

Claudio Varrone

Potere di degradazione e/o funzione conformativa della p.a.: due tesi a confronto per l'esame del nuovo indirizzo delle SS.UU. sulla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo.*

I- Il recente *revirement* delle SS. UU. della Corte di Cassazione (ordinanza n. 13660/2006), con il quale si riconosce al solo giudice amministrativo la giurisdizione in materia di tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, sarà certamente oggetto di approfonditi esami e di dibattiti a più voci, anzitutto perché, sul piano dei rapporti di vertice degli organi giudiziari, segna il definitivo superamento dell'orientamento, espresso nella sentenza n. 500 del 1999, della stessa Corte, che riconosceva la possibilità di proporre innanzi al giudice ordinario l'azione risarcitoria, anche nel caso di omessa impugnativa e conseguente annullamento del provvedimento amministrativo, ritenuto lesivo e, quindi illecito, oltre che illegittimo.

In base al nuovo indirizzo, anche in questo caso, secondo il giudice dei conflitti, l'azione rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La prima, significativa ricaduta positiva sarà per il privato, che, d'ora in poi, non dovrà più proporre, a titolo cautelativo, due distinti giudizi, uno in sede civile e l'altro innanzi al giudice amministrativo, nell'attesa di veder definitivamente composto un conflitto di giurisdizione che, sulla base della corretta lettura della legge n.205/2000, a parere di chi scrive non aveva ragion d'essere.

Al di là delle riflessioni di carattere teorico, che è pur sempre utile operare, per l'affinamento di altri profili del complesso problema, affrontato dalle SS.UU., per necessità intrinseche al loro ruolo istituzionale, solo sotto il profilo della giurisdizione, è questo il primo, ma non l'unico risultato che trascende i contenuti precipui della pronuncia e che conviene innanzi tutto sottolineare.

Si è in questo modo posto fine ad un indirizzo in grado di scuotere dalle fondamenta il rapporto del giudice civile con quello amministrativo, e che, ove si fosse ancora protratto, sul piano dell'immagine, avrebbe avuto innegabili ricadute negative. La sua pericolosità che, sin dal suo primo manifestarsi ci eravamo permessi di segnalare, era in grado di generare una comprensibile incertezza, in grado di minare la fiducia che il cittadino deve riporre nell'apparato giudiziario nel suo complesso, e non già soltanto in questa o quella delle sue componenti.

Trattasi di un coraggioso ripensamento del problema, che, sulla scia della sentenza n. 500/1999, aveva tra l'altro dato luogo alla emersione di due diversi orientamenti dottrinari, il primo dei quali qualificato, nell'ordinanza in esame, di tipo civilistico, ed il secondo, invece, di stampo amministrativistico.

Dalla lettura della ultima parte della motivazione emergono, in realtà, più chiaramente le ragioni che avevano dato luogo al precedente orientamento. Ad un primo esame, sembrava che esso trovasse origine nell'intento di annettere, al già esteso territorio della tutela risarcitoria presidiato dal giudice civile, anche quella dell'interesse legittimo.

Questo convincimento risultava avvalorato dal fatto che, a partire dalla ormai storica sentenza sulla tutela del danno ingiusto procurato al creditore da parte del terzo, l'innovativa lettura, all'unisono con la dottrina civilistica, che nel tempo è stata data dell'art. 2043 cod. civ., costituisce un merito che giustamente il giudice civile ha il diritto di rivendicare.

Tale norma, come è noto, è in questo modo apparsa nella sua corretta portata di clausola generale, preordinata non già alla sola tutela di fattispecie tipizzate, ma suscettibile di una concretizzazione normativa in grado di assicurare la stessa tutela a qualsiasi danno, che, alla luce dei valori collettivi desumibili dal tessuto ordinamentale, nel suo continuo divenire, possa essere qualificato *ingiusto*.

Logica ricostruttiva questa utilizzata anche nella sentenza n.500/1999, con la quale per la prima volta la Corte di Cassazione aveva riconosciuto la risarcibilità dell'interesse legittimo, sulla scia dei significativi segnali di mutamento che si erano frattanto registrati a livello legislativo.

Il contrasto, come si desume dalle stesse conclusioni cui ora perviene la Corte, che si era aperto nella interpretazione della normativa positiva sul delicato versante della permanenza della giurisdizione del giudice ordinario, nel caso di proposizione dell'azione risarcitoria in modo disgiunto o, anche, senza aver prima ottenuto l'annullamento del provvedimento amministrativo, aveva in realtà motivazioni più profonde, in quanto nasceva dall'esigenza di assicurare all'interesse legittimo, oltre all'effettività della tutela giurisdizionale, il medesimo trattamento di ordine sostanziale che il legislatore ordinario riserva al diritto soggettivo, per quanto attiene ai tempi e alle modalità con le quali la pretesa risarcitoria deve essere fatta valere. Ed è appunto attraverso il richiamo all'art. 24 della Cost., che la Corte riconosce ora la giurisdizione del giudice amministrativo, in nome del principio, affermato dalla Corte Costituzionale, della concentrazione della tutela giudiziaria innanzi al giudice dell'annullamento del provvedimento amministrativo. In conformità a tale principio, si precisa in questa ordinanza e nelle altre ordinanze di pari portata che l'hanno preceduta, il giudice amministrativo non potrà tuttavia denegare la propria giurisdizione in nome della c.d. pregiudizialità amministrativa. In caso contrario, viene detto nell'ordinanza, si darebbe luogo a cassazione della pronuncia da parte delle Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 362, primo comma, c.p.c., "se l'esame del merito della domanda autonoma di risarcimento del danno è rifiutato per la ragione che nel termine perciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti".

Ad un esame sommario, la soluzione data alla annosa vicenda potrebbe sembrare ispirata ad una sorta di giudizio salomonico, nel quale la tesi che riconosce la sola giurisdizione del giudice amministrativo è temperata dalla precisazione che la proposizione dell'azione non è subordinata al pregiudiziale annullamento del provvedimento illegittimo, da impugnare nei prescritti termini di decadenza.

II- Una prima notazione di metodo induce a pensare che siamo in presenza di pronunzia di tipo manipolativo, sulla falsariga cioè di quelle molto frequenti cui ricorre la Corte Costituzionale, in sede di scrutinio della costituzionalità di singoli

provvedimenti legislativi, dal momento che la Corte non si è limitata a risolvere il solo conflitto di giurisdizione, ma ha indicato anche il grado di tutela che l'interesse sostanziale del privato conserva innanzi al giudice al quale tale giurisdizione è riconosciuta,

Le SS.UU., come si è in precedenza accennato, circoscrivono infatti le modalità con le quali il giudice amministrativo dovrà dare attuazione alla tutela risarcitoria, in apparenza attraverso il richiamo dell'art. 24 della Cost. ed in nome dei suoi contenuti effettuali, ma in realtà sulla base del ruolo nomofilattico che la Corte ha da sempre rivendicato a sé, e che l'induce a ritenere che la concentrazione della tutela, innanzi al giudice amministrativo, delle controversie in tema di diritto al risarcimento del danno, non va disgiunta dalla necessità che la ricostruzione a sistema, anche di tali ipotesi particolari, non possa sfuggire alla logica interpretativa fatta propria dalla stessa Corte con riguardo alle restanti ipotesi di risarcibilità dei diritti soggettivi.

Una volta incamminatasi su questa via è possibile che, in virtù del medesimo potere nomofilattico, ove se ne presenti l'occasione, la Corte vorrà esprimere il suo orientamento anche sulla durata del termine di prescrizione, quinquennale o decennale dell'azione risarcitoria, a seconda che la c.d. responsabilità da contatto della p.a. sia da essa ritenuta di natura contrattuale o extracontrattuale, essendo indubitabile che anche tale profilo può essere visto come uno dei momenti unificanti dell'effettività della tutela risarcitoria dei diritti soggettivi, che ritiene suo compito presidiare.

