si sia sempre mantenuta - salvo titubanze a cavallo del nuovo millennio - favorevole ad un inquadramento nell'alveo aquiliano, la dottrina - ritenendo quella tesi più aderente ad una concezione autoritaria

dell'amministrazione - ha formulato (e variamente argomentato) diverse ipotesi ricostruttive, tendenti ad individuare una disciplina più favorevole al privato.

Si è scelto di dar conto delle principali tesi, poiché, ove si acceda ad una ricostruzione sincretica, anche al netto della critica metodologica, non pare possibile riportate (e talvolta persino delineare) i contorni delle singole discipline.

Al riguardo, occorre ribadire la necessità di operare un chiarimento, a fronte della confusione applicativa ingenerata da una frettolosa giurisprudenza e da una approssimativa dottrina. Difatti, altro è equiparare il rapporto che si instaura tra i soggetti coinvolti nella dinamica procedimentale a quello che interessa gli aspiranti contraenti in pendenza di una trattativa, con l'effetto di accostare la responsabilità dell'amministrazione ad una forma di responsabilità precontrattuale, altro è asserire che tra il privato e la pubblica amministrazione si instauri un contatto sociale, *sub specie* procedimentale, con conseguente applicazione della disciplina della responsabilità da inadempimento contrattuale.

La superficialità con cui, spesso, si ascrive la fattispecie ad un generico contatto sociale, come se questo fosse una nuova categoria nella quale inserire le ipotesi più disparate, senza adeguatamente motivare l'inclusione, comporta il rischio di svuotare di significato la nozione per ricomprendervi ogni fattispecie in cui possa provarsi un previo contatto, attraverso un meccanismo che non può neppure definirsi sussuntivo, non essendo il contatto sociale, si è visto, una categoria classificatoria, ma solo una categoria descrittiva.

Da qui, la necessità di operare una valutazione in concreto della fattispecie, senza eliderne le peculiarità al solo fine di una sua inclusione nell'uno o nell'altro paradigma di responsabilità.

Ad esempio, nell'ipotesi della responsabilità precontrattuale, questa può essere serenamente predicata nell'ambito delle trattative precontrattuali *tout court*, anche in quelle che vedono coinvolta una pubblica amministrazione; tuttavia, ove si voglia parlare di applicazione generalizzata del modello, allora occorrerà logica motivazione da parte del giudice, che potrà anche giungere ad equiparare il procedimento amministrativo alle trattative precontrattuali, ma probabilmente non potrà trovare riscontro in quelle ipotesi in cui l'amministrazione si limiti semplicemente ad emanare il provvedimento richiesto, magari perché vincolato o

magari perché il contatto sia stato impedito proprio dall'amministrazione, che, per esempio, abbia ommesso di comunicare all'interessato la comunicazione di avvio di un procedimento, poi coltivato sino all'emanazione del provvedimento dal contenuto lesivo.

Occorre, comunque, rilevare che il dibattito circa talune conseguenze applicative - ritenute più o meno favorevoli all'amministrazione o al privato - la cui soluzione è tradizionalmente dipesa dalla soluzione offerta al quesito circa la natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione, è stato sopito dall'intervento risolutivo del legislatore, oppure dall'opera ricostruttiva della giurisprudenza.

In particolare, con riferimento al termine prescrizionale, variabile in relazione alla soluzione prescelta circa la natura giuridica e che, talvolta, con un'inaccettabile inversione metodologica, ha costituito l'ago della bilancia in favore della scelta verso l'una o l'altra tesi, occorre evidenziare che il legislatore ha individuato espressamente, all'art. 30 c.p.a., il termine decadenziale di 120 giorni al quale assoggettare l'esperibilità dell'azione risarcitoria, della cui legittimità si è già discusso.

Ancora, il problema circa la distribuzione dell'*onus probandi* sulla sussistenza o assenza di colpa (ove questa venga considerata elemento costitutivo della fattispecie) dell'amministrazione tra le parti del processo risarcitorio, che pare dipendere dalla soluzione da dare al nodo teorico della natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione, è stato tendenzialmente superato da quella, oramai consolidata, giurisprudenza amministrativa secondo cui, pure aderendo alla tesi prevalente nelle applicazioni pretorie della natura aquiliana della responsabilità della amministrazione, è riconosciuta al privato ricorrente una semplificazione e un alleggerimento dell'onere probatorio.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, da tempo fa applicazione dei meccanismi presuntivi di cui al codice civile, sì che si afferma che il privato possa assolvere l'onere probatorio limitandosi ad allegare la sola illegittimità dell'atto, che è quindi presunta, con relativa inversione dell'onere della prova, dovendo l'amministrazione provare la scusabilità dell'errore.

Al riguardo, è necessario fare i conti con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia, cui il legislatore - come il giudice e la pubblica amministrazione - deve

attenersi, per la quale il criterio di imputazione della responsabilità sarebbe oggettivo, sì che un problema di distribuzione dell'onere della prova nemmeno si porrebbe, non facendo, la colpa, parte degli elementi costitutivi della responsabilità.

Si è detto che le statuizioni hanno avuto ad oggetto la materia delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici c.d. sopra-soglia, limitatamente alle ipotesi in cui il risarcimento sia l'unico rimedio in concreto esperibile.

Orbene, non pare potersi revocare in dubbio l'applicazione estensiva della regola espressa dalla Corte anche agli appalti c.d. sotto-soglia, ma, in applicazione del principio di eguaglianza, non pare possibile escludere aprioristicamente che le stesse conclusioni possano essere valide anche negli altri settori di intervento della pubblica amministrazione, là dove in concreto si verificano le stesse condizioni e manchino ragioni giustificative della disparità di trattamento.

