

Capitolo VI

LA TUTELA RISARCITORIA DEGLI INTERESSI LEGITTIMI

1. Premessa. — 2. Le anticipazioni legislative, giurisprudenziali e dottrinali del revirement del 1999. — 3. La sentenza della Cass. 500/1999. — 4. La selezione degli interessi legittimi risarcibili: 4.1. Dall'approccio formale all'approccio sostanziale; 4.2. Le problematiche che pongono i c.d. interessi oppositivi; 4.3. Le problematiche che pongono i c.d. interessi pretensivi e gli sviluppi della giurisprudenza; 4.3.1. Il modello della responsabilità precontrattuale; 4.3.2. Gli interessi pretensivi e i provvedimenti a "risultato garantito"; 4.3.3. L'attività discrezionale della p.a. e il giudizio prognostico sull'esito del procedimento. — 5. Conclusioni sulla responsabilità della p.a. per lesione degli interessi legittimi. — 6. Cenni ai recenti sviluppi sul riparto di giurisdizione e sulla pregiudizialità. Potenziali riflessi sull'ingiustizia del danno.

Bibliografia: AGRIFOGLIO, *Le Sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1241 ss.; ALPA, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 907 ss.; ALPA-BESSONE-CARBONE, *Atipicità dell'illecito, IV, Lesione del credito. Tutela del consumatore. Responsabilità del professionista. Illecito della p.a.*, 3^a ed., Milano, 1995, 387 ss.; ANGELETTI, *La responsabilità dell'amministrazione ed il conflitto tra le corti*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1206 ss.; ANGIOLINI, *Risarcimento del danno. Pubblica amministrazione e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 133 ss.; BARCA, *La risarcibilità del danno per la lesione di interessi legittimi: orientamenti dottrinali e revirement delle Sezioni unite*, in *N. giur. civ.*, 2000, 423 ss.; BERTU, *La giustizia amministrativa dopo il d. lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.; BERTOLISSI, *Osservazioni a Cass., sez. un., n. 500/1999*, in *N. giur. civ.*, 1999, II, 370 ss.; BLANCA, *Danno ingiusto. A proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 689 ss.; BILE, *Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 1998, 1475 ss.; BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 897 ss.; BUSNELLI, *Perdita di una chance e risarcimento del danno*, estr. da *Foro it.*, 1965, I ss.; BUSNELLI, *Lesione di interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, 265 ss.; BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 335 ss.; CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, 1996; CARANTA, *La re-*

pubbl. 2000, 55 ss.; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; MONATERI, *La Corte costituzionale e la lesione di interessi legittimi: un prospective overruling verso una ridefinizione dell'ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 1998, 827 ss.; MONATERI, *Il Tort da illegittimo esercizio della funzione pubblica*, in *Danno e resp.*, 1999, 978 ss.; MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. it.*, 2000, 21 ss.; NAVARRETTA, *Forma e sostanza dell'interesse legittimo nella prospettiva della responsabilità*, in *Danno e resp.*, 1999, 949 ss.; OPPO, *Novità e interrogativi in tema di interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 391 ss.; PASQUINELLI, *Gli orientamenti delle Corti dopo la sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 21; PATTI, *Lesione di interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, in *N. giur. civ.*, 1999, II, 382 ss.; PUGLIATTI, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ.*, II, Milano, 1968, 115 ss.; ROLANDO, *Ancora un passo avanti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 2003, 752 ss.; RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss.; ROMANO-TASSONI, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *www.giust.it*, I ss.; SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato. Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985; SAITTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, 3235 ss.; SCHLESINGER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, 336 ss.; SCHLESINGER, *Scopo della norma violata e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 505 ss.; SCIARROTTA, *La responsabilità aquiliana e pregiudiziale amministrativa: contrasto tra adunanza plenaria e Sezioni unite*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1129; SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4045 ss.; SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.; SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, in *Foro it.*, 1999, I, 3226 ss.; SEINAGGI, *Responsabilità della pubblica amministrazione. Una evoluzione conclusa o appena iniziata?*, in *Giur. it.*, 2004, 460; TARULLO, *Change e risarcimento nelle controversie in materia di appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2002, 677 ss.; TRIMARCHI, *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 90 ss.; VARRONE, *La sentenza delle Sezioni unite della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi: alcuni equivoci da chiarire*, in *Giur. it.*, 2000, 1099 ss.; VIOLANTE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione da atti e comportamenti illegittimi*, Napoli, 2003.

1. Premessa.

La sentenza 500/1999, pronunciandosi a favore della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, segna una svolta epocale in materia di ingiustizia del danno. Tramonta la tradizionale condizione di immunità della p.a. e viene accolta dalla giurisprudenza, a quasi quarant'anni dalla sua affermazione dottrinale, la conce-

Il tramonto
delle
immunità
della p.a.

zione dell'ingiustizia del danno come clausola generale e come norma primaria.

Si tratta certamente di un'adesione che sconta un notevole ritardo, durante il quale il quadro della riflessione teorica risulta fortemente innovato rispetto agli anni '60. La stessa natura dell'ingiustizia del danno come clausola generale è stata nel tempo contestata e, sul terreno sostanziale, sono proliferati gli approcci al dibattito problema della selezione degli interessi giuridicamente rilevanti.

Tali conflitti teorici, che in filigrana già trapassano dalla sentenza, si palesano nella loro complessità dal successivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

La risarcibilità degli interessi legittimi genera ben presto una spaccatura concettuale.

Da un lato, prende corpo il dibattito sostanziale sull'ingiustizia del danno. Eliminata l'ultima barriera formale, l'ingiustizia appare a un bivio. O si ritiene che la natura giuridica dell'interesse sulla risarcibilità degli interessi legittimi

non è necessaria, ma non sufficiente ai fini dell'ingiustizia, sicché il giudizio sulla risarcibilità, non più raccordabile alla forma di specifiche situazioni soggettive, si trova a dover definire i suoi parametri di tipo sostanziale. Nell'individuazione, quindi, dei criteri di selezione degli interessi (e specificamente degli interessi legittimi) il pensiero giuridico si divide ulteriormente, conteso fra un accertamento puramente normativo o un'indagine attenta anche ad elementi di fatto, fra l'idea di un giudizio incentrato solo sull'interesse lesa o aperto anche ad una possibile comparazione degli interessi.

Da un altro lato, mentre ferve il dibattito sull'ingiustizia, la medesima vicenda tende in radice a sottrarsi alla responsabilità aquiliana. La riflessione sulla rilevanza giuridica di un contatto giuridico o sociale fra danneggiante e danneggiato (CASTRONOVO, 1998, 650; ID., 1999, 1262, 1266 s.) viene a coniugarsi con l'istanza di affermare una responsabilità della p.a. anche solo procedimentale, quale esito conclusivo di un processo di radicale rovesciamento delle passate immunità. Tale connubio genera la pro-

la lezione
degli
interessi
legittimi al
contatto tra
giuridico o sociale
danneggiante e
danneggiato (CASTRONOVO,
1998, 650; ID., 1999,
1262, 1266 s.) viene a
coniugarsi con l'istanza
di affermare una
responsabilità della p.a.
anche solo procedimentale,
quale esito conclusivo di
un processo di radicale
rovesciamento delle
passate immunità.

posta di un passaggio della responsabilità della p.a. dal versante extracontrattuale a quello contrattuale, con l'esito che, mentre nella prospettiva aquiliana si discute sul criterio selettivo degli interessi legittimi che meritano protezione risarcitoria, nel contesto contrattuale si fa strada una responsabilità da condotta illegittima della p.a. che prescinde finanche dalla prova della lesione di un interesse giuridico.

Diviene, allora, chiaro che l'ingiustizia del danno non è più l'avamposto del processo di espansione della responsabilità, ma è il baricentro della riflessione sui rapporti fra responsabilità extracontrattuale e contrattuale, rispetto ai quali si impone una valutazione congiunta degli sviluppi del sistema. Solo in tal modo è dato governare e mantenere in equilibrio il rapporto fra danneggiante e danneggiato il cui conflitto domina in generale la materia della responsabilità.

2. Le anticipazioni legislative, giurisprudenziali e dottrinali del *revirement* del 1999.

La svolta del 1999, come è stato ampiamente riconosciuto e come la stessa Cassazione ha ammesso, è il frutto di un processo storico a cui hanno variamente contribuito sia gli sviluppi in materia di ingiustizia del danno, già compendiate sotto il capitolo della tutela aquiliana del credito e del possesso, sia i cambiamenti occorsi nel settore specifico della lesione degli interessi legittimi e della responsabilità della p.a.

Ad erodere il principio dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi interviene, innanzitutto, il diritto comunitario.

Mentre nella Corte di giustizia si fa strada un'indiscussa ipotesi di lesione degli interessi legittimi — la responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (il caso Francovich è del 1991: Corte giustizia CE, 19 novembre 1991, in *Foro it.*, 1992, V, 145, con note di BARONE e PARDOLESI, *Il fatto illecito del legislatore*, e di PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*) — una disposizione a sua volta di matrice comunitaria (l'art. 13 l. 142/1992) stabilisce testualmente che "i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o di forniture e delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione ag-

Il ruolo del
diritto
comunitario

giudicatrice il risarcimento del danno". L'art. 13, ben presto modificado dalla prima legge Merloni e poi abrogato e sostituito dalla l. 216/1993, è il primo che apertamente ammette sul piano normativo la risarcibilità degli interessi legittimi non più mediata dalle fittizie costruzioni dei diritti soggetti affievoliti: pertanto, benché sostituito, merita ancora una considerazione autonoma per il fondamentale ruolo storico che ha rivestito.

Parallelamamente agli sviluppi del diritto comunitario, una seconda e decisiva svolta a favore della tutela aquiliana degli interessi legittimi giunge dal versante processuale. Fra gli elementi che in passato avversavano tale protezione si delineava il rigido riparto di giurisdizione che, attribuendo al giudice amministrativo la cognizione su controversie relative ad interessi legittimi e al giudice civile quella su diritti soggettivi, generava una sorta di sillogismo verso. Il diritto al risarcimento, in quanto diritto soggettivo, sarebbe spettato alla giurisdizione del giudice civile, ma a questi non era consentito occuparsi della lesione degli interessi legittimi in quanto di pertinenza del giudice amministrativo: quest'ultimo, a sua volta, risultava privo del potere di giurisdizione nel riconoscimento del diritto soggettivo al risarcimento del danno.

Il circolo vizioso viene spezzato dalla delega della legge Bassanini I, attuata con il d. lgs. 80/1998, che opta per una ripartizione della giurisdizione per materie e non più per tipologie di interessi coinvolti. Al giudice civile spetta la materia del pubblico impiego, a quello amministrativo sono attribuite le controversie concernenti il lavoro, l'edilizia, l'urbanistica e i pubblici servizi, con la precisazione, all'art. 35, che, nell'ambito di sua competenza esclusiva, il giudice amministrativo può disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, "il risarcimento del danno ingiusto" (anticipa in parte l'esito dell'art. 35 rispetto agli appalti pubblici) la pronuncia della Cass., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Foro it.*, 1999, I, 2275 ss., con nota di FRACCHIA, *Appalti pubblici al di sopra della soglia comunitaria, giurisdizione esclusiva e art. 35 d. lgs. 80 del 1998*; e in *Corr. giur.*, 1999, 433, con nota di M.V. FERROXI, *Una svolta della Cassazione: gli appalti "comunitari" al giudice amministrativo*.

Si apre, in tal modo, la via alla Cassazione per sostenere — in sede di regolamento di giurisdizione — che, quando non si verifichi nelle materie di competenza esclusiva del giudice amministrativo il risarcimento del danno debba essere concesso dal giudice ordi-

Le novità in ambito processuale

nario anche là dove sia controversa la lesione di un interesse legittimo, così come — per previsione normativa — il giudice amministrativo ha giurisdizione a conoscere, nelle materie di sua competenza, anche del diritto soggettivo al risarcimento del danno.

Segnalate le due vicende più significative nel processo di erosione del dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, va altresì puntualizzato che esse si sono collocate su uno sfondo già radicalmente innovato sia dal tramonto della relazione gerarchica tra la p.a. ed il privato, decretato con la l. 241/1990 (AGRIFOGLIO, 1250), sia dalla crisi della sovranità dello Stato e dell'intangibilità dei pubblici poteri (AGRIFOGLIO, 1246) emersa nell'ambito del processo di consolidamento dell'Unione europea.

Nel contempo, iniziative meramente simboliche, come la proposta di l. 702 (Mantella e altri) di aggiungere un secondo comma all'attuale art. 2043 c.c. del seguente tenore "è ingiusto anche il danno derivante da interesse legittimo", si intrecciano con importanti dichiarazioni politiche, quale l'auspicio della Corte costituzionale di un intervento legislativo a favore della risarcibilità degli interessi legittimi (Corte cost., 8 maggio 1998, n. 165, in *Foro it.*, 1998, I, 3485, con nota di CARANTA, *Danni da lesione di interessi legittimi: la Corte costituzionale prende ancora tempo*; in *Resp. civ. prev.*, 1998, 966, con nota di PROTTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri)interessi legittimi: aspettando la Consulta*). Infine, sullo sfondo, la prassi giurisprudenziale prepara un clima decisamente favorevole alla svolta sia attraverso l'elaborazione dei c.d. diritti affievoliti, sia attraverso l'anticipazione del *revirement* formulata nell'*obiter dictum* della Cass., 4083/1996 (Cass., 3 maggio 1996, n. 4083, in *Danno e resp.*, 1997, 59, con nota di PALMIERI, *Lesione degli interessi legittimi: alle soglie di una svolta epocale?*).

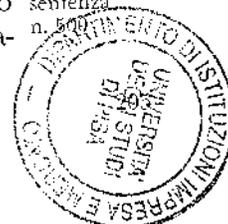
Tutto, dunque, è pronto, ma il terreno propizio non rende mero rivoluzionaria e meritoria del massimo plauso la storica sentenza 500/1999.

3. La sentenza della Cass. 500/1999.

I pilastri argomentativi attraverso i quali la Cassazione (Cass. sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, cit.) smantella "l'isola di immunità e di privilegio" della p.a. in materia di risarcimento del danno riguardano sia l'ingiustizia del danno e la colpa della p.a. sia l'a-

Ulteriori segnali dell'imminente svolta

I passaggi argomentativi della sentenza n. 500/1999



spetto processuale relativo alla pregiudizialità del giudizio di annullamento amministrativo rispetto a quello di risarcimento del danno.

