

TOMASO GALLETTO^(*)

LA TUTELA DEL PRIVATO NEI CONFRONTI DELLA P.A. :
ALLA RICERCA DI UN GIUDICE^(**)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La lunga marcia verso l'ampliamento della responsabilità della P.A. - 3. Alla ricerca di un giudice. - 4. Le scelte del codice del processo amministrativo. - 5. Le (nuove) regole dell'agire della P.A. - 6. Conseguenze sul riparto delle giurisdizioni. - 7. Il legittimo affidamento. - 8. Paradosso ma non troppo: la risarcibilità del danno subito dal beneficiario del provvedimento illegittimo, poi caducato. - 9. Conclusioni.

Intorno alla metà del secolo scorso un grande Maestro del diritto amministrativo – Massimo Severo Giannini – constatava che *“nulla è più alieno alla sensibilità dell'uomo comune delle questioni di giurisdizione e di competenza giurisdizionale”* e che pochi giudici sanno della terribile sofferenza che prova l'avvocato nel cercare di spiegare al cittadino offeso dalla pubblica amministrazione le conseguenze pratiche della risoluzione di tali questioni.

Da allora sono accadute cose mirabili: l'uomo è andato sulla Luna, è caduto il muro di Berlino, è stato inventato Internet e così via; tra le poche cose immutate non vi è dubbio che debba annoverarsi la difficoltà di individuare il giudice competente a risolvere un conflitto tra privato e pubblica amministrazione.

Qualcuno obietterà che questa affermazione è volutamente di effetto, ma è frutto di una disamina superficiale, che non tiene conto della innegabile evoluzione dei rapporti tra privati e P.A. testimoniata dalla legislazione e dalla giurisprudenza – anche costituzionale - degli ultimi venti anni.

A fronte di questa obiezione occorre allora consumare il tentativo di capire come stanno le cose e se davvero le amare considerazioni di Giannini non siano più attuali.

^(*) Avvocato in Genova

^(**) Relazione svolta al Convegno *“La tutela degli interessi legittimi e la responsabilità da affidamento della Pubblica Amministrazione”*, Genova 30 giugno 2017

Su questo aspetto si soffermerà dapprima il mio breve discorso, per dare conto delle riflessioni che mi ha indotto a fare il tema che mi è stato assegnato, relativo alla tutela risarcitoria del privato nei confronti della P.A. davanti al giudice ordinario (tema specifico che cercherò comunque di esaminare, nei limiti consentiti dalla pazienza di chi ascolta).

All'esito delle richiamate riflessioni, se potessi cambiare il titolo del mio intervento opterei per *“La tutela del privato nei confronti della P.A.: alla ricerca di un giudice”*.

Le ragioni di questa scelta risiedono nelle considerazioni che seguono.

1. PREMESSA

Affrontare oggi il tema della tutela dei privati nei confronti della P.A. nella prospettiva conseguente, da un lato, al superamento del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi e, dall'altro, al nuovo assetto del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle materie che concernono l'agire della pubblica amministrazione, impone l'adozione di un approccio innovativo.

Le categorie da sempre utilizzate per inquadrare i profili di responsabilità conseguenti all'esercizio del potere pubblico non sono infatti più utilizzabili, ma debbono essere rivisitate alla luce della evoluzione degli orientamenti della giurisprudenza e delle indicazioni provenienti dal legislatore.

I privilegi e le aree di impunità per lungo tempo riconosciuti alla P.A. sono in larga misura superati ed il rapporto tra cittadino e amministrazione si evolve nella direzione di un ampliamento della tutela delle situazioni soggettive lese dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica, indipendentemente dalla ascrivibilità di tali situazioni all'area del diritto soggettivo ovvero dell'interesse legittimo.

Come era ampiamente prevedibile l'abbandono del discrimine, ai fini della risarcibilità del danno, tra lesione di diritti soggettivi e di interessi legittimi e l'individuazione nella ingiustizia del danno del presupposto per il sorgere della responsabilità provvedimentale della P.A. ha da un lato ampliato l'area di tutela delle situazioni soggettive lese ma dall'altro ha imposto la individuazione di nuovi parametri ai quali fare riferimento.

