

TEMI ROMANA

RASSEGNA DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

A CURA DEL

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI ROMA

Direttore responsabile

Avv. FEDERICO BUCCI

Direttore scientifico

Prof. Avv. PIERO SANDULLI

Comitato di direzione

Avv. PAOLO AGNINO - Avv. GOFFREDO BARBANTINI - Avv. GIAN DOMENICO CAIAZZA -
Avv. FIORAVANTE CARLETTI - Avv. DONATELLA CERÈ - Avv. GIOVANNI CIPOLLONE - Avv. DOMENICO
CONDELLO - Avv. SALVATORE ORESTANO - Avv. GRAZIA PIRISI - Avv. GABRIELE SCOTTO
Avv. GIOVAMBATTISTA SGROMO - Avv. CARLO TESTA - Avv. LAURA VASSELLI

Redattore capo

Avv. ANDREA MELUCCO

CASSETTO N°

163



condo anche la Corte Costituzionale e ciò fin dal 1968, è un diritto soggettivo. Si è esercitata cioè su un caso di mancata concessione edilizia, e la sentenza della Corte Costituzionale, già nel 68, ed in altre successive occasioni, ha sempre affermato che, ad onta della denominazione dei provvedimenti attraverso i quali prende corpo, lo *ius edificandi* è appunto una facoltà del più ampio contenuto del diritto di proprietà.

E allora quale sorpresa se in questa materia finalmente si arriva (lo dico anch'io) alla conclusione naturale di un logico sviluppo di quello che doveva essere la impostazione con riferimento alla natura del diritto della posizione che in questo caso veniva in considerazione?

La sentenza ha certo un valore provocatorio ma lo ha con una prospettiva, con una speranza, che forse l'hanno resa più audace nelle affermazioni di principio, e cioè la prospettiva e la speranza suscitate dal disegno di legge 5956 sulla giustizia amministrativa attualmente pendente avanti al Parlamento in una cui norma, articolo 5 primo comma, viene detto: il Tar nelle materie devolute alla sua giurisdizione (riconosco, è stato fatto saltare il riferimento alla giurisdizione esclusiva che potrebbe compromettere la architettura di quello che ho detto, ma l'*iter* dell'esame non è completo) conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno e degli altri diritti patrimoniali conseguenziali. Un logico sviluppo di quello che è il decreto legislativo 80, che non conosce un pieno risarcimento del danno, conosce una sorta di giudizio di ottemperanza, alternativo alla reintegrazione in forma specifica per la determinazione sulla base dei criteri indicati dal giudice amministrativo di una somma idonea a riparare il danno che si è consumato.

Ma se queste sono le linee di tendenza dell'ordinamento, faccio veramente fatica a ritenere che si possa inserire nell'ordinamento, in un modo assoluto e generalizzante, il contenuto della prima parte della sentenza che, ripeto, ha a prima lettura un effetto di rivoluzione, ma che a lettura più meditata e con le limitazioni in essa stessa contenute, e giustamente suggerite dallo stato attuale, costituzionale ed ordinario, ed in via di evoluzione del nostro ordinamento, non mi sembra possa essere così sacralizzato come una svolta epocale. Grazie.

Avv. Prof. ALBERTO ROMANO

1. Il principale messaggio della sentenza 500/99 delle Sezioni Unite, al di là di ogni considerazione sistematica nel quale è stato inquadrato, può essere così sintetizzato: deve essere allargata la gamma delle situazioni giuridiche soggettive la cui lesione da parte dell'amministrazione deve essere risarcita; e deve essere allargata comprendendovi anche quelle situazioni che si sogliono richiamare col riferimento convenzionale agli interessi legittimi di tipo pretensivo.

Così interpretata, la sentenza si iscrive in una linea di tendenza auspicata dalla dottrina quasi unanime, come ha riconosciuto anche l'avvocato dello Stato Linguiti (pur accompagnando l'affermazione con una serie di considerazioni restrittive e perplesse di cui si deve tenere conto il massimo conto); e corrispondente ad esigenze che

esponenti del libero Foro sentono con particolare passione: l'Avv. Lavitola, pochi minuti fa, è stato molto eloquente in questo senso.

Ed è una linea di tendenza che personalmente condivido, almeno in generale; ma, ribadito a scanso di equivoci che le perplessità non riguardano l'esito cui tale linea porta almeno di massima, vorrei avanzare dubbi sulla sua spiegazione teorica: insistere sulla tesi, cioè, che gli interessi legittimi siano risarcibili, e siano risarcibili in quanto tali, mi pare poco convincente, non molto chiaroveggente, e, in ogni caso, poco fecondo.