Un primo passaggio cardine raccoglie l'insegnamento storico della dottrina sull'ingiustizia del danno: "l'art. 2043 c.c. non costituisce norma secondaria (...), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa nella 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" (361). La giurisprudenza, invece, non era rimasta insensibile alla nuova prospettiva, lo dimostra la stessa Cassazione ripercorrendo gli sviluppi giurisprudenziali in tema di ingiustizia. Ma tanti anni di dibattito sul tema non avevano in effetti scalfito, se non tramite finzioni (come quella dei diritti affievoliti) o sotterfugi (come la tutela risarcitoria per le sole ipotesi di reato), una roccaforte di irriscarcibilità nella quale, per un verso, si dubitava della stessa rilevanza sostanziale dell'interesse leso e, per un altro verso, si faticava a

L'art. 2043 c.c. come clausola generale e come norma primaria

L'adesione all'idea della clausola generale in un tale contesto giustifica il respiro di assoluta novità attribuito a dichiarazioni, in realtà, ben note e risalenti: è ingiusto "il danno arrecato *non iure* (...) che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento" (366; questa seconda precisazione, in particolare, non giustifica l'impressione di coloro, BIANCA, 690 e CASTRONOVO, 1999, 1264 ss., che attribuiscono alla Corte una presunta fedeltà alla teoria di SCHLESINGER, 1960, 343 sul danno ingiusto come danno semplicemente *non iure*).

D'altro canto, uno spirito moderno si respira non appena la Cassazione passa ad affrontare l'essenza del problema immanente all'ingiustizia che separa la clausola generale in senso effettivo da una mera declamazione in tal senso. La linea di discriminazione è segnata dall'affermazione e dalla conseguente elaborazione di un giudizio di risarcibilità *ex art. 2043 c.c.* autonomo rispetto a quello di giuridicità dell'interesse.

All'uopo, la Cassazione, per un verso, riproduce le parole del teorico della clausola generale (RODOTA, 196), affermando che la rilevanza giuridica dell'interesse è "condizione necessaria (...)" per accedere alla tutela risarcitoria (...), ma non sufficiente" (367);

per un altro verso, si distacca da tale impostazione, ancora in parte formalistica, in quanto osserva che "ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto" (366-367).

Si apre così il capitolo sul giudizio autonomo che decreta la risarcibilità dell'interesse giuridico e che la Cassazione affronta indicando tre parametri.

Il primo, il criterio comparativo, viene enunciato in teoria, ma poi non sviluppato o quanto meno non approfondito in chiave operativa nel contesto del giudizio sull'ingiustizia del danno. Semmai — come si dirà — viene impropriamente riproposto nell'ottica del giudizio sulla colpa. Riproducendo in via declamatoria note opinioni dottrinarie (TRIMARCHI, 98 ss.) si afferma che il giudice deve procedere ad "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 è volto a perseguire". Sennonché, il ruolo effettivo del giudizio di comparazione viene abbandonato in sede di ingiustizia non appena si soggiunge che "comparazione e valutazione (...) non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma (...) vanno condotte alla stregua del diritto positivo" e che l'indagine sul diritto positivo deve essere orientata dalla considerazione del tipo di interesse leso, dell'intensità e della consistenza della sua tutela. Con tale passaggio la Cassazione tradisce l'ottica comparativa che la dottrina (TRIMARCHI, 98 ss.) aveva proposto come comparazione non solo normativa, ma anche giudiziale. La prima, infatti, era riferita alle ipotesi in cui il legislatore tipizza il conflitto e dà ad esso per legge una soluzione e non evoca — come invece sembra intendere la Corte — una valutazione dell'interprete sul grado di protezione dell'interesse leso. La comparazione giudiziale, d'altro canto, veniva intesa come confronto in concreto tra le situazioni in conflitto, giudizio chiaramente disatteso da un'esclusiva attenzione per il piano dell'interesse offeso.

L'approccio della Cassazione appare, dunque, unicamente rivolto ai caratteri dell'interesse leso ed, in tale prospettiva, il giudizio sulla risarcibilità viene incentrato su altri due criteri: è necessario che risulti leso un "interesse al bene della vita" e detto interesse deve risultare "meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento giuridico" (367).

La natura giuridica dell'interesse come condizione necessaria ma non sufficiente per la risarcibilità

L'offesa al bene della vita e la "meritevolezza" di tutela

In un contesto — come quello della responsabilità della p.a. — che aveva visto affermarsi nella stessa giurisprudenza della Suprema Corte la tesi della colpa *in re ipsa*, ossia di una presunzione di colpa fondata sulla volontaria emanazione di un provvedimento illegittimo, viene proposto un ritorno alla colpa, sia pure intesa in senso oggettivo, in caso di lesione di interessi legittimi. Quasi a "recuperare sul terreno della colpa quanto veniva perso sul piano dell'ingiustizia" (era stato questo il suggerimento di una parte della dottrina: MONATERI, 1998, 827 ss.) si richiede un'indagine sulla colpa non del funzionario ma della p.a. intesa come apparato, consistente nell'accertamento che siano state violate "le regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione" in quanto "limiti esterni alla discrezionalità" (369). L'ottica comparativa insiste nelle suddette regole e specificamente nella correttezza viene dunque concretamente affermata sul terreno della

terreno della colpa.
 Il ruolo di un giudizio comparativo, recupera tale prospettiva sul Cassazione, che aveva meratamente declamato in sede di ingiustizia l'essenza del giudizio sull'ingiustizia del danno, la

Il superamento della presunzione di colpa

Chiarita l'essenza del giudizio sull'ingiustizia del danno, la vole di proiezione risarcitoria.
 se a conseguire il bene della vita, reputato in quanto tale merite- prognosi normativa per evidenziare la tutela giuridica dell'inter- lita utilizzando il criterio dell'oggettivo affidamento basato su una protetta". In definitiva, si separa la risarcibilità dalla non risarcibi- malta, ad un esito favorevole e risultava quindi giuridicamente disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di nor- clusione positiva, e cioè (...) una situazione che, secondo la scelta di determinare un oggettivo affidamento circa la sua con- guere la "mera aspettativa non tutelabile" dalla "situazione su- nativa del settore, sulla fondatezza dell'istanza" e tale da distin- to "un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla nor- re un bene della vita non già riconosciuto al titolare viene invoca- Viceversa, per gli interessi pretesivi che tendono a conseguiri

Interessi oppositivi ed interessi pretesivi

ne della vita.
 I primi sono considerati in ogni caso risarcibili sul presuppo- sto implicito dell'immediata proiezione dell'interesse verso il be-

teressi pretesivi.
 Siffatte indicazioni mostrano la loro operatività e concretezza rispetto alla tradizionale bipartizione tra interessi oppositivi ed in-

colpa, con risultati che — come si dirà — ampia parte della dottrina dibatte e contesta.

Infine, l'ultimo punto su cui la Cassazione si pronuncia riguarda il piano processuale e consta nell'affermazione della giurisdizione del giudice ordinario per le cause risarcitorie e nel diniego della pregiudizialità amministrativa rispetto al giudizio civile di responsabilità. Tali profili hanno sollevato non poche perplessità e sono alla radice della riforma legislativa introdotta con la l. 205/2000.

4. La selezione degli interessi legittimi risarcibili.

4.1. *Dall'approccio formale all'approccio sostanziale.*

Ogni passaggio ed ogni minima affermazione della storica pronuncia sono stati scandagliati e commentati dalla dottrina sia civilistica sia amministrativa con esiti ed approcci spesso differenti che svelano la complessità e la specificità di una materia in cui si incontrano il tecnicismo del diritto amministrativo, legato soprattutto alla logica del procedimento e ai rapporti tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa, con le coordinate del ragionamento civilistico, proiettate sui lineamenti dell'ingiustizia e sulla dogmatica delle situazioni soggettive (in tal senso v. soprattutto BIANCA, 690 ss. e FALZEA, 679 ss.). Entrambe le prospettive devono essere valorizzate e devono contribuire allo sviluppo del dibattito, ma è chiaro che l'evoluzione della materia subirà il condizionamento degli organi giudiziari chiamati a dirimere la materia (v. *infra*, § 6).

Il dato su cui è necessario riflettere in questa sede è proprio il contenuto del giudizio sull'ingiustizia del danno.

Il profilo che immediatamente risalta è non tanto il superamento della barriera del diritto soggettivo, quanto il passaggio da una prospettiva di tipo formale ad una valutazione sostanziale dell'interesse protetto. Il giudizio di risarcibilità non può fermarsi a considerare la forma ma deve valutare la sostanza dell'interesse da tutelare. In tal senso, la stessa forma del diritto soggettivo non rileva di per sé ma solo in quanto sottende una particolare sostanza ossia una particolare protezione giuridica dell'interesse, il che porta a precisare che è inutile creare fittizi diritti soggettivi se

L'accertamento sostanziale sull'interesse da proteggere

ad essi non corrisponde la medesima sostanza. Quanto alla forma dell'interesse legittimo, essa non è più un muro invalicabile ma un velo da scoprire per accertare di volta in volta il contenuto della protezione giuridica offerta all'interesse.

L'approccio sostenuto dalla Corte è di rilevanza effettivamente rivoluzionaria, in piena coerenza con l'ottica della generale e della norma primaria. Proprio per questo occorre rimuovere il dubbio che in due passaggi la stessa Corte abbia contraddetto l'approccio sostanziale.

Il primo è quello in cui la sentenza affronta il problema della risarcibilità dell'interesse legittimo avvalendosi della tradizionale classificazione tra interessi opposti ed interessi preensivi. In realtà, non si tratta di un recupero di formalismo all'interno della categoria degli interessi legittimi, quanto piuttosto dell'individuazione di un diverso tipo di protezione sostanziale dell'interesse legittimo: in un caso l'interesse ad orientare l'attività della p.a. in una direzione di legittimità e di correttezza serve a conservare un bene della vita già conseguito dal titolare dell'interesse legittimo; in un altro caso l'interesse a condizionare l'attività della p.a. nel senso della legittimità e della correttezza serve a conseguire un bene della vita. Dunque, la classificazione tradizionale sottintende il riferimento ad un diverso tipo di protezione sostanziale dell'interesse e, di conseguenza, non sconfessa l'approccio sostanziale.

Il secondo passaggio che potrebbe tradire un ritorno ad una logica formale è quello in cui — dopo aver chiarito in premessa che l'accertamento giuridico opera una selezione tra interessi giuridicamente rilevanti — la Cassazione sembra distinguere tra merito affidamento non risarcibile, in quanto non giuridicamente rilevante, e oggettivo affidamento risarcibile, poiché giuridicamente rilevante. Tale distinzione sembra cioè sostenere che l'accertamento sull'ingiustizia non comporti un'indagine sostanziale che seleziona tra interessi giuridicamente rilevanti, bensì registri come risarcibili gli interessi di cui riscontra la rilevanza giuridica. In realtà, l'obiezione va superata, ma il passaggio critico appena riportato richiede alcuni chiarimenti.

Innanzitutto, è fuori discussione che l'interesse legittimo è sempre giuridicamente rilevante e in quanto tale comporta di necessità la tutela giuridica della protezione del bisogno di un soggetto verso un'utilità (in tal senso è da condividere il rilievo di FATZA, 680 ss., secondo cui in senso lato un interesse è sempre

Coerenza
della
promontia
rispetto
all'approccio
sostanziale

proiettato verso un'utilità che l'Autore ritiene di poter definire genericamente bene della vita). Tuttavia, all'interno della categoria dell'interesse legittimo esiste una radicale differenziazione tra la protezione dell'interesse a conseguire che la p.a. genericamente si comporti in maniera legittima e corretta e la protezione dell'interesse a conseguire l'utilità che risulta dall'emanazione di un provvedimento favorevole della p.a. Ed è chiaro che quando la Cassazione distingue fra interesse al bene della vita e interesse non proteso al bene della vita sottintende con l'espressione bene della vita il risultato del provvedimento amministrativo. In tale prospettiva quando la sentenza parla di non rilevanza giuridica della mera aspettativa si avvale di una formula impropria poiché in effetti la Corte intende puramente affermare che vi sono interessi i quali, pur giuridicamente rilevanti, non sono protetti dal diritto rispetto all'obiettivo di conseguire il risultato del provvedimento amministrativo.

La Cassazione, dunque, ha inteso collocare la linea di separazione fra tutela o mancata tutela risarcitoria non sul terreno della rilevanza o non rilevanza giuridica dell'interesse, quanto piuttosto sul piano della lesione di un interesse protetto rispetto al bisogno di conseguire il risultato del provvedimento amministrativo.

Con tale impostazione la Suprema Corte assume una precisa posizione rispetto a quella che ben presto risulterà l'essenza del problema: se cioè la p.a. debba rispondere sul piano risarcitorio di ogni scorrettezza ed irregolarità, anche nei confronti di soggetti del tutto sforniti dei presupposti per aspirare al provvedimento amministrativo, o se la tutela risarcitoria spetti solo a chi può far valere un interesse che trascenda il mero interesse ad una condotta corretta della p.a. La sentenza n. 500 sceglie questa seconda opzione e, dunque, rigetta sia la via della generalizzata tutela aquiliana di qualsivoglia interesse legittimo sia l'itinerario — che giunge ad un risultato analogo e che verrà affacciandosi nel tempo — della responsabilità contrattuale.

4.2. *Le problematiche che pongono i c.d. interessi oppositivi.*

Nel passaggio dalla sentenza n. 500 alle successive applicazioni, numerosi dubbi sono emersi in merito al criterio selettivo degli interessi legittimi.

La tesi che esclude la tutela che, oltre ad apparire automaticamente risarcibili nella prospettiva della Corte, già godevano di protezione risarcitoria prima dello stesso *reventment*, grazie alla nota finzione del c.d. diritti affievoliti, procedurale ma della pronuncia della Cassazione (FOLLERI, 1985) sia in commento a quest'ultima (CARANTA, *La pubblicazione amministrativa*, 1999, 3202 ss.). In particolare, si constata "un eccesso di tutela" per tale categoria di interessi, che risulterebbero protetti in via risarcitoria anche in presenza di vizi meramente formali o procedurali, quando cioè la p.a. può, in un qualunque momento, sacrificare in maniera legittima l'interesse oppositivo. Tale nodo problematico pone l'alternativa fra risarcire l'interesse al bene della vita, di per sé in quanto attualmente riconosciuto al titolare, o l'interesse al bene della vita in quanto il titolare abbia diritto a conservarlo.

