

## Interessi legittimi

# RISARCIBILI PER LA CASSAZIONE GLI INTERESSI LEGITTIMI

**Cassazione civile, sez. un., 22 luglio 1999, n. 500/99/S.U. - Pres. Zucconi Galli Fonseca - Rel. Preden - P.M. Dettori - Comune di Fiesole c. Vitali (\*)**

*È risarcibile il danno inferto in difetto di una clausola di giustificazione che si risolve nella lesione di un interesse giuridicamente rilevante per l'ordinamento senza che sia determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione all'ingiustizia del danno.*

*La responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del «danno ingiusto» intendendosi come tale il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di diritti soggettivi o di interessi legittimi.*

*Conseguentemente la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo, o di un altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, può essere fonte di responsabilità aquiliana e dare luogo al risarcimento del danno. In tal caso la lesione è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., occorrendo altresì che risulti leso l'interesse al bene della vita e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua dell'ordinamento positivo.*

*Nel caso in cui sia stata introdotta, davanti al giudice ordinario, una domanda risarcitoria ex art. 2043 c.c. nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio della funzione pubblica non sussiste la pregiudizialità del giudizio di annullamento davanti al giudice amministrativo.*

(Massime non ufficiali)

... Omissis ...

### Motivi della decisione

1. Con l'istanza di regolamento preventivo deduce il ricorrente che la domanda di risarcimento del danno conseguente al mancato inserimento nel P.R.G. del Comune di Fiesole, adottato nel 1971, tra le zone edificabili, dell'area di proprietà del resistente oggetto di precedente convenzione di lottizzazione, stipulata nel 1964, è improponibile per difetto assoluto di giurisdizione.

Premette il ricorrente, in punto di fatto, che, giusta variante al P.R.G. approvata nel 1984, per l'area di proprietà del Vitali era stata prevista destinazione incompatibile con l'attuazione della lottizzazione; che il P.R.G. del 1971 era stato riadottato dal Comune, per la

parte annullata dal Consiglio di Stato, con deliberazione del 20/3/1990, con specifica motivazione relativa al mancato inserimento dell'area di proprietà del Vitali oggetto della convenzione di lottizzazione del 1964, in quanto destinata a verde agricolo; che il Consiglio di Stato, adito in sede di giudizio di ottemperanza della decisione del 22 gennaio 1990, con decisione n. 800/95, aveva respinto il ricorso, sul rilievo che l'annullamento del P.R.G. del 1971 per difetto di motivazione non precludeva all'Amministrazione la riproduzione dell'atto emendato del vizio accertato.

Tanto precisato, osserva che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, il privato che aspiri alla realizzazione di iniziative edificatorie è titolare, nei confronti della P.A., di una posizione di mero interesse legittimo, e non già di diritto soggettivo perfetto, poiché a fronte della posizione del privato vi sono le potestà pubblicistiche della P.A. in materia di disciplina dell'assetto del territorio. Tale posizione non muta neppure a seguito della stipula di convenzione di lottizzazione, poiché questa non determina la nascita di un diritto soggettivo nei confronti del Comune, che mantiene il potere di mutare la disciplina dell'assetto del territorio, e quindi di eliminare, con successive varianti dello strumento urbanistico generale, le possibilità edificatorie previste dalla convenzione di lottizzazione. Conseguentemente che, anche dopo la stipula della convenzione di lottizzazione, l'aspettativa del privato ad edificare concretamente (previo rilascio della concessione edilizia) è sempre da qualificare in termini di interesse legittimo, sicché l'eventuale illegittimo esercizio del potere di pianificazione del territorio deve essere denunciato davanti al giudice amministrativo. In tal senso richiama le sentenze di questa Suprema Corte n. 4587/76; n. 4833/80; n. 2951/81; n. 442/88; n. 1589/90.

Osserva ancora che non rileva l'avvenuto annullamento, da parte del Consiglio di Stato, del P.R.G. del 1971, nella parte in cui non recepiva la convenzione di lottizzazione, destinando la relativa area a verde agricolo, poiché, per giurisprudenza costante, l'annullamento dell'atto amministrativo, denunciato dal privato come lesivo di un interesse legittimo, non è di per sé idoneo a mutare la qualificazione della posizione del privato nei confronti del potere di cui l'atto è espressione, che, essendo all'origine di interesse legittimo, resta tale. In tal senso richiama le sentenze n. 4833/80; n. 2951/81; n. 442/88; n. 1589/90; n. 3963/94; n. 10800/94.

Sostiene, conclusivamente, che, avendo incontestabilmente natura di interesse legittimo la posizione giu-

### Nota:

(\*) Conforme Cass. 22 luglio 1999, n. 501/99/S.U.

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

**1367**

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 11/1999



ridica soggettiva dedotta dell'attore a fondamento della domanda di risarcimento dei danni, in applicazione del remoto e costante orientamento della Suprema Corte, che esclude la risarcibilità degli interessi legittimi, deve negarsi la sussistenza di una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento e va dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione per improponibilità della domanda. In tal senso richiama le sentenze n. 442/88; n. 7213/86; n. 4944/91; n. 3963/94.

2. Il ricorso ripropone la questione della risarcibilità degli interessi legittimi, o meglio il problema della configurabilità della responsabilità civile, ai sensi dell'art. 2043 c.c., della P.A. per il risarcimento dei danni derivanti ai soggetti privati dalla emanazione di atti o di provvedimenti amministrativi illegittimi, lesivi di situazioni di interesse legittimo.

È noto che questa Suprema Corte, con giurisprudenza definita dalla dottrina «monolitica» o addirittura «pietrificata», è costante da vari decenni nel fornire una risposta sostanzialmente negativa al quesito.

Ritengono tuttavia queste Sezioni Unite di dover riconsiderare il proprio orientamento. Non possono infatti essere ignorati: a) il radicale dissenso sempre manifestato dalla quasi unanime dottrina, che ha criticato i presupposti dell'affermazione, individuati nella tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c. e denunciato come iniqua la sostanziale immunità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica che essa determina; b) il progressivo formarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad ampliare l'area della risarcibilità ex art. 2043 c.c., sia nei rapporti tra privati, incrementando il novero delle posizioni tutelabili, che nei rapporti tra privati e P.A., valorizzando il nesso tra interesse legittimo ed interesse materiale sottostante (elevato ad interesse direttamente tutelato); c) le perplessità più volte espresse dalla Corte costituzionale circa l'adeguatezza della tradizionale soluzione fornita all'arduo problema (sent. n. 35/1980; ord. n. 165/1998); d) gli interventi legislativi di segno opposto alla irrisarcibilità, culminati nel d.lgs. n. 80 del 1998, che, nell'operare una cospicua redistribuzione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo in base al criterio della giurisdizione esclusiva per materia, ha attribuito in significativi settori al giudice amministrativo, investito di giurisdizione esclusiva (comprensiva, quindi, delle questioni concernenti interessi legittimi e diritti soggettivi), il potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del «danno ingiusto».

3. Ripercorrendo la giurisprudenza di questa Suprema Corte, può constatarsi che il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi si è formato e consolidato con il concorso di due elementi, l'uno di carattere formale (o meglio processuale), l'altro di carattere sostanziale: a) il peculiare assetto del sistema di riparto della giurisdizione nei confronti degli atti della P.A. tra giudice ordinario e giudice amministrativo, incentrato sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo e caratterizzato dall'attribuzione ai due giudici di diverse tecniche di tutela (il giudice amministrativo, che conosce degli interessi legittimi, può soltanto annullare l'atto lesivo dell'interesse legittimo, ma non

può pronunciare condanna al risarcimento in relazione alle eventuali conseguenze patrimoniali dannose dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, mentre il giudice ordinario, che pur dispone del potere di pronunciare sentenze di condanna al risarcimento dei danni, non può conoscere degli interessi legittimi); b) la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., nel senso che costituisce «danno ingiusto» soltanto la lesione di un diritto soggettivo, sul rilievo che l'ingiustizia del danno, che l'art. 2043 c.c. assume quale componente essenziale della fattispecie della responsabilità civile, va intesa nella duplice accezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*; *non iure*, nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico; *contra ius*, nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo nella forma del diritto soggettivo perfetto (sent. n. 4058/69; n. 2135/72; n. 5813/85; n. 8496/94; n. 1540/95).

3.1. Il tema della irrisarcibilità degli interessi legittimi è stato in primo luogo affrontato ed esaminato, da queste Sezioni Unite, sotto il profilo del difetto di giurisdizione.

In relazione a fattispecie in cui il privato, ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'atto lesivo di una posizione avente la originaria consistenza di interesse legittimo, aveva proposto davanti al giudice ordinario domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla lesione di detta posizione giuridica soggettiva (rimasta immutata nel suo originario spessore malgrado l'annullamento del provvedimento negativo, poiché questo si limita a ripristinare la situazione antecedente), le Sezioni Unite, in sede di regolamento preventivo, hanno costantemente dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione.

Hanno invero tratto argomento dall'avvenuto esaurimento della tutela erogabile in virtù dell'ordinamento, poiché il giudice amministrativo aveva ormai fornito la tutela rimessa al suo potere, mentre davanti al giudice ordinario non poteva essere proposta domanda di risarcimento del danno da lesione di posizione avente la consistenza dell'interesse legittimo, non essendo prevista dall'ordinamento, alla stregua del quale doveva essere vagliata la pretesa secondo il criterio del c.d. *petitum* sostanziale (costantemente applicato da questa Suprema Corte), l'invocata tutela, perché riservata, ai sensi dell'art. 2043 c.c., ai soli diritti soggettivi (in tal senso: sent. n. 1484/81; n. 4204/82; n. 6776/83; n. 5255/84; n. 436/88; n. 2723/91 n. 4944/91; n. 7550/91; n. 1186/97).

In senso critico si è osservato, peraltro, che l'adozione di una pronuncia siffatta e cioè di una decisione che afferma l'inesistenza del diritto azionato, resa in sede di regolamento preventivo determina, di fatto, una anticipata decisione sfavorevole sul merito.

Va ancora ricordato che, nella diversa ipotesi in cui la pretesa risarcitoria fosse stata azionata davanti al giudice ordinario prima di aver ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'atto lesivo, la giurisprudenza di queste Sezioni Unite ha invece dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo, configurandosi di fronte al provvedimento autoritativo solo



interessi legittimi (in tal senso: sent. n. 1917/90; n. 8586/91; n. 2857/92; n. 10800/94; n. 5520/96; n. 9478/97).

I noti limiti della giurisdizione amministrativa determinavano tuttavia la necessaria limitazione della successiva pronuncia del giudice amministrativo alla sola pronuncia di annullamento, con conseguente riproposizione della situazione dinanzi illustrata.

3.2. Secondo un diverso indirizzo di queste Sezioni Unite, manifestatosi in tempi più recenti, la questione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi non attiene propriamente alla giurisdizione, bensì costituisce questione di merito.

Si è infatti affermato che con la proposizione di una domanda di risarcimento la parte istante fa valere un diritto soggettivo, sicché bene la domanda è proposta davanti al giudice ordinario, che, in linea di principio, è giudice dei diritti (a parte i casi di giurisdizione esclusiva), al quale spetta stabilire, giudicando nel merito, sia se tale diritto esista e sia configurabile, sia se la situazione giuridica soggettiva dalla cui lesione la parte sostenga esserle derivato danno sia tale da determinare, a carico dell'autore del comportamento illecito, l'insorgere di una obbligazione risarcitoria (in tal senso: sent. n. 10453/97; n. 1096/98; ma già in precedenza, per l'affermazione che si tratta di questione di merito e non di giurisdizione, sent. n. 6667/92; n. 8836/94; n. 5477/95; n. 1030/96).

Va comunque rilevato che, in forza di tale indirizzo (che appare essenzialmente rivolto a delimitare, restringendoli, i confini del regolamento preventivo, e non già ad incidere sul tema di fondo della risarcibilità degli interessi legittimi), la decisione rimessa al giudice di merito risulta comunque vincolata (e di segno negativo), in ragione della persistente vigenza del principio che vuole limitata la risarcibilità *ex art. 2043 c.c.* al solo danno da lesione di diritti soggettivi (non espressamente contrastato dalle dette decisioni).

3.3. Può constatarci, quindi, che i due menzionati orientamenti approdano entrambi al medesimo risultato negativo circa la questione della risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione dell'interesse legittimo: a) nel primo caso, è la stessa Suprema Corte, in sede di regolamento preventivo, a negare (anticipatamente) l'accesso alla tutela; b) nel secondo, la decisione negativa è soltanto differita, essendo rimessa al giudice del merito l'adozione di una pronuncia dal contenuto già prefigurato.

Ed in entrambi i casi, in definitiva, l'ostacolo insormontabile è costituito da una ragione di ordine sostanziale, e cioè dalla tradizionale lettura dell'*art. 2043 c.c.*, che identifica il «danno ingiusto» con la lesione di un diritto soggettivo.

Ora, non può negarsi che dal descritto stato della giurisprudenza deriva una notevole limitazione della responsabilità della P.A. nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica che abbia determinato diminuzioni o pregiudizi alla sfera patrimoniale del privato. Ma una siffatta isola di immunità e di privilegio, va ancora rilevato, mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia.