Tutto ciò nasce dal fatto che, pur essendo diverse le conclusioni, per quanto riguarda la possibilità di proporre l'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario, le premesse teoriche che ne sono a fondamento non differiscono da quelle già esposte nella sentenza n.500/1999, e che, salvo qualche voce isolata, sono state accolte favorevolmente dalla dottrina, trovatisi poi in seria difficoltà nel digerire la differente impostazione che sembra affiorare dall'esame della sentenza n. 204 /2004 della Corte Costituzionale, sulla quale ci ripromettiamo di ritornare tra poco.

III- Dando per acquisito la necessità di rispettare il principio di diritto affermato dalla Corte di Cassazione- alla stessa stregua di quanto, in ossequio ai rispettivi ruoli, le stesse SS.UU. hanno fatto con riguardo al riparto di giurisdizione operato dalla Corte Costituzionale in queste delicate materie di confine, ossequio che costituisce in realtà la ragione ultima di tale *revirement*- non conviene in via pregiudiziale rispondere all'interrogativo sui limiti dell'esercizio del potere nomofilattico in sede di risoluzione dei conflitti di giurisdizione, vale a dire nell'esercizio di una attività giurisdizionale diversa da quella svolta, nel processo civile, dallo stesso organo, quale giudice di legittimità.

Il dubbio può essere accantonato, anche perché, ci sembra, che sia possibile dare ad esso soluzione affrontando il problema da una diversa angolazione.

Il primo interrogativo che conviene infatti porsi attiene alla validità dell'impostazione che fa da sfondo all'intero ragionamento e che, come si è già accennato, è la medesima che si riscontra nella sentenza n. 500/1999.

In sintesi, ci sembra che l'intero ragionamento ruoti intorno a due capisaldi, di cui il primo è costituito dalla implicita adesione alla teoria della c.d. degradazione del diritto soggettivo a interesse legittimo, a seguito dell'esercizio della funzione amministrativa, mentre il secondo, espressamente enunciato ed approfondito, è che la *causa petendi* del giudizio risarcitorio è costituito dal diritto soggettivo che nasce a favore del titolare dell'interesse legittimo, di cui si chiede il ristoro in sede giurisdizionale.

Su entrambe queste premesse teoriche abbiamo avuto più volte occasione di esprimere il nostro dissenso, che esce rafforzato attraverso l'esame delle pronunzie adottate dalla Corte Costituzionale, in sede di scrutinio della legittimità della normativa contenuta nella legge n. 205/2000, e che quindi conviene in questa sede riprendere.

Tra i passaggi salienti del discorso svolto dal giudice delle leggi, che assumono spiccato rilievo a questo proposito, vi è infatti la considerazione che la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo rappresenta un completamento di quella che in precedenza era stata ad esso riservata. Il che rafforza il nostro precedente convincimento che, tanto nella ipotesi che detta azione è proposta unitamente a quella di annullamento del provvedimento, tanto allorché essa è proposta autonomamente, la *causa petendi* vada in entrambi i casi individuata nella lesione dell'interesse legittimo di cui si invoca la tutela sul piano risarcitorio, dal momento che il riconoscimento del diritto al risarcimento, astrattamente previsto dalla legge in caso di danno ingiusto, rappresenta, al pari di quanto accade in ogni altro giudizio della stessa natura, il *petitum* e non già la *causa petendi*. Solo nei casi di giurisdizione esclusiva la *causa petendi* è costituita da un diritto soggettivo di cui si lamenta la lesione prodottasi in conseguenza dell'illecito ex art. 2043 cod. civ., al pari delle ipotesi, di eguale natura, fatte valere innanzi al giudice ordinario, ma trattasi, evidentemente, del diritto di cui si lamenta la lesione, che, perciò stesso, secondo la più accreditata dottrina civilistica, è diverso da quello al risarcimento del danno.

L'ampio campionario di situazioni soggettive protette, secondo la giurisprudenza civile, che gode della tutela risarcitoria non si identifica e, quindi, non sempre è suscettibile di qualificazione in termini di diritto soggettivo. Costituisce questa la migliore riprova che il risarcimento del danno risarcibile spetta a chi risulta titolare di un interesse giuridicamente rilevante, che, pertanto, funge da *causa petendi* nel giudizio instaurato dalla parte lesa. Il diritto soggettivo nascerà se e nella misura in cui la *pretesa creditoria* sarà riconosciuta con la sentenza di condanna: il responsabile dell'illecito sarà tenuto al risarcimento del danno nella misura e solo nella misura indicata nel giudicato, che potrà risultare diversa da quella da lui avanzata con la domanda o potrà risultare persino inesistente.

Infatti, se tale pretesa non viene riconosciuta, essa risulta mancante di fondamento giuridico, in quanto non è assistita da un titolo giudiziario, e tanto meno da un titolo di natura privatistica, come accade allorché il risarcimento del danno trova il suo

fondamento causale nel suo esplicito riconoscimento da parte del responsabile dell'illecito o di chi è tenuto a risarcirlo, o in un atto consensuale di natura transattiva.

Se così è, ne consegue allora che la funzione nomofilattica rivendicata dalla Corte di Cassazione potrebbe al più giustificarsi nei casi di giurisdizione esclusiva, in quanto nei casi di giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo la situazione soggettiva lesa è da qualificare in termini di interesse legittimo. Ci sembra perciò più corretto ritenere che, in queste ipotesi, vadano, possono solo per analogia, applicarsi i principi valevoli per il diritto soggettivo. Soluzione questa che potrebbe trovare un valido sostegno nel rilievo, contenuto nella ordinanza in esame, secondo cui non risulta affatto, dall'esame della normativa positiva, che l'azione risarcitoria, a tutela dell'interesse legittimo, è soggetta ad un termine di decadenza e non già di prescrizione.

Il che, tuttavia, significa, che sarà il giudice amministrativo, e per esso il Consiglio di Stato, nell'esercizio del suo potere nomofilattico, riconosciutogli dalla Costituzione, con riferimento alla tutela dell'interesse legittimo, a dover individuare modalità e tempi della relativa tutela.

IV- Le considerazioni svolte rendono tuttavia evidenti le profonde affinità che sussistono, sul piano formale, tra tutela risarcitoria e tutela volta all'annullamento dell'atto di contenuto dispositivo, sia esso contratto o atto bilaterale o unilaterale di diritto privato, ovvero provvedimento amministrativo.

La natura degli interessi disciplinati non incide sulla *ratio* delle due azioni, entrambe finalizzate, non alla protezione del solo diritto soggettivo, ma di chiunque lamenti la lesione di un interesse giuridicamente protetto. La tutela di tale interesse è più ampia nel diritto amministrativo, rispetto a quella accordata ai privati per ottenere la pronuncia di invalidità dell'atto di natura privatistica, dove si spazia dalle ipotesi di nullità assoluta, che può essere fatta valere da chiunque ha interesse, alle ipotesi di nullità relativa e a quelle di annullabilità, anch'esse sempre di portata relativa, caratterizzate dal fatto che la legittimazione sostanziale è riconosciuta solo a chi ha concorso alla emanazione del contenuto precettivo dell'atto o a chi ne è destinatario.

A differenza delle azioni a tutela della proprietà e degli altri diritti soggettivi, che hanno un contenuto tipizzato, l'azione di risarcimento danni e quella di annullamento hanno, dunque, un contenuto atipico, nel senso che sono a tutela di chiunque lamenti la lesione di un interesse personale e diretto giuridicamente rilevante.

In altri termini, le situazioni soggettive che legittimano la proposizione del ricorso amministrativo e/o dell'azione risarcitoria rilevano nella loro effettività sostanziale, come indici della rilevanza di un interesse giuridicamente protetto, che risulta leso dal comportamento o dall'atto del terzo, sia esso privato o pubblica amministrazione, e che per ciò stesso legittima il relativo titolare a chiederne il ristoro.