2. La sentenza propone la conclusione della risarcibilità dei c.d. interessi legittimi pretensivi, come il piano sviluppo della soluzione altrettanto positiva che da tempo la giurisprudenza civile, in particolare della Cassazione, aveva dato alla analoga questione relativa ai c.d. interessi oppositivi.

Ma la Cassazione, al riguardo, non aveva affatto ragionato in termini di lesione di interessi legittimi: anzi, nella ricostruzione della vicenda, aveva nettamente respinto questo inquadramento. Perché, a proposito dei provvedimenti ablativi illegittimi, ossia dell'ipotesi più importante e più frequentemente considerata al riguardo, aveva individuato il fatto lesivo ascrivibile all'amministrazione come causa della sua responsabilità, nel comportamento col quale aveva privato il proprietario della effettiva disponibilità del bene, e non della sua astratta posizione giuridica su di esso: con violazione, quindi, di quel suo diritto soggettivo nei suoi confronti che doveva considerarsi riemerso dopo l'annullamento di un provvedimento del genere, da parte del giudice amministrativo; riemerso, ma con effetto *ex tunc*.

E che sia difficile potersi scostare in modo logicamente corretto da questa linea di ragionamento sembra essere indicato dalla convergenza di due serie di argomentazioni.

Da un lato, uno dei pochi tratti sicuri di una figura così sfuggente come l'interesse legittimo, perfettamente compatibile anche con una sua definizione come situazione soggettiva sostanziale, è che esso è protetto da regole poste all'esercizio da parte dell'amministrazione di un suo potere; quindi, può essere leso solo dall'esercizio (illegittimo), di questo potere; ma l'esercizio del potere amministrativo si identifica col provvedimento; perciò, può essere leso solo da un provvedimento.

Dall'altro, il danno subito dal titolare di una situazione soggettiva, qualunque essa sia, può essergli arrecato solo da un comportamento di fatto; si ipotizzi un provvedimento ablativo (illegittimo, e poi annullato dal giudice amministrativo), non seguito dalla materiale sottrazione del bene al proprietario (v., per es., Cass., 4848/97; e, sia pure in relazione alla indennità di occupazione, Cass., S.U., 128/99): dove è qui il danno? E, a ben guardare, in una considerazione sostanzialista di quel che è il bene della vita che l'ordinamento intende tutelare con l'istituto della proprietà, dove è qui la lesione del diritto?

Si dirà: provi il (provvisoriamente *ex-*) proprietario, a piazzare il bene sul mercato, nella pendenza del giudizio amministrativo di annullamento, e pur nella speranza del ripristino del suo diritto su di esso; e si accoglierà se, anche se avesse mantenuto la effettiva disponibilità del bene, abbia o no già subito un danno. Ma il deprezzamento del bene stesso, dal punto di vista della sua commerciabilità da parte del proprietario,

non è provocato dal trasferimento di proprietà che il provvedimento, illegittimo e perciò solo annullabile, ha *medio tempore* attuato; ma dall'incertezza che il vecchio proprietario la possa recuperare nei suoi confronti; dunque, da un elemento di puro fatto. Più chiaramente, il provvedimento ablativo qui rileva non come causa dell'effetto traslativo che pure produce, ma come mero fatto; tanto è vero, che il medesimo deprezzamento comincia a verificarsi, e in modo progressivo, fin dai prodromi della procedura ablativa: quando ancora non ci sono atti formali; o, se ci sono, sono meri atti amministrativi e non provvedimenti costitutivi di precisi effetti giuridici traslativi.

È proprio la prospettiva adottata dalla sentenza che suggerirebbe un'estensione anche a proposito della lesione degli interessi c.d. pretensivi, della ricostruzione della vicenda che la Cassazione stessa ha sostenuto per quelli oppositivi.

Perché anche quando l'interesse legittimo leso, o che appare esserlo stato, ha carattere pretensivo, la controversia ha per oggetto un concreto bene della vita; che, qui, si atteggia come la possibilità di esplicare l'attività subordinata ad autorizzazione (per quella subordinata viceversa a concessione, il discorso sarebbe parallelo, e, perciò, se non altro per brevità, può essere qui tralasciato). Meglio: l'esplicazione, *in casu*, di un generale diritto di libertà, o di iniziativa economica, o di utilizzazione di un bene, ecc.

