

**RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO E PRINCIPIO DI  
COMPENSAZIONE**

**(Ottobre 2014)**

**Elisa SCOTTI**

---

**INDICE**

**1. INTRODUZIONE**

**2. LE PRINCIPALI IPOTESI DI RESPONSABILITÀ PER ATTO LECITO  
PREVISTE DALLA LEGGE**

*2.1 Premessa*

*2.2 Espropriazione*

*2.3 Danni derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche*

*2.4 Autotutela*

*2.5 Danni da vaccinazioni obbligatorie*

*2.6 Ingiusta detenzione ed errore giudiziario*

**3. LA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO COME PRINCIPIO  
GENERALE OPERANTE PER LE LESIONI DI DIRITTI  
FONDAMENTALI**

*3.1. Premessa*

*3.2 L'affermazione del principio*

*3.3 Il modus operandi*

**4. LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTO  
LECITO**

*4.1 Premessa*

---

*4.2 Natura pubblicistica*

*4.3 La responsabilità da atto lecito come responsabilità di diritto comune*

*4.4 La riparazione del danno*

## **5. IL PRINCIPIO DI COMPENSAZIONE**

### **1. INTRODUZIONE**

Il problema della responsabilità da atto lecito dell'Amministrazione (altrimenti esplorato, secondo una scelta non solo di nomenclatura, come problema dell'indennità e del principio indennitario nel diritto amministrativo) concerne le ipotesi in cui quest'ultima, nel legittimo svolgimento della propria attività e, dunque, nel perseguimento di interessi generali, arrechi danni a singoli individui o collettività che, a fronte del generale beneficio derivante dall'agire pubblico, risultino gravati dei relativi oneri.

Se, nell'ordinamento italiano, per alcune di tali situazioni - come espropriazioni, vaccinazioni obbligatorie, revoca di provvedimenti - sussistono specifiche norme che pongono in capo all'Amministrazione il dovere di riparare i danni in tal modo arrecati, non si riscontra, invece, una regola generale né esiste un regime giuridico uniforme. E ciò lascia insoluto il problema, teorico e pratico, concernente il se tale dovere sussista laddove la legge non lo preveda espressamente e quale ne sia la disciplina.

A tale problema non sembrano aver dato, sino ad oggi, risposte univoche né la giurisprudenza né la dottrina.

Effettivamente, come si vedrà, in giurisprudenza si sono di recente avute notevoli aperture, anche grazie all'influenza delle corti europee, ma ciò ha riguardato solo ipotesi specifiche, senza toccare la questione nei suoi termini generali. Per parte sua la dottrina ha

attribuito una considerazione solo marginale al tema: pochi sono gli studi ad esso dedicati, generalmente non trattato nei manuali di diritto amministrativo<sup>1</sup>.

Tale esito può ricondursi ad una pluralità di ragioni, tra cui, al fondo, la generale visione dei rapporti tra cittadino e amministrazione, caratterizzati, secondo le tesi tutt'ora dominanti (ma non indiscusse), dalla prevalenza degli interessi generali sui diritti individuali, destinati ad *affievolirsi* ad *interessi legittimi* di fronte al potere pubblico e a perdere, così, la loro essenza di diritti (cd. teoria della degradazione)<sup>2</sup>.

Tale lettura ha innanzitutto condizionato la preliminare e più generale questione della responsabilità da atto *illecito* dell'Amministrazione impedendone, sino alla fine degli anni novanta, l'applicazione ad un'importante parte della sua attività, quella incidente sui cd. interessi pretensivi<sup>3</sup>. Ed ancor oggi, nonostante, sotto la spinta del diritto europeo, il

---

<sup>1</sup> Attestano invece una più recente inversione di tendenza i manuali di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006 e G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, Padova, 2013; per i più recenti studi che esprimono la medesima tendenza si rinvia al par. 3.

<sup>2</sup> Per le diverse visioni del rapporto tra potere pubblico e diritto soggettivo ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111 ss; F. G. COCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; L. FERRARA, *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.* diretto da S. CASSESE, Milano, 2006; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, 1998, *ad vocem*.

<sup>3</sup> E cioè gli interessi ad ottenere provvedimenti favorevoli dall'amministrazione, quali il permesso di costruire, le autorizzazioni commerciali, l'aggiudicazione di una gara pubblica. A tali interessi si contrappongono, nella sistematica italiana, gli interessi oppositivi, a conservare integra la propria sfera giuridica rispetto all'esercizio di poteri *lato sensu* ablativi, quali quelli di espropriazione. Mentre agli interessi legittimi pretensivi, secondo le ricostruzioni prevalenti, non corrisponderebbero diritti soggettivi (e per questo, a lungo, sono stati ritenuti non meritevoli di tutela risarcitoria, riservata, nei rapporti con la P.A., solo alla lesione di diritti soggettivi), gli interessi oppositivi poggerebbero su diritti soggettivi, presentandosi come diritti affievoliti nella relazione con il potere pubblico (F. G. COCA, *Contributo alla figura dell'interesse legittimo*, cit.; ma per una differente lettura v. ALB. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit. e ID., *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A.

principio di responsabilità si sia affermato anche in tali ambiti<sup>4</sup>, l'idea della prevalenza dell'interesse generale su quello individuale (complice peraltro la congiuntura economica) induce la giurisprudenza ad orientamenti generalmente restrittivi, tesi a creare una vera e propria "rete di contenimento" della responsabilità<sup>5</sup>.

I medesimi ostacoli teorici e pratici hanno impedito, *a fortiori*, di riferire il principio di responsabilità all'attività *lato sensu* lecita, cioè conforme al diritto, dell'amministrazione.

Non è un caso se il più aperto e sentito dibattito sul tema, teso all'affermazione della responsabilità da atto lecito dello Stato, si riscontra nelle trattazioni di inizio Novecento, quando ancora non si era affermata la teoria della degradazione dei diritti a meri interessi di fronte al potere pubblico. Ammettendosi infatti, in quel contesto culturale,

---

CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO, vol. II, Napoli, 2010, 405 ss., che rappresenta entrambe le ipotesi in termini di diretta relazione tra diritti e poteri pubblici, pur senza negare, tra le specificità del sistema italiano, la rilevanza in entrambi i casi dell'interesse legittimo quale strumento concettuale di rappresentazione della *diversa e ulteriore* tutela del diritto rispetto al potere, azionabile nel procedimento e nel processo amministrativo).

<sup>4</sup> L'impulso al cambiamento è provenuto dal diritto comunitario che ha introdotto la prima ipotesi di responsabilità per lesione di interessi legittimi pretesivi con la Direttiva n. 89/665/CEE del 21.12.1989 (recepita nel nostro ordinamento dall'art. 13 l. n. 142/92); questa ha disposto che gli Stati membri, nell'ipotesi di violazione delle norme comunitarie in materia di appalti, prevedano la possibilità di "accordare un risarcimento danni alle persone lese" (art. 2 n. 1). Fuori dall'ambito degli appalti la responsabilità dell'Amministrazione per lesione di interessi legittimi pretesivi è stata poi generalizzata con una assai nota pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, la n. 500/1999.

<sup>5</sup> Sul punto si rinvia ai Reports 2011 in materia di responsabilità nel diritto italiano M. CAFAGNO, M. FAZIO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento*, P. CHIRULLI, *Responsabilità da comportamento*; G. FALCON, F. CORTESE, *La responsabilità civile dell'amministrazione: giurisdizione e processo*, tutti nella pertinente sezione di questo Network.

la convivenza tra poteri pubblici e diritti individuali, emergeva la necessità di riparare i danni ad essi arrecati, pur se causati nel legittimo perseguimento dell'interesse generale<sup>6</sup>.

Fu l'affermarsi, di lì a poco, della teoria della degradazione che condusse a negare tale necessità e ad escludere, a monte, la stessa possibilità di configurare una vera e propria responsabilità dell'Amministrazione per atto lecito: le specifiche previsioni di indennizzo venivano, così, relegate al campo delle ipotesi tassative ed eccezionali.

Questa posizione, per lungo tempo dominante, è oggi oggetto di un ripensamento e di un dibattito, innanzitutto dottrinario.

Diversi fattori, giuridici e non giuridici, hanno determinato la riapertura della questione.

Sul piano giuridico la spinta più forte al cambiamento deriva dall'influenza, sul diritto interno, della CEDU e dell'ordinamento dell'UE che rafforza la tutela dei diritti di fronte al potere pubblico (e di fronte allo stesso legislatore) e che torna a sollecitare una visione dei rapporti tra Amministrazione e cittadino in cui i poteri pubblici convivono con i diritti dei singoli, non annientati ma anzi rafforzati, nel sistema italiano, dall'interesse legittimo<sup>7</sup>.

A ciò corrisponde, sul piano extragiuridico, una sempre maggiore e diffusa consapevolezza del necessario rispetto di tali diritti che si manifesta, su un piano di fatto, nell'opposizione ad attuare decisioni pubbliche che li pregiudicano, generando disuguaglianze inaccettabili<sup>8</sup>. Si pensi alla localizzazione di opere pubbliche nocive o

---

<sup>6</sup> Per tutti, Santi ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, terza ed., 1912 (ma analogamente le precedenti ed. del 1906 e del 1901); sul punto v. *amplius* par. 3.1.

<sup>7</sup> Sul punto v. gli scritti di ALB. ROMANO, cit.

<sup>8</sup> Sul punto, in generale, S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1156 ss.; con riguardo all'urbanistica, P. STELLA RICHTER, *Natura ed efficacia dei piani regolatori*, in *Giust.Civ.*, 1964, I, 1971;

rischiose, quali discariche, centrali energetiche o reti di trasporto. Sempre più frequentemente i soggetti svantaggiati da simili opere ne impediscono la realizzazione attraverso blocchi e proteste e talvolta l'Amministrazione per attuarle ricorre, in alternativa alla *manu militari*, alla concessione di misure tese a ristorare i danni patiti.

Per tali vie la questione della responsabilità da atto lecito torna, con un rinnovato interesse e con una rinnovata attualità, all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza italiana, dando luogo ad una rivisitazione degli orientamenti sino ad oggi prevalsi.

Emerge così l'esigenza di chiarire le coordinate di fondo dell'istituto, che riguardano i seguenti interrogativi: la responsabilità da atto lecito dello Stato è un principio generale o sussiste solo nelle ipotesi tipiche? La responsabilità da atto lecito è vera responsabilità governata dalla regola dell'integrale riparazione del danno subito ovvero è una misura di solidarietà pubblica? Esiste un principio di compensazione quale misura di proporzionalità dell'azione amministrativa che impone all'Amministrazione di distribuire con equilibrio vantaggi e svantaggi derivanti dalla sua azione?