Queste Sezioni Unite ritengono quindi di dover affrontare alla radice il problema, riconsiderando la tra-

dizionale interpretazione dell'*art. 2043 c.c.*, che identifica il «danno ingiusto» con la lesione di un diritto soggettivo.

Interpretazione che, è bene precisarlo subito, pur costantemente riaffermata in termini di principio, è stata poi frequentemente disattesa (o meglio aggirata) da una cospicua giurisprudenza, che ha realizzato, di fatto, un notevole ampliamento dell'area della risarcibilità dei danni *ex art. 2043 c.c.*, ponendo così le premesse per il definitivo abbandono dell'interpretazione tradizionale.

Di tale percorso è opportuno ripercorrere i punti salienti.

4. È noto che la giurisprudenza di questa Suprema Corte ha compiuto una progressiva erosione dell'assolutezza del principio che vuole risarcibile, ai sensi dell'*art. 2043 c.c.*, soltanto la lesione del diritto soggettivo, procedendo ad un costante ampliamento dell'area della risarcibilità del danno aquiliano, quantomeno nei rapporti tra privati.

Un primo significativo passo in tale direzione è rappresentato dal riconoscimento della risarcibilità non soltanto dei diritti assoluti, come si riteneva tradizionalmente, ma anche dei diritti relativi (va ricordata anzitutto la sent. n. 174/71, alla quale si deve la prima affermazione del principio, successivamente ribadita da varie pronunce, che esprimono un orientamento ormai consolidato: sent. n. 2105/80; n. 555/84; n. 5699/86; n. 9407/87).

È quindi seguito il riconoscimento della risarcibilità di varie posizioni giuridiche, che del diritto soggettivo non avevano la consistenza, ma che la giurisprudenza di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo: è il caso del c.d. diritto all'integrità del patrimonio o alla libera determinazione negoziale, che ha avuto frequenti applicazioni (sent. n. 2765/82; n. 4755/86; n. 1147/92; n. 3903/95), ed in relazione al quale è stata affermata, tra l'altro, la risarcibilità del danno da perdita di *chance*, intesa come probabilità effettiva e congrua di conseguire un risultato utile, da accertare secondo il calcolo delle probabilità o per presunzioni (sent. n. 6506/85; n. 6657/91; n. 781/92; n. 4725/93).

Ma ancor più significativo è stato il riconoscimento della risarcibilità della lesione di legittime aspettative di natura patrimoniale nei rapporti familiari (sent. n. 4137/81; n. 6651/82; n. 1959/95), ed anche nell'ambito della famiglia di fatto (sent. n. 2988/94), purché si tratti, appunto, di aspettative qualificabili come «legittime» (e non di mere aspettative semplici), in relazione sia a precetti normativi che a principi etico-sociali di solidarietà familiare e di costume.

Siffatta evoluzione giurisprudenziale è stata condizionalizzata nella sostanza dalla dottrina, che ha apprezzato le ragioni di giustizia che la ispiravano, ma ha tuttavia avuto buon gioco nel rilevare che la Suprema Corte, pur riaffermando il principio dell'identificazione del «danno ingiusto» con la lesione del diritto soggettivo, in pratica lo disattendeva sempre più spesso, «mascherando» da diritto soggettivo situazioni che non avevano tale consistenza, come il preteso diritto all'integrità del patrimonio, le aspettative, le situazioni possessorie.

La via maestra che la dottrina suggeriva era invece

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

**1369**

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 11/1999



quella di prendere atto che l'art. 2043 c.c. non costituisce norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula «danno ingiusto», in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quanto lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza.

5. Maggior resistenza ha mostrato invece la giurisprudenza di questa Suprema Corte in riferimento alla risarcibilità degli interessi legittimi.

Ma anche sotto tale profilo risulta che la soluzione negativa ha visto progressivamente ristretto il suo ambito di applicazione, grazie ad operazioni di trasfigurazione di alcune figure di interesse legittimo in diritti soggettivi, con conseguente apertura dell'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., a questi ultimi tradizionalmente riservata.

Ciò è stato possibile focalizzando l'attenzione sull'interesse materiale sotteso (o correlato) all'interesse legittimo. L'interesse legittimo non rileva infatti come situazione meramente processuale, quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, del quale non sarebbe quindi neppure ipotizzabile lesione produttiva di danno patrimoniale, ma ha anche natura sostanziale, nel senso che si correla ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno.

Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione.

L'interesse legittimo va quindi inteso (ed ormai in tal senso viene comunemente inteso) come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene.

In altri termini, l'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato ad ottenere o a conservare un bene della vita viene a confronto con il potere amministrativo, e cioè con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse (con provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dell'istante), o di sacrificarlo (con provvedimenti ablatori).

Si delinea così, in riferimento alle diverse forme della protezione, la distinzione, ormai acquisita e di uso corrente, tra «interessi oppositivi» ed «interessi pre-tensivi», secondo che la protezione sia conferita al fine di evitare un provvedimento sfavorevole ovvero per ottenere un provvedimento favorevole: i primi soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto; i secondi istanze di sviluppo della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto.

Altre distinzioni sono certamente configurabili, in relazione a diversi profili - atteso che la categoria

dell'interesse legittimo si palesa unitaria solo con riferimento all'accesso alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, e cioè ai fini dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento illegittimo, mentre si diversifica ed assume varie configurazioni se considerata a fini diversi, ivi compreso quello della eventuale tutela risarcitoria - ma soltanto a quella suindicata ritiene il Collegio di limitare la sua attenzione, in ragione della rilevanza che ha assunto, come subito si vedrà, nel tema in esame.

5.1. Con riferimento agli interessi legittimi, la giurisprudenza di questa Suprema Corte, pur riaffermandone in linea di principio la irrisarcibilità (non già per ragioni inerenti alla sua essenza, ma) quale necessario corollario della lettura tradizionale dell'art. 2043 c.c., ha manifestato una tendenza progressivamente estensiva dell'area della risarcibilità (dei danni derivanti dalla lesione di alcune figure di interesse legittimo) nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica mediante attività giuridiche.

Nessun limite è stato invece ravvisato, come è noto, in relazione ai comportamenti materiali della P.A., indiscussa fonte di responsabilità aquiliana (possono ricordarsi le seguenti pronunce: sent. n. 737/70; n. 2851/76; n. 9550/92; n. 3939/96).

Ed ulteriore estensione del principio ha riguardato la violazione dei c. D. Limiti esterni della discrezionalità, ravvisata in ipotesi in cui la P.A., omettendo di svolgere attività di vigilanza o di informazione, o compiendo erroneamente attività di certificazione, aveva determinato danni a terzi (vanno menzionate in proposito: sent. n. 6667/92; n. 8836/94; n. 9593/94; n. 5477/95; n. 1030/96).

La tecnica è stata assai simile a quella, già descritta, utilizzata per ampliare l'area della risarcibilità ex art. 2043 c.c. nei rapporti tra privati, e cioè l'elevazione di determinate figure di interessi legittimi (diversificate per contenuto e forme di protezione) a diritti soggettivi.

Ciò si verifica, infatti, quando si ammette la risarcibilità del c.d. diritto affievolito, e cioè dell'originaria situazione di diritto soggettivo incisa da un provvedimento illegittimo che sia stato poi annullato dal giudice amministrativo con effetto ripristinatorio retroattivo (in tal senso, tra le pronunce risalenti: sent. n. 543/69; n. 5428/79; tra quelle più recenti: sent. n. 12316/92; n. 6542/95). La vicenda può invero essere anche intesa in termini di tutela di un «interesse legittimo oppositivo», considerando che il provvedimento illegittimo estingue il diritto soggettivo, ed il privato riceve tutela grazie alla facoltà di reazione propria dell'interesse legittimo, prima davanti al giudice amministrativo, per l'eliminazione dell'atto, e successivamente davanti al giudice ordinario che dispone del potere di condanna al risarcimento, per la riparazione delle ulteriori conseguenze patrimoniali negative.

L'esigenza di ravvisare un diritto soggettivo che rinasce è palesemente dettata dalla necessità di muoversi nell'area tradizionale dell'art. 2043 c.c.

Ed analoga considerazione può valere in relazione all'ipotesi (che costituisce sviluppo di quella precedente) della c.d. riespansione della quale beneficia anche il diritto soggettivo (non originario ma) nascente da un provvedimento amministrativo, qualora sia stato



annullato il successivo provvedimento caducatorio dell'atto fonte della posizione di vantaggio (tra le più rilevanti decisioni che accolgono tale ricostruzione, apparsa alla dottrina alquanto «barocca, possono ricordarsi: sent. n. 5145/79; sent. n. 5027/92; sent. n. 2443/83; sent. n. 656/86; sent. n. 2436/97; sent. n. 3384/98). Anche nell'ambito di tale vicenda può inverosimilmente rilevarsi che il privato, una volta acquisita in forza del provvedimento amministrativo (di concessione, autorizzazione, licenza, ammissione, iscrizione e così via) la posizione di vantaggio, risulta titolare di un «interesse legittimo oppositivo» alla illegittima rimozione della detta situazione, del quale si avvale utilmente sia per eliminare l'atto, sia per ottenere la reintegrazione dell'eventuale pregiudizio patrimoniale sofferto (rivolgendosi in successione ai due diversi giudici, poiché nessuno dei due è titolare di giurisdizione piena: ed è palese la macchinosità del sistema che, di regola, richiede tempi lunghissimi). Vale, anche in riferimento a tale ulteriore ipotesi, l'osservazione già svolta circa le ragioni che imponevano di ravvisare un diritto soggettivo.

5.2. Da quanto detto emerge un assetto giurisprudenziale caratterizzato dalla limitazione della tutela piena (di annullamento e, successivamente, risarcitoria, nelle due diverse sedi) ai soli «interessi legittimi oppositivi» (elevati a diritti soggettivi mediante operazioni di trasfigurazione), con esclusione, quindi, dei soli «interessi legittimi pretensivi» (che invece una autorevole dottrina avrebbe voluto «promuovere», considerandoli come «diritti in attesa di espansione»). È questo il caso, emblematico, della c.d. aspettativa edilizia: la giurisprudenza di questa Suprema Corte dopo aver ravvisato nello *ius aedificandi* una posizione di diritto soggettivo (sent. n. 1324/61; n. 800/63), ha infatti successivamente qualificato come interesse legittimo (pretensivo) la posizione del privato che aspiri al rilascio della licenza edilizia (possono ricordarsi, ad esempio: sent. n. 1589/90; n. 2382/92; n. 3732/94). Posizione che non muta la sua originaria consistenza anche nel caso in cui il provvedimento di diniego venga annullato, poiché l'eliminazione dell'atto negativo riproduce la situazione preesistente, suscettiva di evolversi in senso favorevole o sfavorevole in relazione all'esercizio del potere amministrativo di accogliere o disattendere le istanze di sviluppo della sfera giuridica dell'istante.

Ma anche l'affermazione testé enunciata, circa l'irrisarcibilità degli interessi legittimi pretensivi va rettificata, per negarne l'assolutezza. Nella giurisprudenza di questa Suprema Corte è dato infatti individuare anche ipotesi nelle quali è stata riconosciuta la risarcibilità di interessi legittimi pretensivi: si tratta dei casi, puntualmente segnalati dalla dottrina, degli interessi legittimi pretensivi lesi da fatto-reato (sent. n. 5813/85 e n. 1540/95, entrambe relative ad ipotesi di aspettative di avanzamento di carriera o di assegnazione di funzioni superiori da parte di pubblici dipendenti, frustrate da procedure concorsuali irregolari nelle quali era stata ravvisata ipotesi di reato: in tal caso il limite tradizionale dell'art. 2043 c.c. è stato superato applicando l'art. 185 c.p., che non richiede l'ingiustizia del danno).

E va ancora ricordato che, ritenendosi configurabile una posizione di interesse legittimo (pretensivo) anche nei rapporti tra privati, questa Suprema Corte, va riconosciuto la risarcibilità della lesione di tale posizione per effetto dell'illegittimo esercizio di «poteri privati» (nella specie nell'ambito di un rapporto di lavoro con un ente pubblico economico) (sent. n. 5668/79).

5.3. Può quindi concludersi, in esito alla compiuta rassegna (meramente esemplificativa, e quindi senza pretese di completezza), che anche il principio della irrisarcibilità degli interessi legittimi (pretensivi, in quanto per quelli oppositivi il limite è stato superato con le tecniche sopra descritte), malgrado sia tenacemente ribadito, risulta meno granitico di quanto comunemente si ritiene.

Una nuova lettura della giurisprudenza di questa Suprema Corte, più attenta a coglierne la progressiva evoluzione, consente quindi di ritenere che il principio risulta ormai vacillante, e che sono maturi i tempi per una sua radicale revisione, cogliendo l'intimo significato di una linea di tendenza già presente in singole pronunce di questa Suprema Corte (nella quale non sono mancate espresse sollecitazioni a superare l'orientamento tradizionale: v., in tal senso, l'*obiter* della sentenza n. 4083/96, al quale la dottrina ha dato particolare risalto, leggendolo come sintomo di un disagio interno alla C.S. a fronte della perdurante riaffermazione del principio negativo).

