

TOMASO GALLETTO

AVVOCATO

LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. PER LESIONE DI SITUAZIONI SOGGETTIVE CORRELATE AD INTERESSI LEGITTIMI (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Uno sguardo alle più significative esperienze europee (Francia, Germania, Inghilterra). - 3. Lo stato dell'arte in Italia: luci e ombre. - 4. Alcune recenti acquisizioni: la lesione di diritti assoluti e primari (il danno alla salute, la lesione di altri diritti fondamentali). - 5. La lesione di diritti comunitari. - 6. Le situazioni soggettive oggetto di tutela: la nuova lettura dell'art. 2043 c.c. e la c.d. risarcibilità degli interessi legittimi. Una rivoluzione annunciata. - 7. Segue. Gli interventi del legislatore e la confusione dei ruoli tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Dal riparto della giurisdizione al riparto delle materie. - 8. Il nuovo intervento legislativo nell'ambito della riforma del processo amministrativo. - 9. Lo strumentario del giudice amministrativo. - 10. Segue. Profili problematici: nella nuova giurisdizione esclusiva la rimozione dell'atto lesivo deve essere richiesta nel termine decadenziale breve o in quello prescrizione? - 11. I problemi del Giudice ordinario: ammessa la risarcibilità della lesione di situazioni qualificabili alla stregua di interessi legittimi, è sufficiente la mera illegittimità dell'atto per la sussistenza della responsabilità civile? - 12. I primi frutti del nuovo orientamento in tema di risarcibilità della lesione di situazioni correlate ad interessi legittimi. - 13. Riflessioni conclusive: la continua erosione dei privilegi della p.a. ed il superamento di antichi pregiudizi sono eventi certamente positivi che tuttavia non esauriscono i problemi. Necessità di pervenire alla piena attuazione dell'art. 97 cost. dettando nuove regole sostanziali dell'azione della p.a.

(*)In considerazione della natura e delle finalità del contributo si è ritenuto di ottenere il richiamo alla vastissima letteratura in argomento. Le informazioni di natura comparatistica sono tratte da ANGELETTI, voce *Responsabilità della Pubblica Amministrazione in diritto comparato*, in *Dig. it., disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 223; quelle relative dell'inquadramento sistematico della responsabilità della p.a. sono tratte da CASETTA, voce *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. it., disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 210.

1. - I profili della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione di più recente emersione, tra i quali è certamente ascrivibile la tematica della risarcibilità della lesione di situazioni soggettive qualificabili alla stregua di interessi legittimi, inducono a consumare il tentativo di una riflessione sui confini dell'illecito dell'azione amministrativa.

Non sarà inutile, in questa prospettiva, ricordare che l'espansione dell'ordinamento comunitario e la sua supremazia rispetto agli ordinamenti degli Stati membri della Ue (afferzata non solo dalla Corte di giustizia, ma anche dalla nostra Corte costituzionale) impone un diverso approccio all'intera problematica dei rapporti tra cittadini (non più solo italiani, ma anche comunitari) e p.a. anche sotto il profilo della responsabilità civile.

Esistono infatti situazioni soggettive che sono tutelate a livello comunitario indipendentemente dalle previsioni normative di ciascuno Stato membro e - come ha avuto modo di affermare la Corte di giustizia - la tutela di tali situazioni all'interno di ciascuno Stato non è affidata soltanto ai giudici, ma anche (e soprattutto) alla p.a. in senso lato (tutto l'apparato amministrativo, comprensivo delle autonomie locali).

Non è più soltanto alla normativa vigente nello Stato che occorre allora guardare per verificare la correttezza dell'operato della p.a. e l'eventuale emersione di profili di responsabilità civile della stessa.

Allo stesso tempo, per quanto si è accennato, la p.a. è chiamata a dare piena attuazione alla tutela delle situazioni soggettive protette dall'ordinamento comunitario, con la conseguenza che la sua azione, pur rispettosa della normativa interna, può tuttavia cagionare danni risarcibili nella misura in cui essa si ponga in contrasto con le sovraordinate norme comunitarie.

In altri termini, alla proliferazione delle situazioni giuridiche tutelate da fonti normative di origine comunitaria si accompagna un ampliamento dell'area della responsabilità civile della p.a. alla quale è ormai affidato il compito, che una volta si riteneva appartenere esclusivamente alla funzione giurisdizionale, di disapplicare le fonti normative di origine nazionale confliggenti con la normativa comunitaria di diretta applicazione all'interno degli Stati membri.

Ed è proprio nella lesione di situazioni soggettive qualificabili di interesse legittimo, come è noto, che l'influsso del diritto comunitario si è manifestato con maggior forza nel nostro ordinamento, rendendo indispensabile un nuovo approccio al tema della risarcibilità del danno conseguente all'attività provvedimentale illegittima della p.a.

2. - Le premesse che si sono enunciate stimolano una breve riflessione sullo scenario ampliato in cui oggi può collocarsi la responsabilità della p.a.

E agevole constatare che l'ordinamento comunitario risente sensibilmente dell'influsso dei più significativi ordinamenti giuridici presenti all'interno della Ue.

Tra questi sono certamente ascrivibili quello francese, tedesco e inglese.

Di qui l'utilità di un cenno ai più rilevanti aspetti che in quegli ordinamenti connotano la responsabilità civile della p.a., con l'ovvia - ma necessaria - precisazione che il richiamo comparatistico è limitato a nozioni elementari di comune dominio, al solo fine di fornire uno spunto aggiuntivo di riflessione sulle esperienze altrui.

In Francia, così come in Italia, il sistema della responsabilità extracontrattuale è costruito sulla atipicità dell'illecito, ma al ti-parto delle giurisdizioni (civile amministrativa) corrisponde anche una duplicità delle fonti della tutela risarcitoria nei confronti della p.a.

Davanti al giudice ordinario vale la fonte normativa (art. 1382 Code Napoléon, non dissimile dal nostro art. 2043 c.c.), mentre davanti al giudice amministrativo la fonte è costituita da regole giurisprudenziali elaborate dal Consiglio di Stato e valevoli per disciplinare una serie indefinita di casi.

La continua evoluzione delle regole giurisprudenziali ha consentito, in quell'ordinamento, il raggiungimento di un equilibrio tra i bisogni dell'amministrazione e gli interessi degli amministratori nell'ambito di un modulo di regolazione dei conflitti caratterizzato da una spiccata adattabilità alla evoluzione dei rapporti.

La giurisdizione amministrativa conosce delle controversie in cui si affermi la responsabilità degli enti pubblici (non economici) ed è tendenzialmente preponderante rispetto a quella ordinaria, che conosce delle questioni che involgono la tutela della libertà individuale e della proprietà privata dei cittadini, nonché la gestione del patrimonio degli enti pubblici e quelle specificamente indicate in leggi speciali.

In Germania, per converso, il sistema della responsabilità è improntata sulla tipicità degli illeciti.