Il dibattito sulla natura della responsabilità, però, non si è affatto esaurito, poiché resta aperto il problema circa l'individuazione degli esatti contorni della posizione giuridica soggettiva tutelabile col rimedio risarcitorio.

Cambiando la prospettiva, infatti, muta anche l'interesse tutelato e, conseguentemente, il criterio di quantificazione del danno da ristorare.

Nella preclara sentenza n. 500/1999 la ricostruzione della responsabilità era fatta in chiave aquiliana e il risarcimento del danno era inteso quale ristoro di quella posizione giuridica definita in chiave tradizionale, cioè come correlata ad un bene della vita, costituito non dall'interesse a che l'amministrazione si comporti in modo corretto nella relazione con il privato, bensì dall'interesse del privato ad ottenere il bene della vita. Di conseguenza, oltre all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, occorre un positivo giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, giudizio che entra quindi nella selezione degli interessi meritevoli di tutela risarcitoria.

La prospettiva è capovolta ove si aderisca alla tesi della responsabilità contrattuale. In tal caso, difatti, stante la precedente relazione tra i soggetti, il privato sarebbe già titolare di una posizione soggettiva meritevole di protezione con il meccanismo risarcitorio. L'interesse, in questo caso, non è quello finale al bene della vita, ma quello a che il procedimento si svolga nel rispetto delle regole

di imparzialità, trasparenza, partecipazione, poiché ad essere tutelato è l'affidamento nella correttezza procedimentale dell'amministrazione. In tale prospettiva ricostruttiva, quindi, il risarcimento sarebbe dovuto prescindendo da un giudizio di spettanza sul bene della vita, con correlativo ampliamento dei danni risarcibili, atteso che vengono in rilievo anche i cd. interessi procedimentali.

In altri termini, muovendo dalla tesi che qualifica come contrattuale la responsabilità dell'amministrazione, il danno non può più essere parametrato alla perdita o mancata acquisizione del bene della vita: il parametro è costituito dalla violazione delle regole di correttezza procedimentale, con conseguente applicazione del criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c.

L'adesione alla tesi contrattuale, quindi, che tenga conto della prospettiva relazionale e consenta di dare rilievo ai principi di democraticità e partecipazione nel procedimento, consente di svincolare il giudizio di responsabilità dal giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita, che a ben vedere si pone quale doppio giudizio, ove si consideri che ogni interesse è relativo ad un bene della vita. Inoltre, si consentirebbe la tutela di quelle facoltà partecipative garantite al privato che ora trovano ristoro, sotto forma di indennizzo, solo se sfocianti in un danno da ritardo.

Dal punto di vista processuale, infine, al di là delle limitazioni poste alla domanda di risarcimento, occorre sottolineare che predicare l'atipicità di tutela nel processo amministrativo, non è sufficiente ad eliminare le aree di privilegio di cui ancora gode la pubblica amministrazione.

Infatti, anche ove si affermi che la posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della pubblica amministrazione gode dell'intero ventaglio di azioni previste dal codice civile, sì che non si rinviene una diversità, in tal senso, con il diritto soggettivo, occorre evidenziare che il giudice amministrativo non dispone ancora di tutti i poteri idonei a tutelare adeguatamente i diritti, stante l'impossibilità di esperire azioni inibitorie e l'inesistenza di strumenti d'istruzione preventiva. In ciò si coglie uno dei maggiori ostacoli alla tutela della posizione giuridica del privato, lesa da una pubblica amministrazione.

Tuttavia, il più grande limite all'effettiva attuazione del programma costituzionale pare essere costituito dalla limitazione del sindacato della Corte di cassazione

sulle decisioni del giudice amministrativo ai soli profili di giurisdizione.

Questa barriera, frutto di una retriva concezione del rapporto tra i due plessi, intacca il principio di unicità della funzione giurisdizionale.

In primo luogo, manca una sede istituzionale per comporre eventuali contrasti tra giudici ordinari e giudici amministrativi nell'interpretazione delle stesse disposizioni, così svalutandosi il ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione. Inoltre, il limite del sindacato ai soli motivi di giurisdizione impedisce una statuizione del giudice ordinario sui diritti soggettivi, quando riservati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Queste problematiche sono viepiù avvertite ove si rilevi che la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, alla luce degli interventi legislativi e giurisprudenziali, non è più idonea a fondare il riparto di giurisdizione.

Se svincolata dalla valutazione storica e culturale che l'ha prodotta, la dicotomia perde di rilievo e pare solo evidenziare una residuale area di privilegio in favore dei pubblici poteri, una latente ma resistente concezione autoritaria del rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato, in palese contrasto col principio di legalità costituzionale, sì che si auspica una profonda revisione del sistema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive che si trovino a confrontarsi con una pubblica amministrazione, che attui il programma costituzionale e si prefissi l'obiettivo della massima tutela del valore della persona umana.

BIBLIOGRAFIA

ACONE M., *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla dir. Cee 665/89 alla legge «comunitaria» per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, 5, 322 ss.