Questo lo sa bene chi si occupa di processo amministrativo: che è ben conscio che con l'articolazione del ricorso anche con una domanda di contenuto annullatorio, l'amministrazione non è rimasta inerte (s'intende: fuori dai casi di silenzio-assenso, peraltro in continua moltiplicazione), ma ha emesso un provvedimento esplicito di diniego; ma che non dubita più che la sua caducazione, nella vicenda, sia solo un episodio relativamente marginale: perché quel che può soddisfare l'interesse sostanziale di cui il ricorrente chiede tutela, è solo l'emanazione di un provvedimento positivo, e, dunque, anzitutto, una formulazione della decisione di accoglimento che la condizioni il più strettamente possibile. In altre parole, che vi sia un provvedimento negativo esplicito, o che vi sia una mera inerzia dell'amministrazione, è variante irrilevante per la definizione del vero oggetto del giudizio.

Ma anche dal versante che fino al d. legislativo 80/98 era devoluto totalmente alla giurisdizione civile, non pare che le cose mutino la loro fisionomia. Si ipotizzi che l'amministrazione respinga l'istanza, ma che l'istante, ciò nonostante, intraprenda l'attività che il provvedimento negativo gli precluderebbe, prima del suo annullamento (poi intervenuto), da parte del giudice amministrativo. Dove è qui il danno? E, nella medesima visione sostanzialista prima accennata, che identifica il bene della vita di cui si controverte nei termini che si è detto, dove è la stessa lesione della situazione soggettiva nella quale si concreta?

Interesse legittimo e risarcimento del danno appaiono elementi incompatibili: addirittura antologicamente. Perché la lesione di un interesse legittimo, in termini concettualmente corretti, può essere provocata solo da un provvedimento (illegittimo, e in quanto lo sia). Mentre un danno può essere provocato solo da un comportamento di fatto (o anche da un provvedimento, ma che però rilevi come fatto per la sua stessa emanazione, e non come causa dei suoi effetti tipici). Ma il problema qui può essere

tralasciato: perché qui quel che conta è avere intravisto che solo un diritto soggettivo può essere leso da un simile comportamento: prima ancora che un simile comportamento possa arrecare un danno.

Nella vicenda considerata dalla sentenza, che la situazione lesa sia qualificata come un interesse legittimo (pretensivo), sembra essere l'effetto di una illusione ottica. Un punto è certo: tale situazione non è un diritto soggettivo. Ma dire che, allora, è un interesse legittimo, costituisce un inaccettabile salto logico. E l'incongruenza è meglio sottolineata con una aggettivazione del termine con il quale è qualificata la situazione negata: che, certo, non è un diritto soggettivo pieno. Perché si intravede, allora, che, viceversa, è una aspettativa di un siffatto diritto. È arbitrario identificare le aspettative di diritti con interessi legittimi pretensivi: perché questi interessi si contrappongono a quelli oppositivi, non ai diritti soggettivi pieni; e a questi diritti soggettivi pieni, si contrappongono, viceversa, le loro correlate aspettative. Le due contrapposizioni non possono essere confuse: se non altro, perché si pongono su piani diversi.

È la sentenza stessa che apre questa prospettiva. Quando identifica, molto precisamente e molto esaurientemente, una nutrita serie di aspettative in rapporti tra soggetti privati. Che, proprio per la natura privata di questi soggetti, davvero interessi legittimi non possono dirsi. Perché l'interesse legittimo è nozione insita in rapporti di cui un soggetto sia necessariamente un'amministrazione: che, perciò, risulta non trapiantabile in altri rami del diritto.

È vero che vi sono stati suggestivi tentativi dottrinali di configurare interessi legittimi anche in diritto privato. Ma le realtà che talvolta si è cercato di definire così, devono essere inquadrare, viceversa, in prospettive più ampie, e anche più lineari. Ossia, considerando che il mondo delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, elaborato soprattutto dai privatisti, è ricco di figure tra loro differenziate. Che il diritto soggettivo è solo una di queste. E che, quindi, escludere che una data situazione giuridica soggettiva sia un diritto soggettivo (pieno), non implica affatto l'uscita da quel quadro concettuale.

È anche vero che il punto di vista degli amministrativisti non aiuta certo a comprendere la sua complessità. Perché ad essi, quel che preme è risolvere il problema del riparto tra le giurisdizioni. E, a tal fine, quel che per loro è sufficiente è stabilire se una data situazione giuridica soggettiva sia o no un interesse (legittimo), tutelabile dal giudice amministrativo. Perché, una volta escluso che lo sia, per inquadrarla corrispondentemente, a loro basta etichettarla con una generica qualifica di diritto soggettivo; ogni sua ulteriore e più precisa definizione, sempre da tale angolo visuale, appare loro superflua.

