

INCOSTITUZIONALITA' DELLE COMPETENZE RISARCITORIE NELLA GIURISDIZIONE SU INTERESSI LEGITTIMI (*)

di Antonio GUANTARIO
Avvocato

SOMMARIO

- 1.- Considerazioni introduttive.**
- 2.- L'estensione della giurisdizione di legittimità alle controversie aventi ad oggetto il diritto al risarcimento del danno e dubbi di compatibilità costituzionale in relazione all'art. 103 Costituzione.**
- 3.- L'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004 e l'affermazione del risarcimento del danno come tecnica di tutela dell'interesse legittimo.**
- 4.- Critica: il falso problema della risarcibilità degli interessi legittimi.**
- 5.- Conclusioni: incostituzionalità delle competenze risarcitorie nella giurisdizione su interessi legittimi.**

1.- Considerazioni introduttive.

La recente sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, al di là dei temi specifici affrontati in relazione alle censure mosse nelle ordinanze di rimessione, induce a riflessioni sul punto della legittimità costituzionale delle competenze risarcitorie spettanti al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7, co. 3° L. n. 1034/71 (quale novellato dall'art. 7 L. n. 205/2000).

Il tema, nonostante fosse estraneo all'ambito della dichiarazione di incostituzionalità, è stato oggetto, sia pure in via incidentale, di approfondita disamina da parte del Giudice delle leggi, le cui conclusioni, però, non mancano di sollevare qualche perplessità.

Prima di affrontare il cuore del problema, ci sembra utile premettere alcuni cenni sull'estensione della giurisdizione esclusiva alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali.

Con la legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale), seguita dal decreto legislativo delegato 3 febbraio 1993, n. 29, aveva inizio un ampio disegno di riforma della pubblica amministrazione, con importanti ricadute sul riparto della giurisdizione.

Per la piena attuazione della riforma, l'art. 11, comma 4, lettera g), legge 15 marzo 1997, n. 59, conferiva una delega al Governo ad emanare disposizioni integrative e correttive al D. Legisl. n. 29/1993, indicando la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sui rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e *"infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici"*.

Il legislatore delegante intendeva, in primo luogo, rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo - nell'esercizio della giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, *di cui era già titolare in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici* - non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche (ove configurabile) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario.

In secondo luogo la delega mirava a perseguire tale risultato senza ampliare nelle suddette tre materie l'ambito delle esistenti giurisdizioni esclusive. Per due volte infatti fu formulata la proposta di delegare il Governo a trasferire le tre materie in questione alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ed entrambe le volte essa non ebbe seguito, onde fu approvato definitivamente un testo che di giurisdizione esclusiva non parlava.

Recuperando la nozione di *"diritti patrimoniali conseguenziali"*, la cui cognizione, sino ad allora, era riservata al giudice civile (v. art. 30, comma 2° r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato; e art. 7, comma 3° legge 6 dicembre 1971 n. 1034), il legislatore perseguiva la finalità di attribuire al giudice amministrativo - nei limiti in cui già conosceva di quelle materie - la giurisdizione anche per la conseguenziale tutela risarcitoria¹.

La delega, esercitata dal Governo con D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, recante *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa*, era soggetta ad una evidente forzatura², come se essa

(*) Pubblicato sul sito internet del Consiglio di Stato nella rubrica "Studi e Contributi" (in www.giustizia-amministrativa.it).

¹ Osserva preliminarmente F. FRACCHIA, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza (a cura di F. Caringella-M. Protto)*, Milano, Giuffrè, 2002, pag.356, come fossero erronee le descrizioni dell'istituto della giurisdizione esclusiva nei termini di riserva ad unico giudice di tutte le controversie attinenti ad una stessa materia. La presenza della giurisdizione esclusiva "...non eliminava, infatti, l'eventualità che il cittadino, al fine di ottenere piena e completa tutela delle proprie pretese, dovesse rivolgersi a due giudici differenti, rispettando una sorta di doppio binario di tutela giurisdizionale: azione di annullamento dinanzi al giudice amministrativo e azione di condanna davanti a quello ordinario" (così F. FRACCHIA, *Il nuovo processo amministrativo ...*, cit., pagg. 356-357 nota 22).

² Così A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in Foro it., 2000, I, col. 2400, il quale riferisce che la dottrina più attenta, già nei primi interventi sul d. lgs. n. 80/98, aveva cura di segnalare immediatamente lo sfondamento della delega: cfr. A. ROMANO nella nota al parere reso dal Consiglio di

non avesse ad oggetto solo l'assegnazione al giudice amministrativo delle vertenze sui diritti patrimoniali consequenziali nelle materie elencate dalla norma (edilizia-urbanistica, servizi pubblici). Quasi che l'art. 11, comma 4° lett. G) della legge n. 59/97, contemplasse due oggetti distinti: a) l'assegnazione alla giurisdizione esclusiva delle materie edilizia-urbanistica e servizi pubblici; b) l'assegnazione alla giurisdizione esclusiva delle vertenze su diritti patrimoniali consequenziali in tutte le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Difatti gli artt. 33 e 34 d.lgs n. 80/98 devolvevano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi (così come elencati nel comma 2° del citato art. 33) e quelle aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia.

Come da più parti auspicato, seguiva, poi, l'intervento risolutore della Corte costituzionale che, con sentenza del 17 luglio 2000 n. 292, bocciava l'art. 33 citato per eccesso di delega.

Il Giudice delle leggi chiariva che il riferimento dell'art. 11 della legge n. 59/1997 ai diritti consequenziali patrimoniali nelle materie de quibus non intendeva implicitamente sottintendere la creazione di nuovi settori di giurisdizione esclusiva³, ma più semplicemente mirava ad attribuire al giudice amministrativo, nella giurisdizione già di sua pertinenza, il potere di tutelare in modo pieno il cittadino nei confronti della pubblica amministrazione mediante l'azione risarcitoria.

Viceversa, sempre a giudizio della Corte costituzionale, ove il legislatore delegante avesse voluto istituire nuove giurisdizioni esclusive, avrebbe dovuto - per rispettare l'art. 76 della Costituzione - definire i limiti della "materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici" non contemplata normativamente e quindi formalmente non identificata, ed assegnare al Governo principi e criteri direttivi per procedere a tale individuazione.

Stato, adunanza generale, 12 marzo 1998 n. 30/98 sullo schema di quello che è poi divenuto il d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, in Foro it., 1998, III, col. 352 ss..

³ Nel giudizio costituzionale di cui alla citata sentenza l'Avvocatura dello Stato, per sollevare la norma delegata dal sospetto di incostituzionalità per eccesso di delega, aveva sostenuto che la legge n. 59 del 1997, prevedendo nelle citate tre materie l'attribuzione delle controversie relative ai "diritti patrimoniali consequenziali" al giudice amministrativo, mirava implicitamente, ma necessariamente, a devolvere quelle materie alla sua giurisdizione esclusiva. La categoria enunciata - secondo l'Avvocatura dello Stato - sarebbe stata infatti così strutturalmente legata alla giurisdizione esclusiva, da non essere configurabile senza di essa. L'argomento è stato ritenuto infondato in quanto, come ha precisato il Giudice delle leggi, «c'è certamente vero che, quando emersero come concetto normativo, i "diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità" dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre" - così l'art. 9 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 (Modificazioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale), il cui testo fu poi trasfuso nell'art. 30 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), e sostanzialmente riprodotto dall'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sui tribunali amministrativi regionali - fungevano da limite esterno alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo la loro cognizione riservata al giudice ordinario. Ma, affermatasi la configurazione della giurisdizione esclusiva quale giurisdizione sul rapporto, tali diritti (come rivela l'analisi della giurisprudenza) hanno finito per identificarsi con le pretese risarcitorie legate al rapporto da un nesso di mera occasionalità, e quindi per presentare contenuti sostanzialmente non dissimili dalle pretese miranti al risarcimento del danno da attività amministrativa soggetta alla giurisdizione generale di legittimità».