6. Concorrono altresì a giustificare un ripensamento della soluzione negativa i vari interventi di segno contrario all'affermato principio dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi che si rinvencono nella recente legislazione.

6.1. Va anzitutto ricordato il riconoscimento, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, dell'azione di risarcimento (davanti al giudice ordinario previo annullamento dell'atto ad opera del giudice amministrativo) ai soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture (art. 13 della legge n. 142 del 1990, di recepimento della direttiva comunitaria n. 665/89, la cui disciplina è stata successivamente estesa agli appalti di servizi ed ai c.d. settori esclusi; la disposizione è stata peraltro abrogata dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 80 del 1998).

Sul rilievo che il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e che nella suindicata materia il privato (secondo il nostro ordinamento) è titolare di posizioni di interesse legittimo, si è sostenuto che la menzionata normativa avrebbe introdotto nel nostro ordinamento una ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi, e si è suggerito di riconoscerle forza espansiva ultrasettoriale, così conformando l'ordinamento interno a quello comunitario (il cui primato è ormai incontrovertito) ed evitando disparità di trattamento, nell'ordinamento interno, nell'ambito della generale figura dell'interesse legittimo.

Il suggerimento non è stato tuttavia accolto da questa Suprema Corte, che ha ritenuto di attribuire alla suindicata normativa carattere eccezionale, traendone conferma del principio, costantemente affermato, del-



la irrisarcibilità, non suscettivo di essere posto in discussione da una norma dettata con riferimento ad uno specifico settore (sent. n. 2667/93; n. 3732/94; n. 10800/94).

Si tratta tuttavia di un indirizzo formatosi in riferimento al contingente assetto del diritto positivo, suscettivo quindi di riconsiderazione a fronte di successive modifiche dell'ordinamento: e modifiche consistenti si sono in effetti verificate, come ora si vedrà.

6.2. In contrapposizione al diniego, opposto da questa Suprema Corte con le suindicate sentenze, di rivedere il tradizionale orientamento negativo, si rinven-gono anzitutto, sul piano legislativo, ulteriori tentativi di ampliamento della responsabilità civile della P.A. per danni conseguenti all'esercizio illegittimo della funzione pubblica.

Tra questi va menzionato, a titolo esemplificativo, quello perseguito dall'art. 32 della legge n. 109 del 1994, recante la previsione del rimedio risarcitorio, nelle forme di cui al citato art. 13 della legge n. 142 del 1990, in materia di appalti pubblici, ma non realizzato, perché la legge fu successivamente sospesa e la suindicata norma venne poi sostituita dall'art. 9-bis del d.l. n. 101 del 1995, introdotto dalla legge di conversione n. 216 del 1995, che non confermò il rimedio.

Merita un cenno anche l'art. 5, comma 8, del d.l. n. 101 del 1993, che prevedeva la responsabilità del soggetto responsabile del procedimento per i danni arrecati al singolo per il ritardo nel rilascio della concessione edilizia, ma che non trovò conferma nella legge di conversione n. 493 del 1993 (un esauriente catalogo degli interventi legislativi, non approdati ad esito positivo, è racchiuso nell'ord. n. 165 del 1998 della Corte costituzionale, che ne sottolinea comunque la natura «settoriale»).

Non vale opporre che si tratta di iniziative che, per varie ragioni, non hanno avuto realizzazione, poiché anche tali interventi, solo tentati, dimostrano l'esistenza di una situazione in via di evoluzione, contrassegnata dalla consapevolezza del legislatore circa l'ineadeguatezza della soluzione offerta dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica.

6.3. In tale quadro evolutivo si inserisce appunto, con indubbia forza innovativa, la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998, con il quale è stata data attuazione alla delega contenuta nell'art. 11, comma 4, lett. g), della legge n. 59 del 1997, che aveva previsto la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti della P.A. (già attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), e la contestuale estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle concernenti il risarcimento dei danni, in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici.

L'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 (che ha sostituito l'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993) ha invero devoluto al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la quasi totalità delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (già riservate alla giurisdizione esclusiva del giudi-

ce amministrativo), con potere di disapplicazione, in via incidentale, degli atti amministrativi presupposti, se illegittimi (con esclusione della c.d. pregiudizialità amministrativa nel caso di contemporanea pendenza del giudizio di impugnazione dell'atto davanti al giudice amministrativo: art. 68, comma 1, nel nuovo testo), e di adozione di tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi, estintivi e di condanna (art. 68, comma 2, nel nuovo testo).

A loro volta gli artt. 33 e 34 hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi (art. 33) nonché quelle aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia (art. 34), mentre l'art. 35, comma 1, ha stabilito che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del «danno ingiusto» (secondo modalità disciplinate dal comma 2).

Risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia. In particolare, per quanto concerne il giudice amministrativo, viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva su determinate materie (di rilevante interesse sociale ed economico): nuova (rispetto a quella preesistente) perché nel contempo esclusiva, nel significato tradizionale di giurisdizione amministrativa indifferentemente estesa alla cognizione degli interessi legittimi e dei diritti, e piena, in quanto non più limitata all'eliminazione dell'atto illegittimo, ma estesa alla reintegrazione delle conseguenze patrimoniali dannose dell'atto, perché comprensiva del potere di disporre il risarcimento del «danno ingiusto» (già precluso dall'art. 7, comma 3, della legge n. 1034 del 1971, che riservava al giudice ordinario, anche nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le questioni relative ai diritti patrimoniali consequenziali, comunemente identificati con il risarcimento del danno, e che è stato abrogato in tale parte dall'art. 35, comma 4, con conseguente estensione dei poteri del giudice amministrativo anche nelle ulteriori ipotesi di giurisdizione esclusiva previste da altre norme precedenti).

Ora, non può negarsi che la suindicata disciplina incide in modo significativo sul tema della risarcibilità degli interessi legittimi, sia sotto il profilo strettamente processuale, concernente il riparto delle competenze giurisdizionali, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto coinvolge il generale tema dell'ambito della responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.*

Per quanto riguarda il primo profilo, va osservato, in primo luogo, che l'opzione a favore di una estensione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, per la cui individuazione rileva la materia e non già la qualificazione della posizione giuridica soggettiva in termini di interesse legittimo o di diritto soggettivo, determina una sensibile attenuazione della generale rilevanza della distinzione tra le due figure (che pur permane nei



settori non coperti dalla giurisdizione esclusiva, sicché la categoria dell'interesse legittimo continua a porsi come figura essenziale - ed unitaria - ai fini dell'accesso alla giurisdizione amministrativa di annullamento); in secondo luogo, che la scelta, compiuta dal legislatore, di realizzare davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, con cognizione estesa indifferentemente agli interessi legittimi ed ai diritti soggettivi, in riferimento a vasti e rilevanti settori della vita sociale ed economica (i pubblici servizi, l'urbanistica e l'edilizia), la concentrazione di una tutela potenzialmente esaustiva per la posizione soggettiva lesa dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, sembra implicare la volontà di equiparare, quanto a tutela giurisdizionale, le due posizioni (che, è bene ribadirlo, gli artt. 24 e 113 Cost. pongono su un piano di pari dignità), e di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale, evitando la necessità del successivo ricorso a due giudici diversi (che costituisce grave limitazione dell'effettività della tutela giurisdizionale, ed il cui abbandono, espressamente ribadito anche in relazione alla nuova giurisdizione del lavoro dall'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998, non può che essere salutato con favore).

Quanto al secondo profilo, va rilevato che di particolare interesse è il richiamo, contenuto nell'art. 35, comma 1, nella parte in cui estende la tutela anche al risarcimento dei danni, alla clausola «danno ingiusto». È infatti inequivocabile il riferimento all'analoga espressione che si rinviene nell'art. 2043 c.c., ma non può negarsi che l'effettuato richiamo si presta ad una duplice lettura: a) nel senso che il legislatore abbia avuto presente il «danno ingiusto» come inteso dalla giurisprudenza «pietrificata» della Suprema Corte, e quindi come lesione dei soli diritti soggettivi; b) nel senso che la formula «danno ingiusto» sia stata consapevolmente impiegata nell'accezione più ampia, che pur vive nelle opinioni della generalità della dottrina e che il legislatore aveva già in precedenza mostrato di voler fare propria, con tentativi di scarsa efficacia.

Si conferma, quindi, la già avvertita esigenza di affrontare alla radice il problema, compiendo una scelta tra le due contrapposte letture dell'art. 2043 c.c., incentrate sulla diversa qualificazione del «danno ingiusto».

7. Una indiretta sollecitazione nel suindicato senso si può cogliere, d'altra parte, anche nelle già ricordate pronunce con le quali la Corte costituzionale non ha mancato di rilevare come la tesi che vuole non risarcibili i danni patrimoniali cagionati dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica a posizioni di interesse legittimo, in base ad una delle possibili interpretazioni dell'art. 2043 c.c., determina l'insorgere di un problema di indubbia gravità, che richiede «prudenti soluzioni normative, non solo nella disciplina sostanziale ma anche nel regolamento delle competenze giurisdizionali» (sent. n. 35/80), «e nelle scelte tra misure risarcitorie, indennitarie, reintegrative in forma specifica e ripristinatorie, ed infine nella delimitazione delle utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale nei confronti della P.A.» (ord. n. 165/98).

Il monito, o l'invito, ancorché riferito al legislatore, non può infatti non coinvolgere anche questa Suprema

Corte, poiché anche alla giurisprudenza di legittimità è consentito di intervenire con efficacia nella dibattuta questione, nell'esercizio del suo potere di interpretare le norme, procedendo a riconsiderare la tradizionale interpretazione del concetto di «danno ingiusto».

8. È noto che l'opinione tradizionale, formatasi dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942, secondo la quale la responsabilità aquiliana si configura come sanzione di un illecito, si fonda sulle seguenti affermazioni: l'art. 2043 c.c. prevede l'obbligo del risarcimento del danno quale sanzione per una condotta che si qualifica come illecita, sia perché contrassegnata dalla colpa del suo autore, sia perché lesiva di una posizione giuridica della vittima tutelata *erga omnes* da altra norma primaria; l'ingiustizia menzionata dall'art. 2043 c.c. è male riferita al danno, dovendo piuttosto essere considerata attributo della condotta, ed identificata con l'illiceità, da intendersi nel duplice senso suindicato; la responsabilità aquiliana postula quindi che il danno inferto presenti la duplice caratteristica di essere *contra ius*, e cioè lesivo di un diritto soggettivo (assoluto), e *non iure*, e cioè derivante da un comportamento non giustificato da altra norma.

In senso contrario, aderendo ai rilievi critici che la dottrina assolutamente prevalente ha mosso alle suindicate affermazioni, può tuttavia osservarsi, per un verso, che non emerge dal tenore letterale dell'art. 2043 c.c. che oggetto della tutela risarcitoria sia esclusivamente il diritto soggettivo (e tantomeno il diritto assoluto, come ha convenuto la giurisprudenza di questa Suprema Corte con la sentenza n. 174/71, con orientamento divenuto poi costante); per altro verso, che la scissione della formula «danno ingiusto», per riferire l'aggettivazione alla condotta, costituisce indubbia forzatura della lettera della norma, secondo la quale l'ingiustizia è requisito del danno.

Non può negarsi che nella disposizione in esame risulta netta la centralità del danno, del quale viene previsto il risarcimento qualora sia «ingiusto», mentre la colpevolezza della condotta (in quanto contrassegnata da dolo o colpa) attiene all'imputabilità della responsabilità.

L'area della risarcibilità non è quindi definita da altre norme recanti divieti e quindi costitutive di diritti (con conseguente tipicità dell'illecito in quanto fatto lesivo di ben determinate situazioni ritenute dal legislatore meritevoli di tutela), bensì da una clausola generale, espressa dalla formula «danno ingiusto», in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, e cioè il danno arrecato *non iure*, da ravvisarsi nel danno inferto in difetto di una causa di giustificazione (*non iure*), che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento (altra opinione ricollega l'ingiustizia del danno alla violazione del limite costituzionale di solidarietà, desumibile dagli artt. 2 e 41, comma 2, Cost., in riferimento a preesistenti situazioni del soggetto danneggiato giuridicamente rilevanti, e sotto tale ultimo profilo le tesi sostanzialmente convergono).

Ne consegue che la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì norma (primaria) volta ad apprestare una riparazione del



danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui.

In definitiva, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto, poiché la tutela risarcitoria è assicurata solo in relazione alla ingiustizia del danno, che costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela ex art. 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un «danno ingiusto», ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza.

Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del «giusto» equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento).

In particolare, nel caso (che qui interessa) di conflitto tra interesse individuale perseguito dal privato ed interesse ultraindividuale perseguito dalla P.A., la soluzione non è senz'altro determinata dalla diversa qualità dei contrapposti interessi, poiché la prevalenza dell'interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l'azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, e non anche quando è contraria a tali principi (ed è contrassegnata, oltre che da illegittimità, anche dal dolo o dalla colpa, come più avanti si vedrà).