Con specifico riferimento all'attività della p.a. è tipizzata una responsabilità per violazione colposa dei doveri d'ufficio, la responsabilità per interventi sulle situazioni giuridiche altrui e quella per violazione di obblighi speciali.

Sono previsti indennizzi per lesioni di diritti patrimoniali e non patrimoniali; nell'ambito di questi ultimi una vasta serie di norme prevede contestualmente sia l'attività sia l'indennizzo.

Le azioni di responsabilità nei confronti della p.a. sono di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, ma l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo è di competenza del giudice amministrativo, il quale può anche condannare l'amministrazione ad eliminare le conseguenze dell'atto illegittimo.

Anche in Inghilterra, infine, vige il principio della tipicità dell'illecito, articolato su un complesso sistema di illeciti tipici (*torts*) sostanzialmente applicabile anche alla responsabilità della pubblica amministrazione.

Il principio ormai codificato sin dal 1947 (*Crown Proceedings Act*) è quello per cui la Corona è assoggettata a tutte quelle responsabilità extracontrattuali cui sarebbe assoggettata se fosse un soggetto privato dotato di piena capacità di agire.

Di conseguenza la giurisdizione competente a conoscere delle controversie risarcitorie nei

confronti della p.a. è quella ordinaria, mentre risulta sostanzialmente assente una vera e propria giurisdizione amministrativa. Il quadro di sintesi che può trarsi da questa rapidissima incursione nel *diritto* comparato (limitatamente ai tre grandi sistemi giuridici cui si è fatto cenno) consente di rilevare la significativa differenziazione del sistema della responsabilità della p.a. operante in Italia, connotato dalla nota dicotomia diritto soggettivo/interesse legittimo introdotta da circa un secolo e che è sostanzialmente sconosciuta agli altri ordinamenti.

3. - Ritornando alle vicende italiane è agevole constatare il sempre più marcato disagio che pervade chiunque si avventuri ad indagare i profili risarcitori della lesione di situazioni giuridiche soggettive degli amministrati operata nella p.a. attraverso atti illegittimi.

La centralità e la preminenza che comunemente l'ordinamento assegna all'agire dell'amministrazione intesa quale unico soggetto demandato alla cura dell'interesse pubblico fanno sì che il rapporto tra la p.a. e gli amministratori sia tuttora fortemente squilibrato a danno di questi ultimi.

La stessa costruzione - invero concettuosa - dell'istituto dell'interesse legittimo tutelabile soltanto mediante la rimozione dell'atto amministrativo illegittimamente lesivo (una tutela, quindi, di natura formale e non sostanziale) ha agevolato il proliferare di aree grigie in cui si annida una sorta di impunità dell'azione illegittima della pubblica amministrazione.

La mancanza, sino al 1971, di un vero doppio grado di giurisdizione amministrativa ha, per parte sua, certamente limitato l'accesso a forme effettive di tutela nei confronti degli atti illegittimi della p.a.; conviene qui ricordare, ancora, che il giudice ordinario, oltre al noto divieto di ordinare *unfacere* alla p.a., incontrava l'ulteriore limite costituito dalla disapplicabilità degli atti amministrativi illegittimi soltanto - secondo l'opinione dominante - se lesivi di un diritto soggettivo.

In questo quadro, connotato come si è detto da un evidente squilibrio tra le posizioni giuridiche soggettive degli amministrati e quelle della p.a., con evidente privilegio per le seconde a danno delle prime, non sono mancati tuttavia tentativi - dapprima da parte della dottrina e successivamente da parte della giurisprudenza - di giungere a un riequilibrio delle situazioni in conflitto.

Attraverso la creazione della categoria concettuale dei c.d. diritti in attesa di espansione, e cioè di quelle situazioni che assumono la consistenza dei diritti soggettivi soltanto a seguito di un provvedimento favorevole da parte della p.a., si è accordata tutela nei confronti della ingiustificata ed illegittima rimozione dei provvedimenti amministrativi ampliativi delle facoltà del privato.

Un esempio significativo di tale tutela si può rinvenire in quell'orientamento, di origine pretoria, secondo cui una volta che il diritto di edificare abbia formato oggetto di un provvedimento favorevole della p.a. le ulteriori iniziative da quest'ultima assunte illegittimamente per la rimozione di tale provvedimento sono fonte di danno aquiliano

risarcibile.

Anche con riferimento alla categoria dei c.d. diritti affievoliti, e cioè di quelle situazioni originariamente aventi la consistenza del diritto soggettivo, successivamente degradate ad interesse legittimo per effetto di atti e provvedimenti della p.a., si è giunti ad affermare la sussistenza di una responsabilità risarcitoria della p.a. nell'ipotesi in cui la compressione del diritto soggettivo risulti illegittima *ab origine* ovvero per cause sopravvenute.

Un esempio paradigmatico di tale fattispecie può rinvenirsi nella occupazione di beni privati da parte della p.a. per la realizzazione di opere pubbliche, nell'ipotesi in cui l'occupazione di urgenza risulti illegittima sin dalla sua emanazione, ovvero risulti non più operante per avvenuta scadenza del termine di efficacia di essa.

Anche in questa ipotesi la giurisprudenza ha individuato una fattispecie fonte di danno aquiliano risarcibile, sul presupposto peraltro della caducazione (o inesistenza) del provvedimento amministrativo limitativo del diritto dei privati.

La rivisitazione in chiave precettiva anziché programmatica di taluni enunciati contenuti nella Carta costituzionale ha ulteriormente contribuito alla evoluzione del sistema della responsabilità civile della p.a. secondo caratteristiche maggiormente confacenti ad un più corretto equilibrio degli interessi in gioco.

Anche l'introduzione delle regole sul procedimento amministrativo, avvenuta ormai un decennio fa con la l. n. 241 del 1990, ha certamente contribuito alla evoluzione del sistema verso una maggiore responsabilizzazione dei soggetti agenti per conto della p.a., conseguente alla introduzione della figura del responsabile del procedimento.

In questa nuova configurazione dei rapporti tra privato e p.a. è evidente l'influsso dell'art. 28 cost., secondo cui i funzionari dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti ed in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Nel contempo traspare il tentativo di superamento della limitazione della responsabilità dei soggetti agenti per conto della p.a. contenuta nel testo unico dello Statuto degli impiegati civili dello Stato (l. 10 gennaio 1957, n. 3), secondo cui vi è personale responsabilità dell'impiegato che cagioni ad altri un danno ingiusto e cioè un danno derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi commessa con dolo o colpa grave (artt. 22 e 23).

Nella disciplina da ultimo richiamata è infatti di immediata evidenza una forte limitazione alla risarcibilità del danno ingiusto prevedendosi, difformemente dalla clausola generale di cui all'art. 2043 c.c., che essa consegua soltanto a fattispecie connotate da dolo o colpa grave, circostanze assai difficilmente dimostrabili da parte del privato.