Conclusivamente, doveva ritenersi che l' "**estensione**" della **giurisdizione amministrativa esistente**, tanto di legittimità che esclusiva, era il compito assegnato al legislatore delegato; i "diritti patrimoniali consequenziali", in essi compreso il risarcimento del danno, erano l'oggetto (normativamente individuato) di tale estensione; e le tre materie dell'edilizia, urbanistica e servizi pubblici si ponevano come l'ambito all'interno del quale la giurisdizione amministrativa doveva essere estesa.

A questa stregua, l'interpretazione riduttiva dei limiti della delega, accolta dalla Corte costituzionale, consentiva di qualificare "sufficientemente determinato" il compito affidato al legislatore delegato nella legge di delega n. 59 del 1997, e, di conseguenza, ad un tempo, sottraeva l'art. 11, comma 4, lett. G) seconda parte della legge n. 59/1997 alla censura di incostituzionalità proposta dall'ordinanza n. 495 in riferimento all'art. 76 Costituzione, e decretava "la condanna a morte parziale dell'art. 33 del d. lgs. n. 80/98 per eccesso di delega"⁴.

2.- L'estensione della giurisdizione di legittimità alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali e dubbi di compatibilità costituzionale dell'art. 7, comma 3, legge n. 1034/71 (novellato dalla l. n. 205/2000) in relazione all'art. 103 Costituzione

Il mancato rispetto della legge di delegazione ad opera del d. lgs. n. 80/98, e il venir meno dell'ampliamento delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, inducevano il legislatore ad intervenire per ovviare alla situazione determinata dalla citata sentenza della Corte costituzionale, mediante conferma con legge della medesima disciplina dichiarata incostituzionale, per definizione al riparo da ogni rischio di eccesso di delega.

L'art. 7 della legge n. 205/2000, nel novellare gli articoli 33, 34 e 35 del decreto legislativo n. 80, si preoccupava di offrire copertura legislativa al decreto legislativo n. 80/98, prevenendo una falla nel sistema⁵.

Senonché, il legislatore con la medesima legge n. 205/2000 coglieva l'occasione per operare un'ampia riforma del processo amministrativo, permeato

⁴ Così R. GAROFOLI, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205* (a cura di F. Caringella - G. De Marzo - F. Della Valle - R. Garofoli), Milano, Giuffrè, 2000, pag. 32.

⁵ In proposito deve segnalarsi che la Commissione Affari Costituzionali del Senato, in sede di approvazione del testo unificato, aveva adottato il 19 luglio 2000 un ordine del giorno che prospettava la tesi, con riguardo agli effetti negativi potenzialmente derivanti dalla pronuncia di incostituzionalità, che essi sarebbero stati fortemente ridotti dall'approvazione della nuova legge tenuto conto dell'indirizzo interpretativo delle Sezioni unite della Cassazione civile (sentenza 27 luglio 1999, n. 516) secondo il quale "esigenze di economia processuale impongono di attribuire rilevanza alla giurisdizione sopravvenuta anche alla luce del nuovo testo dell'articolo 5 del codice di procedura civile". Il medesimo ordine del giorno, tenuto conto che il tenore letterale di quest'ultima disposizione avrebbe potuto autorizzare un'interpretazione diversa, impegnava il Governo "ad assumere ogni opportuna iniziativa che, al fine di evitare eventuali rischi di un contrasto giurisprudenziale, conduca all'emanazione di norme interpretative idonee a cristallizzare il principio di rilevanza della giurisdizione sopravvenuta già affermato dal diritto vivente".

dall'esigenza di concentrazione della tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

In particolare, per quanto qui più interessa approfondire, il giudice amministrativo veniva investito della cognizione sulle questioni risarcitorie *anche al di fuori delle materie in relazione alle quali gli era attribuita giurisdizione esclusiva*.

Come è stato perspicuamente notato in dottrina, l'enucleazione di una previsione autonoma (art. 35, comma 4° del d. lgs. n. 80/98 così come sostituito dall'art. 7, lett. c della legge n. 205/2000) rispetto al preesistente art. 35, comma 1, d. lgs. n. 80/98, intesa ad assegnare al giudice amministrativo il potere di conoscere tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ogni qualvolta si trovi ad operare *“nell'ambito della sua giurisdizione”*, ***“rappresenta un dato normativo inequivocabilmente indicativo della chiara volontà del legislatore di estendere sul versante oggettuale la capacità del giudice amministrativo di assicurare una pienezza di tutela”***⁶.

La giurisdizione amministrativa, quindi, è venuta a connotarsi in termini di pienezza anche con riferimento alla giurisdizione di legittimità, così superandosi, almeno in parte, gli inconvenienti applicativi connessi alla attribuzione in capo a due giudici diversi di una valutazione quanto meno parzialmente coincidente, quale quella relativa alla legittimità dell'azione dell'Amministrazione, considerata in sé o, nella prospettiva risarcitoria, quale fattore concorrente con altri nella ricostruzione dell'illecito contestato⁷.

Conseguentemente si è posta la questione concernente la “qualità” assunta dalla giurisdizione del giudice amministrativo allorché lo stesso, chiamato a giudicare al di fuori delle materie espressamente ascritte alla sua giurisdizione esclusiva, eserciti, ai sensi dell'art. 7, co. 3° L. n. 1034/71 (quale novellato dall'art. 7 L. n. 205/2000), i riconosciuti poteri cognitori e decisorii in tema di risarcimento del danno: occorre stabilire, infatti, se la giurisdizione di legittimità, ancorché irrobustita per effetto dei nuovi poteri esercitabili dal giudice, mantenga i suoi caratteri originari ovvero se si debba ritenere arricchita di una nuova, e peculiare, ipotesi di giurisdizione esclusiva⁸.

⁶ Così R. GAROFOLI, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo* (a cura di R. Garofoli – G. M. Racca – M. De Palma), Milano, Giuffrè, 2003, pag. 251.

⁷ Secondo E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2004, pag. 248, il cittadino era <<tutelato meglio quando, dovendo ricorrere a due diversi giudici, otteneva da ciascuno quello che “sapeva” dare; ora, invece, riceve in modo sommario e monco la (altra) tutela che quell'ordine giurisdizionale, in precedenza, non accordava>>.

⁸ Sul piano dommatico, è stato acutamente notato, la previsione di una giurisdizione esclusiva sul risarcimento ha fatto venir meno l'utilità di costruire il diritto al risarcimento del danno scisso dalla natura giuridica della situazione lesa, in quanto, caduto l'ostacolo della mancanza, nella giurisdizione amministrativa, del potere decisorio di condanna nei confronti della pubblica amministrazione per la lesione dell'interesse legittimo, non v'è più ragione di legittimare la giurisdizione dell'A.G.O. sulla scorta dell'autonoma natura di diritto soggettivo del credito risarcitorio (così A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in www.lexitalia.it/articoli).

