

STUDI PER UN NUOVO DIRITTO AMMINISTRATIVO

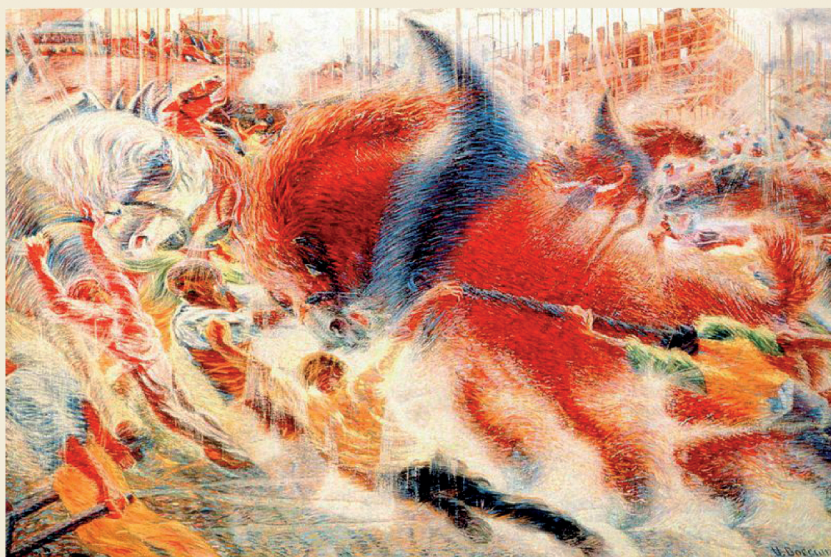
Collana diretta da
S. Cognetti, A. Contieri, S. Licciardello, M. Nettesheim, S. Perongini, A. Zito

Nuova serie

Raffaele Caroccia

Risarcimento dell'interesse legittimo

*Chance, tutela dell'affidamento
e regole di validità e responsabilità*



G. Giappichelli Editore

Capitolo Primo

Dall'immunità al privilegio ed ipotesi alternative

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'immunità originaria. – 3. Le ragioni di un persistente privilegio. – 4. Ipotesi alternativa e sua critica.

1. Introduzione

Negli ultimi anni il diritto amministrativo è vissuto dei sussulti improvvisi di un legislatore, che ha agito soprattutto mosso dall'intenzione di fornire risposte (che si sono rivelate) estemporanee a situazioni emergenziali o, comunque, di crisi le quali hanno purtroppo assunto ormai una paradossale e parossistica durata quasi decennale, benché sia mutata la loro natura, passata da finanziaria a sanitaria e, di nuovo, ad economica.

A ragione di tale ripetuta banalizzazione del momento eccezionale, dello stato di necessità, il *corpus* di questa branca dell'ordinamento si è così slabbrato ed è ormai ridotto a mille isolati rivoli, costituiti da atti che è complesso anche solo inquadrare nella tradizionale gerarchia delle fonti.

Di conseguenza, per chi abbia ancora la timida ambizione di dedicarsi allo studio del diritto amministrativo risulta molto più soddisfacente soffermare la propria attenzione su istituti tradizionali e sull'attualizzazione che ne dà, in particolare, la giurisprudenza.

Può riprendere in questo modo spazio la dogmatica, le cui ipotesi costituiscono così oggetto di verifica in un dialogo costante con l'elaborazione pretoria, a tutto scapito dello studio del diritto positivo, incapace ormai di essere ridotto a sistema o, quantomeno, ad un minimo di razionalità in quanto completamente concentrato sull'istante e definito da tale effimerità.

