



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

PENSARE IL DIRITTO PUBBLICO

LIBER AMICORUM

PER GIANDOMENICO FALCON

a cura di

MAURIZIO MALO

BARBARA MARCHETTI

DARIA DE PRETIS

2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

17

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

La pubblicazione di questo volume è stata possibile grazie al contributo dell'Università degli Studi di Padova – Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali SPGI.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2015
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-651-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica – Napoli (ISBN 978-88-6342-836-0).

Dicembre 2015

PENSARE IL DIRITTO PUBBLICO

LIBER AMICORUM PER GIANDOMENICO FALCON

a cura di

Maurizio Malo

Barbara Marchetti

Daria de Pretis

Università degli Studi di Trento 2015

INDICE

	Pag.
Presentazione	VII

METODO E STORIA

Antonio Cassatella <i>Donato Donati e la scienza del diritto amministrativo</i>	3
Fulvio Cortese <i>Il diritto pubblico nella manualistica italiana. Appunti per un'indagine</i>	41

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO OLTRE LO STATO

Giulia Bertezzolo <i>Serve una codificazione del procedimento amministrativo europeo?</i>	71
Samuel Cornella <i>Servizi di interesse economico generale e disciplina europea sugli aiuti di Stato</i>	93
Daria de Pretis <i>I principi nel diritto amministrativo dell'Unione europea</i>	123
Andrea Magliari <i>Il Single Supervisory Mechanism e l'applicazione dei diritti nazionali da parte della Banca centrale europea</i>	153
Elena Mitzman <i>La giuridicizzazione di funzioni amministrative a livello globale. Riflessioni comparatistiche sul settore della cooperazione allo sviluppo</i>	189

PROBLEMI DI ATTIVITÀ E GIUSTIZIA

Nadia La Femina	
<i>Profili evolutivi dell'esecutorietà amministrativa</i>	227
Barbara Marchetti	
<i>La giustizia amministrativa italiana: profili comparati</i>	257
Carlo Padula	
<i>Dove va il bilanciamento degli interessi? Osservazioni sulle sentenze 10 e 155 del 2015.....</i>	273
Silvia Pellizzari	
<i>La responsabilità da provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Questioni ancora attuali.....</i>	315
Anna Simonati	
<i>La trasparenza amministrativa nella normativa italiana: un principio in evoluzione.....</i>	349
Leopoldo Zuanelli Brambilla	
<i>Esiste l'autoamministrazione dei privati?</i>	373

ISTITUZIONI E TERRITORIO

Sandro de Götzen	
<i>Ordinamento e divenire delle fondazioni liriche</i>	405
Cristina Fraenkel-Haeberle	
<i>Modelli partecipativi nell'ordinamento regionale.....</i>	431
Maurizio Malo	
<i>Venezia nel diritto: linee introduttive</i>	451

LA RESPONSABILITÀ DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO DELL'AMMINISTRAZIONE

QUESTIONI ANCORA ATTUALI

Silvia Pellizzari

SOMMARIO: 1. Premessa: quadro evolutivo della responsabilità da provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione. 2. Gli illeciti civili della pubblica amministrazione: i confini incerti di un quadro ancora frammentato. 2.1. Dalla classica dicotomia tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato alla "pluriqualificazione" della fattispecie. 3. La natura sostanziale degli interessi legittimi e la loro risarcibilità. 3.1. Gli interessi legittimi dei terzi nella prospettiva risarcitoria. 4. L'interesse risarcibile tra interessi finali e interessi strumentali: le situazioni giuridiche soggettive nel procedimento. 4.1. La responsabilità per la violazione delle norme procedurali con particolare riferimento all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento. 5. L'art. 30 co. 3 del CPA: vecchie e nuove questioni in materia di risarcimento da lesione degli interessi legittimi. 5.1. Ingiustizia del danno, lesione dell'interesse legittimo e rilevanza dei vizi di illegittimità del provvedimento. 5.2. Alcune brevi considerazioni sul rapporto tra le azioni.

1. Premessa: quadro evolutivo della responsabilità da provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione

Il tema della responsabilità civile della pubblica amministrazione ha interessato la dottrina italiana di diritto pubblico e privato sin dall'introduzione della legge abolitiva del contenzioso amministrativo.

In quel momento la questione risarcitoria si inseriva in quella, ben più ampia, dell'individuazione dei confini della giurisdizione del giudice ordinario rispetto all'esercizio delle funzioni pubbliche.

Una volta istituita la IV sezione del Consiglio di Stato con competenze giurisdizionali e assestatosi il rapporto tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base alla distinzione tra le situazioni giuridiche soggettive dell'amministrato – rispettivamente di diritto soggettivo e

interesse legittimo – anche l’ambito di applicazione della tutela risarcitoria nei confronti dell’amministrazione assunse connotazioni più precise¹.

Essa venne, infatti, esclusa in tutte quelle ipotesi in cui la condotta dell’apparato pubblico fosse rappresentata da un provvedimento autoritativo che avesse inciso su un’utilità (o bene della vita) di cui il privato intendeva continuare a godere o che si aspettava di acquisire nel proprio patrimonio giuridico.

In questi casi l’unica tutela esperibile era quella al giudice amministrativo attraverso il processo “all’atto”. Dopo aver ottenuto l’annullamento del provvedimento, era possibile chiedere al giudice ordinario l’accertamento e la condanna al risarcimento solo per quei danni che, prodotti da un atto limitativo di una posizione giuridica qualificata originariamente come diritto soggettivo, non erano venuti meno in virtù degli effetti della sentenza costitutiva.

Il quadro così sinteticamente delineato è rimasto pressoché invariato sino alla ben nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999, nonostante il dibattito dottrinale in tema di responsabilità dell’amministrazione non si sia mai del tutto sopito e abbia tentato, a più riprese, di valorizzare la tutela del privato rispetto all’esercizio del potere pubblico.

Lo snodo centrale dell’arresto giurisprudenziale poggia sul riconoscimento della natura primaria (e non secondaria) dell’art. 2043 c.c. da cui derivano due conseguenze significative sul piano della tutela del titolare di un interesse legittimo leso da un provvedimento amministrativo.

In primo luogo, ogni azione ex art. 2043 c.c., chiunque sia il soggetto convenuto, consiste nell’accertamento di un diritto (quello al risarcimento del danno) e nella condanna ad adempiere all’obbligazione risarcitoria sorta dal fatto illecito. Quest’ultima può consistere in un

¹ Per una completa analisi del tema della risarcibilità degli interessi legittimi in prospettiva diacronica e nell’ambito del riparto delle giurisdizioni G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 289, ora in *Scritti scelti*, Padova, 2015, p. 371. In tema interessante è anche la ricostruzione contenuta in G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991.

facere specifico o nel *quantum* stabilito a titolo di riparazione per equivalente².

In secondo luogo, la natura dell'interesse leso, da condizione di ammissibilità dell'azione, diviene parte dell'accertamento dei fatti costitutivi dell'obbligazione risarcitoria; in altre parole, ciò che conta è la meritevolezza di tutela dell'interesse sostanziale pregiudicato.

Il fatto che la lesione di quell'interesse sia dovuta all'emanazione di un provvedimento amministrativo, ritenuto illegittimo, non può avere effetti preclusivi o ostativi rispetto alla tutela del danneggiato. In altre parole, la circostanza che all'interesse sostanziale leso si accompagni la lesione dell'interesse legittimo non può escludere l'accesso alla tutela aquiliana né per ragioni di diritto processuale, né, tantomeno, per ragioni di diritto sostanziale.

Da queste affermazioni della Cassazione si sono tratte alcune significative implicazioni.

Per un verso, infatti, l'attenzione si è concentrata sul problema della necessità o meno di mantenere una relazione di pregiudizialità tra la tutela di annullamento e quella risarcitoria³. Dal punto di vista processuale, inoltre, l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione sulle azioni risarcitorie per la lesione degli interessi legittimi, avvenuta con la Legge n. 205 del 2000, ha imposto di perfezionare i tratti caratterizzanti la natura soggettiva del processo amministrativo.

Per altro verso, i tentativi di armonizzare la tutela risarcitoria nel sistema dei rimedi tradizionali avverso l'attività provvedimentoale dell'amministrazione hanno condotto a nuove riflessioni su tematiche classiche del diritto amministrativo tra cui, in particolare, la relazione tra diritto pubblico e diritto privato – o, meglio, tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato – e il carattere sostanziale dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva autonoma.

Solo alcune delle questioni sollevate dalla decisione delle Sez. un. e dalla giurisprudenza successiva hanno trovato soluzione con l'entrata in

² Questo è il motivo per cui nel 1999 la Cassazione concludeva per la giurisdizione del giudice ordinario.

³ In tema si rinvia a F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

vigore del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010, d'ora in poi "CPA") che, come è noto, all'art. 30 disciplina l'azione (*rectius* le azioni) di condanna al risarcimento dei danni ingiusti derivanti dall'*illegittimo esercizio dell'attività amministrativa* o dal *manca-to esercizio di quella obbligatoria*⁴.

Il presente contributo intende trattare alcuni profili problematici che permangono rispetto al tema della responsabilità civile dell'amministrazione da provvedimento illegittimo.

Si affronteranno, in particolare, i temi relativi alla frammentarietà delle ipotesi risarcitorie, alla natura degli interessi legittimi risarcibili e al rapporto tra giudizio risarcitorio, illegittimità del provvedimento e azione costitutiva di annullamento.