Simmetricamente è interessante osservare che, storicamente, lo stesso riparto di giurisdizione fondato sulla degradazione del diritto soggettivo in interesse legittimo è frutto di un'esigenza pratica: la necessità di allargare la giurisdizione del giudice amministrativo, **che aveva (ed ha) il potere di**

La questione, se sul piano teorico impone la verifica della natura delle posizioni soggettive di cui si riconosce la tutela risarcitoria, si presenta di estrema delicatezza in quanto la generalizzata attribuzione in capo al giudice amministrativo della cognizione del risarcimento del danno, come noto, sino a quel momento, ricostruito dalla Cassazione a Sezioni Unite come situazione sostanziale di diritto soggettivo, ha portato con sé un inevitabile dubbio sulla costituzionalità del novellato art. 7, comma 3° L. n. 1034/71 per contrasto con l'art. 103 Costituzione, allorchè è stata sottolineata la difficoltà di ipotizzare, con riguardo alle competenze risarcitorie assegnate al giudice amministrativo, una “*materia*” senza confini⁹, non delimitata cioè sulla scorta di un parametro di tipo contenutistico specifico ed omogeneo, ma

annullamento, e per ridurre la giurisdizione del giudice ordinario, che aveva (ed ha) poteri meno incisivi in ordine al provvedimento amministrativo; tutto ciò in omaggio al principio dell'effettività della tutela. Il giudice della giurisdizione assunse all'epoca un atteggiamento che - è stato definito - “generoso”, “*trovando il modo di ampliare l'ambito spettante al giudice amministrativo: affermò che il diritto soggettivo poteva trasformarsi magicamente in una situazione diversa, per effetto dell'intervento di un provvedimento amministrativo. Veniva meno il diritto soggettivo e compariva al suo posto l'interesse legittimo; in altri termini, il provvedimento amministrativo, invece di violare il diritto soggettivo, lo degradava, cosicché la tutela propria del diritto soggettivo, nel momento in cui ce ne era effettivo bisogno, veniva meno*” (così F.G. SCOCA, *Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo*, Relazione tenuta in occasione del Convegno di Messina del 26 settembre 2003 su “Nuove forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive nelle esperienze processuali (profili pubblicistici)”, in www.giustamm.it). Secondo G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, n. 2, pag. 288 nota 2, il complesso movimento sviluppatosi dopo il 1889, rivolto ad assicurare ai diritti la tutela ripristinatoria assicurata agli interessi legittimi, raggiunse in parte il risultato “*..non sul piano processuale, ove pure lo si era provato con la dottrina del petitum, ma sul piano dell'analisi delle situazioni giuridiche, mediante l'affermazione che di fronte all'esercizio del potere amministrativo non vi sono che interessi*”. Secondo E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, n. 4, pag. 923, “*..il nostro paese aveva avuto la giurisdizione unica nel periodo che va dal 1865 al 1889, quando le controversie per la tutela dei diritti soggettivi furono affidate, con l'abolizione del contenzioso amministrativo, alla giurisdizione del giudice ordinario, ma questi si ritirò di fronte al sindacato del potere discrezionale ed autoritativo della pubblica amministrazione, privando, alla fine, di tutela pure i diritti soggettivi che cessavano di essere tali in presenza dell'atto amministrativo, espressione di autorità; in questo periodo, furono lasciati in balia dell'amministrazione, non solo gli <interessi>, ma anche i diritti soggettivi che ricevevano tutela in via amministrativa, in sede di ricorso gerarchico o in opposizione ovvero, al più, con ricorso straordinario al Re*”. Secondo A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975, pagg. 299-300, è con eccessiva fiducia che “*..il legislatore liberale affidò al giudice ordinario la tutela dei diritti soggettivi nei confronti dell'Amministrazione. E' questa, infatti, la valutazione che si impone della sua opera, nella prospettiva ormai più che secolare che l'applicazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo permette: fino ad oggi il giudice ordinario, e massimamente la Cassazione, non ha sentito il bisogno di affermare il proprio ruolo. Ciò vale anzitutto per i limiti che ha dato all'estensione della propria giurisdizione, che sembra che egli abbia ristretto progressivamente in misura più che proporzionale all'ampliamento peraltro innegabile dei poteri dell'Amministrazione a danno dei diritti dei cittadini, alla trasformazione conseguente delle norme di relazione in norme di azione*”.

⁹ G.M. RACCA, *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo* (a cura di R. Garofoli – G. M. Racca – M. De Palma), Milano, Giuffrè, 2003, pagg. 84-85. Per la dottrina precedente, in tal senso, cfr. N. PAOLANTONIO, *Giurisdizione esclusiva e tutela giudiziaria*, in *Foro amm.*, 2000, pag.2457, secondo cui “*i limiti esterni della giurisdizione esclusiva, non sono delimitati dal potere del giudice amministrativo di conoscere di diritti patrimoniali consequenziali, e, quindi, anche di pronunciare condanna al risarcimento del danno ingiusto, ma dalle materie elencate dalla norma attributiva della giurisdizione*”; quest'ultimo autore, a sua volta, si rifà ad A. TRAVI, *Giurisdizione esclusiva e legittimità costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, I, col. 2402.

connotata solo dalla specificità del potere cognitorio e decisorio ascritto al giudice; una materia, peraltro, del tutto *trasversale*, destinata talvolta ad integrare la giurisdizione di legittimità e quella di merito, talaltra ad affiancarsi alle altre materie devolute alla giurisdizione esclusiva¹⁰.

Di segno contrario è l'opinione di quella dottrina che, per superare siffatto dubbio, ha sostenuto che *“nel giudizio risarcitorio la posizione soggettiva sostanziale dedotta è legata all'interesse legittimo leso con correlativa caratterizzazione strumentale, irrilevante ai fini della giurisdizione, del diritto soggettivo al risarcimento”*¹¹. In altri termini, secondo quest'ultimo orientamento di pensiero, il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, in quanto forma (e/o tecnica) di tutela, rientrerebbe nel concetto di *“tutela”* dell'interesse legittimo che l'art. 103 della Costituzione, 1° comma, prima parte, assegna, senza incertezze, alla giurisdizione del Giudice amministrativo.

La divaricazione delle posizioni è netta.

Da un lato, considerato il credito risarcitorio come situazione di diritto soggettivo naturalmente soggetta alla giurisdizione dell'A.G.O., vi sono coloro che si preoccupano di verificare se sussistano condizioni sufficienti a legittimare la deroga in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nei limiti consentiti dalla Costituzione; dall'altro, si pensa che, se il danno ingiusto è originato dalla lesione di un interesse legittimo, il conseguente diritto al risarcimento non potrà non costituire strumento di tutela riparatoria¹² del medesimo interesse legittimo leso, senza che venga in rilievo, neppure in astratto, un problema di giurisdizione esclusiva, ma semplicemente di effettività della tutela dell'interesse legittimo¹³.

¹⁰ È interessante notare che l'Avvocatura dello Stato, nel giudizio dinanzi alla Corte costituzionale conclusosi con la sentenza n. 204/2004, ha sostenuto, tra le altre cose, che il tratto «polisemico» del lemma (*“particolari materie”*), «ben si presta a ricomprendere alternativamente o vasti ambiti di attività amministrativa unitariamente considerati (in senso orizzontale: ad esempio urbanistica, edilizia, etc.) **oppure un oggetto contenzioso** (in senso verticale: paradigmaticamente il risarcimento del danno) accessivo a quello di competenza generale».

¹¹ Così F. CARINGELLA, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza* (a cura di F. Caringella-M. Protto), Milano, Giuffrè, 2002, pag. 604, il quale, con estrema chiarezza, subito aggiunge che *“una diversa opzione renderebbe d'altronde la riforma difficilmente compatibile con l'art. 103 della Costituzione, in considerazione della generalizzata attribuzione in testa al giudice amministrativo della cognizione su posizioni di diritto soggettivo sostanziale”*.