Il tempo trascorso dalla pubblicazione di sentenze milari¹ e di testi

¹ Il riferimento è alla sentenza della Cass. civ., sez. un., 22.7.1999, n. 500, su cui ci si concentrerà *infra*, cap. 3. La decisione è pluriedita e commentata; si veda in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 ss., con osservazioni di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, ed *ivi*, p. 3201 ss., con note di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*; in *Giur. it.*, 2000, p. 21 ss., con nota di L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; *ivi*, p. 1380 ss., con nota di F.G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione ...*; in *Urb. e app.*, 1999, p. 1067 ss., con nota di M. PROTTO, *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 832 ss., con nota di L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261 ss., con nota di M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in *Foro amm.*, 1999, p. 1990 ss., con osservazioni di R. IANNOTTA, e note di B. DALFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesioni di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica*, e di V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra giurisdizioni*; *ivi*, 2000, p. 349 ss., con nota di G. SORICELLI, *Appunti su una "svolta epocale" in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria?*, ed *ivi*, 2000, p. 2062 ss., con nota di A.A. SALEMME-C. CARPINELLI, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto delle giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo*; in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, p. 1108 ss., con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*; in *Giur. cost.*, 1999, p. 3217 ss., con nota di F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, ed *ivi*, p. 4045 ss., con note di F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, e di G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione*; in *Riv. giur. ed.*, 1999, p. 1239 ss., con nota di V. PARISIO, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Sez. un. civ., n. 500 del 1999*; in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 2000, p. 113 ss., con nota di A.R. COSÌ, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi: storia di una sentenza*; in *Danno resp.*, 1999, p. 965 ss., con note di V. CARBONE, P.G. MONATE-RI, A. PALMIERI-R. PARDOLESI, G. PONZANELLI, V. ROPPO, tutte sotto il titolo *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*. A commento anche A. ORSI BATTAGLINI-C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 ss.; G. ALPA-M. SANINO-P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 427 ss.; L. CORSARO-R. IANNOTTA, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. civ.*, 1999,

normativi fondamentali² e le rielaborazioni giurisprudenziali più recenti³ consentono, infatti ed in prima battuta, di mettere a punto – per limitarci al tema oggetto del presente contributo – il trattamento del risarcimento del danno all'interesse legittimo, con particolare riferimento agli istituti della *chance* e della tutela dell'affidamento, e di delineare gli effetti ed i profili di possibile insoddisfazione, che l'ermeneutica più recente delle Corti ha sulla conformazione della situazione giuridica lesa.

L'argomento qui proposto intreccia una porzione complessa di realtà, per indagare la quale è necessario – come ha segnalato la dottrina⁴ – dedicare attenzione ai contesti sociali in cui il diritto è chiamato ad operare

II, p. 509 ss.; M. ANNUNZIATA, *La tutela risarcitoria per lesione di interessi legittimi operante nell'ambito dell'ordinamento giuridico*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 623 ss.; T. ALIBRANDI, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 199 ss.; F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*; G. ALPA, *Il revirement della Corte di cassazione sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*; R. CARANTA, *Responsabilità per lesione di interessi legittimi*, tutti in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 897 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*; A. GAMBARO, *La sentenza n. 500 ed il diritto civile dello Stato*; G. OPPO, *Novità e interrogativi in tema di tutela degli interessi legittimi*, tutti in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 ss. Per un inquadramento dello stato della questione antecedente al *grand arret* della Cassazione si veda F. SATTA, voce *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. 39, Giuffrè, Milano, 1989. Sul tema del risarcimento del danno si rinvia all'omonima voce di C. SALVI, in *Enc. dir.*, vol. 39, Giuffrè, Milano, 1989.

² Stavolta il riferimento è al codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), testo che ha già un decennio; sulle differenti forme di tutela disciplinate dal c.p.a. si vedano almeno R. CHIEPPA (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010; B. SASSANI, *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in www.iudicium.it; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, *ibidem*; R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo a dieci anni dalla approvazione del Codice*, in www.lamministrativista.it; F. PATRONI GRIFFI, *Il Codice del processo amministrativo come strumento di piena giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it; C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria, ma utile del processo amministrativo*, in *Il Processo*, 2020, p. 347 ss.; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani (brevi considerazioni)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 1095 ss.

³ In particolare, Corte di Cass., sez. un., ord. 28.4.2020, n. 8236 che costituirà uno degli approdi problematici dell'*iter* ricostruttivo, che si passerà in rassegna.

⁴ M. BUSSANI, *La responsabilità civile ai tempi della crisi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 567 ss.

ed al loro mutamento. Questa prospettiva permette di far retrocedere sullo sfondo l'attività del legislatore e di spostarsi ad un secondo livello di analisi, che si intreccia al primo in modo non facilmente districabile.

La risarcibilità diviene così il metro di individuazione degli interessi meritevoli di tutela ed una concreta cartina di tornasole della considerazione da parte dell'ordinamento dei rapporti tra Stato ed individuo in un'ottica di garanzia dei privati.