L'analisi che segue illustrerà brevemente lo stato della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina italiana sulla questione, nelle declinazioni ora indicate.

In questo report non si affronterà il tema della responsabilità da atto lecito *delle istituzioni europee*.

E' tuttavia importante sottolineare come sia il Tribunale di prima istanza sia la Corte di Giustizia si siano pronunciati sulla questione, il primo affermando la seconda negando l'esistenza di un principio generale di responsabilità da atto lecito<sup>9</sup>.

---

e, in relazione ai poteri emergenziali, R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 777 ss

<sup>9</sup> Trib., Grande Sezione, *Fiamm c. Consiglio d'Europa e altri*, 14 dicembre 2005, T-69/00.

Tuttavia, di là da tale negazione, con riferimento ad un caso di danni da atto legislativo, la Corte ha riconosciuto che, in generale, la responsabilità da atto lecito può ricorrere allorché il legislatore espressamente la preveda, evidenziando *«l'ampio potere di valutazione discrezionale di cui eventualmente dispone il legislatore comunitario per accertare se, al momento dell'adozione di un dato atto normativo, la presa in considerazione di taluni effetti dannosi derivanti da tale adozione giustifichi la previsione di talune forme di risarcimento»*<sup>10</sup>.

Inoltre, la Corte, sia pur incidentalmente, sembra aver affermato l'esistenza del principio generale di responsabilità per le lesioni dei diritti fondamentali, nel loro nucleo essenziale. Al riguardo ha innanzitutto ribadito la sua *«costante giurisprudenza»* secondo cui *«i diritti fondamentali fanno integralmente parte dei principi generali di cui la Corte assicura il rispetto»*.

E *«quanto al diritto di proprietà e alla libertà di esercizio delle attività professionali»* ha poi richiamato i loro limiti intrinseci derivanti dall'interesse generale, ricordando che *«non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. In questo modo ... se possono essere apportate restrizioni all'applicazione del diritto di proprietà e al libero esercizio di un'attività professionale, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, ciò avviene a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti»*<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Corte Giust., Grande Sezione, *Fiamm e Fedon c. Consiglio d'Europa e altri*, 9 settembre 2008, C-120/06 e C-121/06, § 181.

<sup>11</sup> Corte Giust., Grande Sezione, *Fiamm e Fedon c. Consiglio d'Europa e altri*, 9 settembre 2008, C-120/06 e C-121/06.

Dalla particolare rilevanza di tali diritti la Corte ha derivato però anche l'importante conclusione secondo cui *«un atto normativo comunitario la cui applicazione determina restrizioni del diritto di proprietà e del libero esercizio di un'attività professionale che causerebbero un danno sproporzionale e inaccettabile alla sostanza stessa di tali diritti, per l'appunto nel caso in cui eventualmente non fosse stato previsto un risarcimento che possa evitare o attenuare tale danno, potrebbe far sorgere la responsabilità extracontrattuale della Comunità»*.

E' questa una presa di posizione assai importante, attenta al bilanciamento tra opposte istanze, individuali e generali ma anche alla natura e alla portata delle posizioni coinvolte: essa àncora infatti la possibilità di configurare la responsabilità da atto lecito alla compressione di un diritto fondamentale in misura eccedente i suoi limiti intrinseci e rimette invece alla discrezionalità delle istituzioni la decisione in ordine alla compensazione dei danni derivanti da limiti interni al diritto, in quanto coerenti con la sua funzione sociale.

Questa linea di distinzione tracciata dalla Corte sembra costituire una valida prospettiva per esaminare la questione nel nostro diritto interno. Pertanto, nel prosieguo del presente contributo si considereranno innanzitutto i casi di azioni lecite da cui derivano danni a diritti fondamentali nel loro nucleo essenziale: per essi si tenterà di prospettare, sulla scia delle indicazioni della Corte, l'operatività di un principio generale di responsabilità da atto lecito (par. 2,3,4). Si tenterà poi di ipotizzare, per le lesioni "minori" dei medesimi diritti, riconducibili alla loro funzione sociale, un principio di compensazione, fondato sul principio di proporzionalità che governa l'esercizio dei poteri discrezionali (par. 5).

## **2. LE PRINCIPALI IPOTESI DI RESPONSABILITÀ PER ATTO LECITO PREVISTE DALLA LEGGE**

### **2.1. Premessa**

Molteplici sono le ipotesi di responsabilità per atto lecito tipizzate dalla legge italiana. Di esse, in questo paragrafo, si illustreranno le principali che riguardano l'indennizzo a fronte di provvedimenti ablativi di beni patrimoniali; l'indennità per i danni derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche; le indennità di autotutela; la riparazione dei danni da vaccinazioni obbligatorie; la riparazione dell'ingiusta detenzione e dell'errore giudiziario.

### **2.2. Espropriazione**

La tipica e più risalente ipotesi di responsabilità per atto lecito è costituita dall'espropriazione per pubblica utilità. La sua disciplina è delineata innanzitutto a livello costituzionale, dall'art. 42, comma 3 Cost. e dall'art. 1, Prot. I, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla relativa Corte<sup>12</sup>: entrambe le norme pongono, a presidio del proprietario espropriato, la garanzia indennitaria.

La regola è poi ribadita, a livello legislativo, dal d.p.r. 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità) che, sul punto, si pone in linea di continuità con le precedenti previsioni: la regola indennitaria era già posta espressamente dalla l. 25 giugno 1865, n. 2359, art. 39 (che rifletteva l'identico principio posto dall'art. 29 dello Statuto Albertino del 1848)<sup>13</sup> ed è stata poi confermata, sul piano

---

<sup>12</sup> C.edu, *Lithgow c. Regno Unito*, 7.3.1986 (§ 120).

<sup>13</sup> Si noti peraltro che le origini della garanzia sono da collocarsi, secondo le prevalenti letture, nel diritto romano; P. BONFANTE, *Corso di diritto Romano*. II, Milano, 1966.

diacronico, dalle molteplici successive norme che nel corso tempo hanno ridefinito variamente i criteri per la determinazione delle indennità di esproprio<sup>14</sup>.

Nonostante la chiarezza del principio, controverso ne è l'ambito operativo e, a monte, non chiara è la stessa nozione di espropriazione. Si discute, in particolare, se vi rientrino solo i fatti formalmente ablativi della proprietà o anche le cd. espropriazioni di fatto, privative o limitative di facoltà comprese nel contenuto essenziale del diritto. Secondo una linea di tendenza espansiva, la nostra Corte costituzionale ha sposato criteri definitivi ampi e sostanziali e ha ricondotto alla nozione di espropriazione (e alla connessa garanzia indennitaria) ogni limitazione singolare di facoltà rientranti nel contenuto essenziale del diritto di proprietà – come l'imposizione di vincoli di inedificabilità assoluta a tempo indeterminato (o comunque ultraquinquennali)<sup>15</sup> -.

Per converso, l'ambito dell'espropriazione risulta limitato dalla nozione di *conformazione* della proprietà. Non ogni vincolo ha infatti carattere espropriativo ed è soggetto alla relativa disciplina ma occorre distinguere tra vincoli espropriativi e vincoli conformativi della proprietà tesi, cioè, a definire il regime giuridico di un'intera categoria di beni (quali i vincoli ambientali, storico-artistici<sup>16</sup> e quelli espressione di poteri regolatori della proprietà, tra cui i discussi vincoli urbanistici derivanti dalla zonizzazione del territorio o dalla destinazione di aree a verde attrezzato, a parco, a zona agricola di pregio, a

---

<sup>14</sup> La sequenza di tali norme verrà illustrata più oltre in questo medesimo paragrafo.

<sup>15</sup> Per tutte, C. Cost. n. 55/68.

<sup>16</sup> Si v. le Corte Cost. n. 56/68 e n. 106/76 (sul carattere non espropriativo dei vincoli paesistici); n. 417/1995 (sulle limitazioni imposte al godimento di beni ambientali geologici o ecologici); n. 202/74, (riguardo ai limiti relativi ai beni storico-artistici); n. 219/74 (per i divieti di caccia di animali selvatici); n. 529/95 e n. 419/96 (sulla dichiarazione della pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee). Il principio è ribadito da Corte cost. n. 179/99 secondo cui «non sono indennizzabili i vincoli posti a carico di intere categorie di beni, e tra questi i vincoli urbanistici di tipo conformativo, e i vincoli paesistici».

parcheggi<sup>17</sup>). Secondo i prevalenti ma non incontestati orientamenti solo i vincoli espropriativi sono indennizzabili mentre non lo sarebbero i vincoli conformativi. Il fondamento di tale discriminazione è rintracciato nella nostra Costituzione che, da un lato, disciplina l'espropriazione (art. 42, terzo comma, Cost.) e, dall'altro, prevede che la legge possa imporre limiti alla proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale, ponendo l'obbligo di corrispondere un indennizzo per il sacrificio imposto solo con riferimento all'espropriazione (art. 42, secondo comma, Cost.).

A fronte di tali tendenze restrittive dell'ambito della garanzia indennitaria, si rinvengono a livello europeo opposte tendenze espansive: stando agli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, la nozione di "bene" sottoposto alla garanzia dell'art. 1 Prot. I, comprende qualsiasi interesse patrimoniale oggetto di un diritto o anche solo di una legittima aspettativa: al diritto di proprietà si affianca l'avviamento commerciale<sup>18</sup>, il credito<sup>19</sup>, e la legittima aspettativa<sup>20</sup> riguardante ad es. la semplice domanda di registrazione di un marchio commerciale<sup>21</sup>, o la legittima aspettativa di conservazione, anche ove fondata su una situazione di mero fatto ed anti-giuridica, se negligenzatamente tollerata dalle Autorità di uno Stato, quale l'interesse patrimoniale del proprietario di una baracca costruita in

---

<sup>17</sup> Sul punto, F. SAIITA, *Espropriazione per pubblica utilità*, Report 2011, nella pertinente sezione di questo Network.

<sup>18</sup> C.edu, *Affaire Iatridis c. Grèce*, 25 marzo 1999, § 54.

<sup>19</sup> C.edu, *Nicola Silvestri c. Italie*, 9 giugno 2009, § 70.

<sup>20</sup> C.edu, *Plalam Spa c. Italie*, 18 maggio 2010, § 36; *Grande Chambre, Kopecky v. Slovacchia*, 28 settembre 2004, § 52; *Dragon c. France*, 28 settembre 2004, § 68.

<sup>21</sup> C.edu, *Grande Chambre, Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 17 gennaio 2007, § 78.

modo abusivo in prossimità di una discarica<sup>22</sup> o l'interesse dell'acquirente dell'opera d'arte acquistata in violazione delle norme sulla prelazione storico-artistica<sup>23</sup>.