¹² *“Il risarcimento (del danno) rappresenta il momento caratteristico dell'attuazione della responsabilità civile: con la statuizione di un obbligo a carico del danneggiante, che ha per contenuto la riparazione del pregiudizio inferto ad altri”* (così R. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno* (voce), in *Noviss. Digesto*, vol. XVI, Utet, pag. 20). Secondo A. PROTO PISANI, *Brevi note di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, col. 128, con l'espressione *Tutela risarcitoria* *“si indica quella tutela diretta a fare conseguire al titolare del diritto non la stessa utilità garantitagli dalla legge (o dal contratto) ma solo utilità equivalenti; non l'utilità (o il <bene dovuto>) in natura ma solo il suo equivalente monetario”*.

¹³ Secondo A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3^a ed., Giuffrè, Milano, 2003, pag. 4, *“ove l'esercizio e/o la soddisfazione del diritto venga da altri in vario modo contrastato, sia sul piano del fatto che su quello del diritto, il titolare del diritto deve (poter) godere di mezzi (di tutela) che gli consentano di reagire alla violazione. Ove ciò non fosse ne andrebbe di mezzo il principio di effettività dello stesso ordinamento, giacché la garanzia dell'applicazione del diritto non può non comprendere, come suo momento necessario e ineludibile, anche quello della tutela dei diritti che dall'ordinamento vengono riconosciuti”*.

Effetto logico di quest'ultima concezione dovrebbe essere l'illegittimità costituzionale della giurisdizione dell'A.G.O. sul diritto al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, inteso come posizione strumentale rispetto alla situazione soggettiva cautelata di interesse legittimo, per violazione del citato art. 103 Cost., 1° comma, che riserva al giudice amministrativo la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi. Non è un caso che in dottrina, ancor prima della sentenza Cass. Sez. Un. n.500/99, proprio nel tentativo di offrire un valido schema di soluzione ai problemi di giurisdizione concernenti l'azione di risarcimento danni per lesione di interessi legittimi, si è acutamente osservato “.. *che la soluzione più corretta sarebbe stata non quella di affermare tout court la giurisdizione ordinaria, in base alla considerazione - necessaria ma non sufficiente - che si tratta di un diritto; ma semmai quella di sollevare questione di legittimità costituzionale delle attuali norme attributive di giurisdizione amministrativa nella parte in cui non prevedono che la tutela risarcitoria per equivalente degli interessi legittimi spetti al giudice amministrativo, così come ad esso già spetta la reintegrazione in forma specifica con lo strumento del giudizio d'ottemperanza*”¹⁴.

3.- L'intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004 e l'affermazione del risarcimento del danno come tecnica di tutela dell'interesse legittimo.

Ed è proprio in questo solco interpretativo che, a nostro avviso, si inserisce l'intervento della Corte costituzionale, allorché con la sentenza n. 204/2004 ha statuito il principio, salutato come uno dei suoi aspetti “più interessanti”¹⁵, che il potere del giudice amministrativo, ex art. 1° art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

La Corte costituzionale ha puntualizzato che “...*L'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (..), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela,*

¹⁴ S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è "in coltivazione"*, in www.lexitalia.it, paragrafo 3.1.3 (pubblicato anche in Rass. Cons. Stato, 1999, n. 10, pag. 1601). Cfr. anche B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in www.giustamm.it, secondo cui il fatto che la Corte costituzionale, per giustificare l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del generale potere risarcitorio, abbia fatto leva sull'art. 24 cost. quale garanzia del principio di effettività della tutela giurisdizionale, “*equivale a dire che, semmai, censure di scarsa aderenza costituzionale dovrebbero appuntarsi sul sistema ante art. 35 d. lgs. n. 80/98*”.

¹⁵ Così G. VIRGA, *Il giudice della funzione pubblica (sui nuovi confini della giurisdizione esclusiva tracciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 204/2004)*, in www.lexitalia.it, n. 7-8/2004.

implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi olim di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.”.

L'assunto implicito che sembra aver mosso il Giudice delle leggi è che la giurisdizione sul risarcimento del danno da illiceità dell'azione amministrativa, attribuita in via generale al giudice amministrativo, non contrasti con l'art. 103 Cost., poiché trattasi sempre di *tutela* di interessi legittimi¹⁶, rivelando, così, un'interessante sintonia con l'opinione espressa dal Presidente del Consiglio di Stato, nella sua relazione del 26 febbraio 2004, sulle vicende che hanno interessato la Giustizia amministrativa nell'anno 2003, secondo cui, a proposito della cognizione del giudice amministrativo sul risarcimento del danno, si tratta “.. *non già dello spostamento di attribuzioni da una giurisdizione all'altra ma dell'innesto nell'ordinamento, sotto la pressione della storica sentenza n. 500 del 1999, di una più incisiva figura di interesse legittimo (pretensivo) percorsa da nuova linfa vitale*”¹⁷.

¹⁶ In senso adesivo alla tesi della Corte costituzionale cfr. la nota di P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204/2004 e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, n. 10, pagg. 1121 e ss. Secondo A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in www.lexitalia.it/articoli, “*il fatto stesso che oggi il giudice cui spetta conoscere delle domande risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione possa essere generalmente indicato in quello amministrativo, rende però non più necessario seguire l'impostazione teorica delle Sezioni Unite: anche aderendo alla concezione strumentale dell'illecito, vi è infatti, oggi, la possibilità di individuare un giudice cui è normativamente attribuita la possibilità di conoscere del risarcimento dovuto per la lesione di un (vero o presunto) interesse legittimo*”. Questa opinione, tuttavia, a nostro parere, sembra condizionata dal convincimento preliminare che l'accoglimento della concezione dell'illecito civile come violazione dell'art. 2043 c.c., inteso come norma primaria, finisca per dare consistenza di diritto soggettivo a situazione giuridiche di minore sostanza e meritevolezza. Senonchè, questa preoccupazione dovrebbe, a nostro avviso, essere fugata dalla constatazione che - come sarà meglio precisato nel testo - il credito risarcitorio (diritto soggettivo scaturito dal danno ingiusto) è indifferente rispetto alla natura dell'interesse leso.

¹⁷ Relazione sulla Giustizia Amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Alberto de ROBERTO, Roma, Palazzo Spada, 26 febbraio 2004, in www.giustizia-amministrativa.it. Nella stessa relazione il Presidente Alberto de ROBERTO aggiunge che: “*Viene ripudiata, infatti, l'antica configurazione dell'interesse legittimo (pretensivo) come posizione subalterna capace di venir soddisfatta solo in simbiosi con l'interesse pubblico e di conseguire, perciò, appagamento solo attraverso l'emanazione dell'atto attributivo di effetti vantaggiosi. Con l'inevitabile perdita, perciò, di ogni tutela quando non sia più possibile far luogo all'emanazione del provvedimento amministrativo al quale si ricollega la situazione di vantaggio. Si pensi all'impossibilità di adozione dell'atto amministrativo vantaggioso in luogo di un precedente diniego quando al nuovo provvedimento non sia possibile attribuire effetto retroattivo. La nuova disciplina riconosce, per la prima volta, all'interesse sostanziale individuale la capacità di conseguire egualmente protezione se venga a spezzarsi l'anello che lega insieme l'interesse privato e l'interesse pubblico conferendosi all'interesse individuale di venir soddisfatto non più in forma specifica ma per equivalente. E' appena il caso di rilevare che l'interesse legittimo non perde per questa ragione la sua primigenia natura. Meno che mai può immaginarsi che esso si trasfiguri – come talora è stato adombrato – in diritto soggettivo in virtù di un fenomeno eguale e contrario a quello della degradazione: non più il diritto che “decolora” ad interesse legittimo ma l'interesse legittimo che assurge a diritto soggettivo*”.