ALBINO L., *Le responsabilità degli organi costituzionali*, in G. P. Calabrò (a cura di), *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*, Milano, 2010;

ALESSI R., *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1964;

ALPA G., BESSONE M., *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1981;

ALPA G., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991; ID., *Problemi attuali in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario*, in *Contr. Impr.*, 1999, p. 83 ss;

ANGELETTI A., *Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte costituzionale: un'ammissibilità rinviata a miglior occasione*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1928 ss.;

ANGELETTI A., *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, in *Giur. It.*, 2012, 5, p. 1226

AVANZINI G., *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, 2007;

AZZARITI G., *Relazione*, in *La responsabilità per lesione degli interessi legittimi. Atti della tavola rotonda di Roma del 24 aprile 1982 sul tema "La responsabilità per lesione di interessi legittimi"*, in *Foro Amm.*, p. 1698 ss.;

BACHELET V., *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966;

BARRA CARACCILOLO F., *L'azione risarcitoria nel processo amministrativo e i principi di diritto comune*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 3, p. 753 ss.

BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

BASSI N., *La consulta interpreta autenticamente sé stessa, ma non tutti i problemi sono risolti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, p. 1095 ss.;

BENATTI F., *Clausole di esonero della responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1988, p. 397 ss.

BENVENUTI F., *Giustizia Amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, p. 600 ss.;

ID., *Interessi legittimi pari ai diritti soggettivi*, in *Italia Oggi*, 25 aprile 1998;

ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975;

BERTI G., *Commento art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1987;

BIANCA C. M., *Diritto civile*, Vol. V, Milano, 1994;

ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. civ.*, 1987, I, P. 210 ss.;

BIGLIAZZI GERI L., *Culpa in contrahendo, pubblica amministrazione e terzi*, in nota a Cass. 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, c. 1165 ss.

ID. *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., II, Torino, 1988, p. 170 ss.

ID. *Contributo alla teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967;

BOSCOLO E., *La dialettica tra la Plenaria e il legislatore sulla natura liberalizzante della DIA e sullo schema di tutela del terzo: principi destinati ad una vita effimera*, *Giur. It.*, 2012, 4, p. 931 ss.;

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 1991;

BRIANI R., *Problemi, tendenze e prospettive della responsabilità extracontrattuale della pubblica Amministrazione in Spagna*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 278 ss.;

BUSNELLI F.D., *La lesione del diritto da parte di terzi*, Milano, 1964.

ID., *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, p. 47

ID., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 340 e ss.

CAFAGNO M., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Milano, 1996;

ID., *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*, 1992, p. 147 ss.;

CAIANIELLO V., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003;

CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975;

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo* (ristampa a cura di G. MIELE), Padova, 1960;

CANNADA BARTOLI E., *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica Amministrazione*, Milano, 1964;

ID., voce “*Interesse (diritto amministrativo)*”, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano 1972, 7 ss.;

CANNATA C.A., *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. Disc. Priv*, Torino, 2005, p. 408 ss.;

ID., in *Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. Visintini*, Vol. I, Padova, 2009

CAPONIGRO R., *Il tempo come “bene della vita”*, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Il_tempo_come_bene_della_vita.pdf

CAPPAGLI E., *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 1843 ss.;

CARAMAZZA I. F., *Le nuove frontiere della giurisdizione amministrativa (dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6.7.2004 n. 204)*, in *Atti del Convegno per il trentennale dei TT.AA.RR. – Napoli 5-6 novembre 2004*;

CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario. Studio sull’influsso dell’integrazione europea sulla tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 1992;

ID. *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1169 ss.;

ID. *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale perde ancora tempo.*, in *Foro it.* 1998, I, c. 3485 ss;

ID., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001;

ID., *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*, in *Urb. e App.*, 2003, 5, 569 ss.;

CARAPEZZA FIGLIA G., *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013;

CARBONE V., *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss.;

CARINGELLA F., GAROFOLI R., *Il rito degli appalti e la tutela risarcitoria degli interessi legittimi dopo il d.lgs. 80/1998*, in *Urb. e App.*, 1999, 3, p. 299 ss.;

CARINGELLA F., *Risarcibilità del danno da lesioni di interesse legittimo: buona fede amministrativa e affidamento del privato*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1154 ss.;

ID., *Manuale di diritto civile, II, Le obbligazioni*, 2007;

ID. *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2011;

ID. *Le tecniche di tutela dell'interesse legittimo*, Roma, 2012;

ID. *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2012;

CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, Milano, 1987;

CARTEI G., *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 743 ss.;

CARUSI D., *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 96 ss.;

CARUSI F., *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 711.

CASSETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953;

ID., *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XIII, p. 210 ss.;

CASSESE S., *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, V, p. 547 ss.

CASTRIOTA SCANDERBERG G., *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 1990, p. 151 ss.;

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile, regola e metafora*, Milano, 1991;

ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147;

ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 123 ss.;

ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 545;

ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 322 ss.;

ID., *Vaga culpa in contraendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, *ivi*, 2010, p. 33 ss.;

CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro It.*, 1996, 4, c. 321.

CERULLI IRELLI V., *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 3050 ss.;

ID., *Tre problematiche aperte sull'azione risarcitoria nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Lesione delle situazioni giuridicamente protette e tutela giurisdizionale. Catania, 24-25-26 aprile 2003, Atti del convegno*, Roma, 2004.

CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. proc. Amm.*, 2003, p. 689 ss.;

ID., *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, pp. 238-239;

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923;

CIMINI S., *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008;

ID., *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentoale della P.A.?*, in *Giur. It.*, 2011, 3, p. 664 ss.