9. Una volta stabilito che la normativa sulla responsabilità aquiliana ha funzione di riparazione del «danno ingiusto», e che è ingiusto il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale

che sia la loro qualificazione formale, ed in particolare senza che assuma rilievo determinante la loro qualificazione in termini di diritto soggettivo, risulta superata in radice, per il venir meno del suo presupposto formale, la tesi che nega la risarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c.

La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra infatti nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto.

Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, potrà ravvisarsi danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere; così confermando, nel risultato al quale si perviene, il precedente orientamento, qualora il detto interesse sia tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ma ampliandone la portata nell'ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l'interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati.

Circa gli interessi pretensivi, la cui lesione si configura nel caso di illegittimo diniego del richiesto provvedimento o di ingiustificato ritardo nella sua adozione, dovrà invece vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente.

Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta.

10. Occorre ora chiedersi quali conseguenze comporta la nuova lettura della normativa sulla responsabilità aquiliana in tema di riparto di giurisdizione.

La questione, dovendo la Corte pronunciarsi nell'ambito di un giudizio pendente alla data del 30 giugno 1998, va esaminata con riferimento alla disciplina vigente, in tema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, anterior-

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1374

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 11/1999





mente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 80 del 1998, che ha introdotto le già richiamate significative innovazioni circa il criterio di riparto. La nuova normativa trova infatti applicazione, secondo quanto prevede la disciplina transitoria dettata dall'art. 45, comma 18, in relazione alle controversie di cui agli artt. 33 e 34 instaurate a partire dal 1 luglio 1998, mentre resta ferma la giurisdizione prevista dalla precedente normativa per i giudizi pendenti alla data del 30 giugno 1998.

Ora, ritengono queste Sezioni Unite che, alla stregua della nuova lettura dell'art. 2043 c.c., va senz'altro confermato, con le necessarie precisazioni, l'indirizzo secondo il quale non dà luogo a questione di giurisdizione, ma attiene al merito, la contestazione circa la risarcibilità degli interessi legittimi.

Deve infatti ribadirsi, ai fini del giudizio sulla giurisdizione, in relazione ai giudizi pendenti alla data del 30 giugno 1998:

a) che l'azione di risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* nei confronti della P.A. per esercizio illegittimo della funzione pubblica bene è proposta davanti al giudice ordinario, quale giudice al quale spetta, in linea di principio (secondo il previgente ordinamento), la competenza giurisdizionale a conoscere di questioni di diritto soggettivo, poiché tale natura esibisce il diritto al risarcimento del danno, che è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo, di interesse legittimo, nelle sue varie configurazioni correlate alle diverse forme della protezione, o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento);

b) che stabilire se la fattispecie di responsabilità della P.A. per atti o provvedimenti illegittimi dedotta in giudizio sia riconducibile nel paradigma dell'art. 2043 c.c., secondo la nuova lettura, costituisce questione di merito, atteso che l'eventuale incidenza della lesione su una posizione di interesse legittimo non deve essere valutata ai fini della giurisdizione, bensì ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, in quanto lesivo di un interesse giuridicamente rilevante;

c) che una questione di giurisdizione è configurabile soltanto se sussiste, in relazione alla materia nella quale è sorta la fattispecie, una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa alla cognizione dei diritti patrimoniali conseguenziali, e quindi delle questioni relative al risarcimento dei danni (ipotesi che non si ravvisa nel caso in esame, poiché, pur vigendo, ai sensi dell'art. 16 della legge n. 10 del 1977, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in tema di diniego di concessione edilizia, tale giurisdizione non è estesa ai diritti patrimoniali conseguenziali in ragione del limite posto dall'art. 7 della legge n. 1034 del 1971).

11. Per quanto concerne, invece, il merito della pretesa, la nuova lettura dell'art. 2043 c.c. alla quale queste Sezioni Unite sono pervenute, impone di fornire alcune precisazioni circa i criteri ai quali deve attenersi il giudice di merito.

Qualora sia stata dedotta davanti al giudice ordinario una domanda risarcitoria *ex art. 2043 c.c.* nei confronti della P.A. per illegittimo esercizio della funzione pubblica, il detto giudice, onde stabilire se la fattispecie

concreta sia o meno riconducibile nello schema normativo delineato dall'art. 2043 c.c., dovrà procedere, in ordine successivo, a svolgere le seguenti indagini:

a) in primo luogo, dovrà accertare la sussistenza di un evento dannoso;

b) procederà quindi a stabilire se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, che può essere indifferentemente un interesse tutelato nelle forme del diritto soggettivo (assoluto o relativo), ovvero nelle forme dell'interesse legittimo (quando, cioè, questo risulti funzionale alla protezione di un determinato bene della vita, poiché è la lesione dell'interesse al bene che rileva ai fini in esame), o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela, ma) giuridicamente rilevante (in quanto preso in considerazione dall'ordinamento a fini diversi da quelli risarcitori, e quindi non riconducibile a mero interesse di fatto);

c) dovrà inoltre accertare, sotto il profilo causale, facendo applicazione dei noti criteri generali, se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta (positiva o omissiva) della P.A.;

d) provvederà, infine, a stabilire se il detto evento dannoso sia imputabile a dolo o colpa della P.A.; la colpa (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.*; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe in *re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della P.A. intesa come apparato (in tal senso, v. sent. n. 5883/91) che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

Rispetto al giudizio che, nei termini suindicati, può svolgersi davanti al giudice ordinario, non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento. Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto sogget-



tivo, e quindi all'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo. E l'autonomia tra le due giurisdizioni risulta ancor più netta ove si consideri il diverso ambito dei giudizi, ed in particolare l'applicazione, da parte del giudice ordinario, ai fini di cui all'art. 2043 c.c., di un criterio di imputazione della responsabilità non correlato alla mera illegittimità del provvedimento, bensì ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento della colpa, dell'azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto.

Qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa (a differenza di quanto è avvenuto nel procedimento in esame) non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.

12. Esula dall'oggetto del presente giudizio vagliare la coerenza degli affermati principi in relazione alle controversie instaurate a partire dal 1 luglio 1998, ma non può non rilevarsi, per completezza di esame, che la realizzata concentrazione davanti al giudice amministrativo della giurisdizione piena (di annullamento e di risarcimento) nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del detto giudice (sia essa «nuova» o

«vecchia», poiché la coerenza del sistema indurrebbe a ritenere che la tutela risarcitoria sia erogabile dal giudice amministrativo in entrambi i casi, superando il limite della lettera dell'art. 35, commi 1, 4 e 5) risolve in radice il problema di cui si è finora discusso.

Qualora, peraltro, la fattispecie produttiva di danno sia insorta nell'ambito di materia non attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, dovrebbe ritenersi applicabile il principio affermato in riferimento ai giudizi pendenti, anche per quanto concerne l'accertamento diretto, da parte del giudice ordinario, dell'illegittimità dell'atto amministrativo quale elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito civile nei sensi definiti dalla presente decisione, così realizzandosi anche su tale versante una sorta di concentrazione di tutela (come del resto espressamente prevede l'art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 29 del 1993, nel testo sostituito dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 80 del 1998, per la materia del lavoro).

Si tratta, tuttavia, con ogni evidenza, di questione che riguarda una disciplina ancora in evoluzione (risulta alla Corte che è all'esame del Parlamento un disegno di legge, n. 2934 del Senato, recante disposizioni in materia di giustizia amministrativa, che sembra volto ad ampliare i poteri di tutela risarcitoria del giudice amministrativo), e comunque meritevole di approfondimento, sulla quale queste Sezioni Unite si riservano di intervenire non appena se ne presenterà l'occasione.

... *Omissis* ...

## IL RISARCIMENTO DEGLI INTERESSI «NON PIÙ SOLO LEGITTIMI» di Adolfo di Majo

1. Si può dire che con l'attuale decisione le Sezioni Unite civili della Cassazione abbiano varcato il Rubicone lungo la direzione già segnata dalla Corte costituzionale (Corte cost. 8 maggio 1998, n. 165). Questa, con ordinanza, aveva auspicato «prudenti soluzioni normative» lungo la «via del riconoscimento di utilità economiche suscettibili di ristoro patrimoniale del privato nei confronti della P.A.».

Del resto, già la stessa Cassazione (Cass. 3 maggio 1996, n. 4083), sia pure con un *obiter dictum*, aveva lanciato un significativo messaggio.

È positivo considerare che la sentenza delle Sezioni Unite si preoccupa di riferire con grande onestà intellettuale, come si dice, sullo «stato dell'arte» e cioè su quella complessa elaborazione, sia giurisprudenziale che dottrinale, che ha caratterizzato, nel corso ormai di più di un secolo, la questione della risarcibilità degli interessi legittimi. Ciò non sempre ha luogo nelle decisioni dei giudici di legittimità ove sembra che taluni significativi *revirements* non abbiano storia.

Essa ha inteso tenere conto di taluni dati significativi, quali tra gli altri il radicale dissenso manifestato dalla prevalente dottrina, il progressivo

formarsi di una giurisprudenza, di merito e di legittimità, diretta ad ampliare l'area della risarcibilità degli interessi protetti in via aquiliana dall'art. 2043 (e tra questi anche gli interessi legittimi tra privati), gli interventi legislativi numerosi (culminati nel d.lgs. n. 80 1998), che sono andati sovente nella direzione del riconoscimento di tali interessi (ad es. in tema di appalti pubblici) (art. 13 l. n. 142/1992 ora abrogato).

Si potrebbe osservare che, essendo ormai «pervasivo» il metodo di ricorrere alla responsabilità civile, quale rimedio generale contro il torto perpetrato da soggetti, sia privati che pubblici, non poteva non crollare, alla stregua di tale *trend* evolutivo, anche l'ultimo storico baluardo costituito dall'interesse legittimo (irrisarcibile) (1).

Del resto, anche l'esperienza costituita dal diritto comunitario può insegnare qualcosa e cioè che, a fronte di altri rimedi in astratto disponibili, come quello costituito dall'effetto *diretto* di cui è capace la norma comunitaria o da una interpreta-

### Nota:

(1) Il rischio peraltro di «un'idea puramente quantitativa e meccanica del progresso della responsabilità civile» è sottolineato da Roppo in *Danno e resp.*, 1999, 989.



zione della norma nazionale ad essa conforme, gli stessi giudici comunitari hanno privilegiato la via del risarcimento dei danni *versus* lo Stato inosservante, e con ciò apoditticamente assumendo che la regola risarcitoria «è inerente al sistema del Trattato» (v. caso De Francovich) (2). Oggi, secondo taluno (3), più non si giustificerebbe una evidente disparità tra l'affermazione di responsabilità per la violazione del diritto interno di fonte europea rispetto a quella del diritto interno *tout court*.

Nulla di più! Costi e benefici della regola risarcitoria, si potrebbe esclamare!

Il costo qui è pesante per le pubbliche amministrazioni, che non possono più chiamarsi fuori da responsabilità per i danni provocati, ma benefici ne possono derivare per i singoli amministrati che possono forse augurarsi che l'azione amministrativa sia più oculata ed attenta, specie con riguardo a c.d. interessi *oppositivi*, cioè a quegli interessi che almeno si aspettano di non essere lesi da azioni della P.A.. Ma tant'è. È da auspicare che il rimedio della responsabilità, visto che altri rimedi non hanno funzionato, possa fungere da *deterrent* per indurre la P.A. ad essere più corretta e imparziale nel proprio operato.

2. I percorsi del nuovo indirizzo giurisprudenziale erano del resto abbastanza prevedibili.

Da un lato, occorre operare sulla stessa nozione di «interesse legittimo», demolendo, una volta per tutte, la valenza meramente «procedimentale» e/o processuale di esso e con ciò mettendo da parte quella singolare nozione che vede in prima battuta un interesse del privato alla legittimità dell'azione amministrativa. Dall'altro, occorre trovare all'interesse legittimo un *pendant* nella regola risarcitoria civilistica, ridefinita, come si dice, a «maglie larghe», tale da poter accogliere nel proprio seno la nuova figura.

*Coerentemente* lungo i due versanti ha operato la Cassazione.

Lungo il primo la Cassazione ha trovato la strada spianata dalla nuova legislazione (il d.lgs. n. 80 del 1988) che, avendo abolito il criterio di riparto per (diversa natura degli) *interessi* e scelto quello *per materie*, e demandando per queste al giudice amministrativo di conoscere anche del risarcimento dei danni, (art. 35 predetto decreto), ha indubbiamente rimosso l'ostacolo più serio che si poneva al riavvicinamento tra le due figure (diritti e interessi). Nessuno infatti può mettere in dubbio che, a prescindere dalle sottili disquisizioni dei giuristi (specie di diritto amministrativo), che dovevano attribuire patenti di nobiltà alla distinzione (tra diritti e interessi), quest'ultima si è nutrita *ratione imperii* del riparto di giurisdizione (tra giudice ordinario e amministrativo). Al fondo di tale riparto non v'erano tanto insuperabili ragioni teoriche quanto quelle ben più tremendamente pratiche che volevano tenere indenne la P.A. da responsabilità per cattivo esercizio della funzione pubblica. I difensori di tale immunità solavano dire che,

solo in tal modo, si poteva consentire alla funzione pubblica di operare al riparo di azioni strumentali di responsabilità.