La tesi dell'esclusione dalla tutela è fortemente argomentata ma non risulta del tutto convincente, specie ove si rifletta in parallelo su vicende analoghe che emergono nei rapporti tra privati. Nel diritto comune ciò che conta è che sia lesa l'interesse ad un bene attualmente spettante al titolare; il conduttore che a breve deve restituire il bene, poiché è imminente la scadenza del contratto e finanche il conduttore che non consegna a tempo debito il bene che deteneva in locazione subiscono un danno ingiusto se il bene viene loro illegittimamente sottratto dal titolare, benché questi possa di seguito agire in via giudiziale per pretenere la consegna del bene. Nonostante la distanza fra gli esempi riportati e i rapporti con la p.a., sembra comunque emergere l'indicazione che, ai fini risarcitori, se viene lesa con una condotta *non iure* un interesse attualmente protetto su un bene della vita, il danno deve reputarsi ingiusto anche se con una differente attività *iure* esso è destinato a soccombere. D'altro canto, gli interessi oppositivi, in caso di esercizio dell'attività discrezionale, potrebbero comunque risultare sacrificati con un successivo procedimento amministrativo, anche se il vizio del primo procedimento era di tipo sostanziale e non formale. Se, pertanto, si dovesse ritenere determinante non la proiezione diretta ed attuale sul bene della vita, bensì la possibilità della sua conservazione, dovrebbe anche in questo ambito introdursi la logica del giudizio prognostico.

La tesi che esclude la tutela che, oltre ad apparire automaticamente risarcibili nella prospettiva della Corte, già godevano di protezione risarcitoria prima dello stesso *reventment*, grazie alla nota finzione del c.d. diritti affievoliti, procedurale ma della pronuncia della Cassazione (FOLLERI, 1985) sia in commento a quest'ultima (CARANTA, *La pubblicazione amministrativa*, 1999, 3202 ss.). In particolare, si constata "un eccesso di tutela" per tale categoria di interessi, che risulterebbero protetti in via risarcitoria anche in presenza di vizi meramente formali o procedurali, quando cioè la p.a. può, in un qualunque momento, sacrificare in maniera legittima l'interesse oppositivo. Tale nodo problematico pone l'alternativa fra risarcire l'interesse al bene della vita, di per sé in quanto attualmente riconosciuto al titolare, o l'interesse al bene della vita in quanto il titolare abbia diritto a conservarlo.

Riserve nei confronti della suddetta teoria

Invero, l'interesse oppositivo, si pensi all'interesse di chi sta subendo l'esproprio di un terreno di cui è titolare o di chi ha già conseguito una concessione edilizia ed è sottoposto ad un procedimento che gliela può revocare, evidenzia, comunque, una connessione immediata fra l'interesse ed il bene finale molto simile a quella del titolare di un diritto soggettivo. "La tutela risarcitoria degli interessi oppositivi — scrive a riguardo la Cassazione (Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss.) — è sempre ammessa in presenza di un atto amministrativo illegittimo che abbia compresso tale posizione di vantaggio. La differenza con gli interessi pretensivi, in cui s'impone una prognosi sull'esito favorevole delle aspettative dell'interessato, è che il collegamento con il bene della vita si è già consolidato in virtù di un precedente provvedimento, e tanto basta a pretendere la riparazione delle conseguenze patrimoniali sfavorevoli dell'illegittimità dell'azione amministrativa, quale che sia il fine di questa". In senso analogo, sempre i giudici di legittimità (Cass., 10 febbraio 2005, n. 2705, in *Corr. giur.*, 2005, 1217 ss., con nota di LAMORGESE) puntualizzano ulteriormente che "il diritto del privato al risarcimento del danno prodotto dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica è svincolato dalla qualificazione formale della posizione di cui è titolare il soggetto danneggiato in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, e tuttavia permane la rilevanza della distinzione tra interessi pretensivi e interessi oppositivi in quanto è necessario adottare, nei due casi, una diversa tecnica di accertamento dell'esistenza della lesione: la lesione degli interessi pretensivi va accertata a mezzo di un giudizio prognostico con esito favorevole sulla esistenza di una situazione soggettiva di legittimo affidamento nella positiva conclusione del procedimento, diversa dalla mera aspettativa di fatto, mentre ai fini del risarcimento del danno da lesione degli interessi oppositivi è sufficiente accertare la lesione dell'interesse alla conservazione del bene, o della situazione di vantaggio, provocata dall'illegittima attività dell'amministrazione (nella specie, la Corte di cassazione ha riformato la sentenza di merito che aveva negato al titolare di una concessione edilizia, portatore di un interesse oppositivo nei confronti della p.a., il risarcimento del danno subito a causa del provvedimento di decadenza dalla concessione, dichiarato illegittimo dal giudice amministrativo).".

Interessi
oppositivi

Divergono chiaramente le facoltà spettanti al titolare di un diritto soggettivo o di un interesse oppositivo, ma queste non giustificano un diverso trattamento risarcitorio. Semmai va chiarito che, ammettendo la tutela risarcitoria dell'interesse oppositivo anche in ipotesi di vizi che rendono certa la sua successiva soccombenza, il raggio del danno risarcibile sarà limitato. Forzà, infatti, riferirsi solo al pregiudizio per non aver potuto godere del bene o per non aver potuto svolgere un'attività nel periodo in cui il primo è stato illegittimamente tolto o il provvedimento concesso o autorizzato è stato illegittimamente revocato.

Fatta questa precisazione, deve comunque precisarsi che un margine di valutazione flessibile spetta in ogni caso al magistrato nel giudizio sull'ingiustizia che, nella comparazione degli interessi, può tenere conto di come sia sorto lo stesso interesse oppositivo sulla base dell'interesse connesso. Si pensi al caso in cui, per un verso, l'interesse oppositivo sia stato acquisito in maniera illegittima (ad esempio sia stato ottenuta una licenza attraverso la corruzione di un funzionario) e, per un altro verso, il provvedimento che ha rimosso l'interesse oppositivo è solo formalmente irregolare. Il giudizio di bilanciamento in concreto degli interessi in conflitto dovrebbe, in tal caso, far prevalere la posizione della p.a. su quella del privato, analogamente a quanto si è detto nel conflitto tra il possessore di mala fede e il proprietario che effettua lo spoglio. Altro è infatti reagire rispetto ad un'irregolarità della p.a. o alla circostanza che il proprietario si faccia giustizia da solo, altro è che colui che abbia acquisito un interesse giuridico in maniera indebita, con un'attività illecita di cui risponde su diversi piani, possa addirittura ottenere un risarcimento del danno.

4.3. Le problematiche che pongono i c.d. interessi pretenitivi e gli sviluppi della giurisprudenza

4.3.1. Il modello della responsabilità precontrattuale.

Gli interessi pretenitivi, pur avendo in comune con gli interessi si oppositivi l'attitudine a condizionare — in maniera inattiva — la condotta della p.a. orientandola nel senso della legittimità e della correttezza, evidenziano, tuttavia, una diversa base sostanziale. Mentre nell'interesse legittimo oppositivo il soggetto ha già

conseguito il bene della vita, inteso come provvedimento amministrativo favorevole, e il contenuto dell'interesse è strumentale alla sua conservazione, viceversa, nell'interesse legittimo pretensivo il titolare non ha conseguito il provvedimento amministrativo e la situazione soggettiva, con l'incidenza che esercita sulla condotta della p.a., è strumentale ad ottenerlo.

Un risultato futuro atteso, tuttavia, può giuridicamente divenire oggetto dell'interesse che ad esso tende, quando si configurano i lineamenti di un affidamento oggettivo nel conseguimento del risultato medesimo. Ne è una chiara conferma il modello della responsabilità precontrattuale che protegge l'interesse alla conclusione del contratto non appena le circostanze concrete e il comportamento della controparte siano tali da configurare un legittimo affidamento nella conclusione dell'atto.

Nel raffronto tra la responsabilità precontrattuale e la responsabilità della p.a., la differenza che si riscontra consiste, semmai, nel differente succedersi della qualificazione giuridica degli interessi.

Nel caso dell'illecito precontrattuale prima che maturi un legittimo affidamento nella conclusione del contratto non è dato ravvisare altro che un interesse di mero fatto del tutto privo di rilevanza giuridica; con l'affidamento legittimo si delinea un interesse giuridico rilevante e risarcibile.

Nell'ipotesi della responsabilità della p.a. sin dal momento in cui viene avviato il procedimento amministrativo il privato gode di un interesse giuridicamente rilevante: l'interesse legittimo pretensivo teso ad orientare la p.a. verso una condotta legittima e corretta. Ma quando a tale contenuto di base si aggiungono i presupposti di un affidamento nel provvedimento favorevole atteso dalla p.a., l'interesse legittimo pretensivo, pur restando tale, evidenzia una base sostanziale in cui risulta giuridicamente protetto non solo l'interesse ad una condotta legittima e corretta della p.a. ma direttamente l'interesse a conseguire dalla p.a. il risultato atteso. Dunque, in tale contesto, l'affidamento non segna il passaggio da un interesse di fatto ad un interesse giuridicamente rilevante (in tal senso anche CASTRONOVO, 1999, 1271), bensì delimita il confine tra un interesse giuridicamente rilevante e un interesse, oltre che giuridicamente rilevante, anche risarcibile, in ragione della diversa base sostanziale che si delinea sotto la forma dell'interesse legittimo pretensivo.

Responsabilità della p.a.

4.3.2. *Gli interessi prelesivi e i provvedimenti a "risultato garantito".*

La sussistenza di un legittimo affidamento nel provvedimento favorevole atteso dalla p.a. implica un accertamento complesso in ragione sia del tipo di normativa in base alla quale opera la p.a. sia delle circostanze concrete in cui si verifica la lesione dell'interesse. In particolare, una prima distinzione riguarda l'applicazione di una normativa vincolata rispetto all'esercizio di un potere discrezionale.

E' chiaro, infatti, che se la p.a. agisce in base ad una normativa vincolata, si può con certezza prevedere se spettasse o non spettasse al titolare dell'interesse legittimo il provvedimento favorevole. In tal caso, la certezza del risultato rende senza dubbio rilevante l'affidamento solo a favore del soggetto che a priori può provare di avere diritto al risultato. All'opopo, un primo gruppo di pronunce concede il risarcimento del danno sia sulla base della ricostruzione a priori fondata sulla normativa vincolata del risultato sia in presenza dell'avvenuto riconoscimento a posteriori del provvedimento a favore del titolare dell'interesse legittimo, che, in quest'ultimo caso, vede attribuirsi un danno da ritardo (Cons. St. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Guida dir.*, 34/2001, 76 ss., che, viceversa, nega il risarcimento quando la p.a. agisce con un margine di discrezionalità; in senso analogo, TAR Puglia, II, 17 gennaio 2000, n. 169, in *Foro it.*, 2000, III, 481, con nota di GRACCHIA, *Risarcimento da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare i soli interessi a "risultato garantito"?*; e in *Urb. e app.*, 2000, 987; TAR Puglia, II, 23 marzo 2000, n. 1248, *Urb.*, 2000, 990; TAR Friuli-Venezia Giulia, 10 febbraio 2001, n. 44, in *Foro it.*, 2001, III, 442; TAR Valle d'Aosta, 18 febbraio 2000, n. 2, *Urb.*, 2000, III, 480 ss.; TAR Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8, *Urb.*, 2000, 197 ss. Il risarcimento viene concesso come danno da ritardo dopo l'emaneazione del provvedimento atteso dal soggetto leso da TAR Puglia, Lecce, II, 6 novembre 1999, n. 769, in *Urb. e app.*, 2000, 86; TAR Lombardia, Milano, III, 15 aprile 1999, n. 1190, in *I Tar*, 1999, I, 1798. Analogamente, Cass., 21 settembre 2001, n. 11935, in *Danno e resp.*, 2002, 203 ss. riconosce il diritto al risarcimento a favore di un dipendente delle poste che, a causa dell'erronea valutazione della prova di dattilografia, in un con-

L'attività
vincolata
della p.a.

corso, viene assunto a distanza di cinque anni dagli altri concorrenti vincitori).

Il settore dei procedimenti a "risultato garantito" (FRACCHIA, 2000, 481 ss.), tuttavia, non può limitare la tutela risarcitoria, escludendo tutta l'area dell'attività discrezionale della p.a. Basti, in proposito, considerare che il principale modello della responsabilità della p.a. — l'addebito precontrattuale — incarna un'ipotesi di massima discrezionalità, in cui non sussiste mai la certezza del risultato, potendo ciascuna parte sempre e sino all'ultimo momento concludere validamente il contratto con un soggetto diverso rispetto a quello nei cui confronti ha ingenerato un affidamento.

La risarcibilità degli interessi pretensivi anche oltre l'attività vincolata

4.3.3. *L'attività discrezionale della p.a. e il giudizio prognostico sull'esito del procedimento.*

Oltrepassato l'ambito dei provvedimenti a risultato garantito, viene in considerazione un giudizio prognostico nel cui ambito possono rilevare una molteplicità di circostanze.

L'attività discrezionale della p.a.

In senso negativo, vanno escluse dal raggio della tutela tutte le ipotesi in cui sin dall'inizio il privato non presenti i requisiti e le condizioni per accedere al risultato: si pensi all'impresa che cerchi di ottenere un appalto senza avere le caratteristiche necessarie a realizzare il lavoro o al concorrente che faccia domanda per un posto senza avere i requisiti richiesti dal bando di concorso o al soggetto che chieda una concessione edilizia su un terreno adibito a zona agricola. Viceversa, come meglio si dirà in seguito, non inficia la tutela dell'affidamento la circostanza che, dopo la lesione dell'interesse legittimo, il titolare risulti non avere più i requisiti necessari a conseguire il provvedimento. Talora accade, infatti, che sussista un oggettivo affidamento nel risultato al momento in cui la p.a. compie l'atto illecito, ma il risultato diventi poi irraggiungibile per il titolare dell'interesse legittimo (v. *infra*), magari proprio per effetto del provvedimento illegittimo (come nel caso TAR Lombardia, 23 dicembre 1999, in *Danno e resp.*, 2000, 310 s., con nota di CARBONE, *Rivincita del cittadino e fine di un privilegio: prime condanne della p.a. a risarcire la lesione di interessi legittimi*; in *Corr. giur.*, 2000, 391 ss., con nota di DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in cui il provvedimento illegittimo in materia di appalto conduce alla con-

chiusione di un contratto annullabile che, tuttavia, la p.a. non provvede ad annullare).

La ricostruzione in positivo dell'affidamento nel provvedimento favorevole può dipendere sia dalla normativa applicabile, valutata in base alle circostanze concrete, sia dalla capacità della stessa condotta della p.a. di ingenerare di fatto un affidamento.