Il danno è risarcibile, quale che sia la natura della situazione soggettiva protetta, sia essa qualificabile come diritto soggettivo, interesse legittimo, *chance*, o trattasi invece della protezione della propria sfera giuridica, come accade nelle ipotesi

in cui il danno è lamentato, ad esempio, dal convivente della parte lesa, a seguito del decesso della vittima, secondo l'ormai consolidato indirizzo della giurisprudenza civile.

Lo stesso discorso può essere ripetuto per il processo amministrativo, dove la tutela è la stessa, sia quando l'annullamento del provvedimento è chiesto da colui che lamenta la mancata espansione della propria sfera giuridica, sia quando il provvedimento amministrativo è impugnato dal terzo, che lamenta una ingiustificata compressione della propria, a causa di un provvedimento abilitativo a favore del c.d. controinteressato, il cui interesse sostanziale ha trovato in questo modo riconoscimento e tutela, tanto da assurgere a livello di situazione soggettiva piena e perfetta.

Valutate nella loro consistenza civilistica è indubbio che la licenza commerciale o la concessione edilizia rilasciate al terzo, se sono impugunate, rispettivamente, dal titolare di altra licenza o dal proprietario limitrofo, danno luogo ad un conflitto tra due diritti soggettivi. Essi, tuttavia, non rilevano in sede amministrativa sotto questo profilo, ma, al pari delle altre situazioni soggettive che danno titolo alla proposizione di tale tipo di ricorso giurisdizionale, solo sotto forma di lesione di un interesse personale e diretto, che si assume sia stato leso dal provvedimento della p.a. favorevole alle ragioni del c.d. controinteressato, cui è stato concesso di esercitare, con le modalità indicate nel provvedimento, una facoltà precedentemente compressa.

Come è agevole, quindi, constatare le due azioni hanno la medesima *causa petendi*. Esse differiscono solo nel *petitum*, perché nel caso di azione ex art. 2043 cod. civ., ciò che si chiede è il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno o in forma specifica o per equivalente, mentre, nel caso di azione di annullamento, la soddisfazione dell'interesse sostanziale leso si consegue attraverso il ripristino della situazione *quo ante*.

Le due azioni coesistono, perché non sempre il danno prodotto dal provvedimento illecito può considerarsi venuto meno con il ripristino della situazione giuridica pregressa, a seguito dell'annullamento del provvedimento di cui si è accertata la illegittimità. Tutto ciò, come presto vedremo, nasce dal fatto che la pronuncia caducatoria del provvedimento genera un effetto ripristinatorio che non sempre è in grado di ripercuotersi sulla realtà fenomenica o, più esattamente, extranormativa nella quale si è generato il danno da risarcire.

Ciò che realmente caratterizza il giudizio amministrativo, rispetto a quello civile, è che, nel primo caso, il giudice non è chiamato a comporre il conflitto insorto con l'amministrazione evocata in giudizio, al pari di quanto si richiede al giudice civile nelle ipotesi che rientrano nella sua giurisdizione, bensì è tenuto soltanto a verificare che la composizione dell'interesse pubblico con quello di cui è portatore il privato, risultante dal provvedimento impugnato, risponde ai canoni di legalità che presiedono l'esercizio della funzione amministrativa.

Il conflitto che si apre innanzi al giudice amministrativo è di secondo grado, nel senso che, a differenza del giudice civile, egli non interviene e non risolve in prima battuta quello in essere tra le parti in giudizio, anche con propri apprezzamenti

di merito sul fatto o sui fatti che è chiamato a giudicare *secundum legem*, ma è tenuto ad operare solo un controllo di legalità in ordine al grado di rilevanza che l'autorità amministrativa, istituzionalmente competente al perseguimento dell'interesse pubblico, ha ritenuto di poter riconoscere all'interesse di cui è portatore il privato, nella situazione storicamente data. L'esame del giudice amministrativo involge, sotto il profilo di legittimità, non la realtà sostanziale, ma il modo in cui essa è stata rappresentata e riflessa nel provvedimento amministrativo sottoposto al suo esame o, secondo il ricorrente, avrebbe dovuto trovare ingresso nel provvedimento che la p.a. era tenuta ad emanare.. Il che comporta, che se il provvedimento ha contenuto positivo per il privato, nel giudizio amministrativo, in posizione contrapposta alla pubblica amministrazione, non risulterà il destinatario del provvedimento, trattandosi di una posizione che l'amministrazione ha ritenuto compatibile e non già contrastante con l'interesse pubblico da essa perseguito, bensì colui che lamenta la lesione della propria sfera giuridica, *rectius* di un interesse personale e diretto, in conseguenza dell'adozione a favore del c.d. controinteressato, del provvedimento a costui favorevole.

In questi casi, a differenza di quelli che, in sede amministrativa, si risolvono con un provvedimento conclusivo che nega l'ampliamento della sfera giuridica soggettiva del privato e, quindi, di contenuto negativo per il suo destinatario, il giudizio assume le caratteristiche di un processo necessariamente a più voci, dove le posizioni contrapposte sono tra p.a. e destinatario dell'atto o provvedimento da un lato, e, dall'altro, quella del terzo, che ne chiede l'eliminazione, a tutela del suo interesse *personale e diretto*.

Il primo problema che si porrà sarà, pertanto, quello di verificare se, ai fini della corretta instaurazione del solo giudizio risarcitorio, in assenza della impugnativa del provvedimento, sarà necessario evocare in giudizio le stesse parti necessarie per la corretta instaurazione del giudizio di annullamento, ovvero è sufficiente che il ricorso sia notificato alla sola amministrazione tenuta al risarcimento.

Tale particolarità in ogni caso non vale a scalfire il precedente assunto, secondo cui la *causa petendi*, necessaria e sufficiente per la proposizione sia dell'uno, che dell'altro giudizio, è la lesione di un interesse personale e diretto derivante dall'emanazione del provvedimento ritenuto dall'interessato illecito, che, tuttavia, non esime costui dalla necessità di richiedere che, sia pure *incidenter tantum*, lo stesso provvedimento sia in via pregiudiziale esaminato, nel giudizio risarcitorio, sotto il profilo della sua pretesa illegittimità, previa deduzione dei relativi vizi. La c.d. pregiudizialità amministrativa, pertanto, cacciata dalla porta è destinata a rientrare dalla finestra.

In conclusione, sulla base della ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale, la giurisdizione del giudice amministrativo va individuata non sulla base della posizione soggettiva fatta valere con il ricorso, che rileva solo in termini di interesse personale e diretto che si assume sia stato leso, ma facendo riferimento alla situazione soggettiva *conformata* dalla p.a. con il suo provvedimento; allorchè risulta che tale potere conformativo è di spettanza dell'amministrazione, è compito del

giudice amministrativo accertare se, nel caso concreto, esso è stato esercitato *secundum legem*.

Il giudice civile accerta, in prima battuta, la spettanza del diritto a favore di chi agisce in giudizio, quello amministrativo che l'operato della p.a., così come esso si desume dall'esercizio, o dal mancato esercizio della funzione, sia conforme a legge. Perciò, la situazione soggettiva rilevante, ai fini della individuazione della giurisdizione, è quella oggetto dell'esercizio o del mancato esercizio di detta funzione: se essa è di tipo pretensivo si rientra nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo; si verte in tema di giurisdizione esclusiva, allorché, oggetto del provvedimento, è un diritto soggettivo, in ordine al quale si contesta non l'esistenza della funzione conformativa della p.a., ma le modalità con le quali è stata esercitata.

La *causa petendi* non serve, dunque, ad individuare la giurisdizione, ma serve a verificare se colui che propone il ricorso in sede giurisdizionale ha la necessaria legittimazione sostanziale per contestare tale preteso illegittimo esercizio della funzione, nella sua veste di titolare di un interesse personale e diretto che si assume sia stato in tal modo leso.