Il ragionamento della Corte costituzionale si pone, di fatto, in aperto contrasto con gli approdi della dottrina civilistica moderna che, per un verso, qualificano la lesione dell'interesse legittimo come elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria ex art. 2043 c.c., soltanto sotto il profilo della qualificazione del danno come ingiusto; quest'ultimo, poi, visto come immediato e diretto fondamento dell'azione risarcitoria; e, per altro aspetto, avvertono che <<la stessa disposizione dell'art. 24, comma 1 Cost., laddove statuisce che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, non disegna certo la fattispecie della responsabilità civile, né tanto meno indica le possibili fonti del diritto al risarcimento del danno>>¹⁸.

Il Giudice delle leggi, in altri termini, sembra aver condiviso l'opinione di chi sostiene che il rimedio risarcitorio, qualificato come strumento di completamento della tutela tipica dell'interesse legittimo, escluda ogni dubbio sulla legittimità costituzionale di una scelta che proprio nelle norme costituzionali sui criteri di riparto trova la sua ragion d'essere. Il giudice amministrativo si prenderebbe cura dell'interesse legittimo sia nelle forme della tutela reale-demolitorio-conformativa sia nelle forme della tutela risarcitoria (in forma specifica o per equivalente), così divenendo “*giudice unico della funzione pubblica*”. In tal guisa, infatti, il risarcimento del danno, conseguente all'esercizio illegittimo del potere da parte della pubblica amministrazione, è attribuito alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo “*in attuazione della norma costituzionale attributiva del potere giurisdizionale in ordine all'interesse legittimo (art. 103, comma 1, della Cost.)*”, e ciò comporta che la tutela risarcitoria conseguente alla lesione di posizioni di tale tipo viene anch'essa riservata al giudice amministrativo¹⁹.

¹⁸ Così M. COSTANTINO, *Relazione presentata alla tavola rotonda sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, tenutasi il 24 aprile 1982 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma, in *Foro amm.*, 1982, n. 9-10, pag. 1677. Secondo altra dottrina l'art. 24 Cost. riconosce, come è noto, il diritto soggettivo di tutti all'azione giudiziaria per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, ma deve essere interpretata “*..nel senso del diritto di ciascuno ad ottenere la tutela giudiziaria per qualsiasi interesse giuridicamente protetto, senza che possano derivarsene particolari regole per la costruzione del sistema giudiziario bipartito*” (così G. ABBAMONTE, *Sulla risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Atti del XLIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, pubblicati nel volume intitolato, *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Giuffrè Milano, 1998, pagg. 46-47).

¹⁹ Così C. VOLPE, *Profili di effettività nella disciplina processuale del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, *Relazione svolta il 4 aprile 2003, con il medesimo titolo, al convegno su “L'effettività dell'ordinamento amministrativo”*, organizzato dall'Università degli studi di Bari presso la Facoltà di giurisprudenza - aula Aldo Moro - nei giorni 4 e 5 aprile 2003, in www.giustizia-amministrativa.it (rubrica Studi e Contributi). Nello stesso senso cfr. anche A. de ROBERTO, *Relazione sulla Giustizia Amministrativa*, cit. Dello stesso avviso è anche F. CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale (9 luglio 2004)*, in www.giustamm.it, n. 7/2004. Questo indirizzo dottrinale è in linea con la più ampia tendenza a promuovere il c.d. “polo dell'effettività della giustizia amministrativa” incentrata sulla necessità che il sistema processuale risponda nei fatti all'esigenza di tutela delle ragioni del cittadino ricorrente, ed, in particolare, che la protezione giudiziaria risulti adeguata alla natura della situazione giuridica sostanziale. In tal senso cfr. G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, pag. 432 col sin. Un ordinamento che si limitasse a riconoscere una situazione di vantaggio a livello di diritto sostanziale, senza apprestare rimedi e strumenti di diritto processuale idonei a garantire l'attuazione del diritto anche e, soprattutto, in caso di sua violazione, sarebbe «*un ordinamento che non potrebbe essere qualificato come*

Tuttavia le argomentazioni della Corte costituzionale appaiono non del tutto condivisibili, soprattutto nella parte in cui non hanno contribuito a sciogliere il vero nodo problematico a monte della questione: chiarire se il diritto al risarcimento del danno si fonda veramente sulla lesione dell'interesse legittimo ovvero su qualcosa d'altro.

E' evidente che soltanto nella prima ipotesi potrebbe trovare ingresso la tesi che ricostruisce il diritto al risarcimento come strumento di tutela dell'interesse legittimo, in caso contrario, ove si dovesse aderire alla diversa opinione che connette il diritto al risarcimento del danno alla lesione di un interesse meritevole di tutela, senza riferimento alcuno alla natura delle situazioni soggettive connesse (diritto soggettivo o interesse legittimo), non potrebbe porsi alcun rapporto di strumentalità tra diritto al risarcimento del danno e lesione dell'interesse legittimo. In tale ultima ipotesi, venendo meno la possibilità di ricondurre la competenza risarcitoria del

*giuridico poiché non garantirebbe l'attuazione del diritto proprio nel momento in cui questo è più bisognoso di tutela, nel momento della sua violazione» (A. PROTO PISANI, *Appunti sulla giustizia civile*, Cacucci, Bari, 1982, pag. 11). Dall'esistenza del diritto processuale dipende la stessa esistenza – a livello di effettività – del diritto sostanziale. La sostanziale verità delle considerazioni generali che precedono non può, tuttavia, esimere dal rilevare che la effettiva tutela giurisdizionale di una determinata situazione di vantaggio esige, però, che l'ordinamento predisponga procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali (cfr. gli esempi concreti formulati da A. PROTO PISANI, *Appunti ...*, cit., pagg. 12 e segg.). È da esse che dipende l'esistenza o il modo di esistenza dello stesso diritto sostanziale. È stato dimostrato che l'elaborazione ottocentesca della teoria dell'azione come azione generale atipica garantiva a tutti coloro che si affermassero titolari di un diritto sostanziale, riconosciuto come tale dall'ordinamento, la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale civile predisposta dallo Stato (*op. loc. ult. cit.*, pagg. 65 e segg.), e ciò del tutto indipendentemente dalla previsione di una norma che attribuisse il diritto di azione in relazione ad ogni singolo diritto e/o a ciascuna violazione dello stesso. Soltanto con l'introduzione dell'art. 24 della Costituzione la teoria ottocentesca dell'azione ha trovato il suo suggello normativo codificato, venendo in evidenza ancor più e meglio la sua valenza anticipatrice, frutto di «una operazione di politica del diritto» di grande rilievo anche pratico (*op. loc. ult. cit.*, pag. 66). Il principale limite intrinseco a tale elaborazione della teoria dell'azione come diritto autonomo dal diritto sostanziale si sostanziò nel convincimento che il diritto di azione fosse qualcosa di unitario e che lo stesso processo che ne scaturiva potesse anch'esso essere configurato come una categoria unitaria, sempre idoneo ad offrire tutela giurisdizionale a tutti i diritti previsti dalla legge sostanziale, indipendentemente dalla specificità dei loro contenuti o dei soggetti reali che ne fossero titolari. Quasi che la tutela giurisdizionale potesse realizzarsi secondo forme tendenzialmente unitarie, neutrali, indifferenti agli interessi che costituiscono il substrato dei singoli diritti sostanziali bisognosi di tutela. In tal modo «si venne a creare una pericolosa cesura tra diritto sostanziale e processo, cesura che non è stata ancor superata» (*op. loc. ult. cit.*, pag. 69). In questa prospettiva la dottrina moderna, constatata l'avvenuta costituzionalizzazione ad opera dell'art. 24 Cost. della nozione classica del diritto di azione, dal coordinamento di questa disposizione costituzionale con il capoverso dell'art. 3 Cost., ha tratto spunto per sollecitare l'esigenza di verificare con riferimento alle singole categorie di diritti sostanziali quali modalità e quali contenuti la tutela giurisdizionale assuma o possa assumere per essere «effettiva», per consentire cioè al processo di assolvere, sia pure tendenzialmente, la sua funzione strumentale di «dare per quanto è possibile praticamente a chi ha diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» alla stregua della legge sostanziale, tentando di superare i limiti intrinseci ad una analisi che privilegi i profili formali dell'eguaglianza rispetto a quelli sostanziali (*op. loc. ult. cit.*, pag. 70). Ciò precisato, non può non richiamarsi, tuttavia, l'avvertenza di F. Benvenuti secondo cui, a differenza del diritto comune dove tutela sostanziale e tutela processuale costituiscono due momenti normativamente definiti, nel giudizio amministrativo «*le cose appaiono, in un certo senso, ad uno stadio ancor di fusione o in stato confuso, giacché la lite condotta dentro il processo non ha altra emergenza che non sia quella appunto processuale*» (F. BENVENUTI, *Giudicato...*, cit., pag. 897 nota 14).*