La tendenziale attribuzione al giudice amministrativo della cognizione in ordine al corretto esercizio della funzione pubblica (anche sotto il profilo del mancato o ritardato esercizio di essa) ha inoltre sensibilmente modificato i confini del riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, riducendo l'ambito di intervento assegnato a quest'ultimo.

Il giudice amministrativo è sempre più giudice del rapporto tra privato e pubblica amministrazione e la funzione demolitoria affidatagli attraverso la rimozione dell'atto amministrativo illegittimo, pur rimanendo centrale, si è arricchita di ulteriori poteri finalizzati al ripristino della legalità violata.

Allo scopo di indagare i nuovi confini della giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dell'agire della pubblica amministrazione risulta allora indispensabile dare conto – sia pure per sommi capi – dell'ampliamento della responsabilità della pubblica amministrazione per attività provvedimentale illegittima, in conseguenza della evoluzione della giurisprudenza e della legislazione nella materia considerata.

Nell'ultimo ventennio si è assistito ad un graduale, ma significativo, ampliamento della tutela del privato nei confronti dell'attività provvedimentale illegittima della P.A. indipendentemente dalla situazione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento attraverso l'utilizzazione della dicotomia interesse legittimo / diritto soggettivo.

L'evoluzione del diritto comunitario nella direzione della tutela delle situazioni soggettive indipendentemente dalle previsioni normative di ciascun stato membro e la supremazia di tale ordinamento sovranazionale riconosciuta non soltanto dalla Corte di Giustizia ma anche, per quanto ci riguarda, dalla Corte Costituzionale, hanno reso indispensabile un nuovo approccio all'intera problematica.

La sostanziale estraneità al diritto comunitario della distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo ha reso ineludibile la tutela delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute dalle fonti normative di origini comunitarie indipendentemente dalla qualificazione di esse nell'ambito dell'ordinamento statale.

Il legislatore nazionale ha dovuto prendere atto delle indicazioni comunitarie ed è, come è noto, intervenuto nella specifica materia dell'affidamento di lavori pubblici consentendo la risarcibilità del danno conseguente all'illegittimo esercizio della funzione pubblica.

2. LA LUNGA MARCIA VERSO L'AMPLIAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

Nel nuovo assetto dei rapporti tra privato e P.A. in precedenza sinteticamente delineato e connotato dalla constatazione della inadeguatezza delle soluzioni assegnate al tema della risarcibilità del danno conseguente all'illecito provvedimentale, si colloca il nuovo orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999.

Con tale decisione, come è noto, si è riconosciuto alla ingiustizia del danno inferto a situazioni soggettive del privato meritevoli di tutela il dato fondante la responsabilità della P.A. ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Si è in sostanza escluso il rilievo sino ad allora ritenuto essenziale della lesione di un diritto soggettivo ai fini del riconoscimento della responsabilità aquiliana della P.A.

Secondo la Corte, ad escludere la tutela risarcitoria non basta, come nel passato è sempre avvenuto, la qualificazione della posizione soggettiva fatta valere alla stregua di interesse legittimo: se la P.A. cagiona ad un privato un danno ingiusto agendo con colpa o dolo il

privato va risarcito a nulla rilevando che sia titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo rispetto al bene della vita inciso dall'attività illecita.

Le difficoltà applicative della nuova configurazione della colpa della P.A. per attività provvedimentali illegittime hanno da subito posto agli interpreti il delicato quesito se la responsabilità risarcitoria della P.A. per lesione di situazioni soggettive correlate ad interessi legittimi debba necessariamente essere ricostruita secondo gli schemi tipici della responsabilità aquiliana ovvero secondo modelli alternativi.

Tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza si è dubitato che nella nuova prospettiva dei rapporti tra privato e P.A. connessi all'esercizio della funzione pubblica si debba necessariamente fare riferimento, quanto meno ai fini dell'indagine sull'elemento soggettivo della responsabilità, ai parametri della responsabilità extra contrattuale.

La sostanziale diversità delle situazioni prese in esame, in cui mentre nell'ordinaria responsabilità aquiliana manca una preesistente relazione specifica tra danneggiante e danneggiato nella responsabilità da attività provvedimentale illegittima tale relazione è rinvenibile, ha indotto a ritenere che la responsabilità da illegittimo esercizio della funzione pubblica possa essere ricostruita, dal punto di vista sistematico, attraverso il richiamo alla responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, ovvero alla responsabilità precontrattuale.