In effetti, se si assume questo punto di vista, il trattamento della questione qui in discorso costituisce uno degli aspetti – un epifenomeno, si sarebbe tentati di dire – dell'originaria «*grande dicotomia*» genetica tra diritto pubblico e diritto privato.

Tale distinzione era rinvenibile nella sua nettezza all'esordio dello statalismo giuridico ottocentesco, si è andata stemperando a seguito dell'evoluzione del contesto ordinamentale ed ha acquisito un significato più sfumato nel corso del lungo Novecento giuridico per l'influsso della logica pervasiva del mercato.

L'«economicizzazione» del diritto ha infatti scompaginato i tradizionali rapporti tra i componenti il binomio autorità e libertà, e ha fatto sì che la cennata divisione costituirebbe ora, a ragione della sopravvenuta piena circolarità dei principi all'interno del sistema giuridico e delle loro comuni interpretazione ed applicazione favorite dalle Corti Costituzionali e sovranazionali, esclusivamente un «*outil dichotomique*» di natura squisitamente stipulativa, pur a fronte della ripresa di modelli di Stato interventista che la crisi economica prima e pandemica poi ha propiziato⁵.

Da questo punto di vista, quindi, diritto soggettivo ed interesse legittimo sarebbero e dovrebbero essere destinatari del medesimo trattamento per quanto attiene alla loro risarcibilità, in quanto due facce uguali di una medesima medaglia.

⁵ Le espressioni – che riprendono una formulazione già presente in N. BOBBIO, *Pubblico/privato*, in Enciclopedia Einaudi, Torino, Einaudi, 1980, p. 401 – si trovano in B. SORDI, *Diritto pubblico e privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, volume che ha ricostruito in modo magistrale l'evoluzione del rapporto tra queste due partizioni concettuali degli studi giuridici, cui *adde*: S. CASSESE, *Monismo e dualismo giudiziario. Storia e prospettive*, in *Riv. trim. pubbl.*, 2017, p. 583 ss.; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *www.iudicium.it*; G. GUGLIELMI, *Responsabilità e pubblica amministrazione: nuovi confini tra pubblico e privato?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, p. 988 ss.

Il discorso, che qui si tenterà, permetterà invece di smentire tale ipotesi, negli auspici dello scrivente.

L'intento del presente studio è, infatti, proprio chiarire come la distinzione tra sfera pubblicistica e privatistica – almeno, a parere di chi scrive e *contra* il suggerimento della dottrina suindicata – sussista tuttora: l'interesse legittimo è finalmente divenuto risarcibile, però il suo trattamento non può essere del tutto equiparato, come si vedrà, a quello del diritto soggettivo.

Tanto per due ragioni:

a) la legalità amministrativa è più stringente di quella civilistica, perché, con un dato ormai costituzionalizzato, parte dal presupposto che vi è una relazione di disuguaglianza tra Stato e cittadino, elemento che il detto principio cerca di lenire in funzione di protezione del secondo dall'azione del primo, i cui fini e le cui modalità di azione vengono predeterminati⁶;

b) a parte quest'aspetto ontologico, l'interesse legittimo ha un carattere di più accentuato dinamismo relazionale del diritto soggettivo, in quanto intercetta interesse del suo titolare, interesse pubblico ed interesse dei terzi e si raffronta ad un potere⁷.

La persistenza dell'attualità del tema consiste, quindi, nel comprendere quali siano i confini ed i limiti dell'affascinante equiparazione.

2. L'immunità originaria

Il punto di partenza dell'indagine è che, in termini generalissimi e comuni a tutti gli ordinamenti giuridici dell'Europa moderna assimilabili a quello italiano⁸, i soggetti amministrativi al loro esordio hanno goduto di

⁶ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 463 ss.; ID., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, *ivi*, 2010, p. 143 ss.

⁷ Si veda da ultimo il *magnum opus* di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Giappichelli, Torino, 2020.

⁸ Per una visione ricostruttiva d'insieme si rinvia a: A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA-F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*,

una prerogativa di immunità, in quanto espressione del potere assoluto riconosciuto al sovrano⁹.