giudice amministrativo al suo ambito generale di giurisdizione costituzionalizzato dall'art. 103 Cost., vale a dire l'ambito della “*tutela dell'interesse legittimo*”, non rimarrebbe che la via obbligata dell'incostituzionalità per contrasto con la generale giurisdizione dell'AGO sui diritti, tranne che non si dimostri che detta competenza risarcitoria possa ricondursi alla fattispecie derogatoria della giurisdizione esclusiva, e che ne sussistano le condizioni costituzionalmente giustificative.

Tornando, ora, al punto lasciato in ombra dalla Corte costituzionale, occorre approfondire se possa dirsi corretta la ricostruzione del rimedio risarcitorio come strumento di tutela della lesione di interessi legittimi, oppure se la risarcibilità degli interessi legittimi non sia che un falso problema.

4.- Critica: il falso problema della risarcibilità degli interessi legittimi

Il *novum*²⁰ introdotto dalla sentenza della Corte di Cass. Sez. Un. n. 500/99 è dato dal principio che, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, non assume rilievo determinante la qualificazione formale della posizione vantata dal soggetto, poichè la tutela risarcitoria è assicurata soltanto in relazione all'ingiustizia del danno. Quest'ultima costituisce fattispecie autonoma, contrassegnata dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante²¹. La migliore dottrina ha chiarito che la

²⁰ Secondo V. CAIANIELLO, in nota a Cass. civ. Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, in Foro Amm., 1999, pag. 2034 nota 8, in sostanza il punto deciso dalle Sezioni unite era il seguente: “È inammissibile il ricorso per regolamento di giurisdizione diretto a far dichiarare il difetto assoluto di giurisdizione in ordine ad una domanda di risarcimento di danni per lesione di interessi legittimi, perché la questione proposta con detto regolamento non configura questione di giurisdizione bensì questione di merito”.

²¹ Secondo Cass., Sez. I, Civ., 10 gennaio 2003, n. 157 (Est. S. Benini), avente ad oggetto la medesima vicenda processuale della famosa sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500/1999, in ogni caso, la tecnica delle decisioni regolatrici della giurisdizione (è evidente il riferimento alla sentenza Cass. Sez. Un. n. 500/99) “*rivela l'intuizione per cui la discriminazione tra danno risarcibile o meno, è basata non sulla qualificazione, nella fattispecie concreta, della situazione giuridica soggettiva, ma sulla constatazione che si lamenta l'esistenza di un pregiudizio di una qualsiasi situazione soggettiva giuridicamente rilevante, da verificare secondo i parametri dell'articolo 2043 cod. civ.*”. La pronuncia di inammissibilità del regolamento, ove la domanda mirasse al risarcimento per la lesione di una posizione sostanziale definibile come interesse legittimo, fu adottata, prima ancora che le Sezioni unite ne ipotizzassero una tutela risarcitoria, con una serie di pronunce che mossero dalla constatazione che sede naturale di cognizione per ogni domanda di risarcimento, anche nei confronti della pubblica amministrazione, è il giudice ordinario (tra le altre, Cassazione 3183/89; 868/91; 367/92; 6667/92; 66/1993; 8836/94; 5477/95; 10453/97; 1096/98; 11575/98; 12201/98; 1 marzo 2000, 50/Su), e che l'applicazione del principio dell'irrisarcibilità della lesione di interesse legittimo dà luogo alla reiezione della domanda nel merito, per difetto di danno risarcibile (Cassazione 3183/89; 2667/93; 3732/94).

Di recente la Cassazione a Sezioni Unite, con pronuncia del 24 settembre 2004, n. 19200, in www.altalex.com, è tornata sul punto, confermando l'orientamento della sentenza n. 500/99: ha ribadito, infatti, che “.. anche quando si conclude che il risarcimento del danno deriva dalla lesione di un interesse legittimo, ciò non ha influenza sulla qualificazione della situazione sostanziale protetta (il diritto di credito al risarcimento dei danni), che da tale lesione sorge. Il credito risarcitorio, infatti, è indifferente rispetto alla natura dell'interesse leso. Non vale, dunque, affermare che la lesione, fonte dell'obbligo risarcitorio, è arrecata ad un interesse legittimo. Ciò, infatti, non comporta che il credito risarcitorio vantato debba qualificarsi come interesse legittimo. Tale qualificazione, infatti, è esclusa proprio in base alle varie teorizzazioni di questa situazione protetta: qualunque connotazione si voglia dare all'interesse legittimo, nessuna di esse si attaglia al credito risarcitorio. (...)L'accertamento delle condizioni di risarcibilità

risarcibilità della illegittima lesione dell'interesse legittimo, al pari della lesione del diritto soggettivo, è soltanto una metafora²² che, a ben guardare, la stessa sentenza n. 500/99 aveva soltanto in apparenza solennemente affermata²³.

La sentenza n. 500/1999²⁴, in realtà, ha mantenuto ferma l'irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi²⁵, intesi come pretese al conseguimento di utilità

comporta, infatti, che il privato titolare della situazione giuridica lesa è titolare di un diritto soggettivo al risarcimento del danno ingiusto. Il diritto al risarcimento, infatti, è indipendente ed autonomo dalla situazione soggettiva lesa ed ha natura di diritto soggettivo, anche quando la lesione sia collegata ad una precedente posizione di interesse legittimo. Di conseguenza, l'azione di risarcimento deve essere proposta davanti al giudice ordinario, fatta eccezione dei casi in cui, nella materia rilevante, sussista una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa ai diritti patrimoniali consequenziali"

²² Cfr. A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, n. 1, pag. 24, secondo il quale "diritto soggettivo, interesse legittimo non sono < sostanza delle cose >. Sono meri concetti, mere nozioni classificatorie. Che sono state definite, al fine di inquadrare nell'una o nell'altra, l'effettivo assetto che l'ordinamento imprime, ai concreti rapporti tra l'amministrazione e soggetti privati: che è fattore essenziale".