2. Gli illeciti civili della pubblica amministrazione: i confini incerti di un quadro ancora frammentato

Già il testo della sentenza n. 500 del 1999 ha posto il problema di definire le fattispecie di responsabilità dell'amministrazione a cui le argomentazioni del *revirement* della Cassazione andavano applicate. Ancora oggi, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento positivo, la questione non è di poco momento in quanto dall'incerta qualificazione

⁴ Sui caratteri della azione di responsabilità della amministrazione a seguito dell'entrata in vigore del CPA v. R. CARANTA, *Le controversie risarcitorie*, in ID. (dir.), *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico*, Bologna, 2011, p. 629 e ss.; R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano, 2010, p. 168 e ss.; L. TORCHIA, M. CLARICH, D. DE PRETIS, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1117 e ss.; L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 1319 e ss.; P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 857 e ss.; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 9 e ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1207 e ss.; F.D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 531 e ss.

degli illeciti possono derivare dubbi in punto di giurisdizione o di corretta applicazione delle disposizioni sostanziali e processuali rilevanti.

Fin dalle sue prime battute la Cassazione ha identificato la c.d. responsabilità civile della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo con i casi di risarcibilità degli interessi legittimi, nonostante questi ultimi, a rigore, ne rappresentino solo una specifica declinazione. Basti pensare al caso in cui un provvedimento leda contemporaneamente l'interesse legittimo di un soggetto (negando a questi il bene della vita a cui aspira) e un diritto soggettivo suo o di terzi (rivelando, per esempio, dati personali sensibili in violazione di quanto previsto dalle disposizioni in materia di trattamento dei dati personali).

Il rischio di indeterminatezza si presenta in termini non così diversi dopo l'introduzione dell'art. 30 del CPA; quest'ultimo, infatti, disciplina almeno tre ipotesi di illecito, vale a dire una categoria generale data dalla responsabilità per danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (art. 30 co. 2) e due fattispecie puntuali rappresentate, rispettivamente, dal risarcimento per lesione degli interessi legittimi (art. 30 co. 3) e dal risarcimento del danno che il ricorrente comprouvi di aver subito dalla inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 30 co. 4).

Definire i caratteri distintivi delle previsioni richiamate è decisivo, considerato che, se si ricade nell'ipotesi generale, l'azione di condanna deve essere esercitata contestualmente ad altra azione, mentre per quelle previste dall'art. 30 co. 2 e 3 la tutela risarcitoria può essere esperita anche in via autonoma.

Peraltro, la prassi applicativa precedente e successiva all'entrata in vigore del CPA ha dimostrato che il panorama della responsabilità civile della pubblica amministrazione è potenzialmente molto più variegato: ai casi di responsabilità da provvedimento illegittimo o semplicemente erroneo si affiancano quelli conseguenti alla violazione di particolari norme e regole di condotta consistenti nella lesione di affidamenti legittimi o incolpevoli.

A tale proposito, basti ricordare che, anche di recente, la Corte di Cassazione ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario per i danni subiti da un soggetto che ripone un affidamento incolpevole su un

provvedimento amministrativo ampliativo della sua sfera giuridica, risultato poi illegittimo e, per questo, annullato⁵.

Le argomentazioni a supporto di tale conclusione si fondano sul presupposto che l'attrazione della tutela risarcitoria nell'ambito della giurisdizione amministrativa può verificarsi esclusivamente se il danno, patito dal soggetto che ha provveduto alla impugnazione dell'atto lesivo, sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità di questo.

Diversa sarebbe, invece, la situazione del proprietario o di altro titolare dello *ius aedificandi* che, ottenuto un titolo abilitativo ed iniziata l'attività di edificazione facendo affidamento (incolpevole) sulla (apparente) legittimità dell'atto, venga successivamente privato del diritto ad edificare a seguito dell'annullamento d'ufficio del provvedimento o in accoglimento del ricorso giurisdizionale promosso da un terzo. A seguito dell'annullamento dell'atto e venuto meno il suo diritto ad edificare, il privato risulta pregiudicato nell'affidamento che l'attività amministrativa ha generato, senza che sussista un qualche altro provvedimento amministrativo contro il quale possa ragionevolmente insorgere.

Per il giudice ordinario, in questi casi il danno astrattamente risarcibile è connesso alla lesione di un interesse ritenuto meritevole di tutela che prescinde da valutazioni sulla legittimità o meno dell'esercizio del potere pubblico e si fonda sulla violazione di doveri di comportamento il cui contenuto non dipende dalla natura privatistica o pubblicistica del soggetto responsabile.

2.1. Dalla classica dicotomia tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato alla "pluriqualificazione" della fattispecie

Quanto sostenuto dal giudice ordinario nelle decisioni sopra richiamate rende esplicito un criterio interpretativo già contenuto nella sen-

⁵ In questo senso si vedano, tra le altre, Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2011 n. 6594; Cass., sez. un., ord. 23 marzo 2011 n. 6595; Cass., sez. un., ord. 3 maggio 2013 n. 10305. Sul punto cfr. A. CASSATELLA, *Potestà di autotutela, risarcimento del danno e riparto di giurisdizione: vecchi temi e nuovi problemi*, in *Diritto e formazione*, 2011, 3, p. 387 e ss.

tenza delle Sez. un. del 1999, che finisce per incidere sul fondamentale rapporto tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato⁶.

Fin dalla dottrina amministrativistica più risalente e autorevole si registra, infatti, una certa ritrosia a consentire il sindacato dell'operato dell'amministrazione rispetto ai canoni civilistici di correttezza e diligenza, affermando, al contrario, l'inevitabile autonomia e specialità dei

⁶ La distinzione “qualitativa” tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato è comune a molti ordinamenti giuridici e presente anche nei sistemi di *common law* per cui sia consentito rinviare a S. PELLIZZARI, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento amministrativo illegittimo in Inghilterra: questioni sostanziali e processuali a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 1003 e ss. Essa richiama la celebre contrapposizione tra norme di azione e norme di relazione teorizzata da E. GUICCIARDI fin dai *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, p. 51 e ss. La tesi di Guicciardi chiariva, infatti, il criterio di riparto tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa: non è la natura del soggetto coinvolto, ma quella della disciplina del rapporto e degli interessi ad essa sottesa che qualifica le situazioni giuridiche soggettive e quindi il giudice chiamato a tutelarle. Ecco quindi che le relazioni giuridiche tra amministrazione e amministrato possono essere regolate da norme «poste a tutela dei diritti (reciproci) tra amministrazione e amministrato» (le norme di relazione) o da norme «per la disciplina dei diritti-poteri dell'amministrazione [...] le quali [...] in linea di diritto non riguardano affatto l'amministrato, ma [erano] sono finalizzate alla esclusiva tutela dell'interesse pubblico; ed [era] è perciò l'interesse pubblico, a priori identificato con il rispetto delle norme di azione, a trionfare immancabilmente alla fine del giudizio». Così, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 371. Si veda anche ID., *Norme di relazione e norme di azione* (tradizione e vicende della giustizia amministrativa nella dottrina di Enrico Guicciardi), in *Dir. soc.*, 1974, p. 384 ove si riprende un passaggio tratto da E. GUICCIARDI, *I limiti soggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1941, III, col. 20 in cui l'Autore sottolineava che nella scienza giuridica amministrativistica era da tempo matura l'idea che «le norme di diritto amministrativo hanno una funzione diversa da quella delle norme poste per la disciplina dei rapporti individuali». Mentre le seconde (le norme di diritto privato o ordinario) sono poste con il fine esclusivo di stabilire i diritti e i corrispondenti obblighi dei soggetti nei rapporti giuridici intercorrenti tra loro, nelle prime (le norme di diritto pubblico) è predominante la funzione di circoscrivere «l'attività dell'Amministrazione entro la sfera giuridica che le viene riconosciuta». Come si vedrà *infra*, questa sistematica è ancora oggi imprescindibile per qualificare le posizioni giuridiche soggettive dei privati a fronte del potere amministrativo e, di conseguenza, i caratteri della loro risarcibilità.

soggetti pubblici e del diritto ad essi applicabile⁷. In questo approccio trova espressione quella che è stata definita una delle più grandi dicotomie della storia del pensiero giuridico, ovvero la netta distinzione tra diritto pubblico e diritto privato⁸.

A ben vedere, proprio questa contrapposizione è una delle ragioni che giustificavano l'irrisarcibilità degli interessi legittimi e, prima ancora, l'impossibilità che questi ultimi potessero essere oggetto di cognizione da parte del giudice ordinario.

In questo senso, la norma (di azione) che attribuisce la funzione amministrativa e il potere autoritativo di limitare (con il provvedimento) l'interesse sostanziale del privato in vista del soddisfacimento dell'interesse pubblico presuppone, in virtù del principio di completezza dell'ordinamento⁹, una norma implicita che consenta la lesione dei diritti o delle libertà dell'amministrato, altrimenti garantite e protette direttamente dalle norme di diritto privato¹⁰.

Fintanto che il provvedimento emanato dall'autorità cui è attribuito il potere (e quindi non in difetto assoluto di attribuzione) produce i suoi effetti, l'interesse sostanziale del privato all'utilità perduta o non ottenuta non è tutelato direttamente dall'ordinamento, ma solo attraverso la

⁷ Di questo avviso anche V.E. Orlando per cui la specialità del diritto amministrativo non consentiva una frammentazione del diritto comune in diverse forme di responsabilità, quanto piuttosto un regime derogatorio di volta in volta giustificato da rapporti aventi «per causa il diritto pubblico». Così G. CAZZETTA, *op. ult. cit.*, pp. 500 e 501.

⁸ Così N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in ID. (a cura di), *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, p. 150.

⁹ Il tema della completezza dell'ordinamento richiama quello delle c.d. lacune per cui si rinvia all'opera di D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910 e al contributo di G. FALCON, *Donato Donati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, in particolare, p. 262, ora in *Scritti scelti*, cit., p. 21 e ss.