E' dunque alla luce di tale giurisprudenza della Corte europea che si completa la definizione dell'ambito oggettivo di operatività della tutela indennitaria, che giunge a coprire, nel suo complesso, l'integrità del patrimonio dell'individuo rispetto ad ingerenze private da parte dello Stato.

Nella prospettiva della CEDU deve poi definirsi anche la concreta portata della garanzia riparatoria, che deriva dal criterio di quantificazione degli indennizzi. Muovendo dal valore venale posto dall'art.39, l. n. 2359/1865, il nostro legislatore ha infatti elaborato, nel tempo, criteri, generali e speciali, intesi per lo più ad abbattere l'ammontare dell'indennizzo. Tale abbattimento, che ha condotto ad indennizzi molto al di sotto del valore di mercato, è stato ritenuto, in una prima fase, costituzionalmente legittimo dalla nostra Corte<sup>24</sup>; la quale, con la sentenza n. 283/1993, ha affermato che «l'indennità di

---

<sup>22</sup> C.edu, *Oneryildiz c. Turquie*, 17 gennaio 2007, confermata da *Grande Chambre, Oneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004; C.edu, *Hamer c. Belgique*, 27 novembre 2007.

<sup>23</sup> Si fa riferimento al noto caso Van Gogh (C.edu, *Grande Chambre, Beyeler c. Italie*, 5 gennaio 2000, n. 33202) in cui, nonostante la violazione delle norme sulla prelazione da parte del privato, si è ritenuto contrario al principio del legittimo affidamento il ritardato esercizio dei poteri di prelazione da parte dello Stato e si è accordata la prevalenza alla legittima aspettativa dell'acquirente. Sulla originalità del percorso seguito dalla Corte europea, privo di riscontri testuali nella Convenzione (che non tutela *aliunde* alcun altro diritto patrimoniale) e sganciato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, v. M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 60 ss..

<sup>24</sup> Si eccettuano le l. n. 865/1971 («Legge sulla casa») e n. 10/1977 («Norme per l'edificabilità dei suoli»), che, sulla base della qualificazione del titolo edilizio come «concessione», hanno tentato di ricondurre l'indennità di esproprio al valore agricolo e hanno condotto alla nota sentenza n. 5/1980 con cui la Corte costituzionale ha censurato l'estensione del criterio del valore agricolo alle aree con vocazione edilizia incluse nella perimetrazione urbana, ritenendo lo *ius edificandi* compreso nel diritto di proprietà e necessario far riferimento, per la determinazione dell'indennità, «al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge».

*espropriazione non garantisce all'espropriato il diritto ad un'indennità esattamente commisurata al valore venale del bene», benché «l'indennità stessa non può essere (in negativo) meramente simbolica od irrisoria, ma deve essere (in positivo) congrua, seria, adeguata»; e ha rimesso al legislatore, nella sua discrezionalità, « il coordinamento e bilanciamento con il pubblico interesse, peraltro tenendo anche conto delle esigenze della finanza pubblica »<sup>25</sup>.*

I parametri adottati dal nostro legislatore sono apparsi invece in contrasto con l'art.1 Prot.1 CEDU e, in particolare, con il criterio dell'integrale riparazione del pregiudizio effettivamente subito, delineato dalla Corte europea nell'interpretazione di tale norma. A seguito delle plurime condanne riportate dallo Stato italiano<sup>26</sup>, la Corte costituzionale, con la sentenza 348/2007, ha quindi rivisto le proprie posizioni dichiarando l'illegittimità dell'art. 37 del d.p.r. n. 327/2001 (norma identica a quella dichiarata costituzionalmente legittima nel 1993) in quanto *«prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene»* e in quanto non presenta il *«ragionevole legame»* con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il criterio dell'indennità di esproprio è stato così riscritto, per le aree edificabili, dalla l. n. 244/2007 (Legge finanziaria 2008), art. 2 co. 89. Il nuovo testo dell'art. 37 prevede che *«1. L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare*

---

<sup>25</sup> Per precedenti sentenze espressive di tale visioni di fondo si v. C. cost., n. 216/91, in cui si è affermato che *«purché l'indennizzo non divenga apparente o simbolico, esistono ampi margini di discrezionalità legislativa, dato che il valore effettivo del bene viene in rilievo non quale misura, ma come criterio di riferimento per la determinazione dell'indennizzo. Il legislatore, pertanto, legittimamente può contemperare il criterio del valore venale con meccanismi conformativi dell'indennizzo a diverso criterio, purché l'ammontare così determinabile non scenda sotto il livello di congruità»*.

<sup>26</sup> C.edu, I, *Scordino c. Italia*, 29 luglio 2004, confermata da C.edu, Grande Chambre, 29 marzo 2006.

*interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del venticinque per cento. 2. Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi di quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del dieci per cento».*

Ma la Corte costituzionale è andata poi oltre le condanne della Corte europea e, facendo proprio il criterio della riparazione integrale del pregiudizio, della valutazione in concreto dello stesso e della considerazione dell'uso del bene, ha dichiarato, con sentenza n. 181/2011, l'incostituzionalità del criterio dell'indennità di esproprio per le aree agricole determinato nella misura pari al «valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura effettivamente praticato» (art. 40, d.p.r. n. 327/2001). Con tale sentenza la Corte costituzionale ha rigettato il metodo tabellare di determinazione dell'indennità che «prescinde dall'area oggetto del procedimento espropriativo ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene» e «ha carattere inevitabilmente astratto che elude il “ragionevole legame” con il valore di mercato, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il “serio ristoro” richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte».

### **2.3. Danni derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche**

Accanto all'esproprio, tra le più risalenti ipotesi di responsabilità da atto lecito si colloca la riparazione dei danni causati a privati non espropriati nell'esecuzione di opere pubbliche. L'ipotesi è oggi prevista dall'art.44 d. lgs. n. 325/2001 (t.u. delle disposizioni in

materia di espropriazione per pubblica utilità), che ha il suo precedente nell'identica previsione contenuta nell'art. 46 della l. 25 maggio 1865, n. 2359<sup>27</sup>.

Viene qui in rilievo la cd. espropriazione di valore larvata, di cui la giurisprudenza ha individuato i presupposti generali: un'attività lecita della P.A. (che altrimenti si rientrerebbe nella sfera della responsabilità per fatto illecito); l'imposizione di una servitù o la produzione di un danno che si concreti nella apprezzabile perdita o diminuzione del diritto; il nesso di causalità tra l'esecuzione dell'opera pubblica ed il danno<sup>28</sup>.

Il più controverso di tali presupposti riguarda il danno e i suoi caratteri, a definire il confine tra pregiudizi non indennizzabili e addossati, sulla base del principio di solidarietà, al privato proprietario, e pregiudizi, viceversa, indennizzabili. Si è così ritenuto necessario, per l'indennizzabilità, non un qualsivoglia nocumento ma una sensibile compressione delle obiettive possibilità di utilizzazione del bene, da valutarsi in concreto avendo riguardo alla tipologia di bene, alla destinazione della zona e al suo utilizzo effettivo; non, dunque, una semplice diminuzione del valore di uso o di scambio delle proprietà ma *“l'annullamento e/o la notevole menomazione di qualcuna delle facoltà costituenti il nucleo essenziale del diritto dominicale”*<sup>29</sup>.

Con questi limiti la giurisprudenza ha fatto varia applicazione dell'indennità in questione, ritenendo indennizzabili un'ampia tipologia di danni permanenti alle proprietà immobiliari: i rumori e le esalazioni derivanti da svincoli e opere stradali<sup>30</sup>, la perdita di

---

<sup>27</sup> Ai sensi dell'art.44, d.lgs. n. 325/2001, *“E' dovuta una indennità al proprietario del fondo che, dalla esecuzione dell'opera pubblica o di pubblica utilità, sia gravato da una servitù o subisca una permanente diminuzione di valore per la perdita o la ridotta possibilità di esercizio del diritto di proprietà”*.

<sup>28</sup> Cass. civ., sez. I, 14 dicembre 2007, n. 26261

<sup>29</sup> Cass. civ., sez. un., 11 giugno 2003, n. 9341

<sup>30</sup> Cass. civ., sez. III, 2 aprile 2001, n. 4790

luce, immissioni, vibrazioni derivanti dalla costruzione di un viadotto autostradale<sup>31</sup>; la svalutazione dell'immobile sottostante, l'impossibilità di effettuare sopraelevazioni, il pericolo derivante dalla caduta di oggetti o veicoli causati dalla costruzione di un viadotto<sup>32</sup>; gli ostacoli all'accesso alla via pubblica<sup>33</sup>; il pregiudizio all'irrigazione di un fondo agricolo<sup>34</sup>; la limitata accessibilità ai fabbricati e la ridotta commerciabilità degli appartamenti<sup>35</sup>; la sopraggiunta interclusione del fondo<sup>36</sup>; le ingerenze nella colonna di spazio sovrastante il fondo idonee a recare pregiudizio, derivanti dalla costruzione di viadotti stradali<sup>37</sup>; l'invasione dello spazio aereo in verticale del fabbricato con diminuzione del valore dell'immobile<sup>38</sup>; la riduzione della capacità abitativa<sup>39</sup>.

Per converso, in quest'ottica, non sono apparsi indennizzabili i pregiudizi meramente transitori, di scarsa rilevanza, diffusi, che non superino la normale tollerabilità o che ineriscano a quelle utilità marginali quali l'insolazione, l'areazione, l'ampiezza della veduta panoramica o la maggiore difficoltà di accesso alla pubblica via o altri vantaggi

---

<sup>31</sup> Cass. civ., sez. II, 9 marzo 1988, n. 2366

<sup>32</sup> Cass. civ., sez. I, 25 settembre 1990, n. 9693

<sup>33</sup> Cass. civ., 24 dicembre 1990, n. 12146

<sup>34</sup> Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 1993, n. 778

<sup>35</sup> Cass. civ., 12 dicembre 1996 n. 11080

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. I, 24 aprile 1997, n. 3614

<sup>37</sup> Cass. civ., 2 sez. un., 6 febbraio 1999, n. 104

<sup>38</sup> Cass. civ., sez. un., 11 giugno 2003, n. 934

<sup>39</sup> Cass. civ., n. 12146/1990

preesistenti e amenità che di per sé non incidono sul contenuto essenziale del diritto di proprietà e sempreché non generino una perdita apprezzabile di valore<sup>40</sup>.

#### **2.4. Autotutela**

Ulteriori ipotesi di indennizzo dei danni subiti dai privati a causa di attività lecite dell'Amministrazione si rinvengono a proposito dei provvedimenti di autotutela.