V L'impianto teorico che, a nostro avviso, è sotteso alla ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale del riparto di giurisdizione differisce, perciò, non poco da quello recepito, e consolidatosi nel tempo, tanto ad opera del giudice dei conflitti, che di quello amministrativo, fondato, come è noto, sulla c.d. degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo, per effetto dell'esercizio del potere amministrativo.

Si continua molto spesso traluziamente a pensare che sia questo l'impianto che il giudice amministrativo ancora utilizza, senza accorgersi, invece, della necessità di prendere coscienza, sul piano dottrinario, che le categorie logico-giuridiche alle quali tale giudice normalmente si rifà sono profondamente mutate, e sono appunto quelle che assegnano alla p.a. compiti di natura squisitamente conformativa delle situazioni soggettive dei privati, ed alla stregua di tale criterio fondante valutano la legittimità dell'operato della p.a.

La prospettiva, che riteniamo definitivamente superata, è quella secondo cui la *causa pretendi* è costituita da un situazione soggettiva che l'amministrazione degrada ad interesse legittimo, quindi degrada nella stessa sua titolarità.

In questo modo, tra la situazione preesistente e quella oggetto del provvedimento amministrativo si registra una differenziazione di ordine sostanziale: non è la legge ad attribuire al privato il diritto soggettivo che la p.a. ha solo la funzione di conformare, nella situazione storicamente data, ma sarebbe la stessa legge ad attribuirle il potere di trasformare la situazione soggettiva piena in una di semplice aspettativa e viceversa.

Nonostante le ormai risalenti, serrate critiche formulate da una parte della dottrina pubblicistica sulla validità del ricorso alla teoria della c.d. degradazione, per giustificare l'appartenenza all'uno o all'altro giudice della giurisdizione sulle singole fattispecie, è duro a morire il convincimento che tale teoria continui a fungere da substrato culturale dell'attività giurisdizionale del giudice amministrativo. In realtà,

ritenendo in tal senso, non si coglie in modo precipuo il consistente mutamento *ab intra*, che ha caratterizzato accanto all'interesse legittimo, a seguito dei ripetuti interventi del legislatore, che sempre più ha arricchito di contenuti tale posizione soggettiva, rispetto a quanto originariamente previsto dalla legge del 1889, istitutiva della IV Sez. del Consiglio di Stato, anche lo stesso diritto soggettivo, che, nei suoi contenuti, differisce profondamente da quello tenuto presente dal legislatore del 1865, in sede di abolizione del contenzioso amministrativo, se non altro perché il modello giuridico all'epoca vigente è frattanto profondamente mutato, prima con il codice civile del '42 e, in modo ancor più significativo, a seguito della promulgazione della Costituzione repubblicana.

In conseguenza del progressivo emergere dello Stato sociale, alla pubblica amministrazione non sono stati infatti attribuiti, come per il passato, poteri di sola degradazione di tale situazione soggettiva piena e perfetta, che faceva da *pendant* alla natura quiritaria del diritto soggettivo recepito dal codice civile del 1865, bensì anche di sola conformazione del *contenuto* di tale diritto, secondo il diverso modello già desumibile dal codice del '42.

Si è parlato e si parla giustamente di giurisprudenza pretoria del giudice amministrativo, perché la sua elaborazione concettuale si è svolta lungo le linee di sviluppo della legislazione positiva, piuttosto che forgiarsi sulla base di una dogmatica giuridica priva di riscontro nel divenire della realtà.

Sempre più frequentemente, il legislatore ha infatti disciplinato già in linea astratta in modo differenziato il diritto di proprietà e quello di iniziativa economica tenendo conto della tipologia di bene (in senso giuridico) che ne costituisce il referente esterno, nel senso che solo talune delle facoltà che ad esso fanno capo e ne caratterizzano il relativo contenuto, si è ritenuto dal legislatore che possano essere autonomamente esercitate dal relativo titolare, mentre, per altre, risulterà necessario che intervenga un provvedimento abilitativo della p.a., che verifichi ed individui il grado di compatibilità del loro esercizio con l'interesse pubblico.

Mentre la degradazione agisce sulla *titolarietà* del diritto soggettivo ed è in grado di spiegare i casi in cui l'esercizio legittimo del relativo potere, da parte della p.a., comporta la perdita della titolarità sul bene da parte del privato, come, ad esempio, accade nei casi di espropriazione per ragioni di pubblica utilità, viceversa, l'esercizio del potere, *rectius*, funzione conformativa, agisce non sulla titolarità del diritto, che non viene in alcun modo scalfita, ma sul suo *contenuto*, ora in senso ampliativo, ora invece impedendo, attraverso l'adozione di un provvedimento di diniego, che, per asserite ragioni di pubblica utilità, il titolare del diritto possa esercitare la facoltà o le facoltà per legge sottoposte al preventivo *placet* dell'autorità competente all'adozione del provvedimento, ovvero possa continuare ad esercitarle, sulla base di un precedente provvedimento abilitativo, che viene perciò stesso annullato o revocato.

La sempre più frequente utilizzazione della nozione di *funzione*, in luogo di quella di potere amministrativo, serve a sottolineare il mutamento del ruolo della pubblica amministrazione nei confronti dei privati, la sua capacità non già solo di comprimere la loro sfera giuridica, ma anche di accrescerla, quando tale ampliamento

è ritenuto appunto funzionale con le esigenze della collettività, è ritenuta idonea a creare, anche dal punto di vista collettivo, valore aggiunto, senza compromettere o pregiudicare gli interessi pubblici già acquisiti al patrimonio collettivo, che la p.a. è tenuta a tutelare.

L'apertura di un nuovo esercizio commerciale o la realizzazione di un nuovo insediamento produttivo, ad esempio, sono iniziative in grado di mutare il contesto economico o quello produttivo preesistente in senso favorevole per gli interessi della collettività, in quanto sono in grado di soddisfare, in pari misura, l'interesse del consumatore per un più agevole accesso a determinati beni della vita, e quello personale e diretto di chi, mediante l'esercizio di dette attività, tende a trarne un giusto profitto. Ove però tali vantaggi collettivi non si riscontrano, è evidente che l'amministrazione non potrà consentire che l'attività possa essere posta in essere, ancorché essa trovi il suo referente nel diritto, costituzionalmente garantito, di libertà di iniziativa economica. In questi casi non viene infatti posta in dubbio la titolarità del diritto, ma ciò che viene contestato sono le modalità con le quali si intende esercitarlo, ponendo cioè in essere una attività che, a giudizio dell'amministrazione, non si coniuga con la tutela degli interessi collettivi che è suo compito salvaguardare, secondo i principi affermati dall'art.41 della Cost..

Ciò che condiziona l'esercizio della funzione amministrativa è il *continuum* del suo operato, dal momento che il nuovo provvedimento è di solito adottato nei sensi richiesti dal privato solo se rispondente, sotto il profilo funzionale, con gli interessi della collettività che hanno trovato la loro equilibrata composizione in precedenti atti o provvedimenti dell'amministrazione, in atti o provvedimenti conformativi di situazioni soggettive pregresse facenti capo a terzi, che si sono ormai consolidate e che hanno creato e continuano a creare quel valore aggiunto, di rilevanza sociale, che è suo compito preservare..

D'altra parte, allorché tale equilibrio non viene rispettato si assiste, come si è in precedenza visto, alla reazione di chi vede pregiudicata la sua posizione soggettiva, per effetto della nuova composizione risultante dal provvedimento che, si asserisce, sarebbe stato illegittimamente adottato

VI- Il fatto stesso che il legislatore si è incamminato e continua a percorrere la strada lungo la quale i beni e le attività dei privati hanno assunto una marcata differenziazione tra di loro, a seconda della tipologia di beni o di attività che costituisce oggetto della disciplina positiva, fa sì che un contenuto variabile abbia perciò stesso ormai acquistato il diritto soggettivo, a seconda del bene o della attività che di esso costituisce il referente esterno.