La tensione della giurisprudenza verso il riconoscimento di più adeguate forme di tutela del privato nei confronti dell'attività della p.a. anche quando essa sia caratterizzata da margini di discrezionalità (settore nel quale è intuitivamente più difficile enucleare comportamenti

lesivi di situazioni soggettive degli amministrati), si avverte comunque da tempo.

Un sintetico richiamo alla evoluzione della giurisprudenza della Cassazione (spesso a sezioni unite sollevandosi questioni di riparto di giurisdizioni) risulta, in questa prospettiva, assai significativo.

Sin dalla sentenza n. 520 del 21 giugno 1966, è stato affermato il principio che l'attività della p.a., anche nel campo della pura discrezionalità, deve svolgersi nei limiti posti non solo dalla legge ma anche dalla norma primaria del *neminem laedere*, così che si è ritenuto essere consentito al giudice ordinario - al quale è vietato soltanto di stabilire se il potere discrezionale sia stato, o meno, opportunamente esercitato - di accertare se vi sia stato, da parte della p.a., un comportamento colposo tale che, in violazione della suindicata norma primaria, abbia determinato la violazione di un diritto soggettivo. Si è, anzi, precisato¹ che in via generale la tesi della risarcibilità fondata sulla equazione «danno ingiusto = lesione di un diritto assoluto» è stata da tempo abbandonata, ammettendosi la risarcibilità della lesione inferta al diritto di credito ed ampliandosi l'area della risarcibilità al punto da considerare talvolta ingiusta la lesione di un'aspettativa (sia pure legittima), con l'effetto di ritenere - in principio - configurabile la risarcibilità di una lesione che si assume inferta alla integrità del patrimonio e, più specificatamente, al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio.

Al richiamato orientamento si riallaccia la più recente giurisprudenza² secondo la quale la responsabilità civile della p.a. per i danni ingiusti arrecati a terzi è vista come inosservanza delle comuni regole di prudenza e di diligenza, ma anche come inosservanza di regole cui sono tenuti tutti e, in particolare, la p.a. in ottemperanza ai principi di legalità, d'imparzialità e di buona amministrazione scolpiti nell'art. 97 cost., sì che la p.a. è tenuta, come qualsiasi altro soggetto, a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., senza che ciò scalfisca la discrezionalità amministrativa.

Si è, infatti, precisato che alla p.a. spetta il potere discrezionale di stabilire tempi, criteri e mezzi per soddisfare convenientemente i bisogni e gli interessi della collettività (potere non sindacabile dal giudice ordinario, che non può svolgere indagini su come siano state organizzate le risposte alle esigenze della collettività o come siano stati scelti i mezzi per soddisfarne i bisogni), ma che tuttavia il giudice ordinario, pur non potendo sindacare l'attività discrezionale della p.a., può accertare se la stessa abbia osservato i doveri di prudenza, di diligenza, d'imparzialità e di legalità, che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità³.

Anche e soprattutto nel settore della regolazione amministrativa dell'attività economica si

¹ Cass., 4 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, I, e. 2864.

² Cass., 24 maggio 1991, n. 5883, in *Foro it.*, 1992, I, c. 493.

³ V. in proposito, anche Cass., 11 gennaio 1988, n. 35 e Cass., 27 gennaio 1988, n. 722, rispettivamente in *Rep. Foro it.*, 1988, voce «Responsabilità civile», nn. 122e 120.

avverte da tempo la preoccupazione della giurisprudenza di non contribuire alla creazione di zone franche in cui la responsabilità aquiliana della p.a. venga esclusa attraverso il richiamo al concetto di alta amministrazione connotata da amplissimi margini di discrezionalità.

La colpevole omissione di controlli, ovvero la colpevole inerzia nell'assumere i provvedimenti necessari ad un corretto svolgimento del mercato finanziario, ad esempio, non possono essere sottratte al sindacato del giudice ordinario, che è il giudice naturale della lesione delle situazioni soggettive tutelate dall'ordinamento, dovendo piuttosto indagarsi se la posizione soggettiva oggetto di tutela abbia o meno la consistenza del diritto soggettivo ovvero risulti degradata ad interesse legittimo⁴.

4. - Nell'evoluzione della giurisprudenza verso più adeguate forme di tutela delle situazioni soggettive degli amministratori nei confronti della p.a. merita certamente menzione il riconoscimento della sussistenza di situazioni meritevoli di tutela in quanto espressione di diritti fondamentali dell'individuo, che come tali non possono sopportare limitazioni conseguenti ad atti o provvedimenti amministrativi.

Di tali situazioni è esempio emblematico il diritto alla salute che trova diretta tutela nella Carta costituzionale e la cui lesione non può consentirsi nemmeno in un'ottica di comparazione tra interesse pubblico e interesse privato.

Se è così consentito a singoli cittadini di promuovere azioni di istruzione preventiva al fine di verificare se dalla esecuzione di opere pubbliche potesse conseguire una lesione del diritto alla salute o comunque alla salubrità dell'ambiente, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di provvedimenti amministrativi nei cui confronti potevano essere fatti valere interessi legittimi anziché diritti soggettivi. Sembra quindi emergere l'esistenza di un corpus di norme desumibili da fonte di normazione primaria dirette ad assicurare tutela a situazioni soggettive cui l'ordinamento attribuisce una valenza assoluta, tale da non poter essere compromessa nemmeno dall'esercizio di poteri autoritativi della p.a.

5. - Si è fatto cenno nella premessa alla ormai imprescindibile attenzione che deve essere rivolta all'ordinamento comunitario nella ricostruzione delle fonti normative che regolano i rapporti intersoggettivi tra la p.a. ed i suoi amministrati, e ciò specialmente in considerazione della preminenza del diritto comunitario rispetto al diritto vigente negli Stati Membri dell'Unione.

⁴ Questo orientamento, enunciato nella decisione n. 6667 del 2 giugno 1992 delle sez. un. della Cassazione (in *Rep. Foro it.*, 1993, voce «Responsabilità civile», n. 108) dovrà naturalmente essere rivisitato alla luce della svolta giurisprudenziale inaugurata nel 1999 dalla notissima sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 di cui *infra* si dirà.

Esistono quindi diritti che l'ordinamento comunitario riconosce in capo a ciascun cittadino appartenente ad uno Stato dell'unione, la cui lesione può dar luogo a danno risarcibile da parte della p.a.

La lesione di quelli che in questa sede chiameremo diritti comunitari può essere riguardata sotto almeno due distinti profili.

Un primo profilo attiene al rapporto fra Stato e cittadini in ordine alla effettiva attuazione del diritto comunitario.

In estrema sintesi la questione concerne la possibilità o meno di affermare la sussistenza di una responsabilità risarcitoria dello Stato membro per omessa o incompleta o non corretta esecuzione del diritto comunitario.