Nella prima prospettiva, il dato normativo, nonostante il carattere discrezionale della condotta della p.a., consente di ricostruire un affidamento oggettivo nel provvedimento favorevole tutte le volte in cui il giudizio probabilistico fondato sulla disciplina applicabile opera decisamente a favore di un soggetto o di più soggetti non assegnati del provvedimento e a sfavore, viceversa, del concreto aggiudicatario (cfr. in tal senso, di recente, Cass., 29 marzo 2006, n. 7228). Si pensi al caso dell'appalto pubblico che venga assegnato a chi sia privo dei requisiti richiesti per l'attribuzione dell'incarico, mentre un'altra impresa dimostri di avere caratteristiche maggiormente rispondenti a quelle richieste nella gara d'appalto.

E, in effetti, nella casistica concreta, proprio vicende relative a gare d'appalto danno luogo ad un accertamento sull'oggettivo affidamento nel risultato del provvedimento condotto sulla base del mero dato normativo rapportato alle vicende concrete (Trib. Rovereto, 17 luglio 1998, in *Foro it.*, I, 2000, 1294 ss.; Tar Lecce, 16 aprile 1999, 418, in *Danno e resp.*, 1999, 1267 ss., con premessa di Gioia, *Violazione di interessi legittimi pretestivi e danno risarcibile*, in cui si specifica che per riconoscere la pretesa risarcitoria non è necessario verificare l'effettiva aggiudicazione dell'appalto a favore della parte che lamenta la lesione del suo affidamento). In particolare, in un caso (Tar Lombardia, 23 dicembre 1999, cit., 310 s.), già in precedenza menzionato, la seconda aggiudicataria di una gara d'appalto riesce a dimostrare che la p.a. avrebbe dovuto applicare la normativa comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più conveniente che le avrebbe consentito di vincere la gara stessa. Se il caso è emblematico di come si possa talora utilizzare il solo dato normativo per verificare i presupposti di un oggettivo affidamento, stupisce che la sentenza, a fronte dell'impossibilità *a posteriori* di soddisfare l'interesse del soggetto leso a causa del mancato annullamento del contratto con la prima aggiudicataria, sia ricorsa alla figura della perdita di *chance*. Si ignora, in tal modo, che quasi tutte le ipotesi di re-

sponsabilità precontrattuale, per lo meno quelle relative alla mancata conclusione dell'atto, sono caratterizzate da una lesione dell'affidamento nella conclusione del contratto che proprio la condotta fonte di responsabilità, ossia la stipula del contratto con un terzo, rende impossibile. Né in materia di responsabilità precontrattuale si è mai avvertito il bisogno di giustificare una banale ipotesi di lesione dell'affidamento con una conversione dell'interesse leso in una perdita di *chance* (va peraltro segnalato — come correttamente evidenzia TARULLO, 677 ss. — che la nozione di perdita di *chance*, nell'ambito dell'ingiustizia del danno, viene variamente utilizzata sia per designare semplicemente il giudizio prognostico relativo agli interessi pretensivi sia, più impropriamente, per indicare una presunta autonoma situazione giuridica soggettiva).

L'indagine sull'affidamento maturato rispetto al provvedimento amministrativo favorevole, tuttavia, non può sempre fondarsi sulla prognosi normativa, non solo — come si dirà — perché eventuali sopravvenienze nella regolamentazione applicabile devono ritenersi non determinanti, ma anche perché molto spesso in base alla normativa non si è in grado di effettuare alcuna prognosi.

In siffatte ipotesi conta non tanto la probabilità di conseguire il risultato in base alla normativa applicabile, quanto piuttosto verificare se nelle circostanze concrete la p.a. abbia ingenerato un legittimo affidamento nella possibilità di conseguire il provvedimento atteso.

Si immagini — in materia edilizia — al caso in cui sia stato approvato un piano di lottizzazione che rende oggettivamente prevedibile la possibilità di ottenere la concessione edilizia (emblematico in tal senso il TAR Sicilia, Catania, 18 gennaio 2000, n. 38, in *Foro it.*, 2000, III, 196 ss. e in *Danno e resp.*, 2000, 307 ss., con nota di CARBONE, *Rivincita del cittadino e fine di un privilegio: prime condanne della p.a. a risarcire la lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 2000, 388 ss., con nota di DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*). Tale condotta della p.a. suscita un affidamento nella possibilità di ottenere il provvedimento che dovrebbe consentire una tutela risarcitoria. E invero proprio vicende di lottizzazione e di successiva istanza di concessione edilizia consentono di porre l'accento sul controverso tema — già sopra menzionato — della risarcibilità dell'interesse le-

Il giudizio prognostico in base alle circostanze concrete e alla condotta della p.a.

La risarcibilità dell'interesse legittimo in vicende che rendono a posteriori impossibile conseguire il provvedimento favorevole

giù in presenza di un risultato non più conseguibile. Ferma restando l'ovvia necessità che nel momento in cui l'interesse viene leso sussista l'affidamento in un risultato oggettivamente perseguibile, è dibattuto se debba o meno rilevarsi che, per circostanze sopravvenute, il provvedimento favorevole non si possa più ottenere.

Il tema è al centro della tormentata vicenda che, dopo aver suscitato il *revirement* della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, ha dato occasione a due diverse impostazioni: l'una espressa in primo grado e in Cassazione, l'altra in appello (Trib. Firenze, 28 febbraio 2000, n. 473, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 129 ss.; App. Firenze, 29 maggio 2001, n. 145 ss, nonché in *Foro it.*, 2002, I, 1211 ss. con nota di Gil, *Lilleto per c.d. lesione di interessi legittimi delimitato da Cass. 500/ST/99 alla (ulteriore) prova di applicazione concreta*; Cass., 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78 ss.). Il fatto storico riguarda un lungo contenzioso tra un privato, che nel 1964 stipula con il Comune di Fiesole una convenzione di lottizzazione, e la stessa pubblica amministrazione che nel 1971 adotta un Piano regolatore generale che desuma la medesima area a pascolo agricolo impedendo il riconoscimento della concessione. Il privato impugna il P.R.G. e il Consiglio di Stato nel 1990 annulla il provvedimento per difetto di motivazione circa la destinazione della zona che disattende le scelte implementate nella convenzione di lottizzazione. Nel contempo, nel 1984, il Comune adotta una variante che motiva e rende esplicite le ragioni della destinazione a verde agricolo della zona e subito dopo la pronuncia del Consiglio di Stato, il Comune provvede ad adottare con adeguata motivazione il Piano Regolatore Generale del 1971. Il Consiglio di Stato, nuovamente adito in sede di giudizio di ottemperanza, ritiene legittima l'adozione del P.R.G. considerandola attuativa del precedente giudizio. Il privato, a questo punto, si rivolge all'autorità giudiziaria ordinaria per chiedere il risarcimento dei danni maturati sino alla variante del 1984.

Orbene, sulla base di tali fatti e a seguito del regolamento di competenza emanato dalla Cassazione, il privato si vede dapprima riconoscere dal Tribunale di Firenze il risarcimento del danno; di seguito, se lo vede negare dalla Corte d'Appello e, da ultimo, nuovamente affermare in Cassazione. Nessuna delle argomentazioni utilizzate nei diversi gradi di giudizio appare convin-

cente. Il Tribunale e i giudici di legittimità qualificano la situazione soggettiva lesa come interesse oppositivo, ritenendo che divenga tale l'interesse legittimo a seguito di una convenzione di lottizzazione. Per converso, la Corte d'Appello qualifica come interesse pretensivo la situazione lesa e considera inidoneo a giustificare una pretesa risarcitoria un vizio di natura meramente formale, quale il difetto di motivazione: questo, una volta sanato, non impedisce, infatti, un provvedimento della p.a. legittimamente lesivo dell'interesse del privato.

Una prima constatazione necessaria è che il tentativo di qualificare in termini di interesse oppositivo la situazione soggettiva lesa nasconde un nuovo approccio formalista — non diverso dalla passata costruzione fittizia di diritti soggettivi — che cerca di schermare la sostanza dell'interesse lesa con una forma capace di assicurare in via automatica la tutela risarcitoria.

Ma l'interesse lesa, evidentemente, non ha né la forma né la sostanza di un interesse oppositivo, mentre il problema è stabilire se, dinanzi alla lesione di un interesse pretensivo, la cui base sostanziale sottende un oggettivo affidamento rilevante al momento in cui l'interesse è lesa, possa avere tutela risarcitoria anche se eventi sopravvenuti e, specificamente, un successivo provvedimento della p.a. (quale per l'appunto la variante del 1984) rendono il provvedimento favorevole impossibile da conseguire.

La risposta deve ritenersi certamente affermativa per tre ordini di ragioni, già in parte anticipate. Innanzitutto, l'affidamento deve essere valutato nella sua rilevanza *a priori*, ossia nel momento della lesione dell'interesse e non *a posteriori*, poiché altrimenti risulterebbe sempre ingiustificata la responsabilità precontrattuale quando un soggetto interrompe le trattative con l'altra parte per concludere il contratto rispetto ad un terzo. D'altro canto, la costruzione dell'affidamento deve tenere conto non solo delle probabilità di conseguire in astratto il provvedimento alla luce della normativa applicabile, ma anche delle circostanze concrete e specificamente dell'effettiva condotta tenuta dalla p.a. Infine, l'affidamento ingenerato dalla condotta della p.a. deve reputarsi un affidamento legittimo, essendo legittima e corretta l'attività della p.a. da cui l'affidamento scaturisce, vale a dire la convenzione in lottizzazione.

Differente, invece, appare la situazione, anch'essa ascrivibile ad una vicenda giurisprudenziale (Cass., 4 settembre 2001, n. 11396, in *Corr. giur.*, 2002, 343 ss., con nota di MOROZZO DELLA ROCCA, *Re-*

Il giudizio di risarcibilità affidato alla comparazione in concreto degli interessi in conflitto

sponsabilità della p.a. ex art. 2043 c.c.: una "colpevole", comunque discutibile, affermazione di assenza di colpa in cui alla base dell'interesse legittimo si configura un affidamento frutto di una condotta illegittima della p.a. lesiva di interessi di rilevanza prioritaria, mentre il successivo e corretto tentativo della p.a. di proteggere tali interessi risulta viziato da ragioni formali.

In particolare, la vicenda esaminata dalla Cassazione riguarda un provvedimento, emanato dalla Giunta della Regione Lombardia a favore di una società per lo smaltimento dei rifiuti, di autorizzazione all'impianto e all'esercizio di un giacimento di rifiuti speciali, che confliggeva con il prioritario interesse alla salute ed all'ambiente salubre degli abitanti della zona. Il Comune, facendosi portavoce di tali esigenze, impugnò le deliberazioni di autorizzazione, dopodiché, essendo risultato soccombente, adottò una variante al PRG, che destina l'area a parco naturale e a rispetto cimiteriale, ma che sotto il profilo formale presentava elementi di illegittimità. La società intentò un'azione di danni ma, dopo aver vinto in primo grado, risulta soccombente in appello e in Cassazione. L'argomento che si legge nella pronuncia di ultimo grado è che, pur volendo ammettere che fosse stato ingenerato un affidamento, doveva comunque reputarsi, alla luce "delle regole elementari di parzialità, di correttezza e di buona amministrazione (...)" incolpevole la scelta comunale di privilegiare in modo drastico ed incondizionato, ed anche a scapito di altre esigenze, l'interesse alla integrità e salubrità ambientale ed alla esclusione di rischi di impatto ambientale proprio della piccola comunità amministrata" (344-345).

I rapporti tra ingiustizia del danno e giudizio sulla colpa

Lo stesso ricorso, la valutazione in termini di corretto privilegio di interessi prioritari riguarda il giudizio sull'ingiustizia del danno e non quello sulla colpevolezza. Tuttavia, posto che la colpa della p.a. si deve presumere in base al tipo di condotta tenuta, è giusto constatare che un comportamento nella sostanza *in re*, anche se il legittimo secondo la normativa di diritto amministrativo, non comporta di far risalire — in via presuntiva — all'esistenza di una colpa rilevante ai fini risarcitori. In tal senso, la pronuncia della Cassazione in esame opera una parziale correzione dell'impostazione accolta dalla Corte d'Appello (che si allineava passivamente alla sentenza n. 500) la dove riconosce che: "è ben vero che la ponderazione degli interessi in gioco (che emana dal rispetto della

parzialità, correttezza e buona amministrazione) può avere rilevanza nella sede della ponderazione degli interessi stessi (dunque in sede di ingiustizia, ma) la stessa ponderazione (e dunque il carattere *iure o non iure*) assume profilo decisivo (...) nella sede del giudizio di colpevolezza": più precisamente, nel fondare la presunzione di colpevolezza.

Chiaramente, il bilanciamento di interessi che consente di realizzare la correttezza opera *a fortiori* se l'affidamento ingenerato dalla p.a. deriva da una sua condotta illegittima e arbitraria. Del resto, come si è già in precedenza illustrato, un bilanciamento di interessi non può escludersi neppure nel caso degli interessi oppositivi. Se così non fosse nell'ipotesi in cui il privato riuscisse ad ottenere un provvedimento illegittimo, magari corrompendo un funzionario, potrebbe rivendicare un risarcimento del danno nei confronti della p.a. che provvedesse a revocare il provvedimento stesso, eventualmente incorrendo, a sua volta, in un vizio, anche se solo di forma o di procedura.

In definitiva, l'accertamento sulla tutela di un affidamento rispetto al risultato atteso non può fondarsi solo sul dato normativo, e comunque non deve essere condizionato *a priori* da presunte classificazioni sulla normativa applicabile (va all'uopo condivisa la critica di CARANTA, *La pubblica amministrazione*, 1999, 3202 ss., ai tentativi di tornare a classificazioni della disciplina amministrativistica che echeggiano la distinzione tra norme di azione e norme di relazione nonché la teorica dello scopo della norma violata), ma deve sempre tenere conto anche delle circostanze concrete ed, in particolare, della condotta della p.a. che può avere di fatto ingenerato un affidamento nel cittadino. Tale approccio, del resto, è quello che maggiormente rispetta il modello privatistico della responsabilità precontrattuale e che evita le accuse di chi acutamente rileva che non è dato qualificare l'art. 2043 c.c. come clausola generale se poi la stessa indagine sulla risarcibilità è integralmente ed esclusivamente affidata a parametri normativi (LUMINOSO, 55 ss.).

5. Conclusioni sulla responsabilità della p.a. per lesione degli interessi legittimi.

La responsabilità della p.a. può essere impostata secondo due logiche radicalmente contrapposte: quella che fa sorgere l'obbl-

go risarcitorio unicamente da una condotta illegittima o scorretta e quella che invece ritiene la p.a. obbligata solo nei confronti di soggetti che possano far valere interessi sostanziali che trascendono il generico interesse alla correttezza della p.a.