Per quanto riguarda la responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione si è ipotizzato che essa possa conseguire alla sussistenza di un procedimento che pone in essere i presupposti di un contatto amministrativo qualificato, nel cui ambito si debbono riconoscere al privato aspettative meritevoli di tutela quanto alla correttezza dell'agire della P.A.; la responsabilità precontrattuale, per parte sua, sarebbe rinvenibile nell'aspettativa tutelata alla correttezza e buona fede dell'azione della P.A., con particolare riferimento ai rapporti finalizzati alla instaurazione di rapporti contrattuali con la P.A.

Le ricostruzioni alternative al modello tradizionale della responsabilità aquiliana alle quali si è fatto cenno pur cogliendo, sotto diversi profili, taluni aspetti particolarmente interessanti della nuova configurazione della responsabilità provvedimentale della P.A. non sono esenti da rilevanti criticità.

3. ALLA RICERCA DI UN GIUDICE.

La risarcibilità della lesione della posizione giuridica soggettiva qualificata alla stregua di interesse legittimo ha da subito posto la questione della individuazione del giudice chiamato a conoscere della relativa controversia.

Si deve qui ricordare la rilevanza nella materia considerata del nuovo riparto di giurisdizione tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo introdotto dapprima con il

decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 e successivamente dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, che da un lato ha adeguato il richiamato decreto ai rilievi formulati dalla Corte Costituzionale e dall'altro ha ulteriormente innovato la materia del riparto delle giurisdizioni, ampliando il novero delle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva amministrativa.

La menzionata legge 205 del 2000 ha altresì attribuito al Giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, modificando in tal senso l'art. 7 della legge n. 1034 /1971 istitutiva dei tribunali amministrativi regionali ed abrogando ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al Giudice ordinario della controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi.

4. LE SCELTE DEL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Nel quadro sinteticamente delineato in precedenza, nell'ambito del quale pur prendendosi atto della tendenziale attribuzione al giudice amministrativo delle questioni relative alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi restavano irrisolti numerosi profili rilevanti ai fini del riparto delle giurisdizioni, è intervenuta come è noto più volte la Corte Costituzionale (particolarmente con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006) chiarendo da un lato che il risarcimento del danno è strumentale alla completa ed effettiva tutela del cittadino nei confronti dell'attività della P.A. direttamente connessa con l'esercizio di pubblici poteri e dall'altro che l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo per "blocchi di materie" in tanto è consentita in quanto l'intreccio di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo giustifichi la concentrazione della tutela davanti al giudice amministrativo.

In altri termini la concentrazione davanti al giudice amministrativo anche delle pretese risarcitorie nei confronti della P.A. si giustifica nella misura in cui si discuta del cattivo esercizio della funzione pubblica, presupponendosi quindi la sussistenza di una posizione di supremazia della P.A. determinata dall'esercizio di pubblici poteri.

Il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, modificato nel 2011 e nel 2012) si è evidentemente ispirato alle indicazioni della Corte Costituzionale attribuendo, per quanto in questa sede interessa, al giudice amministrativo la cognizione delle azioni risarcitorie nei confronti della P.A. quando la controversia riguarda l'esercizio (o il mancato esercizio) da parte di una amministrazione di pubblici poteri (art. 7 del codice).

In questa prospettiva si accentua la concentrazione in capo al giudice amministrativo della cognizione delle azioni per risarcimento dei danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi e, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva amministrativa, anche delle

azioni risarcitorie per la lesione di diritti soggettivi (e ciò in ragione dell'intreccio di posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo che caratterizza le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva amministrativa).

Quando l'agire della pubblica amministrazione non sia riferibile, neppure mediatamente, all'esercizio di pubblici poteri la controversia sulla legittimità del comportamento della P.A. rifluisce naturalmente nella giurisdizione ordinaria, deputata a risolvere le controversie nell'ambito delle quali le parti si trovino in posizioni paritetica.

Per individuare gli spazi nell'ambito dei quali, pur a seguito della espansione della giurisdizione amministrativa conseguente alle scelte operate dal codice del processo amministrativo, la tutela risarcitoria del privato nei confronti della P.A. trova sfogo davanti al giudice ordinario devono allora ricercarsi le regole dell'agire della pubblica amministrazione che prescindono dall'esercizio (o dal mancato esercizio) di pubblici poteri.