A tale questione la Corte di giustizia Ue ha dato risposta positiva, affermando che il diritto comunitario impone il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili e ciò in quanto sarebbe altrimenti messa a repentaglio la efficacia delle norme comunitarie e sarebbe compromessa la tutela dei diritti da essa riconosciuti ai singoli se questi ultimi non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro⁵.

L'importante principio enunciato dalla Corte è stato da quest'ultima ulteriormente precisato con l'affermazione che la responsabilità risarcitoria dello Stato per lesione dei diritti che l'ordinamento comunitario riconosce ai cittadini dell'Unione non può essere limitata od esclusa qualora l'omessa tutela dipenda dalla inerzia del legislatore, e ciò anche in quegli ordinamenti in cui non siano assicurate tutele per tale situazione.

Il risarcimento del danno per lesione dei diritti comunitari non è poi escluso dalla possibilità per i soggetti lesi di invocare l'applicazione immediata della norma comunitaria in quanto dotata di efficacia diretta e ciò perché il risarcimento del danno è un rimedio minimo rispetto all'ipotesi di completo ripristino sostanziale della situazione lesa⁶.

Un secondo profilo, non meno rilevante, attiene alla risarcibilità del danno derivante al privato dalla omessa od inesatta applicazione del diritto comunitario da parte della p.a.

Si è infatti affermato da parte della Corte di giustizia Ue l'importante principio secondo cui non soltanto i giudici nazionali, ma anche la p.a. intesa in senso lato (comprensivo quindi delle autonomie locali) sono obbligati a dare tutela ai diritti comunitari riconosciuti in capo ai singoli cittadini della Ue indipendentemente dalla presenza dell'ordinamento nazionale di norme confliggenti con quelle comunitarie direttamente applicabili e con l'ulteriore obbligo di procedere alla disapplicazione della norma nazionale incompatibile con la norma comunitaria.

⁵ Corte di giustizia Ue, 19 novembre 1991 caso *Francovich*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, c. 1585

⁶ Corte di giustizia Ue, 5 marzo 1996, n. 46, caso *Factortame* in *Foro it.*, 1996, IV, c. 185.

L'applicazione concreta di tale principio si è avuta, a titolo esemplificativo, nella materia dei pubblici appalti, in cui la distonia tra norma comunitaria e norma interna aveva indotto la p.a. appaltante ad attenersi alla norma interna, ledendo così il diritto attribuito dalle norme comunitarie: come è ben noto la vicenda ha costretto il legislatore italiano ad introdurre, limitatamente al settore dei pubblici appalti, l'istituto della lesione di diritti comunitari fonte di danno aquiliano risarcibile, sia pure attraverso il farraginoso sistema dell'annullamento dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario da parte del giudice amministrativo ed il successivo intervento del giudice ordinario per il risarcimento del danno (art. 13, 1. n. 142 del 1992).

E altresì noto che non conoscendo il diritto comunitario la distinzione, tipicamente italiana, tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, l'introduzione della normativa in precedenza citata ha riproposto con forza il problema della risarcibilità degli interessi legittimi, consentendo peraltro una doppia lettura degli effetti di tale intervento legislativo.

Da un lato infatti si è affermato il superamento per effetto di tale disposizione del dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, mentre da altro lato si è voluto vedere nell'intervento del legislatore l'introduzione di una specifica eccezione confermativa in quanto tale della regola generale della loro irrisarcibilità⁷.

Dalle sintetiche considerazioni che precedono può trarsi la conferma che la continua espansione del diritto comunitario nell'ambito dei diritti nazionali è destinata ad ampliare sensibilmente l'area di operatività della responsabilità civile della p.a.

6. - È a tutti noto come nel nostro ordinamento, alle situazioni giuridiche soggettive definite quali diritti soggettivi, a loro volta distinti in diritti soggettivi assoluti (ad esempio la proprietà) e relativi (ad esempio i diritti di credito) si accompagnino situazioni soggettive definite di interesse legittimo, intese a significare quella posizione differenziata rispetto alla generalità dei cittadini che un soggetto abbia nei confronti dell'azione amministrativa e finalizzata al corretto esercizio di essa (ad esempio la posizione del proprietario di un bene inciso da un provvedimento di esproprio emanato dalla p.a.).

Alle due diverse situazioni soggettive corrispondono come è altrettanto noto due diverse forme di tutela azionabili davanti a due diverse giurisdizioni: piena tutela del diritto soggettivo azionabile davanti all'autorità giudiziaria ordinaria; possibilità di ottenere la rimozione mediante annullamento dell'atto amministrativo illegittimo davanti all'autorità giudiziaria amministrativa.

Ancora è noto che per comporre il contrasto che si era venuto a creare tra i giudici ordinari ed i giudici amministrativi sulla rispettiva attribuzione della giurisdizione nei confronti degli atti della p.a. nel 1930 l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e le sezioni unite

⁷ In questo secondo senso si è più volte espressa la Corte di cassazione.

della Cassazione si pronunciavano concordemente nel senso di dare rilievo determinante alla situazione soggettiva lesa ai fini del riparto della giurisdizione (c.d. criterio del *petitum* sostanziale) e sancendo così che se la situazione soggettiva fatta valere era di diritto soggettivo la sua cognizione spettava all'a.g.o. e se invece era di interesse legittimo essa spettava al giudice amministrativo.

La tutela dell'interesse legittimo, che potrebbe definirsi anche come diritto alla legalità dell'azione amministrativa, si esauriva peraltro con la rimozione dell'atto viziato e con la conseguente possibilità per la p.a. di assumere ulteriori provvedimenti esenti dai vizi riscontrati.

L'insoddisfazione rispetto a questa tutela minore attribuita a situazioni soggettive sostanzialmente non dissimili da quelle pienamente tutelabili davanti ai giudice ordinario non è nuova, ma ha anzi accompagnato tutta la storia dell'istituto dell'interesse legittimo e della pretesa irrisarcibilità della sua lesione da parte della p.a.

Una stratificazione pluridecennale della giurisprudenza di legittimità intesa ad interpretare la clausola generale dell'art. 2043 c.c. riferibile esclusivamente alla lesione di diritti soggettivi è rimasta sorda ai richiami della dottrina finalizzati ad una diversa lettura della norma, più coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento.

Tutti i tentativi operati dai giudici di merito di ampliare la tutela risarcitoria offerta dall'art. 2043 c.c. anche con riguardo a lesioni di situazioni soggettive qualificabili alla stregua di interessi legittimi sono stati vanificati dalla tralattica affermazione da parte della Corte di cassazione del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo fondato, come incisivamente ha osservato la dottrina, su una petizione di principio non essendo rinvenibile nella motivazione delle sentenze di legittimità la effettiva ragione giuridica di tale affermazione.