Caduta l'idea assolutistica ed avviatasi la difficile costruzione dello Stato di diritto, di cui la giustizia amministrativa costituisce pilastro essenziale¹⁰, si è iniziato a ritenere risarcibili, soprattutto per opera della giurisprudenza, i soli danni conseguenti a comportamenti materiali dell'Amministrazione, mentre la sfera di privilegio è restata in piedi per le attività autoritative.

Ciò è avvenuto, giacché si era convinti – in una prospettiva di teoria generale – che la tutela risarcitoria fosse accordabile ai soli diritti assoluti e non agli interessi legittimi, il cui sacrificio era comunque sempre giustificato alla luce della funzione di perseguimento del benessere generale attribuita alla P.A.

Eventuali lesioni al principio di legalità, cui era improntata l'azione di quest'ultima, avrebbero potuto essere rimediate in modo esclusivo e sufficiente dall'azione di annullamento.

A tale prima causa di esonero, si aggiungeva pure la diffusa tesi che lo Stato fosse portatore di una eticità sua propria, caratteristica che inibiva in radice la possibilità che i suoi apparati potessero compiere illeciti¹¹.

Anche per tale ulteriore motivo ideologico, gli atti amministrativi re-

Giuffrè, Milano, 2012, p. 195 ss.; B. MARCHETTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: profili comunitari e comparati*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 499 ss.; H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità*, in *Foro amm. TAR*, 2013, p. 731 ss.; M. CAFAGNO-M. FAZIO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento*, in www.ius-publicum.it; F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2009, A. GIUSTI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione a centocinquanta anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 47B ss. In prospettiva comparatistica si veda M. BUSSANI, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione per attività illegittima. Note di diritto comparato*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 547 ss.

⁹ Sembra estremamente chiarificatrice sul punto l'affermazione contenuta in T. HOBBS, *Il Leviatano*, I, Utet, Torino, 1955, p. 252: «Non esiste nulla che il sovrano rappresentante faccia a un suo suddito, sotto qualsiasi pretesto che possa propriamente essere definito come un'ingiustizia o un'ingiuria, dato che ogni suddito è autore di qualsiasi atto compiuto dal sovrano». Essa è la più compiuta definizione dell'immunità dei pubblici poteri, sintetizzata nel brocardo *The King can do no wrong*.

¹⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Giustizia amministrativa: evoluzione e prospettive nell'ordinamento nazionale e nel quadro europeo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, I, G. Barbera Editore, Firenze, 1890.

stavano di conseguenza estranei alla categoria dell'illiceità e potevano essere giudicati solo con il ricorso a quella della illegittimità: l'unica forma di protezione era, di nuovo, la pronuncia di invalidità e quella risarcitoria era sempre esclusa.

Insomma, dove vi era espressione di poteri autoritativi, non vi poteva essere spazio per l'uso di istituti e rimedi applicabili solo in caso di rapporti paritetici.

La logica, che governava il reciproco dominio di *empire* e *liberté*, era rigorosamente antitetica.

3. Le ragioni di un persistente privilegio

Sia consentito anticipare che, peraltro, anche quando quest'ultima zona di immunità è venuta meno con la caduta del dogma dell'irrisarcibilità – svolta propiziata a) dall'attenzione che le Costituzioni successive alla Seconda Guerra Mondiale hanno riservato ai diritti dei cittadini, intesi quali persone; b) dalla globalizzazione giuridica, fattori che hanno messo entrambi in crisi l'originaria supremazia dello Stato¹² – e malgrado l'apertura ad una logica non più formalista, ma realista nello studio del tema¹³, è stato comunque conservato – a tutela dell'Erario – un regime differenziato tra la responsabilità dell'Amministrazione e quella dei soggetti di diritto comune.

In tal modo si è – per utilizzare una fortunata formula coniata da attenta dottrina¹⁴, che si è a lungo occupata del tema da una visuale civilistica – passati da un muro di sbarramento ad una rete di contenimento (sulla cui perdurante necessità è lecito dubitare, a ragione del suo contrasto con

¹² S. CASSESE, *op. ult. cit.*

¹³ Sulle modalità, con cui il tema in discorso è stato studiato, interessantissime considerazioni si leggono in E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà ed uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 521 ss.