3. D'altra parte, è sicuramente assai sentita, anche dagli amministrativisti, l'esigenza di un ampliamento delle situazioni giuridiche individuali che siano da ritenersi risarcibili, se lese illegittimamente (o, meglio: illecitamente) dall'amministrazione. Ma è riduttivo circoscrivere alla superficie l'impostazione del problema: sul solo piano, appunto, della loro risarcibilità. Senza andare alla radice della questione: che affonda nella loro stessa configurazione sostanziale. Senza riconoscere, cioè, che quel che è

essenziale è la loro natura giuridica: che quel che è decisivo, è, come si vedrà, che si atteggiavano, o, meglio, sono diventate diritti soggettivi. Dalla quale loro natura, la loro risarcibilità discende pianamente; mentre, come si è accennato, sarebbe altrimenti inspiegabile.

Di questa evoluzione, l'esempio più chiaro è proprio il caso che si adduce comunemente come prova della risarcibilità degli interessi legittimi: quello degli interessi individuali coinvolti nelle procedure concorsuali per l'affidamento di appalti pubblici.

Sicuramente il nostro diritto interno, prima dell'irrompere di quello comunitario, li configurava come tali. Perché le nostre vecchie leggi di contabilità pubblica vincolavano l'amministrazione a ricorrere alle gare e al mercato, perché vedevano in queste lo strumento mediante il quale poteva selezionare il miglior contraente e spuntare le migliori condizioni possibili. In questa prospettiva, è ovvio che gli interessi delle imprese venivano tutelati solo di riflesso: di rimbalzo, da norme finalizzate anzitutto agli interessi dell'amministrazione; in modo corrispondente, cioè, alla più classica delle definizioni dell'interesse legittimo.

Ma proviamo, adesso, a spiegare alla Commissione di Bruxelles e alla Corte del Lussemburgo che tutto l'armamentario delle direttive comunitarie in materia è stato escogitato al solo fine di consentire all'amministrazione di perseguire al meglio i suoi interessi. È evidente la risibilità, in quelle sedi, della nostra affermazione. Perché quel che l'ordinamento comunitario tutela in primo luogo sono gli interessi delle imprese, oggettivati nelle regole di funzionamento del mercato: sono questi interessi, gli interessi che ora vengono tutelati in modo primario e diretto. Il mercato, perciò, da strumento cui l'amministrazione può ricorrere per poter perseguire meglio i suoi fini istituzionali, si è trasformato in limite che la vincola anche in questa sua funzione.

Ora, vi è un tratto di differenziazione della figura dell'interesse legittimo da quella del diritto soggettivo sul quale credo che tutti possiamo convenire: l'interesse individuale che l'ordinamento tutela (solo) secondo il primo schema, lo è perché l'ordinamento medesimo lo pone come subordinato rispetto a quelli pubblici, che soggettiva nell'amministrazione; mentre quello che tutela (addirittura) secondo l'altro schema, lo è perché lo pone rispetto a questi in posizione paritaria; e addirittura prevalente, entro i limiti nei quali li tuteli come tali. E allora, l'evoluzione della tutela che il nostro ordinamento accordava e accorda agli interessi delle imprese coinvolte nelle procedure concorsuali per l'affidamento degli appalti pubblici è nel senso che essi, da (meri) interessi legittimi, si sono trasformati in (veri) diritti soggettivi.

Le ipotesi nelle quali questa evoluzione si è verificata sono numerosissimi. Ed una di queste, con tutta probabilità, va ravvisata nella vicenda decisa dalla sentenza commentata. Perché anche le posizioni di vantaggio che il privato consegue attraverso gli accordi, in particolare quelli in materia edilizia, non si accetta più che siano in balia di successive scelte che l'amministrazione compia in un lecito esercizio dei suoi poteri: e sia pure, per altro verso, legittime, in quanto finalizzate a scopi pubblici. Oggi tali posizioni sono percepite come diritti soggettivi; e rispetto alla concreta possibilità di edificare, e all'assenso della autorizzazione che lo permette, come loro aspettative: che, rispetto ad essi si è visto essere sostanzialmente omogenee. Certo, da tali accordi

l'amministrazione può recedere «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse...», secondo la formula dell'art. 11, comma 4, della l. 241/90. Ma la sopravvenienza di tali interessi è condizione di esistenza del potere di recesso. Con la conseguenza che se questa sopravvenienza non si verifica (oppure, *id est*, non viene dimostrata), il diritto soggettivo del soggetto permane; se si vuole: l'interesse individuale seguita ad essere tutelato come tale dall'ordinamento.