5. LE (NUOVE) REGOLE DELL'AGIRE DELLA P.A.

Nella impostazione tradizionale il rapporto tra pubblica amministrazione e privati è stato fortemente connotato dal riconoscimento di una sorta di statuto speciale della P.A., funzionale all'esercizio di pubblici poteri, rispetto al quale la tutela del privato si concretava nella pretesa del corretto esercizio dell'azione amministrativa nell'ipotesi in cui il privato si trovasse - in relazione all'agire dell'amministrazione - in una posizione differenziata rispetto alla generalità dei cittadini.

In questa prospettiva la disciplina del rapporto tra privato e P.A. trovava le sue regole nel diritto amministrativo e l'applicazione della disciplina di diritto comune, dettata dal Codice Civile, era confinata ad ipotesi eccezionali, nelle quali non poteva rinvenirsi - neppure mediatamente - l'esercizio di pubblici poteri da parte della P.A..

La soggezione della P.A. alle regole comuni era quindi riconosciuta quando il comportamento di quest'ultima non fosse ricollegabile all'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali ma si concretasse in una mera attività materiale, ovvero alle ipotesi nelle quali non fosse in discussione la posizione paritetica tra privato e pubblica amministrazione (fondamentalmente i rapporti contrattuali).

Questa impostazione, caratterizzata dal rapporto regola-eccezione nell'applicazione rispettivamente delle norme di diritto pubblico e di diritto privato all'agire della pubblica amministrazione, risulta ormai superata anche per l'influsso dei principi di diritto comunitario che hanno significativamente inciso sul nostro ordinamento interno.

Nella logica comunitaria, infatti, l'esercizio da parte della pubblica amministrazione di poteri autoritativi è consentito nella misura strettamente necessaria alla tutela di interessi

generali, dovendosi invece applicare nella generalità dei casi al rapporto tra privato e pubblica amministrazione le ordinarie regole di diritto comune.

Questa nuova prospettiva ha trovato – come già evidenziato - un punto fermo nell’ambito del nostro ordinamento a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso, con l’introduzione delle norme sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, numero 241 e successive modifiche e integrazioni.

Soltanto in epoca più recente, peraltro, è stato codificato il principio di origine comunitaria secondo il quale la pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente (art. 1, comma 1 bis, l. 7 agosto 1990 n. 241 come modificata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15).

La generale applicabilità della disciplina comune in tema di obbligazioni all’agire della pubblica amministrazione, che si pone come limite esterno alla discrezionalità amministrativa, ha profondamente mutato gli schemi tradizionali attraverso i quali si giudicava il comportamento della pubblica amministrazione.

In particolare l’applicabilità all’agire della pubblica amministrazione delle regole generali in tema di adempimento delle obbligazioni dettate dal Codice Civile incentrate sulla nozione di diligenza nell’adempimento (art. 1176 Cod. Civ.) ha consentito di ridisegnare i confini della colpa della pubblica amministrazione tanto nell’ipotesi di inadempimento quanto in quelle di responsabilità aquiliana.

Come è stato recentemente sottolineato dalla Suprema Corte (Cass. 6 ottobre 2015 n. 19883), invero, l’attività della pubblica amministrazione è una “*attività professionale*” di cui al 2° comma dell’art 1176 Cod. Civ., che in tale fattispecie prescrive un criterio più rigoroso dell’accertamento della colpa.

Nella prospettiva della Corte il modello astratto di pubblica amministrazione al quale occorre fare riferimento per stabilire se essa abbia tenuto o meno una condotta colposa è caratterizzato da un agire della pubblica amministrazione che:

- a) rispetta la legge (art. 1, 1° comma, l. 7 agosto 1990, n. 241);
- b) agisce in modo efficiente e senza inutili aggravii per i cittadini (art. 1, 1° e 2° comma, l. 7 agosto 1990, n. 241);
- c) non perde tempo, non si balocca, agisce a ragione veduta (art. 97 Cost.);
- d) è composta di funzionari preparati, efficienti, prudenti e zelanti (art. 98 Cost.).