Negli ultimi anni l'insofferenza nei confronti della permanenza nell'ordinamento di una zona franca di privilegio per la p.a. in cui alla lesione di situazioni soggettive non conseguiva alcuna tutela risarcitoria in ragione della loro ascrivibilità alla categoria agli interessi legittimi si è acuita, giungendosi nel 1998 alla affermazione da parte della Corte costituzionale della necessità di riconsiderare la questione della responsabilità civile delle p.a. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o provvedimenti illegittimi lesivi di interessi legittimi⁸.

In questo quadro si colloca la svolta giurisprudenziale inaugurata dalla sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 delle sezioni unite della Corte di cassazione. Tale decisione - la cui portata certamente rilevante è stata peraltro a mio avviso eccessivamente enfatizzata - ha per la prima volta con chiarezza affermato che una corretta lettura della disciplina della responsabilità aquiliana impone di assolvere alla funzione di riparazione del danno ingiusto,

⁸ Corte cost., ord., 8 maggio 1998, n. 165, in *Giur. it.*, 1998, p. 1929.

intendendosi per tale il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima ma che va trasferito sull'autore del fatto in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritti soggettivi o di interessi legittimi.

E quindi l'ingiustizia del danno a connotare la responsabilità aquiliana e non la situazione soggettiva lesa.

La Corte non ha detto, come taluni ritengono di affermare, che in via generale ed astratta la lesione di qualunque interesse legittimo è fonte di danno risarcibile. Essa ha avuto cura di precisare che la lesione di interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* poiché a tal fine deve altresì risultare leso per effetto dell'attività illegittima e colpevole della p.a. l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e all'ulteriore condizione che detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento.

Il che è come affermare che la mera illegittimità dell'azione amministrativa non è di per sé fonte di danno risarcibile perché occorre riguardare non all'aspetto formale ma a quello sostanziale: la situazione soggettiva sottesa all'interesse legittimo.

Per quanto concerne l'accoglibilità nel merito della pretesa risarcitoria la Corte ha avuto cura di precisare una sorta di decalogo per il giudice del merito, imponendo a quest'ultimo di svolgere, in ordine successivo, le seguenti indagini:

- a) accertare la sussistenza di un evento dannoso;
- b) stabilire se il danno sia qualificabile come danno ingiusto in relazione alla sua incidenza sull'interesse rilevante per l'ordinamento;
- c) accertare sotto il profilo causale se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta positiva od omissiva della p.a.;
- d) accertare se l'evento dannoso sia imputabile a titolo di dolo o colpa alla p.a., essendo escluso che il mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa supplisca all'individuazione del dolo o della colpa.

Come si vede, non è possibile affermare quale diretta conseguenza della richiamata pronuncia la indiscriminata risarcibilità dell'interesse legittimo; ciò che è rimosso è il rilievo assorbente della situazione soggettiva fatta valere.

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 rispetto al bene della vita inciso dall'attività illecita di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo.

Quanto si è fin qui enunciato non sminuisce affatto la portata innovativa della svolta giurisprudenziale operata dalle sezioni unite, ma contribuisce ad evitare gli effetti perniciosi

di una interpretazione affrettata che rischia di alimentare un contenzioso improduttivo di effetti concreti.

7. - Mentre stava maturando nei termini sinteticamente riferiti in precedenza il nuovo orientamento giurisprudenziale inteso ad assicurare una effettiva tutela risarcitoria del danno ingiusto inferito dalla p.a. alle situazioni giuridiche soggettive dei privati per effetto di atti o comportamenti illegittimi, il legislatore interveniva nella materia con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 in attuazione della legge di delegazione 15 marzo 1997, n. 59.

Nella materia dell'urbanistica, dell'edilizia e dei servizi pubblici la legge di delegazione intendeva ottenere il risultato di concentrare davanti ad un unico giudice, individuato in quello amministrativo, sia i poteri di annullamento dell'atto illegittimo che quelli di condanna della p.a. al risarcimento del danno conseguente.

Il legislatore delegato ha invece enucleato nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva amministrativa specialmente nella materia dei servizi pubblici, attribuendo quindi al giudice amministrativo la tutela indifferenziata di diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Nel contempo ha attribuito al giudice ordinario la materia del pubblico impiego, tradizionalmente assegnata al giudice amministrativo.

Si è quindi assistito ad un fenomeno parzialmente nuovo, nel cui ambito materie omogenee sono state attribuite all'uno o all'altra giurisdizione anche allo scopo di concentrare davanti ad un unico giudice tutte le azioni esperibili nei confronti della p.a.

Numerosi sono stati i dubbi di costituzionalità sollevati rispetto al menzionato intervento legislativo, per la maggior parte riferibili ad eccesso di delega nel senso che il legislatore delegato avrebbe creato nuove fattispecie di giurisdizione esclusiva amministrativa senza che l'opzione risultasse sorretta dalla legge di delegazione.

La Corte costituzionale è tempestivamente intervenuta con riferimento alla materia dei servizi pubblici, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 33 del menzionato d.lgs. n. 80 del 1998 proprio per eccesso di delega⁹ Altri profili sollevati ad esempio dalle sezioni unite della Cassazione relativamente all'art. 34, nella parte in cui esso sottrae al giudice ordinario e devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le cause su diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della p.a. in procedure espropriative finalizzate alla gestione del territorio¹⁰ non risultano ancora esaminati dalla Corte.

8. - Nell'ambito della riforma del processo amministrativo introdotta con l. 25 luglio 2000,

⁹ Corte cost., 11 luglio 2000, n. 292, in *Guida al diritto*, 2000, n. 28, p. 20.

¹⁰ Cass., sez. un., ord., 14 aprile - 25 maggio 2000, n. 43, in *Corr. giur.*, 2000, p. 723.

n. 205 il legislatore è nuovamente intervenuto nelle materie già regolate dagli art. 33 e 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, colmando con pressoché totale immediatezza un vuoto normativo originatosi per effetto della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 33, riformulando l'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei termini che seguono.

Rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture da qualunque soggetto svolte purché per la scelta del contraente si faccia applicazione delle norme Comunitarie o comunque di procedimenti di evidenza pubblica previsti da norme nazionali o regionali (art. 6 l. n. 205 del 2000).

Appartengono altresì alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi ivi compresi quelli afferenti la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni, sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni ed ai servizi di pubblica utilità (art. 7 legge cit.).

Anche le controversie aventi ad oggetto atti, provvedimenti e comportamenti della p.a. e dei soggetti equiparati in materia urbanistica ed edilizia sono devolute alla giurisdizione esclusiva amministrativa.

Il giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, dispone il risarcimento del danno ingiusto anche attraverso la reintegrazione in forma specifica potendo altresì stabilire i criteri in base ai quali la p.a. o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore del Pavente diritto il pagamento di una somma entro un congruo termine e qualora le parti non raggiungano un accordo la determinazione della somma dovuta avrà luogo attraverso il meccanismo del giudizio di ottemperanza.