Per individuare il precipuo contenuto dei vari diritti soggettivi non basta più il riferimento alla sola disciplina civilistica, dal momento che è lo stesso codice civile che, sin dalla sua emanazione, ha previsto il rinvio a quella speciale, dettata per la singola tipologia di beni o attività che di tale situazione soggettiva rappresenta di volta in volta il referente esterno.

In questo modo si ha che la disciplina civilistica continua ad essere esaustiva solo con riguardo alla *circolazione giuridica* di detti beni, alle vicende cioè che

attengono alla loro spettanza ed al loro trasferimento, mentre, per quanto riguarda il loro godimento, vale a dire per quanto attiene all'esercizio delle facoltà che ne costituiscono il *contenuto*, essa è sempre più di frequente doppiata da quella pubblicistica, che scandisce le modalità con le quali è possibile l'esercizio di talune delle facoltà che, in linea astratta, fanno parte di tali situazioni soggettive.

E' dall'esame della stessa impostazione del codice civile che si desume il rifiuto di una disciplina uniforme di tale diritto soggettivo e di quello di iniziativa economica.

La stessa unificazione del codice civile con quello commerciale nasce in realtà dalla accettazione di un modello diverso di disciplina dei "diritti" e delle "attività" dei privati, fondato non sulla qualificazione soggettiva del relativo titolare, bensì sulla natura dei beni che sono oggetto del diritto di proprietà e di iniziativa economica. Il che porta alla scissione tra titolarità e contenuto del relativo diritto: per individuare l'area del primo normalmente basta la disciplina generale, mentre per quella del secondo di tali termini è necessario rifarsi alla disciplina speciale, modellata sulla diversa valenza produttiva o sociale di ciascun bene o attività, a seconda cioè che si è in presenza della proprietà agraria o di quella urbana, o invece di quella industriale o, infine, di quella relativa ad altri beni o attività immateriali che nel tempo sono andati emergendo nella realtà sociale.

In questo modo la teoria del diritto soggettivo viene doppiata dalla teoria dei beni o attività, in quanto il medesimo bene o la medesima attività economica, ancorché di spettanza privata, è oggetto di una duplice qualificazione, di cui quella di natura civilistica disciplina solo le vicende che attengono alla titolarità del diritto e all'esercizio delle facoltà che già in astratto non risultano confliggenti con l'interesse pubblico, che, ad avviso del legislatore, coesiste sui medesimi beni di spettanza dei privati. Il loro godimento è invece in buona parte oggetto della disciplina pubblicistica, che è tale proprio perché l'esercizio di talune di tali facoltà, di carattere pur sempre privatistico, è condizionato dal preventivo assenso della p.a. competente al riguardo.

I beni di natura paesaggistica o di carattere storico-artistico, ad esempio, consentono l'esercizio da parte del relativo proprietario, senza l'intermediazione dell'autorità amministrativa, solo degli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di natura straordinaria, come la ristrutturazione dell'immobile, il suo restauro, e di ogni altro atto di godimento che, al pari dei primi, potrebbero alterarne le caratteristiche intrinseche, mettendo a repentaglio l'interesse pubblico insito nello stesso bene, potranno essere posti in essere solo previo assenso della competente autorità, cui è demandata la tutela dell'interesse pubblico che viene in questi casi in rilievo.

Lo stesso vale per un numero crescente di attività produttive, sottoposte, molto spesso, anche al controllo successivo e/o alla vigilanza della p.a.. Le esigenze di tutela degli interessi collettivi, come la trasparenza del mercato o la stabilità delle imprese che erogano determinati servizi di interesse della collettività, comportano la necessità che l'esercizio del diritto di iniziativa economica subisca una inevitabile

compressione nel suo contenuto, sino a quando l'autorità o, in altri casi, le autorità competenti non si siano tutte pronunciate in senso favorevole al richiedente.

In altri casi, è il progressivo affermarsi del concetto di contesto ambientale, a partire dalla visione che di esso era recepito nella legislazione urbanistica del 1942, a far prevalere, per tutti i beni della realtà fenomenica compresi nel territorio comunale o in quello sovracomunale, rispetto alla visione atomistica propria del passato, quella di insieme, in virtù della quale ciascuno di essi è visto come parte di un tutto, vale a dire di un patrimonio comune, che trascende l'interesse personale e diretto di chi è titolare del singolo bene, sulla base della sola legislazione civilistica.

Dalla fine degli anni venti del secolo scorso, si assiste alla emersione di una diversa considerazione dei beni di appartenenza privata, oltre che delle attività di natura patrimoniale, in quanto entrambi subiscono un processo legislativo di qualificazione fondato sulla loro differente valenza sociale, come chiaramente risulta dalla relazione al codice civile del '42, vale a dire in sede di riordino generale del diritto di proprietà e di iniziativa economica privata (*rectius* : di autonomia privata)

La legislazione urbanistica del '42, la cui gestazione durò circa un decennio, per la prima volta recepisce e tutela, ad esempio, un nuovo bene comune, nato dalla percezione e dalla conseguente difesa del contesto urbanistico, inteso nel suo valore di patrimonio culturale delle singole comunità che, nel tempo, si sono in esso insediate, e di cui il territorio costituisce testimonianza. La stratificazione storica delle vicende che lo hanno interessato diviene un valore a sé stante, che si aggiunge e fa premio sulla tutela della proprietà privata sui singoli beni che concorrono a formare il tutto, oltre che su quella riservata solo a taluni di essi, attesa la loro rilevanza dal punto di vista storico-artistico.

Non a caso, tale legislazione si è materializzata successivamente a quella sul paesaggio, volto alla protezione delle sole bellezze naturali, e a quella specificamente dettata a tutela dei beni storico-artistici: si assiste al progressivo recepimento di valori culturali e alla tutela di beni immateriali di portata non economicistica, che, nella Costituzione repubblicana prima, e nella stessa legislazione comunitaria poi, riceveranno la loro definitiva consacrazione.

Ciò che, tuttavia, in questa sede è utile sottolineare, è che si riscontra un elemento unificante tra le numerose normative di settore che, a partire da tale periodo, sono state nel tempo emanate, dalla legislazione urbanistica a quella ambientale, e, ancor prima, dalla legislazione bancaria a quella assicurativa, per finire alla odierna normativa *antitrust* e a quella in materia di esercizio di attività televisiva o radiofonica o a quella ambientale, per citare in modo disorganico solo sporadici esempi di tali interventi legislativi per la disciplina di diritti soggettivi meritevoli, per il legislatore, di un trattamento differenziato, stante la natura particolare degli interessi pubblici e privati che coesistono sul medesimo bene o attività svolta dai privati. Esso è rappresentato dalla necessità di assegnare, all'autorità amministrativa competente, il compito di verificare, sulla base della normativa primaria, la possibilità e la misura entro cui è consentito al titolare del diritto di iniziativa economica o di chi ha la disponibilità, sul piano civilistico, di detti beni, di appartenenza quindi privata, ma di pari rilevanza collettiva, di esercitare le facoltà

che, pur essendo astrattamente insite nel contenuto di tali diritti soggettivi (art 41 e 42 Cost.), necessitano di un titolo abilitativo della p.a., che ne *conformi* le relative modalità di esercizio, nella situazione storicamente data, al fine di verificarne la compatibilità con gli interessi collettivi che, dei singoli beni o attività sono, allo stesso tempo, il referente esterno.