¹⁰ A tal fine si veda in particolare quanto argomentato da E. CASSETTA, *Diritto soggettivo e interesse legittimo: problemi della loro tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 634 e 635: «a questo proposito va ricordato innanzitutto che ben spesso l'ordinamento, che ha riconosciuto, mediante una norma di relazione, un soggetto come titolare di un diritto, consente poi, e talora impone, mediante altre norme, che altri soggetti, nell'esercizio della propria attività, incidano su questo diritto, senza che si possa parlare di una sua violazione».

legittimità o meno dell'azione amministrativa e, quindi, la lesione o meno dell'interesse legittimo che ad esso, di volta in volta, si collega¹¹.

Un'impostazione di questo tenore si accompagna al riconoscimento della natura secondaria dell'illecito aquiliano tale per cui l'obbligazione risarcitoria intende sanzionare un comportamento posto in violazione di un diritto soggettivo o, meglio, della norma primaria che lo protegge. Seguendo la tesi *de qua*, stante il provvedimento, questa situazione non potrebbe porsi e di conseguenza l'attività amministrativa non potrebbe dirsi contemporaneamente illegittima e illecita in base all'inosservanza della medesima norma¹².

Al contrario la Cassazione sembra aver progressivamente accolto la tesi di una possibile "pluriqualificazione" delle fattispecie, cosicché l'esercizio di un'attività amministrativa, anche di natura provvedimentale, che si ponga in contrasto con le norme che regolano sul piano pubblicistico la funzione o il potere, può essere accertato anche secondo canoni civilistici di correttezza, buona fede e diligenza in vista del rispetto o meno del principio del *neminem laedere*, che assume valore di norma generale di chiusura¹³.

¹¹ Tale ricostruzione si ritrova anche nel modello dell'equiparazione così come delineato da M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, p. 522 e ss. e, in particolare, p. 538.

¹² Sul punto E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*, in *Giur. it.*, 1951, III, col. 21.

¹³ Interessanti sul punto si rivelano altresì le argomentazioni contenute in Cass. civ., sez. I, sent. 19 ottobre 2011, n. 21648 e Cass., sez. un., ord., 21 dicembre 2011, n. 25764. Tuttavia, parlare di pluriqualificazione può risultare improprio. In dottrina la questione della pluriqualificazione della fattispecie secondo il binomio illecito/illegittimo è invero nota da tempo e, in epoca passata, si poneva soprattutto con riferimento alla ammissibilità o meno della doppia tutela giurisdizionale. La soluzione che veniva data era di segno negativo, nel senso che la tutela dell'illegittimità veniva pacificamente devoluta al giudice amministrativo e l'attività che ne era affetta non poteva ritenersi automaticamente anche illecita. L'illegittimità poteva, però, rappresentare una componente o un sintomo di un comportamento illecito. In questo senso fondamentali sono le riflessioni di E. CANNADA BARTOLI, *Il diritto soggettivo come presupposto dell'interesse legittimo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 361, secondo cui «i rapporto fra la lesione dell'interesse e la lesione del diritto soggettivo permettono di escludere l'ammissibilità della doppia tutela giurisdizionale, secondo la specie della illegittimità fatta valere e di ritenere che, nella ipotesi di concorso delle due lesioni, la illegittimità (più esattamente:

3. La natura sostanziale degli interessi legittimi e la loro risarcibilità

L'analisi dell'ambito di applicazione dell'art. 30 CPA restituisce all'interprete un insieme di ipotesi risarcitorie piuttosto frammentato.

Le fattispecie che paiono più semplici, perché più note, sono quelle in cui il risarcimento è chiesto a fronte della lesione di un interesse legittimo. Rispetto a queste ultime, i principali profili problematici riguardano la struttura della fattispecie, l'identificazione dell'interesse risarcibile e la prova degli elementi costitutivi della responsabilità nell'ambito del giudizio amministrativo¹⁴.

Data la natura essenzialmente riparatoria del nostro sistema di responsabilità civile, la tutela risarcitoria intende proteggere l'interesse all'integrità patrimoniale del privato, vale a dire l'interesse a che le diverse utilità che compongono il suo patrimonio non vengano ridotte o possano aumentare sulla base della capacità di autodeterminazione garantita ad ogni soggetto dall'ordinamento.

Per quanto riguarda i casi di risarcibilità degli interessi legittimi, si tratta del medesimo interesse che da sempre differenzia il destinatario del provvedimento sfavorevole rispetto alla collettività e che consente a costui di far valere in giudizio l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, la quale trova specifico fondamento nei principi e nelle disposizioni proprie del diritto pubblico¹⁵.

la lesione dell'interesse) rifluisce – secondo la valutazione dell'ordinamento – sulla illiceità».

¹⁴ Sul piano generale, gli illeciti in cui la condotta lesiva è rappresentata da un provvedimento amministrativo illegittimo possono configurare, in base agli effetti dell'atto, illeciti permanenti – come nel caso dei provvedimenti cui consegue, per esempio, l'occupazione di un immobile privato – o, nella maggior parte dei casi, illeciti istantanei ad effetti sia temporanei che permanenti. In questa seconda ipotesi, gli effetti permanenti si verificano, in particolare, quando l'efficacia costitutiva dell'atto, in mancanza della previsione di un termine finale, comporta un pregiudizio che si consolida, potenzialmente *sine die*, una volta decorsi i termini di decadenza per l'impugnazione dell'atto.

¹⁵ Che l'interesse legittimo non potesse coincidere con la mera pretesa alla legittimità dell'atto, la quale non avrebbe potuto considerarsi neppure quale bene della vita oggetto di una situazione giuridica soggettiva, è messo in evidenza da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 259.

In concreto, è proprio la convergenza tra l'interesse sostanziale al bene della vita leso dal provvedimento e l'interesse alla legittimità dell'esercizio del potere – che grazie al primo si differenzia e individualizza¹⁶ – a determinare in capo a quel soggetto la titolarità dell'interesse legittimo che assume, di conseguenza e pacificamente, natura sostanziale.

Circa il momento in cui sorga l'interesse legittimo così definito si è molto discusso¹⁷.

Sulla base delle tesi più risalenti, pare potersi dedurre che prima dell'efficacia del provvedimento la qualificazione dell'interesse sostanziale dovrebbe, a rigore, essere compiuta sulla base delle norme che lo tutelano indipendentemente dall'avvio dell'azione pubblica. Usando un'espressione cara agli autori anglosassoni si potrebbe dire che l'interesse continua ad essere più o meno protetto in virtù del diritto ordinario o comune.

Sul piano descrittivo, quindi, esso potrebbe avere la consistenza del diritto soggettivo assoluto (a fronte di un emanando decreto di esproprio), della libertà di esercitare o meno l'autonomia privata anche attraverso atti dispositivi del proprio patrimonio (in vista dell'adozione di

¹⁶ In senso critico sul punto L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, IV ed., 2005, p. 472: «si può essere d'accordo sull'osservazione che, se mancasse il «bene della vita», non si potrebbe parlare dell'interesse legittimo come di una situazione giuridica soggettiva di ordine sostanziale: ma anche questo non comporta che si debba riconoscere in quel bene della vita un elemento costitutivo dell'interesse legittimo. Se così fosse, si dovrebbe coerentemente affermare (come appunto fa una parte della dottrina) che anche il giudizio amministrativo – al pari di quello civile – è preordinato alla protezione di un interesse sostanziale. Ma è conclusione che non si concilia con il dato innegabile che l'esito favorevole di un giudizio di annullamento, comportante l'accertamento dell'illegittimità di un atto, non sempre comporta il realizzarsi di una tale protezione».

¹⁷ Sulla controversa natura dell'interesse legittimo cfr. tra gli altri A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)* (voce), in *Enc. dir.*, II agg., Milano, 1998, p. 967 e ss.; F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2212 e ss. e ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 511 e ss.; B. SORDI, *Interesse legittimo* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, Annali 2008, p. 709 e ss.; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. civ.*, 2012, p. 46 e ss.

provvedimenti impositivi di obblighi o divieti) o di un'aspettativa ad ottenere un'utilità, sia essa data dall'esercizio lecito di un'attività o dal godimento di un bene fungibile o infungibile altrimenti indisponibile (provvedimenti di autorizzazione e concessione)¹⁸.

Seguendo questa ricostruzione, il provvedimento, che è dotato di effetti costitutivi indipendentemente dalla sua legittimità, definisce in modo potenzialmente incontrovertibile l'interesse del privato rimasto insoddisfatto (o perché lo estingue, o perché ne limita alcune facoltà o perché non gli consente di realizzarsi completamente).

All'amministrato non resta che esperire l'azione (tradizionalmente quella di annullamento) a tutela dell'interesse legittimo che gli è riconosciuto in quanto destinatario degli effetti costitutivi e pregiudizievoli prodotti dall'atto¹⁹.

¹⁸ Sul punto, cfr. le osservazioni di A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo*, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, p. 171 e ss.