La prima opzione può essere perseguita attraverso l'*iter* della responsabilità contrattuale, che per definizione si fonda sul mero presupposto della violazione di una condotta dovuta, o attraverso la responsabilità aquiliana se si accoglie la tesi della risarcibilità automatica di qualunque interesse legittimo. Quest'ultimo, infatti, è una situazione soggettiva peccata che sorge nei confronti della p.a. in presenza di qualsiasi violazione o scorrettezza, sicché la sua supposta risarcibilità automatica equivarrebbe nuovamente ad una responsabilità da mera violazione e nella tutela di un generico interesse alla correttezza dell'altro condotta.

Orbene, rinviando ogni considerazione in merito alla responsabilità contrattuale, occorre rilevare — rispetto alla ricostruzione fondata sull'assunto di un automatismo nella tutela — che in nessun ambito della responsabilità aquiliana di diritto comune risulta protetto un interesse giuridico la cui base sostanziale consista unicamente nell'esigenza dell'altro correttezza. Colui che tratta i dati personali o il giornalista che scrive un articolo di giornale non rispondono mai della mera scorrettezza, ma della scorretta lesione di interessi sostanziali.

Nella stessa dimensione precontrattuale, che è il modello più vicino alla responsabilità della p.a., la scorrettezza in sé non basta mai a far sorgere l'obbligazione risarcitoria, poiché occorre anche provare che la condotta scorretta abbia leso un affidamento, cioè uno specifico interesse giuridico protetto verso la conclusione del contratto.

In definitiva, la correttezza è un fondamentale criterio di giudizio dei comportamenti, ma non può né fondare un interesse alla correttezza autonomamente rilevante né — come si dirà nel prossimo capitolo — postulare un'obbligazione senza prestazione che, a sua volta, a *latere conditionis* verrebbe a tutelare un mero interesse alla correttezza.

Di conseguenza, posto che con il semplice avvio del procedimento amministrativo i privati godono di un interesse legittimo che nella sostanza può sostenere anche solo l'interesse ad una condotta legittima e corretta della p.a., è inevitabile concludere che nell'ambito degli interessi legittimi sia necessaria una selezione degli interessi di selezione necessaria.

Tale scelta, oltre ad essere coerente con l'assetto normativo interno, è confermata dal sistema comunitario, dove sin dai tempi della dir. 92/13/CEE il diritto al risarcimento in materia di appalti veniva subordinato alla dimostrazione di una "possibilità concreta" di conseguire l'aggiudicazione (così TARULLO, 684).

Del resto, la medesima opzione di fondo impedisce, sul piano operativo, di legittimare un sistema in cui soggetti del tutto sforiniti dei presupposti per poter aspirare al provvedimento amministrativo desiderato siano invogliati a partecipare semplicemente confidando nell'errore, magari formale, della p.a. Né sono sufficienti gli argini che segna il concetto di danno (è questa la tesi di SCOCA, 28 e 36 ss. che propone di ammettere sempre e comunque la risarcibilità dell'interesse legittimo) specie ove si consideri che tale categoria si va dilatando sia dal lato del lucro cessante, per effetto di alcune aperture giurisprudenziali alla perdita di *chance*, sia dal lato dei danni non patrimoniali (si interroga sulla possibilità che dalla lesione di interessi legittimi scaturiscano pretese di danni biologici, morali ed esistenziali OPPO, 396).

In sostanza, non tutti gli interessi legittimi meritano una tutela risarcitoria, in particolare non spetta a quelli che a livello sostanziale sottendono solo un interesse alla corretta condotta della p.a. Per la loro lesione — si pensi al caso del concorso pubblico annullato alle prime battute — è ipotizzabile, tutt'al più, un meccanismo di tutela indennitaria.

Concludendo, nell'ambito degli interessi legittimi deve ritenersi necessaria una selezione che rispetti non solo nelle dichiarazioni teoriche ma anche in pratica la logica della clausola generale e della comparazione degli interessi.

In particolare, si deve valutare la risarcibilità alla luce della base sostanziale dell'interesse leso; ciò attribuisce rilevanza al rapporto tra interesse e risultato finale atteso dal soggetto titolare e, nel caso degli interessi proiettati verso un bene futuro, induce ad effettuare una valutazione sulla lesione di un affidamento oggettivamente ingenerato. Questo tipo di valutazione non può mai condursi solo in astratto alla luce della normativa applicabile, ma deve anche tenere conto delle circostanze concrete e della effettiva condotta tenuta dalla p.a.

Il giudizio sull'ingiustizia, infine, deve sempre preservare un margine di valutazione comparativa al giudice nei casi in cui l'interesse leso (sia esso interesse oppositivo o pretensivo) risulti for-

Sintesi dei
criteri
selettivi

Il giudizio
comparativo

malmente protetto come interesse legittimo, ma nella sostanza la stessa p.a. protegge. Questo chiaramente non vale a ritenere la p.a. non responsabile per aver inizialmente tenuto una condotta illegittima o collusiva con il privato, ma la rende responsabile nei confronti di altri soggetti danneggiati e non del privato che ha approfittato di tale condotta illegittima.

In questa sede, nell'ambito dell'ingiustizia ed in sede di giudizio conclusivo affidato alla logica comparativa, viene dunque in gioco il criterio della correttezza, che impropriamente la Suprema Corte aveva collocato nel diverso contesto della colpa, creando un'ingiustificata diversità di trattamento tra diritti soggettivi ed interessi legittimi (CASTROVINO, 1999, 1273) nonché un'inopinata conversione della colpa in chiave oggettiva, fonte di un inutile duplicato dell'ingiustizia del danno (sembra confondere i due piani Cons. St., 10 agosto 2004, n. 5500, in *Foro it.*, 2005, III, 295 ss., con nota di FRACCHIA: "La mancata esclusione dell'impresa sprovvista di dotazioni tecniche necessarie a garantire la prestazione dei servizi dovuti integra l'elemento soggettivo della colpa ai fini del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi; infatti, tale omissione viola le regole di condotta più sicure ed evidenti di una gara pubblica: la par condicio dei concorrenti e l'ammissione alla contrattazione delle sole imprese dotate della capacità tecnica necessaria a garantire correttamente la prestazione dovuta").

Semmai, nell'ambito della responsabilità della p.a., in ragione della stessa struttura dell'apparato amministrativo e per l'evidente difficoltà di provare la colpa del singolo funzionario, si deve affermare una presunzione di colpa, una delle tante e diffuse presunzioni giurisprudenziali, che sia tale però da non escludere una possibile prova contraria, la dimostrazione, ad esempio, di un errore scusabile.

Quello che comunque occorre puntualizzare è che la sussistenza o meno della colpa, in quanto elemento della fattispecie risarcitoria, non deve misurarsi rispetto al compimento di un atto in quanto illegittimo, ma in quanto *non iure*. Pertanto, il passaggio argomentativo della Cassazione può in parte giustificarsi nel senso che se un comportamento della p.a. è illegittimo ma non si qualifica come ingiusto, perché ad esempio *iure* in base alla regola di correttezza, non è dato presumere dall'illegittimità la colpa.

Il rapporto
tra
ingiustizia e
colpa

ma è piuttosto sulla base della condotta *non iure* che può fondarsi la presunzione in materia di colpa.

Dal tentativo che si è effettuato di esplicitare il ragionamento della selezione degli interessi emerge chiaramente che sussiste un margine di valutazione non prevedibile *in toto e a priori* e che si avvale di parametri normativi fortemente condizionati dalle circostanze del caso concreto. Tale margine di indeterminatezza, lungi dal creare timori, è la sola conclusione coerente con l'ottica dell'art. 2043 c.c. inteso come clausola generale ed è anche quella che meno scontenta in una materia in cui la complessità e la varietà delle vicende reali rende poco auspicabile soluzioni semplificatorie ed aprioristiche. Non convincono, in particolare, né la tesi di chi, dinanzi all'apertura oramai verificatasi, proclama la tutela di qualsivoglia interesse legittimo, né la posizione di coloro che, dopo aver accolto la tesi della clausola generale tentano poi di schermare ogni soluzione sul piano della predeterminazione normativa, né — come si dirà meglio in seguito — la tesi di chi dinanzi alla complessità del tema ritiene che sia meglio tagliare il nodo gordiano dell'ingiustizia e rifugiarsi in un terreno — come la responsabilità contrattuale — in cui l'insolubile *rebus* non verrebbe a porsi (LUMINOSO, 55 ss.).

6. Cenni ai recenti sviluppi sul riparto di giurisdizione e sulla pregiudizialità. Potenziali riflessi sull'ingiustizia del danno.

La materia degli interessi legittimi, un tempo poco interessata da riforme normative specie sul versante della responsabilità, ha visto un succedersi di interventi sino alla l. 205/2000 (in *Corr. giur.*, 2000, 1127 ss., con commento di CARBONE; sulla legge v. altresì GIOVANNINI, 1545 ss.).

L'art. 7 di tale legge introduce, innanzitutto, un'innovazione rispetto agli artt. 33, 34 e 35 del d. lgs. 80/1998 che estende la giurisdizione esclusiva e supera, attraverso la riproduzione formale del testo integrale delle norme, la pregressa obiezione di un eccesso di delega.

Il co. 5 della norma, poi, provvede ad estendere la giurisdizione amministrativa per la materia risarcitoria anche alle ipotesi di competenza di legittimità, connessa cioè puramente con la lesione di interessi legittimi.

La giurisdizione amministrativa nella materia risarcitoria connessa con la competenza di legittimità

Sull'art. 7 interviene di seguito la Corte costituzionale (Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *For. it.*, 2004, I, 2594, con note di BENINI, TRAVI, FRACCHIA) che, dichiarando la parziale incostituzionalità degli artt. 33 e 34 nella parte in cui facevano riferimento a "tutte le controversie in materie di servizi pubblici" nonché nel settore dell'urbanistica ed edilizia anche "ai comportamenti" della p.a., sostiene che non si possa estendere la giurisdizione esclusiva a fattispecie in cui la p.a. non eserciti la sua autorità in quanto ciò si porrebbe in contrasto con l'art. 103, co. 1, Cost. Si torna in tal modo ad enfatizzare la distinzione fondata sul sindacato di un potere autoritativo che verrebbe a separare la giurisdizione amministrativa da quella ordinaria. In un *obiter dictum*, inoltre, la Corte costituzionale specifica che la dichiarazione di incostituzionalità "non investe in alcun modo (...) il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre (...) il risarcimento del danno ingiusto (che) non costituisce sotto alcun profilo una nuova "matéria" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o confomrativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

Obiettivo tanto della Corte costituzionale quanto della l. 241/2000 è, evidentemente, quello di reagire al sistema del doppio binario introdotto dalla pronuncia 500/1999. Questa, negando la pregiudizialità dell'azione amministrativa di annullamento rispetto all'azione civile di risarcimento del danno, aveva sì risolto il problema di evitare che il privato dovesse percorrere fino a cinque gradi di giurisdizione per ottenere una tutela per equivalente, ma aveva introdotto il rischio di possibili contrasti tra giudicati — quello civile e quello amministrativo — in merito alla legittimità della condotta della p.a. Eliminato il sistema del doppio binario, si sono però aperte (o riaperte) nuove questioni a partire dalla pregiudiziale del giudizio di annullamento rispetto all'azione risarcitoria (contestano tale pregiudiziale e sostengono la competenza generale del giudice amministrativo sia per l'azione di annullamento sia per quella di risarcimento del danno CARANTA, 2001, 43 ss. e 54 ss. e CARUGIELLA, 669; dello stesso avviso FRANZONI, 2004, 154 che tuttavia — esclusa la pregiudiziale — rivendica una persistente competenza sull'azione risarcitoria anche del giudice ordinario; difendono invece la pregiudiziale a seguito della l. 205/2000: LIGNANI, 207; ROMANO-TASSONI, 4 ss.).

Reazione al
regime del
doppio
binario

Sulla vicenda in data 26 marzo 2003 si è pronunciato con sentenza n. 4 il Consiglio di Stato in adunanza plenaria (Cons. St., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro it.*, 2003, II, 433, con nota di TRAVI) sostenendo che: "una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia stato impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari". Analoga posizione è stata confermata nella recentissima pronuncia sempre del Cons. St. ad plen., 22 ottobre 2007, n. 12.

Dinanzi a tal pur discutibili interventi dell'Adunanza Plenaria, certamente ispirati all'obiettivo di fornire certezze, il latente conflitto fra dimensione pubblicistica e dimensione privatistica della materia torna a manifestarsi sotto forma di contrasto con la Corte di Cassazione.

Contrasto
tra
Cassazione e
Consiglio di
Stato

Questa, intervenendo a sezioni unite (Cass., sez. un., ord., 26 maggio 2004, n. 10180, in *Foro it.*, 2004, I, 2738, con nota di FRACCHIA) in una controversia risarcitoria fondata sulla illegittimità di atti amministrativi, smentisce apertamente, in punto di pregiudizialità, l'Adunanza Plenaria, là dove afferma che sussiste la giurisdizione amministrativa "anche se (gli) atti non sono stati impugnati davanti al giudice amministrativo". Il diniego della pregiudizialità e le azioni risarcitorie pure sono del resto ribadite in tre ordinanze del 2006 a Sezioni unite (13659, 13600, 13911) e nella pronuncia della I sezione civile 21850/2007.

Ma non è solo la questione della pregiudizialità a veder erodere i pochi confini certi, poiché finanche l'esclusione della materia risarcitoria dalla nozione di materie rilevanti, affermata nell'*obiter dictum* della Corte costituzionale, sembra incrinarsi sia nella pronuncia della Cass., sez. un., 24 settembre 2004, n. 19200 (in *Urb. e app.*, 2004, 1403 ss., con nota di GIOVAGNOLI e in *Dir. giust.*, 2004, fasc. 39, 30, con nota di PROIETTI) sia nell'ordinanza sempre della Cassazione n. 598 del 2005 a Sezioni unite (in *Corr. giur.*,

Da un lato, non può non far sussistere il rischio che quella risarcitoria non sia una materia autonoma, così come fanno necessariamente riflettere la diversità concettuale tra illegittimità ed ingiustizia e la diversità di presupposti fra l'azione di annullamento e l'azione risarcitoria, che la pregiudizialità inevitabilmente andrebbe ad ammentare. Tutto ciò facendo le preoccupazioni sul rischio che si introducano nuovi, surrettizi privilegi per la p.a., che si perda il ruolo nomofilattico della Cassazione e con

Da un lato, si pone l'esigenza di salvaguardare la specificità della responsabilità della p.a. e di fruire del vantaggio di una giurisprudenza (quella amministrativa) maggiormente competente rispetto alla complessa materia del procedimento amministrativo e, dunque, anche più in grado di condurre il giudizio di selezione degli interessi risarcibili e di valutare la consistenza del pregiudizio conseguente (così LIRVI, 601).