¹⁴ Il riferimento è a F. BUSNELLI, con particolare riferimento allo scritto in cui traccia gli esiti della sua riflessione: *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.* 2012, p. 531 ss.; ID., *Lesione di interessi legittimi dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 269 ss.

i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza) delle pretese risarcitorie dei privati nei confronti dell'operato autoritativo dei pubblici poteri.

Invero, a ragione della persistenza dell'idea del privilegio, seppure ora declinata su una base eminentemente fiscale, all'affermazione teorica della responsabilità della P.A. non sono seguite le ricadute pratiche che sarebbe stato normale aspettare da una simile svolta epocale, soprattutto – spiace notarlo – per la ritrosia della giurisprudenza ad accordare una tutela risarcitoria.

Come suggerito da attenta dottrina¹⁵, siffatta resistenza può costituire una conseguenza dei condizionamenti da rischi di eccessivo depauperamento delle casse pubbliche e dell'intento di evitare una possibile distrazione delle risorse collettive da finalità di realizzazione dell'interesse generale a scopi egoistici, sacrificati alle prime in vista della garanzia di un equilibrio di bilancio, traducendosi in un vero e proprio *favor Erarii*.

Proprio per ovviare a tali preoccupazioni ed a ragione della sostenuta difficoltà di coniugare con il diritto pubblico un istituto di matrice privatistica qual è la responsabilità da fatto illecito, si è avanzata la suggestione di introdurre sistemi di assicurazione obbligatoria, capaci di dare un valore monetario alle lesioni dell'interesse legittimo non sempre facilmente individuabile dal punto di vista economico, diversamente da quanto capita all'oggetto dell'obbligazione.

Per superare tali criticità, si sono pure proposte – in via non alternativa sia con il precedente suggerimento che tra loro – anche l'introduzione, per via legislativa, di indennizzi forfettari o di clausole di limitazione della responsabilità o di limiti massimi al risarcimento, oppure la previsione di un obbligo di tenuta in considerazione degli effetti positivi dell'atto annullato sui terzi nella quantificazione del risarcimento.

Tali spunti teorici sono allo stato rimasti solo suggestioni e non pare alle viste un ulteriore sviluppo positivo del tema.

Ciò anche per la ritrosia del legislatore italiano ad affrontare il tema della risarcibilità dell'interesse legittimo, la cui chiarificazione ha costituito il campo di elezione degli sforzi congiunti di dottrina e giurisprudenza.

¹⁵ F. TIRIO, *Responsabilità civile della P.A. ed esigenze di finanza pubblica. Limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 493 ss.

Certo, però, è che i suggerimenti surriferiti, benché rimasti senza seguito, permettono di identificare un primo elemento che chi scrive ritiene centrale nel ragionamento.

Il carattere dialettico tra ragioni della collettività e tutela del singolo costituisce il *proprium* dell'interesse legittimo e contribuisce a differenziare la sua tutela risarcitoria da quella accordata al diritto soggettivo.

Più che di privilegio, allora, per spiegare le differenze sembra opportuno non perdere mai di vista lo statuto ontologico della situazione giuridica soggettiva che il risarcimento intende tutelare.

4. Ipotesi alternativa e sua critica

In un'ottica finalistica nell'analisi dei temi in discorso, per spiegare il *self restraint* del potere giudiziario ad accordare ai cittadini il risarcimento delle lesioni dei loro interessi legittimi è stato diversamente osservato che, se il sistema della responsabilità della P.A. fosse efficace pienamente, i funzionari dovrebbero essere indotti dall'operatività dell'istituto a rispettare le situazioni giuridiche degli amministrati, pur senza essere esposti a rischi eccessivi¹⁶.

Questo recupero di effettività non è stato perseguito nemmeno con l'introduzione di altri rimedi *ad hoc* (quali l'azione di classe pubblica o altri strumenti di reazione all'inerzia della P.A.), che però – a parere di chi scrive – si muovono su un piano diverso dalla responsabilità: essi, infatti, più che tendere al ristoro di un danno ad un individuo tendono a correggere l'attività amministrativa nel suo complesso per renderla meno distante dai principi di buon andamento ed efficienza, ed hanno, quindi, una portata non sovrapponibile all'istituto risarcitorio.