CINGOLO A., *Inammissibilità del ricorso per assoluta carenza di una posizione giuridica tutelabile dinanzi al giudice amministrativo e carenza di interesse*

processuale ad agire in giudizio, difetto di legittimazione attiva, in *Rass. Adv. Stato*, 1992, I, p. 103 ss.,

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 557 ss.;

CODACCI PISANELLI G., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Giur. it.*, 1893, IV, p. 241 ss.

COLESANTI V., *La prolusione bolognese di Chiovena del 1903*, in *Riv. Trim. dir. proc. Civ.*, 2003, p. 1109 ss, ora in V. COLESANTI, *Scritti scelti*, Vol. 1, Napoli, 2010, p. 13 ss.;

COMPORI G., *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003;

CONSOLO C., DE CRISTOFARO M., *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.* 2007, p. 745 ss.;

CORPACI A., *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, 1997, p. 472 ss.;

CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008;

CORTESE F., *L'adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 9, p. 962 ss.;

CUGURRA G., *Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, p. 357 ss.;

D. CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, in *Foro It.*, 1991, I, c. 184 ss.,

D'AMATO C., *affidamento (tutela dell')*, in *Dig. Disc. Priv.*, 2012;

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 1115 ss.

DE CUPIS A., *La natura della responsabilità*, Milano, 1966, p. 371;

DE FRANCISCO E., *Il giudice amministrativo ... dispone ... il risarcimento del danno ingiusto*, in *Urb. e app.*, 1998, p. 608 ss.;

DE MARTINI D., *I fatti produttivi di danno risarcibile*, Padova, 1983;

DE ROSA M., MATTARELLA B.G., *sub art. 100 cost.*, in Commentario alla Costituzione a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, p. 1944 ss.;

DELFINO B., *Responsabilità e socializzazione del rischio*, in *www.giustamm.it*, 2, 2006

DELLA CANANEA G., *La Corte di giustizia e i rimedi contro le omissioni del legislatore*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, p. 827

DENTI V., *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 111.

DI CIOMMO F., *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332 ss.;

DI MAJO A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1706 ss.;

ID., *Le forme di tutela contro i c.d. «poteri privati»*, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2548 ss.;

ID., *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, p. 745 ss.;

ID., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione* in *Corr. giur.*, 1999, p. 446 ss.;

ID., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003;

ID., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.;

ID., *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, p. 934 ss.;

F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.;

ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 221;

FAILLACE S., *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004

FEDERICO A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999;

ID., *Le antinomie nell'approccio civilistico ai contratti delle P.A.*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi: compiti scientifici e didattici del civilista: atti del 1° Convegno nazionale SISDIC, Grand Hotel Quisisana, Capri 7-8-9 aprile 2005*, Napoli, 2006;

ID, *L'uso delle categorie giuridiche da parte del Costituente: diritti soggettivi e interessi legittimi*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale: atti del 6° Convegno nazionale SISDIC, Grand Hotel Quisisana, Capri 31 marzo/ 1-2 aprile 2011*, Napoli, 2012;

FEMIA P., *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996.

FERRARI E., *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in *Studi in onore di A. Amorth*, Milano, 1982, pp.187-189.

FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile*, Milano, 1992;

FOLLIERI E., *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Possibili profili ricostruttivi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, p. 265 ss.;

ID., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 18 ss.;

ID. *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, p. 276 ss.;

FORZIATI M., *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, I, p. 661 ss.;

FRACCHIA F., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro it.*, 2003, 1, c. 78;

ID. *Materiali per una comparazione in tema di responsabilità civile e amministrativa*, Napoli, 2011;

FRANCO I., *Enti pubblici trasformati in s.p.a. e giurisdizione sulle controversie in tema di appalti, alla luce del diritto comunitario*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1994, 2, p. 254 ss.;

FRANCO I., *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione. Dall'annullamento dell'atto lesivo al risarcimento*, Padova, 1999;

FRANZONI M., *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondadori*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 1181 ss.;

- FRASCA R., *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2005, 4, p. 753 ss.
- FREZZA P., *Fides bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 3 ss.
- FUMAGALLI L., *La responsabilità degli stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000;
- G. SAPORITO, *Sulla risarcibilità di interessi legittimi in tema di appalti pubblici* in *Corr. Giur.*, 1994, 5, p. 620 ss.;
- GABRIELLI E., *Il contratto, il torto e il danno da chance perduta: profili di un'ipotesi giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2010, 11, 503 ss.;
- GALATERIA L., STIPO M., *Manuale di diritto amministrativo*, 3^a ed., Torino, 1989;
- GALETTA D. U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?*, Torino, 2009;
- GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss.;
- GALLO C. E., *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urb. e App.*, 2011, 6, p. 694 ss.;
- GAROFALO L., *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, p. 1 ss.;
- GAROFOLI R., *Danno da lesione di interesse legittimo e diritto comunitario*, in *Urb. e App.*, 1997, p. 253 ss.,
- GARZIA V. G., *Appalti delle società a partecipazione pubblica e tutela giurisdizionale dei partecipanti alle gare*, in *Rass. giur. ener. elettr.*, 1996, 142 ss.;
- GIACCHETTI S., *Un abito nuovo per il giudizio d'ottemperanza*, in *Foro Amm.*, 1979, II, p. 2618 ss.;
- ID., *La responsabilità patrimoniale dell'amministrazione nel quadro del superamento della dialettica diritti soggettivi – interessi legittimi*, in *Rass. Cons. Stato*, 2000, 2, p. 2025 ss.;
- GIANNINI M. S., *Relazione*, in *Atti del Convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di*

interessi legittimi, cit., p. 511 ss.