¹⁹ Così G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., pp. 375 e 376: «una volta emanato il provvedimento «lesivo» (lesivo, al fondo, in quanto non satisfattivo, non in quanto illegittimo), l'interesse legittimo si manifesta pur sempre in un potere di provocare un sindacato di legittimità, la cui correlazione con l'interesse sostanziale del ricorrente rimane astratta e distante: l'atto verrà salvato o annullato in quanto per qualunque ragione «illegittimo», non in quanto abbia tolto o non abbia dato all'interessato qualcosa che non avrebbe dovuto essere tolto o avrebbe dovuto essere dato: esso può consentire «solo e sempre di garantire la legittimità del comportamento dell'amministrazione». In senso analogo, F.G. COCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1971, p. 28 e ss. che in ID., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2012, vol. II, p. 910 sostiene che «l'oggetto proprio dell'interesse legittimo è il comportamento dell'amministrazione, ma solo in quanto tale comportamento consente di conservare o di acquisire una utilità sostanziale (la conservazione di un bene di proprietà, l'acquisizione del diritto su un bene di proprietà pubblica, la possibilità effettiva di esercitare un'attività astrattamente consentita, l'ammissione allo svolgimento di attività riservate all'amministrazione). È in tale tensione verso una utilità sostanziale che occorre vedere il carattere strumentale dell'interesse legittimo, strumentale rispetto ad un interesse sostanziale del privato, non certo alla soddisfazione dell'interesse pubblico». Sul punto si ricorda anche la posizione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, IV ed., Bologna, 2002, p. 103, secondo cui l'interesse legittimo rispecchia una posizione di vantaggio che l'ordinamento assegna ad un soggetto in vista di una «utilità oggetto di potere am-

Egli ha, infatti, interesse specifico all'annullamento del provvedimento che, se in alcuni casi potrebbe determinare subito la riaffermazione del suo interesse, in altri gli garantirebbe almeno una nuova possibilità di veder realizzata l'aspettativa a cui aspira.

Date queste premesse, la tutela risarcitoria non potrebbe che avere un ruolo ancillare rispetto alla tutela di annullamento e ai suoi effetti diretti.

Accanto a tale posizione, che rimane peraltro ancora valida nei suoi principali tratti fondamentali, ne sono state elaborate altre che hanno inteso amplificare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo essenzialmente attraverso due vie: valorizzando maggiormente il suo ruolo all'interno del procedimento amministrativo e fornendo un'interpretazione delle norme che regolano l'agire amministrativo meno orientata al solo ed esclusivo perseguimento dell'interesse pubblico.

Tale prospettiva ha contribuito a giustificare, in tempi più recenti, un'interpretazione degli illeciti per cui i casi di risarcibilità degli interessi legittimi non coinciderebbero con le sole ipotesi di danno da provvedimento amministrativo illegittimo, in quanto la lesione di un interesse legittimo sostanzialmente inteso (soprattutto se di natura procedimentale) può essere indipendente dalla lesione dell'interesse sostanziale riconducibile all'emanazione dell'atto.

Così, è stato autorevolmente sostenuto che l'interesse legittimo sorge in virtù della "concorrenza in un'unica fattispecie di più interessi degni di tutela". Mentre alcuni di questi interessi, in quanto pubblici, godono di una protezione prevalente e per questo sono affidati alla pubblica amministrazione, altri sono garantiti dalla stessa norma che fonda e regola le funzioni pubbliche che, in questo modo, garantisce anche situazioni soggettive concorrenti, sia private che pubbliche. In questa seconda categoria di interessi protetti si colloca l'interesse legittimo, che nasce "con il verificarsi del fatto della norma regolatrice del potere o, se si preferisce, con l'atto o col fatto con cui ha inizio il procedimento amministrativo".

ministrativo» che garantisce a tale soggetto «poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione della pretesa all'utilità».

Per questa tesi, al pari del diritto soggettivo, l'interesse legittimo si attua quindi in un rapporto che si instaura nel corso del procedimento tra l'autorità e l'amministrato, titolari di situazioni giuridiche concorrenti disciplinate dall'insieme delle norme che regolano la funzione e il potere.

L'interesse legittimo così definito si estingue con l'emanazione del provvedimento che realizza l'interesse pubblico. Tuttavia, a fronte dell'illegittimità dell'atto, si determina la lesione dell'interesse privato che integra la fattispecie costitutiva del mezzo di tutela rappresentato dall'azione di annullamento attraverso cui il giudice amministrativo non si limita a rimuovere l'atto, ma accerta quanto "è di diritto nel rapporto controverso".

Questa ipotesi ricostruttiva²⁰ è in armonia con altra dottrina la quale sottolinea come le norme che disciplinano il procedimento amministrativo garantiscono altresì gli interessi dei soggetti che in esso intervengono. In questo senso le disposizioni che attribuiscono al privato il potere di condizionare con propri atti lo svolgimento del rapporto procedimentale divengono norme di tutela materiale dell'interesse legittimo²¹.

In ragione di quanto detto si può quindi ritenere che sussistano almeno due prospettive da cui osservare la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo: una è legata all'interesse sostanziale (e finale) inciso dal provvedimento, l'altra prende a riferimento gli interessi protetti dai principi e dalle disposizioni che disciplinano l'agire amministrativo. Questi ultimi possono essere concepiti sia in via autonoma, sia come strumentali rispetto agli interessi finali²².

²⁰ Così M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, in particolare p. 253.

²¹ In particolare E. CAPACCIOLI, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, in *ID.*, *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, p. 100 e ss.

²² Come è noto, quando si parla di norme procedimentali ci si riferisce a parametri normativi molto eterogenei tra loro che possono riguardare tanto il bilanciamento degli interessi in sede di definizione del contenuto discrezionale dell'atto, quanto gli aspetti "formali" dell'*iter* procedimentale seguito per addivenire alla decisione finale. Questi ultimi, inoltre, vanno dalla disciplina del rapporto tra amministrazioni portatrici di interessi connessi all'oggetto del procedimento, alla garanzia del contraddittorio e della

3.1. *Gli interessi legittimi dei terzi nella prospettiva risarcitoria*

Restano da inquadrare quelle fattispecie in cui il provvedimento non leda il destinatario dell'atto, ma un terzo che potrebbe trarre un pregiudizio dal contenuto dello stesso, soprattutto quando questo consenta lo svolgimento di un'altra attività privata che riduca o limiti l'esercizio delle sue facoltà.

Si pensi al classico caso dell'interesse del vicino rispetto a un titolo edilizio rilasciato al proprietario del fondo confinante o, ancora, all'operatore economico che si reputi leso nei suoi interessi economici dall'autorizzazione rilasciata illegittimamente ad un concorrente per svolgere un'attività analoga a breve distanza.

Nonostante rispetto al terzo il provvedimento non produca alcun effetto giuridico immediato, questi è titolare di un interesse legittimo oppositivo che oggi lo legittima non solo ad impugnare l'atto che ha effetti nei confronti di altri privati, ma anche a richiedere all'amministrazione il risarcimento dei danni da questo conseguenti.

La soluzione non è immune da perplessità in quanto già la lesione che legittima il terzo ad impugnare l'atto troverebbe, a rigore, fondamento non tanto nel provvedimento in sé, quanto piuttosto nel comportamento e nelle azioni che quest'ultimo consente²³.

A questo proposito pare interessante quanto stabilito dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 1346 del 2007, a fronte di una domanda risarcitoria promossa da un privato, venditore ambulante di fiori, per i danni da sviamento di clientela rivolta all'amministrazione locale a seguito dell'emanazione a favore di un terzo di una concessione per

trasparenza degli atti apparendo, per alcuni versi, molto simili a quelli che anche altri poteri pubblici sono chiamati rispettare. L'esempio più immediato è dato dal processo giurisdizionale che deve seguire alcune precise formalità a tutela del corretto svolgimento della funzione e degli interessi delle parti coinvolte. L'aspetto che può divergere è la conseguenza giuridica che l'ordinamento riconduce alla violazione di questo tipo di norme nei differenti contesti: mentre nell'azione amministrativa, solitamente, i vizi inerenti alla disciplina del procedimento si convertono in vizi dell'atto finale, nel processo giurisdizionale essi possono comportare una sospensione dello stesso e una rinnovazione dell'atto o della fase endoprocessuale viziati.

²³ In questo senso G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 2013, in particolare p. 61.

l'occupazione temporanea di suolo pubblico in area limitrofa a quella del ricorrente e per lo svolgimento di una medesima attività economica.

Nel merito, la sentenza di annullamento riconosce che il destinatario del provvedimento di concessione non possedeva i requisiti necessari per ottenerlo.

Quanto all'azione risarcitoria, il Consiglio di Stato afferma che sussistono gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano e, in particolare, l'ingiustizia del danno integrata dall'illegittima presenza, peraltro in posizione più vantaggiosa e in uno spazio ristretto, di un'ulteriore rivendita.

Il provvedimento illegittimo ha, quindi, determinato il verificarsi di un fatto causativo di uno sviamento di clientela e, quindi, di un minor profitto in capo al ricorrente per tutto il periodo in cui l'atto ha prodotto i suoi effetti.

Il caso descritto induce altresì a riflettere sulle ipotesi in cui la responsabilità dell'amministrazione rispetto al terzo dovrebbe, invece, essere esclusa. Si tratta di fattispecie in cui l'attività del privato, consentita dal provvedimento amministrativo, debba essere qualificata in senso illecito indipendentemente dalla illegittimità del provvedimento (che potrebbe anche sussistere). Nel caso descritto ciò si sarebbe verificato se il destinatario della concessione illegittima avesse, per esempio, compiuto anche atti di concorrenza sleale.

4. L'interesse risarcibile tra interessi finali e interessi strumentali: le situazioni giuridiche soggettive nel procedimento

Come è emerso nei precedenti paragrafi, il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi ha posto il problema della omogeneità o meno di questa situazione giuridica soggettiva.

Nel dibattito è riemersa, in particolare, la distinzione tra l'interesse legittimo all'utilità finale e gli interessi legittimi di natura procedimentale²⁴.

²⁴ Per un'autorevole ricostruzione del dibattito sotteso a tale tematica si rinvia, da ultimo, al contributo di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo*,

Degli interessi procedimentali si è molto discusso, soprattutto con riferimento alla possibilità di risarcirne autonomamente la lesione che si verifica a fronte della violazione delle norme che li proteggono la quale può comportare l'illegittimità dell'atto, anche se non necessariamente la lesione dell'interesse finale.