Le nuove norme confermano, parzialmente riscrivendoli, gli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 superando gli aspetti di dubbia costituzionalità riferibili all'accesso di delega, ma lasciando aperte altre pregnanti questioni alle quali si è fatto cenno in precedenza, già sollevate dalle magistrature superiori.

Viene confermato l'impianto logico che ha portato il legislatore a cercare di unificare davanti ad un unico giudice tutte le questioni comunque connesse all'attività della p.a. e dei soggetti a questa equiparati nelle materie indicate, tra le quali certamente assume rilievo quella dell'edilizia e della urbanistica intesa, come ha cura di precisare la legge, nel senso di riguardare tutti gli aspetti dell'uso del territorio.

Si conferma altresì l'opzione legislativa di una attribuzione della giurisdizione in ragione delle materie oggetto di controversia, piuttosto che in ragione delle posizioni giuridiche soggettive fatte valere, (diritto soggettivo o interesse legittimo) le quali sono pertanto destinate - almeno in questi settori - a perdere la caratteristica di elemento discretivo fra le giurisdizioni.

9. - È diffuso e risalente convincimento in dottrina ed in giurisprudenza che i mezzi

istruttori apprestati dall'ordinamento nell'ambito del processo amministrativo non siano sufficienti ad assicurare la pienezza dell'esercizio del diritto di difesa specialmente, ma non soltanto, nel settore della giurisdizione esclusiva laddove il compito affidato al giudice è assai più penetrante di quello, sostanzialmente demolitorio, che connota la giurisdizione di legittimità.

In occasione di un convegno tenutosi nel 1980 i limiti e le manchevolezze dell'istruttoria nel processo amministrativo sono stati lucidamente delineati, dandosi atto dello sforzo della giurisprudenza di adeguare le scarse regole processuali alle mutate esigenze e salutando con favore le molteplici iniziative di riforma del processo amministrativo che in quegli anni erano state assunte.

Nonostante da allora siano trascorsi 20 anni il problema della individuazione di adeguati strumenti istruttori nel processo amministrativo è, in larga misura, tuttora aperto.

Nella consapevolezza della inadeguatezza dell'attuale processo amministrativo ai nuovi compiti affidati alla giurisdizione amministrativa il legislatore ha apprestato alcuni strumenti, ai quali conviene fare breve cenno.

Si è già detto della possibilità di disporre anche attraverso la reintegrazione in forma specifica il risarcimento del danno ingiusto con un procedimento (alquanto macchinoso) che passa dalla formulazione di criteri sulla base dei quali la p.a. deve proporre il risarcimento per equivalente ad un tentativo di accordo tra le parti per concludersi, in difetto di tale accordo, con un giudizio di ottemperanza.

Deve ancora ricordarsi la possibilità dell'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile e della consulenza tecnica d'ufficio, escluso l'interrogatorio formale e il giuramento (il rinvio peraltro alla disciplina del regolamento del 1907 sul funzionamento del Consiglio di Stato sembra alquanto farraginoso).

Per quanto concerne i diritti soggettivi di natura patrimoniale nelle materie attribuite alla sua giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può utilizzare il procedimento monitorio e le ordinanze anticipatorie di cui al codice di procedura civile.

Come si vede, lo strumentario apprestato per far fronte alle nuove competenze del giudice amministrativo è variegato e resta da verificare quanto il richiamo ad istituti che trovano una loro sistematica e coerente collocazione nel codice di procedura civile sarà sufficiente ad assicurare snellezza ed efficienza nella soluzione delle controversie.

10. - L'attribuzione al giudice amministrativo nelle specifiche materie in precedenza indicate di una (in larga parte) nuova giurisdizione esclusiva, che conosce pertanto indifferentemente di diritti soggettivi e di interessi legittimi, nonché del risarcimento del danno ingiusto indifferentemente inferto a situazioni soggettive definibili di diritto soggettivo o di interesse legittimo offre numerosi spunti problematici.

Deve qui ricordarsi che ai sensi dell'art. 7, comma 5°, 1. n. 205 del 2000 sono abrogate tutte

le disposizioni che prevedono la devoluzione al Giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguenti all'annullamento di atti amministrativi.

Si pone allora il problema di stabilire se per ottenere il risarcimento del danno arrecato a situazioni soggettive definibili alla stregua di interessi legittimi debba comunque richiedersi la rimozione dell'atto lesivo nel termine decadenziale breve.

La risposta non sembra agevole in quanto la disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo (cui si dovrebbe fare ricorso per sopperire alla mancata tempestiva impugnazione di esso) è attività consentita in ristretti limiti al giudice amministrativo, cui non si applica il generale potere di disapplicazione attribuito al giudice ordinario.

Più precisamente, mentre in sede di giurisdizione esclusiva è consentito al giudice amministrativo di disapplicare ogni atto, a carattere normativo o provvedimento, contrastante con una fonte superiore, in sede di giurisdizione di legittimità la disapplicazione può riguardare solo gli atti amministrativi a carattere normativo che siano in contrasto con una superiore disposizione di legge.

Come si è detto la questione è estremamente delicata e complessa, tanto che recentemente il Tar Lombardia - Milano (ord. 8 agosto 2000, n. 234 della sezione III) ha investito la Corte di giustizia Ue della questione pregiudiziale relativa alla possibilità per il giudice amministrativo di disapplicare le clausole di un bando di gara contrastanti con il diritto comunitario, ma non impugnate entro i brevi termini di decadenza.

In attesa di un chiarimento interpretativo nella complessa questione, prudenza impone di suggerire comunque la tempestiva impugnazione dell'atto amministrativo lesivo di situazioni soggettive, siano esse diritti soggettivi o interessi legittimi, anche se con riferimento ai diritti soggettivi l'orientamento del giudice amministrativo è da tempo consolidato, ovviamente nell'ambito della giurisdizione esclusiva, nel ritenere che il ricorso non soggiaccia al termine decadenziale, ma a quello della prescrizione ordinaria.

D'altra parte sembrerebbe incoerente l'aver modellato per le materie considerate da un lato un giudice del rapporto (e non più della sola legittimità dell'atto) e dall'altro mantenere le scansioni dell'ordinario processo amministrativo.

L'opzione per la necessaria impugnativa dell'atto illegittimo nel termine decadenziale allo scopo di ottenere la tutela risarcitoria della lesione alla situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento porrebbe ineludibilmente delicate questioni di costituzionalità, perché nell'ambito di situazioni omogenee attribuite *ratione materiae* a giudici diversi manterrebbe un termine decadenziale laddove in analoga situazione sottoposta alla giurisdizione del giudice ordinario rileverebbe soltanto il termine prescrizione dell'azione aquiliana.

11. - La risposta al quesito se la mera illegittimità dell'atto sia fonte di danno risarcibile è in parte già offerta dalla decisione delle sezioni unite n. 500 del 1999, nella quale si ha cura di

precisare - contrariamente a taluni orientamenti pure emersi nella giurisprudenza di legittimità anteriore che la mera illegittimità dell'atto non configura ancora la sussistenza di dolo o colpa necessaria ai fini della risarcibilità dell'illecito aquiliano.