Il paragone sembra di conseguenza improprio, anche perché esso riproduce un carattere originariamente oggettivo della tutela costitutiva, che aveva finito per allontanare i giudizi amministrativi dalla protezione dell'interesse dei singoli, scopo a cui l'azione di condanna pare avere le-

¹⁶ Questa sarebbe la condivisibile *ratio* della responsabilità della P.A. per provvedimento illegittimo secondo P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Responsabilità civile e danno da attività amministrativa nel diritto dell'immigrazione*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 483 ss., con considerazioni generalizzabili a tutto il diritto amministrativo.

gato tale tipo di giudizi in una maniera finalmente non più confutabile.

È, infatti, ontologicamente impossibile ritenere che il giudizio amministrativo sia servente alla tutela della legalità, se il Giudice dotato del potere di sindacare la legittimità degli atti può anche attribuire un risarcimento al cittadino leso dagli stessi. Ciò sposta il fuoco del processo non più sull'atto, ma sul bene a questo sotteso a cui mira l'amministrato e che costituisce l'oggetto dell'interesse legittimo¹⁷.

Un altro profilo di insoddisfazione potenziale della svolta, sempre collegato alla tensione dialettica prima indicata tra ragioni della collettività e pretese del singolo, è stato riferito da attenta dottrina agli influssi del nuovo rimedio risarcitorio sulla tutela cautelare, capaci di condizionare tutta la struttura dei processi amministrativi a motivo della centralità che nella stessa ha la fase interinale¹⁸.

Sul presupposto che la mancata considerazione della risarcibilità del danno come limite alla concessione della c.d. sospensiva sia un elemento che caratterizza tutt'ora i giudizi amministrativi rispetto a quelli civili, è stato rilevato che siffatta omissione è spia di una persistente preferenza del rimedio "specifico" della sospensione dell'efficacia sul possibile risarcimento per equivalente.

Ciò parrebbe conseguenza del fatto che il processo amministrativo è venato ancora da pulsioni oggettive, le quali portano – in una malintesa prospettiva assiologica delle finalità, cui dovrebbe rispondere il giudizio – a sacrificare, o meglio, a mettere in secondo piano la tutela del ricorrente rispetto a quella dell'interesse pubblico, a cui le aspirazioni del privato sarebbero strutturalmente sotto-ordinate.

Tuttavia, a ben vedere, tale subordinazione sarebbe incompatibile con gli sviluppi che hanno interessato l'obiettivo cui tende la P.A., identificato non più in una generica legalità, ma (finalmente) nel miglior temperamento possibile delle varie posizioni coinvolte in un concreto problema amministrativo.

Pertanto, in una corretta individuazione dei rapporti tra interesse pub-

¹⁷M. TIBERII, *Dal risarcimento del danno alla condanna della P.A. all'adozione di un atto. Studio preliminare sui rapporti tra le azioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 49-52.

¹⁸A. ROMANO TASSONE, *Risarcibilità del danno e tutela cautelare amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2001, p. 23 ss.

blico e privato, la risarcibilità dell'interesse legittimo è idonea a condizionare la tutela cautelare (ed invero – come detto – tutto il sistema processuale) nel senso di rendere la stessa maggiormente concreta ed aderente alle posizioni delle parti processuali e, soprattutto, a modellarsi sulla compromissione dell'interesse al bene della vita oggetto dell'interesse legittimo.

A chi scrive sembra che tale sviluppo – lungi dall'aver patrimonializzato la situazione giuridica soggettiva – costituisca il migliore portato dell'affermazione della risarcibilità e che, quindi, proprio in adesione a tale idea sia possibile (e doveroso) mettere da parte il concetto del privilegio.

Nella disciplina della risarcibilità dell'interesse legittimo non si riscontra più quest'ultimo, ma una strutturale distinzione tra situazioni giuridiche soggettive diverse tra loro, conseguenza del fatto che in una – diritto soggettivo – sono assenti sia il potere che la presenza di interessi pubblici o di terzi, che connotano ontologicamente l'altra (l'interesse legittimo appunto, caratterizzato pure dal fatto che l'ordinamento non ha determinato una volta e per tutte la soluzione sostantiva del conflitto sociale, ma si è limitata a predisporre i congegni per la sua soluzione¹⁹).

¹⁹ A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273 ss.