Non è, dunque, che gli interessi legittimi, o, almeno, alcune loro categorie, siano diventate risarcibili. È che gli interessi legittimi, o, meglio, alcune loro categorie, si sono trasformati in diritti soggettivi. E solo per questo mutamento della loro natura sono diventati risarcibili.

In tutta la vicenda della risarcibilità dei c.d. interessi legittimi vi sono aspetti sconcertanti. Per esempio, essa viene sostenuta in nome di principi dell'ordinamento comunitario o di quelli che vigono in altri ordinamenti interni europei, ai quali ci dobbiamo adeguare. Ma chi propugna questo esito porta a suo sostegno argomentazioni contraddittorie. Perché, da un lato, afferma la risarcibilità suddetta; ma, dall'altro, rileva, e per di più in modo quanto mai critico nei confronti dei nostri interessi legittimi, che la loro figura in tali ordinamenti è sconosciuta. Come è possibile, allora, che questi prevedano la risarcibilità di situazioni soggettive che ignorano? Perché dire che, dal loro punto di vista, noi dobbiamo rendere risarcibili tali nostri interessi legittimi? E non che, viceversa, dobbiamo considerarli come diritti soggettivi, o, almeno, come divenuti tali?

Tanto più che nella giurisprudenza comunitaria sulle situazioni giuridiche soggettive risarcibili queste vengono definite come diritti soggettivi. Certo, non ci si può fermare a considerare le sole etichette con le quali vi vengono contrassegnate: senza valutare quale sia il loro reale contenuto che vi viene individuato. Ma è proprio dall'esame di questo che risulta che i requisiti della situazione giuridica soggettiva che tale giurisprudenza comunitaria ritiene necessari per la sua risarcibilità, corrispondono a quelli dei nostri diritti soggettivi e non certo a quella dei nostri interessi legittimi. Si prenda *Hedley Lomas* (C.G.C.E. 23 maggio 1996, in causa C-S/94), notissima perché ha statuito sulla responsabilità dell'amministrazione per un suo atto; e vi si legge a tutte lettere che il primo requisito perché una situazione del genere sia risarcibile, è che «... la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli ...» (e, come nota la sentenza, l'affermazione è ricorrente almeno da *Franovich* in poi). Qui, si ripete, non conta l'etichetta di «diritto soggettivo» che vi viene data; conta la finalizzazione della norma che vi è richiesta. La quale davvero non è coerente con quella delle disposizioni che tutelano interessi individuali solo di riflesso: conferendo loro la mera consistenza dei nostri interessi legittimi.

Ma quel che colpisce di più, nella tesi che siano gli interessi legittimi in quanto tali ad essere risarcibili, non è che chi la sostiene si sforzi di percorrere una via che concettualmente sembra impervia: è che, in tal modo, mira raggiungere un risultato che è solo parziale. E quel che sorprende di più, è che respinga una prospettiva che non solo è molto più lineare; ma che soprattutto è anche la più adatta per valutare l'ampiezza e la profondità della evoluzione in atto.

Evoluzione che può essere così definita una gamma sempre più ampia di interessi

individuali, che l'ordinamento in precedenza subordinava a quelli collettivi che soggettiva nell'amministrazione e ora li contrappone ad essi. Nel senso che l'ordinamento medesimo stabilisce fino dove devono prevalere tali interessi collettivi, ossia limitando in modo corrispondente poteri che attribuisce all'amministrazione per il loro perseguimento; e fino dove, viceversa, devono essere salvaguardati gli interessi individuali contrapposti, limitando in modo corrispondente i diritti soggettivi che così attribuisce al riguardo ai loro titolari.

Evoluzione che può essere sintetizzata col richiamo del titolo di un non recente ma sempre attuale studio di BENVENUTI: *Verso un diritto amministrativo paritario*.

4. Infine, quella della risarcibilità degli interessi legittimi è prospettiva che appare davvero superata dal d.legislativo 80/98.

Il cui art. 35, comma 1, come tutti sappiamo, richiede che i danni arrecati dall'amministrazione, che essa deve risarcire, siano valutati come «*ingiusti*»: con evidente richiamo della formula dell'art. 2043 cod. civ.