L'impressione è che il tema della giurisdizione e della pregiudizialità portino all'esasperazione lo scontro fra le due dimensioni, pubblicistica e privatistica, del fenomeno.

2006, 383 ss., con nota di CORTESI). Nella prima si afferma che "in materia di responsabilità civile, in presenza delle condizioni di risarcibilità richieste dall'art. 2043 c.c. il danneggiato è titolare di un diritto soggettivo (di credito) al risarcimento del danno ingiusto autonomo e distinto dalla posizione giuridica violata, dalla cui natura (di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo o di altro interesse giuridicamente rilevante) esso invero prescinde; ne consegue che l'azione di risarcimento deve essere proposta avanti al giudice ordinario anche quando la lesione abbia riguardo ad una posizione di interesse legittimo, fatta eccezione per i casi in cui sussista una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo estesa ai diritti patrimoniali consequenziali". Nella seconda, dal canto, in sede di regolamento di giurisdizione si sostiene che "alla classe delle controversie, devolute al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, relative a concessioni di pubblici servizi, non appartiene più quella riguardante le controversie relative ai rapporti individuali di utenza ed alle controversie meramente risarcitorie". Tale affermazione, proprio nell'enfaticamente risarcitoria la dimensione autonoma delle "controversie meramente risarcitorie" sembra aprire un varco alla possibilità di prescindere dal collegamento con la materia che ha dato causa alla pretesa risarcitoria.

Lo scontro
tra
dimensione
pubblicistica
e privata-
bistica

esso il coordinamento sistematico all'interno della responsabilità civile.

Alla luce di tali considerazioni si potrebbe pensare a confermare la giurisdizione amministrativa estesa a quella risarcitoria per le materie di competenza esclusiva o di legittimità, ma lasciando ferma la possibilità che, quando non si possa più esperire l'annullamento e, dunque, venga in gioco nella sua assoluta autonomia la materia risarcitoria, possa ribadirsi la giurisdizione ordinaria. La decadenza dei termini per l'annullamento dell'atto amministrativo non incide minimamente sul carattere ingiusto del medesimo, dato che l'ingiustizia è concetto che presuppone l'illegittimità in senso sostanziale, senza peraltro coincidere con essa. D'altro canto, possono ricorrere ipotesi in cui il danneggiato non abbia alcun interesse all'annullamento del provvedimento amministrativo: si pensi a colui che non ottenga una concessione edilizia, rivenda il bene come non edificabile, dopodiché accerti che poteva ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo. Il danneggiato non ha nessun interesse ad impugnare l'atto né l'annullamento limita il suo danno sicché non si comprende sul piano sostanziale perché gli si debba imporre l'azione di annullamento.

Tale impostazione, invero, pare di recente recepita dalla Cassazione che, tuttavia, mentre in una prima pronuncia ha ritenuto legittima l'azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario, anche dopo la decadenza del termine per l'annullamento dell'atto (così Cass., sez. un., 23 gennaio 2006, n. 1207, in *Foro it.*, 2006, I, 1053 ss., con note di SCODITTI e TRAVI), successivamente, dopo aver ribadito l'autonomia dell'azione risarcitoria, è tornata a confermare la giurisdizione amministrativa, fuori dei casi in cui "l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale" (Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, ord., in *Resp. civ. prev.*, 2006, 1263 e Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13660, ord., *ivi*, 2006, 1269 ss.). Senonché tale concessione alla giurisdizione amministrativa, preservando l'autonomia dell'azione risarcitoria e dell'ingiustizia del danno rispetto all'illegittimità dell'atto, non pare ancora sufficiente a sanare il conflitto tra le corti (ANGELI, 1219), se è vero che il Consiglio di Stato è tornato ad affermare il principio della pregiudizialità (Cons. St., 21 giugno 2006, n. 3690, in *Urb. e app.*, 2006, 985 ss.; Cons. St., 31 maggio 2007, n. 2822; Cons. St., 8 giugno 2007, n. 3034).

L'impostazione
ricepita
dalla
Cassazione

Tale contrasto sulla pregiudiziale appare ancora più grave ove si tenga conto degli ulteriori sviluppi della giurisprudenza e, in particolare, della pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione (Cass., 28 dicembre 2007, n. 27187) che, nelle materie di giurisdizione esclusiva, ha esteso la competenza del g.a. finanche alla tutela risarcitoria dei diritti soggetti e dei diritti inviolabili dell'uomo, sempre che l'illecito si possa ricondurre ad atti amministrativi che esprimono poteri della p.a. illegittimamente esercitati. Orbene, non vi è dubbio che la tutela risarcitoria di simili diritti non possa essere compresa entro gli angusti confini del termine di decadenza per l'annullamento che, attraverso il meccanismo della pregiudizialità, si riverbererebbe sulla dimensione di protezione essenziale e basilare che spetta allo strumento risarcitorio.

Capitolo IX

IL DANNO NON IURE E LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO

1. Premessa. — 2. L'illecito comunitario dello Stato attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il fondamento della responsabilità. 2.1. Le condizioni di responsabilità dei poteri dello Stato per illecito comunitario. — 3. Le responsabilità del potere legislativo da illecito comunitario. — 4. Dall'illecito comunitario alla responsabilità del potere legislativo per illecito costituzionale. — 5. Dal caso Köbler alla responsabilità endostatuale del potere giudiziario.

Bibliografia: ALFA, *Problemi attuali in tema di responsabilità della pubblica amministrazione: lesione di interessi legittimi ed illecito comunitario*, in *Contr. impr./Eur.*, 1999, I, 83 ss.; BARONE-PARDOLESI, *Nota a Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite n. 6/90 e 9/90 caso Francovich c. Italia*, in *Foro it.*, 1992, IV, 145 ss.; BIFOLCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999; BREGCIA-PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato*, Pisa, 2006; CALZOLANO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Milano, 2004; CARANTA, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Gur. it.*, 1992, I, 1, 1169 ss.; CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, in *Foro it.*, 1996, IV, 322 ss.; DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 745 ss.; FASSÒ, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1963, 81 ss.; FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; KANT, *La metafisica dei costumi (1797)*, Roma-Bari, 1996; JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2005; MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; MERUSI, *Buona fede e tutela dell'affidamento nella programmazione economica*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001; PASSERONE, *La responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 129; PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005; PONZANELLI, *L'Europa e la responsabilità civile*, in *Foro it.*, 1992, 150 ss.; RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912; ROPPO, *Appunti in tema di illecito "comunitario" e illecito "costituzionale" del legislatore*, in *Danno e resp.*, 1998, 963 ss.; ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costitu-*

zionale" del legislatore), in *Contr. impr./Eur.*, 1999, I, 101 ss.; Rorpo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *La responsabilità civile dello Stato*, a cura di Dal Canto, Pisa, 23 ss.; SCODITTA, *Profillo di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in Cassazione*, in *Foro it.*, 1996, I, 303 ss.; SCODITTA, *Ancora sull'illecito dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Foro it.*, 2003, I, 2015 ss.; SCODITTA, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss.; SCODITTA, *From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law*, in *European Law Review*, 1993, 3 ss.

I. Premessa.

Il confine tra immunità e responsabilità svela una particolare complessità dinanzi all'ipotesi di una responsabilità dello Stato che, sin dalle riflessioni filosofiche, appare divisa tra due opposti ordini di valutazioni.

Sulla scia del questo aristotelico (*Etica Nicomachea*) — se si possa essere ingiusti verso sé stessi — Rousseau e Kant si chiedono se lo Stato, che in una democrazia rappresenta il popolo, possa essere ingiusto verso lo stesso popolo che rappresenta.

Il quesito sottende una risposta negativa alla quale subito si contrappone un'opposta riflessione. Se è vero che i poteri dello Stato sono — secondo il filosofo Hans Jonas (Jonas, 128 ss.) — paradigmi eminenti della responsabilità per il da farsi, dell'essere responsabili per il benessere di altri, come si può accettare che proprio tali poteri non siano responsabili là dove, anziché promuovere il benessere dei cittadini, provochino agli stessi danni.

Il respiro generale della riflessione filosofica sembra rendere insolubile l'alternativa tra responsabilità ed immunità.

Ma l'approccio giuridico può sottrarsi alla drasticità del bivio con un metodo che tende dapprima ad identificare e ad ordinare i problemi e, di seguito, ad affrontarli nella loro singolare specificità. Dietro l'etichetta della responsabilità civile dello Stato si celano una grande varietà di figure accomunate dal riferimento alla responsabilità di un potere dello Stato o dello Stato nel suo complesso.

Si ascrivono, dunque, potenzialmente a tale area: la responsabilità del potere amministrativo; la responsabilità del potere giudiziario; la responsabilità del potere legislativo; la responsabilità del-

Responsabilità dello Stato

lo Stato italiano per violazione del diritto comunitario; la responsabilità degli Stati aderenti alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo per violazione della medesima Convenzione; e, infine, la responsabilità di uno Stato straniero nei confronti di un cittadino italiano per un comportamento di tale gravità da costituire un crimine internazionale lesivo dei diritti fondamentali (cfr. Cass., 11 marzo 2004, n. 5044, in *Giust. civ.*, 2004, I, 1191, con nota di BARATTA).

Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario

Ciascuna di dette figure presenta connotazioni peculiari e sottende anche storicamente una vicenda autonoma. Non mancano, però, importanti elementi aggreganti a partire dall'accelerazione che la vicenda comunitaria ha esercitato sugli sviluppi della responsabilità dello Stato articolato in tutti i suoi poteri.

Come si è già anticipato, tra i fattori che hanno dato maggiore impulso alla responsabilità della p.a. si segnala, oltre alla responsabilità dello Stato per illecito comunitario, la risarcibilità del danno per atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o di forniture e delle relative norme interne di recepimento.

Rispetto poi al potere legislativo sempre la responsabilità da illecito comunitario suscita la riflessione in parallelo (ROFFO, 1999, 116) su una possibile responsabilità per "cattivo esercizio del potere legislativo" da violazione costituzionale.

Responsabilità per cattivo esercizio di potere legislativo

Da ultimo, il caso deciso dalla Corte di giustizia *Brasserie du pêcheur - Factortame III*, che riferisce a tutti gli organi dello Stato una possibile responsabilità per mancata o inesatta attuazione delle Direttive comunitarie nonché il caso *Köbler* che specificamente si occupa del potere giudiziario stimolano una riflessione problematica sulla latitudine della responsabilità del potere giudiziario all'interno del sistema italiano (cfr. ROFFO, 2006, 41 ss.).

Il confronto fra illeciti comunitari ed illeciti endostatali dei singoli poteri deve rifuggire da opposte letture semplicistiche.

Non è dato inferirne l'eccezionalità dell'illecito comunitario spiegata in termini di dialettica fra poteri sovrani, con l'esito di ribadire la sovranità dello Stato soccombente solo dinanzi ad un potere sovrano di rango superiore. Smentiscono una tale deduzione non solo il lungo dibattito sulla crisi della sovranità dello Stato, ma anche lo stesso dato normativo che confuta una presunta sovranità assoluta dell'Unione Europea. L'art. 6 del Trattato di Maastricht contempla il rispetto da parte dell'Unione dei principi

di libertà e democrazia nonché "dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto" che inunsecamente limitano i poteri dell'Unione, suggerendo una dialettica fra Unità e singoli Stati all'insegna di una convergente primato del diritto fondamentale e dello stato di diritto. L'art. 288 del Trattato istitutivo dell'Unione, d'altro canto, prevede una responsabilità esclusiva delle sue stesse istituzioni e agenti, nell'esercizio delle loro funzioni, regolata dai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri".

Se, dunque, la latitudine dell'illecito comunitario non si giustifica in termini di socombenza dello Stato rispetto ad un potere sovrano di rango superiore neppure è dato ipotizzare una mera omologazione tra illeciti comunitari ed illeciti endostatali dei pubblici poteri. Osa ad un tale sillogismo la peculiarità dell'ordinamento comunitario riflessa nel novellato art. 117 Cost. che impone al potere legislativo il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali *a latere* del rispetto della Costituzione.

L'esclusione di opposte letture semplicistiche conduce ad alcune prime considerazioni.

Il passaggio dalla dimensione della sovranità alla ricerca dei limiti intrinseci ai poteri statuali nel rispetto dello stato di diritto è storicamente ben antecedente alla costituzione dell'ordinamento comunitario, che tuttavia ha, senza dubbio, accelerato il processo di crisi delle immunità dei pubblici poteri.

Il confronto fra illecito comunitario e illecito interno dei poteri statuali, se non giustifica una mera uniformazione, impone comunque una valutazione comparativa che giudichi sino a che punto si giustifichi una tutela privilegiata del cittadino che invoca chi la violazione del diritto comunitario ed entro che limiti, viceversa, non si possa tollerare una mancanza di protezione per gli illeciti endostatali dei pubblici poteri a fronte della tutela concessa per gli illeciti comunitari.

Da ultimo, se è vero che la responsabilità di ciascun potere implica una differente valutazione della dialettica fra immunità e responsabilità non si può trascurare il confronto tra i differenti poteri nella riflessione sull'ambito di responsabilità e sulle connessioni di ciascun settore. Basti, all'uopo, considerare come la responsabilità della P.A., che pure è assolutamente peculiare rispetto a quella del potere legislativo poiché non coinvolge le proble-

Illecito
comunitario
e illecito
interno

matiche dell'investitura popolare e della sovranità popolare, purtuttavia presenta aspetti di similitudine con essa. Li accomuna il possibile coinvolgimento della lesione di interessi legittimi ed il carattere plurioffensivo dell'illecito, sicché nella ricostruzione di un illecito del potere legislativo non possono trascurarsi gli sviluppi dell'illecito della p.a. sia per l'apertura riconosciuta alla risarcibilità degli interessi legittimi sia per le soluzioni proposte al fine di contenere il potenziale dilagare di pretese risarcitorie a fronte di illeciti plurioffensivi.

2. L'illecito comunitario dello Stato attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia. Il fondamento della responsabilità.

La responsabilità dello Stato o meglio le responsabilità dei poteri dello Stato da illecito comunitario vengono progressivamente ricostruite dalla Corte di giustizia attraverso il succedersi di importanti pronunce.

La fonte giurisprudenziale viene espressamente giustificata dalla Corte di giustizia che — nel caso *Brasserie du pêcheur - Factortame III* — adduce due ragioni. Innanzitutto, la mancanza di disposizioni nel Trattato che disciplinino in modo diretto e puntuale le conseguenze delle violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri finisce per attribuire alla Corte, che ex art. 164 del Trattato è chiamata a garantire l'osservanza del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato, il compito di statuire su tale questione "avvalendosi dei canoni interpretativi generalmente accolti, facendo ricorso in particolare ai principî fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario e, se necessario, a principî generali comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri".