VII- Il riconoscimento al giudice amministrativo della giurisdizione in ordine a tali posizioni soggettive, nelle quali la pretesa del privato nei confronti della p.a. fa parte di una situazione soggettiva più complessa, rappresentata dall'esistenza di una precedente relazione qualificata con il bene della vita, relazione che si sostanzia nella esistenza di un diritto di proprietà sul bene o nel diritto di iniziativa economica che di per sé è volto a creare valore aggiunto, ha comportato la necessità di far ricorso ad un processo astrattivo, in virtù del quale tale posizione pretensiva è stata considerata separatamente dal tutto, vale a dire dal diritto soggettivo inteso come relazione con il bene, che preesiste, ma che sul piano pubblicistico rimane sullo sfondo. In apparenza il collegamento di facoltà, a rilievo pubblicistico, con il restante nucleo del diritto soggettivo viene in tal modo spezzato, ma in realtà esso non si perde del tutto, dal momento che, nelle ipotesi in cui interviene il provvedimento favorevole per il relativo titolare, con il quale si consente l'esercizio delle facoltà precedentemente comprese, come ad esempio accade allorché viene assentita l'edificazione dell'area, o lo svolgimento di una determinata attività economica, ciò che risulta arricchito di nuovi contenuti è proprio il diritto soggettivo del relativo titolare, così come è indubbio che costui subisce un depauperamento allorché il diritto viene privato della possibilità di continuare ad esercitare facoltà già assentite dalla autorità amministrativa, a seguito della revoca o dell'annullamento del precedente provvedimento abilitativo.

In altri termini, ciò che si riscontra in tali casi è che la nozione di interesse legittimo, originariamente coniata per differenziare le posizioni soggettive del privato nei confronti della p.a. prive di qualsiasi precedente qualificazione con beni materiali o immateriali della vita in grado di soddisfare l'interesse sostanziale del privato, è risultata utile ed idonea per giustificare l'attribuzione al giudice amministrativo della relativa giurisdizione anche in queste altre ipotesi, dove l'esercizio della funzione amministrativa serve solo per accrescere di contenuti la situazione soggettiva di cui il privato è già titolare, per aumentare le possibilità di soddisfazione dei suoi interessi materiali o spirituali che quel determinato diritto soggettivo potenzialmente è in grado di dare, o di privarlo di tale possibilità attraverso una diversa conformazione del *contenuto* del suo diritto soggettivo.

Il riferimento alla funzione amministrativa, al pari della funzione matematica, che trasforma il numero nel suo doppio, serve in questi casi a sottolineare il passaggio di determinate facoltà facenti astrattamente parte del diritto soggettivo, di cui il privato è titolare, dalla fase di quiescenza, a quella di legittimo esercizio, ovvero per riportarle al loro stato originario.

Nello Stato sociale, gli interessi individuali ritenuti meritevoli di tutela sono recepiti e disciplinati dalla legge mediante la creazione di situazioni soggettive

normalmente qualificabili in termini di diritti soggettivi, talvolta anche costituzionalmente garantiti, come appunto accade per i diritti fondamentali del cittadino di natura patrimoniale, quali la proprietà e quello di iniziativa economica, di guisa che, la nozione di interesse legittimo in questi casi non serve più per indicare una pretesa del privato nei confronti della p.a. priva di una legittimazione sostanziale, che quindi può scaturire solo dalla emanazione del provvedimento amministrativo che la p.a. è competente ad emanare, ma sono proiezioni di posizioni di legittimazione sostanziale di ben altra consistenza, in quanto espressamente previste dalla normativa primaria sotto forma di diritti soggettivi, che, tuttavia, per ragioni di pubblico interesse sono soggetti alla funzione conformativa della pubblica autorità.

Interesse legittimo e diritto soggettivo sono perciò, in questi casi, due facce della medesima medaglia, nel senso che il passaggio dall'uno all'altro avviene all'interno della medesima situazione soggettiva, sono cioè espressione di una mutazione che si determina all'interno di tale diritto, in relazione a determinate facoltà, condizionate nelle loro possibilità di esplicazione dal favorevole assenso della competente autorità amministrativa.

In questo modo risulta provato che non è affatto vero che siamo l'unica nazione che conosce l'anomala figura dell'interesse legittimo. Tale nozione continua e continuerà ad essere utilizzata, perché rende più agevole distinguere quelle facoltà costituenti parte del nucleo del diritto soggettivo, che legittimamente possono essere conformate attraverso l'esercizio della funzione amministrativa, da quelle facoltà e da quei diritti soggettivi per i quali la legislazione primaria esclude tale possibilità, e per i quali, quindi, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario nei confronti dei provvedimenti, oltre che dei *comportamenti* della p.a., ritenuti lesivi dal suo titolare, come ripetutamente precisato dalla Corte Costituzionale con riferimento alla legge n.205/2000.

La particolarità risiede perciò solo nel fatto che, per una tradizione linguistica ormai risalente, continuiamo a chiamare interessi legittimi tutti i diritti soggettivi che, al pari di quanto accade negli altri Stati del mondo occidentale, possono essere *conformati* dalla p.a, come del resto l'esame comparato della normativa degli altri Stati europei e l'esame della normativa comunitaria è, in modo inoppugnabile, in grado di dimostrare: il trattamento che anzitutto la Costituzione e, sulla sua scia, le leggi ordinarie riservano alle situazioni soggettive di spettanza del cittadino italiano non differiscono affatto e non hanno minore intensità di quelle riconosciute ai loro cittadini dagli altri Stati liberaldemocratici.

La differenza tra la teoria della degradazione e quella che assegna all'amministrazione in questi casi solo una funzione conformativa non è perciò di poco conto: solo attraverso il rifiuto della teoria della degradazione è infatti possibile sfatare il convincimento che il cittadino italiano si trovi in una mortificante posizione subalterna nei confronti della p.a., che non troverebbe riscontro nella legislazione degli altri Stati democratici.

Senza cadere in antistoriche visioni nazionalistiche si tratta solo di prendere atto del lungo cammino che, al pari della nostra, le legislazioni dei vari Stati democratici hanno intrapreso e continuano a percorrere, per coniugare all'unisono

interessi privati e istanze collettive in continuo divenire, a causa dell'emergere di nuovi assetti economico-produttivi e/o di trasformazione di quelli preesistenti.

VIII- La lunga digressione, con la quale abbiano toccato anche argomenti apparentemente distanti dal tema principale affrontato dalla sentenza in esame, ci è apparsa necessaria, in quanto l'indirizzo maturato da parte del giudice dei conflitti di giurisdizione deve in ogni caso essere verificato alla luce della ricostruzione della giurisdizione esclusiva operata dal giudice delle leggi.

Il fatto stesso che in sede di scrutinio di costituzionalità della legge 205/2000 si sia escluso che il legislatore ordinario possa attribuire in modo indifferenziato al giudice amministrativo la giurisdizione sui diritti soggettivi e, tanto meno, sui comportamenti della p.a., è la riprova che, alla base di tale affermazione, c'è l'implicito riconoscimento della esistenza di una duplice categoria di diritti soggettivi, che, nel corso del secolo da poco trascorso, si è andata sviluppando, e che hanno trovato nuova linfa nelle motivazioni politiche poste a fondamento del dettato costituzionale, secondo cui la crescita dell'apparato produttivo è fonte sì di benessere per la collettività nel suo insieme, a patto però che le nuove iniziative non risultino pregiudizievoli per l'equilibrio ambientale preesistente, non rechino danno al patrimonio paesaggistico e a quello storico-artistico, così come essi si sono andati stratificando nel tempo, e non siano esercitate in modo tale da conculcare o precludere ad altri l'esercizio dei medesimi diritti individuali di libertà, sia economica, che di altra natura, riconosciuti a ciascuno. Discorso questo altrettanto valido per il diritto di proprietà, la cui funzione sociale non va intesa in un'ottica collettivistica, di sfrenata sua funzionalizzazione, ma nel senso che il suo esercizio presuppone il giusto temperamento con gli interessi che, nell'ottica del legislatore, assumono rilevanza collettiva, secondo il chiaro disposto costituzionale.