Il quadro è frammentario: manca, al riguardo, una norma generale e si riscontrano invece specifiche previsioni. Esse riguardano, in particolare, il recesso dagli accordi, la revoca dei provvedimenti amministrativi, l'annullamento dei provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali. Nessuna tutela indennitaria è invece prevista per le conseguenze pregiudizievoli dell'annullamento d'ufficio di provvedimenti che non incidono su assetti consensuali.

Se si eccettuano gli indennizzi per il recesso previsti dal diritto dei contratti della pubblica amministrazione sin dall'ottocento<sup>41</sup>, si tratta di previsioni relativamente recenti introdotte, nella loro *ratio* prevalente, a tutela del legittimo affidamento del privato. Esse appaiono peraltro profondamente innovative: e non solo del diritto positivo ma anche delle posizioni della giurisprudenza che, in mancanza di espresse previsioni, non è autonomamente giunta ad affermare il principio indennitario<sup>42</sup>, ma si è limitata ad

---

<sup>40</sup> Cass. civ. sez. I, Sent., 03-07-2013, n. 16619

<sup>41</sup> Si v. l'art. 345 dell'allegato F della l. n. 2248/1865 e ora l'art. 134, d.lgs. n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici ai sensi del quale "La stazione appaltante ha il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto previo il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite".

<sup>42</sup> Cons. Stato, sez. V, 01/08/2001, n.4184.

affermare, a garanzia del privato rispetto all'esercizio dei poteri di autotutela, un particolare onere motivazionale. Si è così ritenuto, secondo i consolidati orientamenti, che la motivazione dei provvedimenti di autotutela debba evidenziare sia la sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto ed attuale, alla cessazione degli effetti del provvedimento sia la prevalenza di tale interesse sul contrapposto interesse del privato alla conservazione del provvedimento<sup>43</sup>.

Da tempo l'introduzione dell'obbligo di indennizzo era stata invece sollecitata dalla dottrina, facendo leva sia sulla natura sostanzialmente ablatoria degli atti di autotutela (e in particolar modo della revoca) sia sul principio del legittimo affidamento<sup>44</sup>.

In questo quadro, il nostro legislatore ha proceduto in modo episodico.

Le prime norme hanno riguardato l'autotutela incidente sugli accordi. Innanzitutto, con l'approvazione della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 8 agosto 1990, n. 241) è stata introdotta la regola dell'indennizzo in caso di recesso dagli accordi conclusi dall'Amministrazione nel corso del procedimento al fine di sostituire con l'accordo il provvedimento o di determinarne convenzionalmente il contenuto discrezionale<sup>45</sup>. Alla l. 30 dicembre 2004 n. 311 (finanziaria 2005) risale poi la previsione dell'indennizzo per

---

<sup>43</sup> Cons. Stato, sez. VI, 12/05/1998, n.692.

<sup>44</sup> Per tutti, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; ma già v. ID., *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; e, più di recente M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 2009; L. GIANI, *Funzione amministrative e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

<sup>45</sup> Tali accordi sono regolati dall'art. 11 della l. n.241/1990 che al comma 4 prevede che *"Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato"*.

l'ipotesi di annullamento d'ufficio di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali<sup>46</sup>.

Con riferimento agli atti unilaterali l'estensione della regola indennitaria è avvenuta successivamente, in occasione delle più ampie modifiche apportate alla legge generale sul procedimento amministrativo (l. n.241/90) dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15<sup>47</sup>, e ha riguardato solo quella particolare tipologia di atti di autotutela costituita dai provvedimenti di revoca<sup>48</sup>.

Analoga previsione non è stata invece riferita all'annullamento di ufficio di provvedimenti non incidenti su assetti convenzionali, che costituisce un'ipotesi di ritiro dell'atto ad oggi non coperta dalla garanzia indennitaria. Per essa vale solo, ove ne sussistano i presupposti, la garanzia della responsabilità per fatto illecito fondata, nel nostro sistema, sulla colpa dell'Amministrazione anche in relazione alla lesione del legittimo affidamento.

---

<sup>46</sup> Dispone l'art. 1 comma 136 l. n. 311 del 2004: *“Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”*.

<sup>47</sup> Tale legge ha introdotto in seno alla 241/90, agli art. 21 bis ss, la disciplina generale del provvedimento amministrativo comprensiva anche dei poteri di autotutela.

<sup>48</sup> Dispone l'art. 21-quinquies l. n. 241/90, introdotto dall'art. 14 l. n. 15/2005: *“Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo”*.

Peraltro il legislatore, nelle ipotesi in cui ha previsto l'indennizzabilità dei pregiudizi derivanti dalla rimozione del provvedimento, sembrerebbe aver posto una regola molto ampia, priva di condizioni e limiti. Ciononostante, la giurisprudenza tende a subordinare l'indennizzo alla lesione del legittimo affidamento; in particolare, per la revoca, ritiene necessaria la titolarità di una posizione soggettiva «consolidata» in capo all'interessato ed esclude l'indennizzo ad es. nel caso di decorso di un breve lasso di tempo tra provvedimento favorevole e sua revoca<sup>49</sup> o laddove il destinatario della revoca abbia, con il proprio comportamento, concorso a determinare le condizioni della revoca<sup>50</sup>.

Solo per la revoca incidente su rapporti negoziali il legislatore ha delineato precisi presupposti: in tal caso l'indennizzo, oltre ad esser limitato *“al solo danno emergente”*, *“tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”*<sup>51</sup>.

### ***2.5. Danni da vaccinazioni obbligatorie***

Nel campo dei diritti non patrimoniali, la riparazione dei danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie costituisce la principale ipotesi di responsabilità per atto lecito. E ciò soprattutto per le modalità con cui è stata affermata, che le conferiscono un valore paradigmatico.

---

<sup>49</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 30 maggio 2008, n. 5317.

<sup>50</sup> Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4424.

<sup>51</sup> Art. 21 *quinquies*, comma 1-bis, l. n. 241/90, introdotto dall'art. 13 comma 8-*duodevices* d.l. 31 gennaio 2007, n.7

Prevista da una legge (l. 25 febbraio 1992, n. 210, *Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni*), la sua genesi si riconduce ad un intervento della Corte costituzionale che, con sentenza 22 giugno 1990 n. 307, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della l. 4 febbraio 1966 n. 51 nella parte in cui non prevedeva un'equa indennità a favore dei soggetti che avessero subito gravi compromissioni della salute a causa della vaccinazione antipoliomelittica ivi prevista come obbligatoria. A tale conclusione la Corte è giunta attraverso un percorso innovativo volto a superare la mancata previsione costituzionale di una garanzia indennitaria per i danni derivanti da trattamenti sanitari obbligatori (la sola garanzia espressamente prevista dalla nostra Costituzione è la riserva di legge<sup>52</sup>). Nella chiave di lettura proposta dalla Corte è infatti il principio di solidarietà (art. 2 Cost.) ad imporre il riconoscimento al danneggiato di un'indennità tesa a riparare la lesione subita: sarebbe infatti contrario ai doveri di solidarietà se la collettività si disinteressasse del sacrificio sopportato dal singolo per l'interesse generale senza compensarlo adeguatamente.

Secondo il medesimo paradigma argomentativo, con successive pronunce, la Corte ha esteso il dovere di riparare le lesioni gravi della salute anche alle ipotesi di vaccinazioni non obbligatorie ma solo raccomandate dall'autorità sanitaria<sup>53</sup>: ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge n. 210/1992, nella parte in cui non prevedeva l'erogazione dell'indennizzo in relazione a danni causati dai vaccini contro l'epatite b e contro il morbillo, rosolia e parotite, tutti non obbligatori ma oggetto di campagne di incentivazione da parte dello Stato<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Ai sensi dell'art. 32, comma 2 Cost. "*Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge*".

<sup>53</sup> C. cost. n. 27/1998 e n. 107/2012.

<sup>54</sup> Ai sensi dell'art. 2, l. n. 210/1992 l'indennizzo consiste in un assegno non reversibile determinato secondo i parametri tabellari delle pensioni privilegiate per il settore pubblico, di cui alla tab. B, della l. 177/1976 (*Collegamento delle pensioni del settore pubblico alla dinamica delle retribuzioni. Miglioramento del trattamento*

Si noti che nel porre il principio di solidarietà a fondamento della garanzia indennitaria, la Corte ha riconosciuto al legislatore un'ampia discrezionalità nella quantificazione della misura riparatoria nel limite della sua *non irrisorietà*<sup>55</sup>, generando, sul punto, una presa di distanza di una parte della dottrina per le sottocompensioni in tal modo legittimate ed ormai non più ammesse, come si è visto, neppure nella sfera dei diritti patrimoniali<sup>56</sup>

In ogni caso, a prescindere dal problema della quantificazione dell'indennizzo, importanti sono le ricadute di tale giurisprudenza costituzionale. Sul piano applicativo, proprio con riferimento ai danni causati da vaccinazioni incentivate dalle autorità pubbliche, la giurisprudenza ha fatto riferimento, a presidio del diritto alla salute, ad un *generale principio indennitario operante a prescindere da espresse previsioni normative*. Stando ad un minoritario orientamento tale principio sarebbe di applicazione diretta; e ciò in controtendenza rispetto alle posizioni prevalenti che affermano, invece, la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge che non prevede forme di tutela indennitaria<sup>57</sup>.

Sul piano teorico, come si vedrà<sup>58</sup>, tali orientamenti hanno offerto un rinnovato fondamento alle tesi del carattere non tipico ma generale della responsabilità da atto lecito

---

*di quiescenza del personale statale e degli iscritti alle casse pensioni degli istituti di previdenza), integrati dall'indennità integrativa speciale di cui alla l. 324/1959 (Miglioramenti economici al personale statale in attività ed in quiescenza). È invece previsto un assegno una tantum se dall'evento derivi la morte del danneggiato.*

<sup>55</sup> C. cost. n.107/2011.

<sup>56</sup> Sul punto v. *amplius* par. 4.4.

<sup>57</sup> Tribunale di Ancona 21 dicembre 2010 n. 214.

<sup>58</sup> Si v. il par. 3.

dell'Amministrazione, a fronte del sacrificio imposto a diritti fondamentali di rilievo costituzionale.

### ***2.6. Ingiusta detenzione ed errore giudiziario***

Ulteriori ipotesi di responsabilità per atto lecito nel campo dei diritti non patrimoniali sono previste a proposito dell'errore giudiziario e dell'ingiusta detenzione.