D'altro canto, viene altresì addotto il modello di un "gran numero di ordinamenti giuridici nazionali" dove pure il regime giuridico della responsabilità dello Stato è stato elaborato, in maniera determinante, per via giurisprudenziale.

Già da questi argomenti in favore della fonte giurisprudenziale (su cui cfr. DI MAJO, 755 che ravvisa, come vero fondamento della responsabilità ricostruita dalla giurisprudenza, il principio di effettività della tutela e il principio dell'effetto utile) traspare, per un verso, la peculiarità dell'illecito comunitario, ma, per un altro

verso, una fitta trama che accompagna la riflessione a livello comunitario a quella interna e che attraversa trasversalmente la responsabilità dello Stato.

Affinità e peculiarità, analogie e differenze si avvertono sia sul piano del fondamento che giustifica la responsabilità sia sul terreno dei presupposti che consentono di costruire figure di responsabilità.

La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario ha, innanzitutto, una motivazione interna allo stesso ordinamento comunitario, identificata — nel caso Francovich — con l'art. 5 (attualmente 10) del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario (...) obblighi (tra i quali deve ascrivere) quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario. Supporta tale argomentazione anche il riferimento all'art. 189, co. 3, del Trattato (attualmente art. 249, co. 3) dove si afferma il carattere vincolante delle direttive rispetto agli Stati membri.

Orbene, se la responsabilità degli Stati membri si fonda sugli obblighi da questi assunti con il Trattato e conseguenzialmente chiedono se ciò sia il tributo che lo Stato paga ad un ordinamento di cui ha implicitamente riconosciuto attraverso il Trattato il rango superiore dello Stato una fattispecie eccezionale configurabile solo nell'illec-

to comunitario, è certamente negata e viene offerta dalla stessa Corte di giustizia nel caso Brasserie du Pêcheur - Factorame III. Dialogando apertamente con il precedente caso Francovich, la sentenza del 1996 proprio nel giustificare — come si è sopra evidenziato — la fonte giurisprudenziale chiarisce, insieme al titolo di legittimazione della Corte, il fondamento normativo della sua argomentazione in favore della responsabilità. Si tratta dell'ex art. 215, co. 2 (attualmente art. 288, co. 2), del Trattato in cui si afferma l'obbligo della stessa Comunità di risarcire "i danni cagionati dalle sue istituzioni e dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni" sulla base di una responsabilità extraccontrattuale la cui disciplina si deve evincere — secondo la norma — dai "principi generali comuni agli Stati membri".

Tali principi vengono immediatamente ricondotti dalla Corte ad un unico principio quello secondo cui "un'azione o un'omis-

sione illegittima comporta l'obbligo della riparazione del danno arrecato (...) disposizione (che) pone altresì in evidenza l'obbligo, incombente alle pubbliche autorità, di risarcire i danni cagionati nell'esercizio delle loro funzioni".

Il ragionamento della Corte è, per un verso, semplicistico — quanto meno nell'affermazione di principio non poi nella sua applicazione — ma, per un altro verso, rende evidente il filo rosso che accomuna il fondamento della responsabilità dello Stato dentro e fuori l'ordinamento comunitario. Non esiste potere, sia esso dello Stato o della Comunità, che possa invocare una sovranità intangibile e dunque un'assoluta immunità rispetto al principio della responsabilità. La ragione taciuta, ma implicita, è che qualsiasi potere dello Stato così come qualsiasi organo della Comunità, come espressamente riconosce l'art. 6 (*ex art. F*) del Trattato di Maastricht, sono soggetti al rispetto dei diritti dell'uomo, delle libertà fondamentali e dello stato di diritto.

Rispetto dei
diritti
dell'uomo
delle libertà
fondamen-
tali e dello
Stato di
diritto

Quest'ultimo riferimento riveste un'importanza centrale se è vero che è proprio nella formula dello Stato di diritto, cui alcuni Autori (PIZZORUSSO, 113 s.) preferiscono quella del principio di legalità (etimologicamente più vicina all'esperienza anglosassone rispetto a quella tedesca), che si ravvisa il fondamento della responsabilità dello Stato estesa allo stesso potere legislativo (BIFULCO, 45 ss.). Se già nel pensiero kantiano l'idea dello Stato al servizio della ragione associava al termine *Rechtsstaat* l'immagine di un limite allo Stato come apparato (KANT, *La metafisica dei costumi*, § 43 e 44), nel passaggio dal pensiero filosofico all'uso giuridico del termine ben presto lo Stato di diritto incarna l'idea che il diritto sia ciò che al tempo stesso "conferisce piena visibilità alla potenza dello Stato (... e) ne limita la sua illimitatezza" (BIFULCO, 54). Lo Stato di diritto è lo "Stato in quanto si sottopone al diritto, e di questo assicura l'osservanza anche in riguardo a se medesimo" (RANELLETTI, 142), sicché lo *ius* non può ridursi a *iussum* (FASSÒ, 116).

Il carattere così pregnante dell'espressione Stato di diritto, tanto più in quanto richiamata in un'accezione materiale e costituzionale in virtù dell'accostamento al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rende evidente il fondamento più profondo della responsabilità dello Stato e la sua valenza aggregante i possibili illeciti di pubblici poteri di fonte comunitaria o interni ai singoli Stati.



Tornando alle affermazioni della Corte nel caso Brasserie du pêcheur - Factorie III appare, viceversa, viziato da un eccesso di semplificazione, che diviene falsificazione, sostenere che ogni atto (azione od omissione) illegittimo faccia sorgere l'obbligo al risarcimento del danno. Ma tale affermazione in effetti non corrisponde a quello che la stessa Corte di giustizia in concreto sostiene allorché procede all'identificazione dei presupposti sui quali costruisce le figure di responsabilità.

2.1. *Le condizioni di responsabilità dei poteri dello Stato per illecito comunitario.*

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dal caso Francovich, al caso Brasserie du pêcheur - Factorie III, al caso Hedley Lomas Ltd., sino al caso Köbler evidenzia innanzitutto la possibilità di riferire l'illecito comunitario a qualunque potere dello Stato; al potere legislativo, per omissione (caso Francovich, Corte giustizia CE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, in *Foro it.*, 1992, IV, 145 ss., con note di BARONE e PARDOLESI) o per illecito commissivo (caso Brasserie du pêcheur - Factorie III, Corte giustizia CE, 5 marzo 1996, C-46, in *Foro it.*, 1996, IV, 185 ss.); al potere amministrativo (caso Hedley Lomas Ltd., Corte giustizia CE, 23 maggio 1996, C-5/94, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 323 ss.) e al potere giudiziario (caso Köbler, Corte giustizia CE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss., con nota di SCODITTI).

D'altro canto, il prospettare di diverse condizioni idonee a far scaturire la responsabilità dei poteri dello Stato parrebbe far intervenire un'evoluzione e un cambiamento nella ricostruzione della Corte.

In realtà, cercando di interpretare il succedersi delle pronunce, quanto è dato evincere non è tanto un mutamento di opinione, quanto la necessità di declinare al plurale la stessa responsabilità dello Stato da illecito comunitario, tenendo conto delle varietà di poteri coinvolti. Ciò non toglie che talora la Corte sembri quasi voler giustificare, rispetto al precedente, l'adattamento dei criteri di responsabilità. Così nel caso Hedley Lomas Ltd., relativo ad un illecito comunitario del potere amministrativo, si sostituisce alla violazione grave e manifesta, prevista nel caso Brasserie du pêcheur - Factorie III per l'illecito commissivo del legislatore, la formula di "una violazione sufficientemente grave e manifesta".

sta": dove l'avverbio sufficientemente tende, in effetti, a neutralizzare il carattere grave e manifesto della violazione, onde assecondare l'esigenza di un'oggettiva diversità di presupposti per la responsabilità del potere amministrativo rispetto all'illecito commissivo del potere legislativo.

Violazione
sufficiente-
mente grave

Fatti salvi gli espedienti argomentativi della Corte di giustizia, le condizioni di responsabilità devono evidentemente variare in funzione sia del diverso potere coinvolto sia della specifica competenza esercitata dal potere. Ciò si giustifica con un'unica ragione di fondo accuratamente esposta nel caso *Brasserie du pêcheur - Factortame III* e suscettibile, nella sua generalità, di valicare i confini dello stesso illecito comunitario. "La responsabilità — scrive la Corte — tiene conto (...) del margine di valutazione discrezionale rimesso all'autore dell'atto controverso". Più precisamente, si può affermare che l'estensione della responsabilità o — se si vuole — gli spazi che la responsabilità erode a terreni di tradizionale immunità sono inversamente proporzionati al grado di discrezionalità di chi esercita il potere: maggiore è la discrezionalità e più rigorosi e stringenti sono i presupposti per affermare una responsabilità, minore è la discrezionalità e più estesi, e talora addirittura automatici rispetto alla condotta illegittima, sono i confini della responsabilità (il medesimo precetto si evince anche dalla sentenza *Dillenkofer*, Corte giustizia CE 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179-94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1009, con nota di JANNARELLI nonché, più di recente, da Corte giustizia CE 4 luglio 2000, causa C-352/98, *ivi*, 2001, I, 1 ss., con nota di CARANTA).

Variabilità
delle
condizioni

Tale dialettica fra discrezionalità del potere esercitato e responsabilità spiega, per un verso, le possibili diverse regole di responsabilità all'interno dello stesso illecito comunitario e, per un altro verso, le inevitabili discrasie fra la responsabilità di un potere dello Stato per violazione del diritto comunitario e la possibile responsabilità del medesimo potere all'interno dello Stato, posto che nel primo ambito l'Unione Europea restringe fortemente la discrezionalità finanche del potere legislativo.

Sulla base di tali premesse è, dunque, importante analizzare sia rispetto al potere legislativo sia a quello giudiziario l'estensione della responsabilità per violazione del diritto comunitario e i possibili riflessi su analoghi illeciti di tipo endostatuale (per quanto riguarda il potere amministrativo si rinvia a quanto specificato in questo stesso paragrafo nonché nel cap. VI).

Estensione
della
responsa-
bilità

3. Le responsabilità del potere legislativo da illecito comunitario.

Rispetto al sistema comunitario il potere legislativo può incorrere in due diversi tipi di violazioni: la mancata attuazione di una direttiva nei termini previsti dalla medesima o la previsione di una normativa non coerente con i principi comunitari e specifica-

mente con le norme del Trattato.

L'elemento che separa le due ipotesi è non solo e non tanto il carattere omissivo della pura violazione rispetto alla non legittimità della condotta attiva, quanto soprattutto il mancato rispetto di un impegno che lascia pochissimi spazi all'autonomia valutativa, rispetto ad una censura di illegittimità che entra nel merito di un'attività in cui si espande la discrezionalità del legislatore, nonostante il vincolo dell'ordinamento comunitario.

Siffatta distinzione è alla base del differente *decisum* del caso *Franco* nel confronto del caso *Brasserie du Pêcheur - Factortame III*.

Le condizioni che il primo caso contempla per la responsabilità da mancata attuazione della direttiva hanno maglie piuttosto ampie: la direttiva deve attribuire diritti a favore dei singoli; il contenuto di tali diritti può essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; sussiste un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi (riprendono testualmente tali condizioni diverse pronunce successive, v. Corte giustizia CE, 8 ottobre 1996, n. 178-179-188-189/94, in *Resp. civ. prev.*, 1997, 323 ss.)

Afferiscono all'ingiustizia del danno le prime due condizioni. La Corte ha chiaramente esplicitato ciò che nel nostro sistema viene di recente messo in dubbio e cioè che la violazione di un obbligo (e non di un'obbligazione) non sia sufficiente a fondare una responsabilità se non in presenza della violazione di un interesse giuridicamente rilevante e che tale responsabilità — come poi espressamente ribadisce la Corte nel caso *Brasserie du Pêcheur - Factortame III* — ha natura extraccontrattuale (a favore della natura extraccontrattuale della responsabilità da illecito comunitario cfr. Di Mayo, 773).

La responsabilità dello Stato presuppone la lesione di un diritto individuato nel suo contenuto dalla stessa direttiva, il che consente a tale fonte di essere immediatamente precettiva nel-

Mancata
attuazione
di una
direttiva:
condizioni

Due tipi di
violazioni

l'imporre il risultato da raggiungere con la direttiva. Volendo utilizzare categorie familiari al sistema autoctono la spiegazione di un interesse giuridicamente già protetto dalla fonte comunitaria, ma che può avere concreta e piena soddisfazione solo per il tramite di un provvedimento legislativo evoca fortemente la categoria dell'interesse legittimo. Ma è chiaro che tale precisazione ha una rilevanza solo dogmatica e non sostanziale se è vero che comunque la risarcibilità non guarda alla forma degli interessi protetti, bensì alla loro sostanza e che la qualificazione in termini di interessi legittimi, non collegandosi all'emanazione di un provvedimento amministrativo bensì ad un provvedimento legislativo, non incide neppure sulla competenza giurisdizionale che spetterebbe comunque al giudice ordinario (la tesi che, viceversa, non convince è quella di CATALANO, 323 che sembra prospettare la violazione di un obbligo che lo Stato avrebbe direttamente nei confronti del cittadino anziché rispetto all'Unione Europea).

Semmai, proprio la necessità di ragionare in termini di sostanza degli interessi deve indurre a precisare che il riferimento della Corte alla categoria del diritto non può essere inteso in senso strettamente formale non solo perché la Corte di giustizia non può essere arretrata rispetto alle ricostruzioni degli Stati membri, tanto più che ai principi ad essi comuni essa intende ispirarsi, ma anche perché una concezione sostanziale dell'interesse giuridicamente protetto evita l'inconveniente della divergente ricostruzione formale dei medesimi interessi giuridici nei differenti sistemi.

Così ricostruita una delle tre condizioni di risarcibilità del danno da mancata attuazione di una direttiva — nei termini di un danno *contra ius* nel quale lo *ius* si identifica puramente con una direttiva — il danno *non iure* si identifica invece puramente con la violazione dell'obbligo.

Orbene, poiché tale condotta è una di quelle che in linea generale supportano il danno *non iure*, si deve ritenere che l'obbligo che gli Stati membri si assumono di attuare la direttiva comprime *in toto* la discrezionalità dello stesso potere legislativo, quanto meno nell'*an*, con la conseguenza che la responsabilità si estende su un terreno che coincide con la stessa regola generale dell'ingiustizia del danno.