Un parametro di valutazione del comportamento della pubblica amministrazione, quindi, assai rigoroso che travolge le indulgenze che in passato erano riservate all’azione

amministrativa che era scrutinata più sotto il profilo della legittimità dei provvedimenti piuttosto che sotto quello della illiceità dei comportamenti.

6. CONSEGUENZE SUL RIPARTO DELLE GIURISDIZIONI

Questa nuova prospettiva rifluisce anche, come in precedenza si è accennato, sui profili del riparto delle giurisdizioni.

La valutazione sulla illegittimità dell'atto amministrativo resta infatti ancorata nella giurisdizione amministrativa, che si arricchisce anche della cognizione più ampia del rapporto connotato dall'esercizio di pubblici poteri e si estende altresì ai profili risarcitori riconducibili al non corretto (o al mancato) esercizio di tali pubblici poteri.

Quando l'indagine riguarda invece un comportamento della pubblica amministrazione svincolato dall'esercizio di un pubblico potere e si discute pertanto non della illegittimità di un atto o di un provvedimento, ma della illiceità della condotta della P.A. alla luce della disciplina generale delle obbligazioni, allora il giudice naturale della controversia non può che essere quello ordinario.

L'indagine del giudice ordinario si concentrerà quindi sul comportamento della P.A. e sarà condotta in applicazione delle regole generali in tema di obbligazioni.

Tra queste, particolare rilievo assume il dovere di correttezza (art. 1175 Cod. Civ) che deve essere declinato anche alla luce dei parametri di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione.

Rileveranno anche, sotto diverso ma concorrente profilo, gli stati soggettivi delle parti ed in particolare da un lato la colpa della P.A., intesa quale mancanza di diligenza, e, dall'altro lato, l'affidamento che il comportamento colposo della P.A. possa aver ingenerato nel privato.

La lesione dell'affidamento incolpevole del privato generata dal comportamento illecito della P.A. è infatti idonea a configurare un danno risarcibile e, nella misura in cui il comportamento censurato è svincolato dall'esercizio - anche mediato - di pubblici poteri, la cognizione della relativa controversia non può che appartenere al giudice dei diritti, vale a dire il giudice ordinario. Ma a questo punto si pone il problema della definizione del concetto di "*legittimo affidamento*".

7. IL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

Il legittimo affidamento (o affidamento incolpevole) consiste nel ragionevole convincimento sulla ricorrenza di una determinata situazione produttiva di conseguenze giuridiche (favorevoli), ma il suo fondamento non è di agevole decifrazione.

Secondo alcuni esso trova le sue radici nel principio di buona fede nell'ambito del quale opererebbe il divieto di *venire contra factum proprium*, nel senso di disattendere gli effetti giuridici di un determinato comportamento tenuto nei confronti della controparte, secondo altri l'affidamento sarebbe ricollegabile alla apparenza del diritto ingenerata nella controparte che potrebbe legittimamente confidare nella situazione apparente.

Nel nostro ordinamento positivo emergono ipotesi di tutela dell'affidamento incentrate sull'applicazione del principio di buona fede e volte a tutelare il soggetto che abbia senza colpa confidato in una determinata situazione giuridica (fra le ipotesi più rilevanti possono enumerarsi quelle riferite alla responsabilità pre-contrattuale, specialmente con riferimento all'affidamento nella validità del contratto di cui all'art. 1338 Cod. Civ., quella della rappresentanza apparente, quella dell'acquisto *a non domino* di beni mobili).

Per lungo tempo si è dubitato che il principio del legittimo affidamento fosse applicabile anche ai rapporti tra privati e pubblica amministrazione, ritenendosi sostanzialmente l'estraneità di principî di natura privatistica alle regole dell'azione amministrativa rette dal diritto pubblico, considerandosi altresì assorbente il rilievo del perseguimento dell'interesse pubblico sotteso all'azione amministrativa.

In realtà il legittimo affidamento è nozione che travalica i confini del diritto civile ed assume i connotati di principio generale dell'ordinamento, anche alla luce dei principî di solidarietà sociale ai quali è improntata la nostra Costituzione (cfr in particolare art. 2 Cost).

Anche a livello del diritto europeo, come è noto, il legittimo affidamento ha trovato collocazione, da parte della Corte di Giustizia, nell'ambito dei principî generali con l'affermazione che "*il principio della tutela dell'affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario*" (Corte di Giustizia, sentenza 3 maggio 1978, causa C-12/77 *Töpfer*).