Così, se la dottrina maggioritaria tende a ricostruire tali interessi come strumentali rispetto all'interesse finale, altri autori difendono la possibilità di interpretare le posizioni giuridiche procedimentali come veri e propri diritti riconosciuti al singolo dall'ordinamento²⁵.

In realtà, entrambe le prospettive paiono fondate e non si escludono reciprocamente.

Rispetto a un bene della vita, che legittima la partecipazione al procedimento e l'eventuale impugnazione del provvedimento, gli interessi ad intervenire nella fase istruttoria, a vederla conclusa in tempi rapidi e senza eccessivi aggravii sono senz'altro strumentali, nel senso che vengono riconosciuti in capo al soggetto in quanto titolare dell'interesse all'utilità finale potenzialmente pregiudicata dal provvedimento; per questo motivo l'amministrato potrà farli valere anche solo come vizi dell'azione amministrativa.

Teoricamente nulla vieta che questi stessi interessi possano essere considerati indipendentemente da quelli finali, sebbene un qualche collegamento relazionale con questi ultimi dovrà sussistere per vederli garantiti tanto nel procedimento, quanto nel processo.

alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale, in *Dir. amm.*, 2014, p. 479 e ss.

²⁵ In tema è suggestiva la posizione di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005 per cui, a fronte dell'esercizio dell'attività amministrativa, deve essere riconosciuto in capo all'amministrato un *diritto soggettivo alla legittimità dell'atto* considerato quale «interesse di uno specifico soggetto, relativamente ad un bene determinato, a che la particolare regola del rapporto venga osservata» (in particolare pp. 169 e 170). La ricostruzione è ripresa autorevolmente da L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003, pp. 141 e 142, che afferma come «ogni vincolo, sia di carattere sostanziale, sia di carattere procedimentale o genericamente formale, si presta ad essere letto, guardando al lato attivo del rapporto, in termini di vantaggio, confermando da questo punto di vista che l'utilizzazione della nozione di obbligo è ad esso congeniale».

Allo stesso tempo, è possibile classificare gli interessi procedimentali come diritti, analogamente a quanto avviene in molti ordinamenti giuridici²⁶. Il problema è piuttosto quello di valutare il contenuto di questi diritti, la natura della loro protezione e i mezzi che l'ordinamento appresta per la loro tutela.

Autorevole dottrina ha proposto di considerarli quali diritti soggettivi dell'*ordinamento amministrativo* in quanto essi rimangono tutelati pur sempre nei limiti e nel rispetto delle regole e dei principi giuridici del sistema amministrativo²⁷. Anche in questo caso, il passaggio dalla dogmatica delle situazioni giuridiche alla riflessione sulla natura delle norme che le tutelano appare imprescindibile.

Prima di tutto, sembra da escludere la generalizzata assimilazione dei diritti procedimentali ai diritti di credito, che troverebbe il suo principale riferimento nell'art. 1173 c.c.

In virtù di tale disposizione, come è noto, le *obbligazioni* sorgono non solo da contratto o da fatto illecito, ma anche da ogni *altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico*.

Per la scienza civilistica²⁸ si tratta del riconoscimento delle c.d. *obbligazioni ex lege*, ovvero generate da un atto normativo e quindi a prescindere dall'esercizio dell'autonomia privata. In altre parole, in questi casi la legge impone ad un soggetto un'obbligazione a cui, in base ad una visione dinamica delle situazioni giuridiche, corrisponde un diritto

²⁶ Emblematico al riguardo è quanto avviene nell'ordinamento statunitense, ove i diritti procedimentali e in particolare quelli legati al principio del contraddittorio sono considerati *constitutional rights* in virtù della *due process clause*. Di qui è pacifica l'affermazione della loro autonoma risarcibilità anche se tradizionalmente viene riconosciuto solo un risarcimento simbolico (*nominal damage*). Sul punto cfr. J.C. LOVE, *Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights*, in *California Law Review*, 1979, p. 1242 e ss.

²⁷ In questo senso si veda A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, p. 95 e ss.

²⁸ Si veda in particolare C. CASTRONOVO, *L'obbligo senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 148 e ss. e ora in ID., *La nuova responsabilità civile*, II ed., Milano, 1997, p. 177 e ss.

soggettivo relativo (o di credito) in capo a quel soggetto nel cui interesse quella stessa obbligazione va adempiuta²⁹.

Piuttosto delicata è l'applicazione di tale schema al rapporto tra amministrazione e amministrato nell'esercizio di un potere autoritativo che si svolge nel procedimento³⁰.

In estrema sintesi, l'*iter* argomentativo per una soluzione in senso affermativo dovrebbe articolarsi nel seguente modo: le norme che disciplinano il procedimento amministrativo sono norme che, pur collegate all'esercizio di un potere, impongono dei doveri. A fronte di un dovere imposto *ex lege* a un soggetto, deve potersi rintracciare una corrispondente posizione giuridica di vantaggio, che non può che avere la consistenza del diritto ad ottenere la prestazione dovuta. Doveri (obbligo) e diritto (di credito) sono i due poli in cui andrebbe così inquadrato il rapporto amministrativo procedimentale.

Ora, che nel procedimento vi siano norme impositive di doveri, che la loro inosservanza possa essere sanzionata con l'illegittimità dell'atto e che i privati coinvolti nel procedimento siano i principali interessati al

²⁹ Per la concezione dinamica dei diritti il riferimento teorico indiscusso è senza dubbio il pensiero hohfeldiano espresso a partire da due articoli pubblicati rispettivamente nel 1913 e nel 1917 nel *Yale Law Journal* (W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, I e II*). Secondo B. CELANO, *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Analisi e diritto*, 2001 «secondo Hohfeld, con il termine 'diritto' (*a right*), che sembra connotare una singola nozione, si fa in realtà riferimento, nel discorso giuridico corrente, a quattro diversi fenomeni, o quattro diverse nozioni, che egli denomina rispettivamente: (1) diritto in senso stretto ("in the strictest sense"), o pretesa (*claim*); (2) privilegio (*privilege*); (3) potere (non fisico, ma) giuridico (*power*); (4) immunità (*immunity*). A ciascuna di queste quattro nozioni corrisponde una nozione correlativa, rispettivamente (1) dovere (*duty*); (2) non diritto (*no-right*); (3) soggezione (*liability*); (4) incapacità (*disability*)». Come è noto, spesso le traduzioni possono non corrispondere al significato giuridico degli istituti nel sistema di appartenenza. In ogni caso la coppia obbligazione/diritto di credito di cui al diritto privato italiano rappresenta una declinazione di quella generale *right/duty*.

³⁰ Contrario a questa possibilità è G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 241 e ss. e ora in *Scritti scelti*, cit., p. 561 e ss., in particolare, p. 567, che esclude che questo processo ermeneutico possa essere svolto rispetto alle norme che impongono dei doveri all'amministrazione nell'ambito del rapporto autorità/libertà.

rispetto di tali disposizioni, *nulla quaestio*; il profilo che suscita qualche perplessità è dato dalla relazione tra norma, dovere e diritto letta alla luce dell'art. 1173 c.c.

Quest'ultimo richiama, infatti, in modo specifico le obbligazioni che sorgono in virtù di circostanze e presupposti previsti dall'ordinamento; a fronte dell'obbligazione, sta il diritto relativo che permette al suo titolare di esercitare le azioni previste per l'adempimento della prestazione che, come già detto, è posta essenzialmente (per non dire esclusivamente) nel suo interesse.

Da questa precisazione si ricava che non tutte le disposizioni che impongono doveri intendono creare un'obbligazione e che, a tal fine, è necessario esercitare un'operazione ermeneutica complessa.

Il problema si è posto già nel diritto privato proprio ai fini di qualificare come extracontrattuali o contrattuali gli illeciti commessi in violazione di alcune disposizioni normative.

Il dibattito ha interessato per un verso la struttura dell'art. 2043 c.c. e, in particolare, l'elemento soggettivo della colpa e, per altro verso, altre enunciazioni normative impositive di doveri, tra cui, in particolare, l'obbligo di buona fede nelle relazioni precontrattuali o i doveri di diligenza e precauzione in alcuni specifici contesti sociali.

Anche nell'illecito aquiliano, infatti, l'idea del dovere è essenziale tanto che si è soliti dire che la responsabilità extracontrattuale è conseguenza dell'inosservanza del dovere di *neminem laedere* e che la colpa consiste nell'accertata violazione dei doveri di prudenza, diligenza e perizia. Nessuno, a fronte di tali doveri, pensa di essere titolare di un diritto di credito da azionare indipendentemente dagli altri elementi che integrano la fattispecie risarcitoria.

Ciò nonostante, con l'intensificarsi degli scambi e delle relazioni economico-sociali, alcuni doveri sono divenuti tipici di particolari rapporti giuridici, soprattutto se espressamente indicati dalla legge, e la loro violazione è stata considerata progressivamente come condizione sufficiente ad integrare la colpa di una delle parti rispetto all'altra. Si è parlato, dunque, di colpa specifica o anche relazionale.

In un numero più ridotto di casi, a partire dalla colpa specifica si è ritenuto che la previsione legislativa di quel particolare dovere o obbligo non intendesse semplicemente specificare il generale dovere di dili-

genza di cui all'art. 2043 c.c., ma garantire direttamente l'interesse della controparte "sociale"³¹.

Di qui sono sorte le ipotesi di responsabilità da contatto sociale qualificato che si verificano, per esempio, a seguito di informazioni inesatte nei settori finanziari o in capo al medico e all'insegnante rispettivamente verso i pazienti e gli allievi³².