GIANNINI M.S., PIRAS A., *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIX, p.278.

GIARDINO E., La dia (e la scia) all'esame dell'adunanza plenaria, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 2, p. 153 ss.

GRECO G., *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti e lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano*, Milano, 1990, p. 19 ss.;

ID., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1996, p. 802 e 803.

GUICCIARDI F., *Risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenuto a Napoli il 27-28-29 ottobre 1963, Milano, 1965;

ID., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. Dir. Pubbl.* 1937, ora in *Studi di Giustizia Amministrativa*, Torino, 1967;

IACOVELLI D., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, in *Giur. It.*, 2013, 7, p. 1675 ss.;

LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007;

LANOTTE A., *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332 ss.;

LAURIA F., *Appalti pubblici e mercato unico europeo*, Torino, 1991, p. 227 ss.;

LIPARI M., *D.lgs. 80/1998: le controversie "devolute" al giudice amministrativo*, in *Urb e App.*, 1998, 6, p. 591 ss.;

M. CARTABIA, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni*, in *Giur. Cost.*, 1992, p. 505 ss.;

M. PROTTO, *Giurisdizione nazionale ed effettività della tutela delle situazioni soggettive di matrice comunitaria*, in *Urb. e App.*, 1998, 4, p. 442 ss.;

MAGGIOLO M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003;

MAGLIANO M., *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del*

- Mercato unico europeo*, in *Riv. Dir. europ.*, 1991, p. 883 ss.;
- MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 151 ss.;
- MANTELLINI G., *Lo stato e il codice civile*, I, Firenze, 1880;
- MAZZINA P., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi tra riforme amministrative ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, p. 391 ss.
- MELE E., *Il risarcimento danni in materia di appalti pubblici - Commentario all'art. 13 della legge comunitaria 1991*, in *Riv. Trim. app.*, 1991, p. 1128.
- MEMMO D., *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 797 ss.;
- MENGONI L., *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.;
- ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 360 ss.
- MERUSI F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 1 ss.;
- ID., *Creatività giurisprudenziale e finzione. La tutela del terzo nel processo amministrativo nell'ipotesi di attività liberalizzate*, in *Giur. It.*, 2012, 1, 435 ss.;
- MEUCCI L., *Il principio organico del contenzioso amministrativo*, *cit.*, p. 16 e 30;
- MONATERI P.G., *Irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi e incostituzionalità dell'art. 2043: la fine di una regola?*, in *Danno e Resp.*, 1997, 5, 548 ss.;
- ID., *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospective overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 1998, p. 827 ss.;
- MONETA G., *Dal decreto legislativo 80/1998 alla legge 205/2000 ovvero la storia finita della giurisdizione amministrativa*, in *Contr. e Impr.*, 2001, 3, 861.
- MORBIDELLI G., *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, p. 829 ss.;
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1910, p.196 ss.;
- MUSI A., *Stato e pubblica amministrazione nell'ancien régime*, Napoli, 1979;

- MUSY A.M., *Responsabilità precontrattuale* (Culpa in contrahendo), in *Dig. disc. priv.*, vol. XVII, 1998, p. 360 ss.;
- NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Tratt. di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, XVI, 1, Milano, 1974;
- NICOLÒ R., *Aspettativa* (dir. civ.), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, III, Roma, 1988, 1 ss. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, cit., p. 232;
- NIGRO M., *Introduzione alla tavola rotonda di Roma del 14 aprile 1982 sul tema della responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1982, I, 1671 ss.;
- ID. *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983;
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.
- ORESTANO R., *Azione*, *Enc. Dir.*, IV, p. 1959 ss.
- ORLANDO V. E., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892,
- PAJNO A., *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1994, p. 419 ss.;
- PALMA G., *Il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi in tema di appalti pubblici*, in *Riv. Amm.*, 1997, p. 1225 ss.;
- PANEBIANCO M., *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. Dir. europ.*, 1990, p. 868 ss.;
- PASSONI M., *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*, in *Urb. e App.*, 2001, p. 1211 ss.;
- PATRONI GRIFFI F., *Non cambia il diritto sostanziale*, in *Italia Oggi*, 18 aprile 1998; ID., *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corr. Giur.*, 2011, 3, 301 ss.;
- PELOSI A. C., *Aspettativa di diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 465 ss.;
- PERLINGIERI P., FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000;
- PERLINGIERI P., *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. Dir. civ.*, 1984, p.956 ss.

ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006;

ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008;

ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 317 ss.

ID., *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 1, p. 115 ss.;

PESCATORE G., *Attualità dell' "interesse legittimo" tra ripensamenti della dottrina e indicazioni della giurisprudenza*, in *Studi per il centenario della IV sezione*, Roma, 1989;

PICOZZA E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 4, p. 1209 ss.;

ID., *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, p. 206 ss.;

POLI G., *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012.

POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2000;

ID., sub art. 24, *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006.

ID., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007;

PORTALURI P.L., BIFULCO R., (A cura di), *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti: atti del Convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012*, Napoli, 2012;

PREDIERI A., *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici in Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni '90*, Milano, 1991, p. 619 ss.;

PROTO PISANI A., *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note all' "Azione nel sistema dei diritti" del 1903*, in *Foro It.*, 2003, V, p. 61 ss.;

PROTTO M., *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, in *Resp. Civ. prev.*, 1998, p. 966 ss.;

ID., *Per il diritto europeo la responsabilità della P.A. non richiede la prova dell'elemento soggettivo* in *Urb. e App.*, 2005, p. 36 ss.;

R. SACCO, G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, 1992;

RACCA G. M., *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*, in *Urb. e App.*, 2002, 2, p.201 ss.; ID, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione - il commento*, in *Urb. e App.*, 2003, 8, p. 943 ss.