Nell'ambito del diritto europeo il legittimo affidamento è visto come una componente del più ampio principio della certezza del diritto, a sua volta declinato nella prospettiva della irretroattività degli atti normativi, della protezione dei diritti quesiti ed appunto della tutela del legittimo affidamento. Quest'ultimo rileva particolarmente nell'ipotesi di revoca o annullamento con efficacia *ex tunc* di atti amministrativi illegittimi, situazione nella quale occorre contemperare il principio di legalità con quello di certezza del diritto, nella accezione in precedenza richiamata.

Nella prospettiva della Corte di Giustizia, consolidata a partire dal caso *De Compte* (sentenza 17 aprile 1997, causa C-90/95) l'affidamento da parte del beneficiario di un provvedimento nella legittimità e stabilità di esso è riconoscibile e tutelabile nella misura in cui non siano rinvenibili comportamenti scorretti da parte del beneficiario del provvedimento illegittimo.

Anche a livello europeo, dunque, l'affidamento è tutelato nella prospettiva della buona fede del soggetto che abbia confidato nella situazione giuridica favorevole da altri determinata.

In questa prospettiva, richiamandosi qui le previsioni in tema di procedimento amministrativo che impongono alla pubblica amministrazione di agire nell'ambito dei principi dell'ordinamento dell'Unione Europea (art. 1 comma 1° bis L.241/90), non vi sono ragioni per escludere l'applicabilità del principio del legittimo affidamento anche nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

8. PARADOSSO MA NON TROPPO: LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO SUBITO DAL BENEFICIARIO DEL PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO, POI CADUCATO

La vicenda nella quale si evidenziano con maggiore enfasi le difficoltà e le contraddizioni che connotano l'individuazione del giudice competente a conoscere delle conseguenze dell'agire della pubblica amministrazione è quella riferita alla tutela del soggetto nei cui confronti sia stato emesso un provvedimento amministrativo favorevole, poi caducato (in sede giurisdizionale o nell'esercizio dell'autotutela) a causa dell'illegittimità dell'agire provvedimentale.

In questa ipotesi intanto si pone la questione se l'ordinamento possa tutelare sotto il profilo risarcitorio colui che abbia ottenuto un provvedimento illegittimo, che quindi non avrebbe dovuto ottenere, ed in caso di risposta affermativa quale sia il giudice della relativa controversia.

Qui ci si trova di fronte ad un apparente paradosso, essendo evidente che non può trovare tutela nell'ordinamento la pretesa ad un provvedimento *contra legem*.

A ben vedere, tuttavia, il paradosso non sussiste perché la pretesa risarcitoria del beneficiario dell'atto illegittimo non riguarda lo scorretto esercizio del potere amministrativo, bensì la lesione dell'affidamento ingenerata dal comportamento della pubblica amministrazione.

Richiamandosi in questa sede quanto in precedenza si è detto in relazione alla soggezione della pubblica amministrazione alle regole generali in tema di adempimento delle obbligazioni, ed in particolare alla natura professionale dell'attività della P.A., con applicazione più rigorosa del criterio della diligenza, la pretesa risarcitoria del privato – nella situazione considerata – si fonda sul diritto a fare affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo e quindi sulla correttezza dell'azione amministrativa. Vengono pertanto in discussione i comportamenti della pubblica amministrazione che possano aver determinato il privato a confidare nella legittimità degli atti favorevoli e conseguentemente ad operare scelte di natura economica poi travolte dalla rimozione del provvedimento favorevole.

Non sussiste quindi alcuna controversia sull'esercizio del potere da parte della P.A., in quanto l'oggetto del contendere riguarda il diverso profilo della correttezza o meno del comportamento della P.A. che si assume aver ingenerato l'affidamento in capo al privato.

L'esercizio del potere dell'amministrazione si è esaurito nella soddisfazione dell'interesse pretensivo del privato; la caducazione del provvedimento, perché illegittimo, ne rimuove gli effetti *ex tunc* e quindi ciò che resta nel rapporto sono le conseguenze derivanti dall'agire della pubblica amministrazione sulla sfera del privato e riguardano quindi i comportamenti (e non gli atti) della P.A..