Capitolo Secondo

Le ragioni profonde di una svolta tra effettività e contaminazione giuridica

SOMMARIO: 1. L'effettività e la sua evoluzione. – 2. La contestuale evoluzione dell'istituto del danno aquiliano. – 3. Esiti.

È opportuno, quindi, tornare ad indagare e ad interrogarsi sui motivi della svolta epocale, che ha inserito nell'area della risarcibilità anche l'interesse legittimo ed attuato il dettato dell'art. 28 Cost.

1. L'effettività e la sua evoluzione

Il movimento, che ha dapprima sospinto il giudizio amministrativo dalla valutazione dell'atto a quella del rapporto¹ e lo ha poi aperto all'idea della risarcibilità degli interessi legittimi in un'ottica di evoluzione incrementale della protezione del cittadino e di presa in considerazione in fase procedimentale di tutti gli interessi coinvolti in ciascun episodio di esercizio di potere, ha trovato spinta soprattutto² nel diritto

¹Tendenza propugnata in dottrina quantomeno dagli anni '70 del secolo scorso: si veda M.S. GIANNINI-A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. 19, Giuffrè, Milano, 1970. Per una ricostruzione aggiornata e critica della formula si veda ora A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Giappichelli, Torino, 2020, p. 303 ss.

²Non può essere taciuto anche l'influsso della regolazione del procedimento, disposta – ovviamente – dalla l. n. 241/1990, che però costituisce una causa “seconda” della svolta.

europeo³, permeato dalla cura costante di garantire la certezza delle situazioni giuridiche e la ragionevolezza dell'azione dei pubblici poteri, e nel principio di effettività⁴.

Quest'ultimo concetto è stato ricostruito non più come una qualità dell'ordinamento o come mero riscontro della giuridicità dei fatti, ma in una prospettiva personalistica: effettivo è, in questo senso, l'ordinamento, che rende in modo efficace a tutti i suoi consociati quanto loro compete e non più quello capace di imporre i suoi precetti.

In tale ottica, l'effettività va correttamente intesa né come espediente retorico per risolvere nel giudizio la vicenda procedimentale, né quale correttivo "ortopedico" e giurisdizionale alla disciplina processuale di matrice legislativa, sottoposta – come noto – a riserva di legge, ma come canone interpretativo di quest'ultima per adeguarla alle finalità *lato sensu*

³ Si vedano, senza pretesa di esaustività, M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in www.federalismi.it, e V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 433 ss.

⁴ Senza pretesa di esaustività, data la sconfinatezza del tema e le sue molteplici declinazioni: P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. 24, Giuffrè, Milano, 1965; G. VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, *ivi*, *Annali*, vol. 10, 2017; I. PAGNI, voce *Effettività della tutela giurisdizionale*, *ibidem*; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013; F. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 1707 ss.; ID., *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro amm.*, 2015, p. 969 ss.; I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 401 ss.; G. VERDE, *L'effettività della tutela giudiziaria (in occasione di un Convegno in omaggio a Salvatore Mazzamuto)*, *ivi*, 2018, p. 770 ss.; S. VALAGUZZA-I. MARTELLA, *L'effettività della tutela nella esperienza giurisprudenziale*, *ivi*, 2018, p. 783 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. e dir. priv.*, 2018, p. 1071 ss.; A. CARATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 1 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Effettività della tutela e atipicità delle azioni nel processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione di fronte al giudice amministrativo*, I e II, Cedam, Padova, 2001; M. MIDIRI, *Diritti fondamentali, effettività della tutela, giudice amministrativo*, in *Rivista AIC*, 2015; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa: atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; G. ROMEO, *L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 653 ss.

costituzionali dell'ordinamento nazionale e sovranazionale⁵ (CEDU⁶ ed UE⁷, contesti che ignorano – almeno a livello di diritto positivo – la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo)⁸.

Tale sforzo ermeneutico deve indirizzarsi a fare in modo che diritto e fatto per quanto possibile corrispondano o, se si preferisce, che sia assicurato a chi spetta il «*tutto quello e proprio quello*» della formula chioveniana in un tempo ragionevole⁹.

Questo esito ovviamente prescinde auspicabilmente dalla qualità delle parti, di cui almeno una nel giudizio amministrativo è titolare di interessi esponenziali della collettività di riferimento, e comunque deve essere conseguito in ossequio anche all'art. 101 Cost., che prescrive – come noto – la sottoposizione del Giudice alla legge.