Di qui, il riconoscimento alla p.a. di una funzione conformativa volta a verificare la misura di compatibilità dell'iniziativa del singolo di dare soddisfazione al suo interesse individuale mediante l'esercizio di diritti soggettivi in grado di pregiudicare gli interessi della collettività di cui, per legge, essa è tenuta a farsi carico.

Ciò ha comportato il superamento del modello quiritario di diritto soggettivo, che riserva al suo titolare una sfera di autonomia pressoché assoluta nell'esercizio delle facoltà che concorrono ad individuare il contenuto elastico del diritto di proprietà e di iniziativa economica, come peraltro già si evinceva dalla relazione al codice del '42, in nome della c.d. solidarietà corporativa.

La tutela di interessi *altri* che possono assumere natura oppositiva, per le ragioni ora indicate, ha comportato il sempre più diffuso affermarsi di un modello di diritto soggettivo dal contenuto elastico, oltre che per le ipotesi contemplate dal codice civile, anche per le altre contemplate dalla legislazione pubblicistica, dove, a differenza delle prime, si prescinde dal consenso del suo titolare, in quanto trovano fondamento direttamente nella legge, che affida all'amministrazione il compito di individuare il se ed il quando tali facoltà possono essere concretamente esercitate.

Tale visione della evoluzione che, storicamente, ha interessato oltre all'interesse legittimo, lo stesso diritto soggettivo, fa sì che la seconda di tali situazioni soggettive si rifrange nel suo contenuto effettuale ed assume portata di interesse legittimo sul versante pubblicistico, per l'esercizio di quelle facoltà conformate dalla funzione amministrativa. Esso, invece, continua ad essere percepito, come diritto soggettivo, per quella parte della relazione con il bene della vita, la cui fruizione non è condizionata da tale preventiva valutazione di ordine pubblicistico. La rigida linea di demarcazione tracciata dalla Corte costituzionale tra la giurisdizione spettante nel primo caso al giudice amministrativo e quella propria del giudice ordinario in tutte le restanti ipotesi è perciò la risultante di questo diverso modo di percepire le situazioni soggettive, che nello Stato repubblicano sono riconosciute ai singoli.

IX- Se la premessa è esatta, resta allora da chiedersi quale dovrà essere il ruolo del giudice amministrativo in materia di tutela risarcitoria, sulla base delle argomentazioni che si desumono dalla congiunta lettura delle pronunzie della Corte Costituzionale e delle Sezioni Unite.

Qualora, infatti, si riscontrasse che esse non sono conciliabili, la parola dovrebbe tornare alla Corte Costituzionale per conoscere in che misura vada riconosciuta al giudice amministrativo la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, posto che la normativa costituzionale gli assegna la funzione giurisdizionale di *giudice naturale* di tale situazione soggettiva.

Non riusciamo, tuttavia, a scorgere vere e proprie invasioni di campo nella sentenza in esame a danno del giudice amministrativo, nonostante che ci sono sembrate necessarie alcune precisazioni sulla validità della trama complessiva che sorregge l'intero discorso delle Sezioni Unite.

Le conclusioni cui detto giudice perviene ci sembra che meritino di essere attentamente vagliate, tenuto anzitutto conto della autorevolezza e del prestigio della cattedra dalla quale promanano, stante gli indubbi meriti acquisiti sul campo nella lettura adeguatrice dell'art. 2043 cod. civ., in linea con i mutamenti che si registrano nella società civile nei confronti di esigenze individuali che assurgono a valori meritevoli di protezione sul piano risarcitorio, oltre che delle sempre più articolate categorie di danno che la giurisprudenza civile ha saputo riconoscere e tutelare.

Per quanto ci riguarda il discorso è inoltre agevolato dal fatto che la proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento illegittimo, oltre che illecito, sin dalle prime riflessioni dedicate all'argomento, ci è sembrata necessaria allorchè risulta in grado di evitare il prodursi del danno, stante la previsione legislativa (art. 1227 cod. civ.) che fa carico al creditore di fare tutto il possibile perché esso non si produca o si aggravi.

Già, quindi, con riferimento alla seconda ipotesi, si ha che, se l'azione di annullamento serve solo ad evitare che il danno si aggravi, ma si dimostri che non sarebbe stata in grado di evitare che esso si produca, a seguito della emanazione del provvedimento illegittimo, è giocoforza riconoscere che la mancata proposizione del rimedio giurisdizionale non è di per sé sufficiente a precludere l'autonoma

proposizione dell'azione di risarcimento, riservando al giudice amministrativo l'esame dell'illegittimità del provvedimento solo in via incidentale. In questi casi è evidente che il danno risarcibile non potrà che essere quello che il ripristino della situazione *quo ante*, conseguente all'annullamento del provvedimento, non sarebbe stato in grado di evitare.

Ci sembra, perciò, che possa affermarsi il comportamento operoso e collaborativo del creditore, vale a dire di colui che pretende il risarcimento del danno, presuppone un giudizio prognostico favorevole circa l'efficienza causale della pronuncia di caducazione del provvedimento di impedire il verificarsi del danno ex art. 2043 cod. civ., o che esso possa essere eliminato mediante il semplice ripristino della situazione giuridica pregressa.

Il punto da tener presente è che annullamento del provvedimento e risarcimento in forma specifica del danno subito operano su piani diversi, in quanto il primo priva di efficienza causale l'atto o provvedimento amministrativo, così da comportare che gli effetti giuridici, che si sono frattanto prodotti, possano venir meno con efficacia *ex tunc*, mentre l'azione di risarcimento in forma specifica, ammissibile solo quando tale forma di risarcimento è possibile sul piano effettuale e non risulti eccessivamente gravosa per il debitore (art.2058 cod. civ.), presuppone che i mutamenti intervenuti sul piano fenomenico vengano eliminati, in modo da ottenere una piena rispondenza tra realtà formale e realtà effettuale, tra situazione giuridica soggettiva ripristinata *sub specie juris* e realtà sostanziale che funge da substrato materiale della prima. Quando ciò non è possibile soccorre il risarcimento per equivalente, quale rimedio sostitutivo, che si affianca all'annullamento, al fine di assicurare il completo ristoro del danno patrimoniale non eliminabile con l'altro tipo di pronuncia.

Il rapporto di causalità tra provvedimento amministrativo illecito e danno patrimoniale si interrompe, se il comportamento operoso del danneggiato è sufficiente ad innescare una serie causale autonoma in grado, mediante la pronuncia di annullamento, di ripristinare la situazione *quo ante*, essendo frattanto rimasta invariata la realtà effettuale preesistente.

Sono molte le ipotesi nelle quali tale risultato non si consegue, o perchè la pronuncia del giudice amministrativo di annullamento del provvedimento non è di per sé esaustiva già sul piano formale, in quanto presuppone e fa salva l'attività adeguatrice della p.a. soccombente, vale a dire nei casi in cui la pronuncia giurisdizionale fa salvi gli ulteriori provvedimenti di natura discrezionale dell'amministrazione per l'esecuzione del giudicato, oppure quando l'esercizio, sia pure illegittimo, della situazione soggettiva scaturente dal provvedimento ha già prodotto delle modificazioni della realtà fenomenica, che non è possibile successivamente eliminare. In altri casi, può accadere che la mancata emanazione di un provvedimento conforme alle attese del privato preclude, in modo irreversibile, che la modificazione sul piano giuridico della precedente situazione soggettiva possa, ora per allora, soddisfare pienamente la realizzazione dell'interesse sostanziale che era a fondamento della sua pretesa, rimasta insoddisfatta a causa del comportamento

colposo della p.a., conseguente al mancato o illegittimo esercizio della funzione amministrativa: il provvedimento in tali casi risulterebbe privo di portata effettuale.