E noto a questo proposito l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la mancanza dell'elemento soggettivo della colpa non esclude la responsabilità della p.a.

In una recente pronuncia nella materia considerata, infatti, può leggersi:

«Siffatta impostazione riecheggia un più risalente orientamento giurisprudenziale per il quale la colpa è necessaria ai fini dell'affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione, non essendo sufficiente la volontarietà dell'emanazione del provvedimento medesimo, sicché siffatta responsabilità non potrebbe sussistere in conseguenza della mera illegittimità dell'atto che abbia arrecato danno, ma occorrerebbe anche la sussistenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), il quale non potrebbe riguardare l'atto in quanto tale, ma soltanto il comportamento di chi lo abbia posto in essere».

Giova peraltro rilevare che il più recente e maturo orientamento giurisprudenziale cui questa corte reputa di uniformarsi, imposta la questione sulla distinzione tra attività materiale e attività provvedimento della pubblica amministrazione.

Nel primo caso, ai fini dell'affermazione della responsabilità si richiede l'elemento soggettivo della imputabilità per dolo o per colpa dell'attività medesima, per quanto concerne invece gli atti illegittimi, formati al termine di una complessa fase procedimentale che ha interessato molti soggetti, la colpa dell'amministrazione è di per sé ravvisabile nella violazione della norma operata consapevolmente con l'emanazione o con l'esecuzione dell'atto.

Ed invero, partendo dal presupposto che la responsabilità della pubblica amministrazione è una responsabilità diretta, deve ammettersi che l'esecuzione volontaria da parte di questa di un atto illegittimo che abbia inciso sui diritti soggettivi integra gli estremi della colpa e tale colpa sussiste anche nell'ipotesi in cui la responsabilità diretta del singolo funzionario, che abbia partecipato al momento procedimentale che poi è sfociato nell'atto amministrativo, venga meno per errore scusabile con conseguente esclusione della responsabilità dello stesso ai sensi dell'art. 28 cost. ed infatti, poiché la pubblica amministrazione risponde direttamente della sua attività provvedimento, non può giovare dell'errore scusabile dei propri funzionari.

Gli estremi dell'elemento soggettivo in discorso si identificano nell'imprudenza, negligenza o imperizia della stessa pubblica amministrazione o nella inosservanza da parte della medesima di leggi regolamenti, essendo la pubblica amministrazione colpevole, non meno del cittadino quando viola leggi e regolamenti alla cui osservanza essa è tenuta, dovendo osservare i principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento prescritti dall'art. 97

cost.¹¹.

Ditale orientamento è fatta espressa menzione nella ricordata sentenza n. 500 del 1999 avendosi cura di precisare che il principio non è conciliabile con la più ampia lettura dell'art. 2043 c.c., oggi svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo ed incentrata invece sulla ingiustizia del danno inferto alla situazione giuridica meritevole di protezione secondo l'ordinamento.

Ed invero sembra ragionevole affermarsi che la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo non possa discendere dalla mera illegittimità dell'atto amministrativo lesivo, occorrendo un *quid pluris* consistente nella lesione di un interesse sostanziale ad ottenere o a mantenere un bene della vita correlato ad un interesse legittimo.

Per fare un esempio che mi sembra appropriato si può pensare alla illegittimità di un diniego di concessione edilizia per mancata acquisizione del parere della Commissione edilizia.

Nel caso considerato l'atto è certamente illegittimo, ma se nella situazione concreta l'edificabilità è comunque preclusa, non vi è lesione dell'interesse sostanziale ad ottenere la concessione edilizia, che non potrebbe essere mai rilasciata.

In questo caso la lesione dell'interesse legittimo è tutelata solo dalla rimozione dell'atto, ma non dà luogo alla risarcibilità di un danno che in realtà non esiste.

12. - È certamente prematuro il tentativo di una rappresentazione organica dell'influsso della nuova lettura dell'art. 2043 cc. nella giurisprudenza di merito, tanto ordinaria quanto amministrativa.

Ciò nonostante non sembra inutile una sintetica (e certamente non esaustiva) illustrazione della casistica, assai eterogenea, in cui il nuovo orientamento ha trovato applicazione.

Una società immobiliare ha chiesto al comune il rilascio di una autorizzazione edilizia per il cambio di destinazione d'uso di un immobile di sua proprietà, necessaria per l'apertura di uno sportello bancario.

In considerazione dell'illegittimo diniego al rilascio di tale autorizzazione, il comune - che non avrebbe perciò consentito alla società l'effettivo godimento dell'immobile per un periodo di tempo di tre anni - è stato condannato al risarcimento del danno subito dalla società medesima, consistente nel mancato incasso dei canoni di locazione che durante quel periodo l'immobiliare avrebbe potuto percepire dagli istituti di credito interessati ad aprire uno sportello nell'edificio di sua proprietà¹².

La p.a. è tenuta al risarcimento del danno subito dal ricorrente nel caso in cui questi -

¹¹ Cass., 7 aprile 1994, n. 3293, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1943.

¹² Trib. Busto Arsizio, 28 dicembre 1999, n. 1609, ined.

caducata per effetto di sentenza l'aggiudicazione di un appalto per forniture - sia subentrato nel contratto in luogo del controinteressato.

Il giudice ha precisato che il risarcimento del danno può avvenire in forma specifica ovvero mediante l'attribuzione dell'appalto all'interessato a decorrere dall'effettivo subentro ma per l'intera durata prevista dal bando da parte della p.a., che si assume in tal modo l'onere di sopportare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal tempo intercorso tra la mancata aggiudicazione a chi ne avrebbe avuto titolo e l'effettivo inizio della fornitura¹³.

I ricorrenti erano proprietari di un immobile gravemente danneggiato da un sisma. Poiché il piano di recupero prevedeva la delocalizzazione del loro immobile per consentire la realizzazione di un'opera pubblica, il sindaco aveva disposto l'occupazione d'urgenza dell'area per cinque anni; tuttavia, pur essendo stata realizzata l'opera, il comune aveva omesso di provvedere all'assegnazione di un lotto sostitutivo in favore dei ricorrenti, i quali hanno conseguentemente lamentato un grave danno patrimoniale.

La Corte, disattendendo le pronunce rese in primo e secondo grado di giudizio, ha ammesso la risarcibilità *ex art.* 2043 c.c. dell'interesse legittimo dei proprietari di area in attesa di delocalizzazione all'emissione del provvedimento di assegnazione del lotto sostitutivo¹⁴.

Una cooperativa edilizia aveva ottenuto dal comune concessione di suolo pubblico per la realizzazione di un parcheggio interrato, nonché autorizzazione regionale ai sensi della I. n. 1497/ 39, trattandosi di zona paesaggistica protetta. Tuttavia, con provvedimento comunicato soltanto dopo l'inizio dei lavori, il Ministero dei beni culturali annullava il nulla osta della regione; conseguentemente, il comune sospendeva gli atti di concessione già rilasciati.