Cosa si debba intendere per «*danno ingiusto*», dal punto di vista del diritto amministrativo, richiederà grandi sforzi di analisi e di sintesi. Certo, anzitutto da parte degli amministrativisti: i quali dovranno portarvi il contributo della ricostruzione da tale punto di vista dei rapporti tra amministrazione e soggetti individuali, che rientra in primo luogo nella loro competenza specifica. Ma anche, e per altro verso soprattutto, da parte dei privatisti: i quali, dal canto loro, dovranno portarvi il contributo della ricostruzione del fondamento, o dei fondamenti, della responsabilità civile; che hanno molto sviluppato in questi decenni, anche se con pluralità di scuole, di metodi e di voci, le quali, tuttavia, più o meno tutte trascendono i nostri più angusti angoli visuali.

Però, il concetto di danno ingiusto che ne risulterà, avrà scarsi rapporti col problema che noi oggi dibattiamo in termini di risarcibilità degli interessi legittimi, o presunti tali. O, quanto meno, sarà di scarsa utilità stabilirvi un nesso.

Si potrebbe pensare, anzitutto, che la violazione di un interesse legittimo costituisca di per sé «*danno ingiusto*». Ma è tesi che per prima già la sentenza commentata respinge. Data l'eterogeneità degli interessi individuali la cui rilevanza giuridica è contrassegnata dalla nozione di interessi legittimi, infatti, potrebbero essere considerati risarcibili solo quelli appartenenti ad alcune loro categorie. Si tratterebbe, allora, di selezionarli. Ma l'individuazione dei loro caratteri, che sarà svolta a tal fine, allora, potrebbe essere utilizzata direttamente per la valutazione dell'applicabilità nei loro confronti dell'art. 2043 cod. civ.: per stabilire se i danni provocati dalla loro lesione possano oppure non considerati ingiusti alla sua stregua; ossia, indipendentemente da ogni loro previa classificazione all'interno della nozione di interesse legittimo.

Si potrebbe pensare di percorrere, allora, l'*iter* logico inverso. Al fine di accertare se l'interesse individuale, i danni provocati dalla cui lesione siano stati valutati come «*ingiusti*» secondo la norma civilistica, sia qualificabile come un interesse legittimo, o come un interesse legittimo di una particolare categoria. Ma una volta che il risultato essenziale sia stato raggiunto, con la valutazione di risarcibilità di tali danni, a che *pro* procedere a questa ulteriore analisi? Si intravede, così, che la questione della qua-

lificabilità o meno come interesse legittimo della situazione ritenuta per altra via risarcibile, presto diventerà del tutto teorica. O del tutto dottrinale. Se non addirittura accademica, nel significato meno nobile del termine.

5. Fin qui, il problema sostanziale: sono risarcibili gli interessi legittimi? o, meglio: sono davvero interessi legittimi, e non diritti soggettivi, le situazioni giuridiche che, prima in base alle direttive sugli appalti pubblici, e ora, e soprattutto, in forza dell'art. 2043 cod. civ, devono considerarsi risarcibili?

Ma la sentenza delle Sezioni Unite 500/99, molto ricca, dedica varie considerazioni, tra l'altro, al problema della individuazione della giurisdizione che deve pronunciarsi su tale risarcimento. E, qui, domina il d. legisl. 80/98, che estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche alle domande di natura risarcitoria. Anzitutto, con l'art. 35, comma 1, che riguarda le materie (servizi pubblici, edilizia e urbanistica), di cui alla norma delegante della l. 59/97, art. 11, comma 4, lett. g); ma che, pur appoggiandosi su tale norma, appare non immune da dubbi di incostituzionalità per eccesso di delega: per la larghezza con la quale ha ricostruito la portata di quelle materie stesse, e, soprattutto, della più importante (servizi pubblici). Poi, col successivo comma 4, che riformula l'art. 7 comma 3, della l. 1134/71, nel senso che dispone tale estensione, per tutte le materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, con più forti dubbi di incostituzionalità, per la maggiore evidenza del medesimo vizio. Senza contare, tuttavia, che nel disegno di legge di riforma del processo amministrativo già licenziato dal Senato il 22 aprile 1999, e attualmente all'esame della Camera, vi sono norme che non solo confermano con disposizione primaria e non delegata questa seconda estensione operata dal d. legisl. 80/98 ma la riferiscono alla giurisdizione amministrativa in genere e non solo a quella esclusiva.

Vorrei esprimere le mie sentite perplessità su questa evoluzione legislativa.