Quanto ai diritti procedurali pare, invece, più opportuno inquadrarli nell'ambito di quelle posizioni giuridiche riconosciute ai singoli nei confronti dello Stato o, meglio, dell'autorità. Il riferimento principale è dato dai *diritti pubblici soggettivi* di Jellinek il cui pensiero ha influenzato gran parte della riflessione filosofica moderna sui limiti o autolimiti del potere³³.

In questa cornice i diritti che sono riconosciuti al privato nel rapporto con i poteri pubblici devono essere ricostruiti secondo una logica diversa da quella tradizionale, pensata per i rapporti tra privati³⁴.

³¹ In altre parole, il dovere è imposto non tanto per tipizzare la colpa, ma per imporre a tizio un comportamento che, una volta adempiuto, realizza, per volontà legislativa, un interesse specifico di caio.

³² Hanno prospettato la qualificazione della responsabilità civile dell'amministrazione come responsabilità da contatto, tra gli altri, G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio. Profili sostanziali e processuali*, II ed., Padova, 2003 e M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità degli interessi legittimi: una svolta epocale?*, in M. ANDREIS (a cura di), *Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Milano, 2002, p. 131 e ss. Tale tesi è stata accolta anche dalla giurisprudenza per un certo periodo di tempo a partire in particolare da Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

³³ Per un'efficace ricostruzione di questa tematica si veda F. VIOLA, *Diritti umani* (voce), *Enc-filos.*, Milano, 2006, p. 2178 e ss.

³⁴ Sviluppando ulteriormente il ragionamento proposto, che richiederebbe un ben più ampio approfondimento, si può dire che anche i diritti o le libertà private nel momento in cui vengono presupposte da una norma attributiva del potere diventano diritti soggettivi pubblici o ad ordinamento pubblico. Ciò imporrebbe di considerare in chiave critica la posizione, peraltro imprescindibile in argomento, di A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in ricordo di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, p. 268 e ss. Muovendo dalla questione del c.d. scopo della norma, l'Autore afferma che le norme che sono tradizionalmente qualificate come norme di azione possono essere interpretate come norme dirette a tutelare in via primaria e non secondaria l'interesse del privato, soprattutto quanto il potere assegnato all'amministrazione ha natura vincolata. In questi casi è possibile un'operazione ermeneutica che faccia con-

I diritti pubblici, anche se soggettivi, si caratterizzano infatti per una propria e peculiare razionalità sistematica per cui ad essi non corrispondono veri e propri doveri ma, piuttosto, incapacità (corrispondenti alle categorie del *no-right*, del *no-power* o della *disability* nella terminologia hohfeldiana).

In questo senso, il diritto al contraddittorio assicurato al singolo nel procedimento amministrativo è condizione del potere tale da giustificare il principio o la disposizione che ne circoscrivono l'esercizio. Il diritto partecipa perciò alla *ragione* della norma di diritto pubblico che limita il potere e la cui violazione non va letta in chiave di lesione del diritto, ma piuttosto come motivo di invalidità dell'atto conseguente³⁵.

cludere a priori per la spettanza o meno del provvedimento, e quindi dell'utilità sostanziale, una volta verificatisi i presupposti previsti dalla disciplina in parola. Secondo la ricostruzione prospettata nel testo, invece, anche in queste ipotesi il diritto o la libertà sarebbero da interpretare come una delle ragioni per cui potere deve essere esercitato nel rispetto di certe modalità e con un certo contenuto.

³⁵ Lo stesso meccanismo opererebbe per molte delle previsioni costituzionali comuni alla *Western Legal Tradition*. Secondo R. MARTIN, *A System of Rights*, Oxford, 1993, quando si afferma che lo Stato non può limitare un determinato diritto non si vuole intendere che esso non *deve* farlo, ma che non è giuridicamente (costituzionalmente) legittimato a farlo. Una logica analoga pare sottesa a quanto affermato da G. FALCON nella recensione al volume di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007 pubblicata in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 637 e ss. e, in particolare, p. 639 secondo cui «Se guardo al diritto, agli ordinamenti giuridici, non riesco a vedere soltanto volontà di potenza e infinite norme contingenti e frammentarie prodotte dalle macchine normative. Vedo invece ordinamenti strutturati intorno a valori di base, valori concreti storicamente affermati e vigenti, spesso codificati in Costituzioni che regolano la stessa validità delle norme prodotte dal legislatore, parametrandola a quei valori. Vedo che molti di quei valori e principi sono comuni a molti ordinamenti in una sorta di universalità, che tende ad espandersi in quello che taluni chiamano diritto globale: il principio di legalità dei poteri, il principio *audi et alteram partem*, i diritti alla tutela giurisdizionale da parte di Corti indipendenti [...]».

4.1. La responsabilità per la violazione delle norme procedurali con particolare riferimento all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento

Quanto detto in chiusura del precedente paragrafo non significa che il mancato rispetto delle disposizioni procedurali non possa creare in capo all'amministrato un danno risarcibile.

A ben vedere, infatti, il procedimento amministrativo e gli adempimenti ad esso connessi possono divenire eccessivamente e ingiustamente costosi per i singoli a causa del comportamento dell'amministrazione precedente.

Si pensi al caso della violazione del principio del contraddittorio in una vicenda particolarmente complessa ove l'amministrazione non abbia consentito al privato e ai suoi consulenti di prendere piena visione degli atti procedurali e, quindi, permesso loro di elaborare adeguate difese. L'annullamento del provvedimento a seguito dell'accertamento di tale vizio e la necessità di garantire una nuova *disclosure* determineranno un danno per l'interessato, il quale dovrà commissionare ai propri esperti la redazione di ulteriori controdeduzioni sulla base del materiale visionato per la prima volta³⁶.

La natura pubblicistica delle norme in parola e la loro incidenza sull'esercizio del potere inducono a ritenere che le rispettive azioni siano attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo ex art. 7 del CPA. Essendo tali norme condizioni di legittimità dell'esercizio del potere, l'interesse al loro rispetto ha pur sempre la consistenza dell'interesse legittimo. Si può quindi ritenere che in questo caso l'illecito derivante da un *esercizio illegittimo dell'attività amministrativa* possa essere azionato indipendentemente da altra azione e, in particolare, dall'azione di annullamento, rispetto alla quale il privato potrebbe addirittura non avere interesse³⁷.

Il legislatore italiano ha espressamente previsto un'ipotesi di responsabilità per violazione di una norma procedimentale; si tratta dell'inos-

³⁶ Nel diritto dell'Unione europea un'ipotesi di questo tipo è sottesa, per esempio, al noto caso *Schneider* (decisione di primo grado T-351/03 e di appello C-440/07).

³⁷ In senso contrario, prima dell'entrata in vigore del CPA, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, cit., p. 569.

servanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 30 co. 4 CPA).

L'ammissibilità del c.d. "danno da ritardo" è oggetto di un contrasto giurisprudenziale in merito alla necessità o meno di provare la lesione dell'interesse sostanziale pregiudicato dal provvedimento, oltre a quella dell'interesse alla certezza e prevedibilità dei tempi di svolgimento dell'azione amministrativa.

Nella ricostruzione più tradizionale – rappresentata dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 7 del 2005 – il danno da ritardo costituisce una forma di tutela risarcitoria dell'interesse pretensivo e presuppone, quindi, l'accertamento della spettanza del bene della vita.

Tale posizione richiama implicitamente dottrina autorevole la quale, ancora a metà degli anni '60, sosteneva che la risarcibilità degli interessi legittimi pretensivi potesse essere concepita come indennizzo a fronte dell'efficacia retroattiva del provvedimento legittimo e favorevole emanato in luogo di quello illegittimo (e annullato) che avrebbe, quindi, dimostrato *ora per allora* la spettanza del bene della vita³⁸.

³⁸ In questo senso E. GUICCIARDI, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, tenutosi a Napoli dal 27 al 29 ottobre 1963, Milano, 1965, p. 217 e ss. e, in particolare, p. 224 e 226. Il presupposto della tesi era dato dalla competenza sulle questioni attinenti ai *diritti patrimoniali consequenziali (alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre)* riconosciuta al giudice ordinario dall'allora art. 30 del R.D. n. 1054 del 1924 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato). Tale disposizione, che si poneva in sintonia con l'art. 2 della l. n. 2248 del 1865 All. E, riguardava espressamente i casi di giurisdizione esclusiva e, per questo, valeva *a fortiori* per le ipotesi di giurisdizione generale di legittimità. Stante l'interpretazione tradizionale del 2043 c.c. come norma sanzionatoria a fronte della lesione dei diritti soggettivi, era lecito dedurre che i casi di risarcibilità degli interessi legittimi coincidessero con i diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento. In quest'ottica, Guicciardi afferma che «il problema della risarcibilità degli interessi legittimi è in realtà il problema della risarcibilità delle conseguenze dannose derivate dalla esecuzione di atti annullati per illegittimità» (p. 224). Il problema della c.d. risarcibilità degli interessi legittimi andava per l'Autore risolto secondo questa progressione logica: i) il problema può sorgere solo *dopo* che il provvedimento amministrativo è stato annullato e concerne i danni nei confronti del privato che persistono *malgrado l'annullamento con efficacia retroattiva dell'atto e quanto può essere fatto dall'amministrazione o da altri in esecuzione del giudi-*

Tuttavia, la previsione espressa di una responsabilità dell'amministrazione per inosservanza del termine di conclusione del provvedimento – avvenuta inizialmente con l'art. 7, co. 1, lett. c) della l. n. 69 del 2009 e oggi confermata dal CPA – ha indotto parte della giurisprudenza a ritenere plausibile la configurazione di un c.d. danno da “mero ritardo”, vale a dire un danno che il privato coinvolto nel procedimento subisce indipendentemente dall'esito di quest'ultimo e per il solo fatto di rimanere a lungo nell'incertezza di vedere definita la vicenda amministrativa per cui si procede.