Il ricorso proposto dalla cooperativa contro tali provvedimenti, rigettato dal Tar, veniva accolto dal Consiglio di Stato, il quale annullava gli atti impugnati, consentendo la ripresa dei lavori.

In tale contesto, il tribunale ha accolto l'azione promossa dalla cooperativa contro il Ministero dei beni culturali ed il Comune diretta ad ottenere il risarcimento dei danni derivati dai provvedimenti poi annullati dal Consiglio di Stato.

Da notare tuttavia quanto evidenziato dallo stesso giudice milanese: la posizione giuridica di cui è stata invocata tutela risarcitoria è costituita dallo *ius aedificandi* già sorto in favore della cooperativa col perfezionamento del procedimento concessorio e la rimozione del vincolo paesistico, e pertanto la controversia appartiene al novero delle domande di risarcimento del danno conseguenti alla lesione di un diritto soggettivo da parte della p.a. Il tribunale ritiene comunque opportuno richiamare i principi enunciati da Cass. n. 500 del 1999, segnatamente al fine della configurabilità dell'elemento soggettivo colposo che costituisce uno dei presupposti per affermare la responsabilità aquiliana dell'ente pubblico, i

¹³ Tar. Veneto, 9 febbraio 1999, n. 119, In *Tar*, 1999, I, p. 1351.

¹⁴ Cass., 8 febbraio 2000, n. 1369, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 1102.

cui estremi nella fattispecie sono integrati dalla pronuncia del Consiglio di Stato di illegittimità dei decreti ministeriali¹⁵.

La Corte di cassazione ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto la corresponsabilità di un comune nella determinazione dei danni derivati a terzi dalla mancata realizzazione degli impianti elettrici di salvaguardia, in quanto l'ente locale, oltre ad aver negligenemente omesso di verificare la regolarità e la sicurezza della posa in opera degli impianti, aveva pure successivamente omesso, in violazione del principio del *neminem laedere*, di effettuare qualsiasi ulteriore verifica, anche una volta sorto il sospetto di irregolarità a seguito del collaudo dell'opera¹⁶.

Riaffermando il principio per cui tutte le volte che la legge non impedisce in modo assoluto al privato di svolgere una attività, ma ne subordina l'esercizio a una autorizzazione, licenza, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, l'interesse all'esercizio di quell'attività riceve protezione dall'ordinamento, la Corte di cassazione ha ritenuto configurabile il diritto del privato al risarcimento del danno derivante dall'illegittimo provvedimento della pubblica amministrazione, tradottosi nella mancata erogazione di contributi regionali per lo svolgimento di attività alberghiera¹⁷.

In caso di diniego illegittimo di concessione edilizia il Consiglio di Stato ha statuito che, devono essere risarciti i danni che ne derivano, da stabilirsi nella misura pari all'incremento dei costi di costruzione conseguente al processo inflattivo della moneta verificatosi nell'arco temporale tra la data dell'illegittimo diniego e quella del nuovo provvedimento che verrà¹⁸.

Una amministrazione aveva stipulato con un privato una convenzione regolante la lottizzazione di un terreno di sua proprietà, creando aspettative legittime di remunerazione dall'attività di edificazione. A seguito di successivo ripensamento la stessa amministrazione aveva adottato un provvedimento in contrasto con la precedente convenzione; tale provvedimento tuttavia, secondo il tribunale, per essere legittimo deve dar conto del bilanciamento di interessi e motivare la prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato. Pertanto, in caso di omessa motivazione, anche se la posizione di diritto soggettivo del privato contraente sia degradata a interesse legittimo, non deve escludersi la responsabilità colposa dell'amministrazione *ex art. 2043 c.c.*, e conseguentemente il diritto al risarcimento del danno subito dal privato¹⁹.

13. - Le considerazioni che si sono svolte consentono di giungere al convincimento che

¹⁵ Trib. Milano, 16 marzo 2000, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 1104.

¹⁶ Cass., 11 agosto 2000, n. 10719, in *Guida al diritto*, n. 41, 2000, p. 98.

¹⁷ Cass., 28 marzo 2000, n. 3726, in *La settimana giuridica*, n. 21, 2000, p. 1134.

¹⁸ Cons. Stato, 2 giugno 2000, n. 3177, in *La settimana giuridica*, n. 23, 2000, p. 466.

¹⁹ Trib. Firenze, 28 febbraio 2000, n. 473, in *Guida al diritto, Dossier*, 8 settembre 2000, p. 82.

molto è stato fatto (non soltanto ad opera del legislatore italiano e della giurisprudenza, ma anche e soprattutto a seguito degli interventi di organi comunitari) per ridurre le zone grigie in cui l'attività illegittima della p.a. risulta esente dalla sanzione della responsabilità civile, e cioè dal risarcimento del danno arrecato al privato.

Molto resta ancora da essere fatto perché occorre superare antiche costruzioni e non pochi pregiudizi, tutti imperniati su una concezione di supremazia della p.a. nei confronti dei soggetti amministrati, in singolare contrasto con la metodologia di impostazione del diritto comunitario il quale pone i diritti dei cittadini al centro del sistema giuridico e circoscrivere nella minor misura possibile gli atti di supremazia riconosciuti alle pubbliche amministrazioni.

Perché si possa giungere ad un sostanziale equilibrio del sistema, ancora oggi fortemente connotato nella materia considerata da ingiustificati vantaggi riconosciuti alla p.a., occorre che sia data attuazione sostanziale e non soltanto programmatica ai principi costituzionali contenuti nell'art. 97 cost. e particolarmente ai principi di funzionalità, buon andamento e correttezza dell'operato dell'amministrazione.

Sono state scritte le regole procedurali dell'azione amministrativa con la l. n. 241 del 1990, e probabilmente maturo il tempo perché siano scritte le regole sostanziali di tale azione, in modo da consentire una chiara individuazione delle situazioni tutelabili.

E di questi giorni la notizia che la Camera dei deputati ha approvato all'unanimità una proposta di legge concernente «Norme generali sull'attività amministrativa» nell'ambito della quale si pone un principio potenzialmente capace di imprimere una svolta significativa nel rapporto tra p.a. e cittadini.

Si afferma infatti il principio generale secondo cui le amministrazioni pubbliche agiscono secondo le norme del diritto privato, salvo i casi di poteri amministrativi espressamente conferiti da leggi o regolamenti.

Tale principio, coerente con la configurazione dell'agire delle p.a. comunemente accolta nel diritto comunitario, una volta introdotto nell'ordinamento ed ove non resti una norma programmatica è suscettibile di aprire nuove prospettive di tutela effettiva dei privati eliminando larga parte delle ambiguità ancora oggi riscontrabili.