Lungo il secondo percorso e cioè quello della rilettura dell'art. 2043 c.c. la Cassazione ha buon gioco nel fare riferimento a quella che si è definita una progressiva erosione del binomio *danno ingiusto - diritto assoluto* e forse addirittura *diritto soggettivo*, culminato non solo nell'ormai riferimento tratizio alla tutela aquiliana del credito (v. Cass. n. 174/1971 nel caso Meroni) ma nella invenzione «del diritto all'integrità del patrimonio» e alla «libera» determinazione negoziale» (Cass. nn. 2785/82; 3903/95), in base alla quale, come giustamente ha osservato uno studioso, la situazione soggettiva «invece di fungere da dichiarato presupposto del giudizio di ingiustizia del danno, ne costituisce in realtà l'esito finale» (4). Contribuire a «smascherare» la finzione (dell'esistenza) di un diritto soggettivo va ascritto a merito dell'attuale decisione della Cassazione, specie in relazione alla (tecnica di) trasfigurazione dei c.d. interessi oppositivi in diritti soggettivi. Del resto, tale «smascheratura» aveva già compiuto la nostra dottrina. Con ciò non si intende chiudere la porta a c.d. diritti soggettivi definiti «cornice» o «a maglie larghe» (ad es. diritto della personalità). L'elaborazione di diritti soggettivi siffatti costituisce una tecnica dei moderni ordinamenti ed essa non è certo sconosciuta alla esperienza italiana (v. per il diritto tedesco il generale diritto della personalità). Ma, anche ciò ammesso, equivarrebbe sicuramente ad andare oltre il segno ove a tali diritti - cornice venisse assegnato il c.d. diritto «alla integrità del patrimonio», giacché in tal caso sarebbe evidente che il diritto farebbe da cornice ad un oggetto che non c'è, tale non essendo sicuramente il patrimonio genericamente apprezzato, a prescindere dalle sue visibili componenti (singoli beni e/o utilità).

Ciò posto, era anche prevedibile il varco che la Cassazione avrebbe individuato, e quindi allargato, per portare nella «chiusa» cittadella dell'art. 2043 anche la figura dell'interesse legittimo. È quello di una «lettura» della nota regola civilistica non più nei termini di regola sanzionatoria e (quindi) di secondo grado, postulante divieti collocati a monte di essa, ma di regola *primaria*, che alimenta *ex se* un proprio rimedio risarcitorio a fronte della lesione di interessi ritenuti giuridicamente rilevanti (e l'interesse legittimo è indubbiamente uno di essi). La nostra dottrina si era già av-

#### Note:

(2) Sul punto di Majo, *Danno e responsabilità nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, 745 ss.

(3) P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Vol. III, Torino, 1998, 828.

(4) C. Castronovo, *Dagli ordinamenti nazionali al diritto uniforme europeo: la prospettiva italiana*, in *Europa e dir. privato*, 1999, 457 ss.



viata da tempo in tale direzione (5). Al danno *contra jus* si è sostituito quello *non jure*. Vero è che i confini tra i due aspetti non sono mai stati rigidi e definiti, come dimostra anche l'esperienza di altri sistemi giuridici. Ma, la dottrina è andata anche al di là. Proprio in occasione del problema della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, essa ha collegato il fondamento della responsabilità alla lesione «di una situazione di affidamento oggettivamente valutabile», da accertare in base allo scopo della singola norma violata (6). Si introduce dunque una responsabilità «da affidamento» che mima in un certo senso quella contrattuale, rendendo quasi inutile, si potrebbe osservare, la ricerca del diritto e/o interessi violati.

Si dispone a questo punto di tutti i referenti comparatistici per poter trarre un bilancio: a fronte del metodo casistico della *Common law* secondo cui il risarcimento si collega a tipi ben individuati di *torts* (ma anche esso in via di superamento per mezzo del torto di «negligence») si contrappone il modello francese dell'art. 1382 del *code civil*, fondato sulla centralità della nozione di *faute* e del *dommage*, non ulteriormente qualificato (ma vi ha provveduto la giurisprudenza, esigendo la presenza di un *intérêt juridique protégé*). In mezzo sta il modello tedesco che descrive *per grandi tipi* i singoli beni o diritti suscettibili di risarcimento (par. 823 BGB).

Il modello italiano si lascia con difficoltà definire. Che *culpa* e *iniuria* fossero concetti distinti era ben chiaro al Relatore del codice (v. Relazione al codice civile n. 797). Confonderle non sarebbe un guadagno. Meno chiaro era indubbiamente il riferimento, contenuto in detta Relazione, alla «lesione della sfera giuridica altrui». È molto probabile che il legislatore del 42 fosse ancora tributario del modello francese (fedelmente riprodotto all'art. 1151 del cod. 1865) per sentirsi totalmente libero al riguardo. Esso ad es. sembrava confondere l'*iniuria* con la mancanza di una causa di giustificazione (ad es. legittima difesa). Ma la presenza di una causa di giustificazione, se toglie anti-giuridicità alla condotta, non elimina l'*iniuria* ossia la lesione dell'altrui sfera giuridica. Il generico riferimento al «danno ingiusto» è sicuramente il segno di tale ambiguità. Vero è che, all'epoca, di una limitazione del danno risarcibile (in termini di elencazione di beni o di diritti) non si avvertiva neanche il bisogno, dato che, gli interessi tutelabili in via aquiliana corrispondevano in larga parte a quelli proprietari o collegati alla persona. Che cosa si poteva tutelare di più, oltre la proprietà e la persona?

È solo successivamente, con riferimento ai nuovi valori emergenti, specie sulla scia della Costituzione, che è risultato che una lettura dell'art. 2043 alla stregua del diritto soggettivo assoluto doveva apparire ormai troppo stretta ed angusta. Ed è merito, in primo luogo, della dottrina e, in parte della giurisprudenza, la riconduzione dell'art. 2043 al «*main stream*» europeo (7).

Dunque, sotto la formula generica del «danno ingiusto» hanno proliferato interpretazioni di segno totalmente diverso. La giurisprudenza, pur con gli allargamenti che si sono menzionati, è rimasta ferma al criterio limitativo dei diritti soggettivi (trovati o inventati). La dottrina, invece almeno nella sua prevalenza, ha interpretato la formula quale «clausola generale» e non ha rinvenuto ad essa altro limite che quello del «dovere di solidarietà» predicato dalla Costituzione (8).

Ma con tutto ciò il problema della tutela aquiliana degli interessi (legittimi) non è certo risolto. anzi esso è destinato a porsi con forme nuove rispetto all'antico. Si tratta di ammettere alla soglia della tutela piena interessi che, in quanto incisi da quello pubblico, si sono sempre considerati incapaci di accedere a tale soglia.

3. Demolito il vecchio sistema, occorre costruire il nuovo, pena l'*horror vacui*. Il pericolo che in esso si annida è, com'è noto, di una giurisprudenza «equitativa», ove sia il giudice, in prima battuta, a giudicare «secondo il suo libero apprezzamento «quali interessi debbono essere o meno risarcibili. Si torna dunque all'esigenza di «giuridicizzare» gli interessi che si intendono far valere *sub specie damni*.

*Comparazione* (degli interessi in conflitto del danneggiante e del danneggiato) e loro *valutazione* sembrano essere, anche secondo la sentenza qui commentata, le *guidelines* di un giudizio di responsabilità che non voglia correre il rischio di essere un giudizio prevalentemente equitativo. Ma il criterio è più facile a declamarsi che ad applicarsi. La stessa Cassazione ne è consapevole quando chiama in soccorso «disposizioni specifiche» (almeno con riguardo ai diritti - interessi) e, per gli altri casi, affida al giudice il compito di stabilire se si è verificata «una rottura del giusto equilibrio inter - soggettivo». Torniamo dunque ad una «clausola generale» che, com'è noto, affida al giudice il compito di rinvenire la concreta regola di giudizio.

Si può tuttavia nutrire dubbio che un siffatto criterio, indubbiamente esperibile nel conflitto inter - privato, sia esportabile *tout court* nei rapporti con la P.A., salvo ad accontentarsi di rinvenire la regola di decisione nel giudizio di conformità o meno dell'attività amministrativa «ai principi di legalità e buona amministrazione» (più la colpa).

Ma si può obiettare: anche ove tale conformità

#### Note:

(5) Schlesinger, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile* in *Jus*, 1960, 342 ss.

(6) F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»* in *Danno e resp.*, 1999, 269 ss.

(7) In tal senso Von Bar, *Tort Law: National Variety and European Perspective*, in *Europa e diritto privato*, 1999, 328.

(8) Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 139 ss.



facesse difetto, è ancora da dimostrare che il privato danneggiato abbia titolo a pretendere l'equivalente pecuniario del proprio interesse colpito.

Dunque il nodo da sciogliere è proprio questo. È nella consapevolezza che l'interesse inciso e/o pregiudicato dall'azione della P.A. deve essere proprio, e solo tale, da consentire un giudizio di appartenenza «incondizionata» di esso a colui che se ne dichiara titolare e che ora ne invoca la risarcibilità.

Di un siffatto passaggio non v'è bisogno nel conflitto inter - privato, giacché la situazione di *rapporto* (credito - debito, proprietà e no) è già predefinita, onde, accertata l'esistenza del titolo (alla tutela), questa segue autonomamente.

Nel conflitto P.A. privato l'interesse materiale di quest'ultimo è per definizione "collegato" a quello della P.A. (che gode di una posizione di potere) e, pur messo in discussione quel collegamento, resta da stabilire in quali forme e misure possa il privato lamentare il danno da esso subito.

La Cassazione tuttavia ci aiuta a ragionare. Tolto di mezzo l'interesse (legittimo), ma non più di tanto, visto che il giudice non può toccare il provvedimento - resta «l'interesse al bene della vita», questo evidentemente non più (solo) "legittimo". È esso lo zoccolo duro al quale si correla il risarcimento.

Ma, a prescindere dalle forme del c.d. diritto affievolito (v. caso del proprietario soggetto ad esproprio e non più capace di tutela piena Cass. n. 12316/92 e 6542/92), o di interessi oppositivi «trasfigurati» in diritti soggettivi (v. caso del titolare di licenza illegittimamente revocata), resta da dimostrare come mai un interesse (al bene della vita), a tutela limitata (data la «coltre» dell'interesse legittimo) acceda poi alla tutela piena, una volta accertata l'illegittimità dell'azione della P.A.. Pur accertata infatti l'illegittimità dell'esercizio del potere, non sembra derivarne, neanche per il passato, che quell'interesse (al bene della vita) sia a tutela piena.

L'eccezione ha potuto predicarsi per il c.d. diritto "affievolito" o per l'interesse oppositivo "trasfigurato" in diritto, dato l'effetto ripristinatorio retroattivo. Ma, una volta ritenuto non necessario che pregiudizialmente il giudice amministrativo abbia a ripristinare la situazione *quo ante*, neanche questo effetto di ripristino può richiamare il giudice ordinario che conosca del risarcimento.

Occorrerebbe aggiungere un tassello ulteriore e cioè che, per accedere alla soglia dell'illiceità e convertire dunque in essa l'illegittimità dell'atto, si faccia finta che il collegamento o interferenza pubblico - privato *tamquam non esset*. Ma ciò significa che tante belle elucubrazioni, che hanno riempito intere biblioteche, sulla distinzione tra *manca di potere e cattivo uso dello stesso*, vanno in malora.

Ciò non dice la Cassazione ma è implicito nelle sue decisioni.

Il capitolo degli interessi c.d. pretensivi è ancora più spinoso. Qui l'interesse è a pretendere

(qualcosa), non a mantenere. Ed, ove tale «pretendere» dipenda dalla discrezionalità della P.A., è difficile convertirlo in una ragione di credito civilistica, tranne aderire ad una ricostruzione in termini contrattuali del rapporto P.A. - privati (9). La Cassazione qui richiama non già la mera aspettativa ma «una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva». È un giudizio prognostico. Riecheggia dunque, in tale giudizio, la tecnica, ben conosciuta ai civilisti, della perdita di *chances*. La *chance*, dunque, come probabilità di conseguire un risultato. Detta tecnica è stata sperimentata dai giudici di legittimità, specie in materia di concorsi di dipendenti e di violazione di regole di procedimento (v. Cass. n. 5688/1979). Sarebbe però da obiettare che essa si colloca più sul terreno della quantificazione del danno (in termini di risarcibilità), nei termini di presumibile lucro cessante, anziché in quello, prodromico, della "ingiustizia" di esso. In buona sostanza, resta sempre da dimostrare che l'interesse c.d. pretensivo, sia pure *sub specie damni*, è destinato ad assumere poi la forma della ragione di credito civilistica.

4. Il *decisum* della Cassazione non può certo esaurire un problema dagli aspetti assai complessi, anche di tipo giuridico - istituzionale. È soltanto l'avvio di una riflessione critica, suscettibile di sviluppi ulteriori.