Si tratta di ipotesi di responsabilità dello Stato originate da provvedimenti giurisdizionali e, dunque, peculiari, rispetto a quelle, sopra esaminate, derivanti da provvedimenti amministrativi, ma comunque emblematiche del sistema italiano di garanzia dei diritti fondamentali lesi nel legittimo esercizio del potere pubblico, *lato sensu* inteso.

Esse trovano fondamento nell'art. 24, co. 4, Cost., che rimette alla legge di determinare «*le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari*».

La riparazione dell'errore giudiziario costituisce l'ipotesi più risalente. Già prevista dall'abrogato Codice Rocco è oggi disciplinata dall'art. 647 c.p.p. che attribuisce a colui che sia stato prima condannato e poi prosciolto in sede di revisione, il diritto ad una riparazione «*commisurata alla durata dell'eventuale espiazione della pena o internamento e alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna*».

La riparazione dell'ingiusta detenzione, disciplinata dagli artt. 314 ss. c.p.p., è stata invece introdotta nel nostro ordinamento solo di recente, con l'approvazione, nel 1988, del nuovo codice di procedura penale. Essa ha riferimento ai casi di custodia cautelare subita illegittimamente e consiste nel diritto ad un'«*equa riparazione*», per il quale è tuttavia posto un limite massimo, di circa cinquecentomila euro<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> L'importo, originariamente limitato a cento milioni di lire è stato innalzato dalla l. 479/99 a 516.456,90 euro.

La legittimità di tali discipline - protette, sino a tempi non lontani, dai restrittivi orientamenti della nostra giurisprudenza costituzionale<sup>60</sup> - deve oggi rapportarsi all'art. 5 CEDU che, nel sancire il *diritto alla libertà e alla sicurezza*, prevede casi e presupposti per la privazione della libertà e, come disposizione di chiusura, prevede che «*Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione*».

L'applicazione di tale norma ha determinato vari interventi della Corte europea nei confronti dello Stato italiano, che hanno riguardato innanzitutto l'ambito operativo della riparazione. Così si è ravvisata la violazione dell'art.5 nella mancata previsione di una riparazione per l'illegittimo trattenimento dello straniero in un centro di accoglienza temporanea in attesa di espulsione<sup>61</sup>, o in un centro per immigrati<sup>62</sup>; per il superamento dei termini di durata massima della custodia cautelare<sup>63</sup>; per il ritardato riconoscimento dell'indulto<sup>64</sup>.

Sulla scorta della giurisprudenza europea, anche la Corte costituzionale ha mutato il proprio approccio e ha più volte esteso l'ambito applicativo della riparazione per

---

<sup>60</sup> Emblematica al riguardo è ad es. la posizione in passato assunta dalla Corte costituzionale a proposito della mancata previsione di una riparazione per il cittadino ingiustamente sottoposto a misure cautelari (come si è visto l'art. 344 c.p.p. che la prevede è stato introdotto nel 1988). La Corte infatti, ha ritenuto legittima tale scelta del legislatore, pur riconoscendo nell'art. 24, co. 4, Cost. un «*principio di altissimo valore etico e sociale che rappresenta un coerente sviluppo del dettame generale volto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo*» (Corte Cost., n. 1/1969).

<sup>61</sup> C.edu, *Zeciri c. Italia*, 4 agosto 2005.

<sup>62</sup> C.edu, *Seferovic c. Italia*, 1 dicembre 2009.

<sup>63</sup> C.edu, *Picaro c. Italia*, 9 giugno 2005; C.edu, *Luberti c. Italia*, 23 febbraio 1984.

<sup>64</sup> C.edu, *Pilla c. Italia*, 2 marzo 2006.

l'ingiusta detenzione e per l'errore giudiziario<sup>65</sup>. E una parte della dottrina e della giurisprudenza ha proposto di interpretare l'art. 314 c.c.p. alla luce dell'art. 5 Cedu, al fine di colmare il divario esistente tra le due norme. Gli orientamenti prevalenti<sup>66</sup>, rimangono tuttavia radicati nel ritenere necessario l'intervento additivo della Corte costituzionale<sup>67</sup>.

Il medesimo problema di non coerenza della disciplina nazionale con la CEDU sembra oggi riguardare il tetto massimo previsto per la riparazione dell'ingiusta detenzione<sup>68</sup> (che non sussiste invece per la riparazione dell'errore giudiziario<sup>69</sup>). Secondo la C.edu va infatti risarcito ogni tipo di pregiudizio, materiale o morale, che la vittima non avrebbe subito ove non vi fosse stata la violazione dell'art.5 Cedu; e i giudici nazionali, sul punto, non devono interpretare in maniera rigorosa l'onere della prova, tenendo conto, in concreto, di tutte le circostanze rilevanti quali le condizioni della detenzione, l'impatto sulla

---

<sup>65</sup> C. cost., n. 301/1996, con riferimento all'erroneo ordine di esecuzione (sul punto v. C.edu, 8 dicembre 2003, *Pezzone c. Italia*); C. cost., n. 109/1999 sull'arresto in flagranza e sul fermo dell'indiziato; C. Cost. n. 219/2008 sul necessario proscioglimento dalle imputazioni nel merito per l'ottenimento dell'equa riparazione.

<sup>66</sup> Su questi orientamenti v. M. GIALUZ, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, cit., 171.

<sup>67</sup> In proposito sembra opportuno ricordare che con le sentenze n.348 e n.349/07 la Corte costituzionale ha riconosciuto alla Cedu il rango di norma "sub-costituzionale", cioè subordinata alla Costituzione, ma sovraordinata alla legge (e dunque parametro interposto di costituzionalità) ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. ("*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*").

<sup>68</sup> Sul punto v. E. TURCO, *La riparazione per ingiusta detenzione dopo la recente riforma: profili sistematici e prospettive evolutive*, in *Cass. Pen.*, 2002, 3255.

<sup>69</sup> In tema di errore giudiziario le condanne si assestano su somme tendenzialmente elevate, generando un opposto problema di contenimento ed evidenziando l'irragionevolezza del limite posto alla riparazione dell'ingiusta detenzione. Sul punto si v. da ultimo, *Cass. Pen.*, Sez. III, 12 novembre 2010, n. 40094.

salute, la professione la vita sociale e familiare del danneggiato<sup>70</sup>. La questione, con riferimento alla normativa italiana, è peraltro, ad oggi, impregiudicata.

### **3. LA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO COME PRINCIPIO GENERALE OPERANTE PER LE LESIONI DI DIRITTI FONDAMENTALI**

#### **3.1. Premessa**

A fronte delle molteplici ipotesi tipiche di responsabilità da atto lecito, questione ricorrente è se sussista o meno un principio generale applicabile fuori dai casi contemplati dalla legge. Il problema riguarda soprattutto le lesioni della sfera non patrimoniale degli individui poiché, come si è visto, per le lesioni della sfera patrimoniale (proprietà *in primis*) tra le previsioni nazionali e l'art. 1 Prot. I CEDU, interpretato alla luce della giurisprudenza della C.edu, vi è una copertura indennitaria pressoché integrale.

Come si mostrerà in questo paragrafo, secondo l'esito di un dibattito avviatosi già alla fine dell'Ottocento e di un più recente percorso giurisprudenziale, tende oggi a ritrovare un suo spazio la tesi che la responsabilità da atto lecito costituisca un principio generale del nostro ordinamento laddove, nell'ambito del legittimo perseguimento di fini pubblici, sia leso un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato.

Circa l'operatività di tale principio, secondo le tesi prevalenti, di maggior rigore, si ritiene necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale della legge che non prevede la riparazione del diritto pur lecitamente leso; secondo gli orientamenti di maggiore apertura invece il giudice potrebbe condannare l'Amministrazione a riparare il diritto leso

---

<sup>70</sup> C.edu, *Grande Chambre, Hood c. Regno unito*, 18 febbraio 1999; C.edu, *S.B.C. c. Regno unito*, 19 giugno 2001; C.edu, *Danev. C. Bulgaria*, 2 settembre 2010. *Amplius*, M. GIALUZ, *Commento all'art. 5*, in *Commentario breve*, cit., 172.

applicando direttamente il principio, a prescindere dal giudizio di costituzionalità della legge.

### ***3.2. L'affermazione del principio***

Che la responsabilità da atto lecito dello Stato costituisca una regola generale è stato sostenuto dalla dottrina italiana tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. L'idea, che incontrava i percorsi di una parte della dottrina europea, in particolar modo tedesca<sup>71</sup>, era supportata da un'esigenza pratica di effettività di tutela: e cioè dalla difficoltà di applicare, in concreto, la pur affermata responsabilità dell'Amministrazione, muovendo dalla disciplina civilistica del fatto illecito, fondata sulla colpa: l'impossibilità di sindacare la discrezionalità (anche solo tecnica) dell'Amministrazione si traduceva infatti nell'impossibilità di accertarne la colpa<sup>72</sup>.

In risposta a questo problema la dottrina veniva tracciando le linee di una generale responsabilità dell'Amministrazione avente una base diversa dalla colpa ed estesa anche agli atti leciti<sup>73</sup>. La tesi implicava che ad ogni sacrificio speciale imposto all'individuo

---

<sup>71</sup> Sono in proposito chiare ed esplicite (nei richiami degli stessi Autori) le influenze sugli sviluppi della nostra dottrina le teorie sulla responsabilità di O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895; contengono espliciti riferimenti all'A. i lavori del Vacchelli, Cammeo, Orlando, Santi Romano, Forti, così come, in senso critico, del Salemi, Rocco e Miele.

<sup>72</sup> Sul punto v. G. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno, colpa extracontrattuale*, Torino, 1903, II ed., 481 ss.

<sup>73</sup> SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, cit.; ID., *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *La legge*, 1903, ed ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 179 ss.; E. ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, vol. III, 1893, 356; G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1902; F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 24 ss e in part. 99-100 e 107-109.

corrispondesse la responsabilità dell'Amministrazione: e ciò, secondo alcuni, in base a «*principi di giustizia distributiva e di giustizia riparativa*»<sup>74</sup> e, secondo altri, in virtù della sopravvivenza del diritto nel conflitto con il potere pubblico, sicché «*l'ente pubblico che, facendo uso di un suo potere, impone a un diritto individuale un particolare sacrificio, che non è compreso nei limiti normali di esso ... deve risarcirlo con una proporzionata indennità*»<sup>75</sup>.

Di qui l'idea di una responsabilità (anche da atto lecito) non limitata ai casi contemplati dalla legge, tra cui la fondamentale ipotesi dell'espropriazione per pubblica utilità, ritenuta paradigmatica ed espressiva di un principio generale.