Si tratta di una nuova prospettiva di indagine che distingue nettamente, nell'ambito dei rapporti tra privato e P.A., le vicende relative alla illegittimità provvedimentale da quelle relative alla lesione dell'affidamento ingenerato nel privato dal provvedimento favorevole, ma illegittimo.

Si collocano in questa nuova prospettiva le tre sentenze "gemelle" con le quali nel 2011 la Cassazione ha inaugurato un nuovo orientamento, favorevole a riconoscere la risarcibilità in capo al beneficiario di un provvedimento poi caducato (perché illegittimo) della lesione dell'affidamento ingenerato dalla apparente legittimità dell'atto favorevole (si tratta delle sentenze delle Sezioni Unite n. 6594, 6595 e 6596 del 23 aprile 2011, che hanno altresì attribuito al giudice ordinario la giurisdizione sulla relativa controversia).

Più recentemente questo nuovo orientamento è stato consolidato da una pronuncia che ha affrontato approfonditamente tutte le questioni originate sia della entrata in vigore del codice del processo amministrativo sia dai dubbi avanzati da una parte della dottrina sulla correttezza della soluzione specialmente sotto il profilo della giurisdizione.

Con la decisione assunta dalle Sezioni Unite nel 2015 (n. 17586 del 4 settembre 2015), resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, la Cassazione ha infatti chiarito alcuni punti fermi nella materia considerata che possono essere sintetizzati nei termini che seguono:

- a) il privato, beneficiario di un provvedimento illegittimo, che prospetti di aver subito un danno ingiusto per aver confidato nella legittimità del provvedimento e di aver regolato la sua azione sulla base di esso non denuncia la lesione di un interesse legittimo, ma di una situazione di diritto soggettivo, rappresentato dalla conservazione della integrità del suo patrimonio;
- b) la fattispecie costitutiva del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 risulta così derivare dalla lesione della integrità del patrimonio del beneficiario riconducibile ad una fattispecie complessa, rappresentata dall'essere stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della P.A. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile;

- c) la relativa controversia non riguarda l'esercizio del potere amministrativo perché non concerne né un atto né un comportamento mediatamente riconducibile all'esercizio di quel potere, e quindi esula non solo dalla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo, ma anche dalla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo come configurata dall'art. 7 del codice del processo amministrativo;
- d) la lesione dell'affidamento incolpevole deve essere fatta valere davanti al giudice ordinario, il quale dovrà valutare il comportamento tenuto dalla P.A. nella sua oggettiva idoneità ad ingenerare tale affidamento, e nell'ambito di tale valutazione l'emissione del provvedimento illegittimo favorevole costituirà uno (ma non l'unico) dei fatti costitutivi della fattispecie risarcitoria.

Si tratta di una pronuncia molto articolata nell'ambito della quale viene altresì chiarito che, ai fini del riparto della giurisdizione, assume rilievo decisivo la constatazione che il legittimo affidamento del privato non può fondarsi esclusivamente sulla adozione del provvedimento favorevole illegittimo, perché in tal caso il diritto risarcitorio risulterebbe ricollegato all'esercizio del potere amministrativo e ricadrebbe conseguentemente nella giurisdizione amministrativa. Per affermare la giurisdizione ordinaria occorre che il privato alleggi altri elementi idonei, in concorso con l'adozione del provvedimento favorevole illegittimo, a fondare un incolpevole affidamento sulla stabilità della situazione conseguente al provvedimento favorevole.

Assumeranno rilevanza, allora, non già i provvedimenti ma i comportamenti della P.A. idonei ad ingenerare il legittimo affidamento e quindi il giudizio verterà sulla condotta dell'amministrazione, da apprezzarsi secondo le ordinarie regole privatistiche.

In questa prospettiva può rilevarsi una significativa differenziazione della nostra giurisprudenza rispetto a quella della Corte UE: per quest'ultima, infatti, il legittimo affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole illegittimo è tutelabile alla sola condizione che il beneficiario sia stato in buona fede (non avendo concorso a causare la illegittimità), mentre nella visione della Cassazione occorre un *quid pluris* costituito dal comportamento della P.A. idoneo ad ingenerare un affidamento incolpevole.