Sulla base di tali linee guida, è facile immaginare molteplici ipotesi nelle quali la mancata impugnativa del provvedimento, nel previsto termine di decadenza, non essendo in grado di assurgere a causa efficiente per il ripristino della situazione precedente, anche sotto il profilo effettuale o di natura extranormativa, stante l'irreversibilità del danno prodottosi, non è in grado di precludere al danneggiato di agire per il riconoscimento del proprio diritto ad ottenere la condanna dell'amministrazione per il suo risarcimento.

Certamente graverà a carico di chi avanza una tale pretesa l'onere di provare, oltre all'illegittimità e all'illiceità del provvedimento, anche che la propria inerzia non ha influito negativamente, quale concausa efficiente, sulla produzione del danno, o sul suo aggravamento; tuttavia, se tale prova sarà fornita, non potrà essere disconosciuto il suo diritto al risarcimento per equivalente di quel danno che nel suo ammontare è imputabile all'amministrazione.

Allorché il comportamento inerte del danneggiato non assurge a causa efficiente o a concausa idonea a interrompere il rapporto di causalità tra operato della p.a. e danno ingiusto patito dal singolo, la mancata impugnativa del provvedimento, secondo l'indicazione che è doveroso trarre dal nuovo indirizzo delle SS.UU., non potrà dispiegare alcuna influenza preclusiva sulla pretesa risarcitoria avanzata nel giudizio amministrativo, nel quale il danno dovrà essere accertato nella sua effettiva consistenza e imputabilità.

Il riuscito tentativo del legislatore di accorciare la durata del processo amministrativo e di anticipare alla fase cautelare, quanto più è possibile, gli effetti della pronuncia di merito, anche mediante l'adozione di ordinanze di tipo propulsivo, è auspicabile che saranno in grado di sventare in buona parte eventuali, maldestre iniziative di singoli ricorrenti. Non va, tuttavia, dimenticato, che il dinamismo del mercato è oggi tale per cui non sempre il giudice amministrativo è in grado di porre integrale rimedio all'inerzia o alle altre illegittimità dell'amministrazione, così da evitare che il titolare dell'interesse sostanziale, fatto valere in giudizio, si trovi ingiustamente e in modo irreversibile privato della possibilità di esercitare una determinata *chance* in grado, solo in quel preciso momento, di realizzare il proprio interesse sostanziale.

Gli effetti della globalizzazione del mercato, anche da questo punto di vista, impongono un cambio di mentalità da parte di chi è chiamato a giudicare situazioni complesse, che l'operatore economico deve cogliere molto spesso nell'attimo fuggente in cui la *chance* favorevole si presenta, e che, pertanto, presuppongono una amministrazione dotata di un valido apparato organizzativo, capace di rispondere con efficacia e con efficienza alle istanze provenienti dal sociale.

All'illegittimo diniego, opposto dall'amministrazione, alla richiesta del privato di intraprendere una attività produttiva, molto spesso, non può porre rimedio il giudice amministrativo sin dalla fase cautelare, e, molto spesso, anche con la sentenza, attesa la perdurante discrezionalità che, ai fini del rilascio di un provvedimento pienamente soddisfattivo per il privato, perdura in capo alla prima. Può

allora accadere che, nel momento in cui tale pretesa gli sarà riconosciuta in sede giurisdizionale, le condizioni di mercato, frattanto modificatesi, potranno risultare tali da aggravare l'*alea* della iniziativa in modo insostenibile, perché una attività analoga risulta, ad esempio, già intrapresa da altri, così da rendere il mercato ormai saturo, oppure potrà risultare che le preferenze dei consumatori sono frattanto mutate, o, infine, potranno essersi verificati altri significativi mutamenti in grado di escludere che l'iniziativa possa essere ritenuta ancora conveniente.

In questi e in altre ipotesi, anche diverse da quelle tenute presenti dal giudice dei conflitti, potrà anche accadere che, dopo aver proposto il ricorso per l'annullamento del provvedimento, il ricorrente ripieghi solo sull'azione risarcitoria, eventualmente proposta solo in un momento successivo, senza attendere la pronuncia di merito sulla prima, avendo perso interesse a coltivare un giudizio che, in termini di tutela effettuale, non è più in grado di dargli alcunché. Pensiamo ai casi in cui il giudice amministrativo non concede la sospensiva del provvedimento di esclusione dalla gara di appalto, rendendo frattanto possibile l'ultimazione dell'opera pubblica. Oppure potrebbe accadere che, mediante la prova fornita *ex post*, l'interessato riesca a dimostrare che l'osservanza del termine di decadenza era stata vagliata dall'interessato, ma fondatamente ritenuta inidonea a paralizzare il prodursi di un danno irreversibile sul piano effettuale, in quanto il tempo necessario per ottenere, per via giudiziaria, il ripensamento della p.a. risulta incompatibile con la possibilità che l'intera area del danno possa essere coperta con il risarcimento in forma specifica, unica forma di tutela che, a nostro avviso, continua a richiedere il previo annullamento del provvedimento illegittimo, oltre che illecito, essendo in questo caso necessario modificare anzitutto la realtà giuridica: il che è possibile solo tramite la pronuncia di annullamento del provvedimento.

Allorché le situazioni soggettive del privato sono di tipo pretensivo e comportano, per il loro soddisfacimento, l'esercizio, di una lata discrezionalità da parte della p.a., l'efficienza e l'efficacia del suo operato sono perciò gli unici rimedi per evitare ingiustificati danni ai privati, che la collettività nel suo insieme è poi costretta ad accollarsi.

D'altra parte, è giunto il momento di prendere definitiva coscienza degli enormi ritardi che si sono accumulati nel nostro Paese sulla necessità di socializzare in questi casi il danno conseguente alle condotte anomale della p.a., mercè il comodo, fuorviante rinvio ad una pretesa subalternità della posizione del privato rispetto agli interessi collettivi, favorita da una retrograda lettura del c.d. interesse legittimo, senza considerare, a differenza di quanto è accaduto in altri Stati a noi vicini, che, in questo modo, il comportamento antiggiuridico dei pubblici poteri ha un grave costo per la collettività, sia perché priva colui che ne aveva diritto della possibilità di accrescere, in termini di valore aggiunto, la realtà economica e produttiva preesistente con innegabili ricadute positive per la collettività, sia perché, negli altri casi, consente, a colui che non ne aveva diritto, di sovvertire l'equilibrio complessivo preesistente, distruggendo ricchezza, alterando *in pejus* il precedente assetto produttivo, o, in altri casi, il contesto ambientale e/o paesaggistico, ovvero altri fondamentali interessi comuni, così come si sono venuti componendo nel corso del tempo.

In questi casi, l'azione risarcitoria, ove venga sapientemente utilizzata dal giudice amministrativo, può diventare una efficace remora per innestare comportamenti virtuosi da parte di funzionari, chiamati altrimenti a rispondere, anche sul piano personale, dei danni procurati a terzi.

Questa non edificante pagina della giustizia italiana, che solo da qualche anno sembra al suo definitivo tramonto, richiederà da parte del giudice amministrativo una notevole sensibilità ed un sempre più gravoso impegno. Esso potrà giovare anche della esperienza di altri Paesi, segnatamente della ricca giurisprudenza pretoria elaborata in materia di servizi pubblici dal *Conseil d'Etat*, nonché della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del principio di prevenzione non a caso previsto, in materia ambientale, dall'art.174 del Trattato delle Comunità europee (1).

(1) Per questi aspetti rimandiamo agli interessanti, istruttivi contributi di diritto comparato di **B.Delfino**, *Responsabilità e socializzazione del rischio*, in questo stesso volume collettaneo; id., *La responsabilità della p.a. come conseguenza del funzionamento dei servizi pubblici nell'esperienza normativa spagnola. Cenni.*, di prossima pubblicazione

* Il presente scritto fa parte degli Studi in onore di Vincenzo Caianiello.