Proprio in applicazione del principio suindicato e nella riconosciuta centralità del momento giurisdizionale nell'attuale temperie giuridica, si è assistito ad una profonda modifica della conformazione del giudizio amministrativo, la quale ha portato all'ampliamento delle situazioni legittimanti la proposizione di una domanda di giustizia, allo sviluppo dei poteri esercitati dal G.A. in fase cautelare, al passaggio del giudizio di ottemperanza ad una modalità piena di esecuzione del giudicato, all'esplosione dei riti speciali, mutamenti tutti tendenti a fare sì che anche in tale contesto trovasse appli-

⁵ Sulla delicata interazione tra Costituzione ed ordinamento sovranazionale, che ha portato alla riaffermazione dell'effettività della tutela, si veda F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 329 ss.

⁶ Sull'influsso delle disposizioni derivanti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sull'ordinamento amministrativo italiano sostanziale e processuale si vedano almeno G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. trim. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 367 ss. e M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁷ Nell'ordinamento europeo l'elemento di traino dell'effettività viene rinvenuto proprio «*nella responsabilità civile ... non solo in quanto rimedio idoneo a presidiare la c.d. Drittwirkung impropria, cioè i casi nei quali sono gli Stati a rispondere come privati per non aver garantito l'effettività della tutela, ma anche in quanto rimedio oltremodo flessibile e suscettibile di essere plasmato verso una varietà di obiettivi*», E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, p. 6 ss.

⁸ Argomentazione con cui, ad esempio, la sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 23.3.2011, n. 3 ha statuito l'esistenza nell'ordinamento di azioni atipiche muovendo dall'interpretazione dell'art. 34, comma I, lett. c), c.p.a.

⁹ Questa è la declinazione del principio di effettività *sub specie* di concentrazione della tutela.

cazione il principio del giusto processo declinato in senso sostanziale¹⁰.

Tale evoluzione permette di ritenere che la coeva possibilità di un'azione risarcitoria abbia inciso sulla natura sostanziale della situazione protetta – l'interesse legittimo – di cui è stato innalzato il livello di copertura con disposizioni che hanno una portata al di là del solo diritto processuale, in quanto tese ad introdurre una garanzia piena¹¹ ed effettiva, che si aggiunge alla sola e tradizionale azione costitutiva¹².

Lo sviluppo coglie in pieno ed attualizza (finalmente) la novità introdotta dal testo costituzionale in materia di giustizia amministrativa, consistente – come rilevato da attenta dottrina – nella previsione del principio secondo cui, in vicende in cui rilevi l'esercizio del potere amministrativo, diritti ed interessi vantati dai cittadini devono ricevere una protezione uguale con conseguente parificazione, almeno nella vicenda processuale, di posizione tra P.A. ed amministrati¹³.

Da questo punto di vista, viene valorizzata una lettura evolutiva del 2 c. dell'art. 113 Cost., secondo cui nel divieto di limitare la tutela avverso gli atti della P.A. a particolari mezzi di impugnazione rientrerebbe anche il divieto di prevedere un'unica forma di azione, evidentemente a carattere costitutivo, innanzi al G.A.

Lo sforzo di aggiornamento degli strumenti di protezione del cittadino nei confronti della P.A. ha dovuto confrontarsi sia:

a) con la natura del giudizio in cui si contesta l'esercizio di un potere in origine limitata al rimedio cassatorio ed ora aperta all'avvenire, in quanto ponte teso, specie in caso di interessi pretensivi, tra il passato della cognizione ed il futuro dell'ottemperanza;

b) e con la riconfigurazione della situazione rilevante in giudizio.

¹⁰M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 100 ss.

¹¹F. PATRONI GRIFFI, *Il Codice del processo amministrativo come strumento di piena giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, indica nella pienezza della giurisdizione il tema centrale per lo sviluppo della giustizia amministrativa.

¹²V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 436 ss., che collega l'effettività e la pienezza della tutela alla previsione di differenti tipi di azione, capaci di dare soddisfazione alle esigenze che di volta in volta l'amministrato ha innanzi ai pubblici poteri.

¹³V. CERULLI IRELLI, *ivi*.