Tale modello unitario di responsabilità, comprendente il lecito e l'illecito, fu immediatamente rigettato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti, come modello privo di un riscontro nel diritto positivo. La responsabilità dell'Amministrazione si è così articolata, nel sistema italiano, in un doppio binario: un primo, riguardante la responsabilità dell'Amministrazione per fatto illecito, fondata sulla colpa e disciplinata dalle generali previsioni del codice civile; un secondo, relativo alle eccezionali e disomogenee ipotesi di responsabilità per fatto lecito contemplate dalla legge e privo di una regola di carattere generale.

In questo quadro, la dottrina ha più volte tentato di affermare un principio generale di responsabilità da atto lecito. Il percorso per lo più seguito è stato quello di desumerlo dalle diverse figure tipiche previste dalla legge. In particolare il riferimento è stato alla disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità e a quella concernente la riparazione dei

---

<sup>74</sup> G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, cit., 200.

<sup>75</sup> SANTI ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988 (ed. postuma, ma databile al 1914, con successive aggiunte e interpolazioni; sul punto v., in quel volume, la *Premessa* di Alberto ROMANO).

danni derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche a proprietari non espropriati<sup>76</sup>, facendo leva su interpretazioni estensive di tali norme<sup>77</sup>.

Tale proposta ricostruttiva, tuttavia, è stata a lungo limitata a condotte dannose legate alla realizzazione di opere pubbliche o, comunque, alla lesione di interessi patrimoniali, senza giungere a offrire una risposta ai pregiudizi concernenti le lesioni dei diritti della persona.

L'estensione del principio di responsabilità per atto lecito dannoso ai pregiudizi di carattere personale si deve al già menzionato intervento della Corte Costituzionale, la quale, con la sent. n. 307/1990 in tema di danni alla salute derivanti da vaccinazioni obbligatorie, ha ritenuto il trattamento sanitario obbligatorio compatibile con la tutela individuale della salute solo ove correlato ad un'indennità tesa alla riparazione degli eventuali pregiudizi arrecati<sup>78</sup>. A tale conclusione la Corte è giunta richiamandosi al principio costituzionale di solidarietà sociale, che non tollera l'imposizione autoritativa di sacrifici di diritti fondamentali, quali la salute, senza che sorga in capo alla collettività il dovere di riparare tale sacrificio.

Sulla base di questa giurisprudenza la dottrina ha avviato un percorso di revisione degli orientamenti tradizionali, volto ad estendere la tutela indennitaria fuori dai casi espressamente contemplati dalla legge, laddove vi sia la compressione a titolo individuale

---

<sup>76</sup> Si v., *supra*, par. 2.2. e 2.3.

<sup>77</sup> R. ALESSI, *Responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 627 ss.

<sup>78</sup> Si v., *supra*, par. 2.4.

di un diritto fondamentale costituzionalmente protetto, sia esso di carattere patrimoniale o personale<sup>79</sup>.

In tali casi si tende oggi a riconoscere che la riparazione del danno sia costituzionalmente dovuta e non rimessa ad una scelta discrezionale del legislatore, trovando fondamento secondo alcuni, nel principio di solidarietà sociale<sup>80</sup> e, secondo altri, nel principio di effettività dei diritti fondamentali, oggi riconosciuti e protetti anche a livello sovranazionale, e nella fondamentale esigenza di tutela che tale riconoscimento postula<sup>81</sup>.

### **3.3. Il *modus operandi***

Se la dottrina e la giurisprudenza prevalenti riconoscono oggi l'operatività di un generale principio indennitario, dubbio è invece, come si è visto<sup>82</sup>, il *modus operandi* del principio.

---

<sup>79</sup> Sul punto si v. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, che coglie il problema dal punto di vista del danno generato dal legislatore, in una attualissima prospettazione della responsabilità di quest'ultimo estesa sia al fatto lecito che al fatto illecito.

<sup>80</sup> G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003; A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit.; P. TROIANO, *La cd. responsabilità della p.a. per atti leciti*, in *Quad. Cons. St.*, 2004, 189 ss.

<sup>81</sup> G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecite*, cit.; R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 6, 1352; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, 2013.

<sup>82</sup> Si v., i diversi orientamenti in tema di vaccinazioni obbligatorie (par. 2.5) e di ingiusta detenzione (par. 2.6).

In giurisprudenza, stando agli orientamenti maggioritari, al principio non è riconosciuta immediata precettività sicché rimane ferma l'idea della tipicità delle ipotesi di responsabilità da atto lecito: in questi termini il principio dovrà essere fatto valere nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale della legge che consente l'imposizione del sacrificio senza prevedere una garanzia riparatoria<sup>83</sup>.

Nelle applicazioni di maggiore apertura, che esprimono un più intenso legame tra garanzia indennitaria e tutela dei diritti fondamentali, la responsabilità da atto lecito è invece estesa oltre le ipotesi tipiche in via interpretativa. Si fa riferimento alle pronunce dei giudici di merito che hanno interpretato estensivamente le pronunce della Corte costituzionale in materia di vaccinazioni incentivate, riconoscendo il diritto all'indennizzo, ex art. 1, l. n. 210/ 1992, a fronte di danni derivanti da vaccinazioni incentivate ma diverse da quelle specificamente oggetto delle pronunce della Corte costituzionale<sup>84</sup>.

#### **4. LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO**

##### **4.1. Premessa**

Dubbia è la natura giuridica del dovere dell'Amministrazione di riparare i danni arrecati lecitamente ai diritti dei singoli.

---

<sup>83</sup> Così, in materia di vaccinazioni incentivate, Tribunale di Ancona 21 dicembre 2010 n. 214 (ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, da cui è poi derivata la sent. n. 107/2012, che ha sancito l'illegittimità costituzionale della legge n. 210/1992 per la mancata previsione dell'indennizzo in relazione ai danni causati da taluni vaccini non obbligatori); in materia di ingiusta detenzione v. M. GIALUZ, *Commento all'art. 5*, cit.

<sup>84</sup> Trib. Milano, 13 dicembre 2007, Corte App. Campobasso, 12 giugno 2006, Corte App. Sassari, 5 agosto 2004.

Due sono le impostazioni in campo: secondo una prima e prevalente lettura tale dovere avrebbe natura pubblicistica e deriverebbe dal principio di solidarietà sociale; stando invece ad una diversa lettura avrebbe natura di vera e propria responsabilità e si fonderebbe sul principio di effettività dei diritti fondamentali.

La questione non ha una rilevanza meramente teorica ma da essa discendono importanti ricadute applicative. La principale concerne l'ammontare della riparazione e, in particolare, se essa debba coprire l'effettivo pregiudizio o se possa limitarsi ad un ristoro discrezionalmente deciso, nel suo *quantum*, dal legislatore o dall'Amministrazione.

#### **4.2. Natura pubblicistica**

Secondo una prima tesi l'atto amministrativo legittimo non potrebbe far nascere una vera e propria responsabilità. E ciò, innanzitutto, per il necessario collegamento – riaffermato - tra responsabilità e colpa; e, inoltre, per la mancanza di danni giuridicamente rilevanti nell'ipotesi di legittimo esercizio di poteri pubblici: la massima *qui suo jure utitur neminem laedit* viene in tal modo applicata al diritto pubblico.

Sullo sfondo teorico v'è la già citata teoria della degradazione del diritto soggettivo di fronte al potere pubblico, teoria ancora largamente diffusa nella giurisprudenza pubblicistica italiana.

Per la cd. responsabilità da atto lecito si afferma così il concetto di *sacrificio* come concetto distinto da *violazione* e si radica l'obbligo indennitario non nello stretto diritto ma, secondo le più risalenti letture, "*nell'equità e nel principio di giustizia distributiva*", visti come canoni etici o, stando alle visioni più recenti, inaugurate dalle menzionate sentenze della Corte Costituzionale in materia di vaccinazioni obbligatorie, nel principio di solidarietà sociale discrezionalmente interpretabile dal legislatore.

Tale orientamento, ad oggi prevalente, nega così la possibilità di *formare un'unica categoria di responsabilità estesa al lecito e all'illecito* e ribadisce la contrapposizione tra

responsabilità civile della p.a., regolata dal diritto privato, e principio indennitario, regolato dal diritto pubblico<sup>85</sup>.

#### ***4.3. La responsabilità da atto lecito come responsabilità di diritto comune***

Secondo una diversa impostazione i danni generati a diritti fondamentali nell'esercizio legittimo di funzioni pubbliche darebbero luogo ad una vera e propria responsabilità da cui, come si vedrà, deriva un dovere di integrale riparazione del danno, non suscettibile di identificarsi in una misura di solidarietà discrezionalmente determinabile dal legislatore<sup>86</sup>.

E' questa un'impostazione che supera la prospettiva dell'affievolimento dei diritti e che, anzi, pone l'accento proprio sul rifiuto dell'idea che, di fronte al potere pubblico, pur legittimamente esercitato, il diritto fondamentale, affievolendo, possa essere compresso senza che sorga un dovere di effettiva riparazione.

Vari sono i fattori che deporrebbero in questo senso.

Innanzitutto v'è la diffusa rivisitazione della responsabilità civile che reca con sé la dequotazione della colpa quale criterio generale di imputazione della responsabilità in favore di una crescente importanza del criterio del rischio<sup>87</sup>, anche nell'ambito di una lettura

---

<sup>85</sup> R. ALESSI, *Responsabilità da atti legittimi*, cit.; P. TROIANO, *La cd. responsabilità della p.a. per atti leciti*, in *Quad. Cons. St.*, 2004, 189 ss.; A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit.

<sup>86</sup> R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, cit.; E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, cit.

<sup>87</sup> P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

solidaristica della responsabilità<sup>88</sup>. A tale lettura si affianca la tendenza a superare la tradizionale partizione tra lecito e illecito<sup>89</sup>.

Un ulteriore fattore è costituito dal ruolo svolto dalla Cedu e dell'Unione europea che oggi rafforza, anche rispetto alle stesse Costituzioni nazionali, la tutela dei diritti nei confronti del potere pubblico (di qualsiasi natura esso sia: legislativo, amministrativo e giurisdizionale) e che favorisce l'emergere di nuovi parametri di liceità e di legittimità dell'azione pubblica, tra cui i principi di correttezza, buona fede e di tutela del legittimo affidamento<sup>90</sup>.

Secondo questa lettura, anche in presenza di una *legittima* compressione di diritti fondamentali nascerebbe un obbligo di risarcire pienamente i danni causati ai singoli, secondo le regole di diritto comune<sup>91</sup> e cioè, secondo il principio dell'integrale riparazione del danno, temperato alla luce del canone solidaristico che costituisce, secondo le prevalenti letture, il fondamento della responsabilità civile nel sistema italiano.