²³ E' stato avvertito in dottrina che discutere della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, in realtà, non ha senso in quanto "è stato da tempo rilevato, almeno a far data dal celebre convegno di Napoli del 1963, che si tratta di un falso problema" (così M. COSTANTINO, *Relazione presentata alla tavola rotonda sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, tenutasi il 24 aprile 1982 nella Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Roma, cit., pag. 1675). Secondo G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità...*, cit., pag. 303 nota 31, nella sentenza n. 500/1999 la risarcibilità degli interessi legittimi in quanto tali "...risulta invece più negata che affermata".

²⁴ La sentenza n. 500/1999, con il riferimento all'interesse al bene della vita, resta, in sostanza, all'interno della logica civilistica, della trasfigurazione degli interessi legittimi in diritti soggettivi (così S. GIACCHETTI, *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Rass. Cons. Stato*, 1999, n. 10, pag. 1601).

²⁵ Nella sentenza n. 500/1999 le Sezioni unite, nell'affermare la giuridica rilevanza ai fini risarcitori delle situazioni soggettive qualificabili in termini di interesse legittimo pretensivo, hanno precisato che per ammettere il risarcimento del danno, occorrerà che "...risulti altresì lesa, per effetto dell'attività illegittima della pubblica amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla", dovendosi "...a tal fine vagliare la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente", sulla scorta di "...un giudizio prognostico, da condurre con riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno dell'istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta" (punto 9 della motivazione).

Sul punto, ha commentato F.G. SCOCA, la sentenza "...mentre, da un lato, affermava la risarcibilità dell'interesse legittimo, dall'altro la negava, perché, di per sé, la violazione dell'interesse legittimo non poteva dare luogo al risarcimento" (*Novità in tema di tutela ...*, cit.). Secondo lo stesso Autore è perseguibile la strada di utilizzare i vizi formali come determinanti una fattispecie comunque illecita, e quindi come idonea fonte di danno secondo l'indirizzo inaugurato dalla sentenza n. 157/2003 della Cassazione quando ha costruito il danno all'interesse legittimo come conseguenza della violazione delle regole del procedimento. Sostiene F.G. SCOCA (*Novità in tema di tutela...*, cit.):<<Tralasciando prese di posizione meno rilevanti, mi sembra opportuno richiamare una sentenza della Prima Sezione, che cerca di chiarire i lati oscuri della sentenza delle Sezioni Unite, risolvendone l'intima contraddittorietà. Pur nella correttezza della forma, la critica della sentenza n. 500/99 è serrata: viene rifiutata la duplicazione degli interessi lesi (interesse legittimo e interesse al bene della vita); viene rifiutato il giudizio prognostico relativo al conseguimento del bene della vita; viene esattamente rilevato che la posizione delle Sezioni Unite mantiene "ferma, per una sorta di idiosincrasia, l'irrisarcibilità della lesione degli interessi legittimi". Altrettanto interessante è la parte costruttiva. L'interesse legittimo viene collegato con il procedimento amministrativo, e viene scomposto nei diversi interessi procedurali ("di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso

strumentali²⁶, e sul punto è in atto un processo di ripensamento che ha consentito di superare la fondamentale contraddizione che la sentenza, frutto evidente di un compromesso, conteneva in sé.

Secondo la sentenza n.500/99 la risarcibilità degli interessi legittimi non poteva essere accordata in base alla sola violazione dell'interesse legittimo, ma occorreva anche la violazione di un interesse meritevole di tutela, interesse diverso dall'interesse legittimo, ma avente anch'esso rilevanza giuridica, tanto da avere rilievo determinante nella fattispecie di danno.

La tesi della doppia violazione induceva, poi, la Corte di cassazione a distinguere tra interessi pretensivi e interessi oppositivi: mentre, per gli interessi oppositivi, l'interesse meritevole di tutela, cioè l'interesse al bene della vita, risultava immediatamente e necessariamente violato insieme all'interesse legittimo; viceversa, per gli interessi pretensivi, questo (ipotetico) interesse al bene della vita non poteva dirsi né automaticamente né necessariamente violato insieme con la violazione dell'interesse legittimo, ma esigea un giudizio prognostico, per conoscere (rectius: immaginare) in anticipo quale sarebbe stato il risultato del procedimento amministrativo se l'amministrazione avesse agito legittimamente.

E' evidente che, mentre, da un lato, era affermata la risarcibilità dell'interesse legittimo, dall'altro veniva negata, perché, di per sé, la violazione dell'interesse legittimo non poteva dare luogo al risarcimento.

Ciò ha indotto taluni ad evidenziare la diversità, sul piano teorico, della nozione di interesse legittimo, situazione giuridica soggettiva strumentale, rispetto ad un interesse (sostanziale) a un bene della vita²⁷. L'interesse legittimo <..come

dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa"); viene tenuto assolutamente distinto dall'interesse al bene della vita, che può essere un vero e proprio diritto soggettivo (come nel caso degli interessi oppositivi) ovvero una aspettativa (come nel caso degli interessi pretensivi). La lesione dell'interesse legittimo "costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa">>.

²⁶ Le pretese protette dalla l. n. 241 ad es. hanno ad oggetto utilità strumentali di volta in volta: di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa. Secondo F.G. SCOCA, *Novità in tema di tutela...*, cit., la lesione dell'interesse legittimo "costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa", così condividendo in pieno la ricostruzione di Cass., Sez. I, Civ., 10 gennaio 2003, n. 157, secondo cui l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva strumentale rispetto ad un interesse (sostanziale) a un bene della vita; che non si confonde, peraltro, con l'interesse sostanziale al bene della vita; una situazione giuridica soggettiva che vive nel procedimento, ove si confronta con (si scontra o collabora con) il potere dell'Amministrazione nella confezione del provvedimento e, per questo tramite, nella definizione dell'assetto degli interessi sia dell'Amministrazione sia del privato. E' sulla base di questa nozione di interesse legittimo che è possibile farne discendere la lesione dalla violazione delle norme sul procedimento, con la conseguente possibilità di collegare a tale violazione il risarcimento; risarcimento che, a sua volta, è collegato con la sostanza (o l'essenza) dell'interesse legittimo, quindi con il danno sofferto per l'attività illegittima dell'amministrazione nell'ambito del procedimento. La misura del danno non va, pertanto, parametrata sul (valore del) bene della vita che si è perso o non è stato acquisito; anche se al danno da lesione dell'interesse legittimo può aggiungersi il (diverso) danno da lesione della (eventuale) aspettativa tutelata o di un diritto soggettivo, come nello schema teorico dell'interesse legittimo oppositivo.

²⁷ In tal senso cfr. F.G. SCOCA, *Novità in tema di tutela...*, cit., secondo cui "L'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva che vive nel procedimento, ove si confronta con (si scontra o collabora con) il potere dell'Amministrazione nella confezione del provvedimento e, per questo tramite, nella

situazione soggettiva protetta rimane in definitiva un interesse strumentale e meramente “legittimante” all’esercizio di poteri di influenza sulla decisione dell’amministrazione²⁸.