Certamente non è tollerabile che il ricorrente, dopo due gradi di giurisdizione amministrativa, debba poi approdare alla giurisdizione civile per poter ottenere una pronuncia risarcitoria solo al suo primo grado. E che i richiamati più recenti sviluppi legislativi trovino nell'esigenza di eliminare questa duplicazione la loro causa prima, è reso manifesto dal medesimo art. 35 del d. legisl. 80/98, comma 5: il quale abroga ogni « ... disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi ... » (s'intende: da parte del giudice amministrativo). E, di sicuro, ampliare fino alle domande risarcitorie la giurisdizione del giudice di quelle annullatorie è il modo più diretto e completo per provvedere a tale eliminazione.

Ma è anche il modo più gravoso. Chi crede alla importanza ideologica della soluzione per la quale la tutela dei diritti nei confronti dell'amministrazione debba spettare al medesimo giudice che garantisce i diritti di tutti i soggetti dell'ordinamento nei confronti di tutti gli altri, trova tutt'altro che indolore l'abbandono della misura di giurisdizione che la legge liberale del 1865 aveva devoluto al giudice civile. Inoltre, e con maggiore attenzione ai risvolti pratici, ci si domanda con quali difficoltà il giudice amministrativo potrà risolvere questioni di fatto come quelle attinenti non solo alla

spettanza del diritto al risarcimento, ma anche alla sua quantificazione; e potrà affrontare le istruttorie finora tipiche dei giudizi civili, le quali ormai saranno a tal fine ineludibili anche davanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato; e così via.

Comunque, ormai le scelte legislative sono state fatte, e, per di più, appaiono difficilmente reversibili (almeno per il momento). Chi condivide le perplessità accennate, può solo sperare che la Cassazione, come giudice della giurisdizione, possa garantire al giudice civile ancora qualche spazio al riguardo: s'intende, nei limiti nei quali il tenore delle disposizioni glielo consentisse.

Però una implicazione di tali scelte deve essere sottolineata, riprendendo suggestivi rilievi che il presidente Bile ha già sviluppato in altra occasione. La limitazione ai motivi attinenti alla giurisdizione, del ricorso per Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, pare correlato alla diversità delle materie devolute al giudice amministrativo rispetto a quelle istituzionali del giudice civile: nella classica prospettiva del legislatore del 1889, nella quale l'interesse tutelato dalla Sezione quarta era situazione emergente giuridicamente come ulteriore rispetto al diritto soggettivo e la tutela da questa impartita come non alternativa rispetto a quella spettante a questo giudice. Sicuramente, la limitazione in esame tollera margini di sovrapposizione come quelli derivanti dalla vecchia giurisdizione amministrativa esclusiva. Ma solo entro certi confini. Che paiono sicuramente superati quando al giudice amministrativo vengono devolute domande non solo di garanzia diretta di diritti soggettivi (prescindendo per il momento dalla loro ampiezza), ma addirittura di natura risarcitoria dei danni conseguenti alla loro violazione. Così che è la limitazione suddetta che subirà tensioni: almeno teoricamente, fino ad essere messa in discussione anche se solo per la parte nella quale il giudice amministrativo giudica su diritti che altrimenti ricadrebbero nella giurisdizione civile.

Quale sia la conseguenza di questa sovrapposizione di giurisdizioni che appare e ancor più apparirà un inconveniente da evitare, è intuibile: si apre la possibilità che istituti di diritto sostanziale aventi natura analoga siano sottoposti ciò nonostante a regimi differenziati per la diversità delle giurisdizioni nei quali ricadono. Senza che, per questa diversità, la Cassazione possa intervenire a favore di una interpretazione unificante, per la sua impossibilità di svolgere al riguardo e in questo senso le sue istituzionali funzioni di nomofilachia.

Abbiamo già un esempio che illustra il problema; e proprio in materia di domande *lato sensu* risarcitorie. Ci si riferisce alla giurisprudenza della Corte dei conti sulla disciplina della responsabilità patrimoniale di chi è legato da un rapporto di servizio con una amministrazione, per i danni che le ha provocato: diversificata dal regime generale della responsabilità civile, talvolta più di quanto appaia giustificata dalla specificità di quella responsabilità medesima (si pensi alla giurisprudenza del giudice contabile, in ordine alla decorrenza della prescrizione; su cui v., ora, l'art. 3, comma 1, del d.l. 543/96, convertito, con modificazioni, nella l. 639/96, nella parte che riformula l'art. 1, comma 2, della l. 20/94).