---

<sup>88</sup> S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. Per un'originale combinazione di rischie, solidarietà e uguaglianza quale fondamento della responsabilità dell'Amministrazione alternativa alla colpa, v. ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 282 ss. spec. 290,

<sup>89</sup> P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1061; V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, I, 42; ma v. già Salv. ROMANO, *Trasporto di cortesia*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, 485, ora in *Scritti minori*, Milano, 1980, II, 905.

<sup>90</sup> ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Atti del convegno annuale dell'AIPDA, Bari, 30 settembre-1 ottobre 2011*, Milano, 2012.

<sup>91</sup> Per la sottolineatura dell'importanza di tali regole v., da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011

Si noti che, con riguardo ai diritti fondamentali e, in particolare, alla salute, il giudice ordinario (competente nel nostro ordinamento per la tutela dei diritti rispetto alla pubblica amministrazione, salvo le specifiche ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo previste in determinate materie dalla legge) ha a lungo ritenuto illecita ogni compressione del diritto da parte dell'Amministrazione, a nulla rilevando le ragioni di interesse pubblico né la legittimità dell'azione amministrativa. Il diritto fondamentale è parso, cioè, indegradabile e ogni azione amministrativa dannosa, ad es. relativa alla localizzazione di opere pubbliche nocive (quali discariche pericolose, elettrodotti, antenne), è parsa illecita e pertanto suscettibile di essere inibita e fonte di un obbligo risarcitorio<sup>92</sup>.

Le più recenti linee tendono verso un superamento di tale indirizzo giurisprudenziale, in favore dell'idea che gli stessi diritti fondamentali siano bilanciabili (anche nel loro nucleo essenziale<sup>93</sup>) con contrapposti interessi pubblici.

Tale mutamento appare del resto stimolato e rafforzato dallo spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario al giudice amministrativo in importanti materie caratterizzate dall'incidenza dell'azione pubblica su diritti fondamentali: ciò è avvenuto in

---

<sup>92</sup> L'orientamento risale a due note sentenze della Cassazione civile: Cass., sez. un., 9 marzo 1979, n. 1463 (in materia di localizzazione di centrali nucleari) e Cass., sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172 (riguardante la realizzazione di opere destinate alla depurazione di acque luride già convogliate nel Golfo di Napoli). Per una più recente applicazione, Cass.Civ., sez. un., 8 novembre 2006, n. 23735 (in una controversia volta all'inibizione della messa in esercizio di elettrodotto autorizzato con decreto ministeriale).

<sup>93</sup> Si v., in proposito, C.cost. n. 85/2013 che, con riguardo al caso ILVA di Taranto (e cioè ad un impianto siderurgico altamente inquinante), ha ammesso il "*bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso*".

materia di rifiuti<sup>94</sup>, di localizzazione di impianti di energia<sup>95</sup>, di situazioni di emergenza<sup>96</sup>, di emergenza rifiuti in Campania<sup>97</sup>.

E' questa un'evoluzione densa di implicazioni critiche, non suscettibili di essere esaminate in questa sede<sup>98</sup>. E' tuttavia chiaro che il superamento della tesi dell'incomprimibilità del diritto fondamentale da parte del potere pubblico e dell'illiceità della sua violazione ripropone, con rinnovata centralità, il problema della responsabilità da atto lecito dell'amministrazione e quello, soprattutto, dell'effettiva riparazione del diritto individuale sacrificato in vista di interessi generali.

---

<sup>94</sup> Così Cass., sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27187; 29 aprile 2009, n. 9956; 5 marzo 2010, n. 5290 («*appartiene alla giurisdizione del g.a. la controversia che investe il potere dell'Amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione dello smaltimento dei rifiuti urbani*» pur a fronte di «*domande risarcitorie, eventualmente proposte in via autonoma, pur se con esse si invochi la tutela di diritti fondamentali, come quello alla salute*»). Nello stesso senso, da ultimo, Cass., sez. un..

<sup>95</sup> Si v. l'art. 1, comma 552, l. n. 311/2005 (finanziaria 2005) e l'art. 41, l. n. 99/2009; sulla legittimità di tale spostamento di giurisdizione v. C. cost. n. 140/2007.

<sup>96</sup> Si v. l'art. 3, comma 2-bis, d.l. n. 245/2005, conv. con mod. con l. n. 21/2006 (ma ora si v. l'art. 133, lett. p, del codice del processo amministrativo).

<sup>97</sup> Si v. il d.l. n. 90/2008 conv. con l. n. 123/2008 (ma ora si v. l'art. 133, lett. p, del codice del processo amministrativo), su cui v. C. cost. n. 35/2010.

<sup>98</sup> Sul punto sia consentito rinviare a E. SCOTTI, *La localizzazione di opere pubbliche nocive tra responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013.

#### **4.4. La riparazione del danno**

La principale conseguenza pratica della questione concernente la natura giuridica della responsabilità da atto lecito attiene al regime giuridico del dovere riparatorio e, in particolare, alla quantificazione del ristoro dovuto.

Come si è visto, il negare che possa porsi un problema di responsabilità e il riferimento ad un dovere indennitario di natura pubblicistica fondato sul principio solidaristico ha consentito di giustificare la discrezionalità del legislatore nell'individuazione dell'ammontare degli indennizzi e di sganciarli dalla necessaria correlazione con il danno. La Corte Costituzionale ha così riconosciuto che il legislatore può discrezionalmente determinare l'entità della misura riparatoria (indennità) nei limiti della *non irrisorietà*. *Solidarietà* vale così *discrezionalità* del legislatore nel definire il contenuto della garanzia e, in particolare, l'ampiezza e la misura della garanzia.

Si è, per tale via, riconosciuta la legittimità di indennizzi non idonei a riparare l'intero pregiudizio subito, e ciò è avvenuto in materia di espropriazioni, vaccinazioni obbligatorie, ingiusta detenzione<sup>99</sup>. In tutti questi casi si è consentito di bilanciare la garanzia di diritti fondamentali con altri interessi, tra cui il contenimento della spesa pubblica<sup>100</sup>.

Come si è visto, con riferimento alla proprietà e, più in generale, alla sfera patrimoniale, quest'ordine argomentativo è stato superato grazie all'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha affermato la necessaria correlazione tra misura riparatoria e pregiudizio effettivamente subito. Esso permane invece con riferimento ai pregiudizi riguardanti i diritti posti al vertice della gerarchia costituzionale dei valori, e, cioè, i diritti non patrimoniali della persona.

---

<sup>99</sup> V. supra par.2.

<sup>100</sup> Si v., da ultimo, C.cost. n.107/2012 su un caso di danni gravissimi alla salute derivanti da vaccinazioni incentivate dal Servizio Sanitario.

Sicché ci troviamo oggi nella paradossale situazione per cui i danni alla proprietà e al patrimonio devono essere integralmente ristorati mentre, per i danni ad interessi non patrimoniali, sussiste la possibilità di un risarcimento non commisurato al danno subito ma ad un canone solidaristico, discrezionalmente interpretabile dal legislatore o dall'Amministrazione.

Proprio in risposta a tale incongruenza altra parte della dottrina ha formulato la tesi, sopra esaminata, secondo cui tutti i diritti fondamentali compresi nell'ambito dell'azione amministrativa legittima farebbero nascere una vera e propria responsabilità da atto lecito e, con essa, un obbligo di piena riparazione.

Alla luce di tale condivisibile impostazione dovrebbero essere considerate illegittime le norme che determinano indennizzi non corrispondenti al danno patito, come accade ad es. nelle ipotesi di danni da vaccinazioni obbligatorie o da ingiusta detenzione.

E dovrebbe pertanto rivedersi, come è accaduto per l'indennità di esproprio in seguito all'intervento della Corte europea, l'orientamento della Corte Costituzionale che, in materia di diritti fondamentali non patrimoniali, rimette al legislatore di determinare discrezionalmente l'entità dell'indennizzo con il solo limite della sua non irrisorietà.

## **5. IL PRINCIPIO DI COMPENSAZIONE**

Come si è visto, la responsabilità da atto lecito dell'Amministrazione, presuppone, secondo la unanime visione di dottrina e giurisprudenza, una grave e seria lesione del diritto fondamentale, nella sua essenza.

Laddove il sacrificio imposto al singolo per il perseguimento di interessi generali non raggiunga tale soglia, il problema di riequilibrio della sfera individuale lesa dall'azione amministrativa si pone in termini diversi.

Oltre il suo nucleo essenziale il diritto fondamentale vive infatti in un regime ordinario di possibile bilanciamento rispetto agli opposti interessi pubblici e la sua tutela si

fonda innanzitutto sull'applicazione dei principi procedimentali e sostanziali che garantiscono la correttezza del bilanciamento. E su questo piano tale tutela tendenzialmente si esaurisce.

Ma anche a fronte di un corretto bilanciamento tra gli opposti interessi, non di rado il sacrificio di posizioni individuali rispetto a quelle generali lascia un percettibile senso di ingiustizia e genera connessi conflitti istituzionali e sociali (si pensi alla localizzazione di una discarica o di un impianto a rischio di incidente rilevante)<sup>101</sup>.

Vengono qui in rilievo i degradi economici, ambientali, sociali o l'esposizione a rischi, o i vari sacrifici imposti dai poteri emergenziali<sup>102</sup>.

In questi contesti affiora un'esigenza compensativa che tende, nel nostro ordinamento, a giuridicizzarsi in termini di *principio di compensazione*, ascrivibile, stando ad una tesi recentemente proposta, tra i principi che regolano l'azione amministrativa<sup>103</sup>.

Compaiono infatti nelle leggi, sempre più di frequente, previsioni di possibili compensazioni dei danni generati alle collettività locali, le quali assumono disparate connotazioni: di ripristino o mitigazione ambientale, di organizzazione di servizi pubblici, di

---

<sup>101</sup> Come recentemente segnalato, «a fine 2009, sono almeno 283 le opere pubbliche oggetto di contestazione, quasi un centinaio in più rispetto a quelle censite nel 2005. La stragrande maggioranza di esse afferisce al settore elettrico e, all'interno di questo, con ben 133 casi, agli impianti per la produzione di energia. Più della metà - ma solo per il maggior numero di progetti presentati - è rilevata nelle regioni del Nord, mentre le altre si distribuiscono equamente tra quelle del Centro e del Sud. L'opposizione è espressa per lo più da movimenti di cittadini (il 40,7%) e da enti territoriali (31,4%), in particolare comuni (23,8%). Alla base, vi sono principalmente ragioni legate all'impatto ambientale (26,1%) e alle carenze procedimentali, soprattutto nel coinvolgimento degli interessati (17,9%)» (A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 5).

<sup>102</sup> Sul punto si v. le osservazioni di R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777 ss.