Sulla base delle premesse già poste non stupisce, viceversa, che le condizioni di risarcibilità mutino allorché la responsabilità

del potere legislativo di uno Stato membro dipenda dall'emana-
 zione di una normativa che non soddisfa o non è adeguata rispet-
 to ai diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario. In tal caso,
 il potere legislativo dello Stato membro opera in un settore nel
 quale dispone di un ampio potere discrezionale, paragonabile a
 quello del quale si avvalgono le istituzioni comunitarie per l'attu-
 zione delle politiche comunitarie con la conseguenza che i pre-
 supposti della responsabilità debbono essere i medesimi ad esse
 applicare in base all'ex art. 215 (oggi art. 288), presupposti ben
 più stringenti rispetto alla responsabilità per mancata attuazione
 di una direttiva.

Normativa
 non
 coerente
 con i
 principi
 comunitari

In particolare, la violazione lesiva di un interesse riconosciuto
 dall'ordinamento comunitario deve essere palese e grave in quan-
 to "l'esercizio del potere legislativo, anche nei casi in cui esiste
 un controllo giurisdizionale sulla legittimità degli atti, non deve
 essere ostacolato dalla prospettiva di azioni risarcitorie ogni volta
 che esso debba adattare, nell'interesse generale della Comunità,
 provvedimenti normativi che possono ledere interessi di singoli".
 In definitiva, "in un contesto normativo caratterizzato dall'es-
 senza di un ampio potere discrezionale, indispensabile per l'at-
 tuazione di una politica comunitaria, la responsabilità della Co-
 munità può sussistere solo se l'istituzione di cui trattasi ha disco-
 nosciuto, in modo palese e grave, i limiti che si impongono all'e-
 sercizio dei suoi poteri". Il medesimo criterio governa la respon-
 sabilità del potere legislativo di uno Stato membro che pure
 preserva un ampio potere discrezionale nell'attuazione dei princì-
 pi comunitari (adattisce integralmente al *decisum* di Brasserie du
 Pechur - Factoriane III la pronuncia Corte giustizia Ce, 26 mar-
 zo 1996, causa C-392/93, causa British Telecom, in *Foro it.*, 1996,
 IV, 321, con nota di CATALANO, che, peraltro, ritiene in concreto
 di non riscontrare proprio il presupposto della violazione grave e
 manifesta).

Traslando l'impeccabile e tutt'altro che empirico ragiona-
 mento della Corte sul piano generale dell'ingiustizia del danno, si
 definisce chiaramente come l'estendersi dell'autonomia del potere
 discrezionale crei una zona di insindacabilità (espressione forse
 più corretta rispetto alla stessa immunità relativa) e come la linea
 di discriminazione tra l'insindacabilità del potere e l'abuso del medesi-
 mo venga tracciata da un livello di gravità della violazione supe-
 riore alla mera lesione dell'interesse.

che
 que
 da
 gior
 resp
 re
 1996
 della
 par
 dell
 Stat
 in
 lo a
 poss
 deve
 sono
 le. N
 cioè
 verm
 delle
 le m
 carat
 legg
 2013
 e da
 di G
 in R
 Sezi
 della
 no d
 legis
 sce
 4.

4. Dall'illecito comunitario alla responsabilità del potere legislativo per illecito costituzionale.

I possibili riflessi dell'illecito comunitario, che addirittura nasce come illecito del potere legislativo, su una responsabilità del legislatore all'interno dello stesso ordinamento italiano traspaiono dalle oscillazioni tra interpretazioni radicalmente contrapposte della Cassazione.

Nel 1993 il netto divario fra due pronunce della medesima Sezione vedono da parte di una (Cass., 16 maggio 2003, n. 7630, in *Foro it.*, 2003, I, 2015 ss.) confermata l'impostazione della Corte di Giustizia sulla responsabilità dello Stato da illecito comunitario e da parte di un'altra (Cass., 1 aprile 2003, n. 4915, *ivi*, 2003, 2015 ss.) radicalmente rifiutata la medesima ipotesi.

Divario tra due pronunce

“L'attività legislativa di spettanza di organi costituzionali — si legge nella seconda pronuncia, la 4915 — non può essere sindacata dalla autorità giudiziaria. La Carta costituzionale nel dettare le norme fondamentali sull'organizzazione e sul funzionamento dello Stato, regola la funzione legislativa, ripartendola tra il Governo e il Parlamento, quale espressione di potere politico, libero cioè nei fini e sottratto perciò a qualsiasi sindacato giurisdizionale. Ne consegue che di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli, onde deve escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario possa farsi derivare, nell'ordinamento italiano, il diritto del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito, ai sensi dell'art. 2043 c.c., da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato-ordinamento”.

L'impostazione, che converte in *decisum l'obiter dictum* già ampiamente contestato della pronuncia n. 10617 del 1995 sempre della Cassazione (Cass., 11 ottobre 1995, n. 10617, in *Foro it.*, 1996, I, 503, con nota di SCODITTO), intende chiaramente eliminare in radice, con argomenti da Statuto Albertino, l'ipotesi di una responsabilità da illecito del potere legislativo. Senonché tali ragioni sono talmente arretrate da indebolire la stessa pronuncia e da allontanarla da quello che è, invece, il vero nodo critico della questione. Non è infatti dubitabile che non vi siano più poteri che possano vantare una sovranità ed un'immunità assolute. Del

resto, proprio l'immunità del potere legislativo che invoca la Cas-

sazione è smentita dal carattere rigido della nostra Costituzione e

dal controllo di costituzionalità sulle leggi.

Il fulcro della questione invece è proprio comprendere se (co-

me sostiene KANLERT, 142) il giudizio della Corte costituzionale

sia il solo ammissibile nei confronti del potere legislativo o se sul-

l'accertamento di illegittimità di una legge possa — a particolari

condizioni — innestarsi anche un giudizio di ingiustizia e la tutela

risarcitoria, dunque il vaglio della giurisprudenza ordinaria.

Senza dubbio da escludere è che la giurisprudenza ordinaria

possa sindacare l'operato del potere legislativo in competizione

con la stessa Corte costituzionale, poiché ciò contrasterebbe con

le norme della Costituzione che sin dalla composizione della Cor-

te si preoccupano di attribuire all'organo un'adeguata legittima-

zione a vagliare l'operato del legislatore.

Diverso, invece, è il problema di ammettere una valutazione

in termini di ingiustizia successiva al vaglio della Corte costituzio-

nale che accerti l'illegittimità (fa discendere il principio di re-

sponsabilità del legislatore direttamente dal principio dello Stato

di diritto Brucco, 60 ss.).

Escludere tale ipotesi vuol dire creare una irragionevole di-

spartita di disciplina fra il sistema comunitario e quello interno: la

violazione di qualunque diritto protetto dall'Unione Europea ge-

nera non solo un giudizio di infrazione a carico dello Stato, ma

anche una conseguenza risarcitoria a vantaggio del cittadino del-

l'Unione; la violazione di un diritto tutelato dalla Costituzione

può soltanto rimuovere la norma illegittima.

L'immunità del legislatore nel diritto interno non solo con-

trasterebbe con l'esperienza del diritto comunitario, ma creereb-

be un intollerabile contrasto finanche rispetto alla responsabilità

dello Stato straniero di recente sostenuta dalla Cassazione per l'i-

poteri di gravissime violazioni dei diritti fondamentali. Se uno Sta-

to straniero realizza una gravissima violazione del diritto fonda-

mentale di un cittadino italiano è responsabile in base alla *lex*

Aquila, ma se l'illecito lo realizza lo stesso Stato italiano attraverso

l'organo legislativo la tutela risarcitoria del cittadino verrebbe

meno.

Bastano tali considerazioni nonché il riferimento alla stessa

categoria dello stato di diritto o del principio di legalità ad esclu-

dere che si possa tuttora invocare l'immunità del potere legislati-

vo dalla responsabilità aquiliana che realizza la tutela minima e, per questo, più essenziale e irrinunciabile per il cittadino.

Responsabilità aquiliana

Identificato il fondamento della responsabilità, resta l'aspetto più complesso relativo alle condizioni dell'illecito, quanto meno sul piano oggettivo (l'aspetto della colpa resta infatti estraneo alla presente indagine incentrata sull'ingiustizia del danno): quelle che segnano cioè il passaggio dalla immunità relativa alla responsabilità.

Il potere legislativo ha — com'è palese — un elevatissimo margine di discrezionalità nell'attuazione della Costituzione e ancora di più al di fuori di tale ambito d'azione.

Alla luce di tale considerazione si possono prospettare due aree di intervento.

Nell'ambito in cui i diritti fondamentali e il principio di uguaglianza condizionano la discrezionalità del legislatore è ipotizzabile una regola analoga a quella che nel diritto comunitario regola l'illecito commissivo del legislatore. Il vincolo — in termini di condizionamento della discrezionalità — che creano le norme del Trattato sul legislatore ordinario non sembra, infatti, molto differente rispetto a quello che impongono le norme della Costituzione.

In sostanza, il potere legislativo dovrebbe ritenersi responsabile, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno, per violazioni gravi e manifeste della Costituzione e, in particolare, per violazioni gravi e manifeste dei diritti fondamentali e del principio di uguaglianza, vale a dire dei diritti che costituiscono l'essenza stessa sul piano materiale dello stato di diritto e del principio di legalità.

Fuori del condizionamento che la Costituzione e soprattutto i suoi primi articoli generano sull'esercizio del potere legislativo, la discrezionalità del potere legislativo tende ulteriormente a dilatarsi, ma senza per questo raggiungere una dimensione di immunità assoluta. Non può, in particolare, riconoscersi al legislatore interno maggiore immunità di quella concessa allo Stato straniero sicché se per quest'ultimo la responsabilità sorge non per una generica lesione di diritti fondamentali ma quando questa risulti gravissima e intollerabile, è dato legittimamente ipotizzare che il carattere della particolare gravità e della intollerabilità della violazione possa caratterizzare lo spazio di un'ulteriore responsabilità del potere legislativo riferita non alla violazione di diritti fondamentali, già compresa nella prima ipotesi, bensì al-

Se in linea teorica e generale la sentenza Brasserie du Pêcheur - Factortame III afferma la potenziale responsabilità da illecito comunitario di qualunque potere dello Stato, tale opzione di fondo non sminuisce l'importanza di un esplicito e concreto riconoscimento di responsabilità riferito al potere giudiziario. Anzi, ce di tale svolta è sempre la Corte di giustizia che nel caso Köbler (Corte giustizia CE, 30 settembre 2008, causa C-224/01, cit., 4 ss., con nota di Scoditti) specifica le condizioni atte a segnare il passaggio da un comportamento *iure* ad un abuso del potere giudiziario. In luogo della violazione "grave e manifesta" prevista per

5. Dal caso Köbler alla responsabilità endostatale del potere giudiziario.

Com'è chiaro, la responsabilità del legislatore serve non tanto ad impedire innovazioni, ma — come emerge dagli esempi riportati — vale ad imporre al legislatore e, specificamente, alle magistranze — una condotta conforme a correttezza nei confronti del cittadino.

Com'è noto, la responsabilità del legislatore serve non tanto ad impedire innovazioni, ma — come emerge dagli esempi riportati — vale ad imporre al legislatore e, specificamente, alle magistranze — una condotta conforme a correttezza nei confronti del cittadino.

Com'è chiaro, la responsabilità del legislatore serve non tanto ad impedire innovazioni, ma — come emerge dagli esempi riportati — vale ad imporre al legislatore e, specificamente, alle magistranze — una condotta conforme a correttezza nei confronti del cittadino.

Se è vero, infatti, che il legislatore con il suo operare crea e ingenera dal legislatore (sull'affidamento ingenerato dallo stesso legislatore cfr. per tutti Mersci, 1970, *passim*, Ib., 2001, *passim*).

l'illecito comunitario di tipo commissivo del potere legislativo si richiede unicamente il carattere manifesto della medesima, che viene specificato nei termini di una "manifesta ignoranza della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia in questione"; della "mancata considerazione della posizione adottata da un'istituzione comunitaria", "dell'inescusabilità dell'errore di diritto", dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art.* 234, co. 3, del Trattato.

Manifesta
ignoranza
della
giurispru-
denza della
Corte di
giustizia

Tale mutamento nei presupposti non va letto — come già anticipato in senso analogo con riguardo al potere amministrativo (*v. supra*, cap. VII § 1) — nella prospettiva di un *revirement* di impostazione, ma come necessario adattamento dell'abuso del potere alla specificità di quello giudiziario. Il magistrato non esercita in senso stretto un potere discrezionale, ma è vincolato ad applicare la legge al caso concreto, il che ontologicamente implica la tolleranza di un margine di opinabilità ed inesattezza, con il limite di una manifesta ed inescusabile deroga delle prescrizioni giuridiche.

Il punto nevralgico che viene a crearsi per effetto di tale decisione della Corte di giustizia è l'impatto della nuova regola di responsabilità sul sistema interno, nei termini non solo del confronto con la diversa disciplina sull'illecito giudiziario endostatale — la l. 13 aprile 1988, n. 117 — ma anche dell'impedimento che quest'ultima normativa finisce per frapporre allo stesso illecito comunitario del potere giudiziario. Posto, infatti, che sono gli organi giudiziari interni che devono applicare l'illecito civile da violazione comunitaria, avvalendosi del diritto interno, si viene a creare un contrasto tra il livello di responsabilità affermato dalla Corte di giustizia e quello desumibile dalla normativa nazionale. Questa, in particolare, crea una sostanziale immunità non solo e non tanto per effetto della regola che richiede la "grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile", ma soprattutto per l'art. 2, co. 2, che attraverso l'"interpretazione di norme di diritto" crea un'area di discrezionalità del potere giudiziario, di fatto insindacabile.

Impatto sul
sistema
interno

Da tale contrasto, autorevole dottrina (ROFFO, 2006, 41 ss.) ha sostenuto la contrarietà della l. 117/1988 al diritto comunitario, stimolando un giudizio della Corte di giustizia che potrà avere conseguenze diramanti. Si prospetta una possibile responsabilità del potere giudiziario non più costretta entro i limiti descritti, ma

unicamente subordinata ad una violazione manifesta. E non vi è dubbio che una tale espansione dell'illecito del potere giudiziario non potrà non ribattersi quanto meno in chiave problematica sugli angusti confini attuali dell'illecito giudiziario di tipo endosistematico.

DIRITTO CIVILE

diretto da NICOLÒ LIPARI e PIETRO RESCIGNO

coordinato da ANDREA ZOPPINI

VOLUME IV

ATTUAZIONE E TUTELA DEI DIRITTI

III

LA RESPONSABILITÀ E IL DANNO

Donato CARUSI, Adolfo DI MAJO, Chiara MICARELLI,
Emanuela NAVARRETTA, Dianora POLETTI, Ugo RUFFOLO



GIUFFRÈ EDITORE