Questo comportamento, svincolato dall'esercizio di un potere pubblico, dovrà essere valutato alla luce delle regole generali che presiedono l'agire della P.A. e quindi con applicazione, tra l'altro, del canone della diligenza professionale che impone una condotta caratterizzata da serietà, preparazione ed efficienza.

L'orientamento giurisdizionale favorevole al riconoscimento della tutela risarcitoria davanti al giudice ordinario quando si lamenti una lesione dell'integrità patrimoniale rispetto alla quale lo scorretto esercizio del potere amministrativo non rilevi in sé, ma per l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole si è ulteriormente consolidato in epoca recente (Cass. Sezioni Unite, 4 aprile 2016 n. 6450), ma la oggettiva difficoltà di distinguere le ipotesi in cui la tutela risarcitoria è conseguenza di un potere

esercitato illegittimamente dalla P.A. da quelle in cui la fonte dell'affidamento incolpevole è il comportamento della P.A. svincolato dall'esercizio del potere pubblico è bene documentata da una decisione, sempre delle Sezioni Unite della Cassazione, di poco successiva a quella in precedenza ricordata, che in un caso di concessione edilizia poi annullata ha ritenuto che la domanda proposta dal privato per ottenere il risarcimento dei danni conseguiti alla lesione dell'affidamento indotto da atti amministrati poi riconosciuti illegittimi appartenga alla giurisdizione amministrativa in quanto nella specie rilevarebbe l'agire provvedimentale nel suo complesso, mentre l'affidamento nella legittimità degli atti non sarebbe altro che un profilo riflesso dell'azione amministrativa illegittima (Cass. Sezioni Unite, 21 aprile 2016 n. 8057).

E' possibile che le due decisioni, tra loro apparentemente discordanti, discendano da vicende non esattamente sovrapponibili, ma il dato che comunque emerge è quello - già segnalato - della estrema difficoltà di distinguere tra comportamenti della P.A. anche mediatamente ricollegabili all'esercizio del potere pubblicistico e quelli che siano del tutto scollegati da quest'ultimo.

9. CONCLUSIONI

Il superamento del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo leso dall'attività provvedimentale illegittima della P.A. e l'affermazione conseguente della ingiustizia del danno quale elemento fondativo della responsabilità risarcitoria, indipendentemente dalla situazione soggettiva fatta valere (se di interesse legittimo o di diritto soggettivo), ha da un lato riequilibrato i rapporti tra privati e pubblica amministrazione, ma dall'altro ha creato nuove incertezze, specialmente nella individuazione del giudice competente a conoscere di questa tipologia di controversie, che il legislatore non è riuscito a risolvere in maniera appagante.

Si ripropongono infatti i risalenti conflitti tra il giudice naturale della attività provvedimentale della P.A. (il giudice amministrativo) ed il giudice naturale dei diritti (il giudice ordinario).

Se non vi è dubbio che il giudice dell'agire provvedimentale della P.A. è il giudice amministrativo, assai controversa è l'individuazione del giudice chiamato a giudicare i comportamenti della P.A..

L'affermazione secondo la quale la giurisdizione ordinaria o amministrativa si radica a seconda che il comportamento della P.A. non sia (o sia) ricollegabile - anche mediatamente - all'esercizio di un pubblico potere è solo apparentemente risolutiva.

Non è per nulla agevole discernere, nell'ambito delle attività poste in essere da una pubblica amministrazione, ciò che è mero comportamento da ciò che costituisce una attività ascrivibile alla serie procedimentale, ovvero è - almeno mediatamente - riconducibile all'esercizio di un potere.

Di qui le difficoltà – delle quali si è cercato di dare conto – di individuare *ex ante* il giudice munito di giurisdizione.

Queste difficoltà costituiscono un serio ostacolo all'esercizio dei diritti dei privati nei confronti dell'agire della P.A. e determinano un costo sociale rappresentato dallo spreco di risorse nell'erogazione del servizio-giustizia.

Il sistema duale della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione mostra – ancora oggi – i suoi limiti, connaturali alla compresenza delle due categorie degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi.

Sono forse maturi i tempi per un profondo ripensamento dell'esercizio della giurisdizione nei confronti dell'agire della pubblica amministrazione, anche alla luce dei principi del diritto europeo che inesorabilmente conducono verso un modello difficilmente compatibile con la permanenza della dicotomia interesse legittimo/diritto soggettivo.