Non si tratta certo di aderire acriticamente ad una mozione degli affetti, per sanzionare la *mala gestio* della P.A., tutelando l'indifeso cittadino. E sarebbe altresì semplicistico aderire a modelli (quali quelli anglosassoni, di stampo iper - privatistico) estranei alla nostra tradizione giuridico - istituzionale. A tacere del fatto che tali modelli hanno contrappesi che noi non possediamo.

Che la via risarcitoria (del danno subito) oggi sia una via largamente praticata, e quasi di moda, lo ha dimostrato anche il giudice comunitario (v. caso De Francovich). A percorrerla è anche il giudice amministrativo (v. d.lgs. n. 80/1998), esercitando dunque poteri per esso inconsueti (quale l'apprezzamento del danno). *En revanche* è intervenuto il giudice ordinario, che si è preso anch'esso una sua fetta di potere, non coperta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Alla cognizione piena di quest'ultimo (in termini di tutela: annullamento più risarcimento) ha corrisposto dunque la cognizione, anch'essa piena, del giudice ordinario quanto all'oggetto della sua conoscenza (diritti e interessi nei riguardi della P.A.). Ognuno si è ritagliato il proprio spazio.

Si possono a questo punto enunciare talune ipotesi operative. La prima discende da una premessa che appare una conseguenza necessaria del nostro assetto giuridico - costituzionale.

#### Nota:

(9) V. sul punto Castronovo, *Responsabilità civile per la P.A.* in *Jus*, 1998, 650 ss.

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1379

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 11/1999



Con riguardo alla novella competenza giurisdizionale del giudice ordinario, non vi sarebbe altra conclusione che ammettere come gli interessi, dei quali esso oggi conosce, più non si comportano, almeno al suo cospetto, come interessi «legittimi» ma come interessi *tout court*, giuridicamente rilevanti. Altro corollario non sembra possibile, dato che l'art. 103 Cost. riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo la tutela, nei confronti della P.A., degli interessi legittimi. A tale conclusione sembra pervenire, se non del tutto esplicitamente, la sentenza n. 500, allorché riferisce la lesione all'«interesse al bene della vita» *al quale l'interesse legittimo si collega*. La presenza dell'interesse legittimo è dunque «condizione necessaria ma non sufficiente» per accedere alla tutela risarcitoria. Non a caso il titolo del nostro commento suona «gli interessi non più legittimi», almeno *sub specie damni*.

Fatta questa premessa, riuscirebbe persino operazione superflua affaticarsi eccessivamente per trovare giustificazione alla tutela di siffatti interessi nella nuova «lettura» cui sottopone l'art. 2043 c.c.. Essendo ormai abbastanza pacifico, almeno in dottrina, che il danno ingiusto è il danno arrecato non solo ai diritti ma anche alle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti ed essendo indubbio che anche le situazioni del privato a fronte della P.A. siano tali, la conseguenza della risarcibilità appare un doveroso corollario.

Un siffatto sistema di tutela presuppone tuttavia un passaggio necessario. E cioè che le situazioni soggettive di cui è parola siano sottoposte ad un duplice ordine di valutazioni, che non è detto che debbano tra di loro coincidere. Da un lato, l'apprezzamento della situazione come interesse «legittimo» e ciò nei termini della (eventuale) illegittimità - caducazione del provvedimento amministrativo. Tale compito è riservato costituzionalmente al giudice amministrativo (art. 103 Cost.). Dall'altro lato, spetta al giudice ordinario, l'apprezzamento di tale situazione, (ma non più solo quale «interesse legittimo»), in termini di liceità/illiceità dell'operato della P.A., con conseguente condanna al risarcimento. L'accertamento della illegittimità dell'azione amministrativa è solo un tassello, pur necessario, di tale giudizio. È componente materiale della *iniuria*, alla quale tuttavia deve aggiungersi (ma da tenere comunque concettualmente distinto) l'accertamento della colpa ossia della violazione delle regole di imparzialità e correttezza. Secondo taluno (10), in questo tipo di valutazione, l'accertamento della colpa fa da *pendant* alla salvaguardia della discrezionalità amministrativa.

Caduta la c.d. pregiudizialità, che poneva in ordine gerarchico le due valutazioni, altra conseguenza non è consentito trarre. La pregiudizialità risulta superata, non già perché essa serviva a fare emergere il diritto soggettivo (dalle ceneri del provvedimento amministrativo caducato), come ritiene la Cassazione, ma perché le due valutazioni assumono carattere autonomo, aventi per og-

getto aspetti diversi dello stesso interesse (quanto a protezione).

Naturalmente, con ciò il compito del giudice ordinario è solo al suo inizio. Esso, nel merito, e sempre ai fini della *iniuria* da accertare, dovrà valutare in primo luogo se lo scopo della norma violata sia di tutelare il «sostanziale» interesse «al bene della vita» (11) e se codesta tutela debba aver luogo in forme risarcitorie o in altre forme. A tali «altre» forme allude espressamente la sentenza n. 500. Non è escluso ad es., specie con riguardo agli interessi c.d. pretensivi, che la tutela abbia a realizzarsi nella reintegrazione in forma specifica (art. 2058 c.c.) e cioè nella condanna ad emettere il provvedimento desiderato, giacché per il passato non sarebbe né facile emettere un giudizio prognostico sul vantaggio che si sarebbe ottenuto ove l'amm.ne si fosse bene comportata. Del resto, il rimedio della reintegrazione in forma specifica è tornato a nuova vita con il d.lgs n. 80/1998. Diverso è a dirsi per i diritti affievoliti o per gli interessi c.d. oppositivi, per i quali si tratta di rimediare agli effetti di un provvedimento sfavorevole specie per il passato.

Codesto sistema di tutela potrà riuscire alquanto complicato e barocco e non esente da contraddizioni, specie nei probabili risultati divergenti tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Ma tant'è. Esso è il risultato della autonomia di cui sembra godere la regola di responsabilità civile e ciò quanto alla sua «liberazione» dai condizionamenti, specie di ordine istituzionale, da parte del pubblico potere. Condizionamenti e limiti tuttavia non sono eliminati ma cambiano di posto. Si impone un attento esame, condotto alla stregua del diritto positivo, del grado di rilevanza e consistenza che può avere l'interesse del privato a fronte dell'azione amministrativa, così da giustificare la risarcibilità ove risulti insoddisfatto. Ma un giudice, istituzionalmente attrezzato per conoscere del danno risarcibile, non dovrebbe aver paura di giudicare anche nell'operato della P.A. considerata quale fonte di danno ingiusto e ciò con tutti i contrappesi di cui è corredata la regola di responsabilità (nesso di causalità, colpa, accertamento del danno). Ma è altrettanto attrezzato il giudice amministrativo, occorre chiedersi?

L'inconveniente è piuttosto un altro e lo hanno segnalato efficacemente Bile e Carbone (12). Esso consiste nel fatto che, a giudicare del risarcimento dei danni nel nostro sistema, sia in relazione ai diritti come agli interessi, si trovano ad es-

#### Note:

(10) P.G. Monateri, *op. cit.*, 829.

(11) Ma, criticamente, per il riferimento allo «scopo della norma violata», Alpa, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, 548.

(12) Cfr. V. Carbone, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in questa *Rivista*, 1999, 9, 1061 ss. e F. Bile, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione nel d.lgs. n. 80/1998*, *ivi*, 1998, 12, 1475.



sere contemporaneamente due giudici, sull'operato dell'uno dei quali v'è il sindacato di legittimità della Cassazione mentre per l'altro tale sindacato non sussiste (art. 111 comma 3 Cost.). Il

pericolo che si paventa è la creazione di un diritto risarcitorio diverso, a seconda del giudice che dovrà giudicare. Non sarebbe un grande guadagno!

## «SI FA QUESTIONE D'UN DIRITTO CIVILE .....»

di Vincenzo Mariconda

È augurabile che il fiume di inchiostro che, come facilmente prevedibile, si verserà a commento della importante decisione cui si riferiscono queste brevi osservazioni non sia concentrato esclusivamente sull'aspetto più appariscente della sentenza, costituito dal superamento del tradizionale orientamento che escludeva in radice la possibilità di riconoscimento della risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi.

La svolta giurisprudenziale era nell'aria quanto meno a far tempo dalla decisione della stessa Corte di cassazione 3 maggio 1996, n. 4083 nella quale il Giudice di legittimità aveva escluso di poter fare oggetto di rimeditazione il summenzionato principio in considerazione della mancata prospettazione della questione da parte del ricorrente che aveva qualificato, infondatamente, la sua pretesa in termini di diritto soggettivo.

Sta di fatto che, come in occasione di altre svolte giurisprudenziali largamente anticipate dalla dottrina, si poteva pervenire alla svolta in modi e con contenuti di vario livello: in questo caso mi pare si possa affermare che la Corte di cassazione si sia espressa nel massimo dei livelli auspicabili, con una motivazione non solo ampia, culturalmente adeguata e capace di indirizzare le successive e concrete applicazioni dei nuovi principi ma, addirittura, sia andata oltre ogni aspettativa pervenendo a conclusioni che a me paiono logicamente coerenti anche se su esse la dottrina, pure impegnata sin da epoca risalente a favorire il nuovo orientamento, non si era soffermata (1).

### Il doppio fronte, civilistico e amministrativo, della pronuncia n. 500

Voglio dire che la sentenza non si limita ad affermare che la lesione di interessi legittimi «prentensivi» ad opera della Pubblica amministrazione può comportare il risarcimento dei danni in tutti i casi nei quali sia leso l'interesse sostanziale tutelato dalla situazione soggettiva e danni siano dimostrabili sulla base dei criteri, debitamente adattati, che presiedono al risarcimento dei danni da perdita di occasioni favorevoli.

A questa affermazione, di fondamentale rilievo già in sé considerata, se ne aggiunge un'altra che si ritrova esplicitata al punto 11 della sentenza, nella parte in cui il giudice di legittimità ritiene di dover «fornire alcune precisazioni circa i criteri ai quali deve attenersi il giudice di merito» allorché «sia stata dedotta davanti al giudice ordinario

una domanda risarcitoria ex art. 2043 c. c. nei confronti della Pubblica amministrazione per il legittimo esercizio della funzione pubblica». Dopo avere enunciato le indagini alle quali detto giudice di merito «dovrà procedere in ordine successivo» la Cassazione perviene, sia pure in termini non perentori, alla conclusione che «non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento» e ciò perché «alla stregua del nuovo orientamento» la responsabilità aquiliana è svincolata «dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo».

Questa conclusione segna a mio avviso la rottura di quello che è stato autorevolmente definito «un concordato giurisprudenziale» concluso per «l'iniziativa dei presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, Mariano D'Amelio e Santi Romano» in virtù del quale «essi stabilirono che il riparto delle giurisdizioni dovesse farsi sulla base del «contemperamento tra *petitum* e *causa petendi*». Le decisioni dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 14 giugno 1930 (in *Foro it.*, 1930, III, 169) e delle Sezioni Unite della Cassazione 15 luglio 1930 (in *Foro it.*, 1930, I, 1146) ratificarono il concordato dei due Presidenti; varie pronunce della V sezione furono cassate e successivamente questa si uniformò» (2).

#### Note:

(1) Mi sia consentito procedere a queste brevi riflessioni «a caldo» senza analitici riferimenti al materiale dottrinario e giurisprudenziale ma limitandomi a segnalare i soli interventi in relazione al cui contenuto mi è parsa utile la verifica proprio alla luce di quanto esposto dalla Cassazione nella decisione in commento: e così in particolare allo scritto di Massimo Severo Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, apparso sulla Rivista di diritto processuale in tre parti nei lontani anni 1963 e 1964. Nel menzionato saggio ha infatti ritrovato le coordinate di metodo e di contenuto per tentare di inquadrare le complicatissime problematiche inerenti al riparto tra la giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria e ai rapporti tra provvedimenti amministrativi illegittimi e illecito della pubblica amministrazione. Del resto proprio all'opera di Giannini faceva ampio riferimento, sia nella parte ritenuta condivisibile sia in quella sulla quale esprimeva dissenso, la prima relazione, intitolata *La discriminazione delle competenze giurisdizionali nelle decisioni delle Sezioni Unite civili* del primo volume de *L'evoluzione giurisprudenziale delle decisioni della Corte di cassazione* a cura dell'Ufficio del Massimario della stessa Corte, pubblicato nell'anno 1968, che descrive efficacemente tutta la complessa problematica del riparto di giurisdizione e delle azioni proponibili avanti al giudice ordinario, sia pure con riferimento al periodo temporale in cui è apparso il menzionato studio di Giannini.

(2) Le espressioni tra virgolette che seguono l'illustrazione del passaggio argomentativo contenuto nella sentenza in commento sono tratte da Giannini, *op. cit.*, III, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 226.



## La fattispecie del provvedimento invalido e le sue possibili qualificazioni

Come si pervenne al menzionato «concordato giurisprudenziale» è magistralmente illustrato nella terza parte del saggio di Giannini dopo che l'Autore, nella prima e nella seconda parte, aveva tra l'altro chiarito che: a) la legge abolitiva del contenzioso amministrativo enunciava esclusivamente principi di ordine processuale che, peraltro, presupponevano norme sostanziali di fatto mancanti; b) in particolare nessuna norma disciplinava le concrete implicazioni sul piano sostanziale della imperatività dei provvedimenti amministrativi; c) e nessuna norma stabiliva se il provvedimento invalido fosse o no produttivo di effetti (3).