Così, in una vicenda relativa alla ritardata emanazione di un provvedimento di autorizzazione alle immissioni in atmosfera, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Sicilia ha affermato che il ritardo imputabile alla pubblica amministrazione nello svolgimento di procedimenti che riguardano interessi economici di cittadini e imprese è sempre un costo risarcibile. Il fattore tempo è, infatti, una variabile essenziale per le scelte individuali, condizionandone la convenienza economica. Tale incertezza si traduce in un aumento, spesso eccessivo, del c.d. “rischio amministrativo” che la legge pone in capo al privato nei limiti della predeterminazione e del necessario rispetto dei termini procedurali³⁹.

Più di recente il Consiglio di Stato, in un caso piuttosto complesso, ha ritenuto astrattamente configurabile il danno da mero ritardo.

Per il giudice «questa ricostruzione del pregiudizio sofferto, prescinde del tutto dalle valutazioni circa l'attribuibilità del bene della vita finale, cui il privato tende[va] con la presentazione dell'istanza, alla quale l'Amministrazione non ha dato riscontro (o l'ha fatto con ritardo)». Il fondamento della risarcibilità del danno da mero ritardo risiede

cato, ii) il comportamento dell'amministrato visto in retrospettiva non trova più titolo nel provvedimento annullato e deve aver leso un diritto soggettivo *fondato su una norma diversa da quella che ha determinato il suo annullamento in quanto violata*; iii) nel caso in cui l'ipotesi descritta nel punto precedente non si verifichi occorre *portare al limite estremo l'effetto retroattivo dell'annullamento dell'atto illegittimo (dovere giuridico dell'Amministrazione di provvedere nuovamente ora per allora) o attribuire efficacia retroattiva al nuovo provvedimento emanato al posto di quello annullato* (pp. 225 e 226) [corsivo nostro].

³⁹ C.G.A., sez. giur., 4 novembre 2010, n. 1368. Si vedano anche Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271 e Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739.

«nell'affidamento del privato alla certezza dei tempi dell'azione amministrativa che sembra – nell'attuale realtà economica e nella moderna concezione del c.d. rapporto amministrativo – essere interesse meritevole di tutela in sé considerato»⁴⁰.

Nel concreto, il *quantum debeatur* è rappresentato essenzialmente dal danno emergente collegato all'interesse negativo, ovvero dalle spese sostenute per la realizzazione dell'intervento auspicato.

A questa giurisprudenza se ne è da ultimo contrapposta altra che, invece, è tornata a negare la risarcibilità del danno da mero ritardo richiedendo la dimostrazione della spettanza del bene della vita finale. Quest'ultimo argomento sembrerebbe oggi giustificato dalla previsione ex art. 2 *bis* co. 1 *bis* della Legge n. 241 del 1990 introdotto dalla Legge n. 98 del 2013 secondo cui, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, il privato ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo, secondo quanto previsto dalla legge o da atti regolamentari⁴¹.

Tale posizione non sembra del tutto condivisibile, né la disposizione da ultimo richiamata pare fornire un elemento risolutivo rispetto alla questione di cui si è dato conto.

In primo luogo il co. 1 *bis* fa salvo quanto previsto al co. 1 dove, in linea con quanto previsto dal CPA, si afferma che la responsabilità dell'amministrazione non consegue automaticamente all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, essendo necessaria, tra l'altro, la prova dell'elemento soggettivo; inoltre la disposizione precisa che l'indennizzo corrisposto va detratto dall'eventuale risarcimento, dimostrando, quindi, che le fattispecie sottese ai due meccanismi sono diverse e non coincidenti e che, nonostante la previsione dell'indennizzo *ex lege*, può dirsi pur sempre ammissibile l'azione per il maggior danno. Quest'ultimo, anche indipendentemente dalla spettanza del bene della vita, potrebbe superare la misura dell'indennizzo automatico (che prescinde dalla dimostrazione del danno ed è dovuto anche quando la

⁴⁰ Così Cons. Stato, sez. IV, 1 luglio 2015, n. 3258.

⁴¹ Sul punto si vedano da ultimo Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2015, n. 1287 e Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2011, n. 5663.

mancata emanazione del provvedimento è scusabile)⁴² e corrispondere al danno emergente e al lucro cessante conseguenti alla comprovata lesione dell'interesse negativo del soggetto leso.

5. L'art. 30 co. 3 del CPA: vecchie e nuove questioni in materia di risarcimento da lesione degli interessi legittimi

Quando il risarcimento degli interessi legittimi riguarda i danni dovuti alla lesione dell'interesse finale da parte del provvedimento della cui illegittimità si discute, l'accertamento della responsabilità dipende da una duplice verifica: l'illegittimità del provvedimento, da un lato, e la natura e consistenza del bene della vita pregiudicato, dall'altro.

Quanto al primo profilo, è sorta la nota questione della c.d. pregiudizialità amministrativa, la quale imporrebbe al privato danneggiato di esperire sempre e prima di ogni altra tutela l'azione costitutiva di annullamento, al fine di ottenere con essa non solo l'accertamento in via principale della illegittimità, ma soprattutto l'eliminazione (retroattiva) degli effetti dell'atto.

Il secondo profilo ha interessato finora principalmente gli interessi pretensivi; già la sentenza delle Sez. un. n. 500 del 1999 aveva statuito che il risarcimento di tali posizioni giuridiche dovesse essere accordato in base ad un c.d. "giudizio prognostico" sulla spettanza o meno dell'utilità sostanziale negata dal provvedimento.

Parte del dibattito è venuto meno con l'introduzione dell'art. 30 co. 3 CPA il cui contenuto può essere così schematizzato: al privato è riconosciuta la possibilità di esercitare in via autonoma l'azione risarcitoria entro il termine di decadenza di 120 giorni e al giudice è assegnata la facoltà di escludere o ridurre il risarcimento relativamente a quei danni che la parte avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, anche mediante l'esperimento dei mezzi di tutela previsti dall'ordinamento.

⁴² Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione del 9 gennaio 2014.

In ogni caso, l'organo giudicante deve valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti per accertare gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi del fatto illecito.

Nonostante l'intervento del legislatore, alcune questioni permangono.

L'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella annullatoria porta con sé il rischio di assegnare all'azione di responsabilità una funzione quasi *correttiva* della invalidità.

In altre parole, si lascerebbe nel dominio della parte la scelta di procedere ad una sorta di *convalida onerosa* del provvedimento illegittimo e dannoso, qualificando come danno anche quell'utilità che, lungi dall'essere definitivamente compromessa al momento del perfezionarsi degli effetti lesivi, potrebbe essere garantita dall'esecuzione della sentenza di annullamento o dal nuovo esercizio dell'azione amministrativa⁴³.

Il rischio si aggraverebbe ove la logica correttiva portasse a intravedere una facoltà del giudice di ricorrere alla tutela compensativa in luogo dell'annullamento dell'atto nei casi in cui quest'ultimo pregiudichi in modo consistente l'interesse pubblico o quello di terzi coinvolti nella vicenda amministrativa.

Il problema non è meramente ipotetico, dal momento che è stato di recente portato all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, con la decisione n. 4 del 2015, ha stabilito l'impossibilità per il giudice di procedere *ex officio* alla condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati in luogo del loro annullamento. Il principio della domanda, infatti, non può essere frustrato dalla considerazione che l'annullamento, rispetto al quale il privato conserva interesse, possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti.

⁴³ Nel diritto privato perplessità analoghe sono state sollevate con riferimento al rapporto tra azione di annullamento del contratto e tutela risarcitoria da M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in ID., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 467 e ss. che critica la deriva correttiva espressa talvolta dalla giurisprudenza di legittimità.

Per questi motivi, l'aspetto che forse più di altri ha attirato l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza è quello legato all'interpretazione dell'ultimo periodo dell'art. 30 co. 3 CPA, ove si prevede che il giudice possa rigettare nel merito la domanda risarcitoria per quei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare anche utilizzando diligentemente i mezzi di tutela che l'ordinamento prevede a garanzia del suo interesse sostanziale. In questa previsione si può intravedere la conferma di una sorta di pregiudiziale amministrativa, che non vale più sul piano processuale come condizione di ammissibilità della domanda risarcitoria, ma sul piano sostanziale in vista dell'applicazione del principio di cui all'art. 1227 co. 2 c.c.

Tuttavia, come è stato acutamente sostenuto, questa previsione finisce per indebolire ulteriormente l'autonomia della tutela risarcitoria, soprattutto se letta in combinato disposto con il termine di decadenza cui l'azione è soggetta⁴⁴.

In ossequio a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011 – per cui l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce un elemento valutabile sulla base del canone di buona fede e del principio di solidarietà – molte decisioni del giudice amministrativo⁴⁵ hanno finito per ricorrere al mancato esperimento dell'azione di annullamento o al mancato stimolo dell'autotutela ammini-

⁴⁴ In questo senso, F. CORTESE, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi* (nota a Cons. Stato, ad. pl., 23 marzo 2011, n. 3), in *Giornale dir. amm.*, 2011, 9, p. 962 e ss. Coloro che anche prima dell'entrata in vigore del CPA avevano proposto l'applicazione dell'art. 1227 co. 2 c.c. ai casi di proposizione autonoma dell'azione risarcitoria inquadravano questa proposta nell'ambito della azionabilità del rimedio nell'ordinario termine di prescrizione quinquennale. In dottrina cfr. A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001, p. 399; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 47 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sul problema della "pregiudiziale amministrativa"*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, p. 286; C. CONSOLO, *Problemi del nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge 205 del 2000*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse*, cit., pp. 322 e 323; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 243.