RAMAJOLI M., *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. Caranta (diretto da), *Il nuovo processo amministrativo*, Torino, Zanichelli, 2011, p. 573 ss.

REGGIO D'ACI E., *Cose vecchie e nuove in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. proc. Amm.*, 1993, p. 443 ss.;

RESCIGNO P., *Gli interessi legittimi nel diritto privato*, in *Raccolta di scritti in memoria di A. Lener*, Bologna, 1988, p. 886,

RODOTÀ S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;

ROMANO A., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, p. 1 ss.;

ID., *nota al parere reso dal Consiglio di Stato, Ad. Gen., 12 marzo 1998*, in *Foro it.*, 1998, III, p. 352 ss.

ROMANO S., *Le giurisdizioni speciali amministrative*, Capo III, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, III, Milano, 1907, p. 1258-1259,

ROMANO TASSONE A., *I problemi di un problema, Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 35 ss.;

ROMEIO G., *Interesse legittimo ed interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, p. 400,

ROPPO V., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *Contr. Impr.*, 1999, p. 101 ss.;

ID., *Il contratto*, Milano, 2001.

- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1996
- SACCO R., *Il possesso*, Milano, 1988;
- SAITTA F., *sub art. 113*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, III, p. 2136 ss.
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1997;
- ID., *Aspettative edificatorie e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 221;
- ID., *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)* in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1187 ss.,
- SANDULLI A.M., *Note problematiche in tema di risarcibilità dei danni recati alla pubblica amministrazione ad interessi protetti a titolo di interesse legittimo*, in *Atti del convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965;
- ID., *In tema di provvedimenti comunali in materia edilizia e risarcimento dei danni*, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 103 ss.;
- ID., *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, Napoli;
- SANDULLI M.A., *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 37 ss;
- SANINO M., *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011;
- SAPONE N., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008;
- SATTA F., *I soggetti dell'ordinamento, per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. civ.*, 1977, I, p. 28 ss.;
- ID., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1989, p. 1370 ss.;
- ID. *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997;
- SCHLESINGER P., *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 338;
- SCOCA F.G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano 1990;
- ID., *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002;

ID. *La “gestazione” dell’interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, I, Padova, 2007;

ID. *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, 2011, 165 ss.;

ID. *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. Giur.*, 2011, 7, p. 979 ss.;

SCODITTI E., *Un’apertura giurisprudenziale su violazione di interessi legittimi e responsabilità civile*, in *Foro It.*, 1994, I, c. 1856.

SCOGNAMIGLIO R., *In tema di risarcibilità dei danni derivanti da lesione degli interessi legittimi da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, p. 311 ss.;

ID., *Aspettativa di diritto*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 226 ss.;

ID., *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970;

ID., *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, p. 164 ss., nonché in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1996;

SCOTTI E., *Appunti per una lettura della responsabilità dell’Amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, p. 580 ss.;

SICA M., *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d’urgenza nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, 1991;

SORACE D. (a cura di), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze, 2009;

SORDI B., *Giustizia amministrativa nell’Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, 1983;

SORRENTINO F., *Profili costituzionali della giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 68 ss.;

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Principio individualistico nel processo amministrativo e difesa dell’interesse pubblico*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1962, p. 632 ss.;

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l’attuale difesa dell’interesse pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, p. 319 ss.;

SPAVENTA S., *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in ID. *La giustizia amministrativa*, a cura di Ricci, Napoli, 1993;

STELLA RICHTER P., *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1981, I, p. 21 ss.;

STICCHI DAMIANI E., *Le parti necessarie nel processo amministrativo*, Milano, 1988;

STOLFI G., *Sulla culpa in contrahendo dell'amministrazione pubblica*, *Riv. dir. comm.*, 1973, II, p. 22 ss.;

TARTAGLIA POLCINI A., sub *art. 1 disp. prel.*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3^a ed., 2010, Napoli;

TARUFFO M., *Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione*, *ivi*, p. 1139 ss.

TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004;

ID., *La colpa della pubblica Amministrazione nel nascente modello di responsabilità risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo. Proposte e prospettive*, in *TAR*, 2001, II, p. 206 ss.;

TASSONE S., *Sulla responsabilità dello Stato membro per omessa attuazione di direttive comunitarie nell'ordinamento interno*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 847 ss.;

ID., *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della L. n. 205/2000*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1235 ss.;

TESAURO G., *Responsabilità degli Stati per violazione del diritto comunitario*, in *Foro Pad.*, 1996, 147 ss.;

THIENE A., *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 343 ss.;

TIZZANO A., *Il diritto privato dell'Unione Europea*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Bessone, Torino, 2000, 97 ss.;

TORCHIA L., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Trattato di*

diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale, a cura di S. Cassese, II, Milano, 2000, p. 1649 ss.;

TORRESI T., *Violazione del diritto comunitario*, in *La responsabilità civile* a cura di Cuffaro, Milano, 2007, p. 617 ss;

TRAVAGLINO G., *Riparto di giurisdizione tra a.g.o. e giudice amministrativo e criteri di individuazione del giudice competente*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 1047 ss.;

TRAVI A., *Interessi procedimentali e pretese partecipative: un dibattito aperto*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, II, 531 ss.;