Con riferimento a quest'ultimo punto si sarebbero potute seguire tre ricostruzioni: 1) il modo della *separazione*, a favore del quale si poteva invocare il principio di legalità, in virtù del quale il provvedimento amministrativo invalido sarebbe stato improduttivo degli effetti propri del provvedimento valido con la conseguenza che se esso avesse inteso estinguere o modificare un diritto del destinatario ovvero costituire una sua obbligazione, l'effetto non si sarebbe avverato; 2) il modo della *equiparazione*, a favore del quale poteva addursi il principio di separazione dei poteri, che portava ad affermare la medesima efficacia del provvedimento amministrativo invalido e valido fino a quando l'amministrazione in sede di autotutela o il giudice amministrativo in forza dei poteri propri avessero provveduto ad annullare il provvedimento invalido; 3) il modo della *distinzione* tra le specie di invalidità, suscettibile di portare alla qualificazione del medesimo provvedimento come *illegittimo* ai fini della competenza del giudice dell'annullamento (giudice amministrativo) e a una possibile qualificazione come *illecito* ai fini dell'azione risarcitoria (giudice ordinario).

Poiché nessuna norma risolveva espressamente la questione la Corte di cassazione poté svolgere una funzione pretoria e optò per la teoria della equiparazione (4).

È di tutta evidenza che la soluzione del problema della ricostruzione della fattispecie del provvedimento invalido aveva un rilievo, per così dire, pregiudiziale rispetto a due altri problemi: quello pure esso sostanziale della ricostruzione e al contempo delimitazione dell'illecito della Pubblica amministrazione commesso mediante l'emanazione di atti autoritativi e quello processuale dell'ambito di applicazione dell'art. 2 della l. del 1865.

Se, infatti, il provvedimento illegittimo fosse stato ricostruito come improduttivo dei propri effetti ovvero suscettibile di autonoma valutazione ad opera del giudice ordinario chiamato a verificare la fondatezza della pretesa risarcitoria del privato, si sarebbero dovuti trarre da tali diverse premesse corollari di questo tipo: a) da un lato

l'illecito della Pubblica amministrazione si sarebbe potuto consumare per il solo fatto della emanazione di provvedimenti illegittimi; b) dall'altro, e conseguentemente, il giudice ordinario avrebbe potuto conoscere direttamente la illegittimità dal momento che la controversia promossa dal privato sarebbe pur sempre stata relativa ad una «questione di diritto soggettivo» non avendo il provvedimento illegittimo, proprio perché invalido, la forza di incidere sul diritto di cui il privato lamentava la lesione.

La questione della fattispecie del provvedimento amministrativo invalido rimbalzò sotto altro profilo nella disputa giurisprudenziale sul criterio cui ancorare il riparto delle due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa.

Come è comunemente ricordato nelle opere di giustizia amministrativa, vi fu una importante corrente dottrina, facente capo a V. Scialoja, che propose di ancorare il riparto al cosiddetto *petitum* formale e cioè alla domanda proposta dal privato: se di annullamento, avanti al giudice amministrativo; se risarcitoria, avanti al giudice ordinario.

A livello giurisprudenziale questa tesi fu seguita dalla quinta sezione del Consiglio di Stato e quindi non tanto al fine di consentire la cognizione diretta del provvedimento illegittimo da parte del giudice ordinario quanto al fine di ammettere la tutela anche nei confronti degli atti lesivi dei diritti soggettivi avanti al giudice amministrativo ritenuto capace di decisioni più rapide, economiche ed efficaci.

Com'è a tutti noto al criterio del *petitum* formale si contrappose ben presto la «teoria della *causa petendi*» che assegnava funzione decisiva, ai fini del riparto, alla natura della situazione soggettiva, diritto o interesse, in relazione alla quale si intendeva chiedere la tutela giurisdizionale; e, dopo il contrasto sviluppatosi tra il 1915 e il 1930 all'interno del Consiglio di Stato tra la quinta sezione e la quarta sezione che, con l'avallo della Cassazione, si era orientata a favore della teoria della *causa petendi*, alla fine si pervenne al ricor-

### Note:

(3) «Abbiamo visto - scrive Giannini, *op. cit.*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 536 - che il provvedimento amministrativo imperativo si presenta con tutti quei caratteri che si sono indicati. È difficile oggi non convenire che il provvedimento valido produce tutti quegli effetti in ordine alle situazioni soggettive. Ma che avviene se il provvedimento è invalido? Questa è la vera croce del giudizio civile nei confronti dell'amministrazione, ed è strano come di essa non si siano accorti i giuristi espositori, e neppure i più recenti ....».

(4) «La nostra Corte di cassazione - così Giannini, *op. cit.*, 545 e 535 - giudice meno liberale, ha però ormai optato per il secondo modo .... Né ci si dica che la giurisprudenza ha sbagliato, perché per dire che ha sbagliato occorrerebbe mostrare che il legislatore aveva posto delle norme sostanziali diverse, alle quali essa non si sarebbe attenuta; con più precisione, che avrebbe posto dei principi sostanziali circa il provvedimento diversi da quelli che la giurisprudenza ha riconosciuto vigenti. Ma nessuno potrà mai dimostrare questo, perché il legislatore non aveva posto nulla, anzi aveva solo posto delle norme processuali ambigue».

# G

GIURISPRUDENZA

Legittimità

1382

IL CORRIERE  
GIURIDICO  
n. 11/1999





dato «concordato giurisprudenziale» che stabilì che il riparto delle giurisdizioni dovesse farsi sulla base del «contemperamento tra *petitum* e *causa petendi*», e cioè sulla base del cosiddetto *petitum* sostanziale che, pur nell'apparente considerazione di entrambi gli elementi identificativi, equivaleva in definitiva alla adesione alla teoria della *causa petendi*.

Non vi sono dubbi sul punto che la adesione al criterio del *petitum* sostanziale ebbe rilievo non esclusivamente processuale ma implicò la soluzione definitiva dei problemi sostanziali relativi ai rapporti tra provvedimento illegittimo e provvedimento illecito. In particolare, la adesione a detto criterio sanzionò definitivamente la equiparazione degli effetti del provvedimento invalido e valido e ciò perché, com'è facilmente esemplificabile avendo riguardo ai provvedimenti ablatori, nell'ipotesi di cosiddetto affievolimento (e cioè di estinzione) dei diritti ad opera di provvedimenti illegittimi, il privato non poteva più invocare, al fine di agire davanti al giudice ordinario, il proprio diritto che, a causa della imperatività del provvedimento anche se illegittimo, non esisteva più e solo per effetto del provvedimento di annullamento, ad opera dell'amministrazione o del giudice amministrativo, si sarebbe potuto far resuscitare (5).

In sintesi, e per fare l'esempio più semplice, il proprietario illegittimamente espropriato perdeva comunque il proprio diritto e, quindi, l'eventuale pretesa risarcitoria collegata alla espropriazione illegittima non poteva essere fatta valere se non dopo l'annullamento del provvedimento ad opera dell'amministrazione o del giudice amministrativo.

È noto che il solo contemperamento che la giurisprudenza ha ritenuto di apportare all'indirizzo inaugurato nel 1930 è quello legato alla cosiddetta «carenza di potere» e cioè ad un fenomeno che, nato per casi addirittura scolastici, ha poi assunto una dimensione importante con lo sviluppo della cosiddetta «carenza di potere in concreto» verificabile nei casi, parecchi dei quali molto problematici, di mancanza dei presupposti di fatto ritenuti necessari ai fini della attribuzione concreta del potere.

La dicotomia «carenza di potere - cattivo uso del potere» è, come noto, divenuta il criterio fondamentale cui è affidata la soluzione della questione di giurisdizione con riferimento a tutti i casi nei quali l'azione avanti al giudice ordinario non è stata preceduta dall'annullamento del provvedimento amministrativo nella sede propria; annullamento che comporta, secondo una formula ampiamente ripetuta dalla giurisprudenza, il ripristino della situazione *quo ante* rispetto alla emanazione dell'atto annullato e, pertanto, nel caso in cui esso avesse inciso negativamente su un diritto del privato (o, il che fa lo stesso, avesse comportato la costituzione di una sua obbligazione), la reviviscenza del diritto (o la estinzione della obbligazione).

È proprio con riferimento alla qualità dell'effetto ripristinatorio che si inserisce il costante (addirittura «pietrificato») orientamento secondo cui l'annullamento dei provvedimenti di diniego di richieste del privato di tipo autorizzatorio o concessorio (collegate ai cosiddetti diritti in attesa di espansione ovvero a pretese ad ottenere la costituzione di situazioni soggettive favorevoli) non avrebbe comunque comportato la possibilità di far valere una pretesa risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione che aveva emanato l'atto poi annullato.

Anche a questo proposito soccorre un esempio celebre che investe il cosiddetto *ius ad aedificandum* che veniva in considerazione anche nella vicenda decisa dalla Cassazione: un diritto, quello di costruire sul proprio suolo, che la giurisprudenza ha costantemente qualificato come interesse legittimo perché subordinato alla emanazione del provvedimento di natura autorizzatoria ad opera della Pubblica amministrazione.

In questo caso l'annullamento dell'atto di diniego valeva, secondo la motivazione tradizionale, a rimettere il privato nella medesima situazione precedente l'emanazione del diniego e quindi nella situazione non di diritto ma di interesse legittimo la cui lesione non era risarcibile dal momento che l'art. 2043 c.c. si riferiva alla sola lesione dei diritti soggettivi.

Come ricorda la sentenza annotata, già prima delle spinte del diritto comunitario e delle riforme degli anni '90 in materia di espansione della giurisdizione esclusiva, vi era stato un significativo mutamento di orientamento della Cassazione che aveva investito le pretese risarcitorie collegate a provvedimenti di annullamento di provvedimenti di secondo grado (e cioè annullamento, revoca, caducazione, pronuncia di decadenza) incidenti negativamente su precedenti provvedimenti favorevoli: fino ad una certa epoca, e cioè fino alla fine degli anni '70, questi casi erano assimilati a quelli dell'annullamento degli atti di diniego con la conseguenza che il ripristino della situazione *quo ante* non valeva a fondare pretese risarcitorie; successivamente, se non erro a far tempo dalle sentenze n. 5145 e 5146 del 1979, la Cassazione si è orientata nel senso opposto quali-

#### Nota:

(5) Per usare le parole di Giannini, *op. cit.*, III, 226 «la sconfitta della quinta sezione (della teoria del *petitum* e della tesi V. Scialoja) fu una sconfitta della libertà. Ma il bello è che nessuno se ne accorse. Infatti ai giudici il concordato interpresidenziale apparve nulla più che una felice trovata per sbarazzarsi di una fastidiosa cagione di incertezze di giurisprudenza. La dottrina applaudì con soddisfazione e registrò con cura la nuova "teoria". .... Nessuno si accorse: a) che il concordato giurisprudenziale era ben altro che un accordo su problemi processuali, e che esso rappresentava invece la definitiva sanzione della concezione del provvedimento amministrativo come atto imperativo e fortemente autoritativo ....; b) che il concordato era solo apparentemente un fatto giurisprudenziale, essendo in realtà normativo .....; c) che le forze le quali operarono sulla scelta dei giudici, seppure non immediatamente identificabili, furono comunque delle forze illiberali. ....».



ficando i provvedimenti di secondo grado incidenti su precedenti provvedimenti favorevoli quali provvedimenti di sostanza analoga a quelli ablatori. Così, con le menzionate pronunce si affermò che la posizione attribuita al privato con la licenza di commercio ha consistenza di diritto soggettivo e che se è vero che la Pubblica amministrazione conserva il potere di incidere su detto diritto è altrettanto vero che, in mancanza dell'esercizio di detto potere o nel caso di relativo esercizio mediante atto poi annullato, la situazione di diritto vale come tale anche nei confronti della stessa Pubblica amministrazione.

Per cui la rimozione dell'atto di revoca del provvedimento di licenza, ad opera del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, avrebbe consentito al privato la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni essendo egli titolare, ed era questa la novità rispetto alla precedente valutazione, di una situazione di diritto soggettivo ripristinata dal provvedimento di annullamento.

Analogo ragionamento veniva reiterato qualche anno dopo da Cass., sez. un., 1 ottobre 1982, n. 5027 con riferimento alla situazione conseguente al rilascio della licenza edilizia (6); e dalla coeva Cass. n. 5029/82 con riferimento ad una fattispecie di rilascio di licenza di autoveicolo in servizio di piazza.

Prendeva pertanto consistenza la costruzione che, come ricorda la sentenza annotata, appariva «alquanto «barocca»» ma che si fondava in sostanza sulla considerazione della natura oppositiva dell'interesse del privato, omologabile con quello inciso dai provvedimenti ablatori, a fronte della natura «pretensiva» degli interessi negativamente incisi dai provvedimenti di rigetto di richieste di provvedimenti favorevoli.