<sup>103</sup> Per tale tesi sia consentito il rinvio a E. SCOTTI, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, cit.

benefici per le comunità locali (borse di studio, opportunità di lavoro, assicurazioni sanitarie, ecc.) e, laddove ammessi e accettabili, di contributi economici.

Nella sua componente ambientale e collettiva la compensazione tende innanzitutto a tradursi nel ripristino, per quanto possibile, dell'ambiente degradato. Così, a questo fine, il d.l. n. 90/2008, nell'ambito dell'emergenza per i rifiuti nella Regione Campania ha previsto lo stanziamento di un fondo per le misure compensative<sup>104</sup>. Misure compensative sono poi previste in materia energetica<sup>105</sup>, anche nel settore delle rinnovabili<sup>106</sup>, del nucleare<sup>107</sup>, del gas<sup>108</sup>. Ancora, misure compensative sono contemplate in relazione alle infrastrutture

---

<sup>104</sup> Per tali interventi di compensazione ambientale e bonifica, concordati prima in sede di accordo di programma tra le parti e poi dotati di una provvista finanziaria e di una copertura di legge, v., gli artt. 9, co. 7 e 11 del d.l. 90/2008.

<sup>105</sup> Si v. l'art. 1, comma 4, lett. f), della legge n. 239/2004 (*Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia*), il quale dispone che: «Lo Stato e le regioni, al fine di assicurare su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti l'energia nelle sue varie forme e in condizioni di omogeneità sia con riguardo alle modalità di fruizione sia con riguardo ai criteri di formazione delle tariffe e al conseguente impatto sulla formazione dei prezzi garantiscono: [...] f) l'adeguato equilibrio territoriale nella localizzazione delle infrastrutture energetiche, nei limiti consentiti dalle caratteristiche fisiche e geografiche delle singole regioni, prevedendo eventuali misure di compensazione e di riequilibrio ambientale e territoriale qualora esigenze connesse agli indirizzi strategici nazionali richiedano concentrazioni territoriali di attività, impianti e infrastrutture ad elevato impatto territoriale».

<sup>106</sup> Le misure compensative, in prima battuta escluse dalla legge nel settore delle energie rinnovabili (e, in particolare, dall'art. 1, comma 4, lett. f, della legge n. 239/2004), sono state reinserite per mano della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'esclusione (C. cost., n. 383/2005).

<sup>107</sup> Sul punto si v. sia l'art. 4 del d.l. n. 314/2003, per il deposito nucleare; sia il d.lgs. n.31/2010 che, sino all'abrogazione referendaria, prevedeva sia un'articolata disciplina delle compensazioni sia delle tecniche consensuali e partecipative per la risoluzione del conflitto sociale e istituzionale, su cui si v. A. TONETTI, *Localizzazione e consenso nel programma di rilancio del nucleare in Italia*, cit.

<sup>108</sup> Si v. l'art. 2, c. 558 - 560, l. n. 244/2007, per i siti di stoccaggio del gas.

strategiche nazionali<sup>109</sup>. Più in generale si riferiscono alle misure compensative come elementi necessari dello studio d'impatto ambientale e del rapporto ambientale la disciplina rispettivamente della valutazione d'impatto ambientale, della valutazione d'impatto strategica<sup>110</sup> e della valutazione di incidenza ai sensi della cd. direttiva habitat<sup>111</sup>. Quest'ultima in particolare è particolarmente eloquente in ordine alla funzione del principio di compensazione laddove prevede che *«qualora, nonostante conclusioni negative della valutazione dell'incidenza sul sito e in mancanza di soluzioni alternative, un piano o progetto debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale o economica, lo Stato membro adotta ogni misura compensativa necessaria per garantire che la coerenza globale di Natura 2000 sia tutelata. Lo Stato membro informa la Commissione delle misure compensative adottate»*<sup>112</sup>.

Le misure compensative hanno cioè la funzione di ristabilire un equilibrio violato, consentendo così un'azione altrimenti illegittima: si prevede cioè che *«l'eventuale esito*

---

<sup>109</sup> E cioè alle opere di cui alla legge obiettivo per le quali si prevede che il progetto evidenzi, anche *«con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia, dovrà inoltre indicare ed evidenziare anche le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali ed i limiti di spesa dell'infrastruttura da realizzare, ivi compreso il limite di spesa per le eventuali opere e misure compensative dell'impatto territoriale e sociale comunque non superiori al 5 per cento dell'intero costo dell'opera e dovrà includere le infrastrutture ed opere connesse, necessarie alla realizzazione; dalla percentuale predetta sono esclusi gli oneri di mitigazione di impatto ambientale individuati nell'ambito della procedura di v.i.a.»* (così l'art. 3, co. 3, d. lgs. n. 190/2002, come modificato dall'art. 2, d. lgs. n. 189/2005 ed ora confluito nell'art. 165, c. 3 d.lgs. n. 163/2006).

<sup>110</sup> Si v. sul punto la dir. 85/337/CEE, art. 5 e dir. 2001/42/CE, art. 5 in combinato con il relativo all.1.

<sup>111</sup> Si tratta della dir. 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche.

<sup>112</sup> Così l'art. 6, par. 4, dir. 92/43/CEE.

*negativo della valutazione di incidenza, in assenza di soluzioni alternative, possa essere superato mediante la previsione di misure compensative»<sup>113</sup>.*

Anche l'urbanistica, da sempre considerata terreno di un'insuperabile disuguaglianza<sup>114</sup>, data dalle scelte pianificatorie, si apre oggi ad una più radicale attuazione del principio di proporzionalità attraverso l'affinarsi della tecniche perequative e il loro volgersi ad una duplice ed equa distribuzione: che riguarda, da un lato, la parità di trattamento tra i proprietari, nella distribuzione dei diritti edificatori nascenti dalla pianificazione e degli oneri derivanti dalla realizzazione delle dotazioni territoriali; e che, dall'altro, secondo le più recenti esperienze, assume le forme di una perequazione diffusa tra tutti i membri della collettività, attuata attraverso il prelievo di una parte della cd. rendita fondiaria, vale a dire della plus-valenza occasionata dalle scelte pianificatorie, e nella sua destinazione in favore del pubblico (attraverso la realizzazione di opere o servizi pubblici o l'acquisizione delle relative aree)<sup>115</sup>.

---

<sup>113</sup> TAR Molise, sez. I, n. 52/2011. Sul punto v. TAR Lombardia, sez. III, n. 765/2011, che riconduce all'affidamento la previsione di compensazioni disposte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas in favore dei venditori cui erano state imposte determinate misure (eliminazione della cd. *soglia di invarianza* con incidenza su contratti pendenti) per contenere i prezzi nei confronti degli utenti. La legittimità di tali misure è stata infatti fondata sia sui possibili limiti all'attività economica in funzione di esigenze di utilità sociali sia alla previsione «*di strumenti compensativi diretti proprio ad evitare che gli oneri derivanti da tale eliminazione possano restare a carico degli operatori della filiera, sicché le misure compensative rappresentano uno strumento idoneo a salvaguardare l'affidamento degli operatori ... il meccanismo compensativo previsto ... serve proprio ad impedire che il venditore grossista possa sopportare definitivamente gli oneri correlati alla eliminazione della soglia di invarianza*».

<sup>114</sup> Per tutti, P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.

<sup>115</sup> ID., *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 169 ss.

Di là dalle discussioni e dagli ampi problemi generati da simili modelli perequativi<sup>116</sup>, la giurisprudenza ne ha di recente riconosciuto la legittimità, valorizzando non solo la potestà pianificatoria comunale ma anche la possibilità di ricorrere a strumenti privatistici e consensuali per il perseguimento dell'interesse pubblico ad una più completa ed equilibrata gestione del territorio<sup>117</sup>. Anche l'urbanistica (quasi più che l'ambiente in senso stretto) si appresta così a divenire strumento di sviluppo sostenibile (nei suoi tre pilastri economico, sociale e ambientale) e ad accogliere, quale risvolto della proporzionalità delle scelte pianificatorie, un principio compensativo, soprattutto degli svantaggi imposti ad alcune zone in vista del vantaggio generale.

Nuove forme compensative affiorano poi nella prassi. La quale riguarda svariati settori, tra cui il settore delle ordinanze contingibili e urgenti, che possono determinare la temporanea compressione di tutti i diritti costituzionalmente garantiti<sup>118</sup>, il settore dell'esecuzione di lavori pubblici e il settore della realizzazione di grandi opere pubbliche.

Qui il principio di piena responsabilità da atto lecito, riguardante le lesioni dell'essenza del diritto, in relazione a compressioni di grado minore, cede il campo ad un principio compensativo, di matrice pubblicistica, sviluppo ulteriore di principi generali, quali l'uguaglianza, la correttezza, la proporzionalità, il non abuso, il rispetto dell'altrui

---

<sup>116</sup> Su cui A. BARTOLINI, *Perequazione urbanistica*, report 2011, in questo Network.

<sup>117</sup> Il riferimento è al Cons. St., sez. IV, n. 4545/2010.

<sup>118</sup> Sul punto si v. quanto osservato da R. CAVALLO PERIN, che segnala la questione, ricordando come «*il potere di ordinanza di necessità ed urgenza in materia di riserve relative di legge è ricordato anzitutto come potere pubblico che sottrae a taluni, in via temporanea e d'eccezione, beni che l'ordinamento protegge con la definizione dei diritti soggettivi, ed è naturale in tali casi considerare che il sacrificio del singolo a favore della collettività sia compensato con il pagamento da parte dell'amministrazione di un congruo indennizzo*» (*Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, cit., 777).

affidamento, che stemperano l'autoritatività e danno un nuovo volto di civiltà giuridica all'Amministrazione<sup>119</sup>.

E in tale risvolto, imprescindibile è il richiamo alla solidarietà che, pur in assenza di un vero e proprio danno ingiusto, impone di compensare il sacrificio individuale corrispondente a un vantaggio collettivo: sarebbe infatti contrario ai doveri costituzionali di solidarietà se la collettività si disinteressasse degli svantaggi sopportati da alcuni nell'interesse di tutti. Così come, per converso, sarebbe contrario ai medesimi doveri se la medesima collettività, correttamente compensata, si opponesse strenuamente alla realizzazione di un'opera che, pur degradando in certa misura l'ambiente e la sua salubrità, fosse necessaria al perseguimento di interessi generali correttamente ponderati nell'ambito di procedimenti aperti e ispirati alla ricerca del consenso e dell'equilibrio tra le diverse istanze.

---

<sup>119</sup> Per la rappresentazione del quale ALB. ROMANO, *Conclusioni. Autoritarità, consenso e ordinamento generale*, cit.