ID., *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2400 ss.;

ID., *Gli artt. 24 e 111 della Costituzione come principi unitari di garanzia*, in AA. VV., *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale: atti del 6° Convegno nazionale SISDIC, Grand Hotel Quisisana, Capri 31 marzo/ 1-2 aprile 2011*, Napoli, 2012, p. 15 e ss.;

ID., *Introduzione ad un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 1-2/2013, p. 1 ss;

TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2004;

ID., *L'elemento soggettivo nell'illecito provvedimento*, in *Dir. Amm.*, 2008, 67 ss.;

TRIMARCHI P., *Illecito*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970;

TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990;

VALAGUZZA S., *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, p. 50 ss;

VELA A., *Riflessi giurisprudenziali in tema di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, nota a Cass., sez. III, 8 maggio 1963, n. 1142, in *Riv. Giur. Edil.*, 1963, I, p. 866 ss.;

VERDE G., *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 963 ss.;

VERRIENTI L., *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, voce *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, III, 1989, p. 388 ss.;

VIGOTTI A., *La responsabilità precontrattuale*, *Nuova Giur. civ. Comm.*, 1986, 2, p. 175 ss.;

VIRGA G., *Prime osservazioni sugli artt. 33/35 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva*), in *Giust. amm. sic.*, 1998, p. 286 ss.,

ID., *La rivincita dell'interesse legittimo*, in, *Giur. Amm. Sic.*, 1990, p. 83 ss;

ID., *Diritto amministrativo - atti e ricorsi*, II, Milano, 2000

VISINTINI G., *Mora del debitore*, in *Tratt. Rescigno*, 9, I, 2^a ed., Torino, 1984;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, 7^a ed., Milano, 1958;

ZITO A., *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003.

PRINCIPALI SENTENZE CITATE

App. Firenze, 16 maggio 1960, in *Foro It.*, Rep. 1960, voce *Competenza civ.*, cc. 55, 56;

Corte di Cassazione civile, 1 ottobre 1982, n. 5027, in *Foro it.*, 1982, I, p. 2433 ss.

Corte di Cassazione civile, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78;

Corte di Cassazione civile, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332;

Corte di Cassazione civile, 29 luglio 1987, n. 6545, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 167 ss.

Corte di Cassazione civile, SS.UU., 26 gennaio 1971 n.174, in *Foro it.*, 1971, I, p. 342 ss.

Corte di Cassazione civile, n. 10453/97, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1998, p. 397 ss;

Corte di Cassazione civile, sent. n. 1540/95, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 2395 ss.

Corte di Cassazione civile, sent. n. 4755/86, in *Nuova Giur. Civ.*, 1987, I, p. 386 ss;

Corte di Cassazione civile, sent. n. 6657/91, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, II, 424 ss.;

Corte di Cassazione civile, sent. n. 10800/94, in *Foro It.*, 1991, I, p. 3050 ss.;

Corte di Cassazione civile, sent. n. 5520/96, in *Dir. e Giur. Agr.*, 1997, p. 319 ss.

Corte di Cassazione civile, sent. n. 2988/94, in *Giur. It.*, 1995, I,1, p. 1366 e ss.

Corte di Cassazione civile, SS.UU., 18 maggio 1995, n. 5477, in *Foro It.*, 1996, I, c. 1008;

Corte di Cassazione civile, I Sezione, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, p. 78 ss;

Corte di Cassazione civile Civ., Sezione I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *I Contratti*, 2012, 4, p. 235 ss.

Corte di Cassazione civile Napoli, 23 agosto 1904, in *Foro it.*, 1905, I, c. 15.

Corte di Cassazione civile Roma 9 luglio 1897, in *Foro it.* 1898, I, 80 ss.

Corte di Cassazione civile Roma del 13 marzo 1876, in *Foro it.* 1876, I, c. 842;

Corte di Cassazione civile Roma, 22 giugno 1909, *Giur. It.*, 1909, I, p. 913 ss.;

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 19 aprile 1984, n. 2567, *Foro It.*, 1984, I, c. 1202.

Corte di Cassazione civile Sezioni Unite, 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1706 ss.,

Corte di Cassazione civile, 19 novembre 1983, n. 6909, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1841 ss.,

Corte di Cassazione civile, 30 maggio 1966, n. 1441, in *Foro amm.*, 1966, I, 1, p. 515 ss;

Corte di Cassazione civile, Sezione I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro It.*, 1991, I, c. 184 ss.,

Corte di Cassazione civile, Sezione I, 23 maggio 1981, n. 3383, in *Giust. Civ.*, 1981, I, p. 1921 ss.,

Corte di Cassazione civile, Sezione III, 28 ottobre 2010, n. 22021, in *www.lexitalia.it*.

Corte Costituzionale, 7 aprile 2006, ord. n. 149, in *Giur. Costituzionale*, 2006, p. 1376 ss.

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 10 novembre 1993, n. 11077, in *Corr. giur.*, 1994, p. 620 ss.;

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 16 dicembre 1994, n. 10800, in *Corr. giur.*, 1995, p. 483 ss.;

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, p. 440 ss.

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 20 aprile 1994, n. 3732, in *Foro it.*, 1994, I, p. 3050 e ss.;

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 5 marzo 1993, n. 2667, in *Foro it.*, 1993, I, p. 3062 e ss.;

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 6 ottobre 1993, n. 9892, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 96 ss.,

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 9 aprile 1973, n. 997, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 49.

Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 11 gennaio 1894, in *Giur. it.*, 1894, I,1, p. 378 e ss.

- Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 26 aprile 1994, n. 3963, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2712,
- Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 29 dicembre 1897, in *Giur. it.*, 1898, I, 1, p. 63,
- Corte di Giustizia CE, 17 settembre 1997, C-54/96, in *Urb. e App.*, 1998, 4, p. 442 e ss.;
- Consiglio di Stato, 12 febbraio 2008, n. 491, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 2, I, p.465 ss;
- Consiglio di Stato, Sezione IV, 28 aprile 2006, n. 2408, *Foro Amm. CdS*, 2006, 4, p. 1175 ss;
- Consiglio di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7635, in *www.giustizia-amministrativa.it*;
- Consiglio di Stato, Sezione IV, 14 giugno 2001, n. 3169 in *Giur. It.*, 2001, p. 2386 ss.;
- Consiglio di Stato, Sezione V, 6 aprile 2009, n. 2143, in *Foro It.*, 2009, 6, 3,p. 309 ss;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, 11 gennaio 2010, n. 20, n *Riv. Giur. Edil.*, 2010, 3, I, p. 954 ss.;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, 13 gennaio 2012, n. 115, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 1, p. 137 ss.;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Giur. It.*, 2008, p. 230 ss.;
- Consiglio di Stato, Sezione VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *ivi*, 2007, p. 1275 ss.;
- Consiglio Giust. Amm. Sic., Sent., 24 ottobre 2011, n. 684, inedita;
- Consiglio di Stato, 01 febbraio 2013, n. 633, in *Giur. It.*, 2013, 7, p. 1675 ss.;
- Consiglio di Stato, Sezione IV, 14 gennaio 2013, n. 156, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2013, p. 295 ss.;
- Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 febbraio 2012, n. 662, in *Guida Dir*, 2012, 13, p. 80 ss.;
- T.A.R. Campania, 3 ottobre 2012, n. 4017, in *Foro Amm. TAR*, 2012, 10, p. 3272 ss.;

Consiglio di Stato, Ad plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 9, 2515.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011 n. 3, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, 9, p. 962 ss.; in *Corr. Giur.*, 2011, 7, p. 979 e ss; in *Urb. e App.*, 2011, 6, 694 ss.; *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 2, p. 153 ss.;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 marzo 1998, in *Giust. civ.*, 1998, II, p. 258 ss.;

Consiglio di Stato, Sezione V, 18 novembre 2002, n. 6389 in *Urb. e App.*, 2003, 5, p. 566).

Consiglio di Stato, Sezione II, 9.4.1997, n. 129, in *Consiglio di Stato*, 1998, 1, p. 152 ss.

Consiglio di Stato, Sezione V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Foro It.*, 2013, 2, c. 70;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 09 febbraio 2009, n. 717, in *Foro It.*, 2009, 3, c. 617;

Consiglio di Stato, Sezione V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urb. e App.*, 2002, 2, p. 199 ss.

Consiglio di Stato, V Sezione, sentenza 6 agosto 2001, n. 423, in *Urb. e App.*, 2001, p. 1211 ss.;

Corte costituzionale 13 luglio 2007, n. 272, in *Giorn. Dir. Amm*, 2008, 1, p. 45 ss.;

Corte Costituzionale, 11 maggio 2006, n. 191, in *Corr. Giur.*, 2006, 7, p. 922 ss.; in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, p. 1095 ss.;

Corte Costituzionale, 17 luglio 2000, n. 292, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2491 ss.;

Corte Costituzionale, 25 marzo 1980, n. 35, in *Consiglio di Stato*, 1980, II, p. 376 ss., in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 993 ss.;

Corte Costituzionale, 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro it.* 1998, I, c. 3485 ss., in *Resp. Civ. prev.*, 1998, p. 966 ss., in *Giur. it.*, 1998, p. 1928 ss., in *Danno e resp.*, 1998, p. 827 ss.;

Corte di Giustizia CE 10 gennaio 2008, Commissione c. Repubblica Portoghese, in causa C-70/06, in *Foro Amm. CdS*, 2008, p. 1 ss.

- Corte Giust. Amm. Sic., 25 gennaio 2011, n. 83, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 1, p. 318 ss;
- Corte Giust. CE, 14 ottobre 2004, Commissione c. Repubblica Portoghese (in causa C-275/03), in *Urb. e App.*, 2005, p. 36 ss.;
- Corte Giust. CE, 24 settembre 1998, Brinkmann Tabakfabriken, in causa C-319/96, in *Racc.*, 1998, p. 5255 ss.;
- Corte Giust. CE, Seduta plenaria, 8 ottobre 1996, nelle cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 1009.
- Corte Giust. CE, 26 marzo 1996, in causa C-392/93, British Telecommunications, in *Foro It.*, 1996, IV, 321,
- Corte giustizia UE, Sezione III, 30/09/2010, n. 314/09, in *Giur. It.*, 2011, 3, p. 664 ss.;
- Corte di giustizia CE, 19 novembre 1991, n. C 6/90 e C 9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145 ss.;
- T.A.R. Lazio, Sezione III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 135 ss.;
- T.A.R. Sardegna, Sezione I, 14 marzo 2005, n. 328, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 888 ss.;
- T.A.R. Puglia, Sezione I, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Foro it.*, 2002, III, c. 3;
- Tribunale Bologna 22 maggio 1986, in *Fisco*, 1986, p. 6461 ss.;
- Tribunale Isernia, 28 giugno 1996, in *Danno e resp.*, 1997, p. 371 ss.