### La cosiddetta pregiudizialità del giudizio di annullamento

Tutto il sistema che ho sommariamente ricordato in precedenza si collega, com'è chiaro, alla premessa per cui il diritto del privato ad ottenere il risarcimento del danno conseguente ad un provvedimento illegittimo presuppone che lo stesso privato sia titolare di una situazione di diritto negativamente incisa dal provvedimento e ciò malgrado estinta in virtù della descritta equiparazione degli effetti tra provvedimento valido ed invalido.

È solo a causa di questa equiparazione che è sorta la cosiddetta pregiudizialità del giudizio amministrativo la quale non è sancita in via generale da nessuna norma e non sussiste qualora la Pubblica amministrazione abbia provveduto all'annullamento dell'atto illegittimo in via di autotutela.

Ma una volta che si affermi, così come ha fatto a chiare lettere la sentenza annotata, che il diritto al risarcimento del danno non presuppone necessariamente la incidenza del provvedimento ille-

gittimo sfavorevole su una preesistente situazione di diritto soggettivo non si comprende più la ragione che dovrebbe sostenere l'esistenza della cosiddetta pregiudiziale amministrativa.

In effetti, nella prospettiva tradizionale l'impepatività del provvedimento anche se illegittimo, comporta il sacrificio del diritto del privato, e la conseguenza che egli non può lamentare l'illegittimità avanti al giudice ordinario dal momento che non fa «questione di un diritto civile» posto che il diritto è stato estinto e quindi il danno non è risarcibile. Per contro, secondo l'indirizzo ora inaugurato, che ammette la possibilità di far valere la pretesa risarcitoria anche in relazione alla lesione di interessi legittimi, non viene più in gioco, ai fini della valutazione del diritto al risarcimento del danno, il problema della fattispecie del provvedimento invalido: la questione di diritto che il privato fa valere si collega direttamente al disposto dell'art. 2043 e non è più filtrata dal *quid medium* costituito dal diritto soggettivo presupposto e di cui è necessaria la reviviscenza ai fini di prospettare la «questione di un diritto civile».

Sicché pare proprio che il brano della sentenza che abbiamo riportato all'inizio di queste osservazioni introduca una conclusione obbligata della premessa della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e realizzi, sotto questo profilo, l'effetto per così dire più «rivoluzionario» di tutta la decisione.

Ed infatti, sulla conclusione della risarcibilità del danno anche da lesione degli interessi legittimi la dottrina italiana era ormai tutta d'accordo pur ponendosi i complessi problemi relativi alla individuazione e selezione dei casi nei quali la pretesa risarcitoria è fondatamente proponibile nonché gli ulteriori problemi della concreta determinazione dei danni. Problemi tutti quanti da esplorare e verificare nel prossimo futuro.

La pronuncia in commento si dilunga a descrivere alcune delle principali tappe della evoluzione giurisprudenziale sulla ingiustizia del danno; tappe che sono state efficacemente sintetizzate da autorevole dottrina nel senso che «la principale

#### Nota:

(6) Il principio di diritto enunciato da questa sentenza è che: «La posizione del privato, nei confronti del comune che egli abbia rilasciato licenza edilizia, nel vigore della legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150 (modificata dalla l. 6 agosto 1967, n. 765), ha natura e consistenza di diritto soggettivo, in quanto trova nell'ordinamento una tutela diretta ed immediata, non più subordinata, come nella precedente fase rivolta al conseguimento della licenza medesima, al preminente interesse pubblico ed alle scelte dell'ente territoriale in tema di programmazione dell'assetto del territorio. Pertanto, qualora il comune, avvalendosi dei propri poteri autoritativi in materia, determini l'affievolimento di detto diritto (nella specie, dichiarando la decadenza della licenza ai sensi dell'art. 10 penultimo comma della legge n. 765 del 1967), ed il provvedimento produttivo di tale affievolimento venga annullato dal giudice amministrativo per illegittimità, l'affievolimento medesimo deve ritenersi come mai avvenuto, ed il provvedimento illegittimo si pone come lesivo di un diritto soggettivo, esponendo la pubblica amministrazione all'azione risarcitoria del privato».



linea di espansione è quella che si svolge lungo la sequenza: a) danno ingiusto uguale lesione di un diritto assoluto; b) danno ingiusto uguale lesione di un diritto soggettivo, anche relativo; c) danno ingiusto uguale lesione di un interesse, anche se non protetto come diritto soggettivo» (7). Non interessa in questa sede insistere su questo punto che è del resto efficacemente esplorato dalla sentenza: la sola puntualizzazione che mi pare opportuno formulare riguarda la omogeneità della linea espansiva della tutela risarcitoria sia con riferimento alle situazioni di diritto soggettivo sia con riferimento a quelle di interesse legittimo.

Per entrambe si è partiti dal riconoscimento della tutelabilità delle pretese collegate alla lesione di interessi oppositivi, tali essendo indubbiamente gli interessi che fanno capo ai titolari dei diritti assoluti e reali; e si è poi pervenuti alla affermazione della tutelabilità, a certe condizioni, delle pretese che si innestano sulla lesione di interessi pretensivi, nei quali vanno catalogati gli interessi che fanno capo ai titolari dei diritti relativi.

Questa sottolineatura è utile al fine di evidenziare che i problemi che si dovranno affrontare una volta che sia estesa anche agli interessi legittimi pretensivi la tutela risarcitoria non sono qualitativamente diversi da quelli che hanno investito la problematica della lesione dei diritti relativi.

Così, è noto che la lesione dell'interesse pretensivo viene per lo più accomunata al danno da perdita di *chances*, cui fa del resto specifico riferimento la sentenza nel punto dedicato alla illustrazione del modo in cui la giurisprudenza è pervenuta a riconoscere la risarcibilità di situazioni «che del diritto soggettivo non avevano la consistenza ma che (essa) di volta in volta elevava alla dignità di diritto soggettivo».

Ma, ripeto, tutto questo relevantissimo contenuto della pronuncia vale ad omologare la posizione della Cassazione a quella comune a pressoché tutta la nostra cultura giuridica. Ciò che per contro rappresenta, almeno a quanto a mia conoscenza, una novità assoluta è il superamento della cosiddetta pregiudiziale amministrativa.

Si pensi che poco più di un anno fa la Corte costituzionale, con l'ordinanza 8 maggio 1998, n. 165, ha dichiarato la inammissibilità della questione della legittimità costituzionale dell'art. 2043 se interpretato nel senso di escludere la risarcibilità dei danni conseguenti all'illegittimo diniego della concessione edilizia, facendo leva sul fatto che non si era «verificato il presupposto in ogni caso necessario alla configurazione di una responsabilità della amministrazione in conseguenza di un atto amministrativo, cioè l'accertamento della illegittimità dell'atto o del comportamento dell'amministrazione .....» e ciò perché «la previa definizione della controversia sulla illegittimità dell'atto di diniego della concessione edilizia (attività provvedimentale devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) costituisce - in mancanza di diversa regolamenta-

zione del legislatore, anche se è stata auspicata una unificazione per evitare una duplicità di giudizi con competenza bipartita - un indispensabile antecedente logico - giuridico (v. per riferimento art. 13 della legge n. 142 del 1992) dal quale dipende la decisione della causa» (8).

È stato scritto in uno dei primi commenti della sentenza in esame che la stessa conterrebbe, in alcune sue affermazioni di principio «se non proprio altrettanti *obiter dicta*, quanto meno un eccesso di motivazione»; e si è espresso il dubbio che, in particolare, la soluzione della incondizionata disapplicabilità del provvedimento amministrativo illegittimo ancorché non tempestivamente assoggettato ad impugnativa «anche se espressa a chiarissime lettere nella motivazione della sentenza n. 500, e come tale trasfusa nella massima sopra riportata, corrisponda davvero alla *ratio decidendi* di quella pronuncia, o se al contrario lo stesso giudice ordinario, nelle materie rimaste assoggettate al vecchio sistema, debba considerarlo ancora aperto, dal momento che le affermazioni massimalistiche rinvenibili nella motivazione della sentenza impugnata non incidono sulla sostanza della decisione, che resta soltanto quella di affermare l'appartenenza alla giurisdizione ordinaria di una domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi azionata dopo che il provvedimento autoritativo da cui la lesione dell'interesse legittimo derivava era stato tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo ed era stato da questo annullato» (9).

La puntualizzazione ora richiamata coglie indubbiamente nel segno allorché evidenzia che l'ultima parte della motivazione della sentenza, relativa al superamento della pregiudiziale amministrativa, si riferisce ad un problema non rilevante nel caso di specie caratterizzato dal previo accertamento della illegittimità del provvedimento lesivo ad opera del giudice amministrativo.

Ma a volersi porre nella prospettiva della individuazione del punto effettivamente rilevante ai fini della decisione del regolamento di giurisdizione, si dovrebbe dire che pure l'affermazione della risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi non era direttamente rilevante.

Infatti la stessa sentenza in commento ricorda l'orientamento della Cassazione che configurava il difetto di giurisdizione in relazione alle pretese risarcitorie collegate alla lesione degli interessi legittimi ma puntualizza che «secondo un diverso indirizzo di queste Sez. Un., manifestatosi in tempi più recenti, la questione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi non attiene pro-

#### Note:

(7) Così Galgano, *Le obbligazioni e i contratti*, Tomo II, Padova, 1999, 328.

(8) La sentenza si trova pubblicata in *Danno e resp.*, 1998, 547 ss.

(9) Così Moscarini, a commento della sentenza in *Contratti*, 1999, 881.



priamente alla giurisdizione bensì costituisce questione di merito». Poiché questa puntualizzazione è contenuta nella prima parte della motivazione (al punto 3.2) si può correttamente affermare che tutto quanto segue, e cioè tutta la parte argomentativa sviluppata al fine di ammettere la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi costituisce un ampio *obiter dictum* dal momento che la Cassazione non era chiamata a pronunciarsi sul merito della questione relativa alla risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi; ma esclusivamente sulla questione originata dal regolamento di giurisdizione proposto dal Comune di Fiesole per cui, al fine di dichiarare la inammissibilità di detto regolamento, sarebbe stato sufficiente prestare adesione al nuovo indirizzo che ravvisa nel problema non una questione di giurisdizione ma una questione di merito.

A mio avviso non si può pertanto muovere alla sentenza la critica di avere toccato un argomento tanto delicato, quale quello del superamento della cosiddetta pregiudiziale amministrativa, pur non essendo esso direttamente rilevante ai fini della affermazione della risarcibilità degli interessi legittimi: ed infatti, come ho tentato di chiarire con queste prime osservazioni le due questioni sono intimamente connesse nel senso che alla affermazione della risarcibilità non può non seguire, sul piano logico e in mancanza di normative specifiche (quale ad esempio quella di cui

all'abrogata previsione dell'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142), il corollario della inesistenza della cosiddetta pregiudizialità del giudizio amministrativo di annullamento che non è fissata in via generale da nessuna norma ed il cui riconoscimento dipende dalla adesione giurisprudenziale alla teoria della equiparazione degli effetti dell'atto illegittimo a quelli propri dell'atto legittimo e vale pertanto nei limiti in cui si presupponga una lettura del disposto dell'art. 2043 c.c. che collega il diritto al risarcimento del danno alla lesione di un diritto soggettivo.

In definitiva la questione se il privato che abbia subito gli effetti di un provvedimento illegittimo abbia diritto al risarcimento del danno, una volta che si ammetta la risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, è essa stessa «questione di un diritto civile» e come tale rientra in quelle devolute al giudice ordinario ai sensi dell'art. 2 della legge del 1865 (10).

**Nota:**

(10) Non v'è dubbio che la espansione della giurisdizione esclusiva quale tra l'altro operata dal d.lgs. n. 80/1998 porrà rilevanti problemi di coordinamento, tanto più importanti se si considera la qualità e quantità delle materie coinvolte. Ma non mi pare che, pur a fronte di questi complessi problemi, i giuristi debbano perdere un'altra occasione, così come avvenne all'epoca del «concordato giurisprudenziale» per porsi in una prospettiva di una più estesa anche se non arbitraria tutela dei privati nei confronti della Pubblica amministrazione.

## NOVITA'

# LE SOCIETA' ON-LINE

Da aprile su Internet un servizio esclusivo riservato agli abbonati

Tutte le novità, gli approfondimenti e le anticipazioni: l'informazione offerta mensilmente da *Le Società* si arricchisce con l'aggiornamento on-line.

Ogni quindici giorni, il nuovo servizio **Le Società On-Line** riservato agli abbonati a *Le Società* e compreso nel prezzo dell'abbonamento permette di disporre in tempo reale delle sintesi di tutti i provvedimenti normativi e giurisprudenziali di interesse societario e di integrare le informazioni della Rivista con i testi completi di tutti i documenti più significativi: non solo legislazione primaria e secondaria, ma anche circolari ministeriali, atti parlamentari, comunicazioni e note delle autorità indipendenti, sentenze di legittimità e di merito.

Inoltre, approfondimenti e soluzioni degli esperti ai casi della pratica societaria, arricchiti con schemi e tabelle che ne agevolano la consultazione, forniscono una risposta concreta alle esigenze del professionista del diritto societario.

**Le Società On-Line** è visibile sul sito Internet IPSOA all'indirizzo [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)