⁴⁵ Si vedano sul punto tra le altre Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1781 e Cons. Stato, sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 820.

strativa quale argomento preliminare per il rigetto della domanda risarcitoria.

A ben vedere, però, la costante attenzione al rapporto tra le azioni rischia ancora una volta di precludere lo sviluppo di un'adeguata ricostruzione sistematica dei casi di risarcibilità degli interessi legittimi che tenga conto di variabili fondamentali, vale a dire l'efficacia del provvedimento lesivo, i vizi che lo inficiano e la prova del danno ingiusto cui collegare le conseguenze dannose patite.

5.1. Ingiustizia del danno, lesione dell'interesse legittimo e rilevanza dei vizi di illegittimità del provvedimento

L'elemento centrale nella struttura dell'illecito di cui al 2043 c.c. è, come noto, il c.d. danno evento, il quale deve essere ingiusto in una duplice accezione: il pregiudizio non deve essere giustificato dall'ordinamento (la condotta, in altre parole deve essere *non iure*) e deve riguardare la lesione di un interesse ritenuto meritevole di tutela da parte del sistema giuridico (e quindi non di mero fatto).

Da questa lesione sorge l'obbligazione risarcitoria (i.e. danno-conseguenza) che, se considerata per equivalente, può corrispondere al danno patrimoniale (comprensivo di danno emergente e lucro cessante) ed eventualmente anche al danno non patrimoniale, la cui quantificazione deve fondarsi su criteri atti, ove possibile, a garantire la c.d. personalizzazione del danno.

Che l'interesse legittimo, considerato in astratto, sia ritenuto ormai pacificamente risarcibile non risolve del tutto il problema dell'ingiustizia del danno in concreto e della certezza che i danni richiesti spettino effettivamente al danneggiato.

La miglior dottrina sostiene infatti che, se l'interesse legittimo ha ad oggetto il bene della vita a cui il titolare aspira o che teme di perdere, occorre che l'entità giuridica e la misura del risarcimento siano ad esso paramtrate⁴⁶.

In questo senso, l'interesse legittimo leso *in concreto* deve essere accertato dal giudice amministrativo nell'ambito del giudizio risarcito-

⁴⁶ F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, III ed., in particolare, p. 54.

rio e su tale accertamento influiranno i fatti costitutivi del vizio o dei vizi che determinano l'illegittimità del provvedimento⁴⁷.

Ai fini risarcitori, rispetto alla lesione di un interesse di natura oppositiva, il caso in cui l'amministrazione abbia emanato un provvedimento ablatorio o sanzionatorio in assenza dei presupposti predeterminati dalla legge sarà diverso da quello in cui l'atto sia sostanzialmente fondato, ma sproporzionato. In quest'ultima ipotesi, tra l'altro, il comportamento del danneggiato potrebbe essere considerato in parte *non iure* e verrebbe meno il suo titolo ad un pieno ristoro del danno sofferto.

Così, a fronte di un'ordinanza sindacale che anticipava, per alcuni mesi, l'orario di chiusura di un esercizio per la vendita di generi alimentari e bevande, il giudice amministrativo ha riconosciuto al privato il risarcimento del danno per il mancato profitto subito nel periodo di vigenza dell'atto; quest'ultimo era stato, infatti, emanato con riferimento a fatti e circostanze prive della connotazione emergenziale richiesta *ex lege* per la legittimità del potere esercitato⁴⁸.

Dare rilevanza in sede risarcitoria ai vizi di illegittimità dedotti era, del resto, un approccio tipico del giudice ordinario, quando, prima del 1999, la sua competenza in materia risarcitoria era indiscussa per i danni conseguenti all'annullamento dell'atto.

Emblematica, a tal riguardo, è una sentenza della Corte di Cassazione in cui una domanda risarcitoria nei confronti del Comune è stata rigettata sull'assunto che a fronte dell'annullamento della revoca della licenza edilizia per motivazione lacunosa e mancato bilanciamento degli interessi in gioco, non poteva configurarsi il diritto al risarcimento in quanto la caducazione del provvedimento per quei motivi non dimostrava che lo *ius aedificandi* spettasse in concreto e che il programma

⁴⁷ Sul punto si veda F. TRIMARCHI BANFI, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 633 la quale riconosce nel giudizio prognostico originariamente indicato dalle Sez. Un. della Cassazione nel 1999 un'operazione ermeneutica che «attiene non ad un evento futuro, ma al nesso di causalità tra il vizio che inficia il provvedimento e il contenuto del provvedimento stesso». In senso analogo si esprimeva anche G. ABBAMONTE, *Tutela degli interessi legittimi e risarcimento del danno*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., p. 29 e ss. e in particolare p. 32.

⁴⁸ TAR Toscana, Firenze, Sez. II, 24 agosto 2010, n. 4876.

edilizio, della cui impossibile realizzazione il privato si lamentava, fosse concretizzabile⁴⁹.

Più in generale, la Cassazione affermava che stante il giudicato amministrativo in tema di illegittimità dell'atto, il giudice ordinario poteva comunque apprezzare gli elementi di sussistenza dell'illecito della pubblica amministrazione in modo autonomo in virtù della documentazione allegata alla domanda e, solo in via ulteriore, sulla base delle valutazioni contenute nella decisione del giudice amministrativo⁵⁰.

Anche per la giurisprudenza amministrativa, cui è assegnata ormai l'esclusiva competenza in materia di risarcimento dei danni da lesione degli interessi legittimi, si pone quindi il problema di verificare la corrispondenza dei vizi di legittimità, magari già accertati nel giudizio di annullamento, rispetto agli elementi da verificare in quello risarcitorio.

Si conferma, in questo senso, l'evoluzione del giudizio amministrativo da processo all'atto a giudizio sul rapporto e la necessità che la parte ricorrente e il giudice collaborino affinché la decisione verta sui vizi i cui fatti costitutivi possano comprovare la consistenza dell'interesse sostanziale ritenuto leso⁵¹.

5.2. Alcune brevi considerazioni sul rapporto tra le azioni

Resta da esaminare il tema, un tempo centrale, del rapporto tra tutela annullatoria e tutela risarcitoria⁵². Come visto, alla luce del dato normativo, non può ritenersi più condivisibile, in senso assoluto, una relazione di stretta pregiudizialità tra la prima e la seconda che abbia come conseguenza l'inammissibilità dell'azione di responsabilità.

Si tratta piuttosto di un legame di rilevanza nel senso che l'accertamento dell'illegittimità contenuto nella decisione d'annullamento in-

⁴⁹ Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2006, n. 8244.

⁵⁰ In questo senso si veda ancora di recente Cass. civ., sez. III, 21 marzo 2013, n. 7115.

⁵¹ In argomento è imprescindibile l'opera di G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto*, Milano, 1980.

⁵² In tema, si veda anche L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo, dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo*, cit., p. 1207 e ss.

fluenza l'accertamento dei fatti costitutivi dell'illecito e che il mancato esperimento della tutela risarcitoria potrebbe, in molti casi, determinare una riduzione del *quantum* risarcitorio o, addirittura, il rigetto della domanda nel merito.

Vi sono, peraltro, ipotesi in cui l'azione risarcitoria è correttamente esercitata in via autonoma in quanto l'annullamento dell'atto sarebbe del tutto inutile per il privato danneggiato.

Considerato il termine di decadenza cui è soggetta l'azione di responsabilità, si può dire che questa potrà essere esperita e, se fondata, accolta quando il pregiudizio è circoscritto in un periodo di tempo limitato perché, per esempio, il provvedimento lesivo ha avuto un'efficacia meramente temporanea e relativamente breve.

Se, invece, come nella maggior parte dei casi, il provvedimento ha effetti durevoli o dovrebbe garantire un'utilità il cui godimento si protrae nel tempo, l'azione può incorrere nella falcidia di cui all'art. 30 co. 3 CPA, ultimo periodo. In questi casi il giudice dovrebbe valutare con estrema attenzione l'incidenza del mancato annullamento sull'ammontare dei danni⁵³.

Il meccanismo di cui all'art. 30 co. 3 ultimo periodo, in combinato disposto con la previsione del breve termine di decadenza, finisce per assorbire anche quei casi in cui la pregiudizialità dell'azione di annullamento sembra giustificata dal fatto che la richiesta dei danni finirebbe per avere effetti analoghi a quelli conseguibili con la sentenza costitutiva di annullamento.

Una di queste ipotesi si verifica, per esempio, a fronte di provvedimenti sanzionatori di natura pecuniaria, quando il privato chieda, a titolo risarcitorio, la ripetizione di quanto già corrisposto. Non solo qui l'azione risarcitoria sarebbe da qualificare piuttosto come tutela per l'ingiustificato arricchimento della pubblica amministrazione ex art. 2041 c.c. – la quale, notoriamente, può essere esperita solo in via sussidi-

⁵³ In tema si veda la sentenza del Cons. Stato, sez. V, 28 novembre 2012, n. 6010 dove l'azione risarcitoria esperita in via autonoma è stata accolta per una parte soltanto del danno richiesto (in particolare per il lucro cessante) in quanto il privato non aveva richiesto l'annullamento del provvedimento lesivo consistente in una concessione edilizia cui erano state apposte condizioni inattuabili e in contrasto con lo strumento urbanistico vigente.

diaria e in mancanza di altro rimedio specifico – ma, a rigore, non si dovrebbe neppure parlare di vera e propria pregiudizialità in quanto l'azione di responsabilità integrerebbe con molta probabilità un abuso del processo⁵⁴.

⁵⁴ L'abuso del processo sussiste, infatti, anche quando una parte ricorra ad uno strumento processuale non per ottenere l'effetto naturale proprio di questo, ma per raggiungere un effetto deviato perseguito comunque con tale rimedio.