Sulla base di questo precedente, appare tutt'altro che astratta la possibilità che da

oggi nel nostro ordinamento trovino cittadinanza tre regimi della responsabilità *latu sensu* patrimoniale: perché a quello ricostruito dal giudice da considerarsi istituzionale in materia, ossia da quello civile, cui già si affiancava quello dettato dal giudice contabile, si aggiungerà adesso quello che delinerà il giudice amministrativo. In una sorta di federalismo giurisdizionale che non dovrebbe piacere neppure ai federalisti *tout court*.

(1) Il monito formulato dalla Corte fu testualmente il seguente: «Sono ben comprensibili le considerazioni che hanno condotto la Corte di merito, di fronte al deplorabile comportamento tenuto da una amministrazione comunale, responsabile di una serie di atti illegittimi reiterati in spregio alle decisioni del giudice amministrativo, con grave pregiudizio d'un privato proprietario, a sollevare l'arduo problema, tanto discusso in dottrina come nella giurisprudenza, della responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni per il risarcimento dei danni derivati ai soggetti privati dalla emanazione di atti o provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo. Problema di indubbia gravità, e di particolare attualità in relazione alle restrizioni connesse alla moderna disciplina urbanistico-edilizia, che, anche a giudizio di questa Corte, si impone ormai all'attenzione del legislatore. Ma trattasi di un problema complesso, che richiede prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali: problema di ordine generale, che non può ovviamente essere risolto da questa Corte in un giudizio sulla legittimità costituzionale dell'art. 31 della legge urbanistica (e non dell'art. 2043 c.c. - *n.d.r.*) in relazione alla ipotesi di illegittimo diniego di licenza edilizia».

(2) In ordine all'alea dello *ius superveniens* occorre farne qui un cenno perché è assurdo che la durata del processo vada in danno del ricorrente che ha ragione; addirittura sotto questo aspetto arriviamo all'assurdo degli assurdi e cioè che il doppio grado di giurisdizione, che dovrebbe dare una maggiore garanzia, viceversa sotto l'aspetto della non cristallizzazione della normativa di riferimento in relazione al momento della domanda in cui la pubblica amministrazione avrebbe dovuto legittimamente e tempestivamente pronunciarsi, si appalesa controproducente e si risolve in danno del ricorrente, perché dilatando i tempi giudiziari, aumenta l'alea delle sopravvenienze sfavorevoli: risultato assolutamente aberrante sul piano del diritto. Infatti mentre la notifica della sentenza di I grado fa da scudo contro lo *ius superveniens* dello specifico settore oggetto di quella pronuncia, neppure il giudicato esclude invece l'applicabilità dello *ius superveniens* di altri settori (V. Cons. St. Ad. Plen. 1/86). E quindi anche questa è un'altra stortura, cioè anche questa è un'altra incostituzionalità. Io dico a tutti i giudici, e ripeto il discorso di prima, delle due l'una: quando si hanno situazioni di ingiustizia così palesi o il giudice ritiene di potere, con giurisprudenza pretoria il giudice amministrativo, con giurisprudenza interpretativa logico-sistematica il giudice ordinario, pervenire a situazioni di equità, di logicità, di razionalità e di giustizia oppure c'è la Corte Costituzionale, allora si va direttamente in Corte Costituzionale è necessario rimettere rapidamente e senza esitazione la questione in Corte Costituzionale.

Quanto poi alla Corte Costituzionale, essa con una certa ingiustificata frequenza si esime dal pronunciarsi sulla fondatezza delle questioni rimessele dichiarandone l'inammissibilità sull'assunto che le questioni richiederebbero sentenze additive, il che esula naturalmente dai poteri della Corte. Senonché la realtà è spesso un'altra e cioè che le questioni rimesse alla Corte giustificerebbero una declaratoria secca di incostituzionalità rimanendo ovviamente poi compito del legislatore valutare nella propria discrezionalità quale tipo di normativa e di rimedi adottare per colmare il vuoto creato dalla pronuncia di incostituzionalità.

Una riprova dell'esattezza di quanto testè affermato ci è fornito dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 179/99, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale l'attuale sistema nella parte in cui consente la reiterazione senza indennizzo di vincoli urbanistici espropriativi o di inedificabilità, restando ovviamente compito riservato al legislatore di dettare modalità, tipi e misura degli indennizzi o rimedi equipollenti come permuta ecc. ...

Eppure anche in questo caso si è dovuto attendere ben 30 anni per sentire dichiarare l'incostituzionalità della L. 1187/68, pur essendo una legge di vastissima applicazione e pur essendo state frequentemente sollevate eccezioni di incostituzionalità da parte degli avvocati.