Da questo punto di vista, la responsabilità per lesione di interessi legittimi, costruita come inadempimento di doveri procedimentali, o come violazione del principio di correttezza e buona fede, “a prescindere dalla considerazione della possibile soddisfazione dell’interesse al bene della vita da parte del ricorrente”²⁹, si allontana dal modello della responsabilità extracontrattuale per avvicinarsi ai modelli della responsabilità contrattuale (o, meglio, da inadempimento di obbligazioni) o, quanto meno, della responsabilità da contatto³⁰.

definizione dell’assetto degli interessi sia dell’Amministrazione sia del privato” (dello stesso autore cfr. anche *Contributo sulla figura dell’interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1990, pag. 28, lì dove lascia intendere che l’interesse finale al bene della vita non ha il ruolo di oggetto dell’interesse legittimo ma “di elemento esterno alla situazione soggettiva, al quale quest’ultima, cioè l’interesse legittimo, si collega strumentalmente”). Precisa G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità...*, cit., pag. 291, che “..l’interesse legittimo è una situazione soggettiva correlata all’esercizio del potere amministrativo, un interesse al provvedimento favorevole (o ad evitare il provvedimento sfavorevole), che trova protezione nella attribuzione di facoltà rivolte a condizionare corrispondentemente l’esercizio del potere amministrativo (facoltà perciò strumentali alla protezione dell’interesse sostanziale)”.

²⁸ G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità...*, cit., pag. 292. Si veda anche E.M. BARBIERI, *Il risarcimento che si addice alla lesione degli interessi legittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, n. 3, pag. 653, secondo cui “al titolare di un interesse legittimo il legislatore non garantisce direttamente una utilità sostanziale, essendo sempre la concreta soddisfazione di quell’interesse filtrata dall’esercizio di un potere amministrativo, la cui gestione impone che si anteponga l’interesse pubblico a quello privato, consentendo la soddisfazione di entrambi solo nel caso di loro coincidenza. Dove tutto si riduce, anche quando si ricorra al filtro dell’intervento giurisdizionale, ad una garanzia di correttezza di comportamento. Al contrario, al titolare di un diritto soggettivo, sia esso assoluto o relativo, l’ordinamento garantisce una tutela piena e diretta, che in caso di lesione potrà assumere la forma della reintegrazione o dell’esecuzione in forma specifica e/o del risarcimento del danno; in altre parole: una garanzia sostanziale o, se si preferisce, di risultato, mai condizionata da valutazioni discrezionali della controparte, sempre accompagnata dalla possibilità di ottenere in sede giudiziaria il ripristino nella sua intierezza dell’equilibrio economico alterato da eventuali condotte illegittime”. Sempre secondo E.M. BARBIERI, *Il risarcimento che si addice...*, cit., pag. 654, attraverso il risarcimento della lesione, la garanzia della situazione soggettiva di interesse legittimo “continua a riferirsi ad un interesse strumentale o di comportamento, in quanto l’interesse sostanziale o, come si suole dire, il bene della vita, rispetto al quale l’interesse legittimo si pone come garanzia strumentale, non è garantito dall’ordinamento, né lo è diventato in forma diretta ed autonoma per effetto dell’azione di responsabilità ora introdotta a tutela degli interessi legittimi”.

Sulla natura dell’interesse legittimo come situazione strumentale cfr. anche N. PAOLANTONIO, *Giurisdizione esclusiva ...*, cit., pag. 2482, ed in particolare la dottrina ivi citata in nota 71, alla quale si rinvia. Per una disamina completa della distinzione tra interessi legittimi formali (o strumentali) e interessi legittimi sostanziali (o finali) cfr. G. VIRGA, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, pagg. 155 e segg., specialmente pag. 176 allorché l’autore precisa che gli interessi legittimi strumentali sono gerarchicamente sott’ordinati agli interessi legittimi sostanziali, “dato che, nel caso di violazione di regole formali, l’annullamento dell’atto non può essere disposto se da tale annullamento non derivi alcun vantaggio al soggetto agente”; così argomentando, però, si introduce una nozione di interesse legittimo sostanziale molto vicina alla nozione di interesse a ricorrere.

²⁹ E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile ...*, pag. 237.

³⁰ La teoria della responsabilità da contatto amministrativo qualificato si fonda sul presupposto che l’amministrazione non si trova rispetto al privato, leso nel suo interesse legittimo, nella posizione del “chiunque”, poiché in virtù del contatto che si instaura tra l’amministrazione e il privato nell’ambito del procedimento amministrativo sorge un rapporto di fatto senza obbligo di prestazione. Il primo sostenitore della tesi è stato C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998,

La dottrina avverte la difficoltà del problema ed ipotizza, in questi casi, più che ad un risarcimento, possa farsi luogo ad indennizzo³¹, senza tuttavia escludere che al danno da lesione dell'interesse legittimo possa aggiungersi “.. *il (diverso) danno da lesione della (eventuale) aspettativa tutelata o di un diritto soggettivo, come nello schema teorico dell'interesse legittimo oppositivo*”³².

Ne consegue che l'aspetto più qualificante della sentenza n. 500/1999, recettiva degli approdi di un dibattito civilistico elaborato e, ormai, maturo, <<*può essere in estrema sintesi rappresentato come “il passaggio dal diritto all'interesse” nel senso che dove in principio era il diritto soggettivo assoluto è subentrato l'interesse giuridicamente rilevante, meritevole di tutela, quale frontiera ultima del danno risarcibile*>>³³.

Dal canto loro gli amministrativisti ribadiscono che l'interesse legittimo esiste, “..*ma che, rispetto ad esso, l'attuale disciplina della responsabilità civile (aquiliana o contrattuale che sia) risulta del tutto estranea. Poiché infatti tale disciplina ha fondamentalmente scopo ripristinatorio, e non sanzionatorio, il riconoscimento della responsabilità presuppone la sicura spettanza al cittadino del bene della vita oggetto della protezione giuridica (bene della vita che è rappresentato ora dalla*

pagg. 653 ss., che ha espressamente giustificato la sua posizione con l'esigenza di uscire dalle secche che fino ad allora avevano impedito la risarcibilità degli interessi legittimi, in quanto il riconoscimento della natura contrattuale della responsabilità avrebbe significato saltare a piè pari il nodo dell'ingiustizia del danno (per quest'ultima osservazione cfr. R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in Dir. Proc. Amm., 2003, n. 3, pag. 695 nota 22). Sembra aderire alla teoria della responsabilità da contatto amministrativo A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in Dir. Amm., 2001, n. 1, pag. 20 nota 29, che non ritiene “..*eversiva la proposta di chi, considerando le vicende dei c.d. interessi pretensivi, osservando che in quest'ipotesi il rapporto fra Amministrazione e cittadino precede la lesione, ritiene che la regola della responsabilità debba ricercarsi più nel contesto della responsabilità contrattuale, che in quello della responsabilità extra contrattuale*”.

³¹ V. in tal senso F.G. SCOCA, *Novità in tema...*, cit., secondo cui la misura del danno non va parametrata sul (valore del) bene della vita che si è perso o non è stato acquisito; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa*, Napoli, 2000, 179 ss.; A. ROMANO TASSONE, *I problemi ..*, cit., pagg. 35 ss.; E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile ...*, cit., pag. 240; E. FOLLIERI, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in Riv. giur. urb., 2000, pagg. 527 e ss..

³² Così F.G. SCOCA, *Novità in termini di tutela...*, cit. Precisa E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile ...*, cit., pag. 238, che la giurisprudenza riconosce la responsabilità da contatto amministrativo “*quando non è possibile accertare, per le più varie ragioni (impossibilità di ripetere il procedimento; attribuzione ad altri del vantaggio preteso dal ricorrente, ormai non ripetibile; non valutabilità, dagli atti del procedimento oggetto di sindacato giurisdizionale, della soddisfazione dell'interesse al bene etc.), se il ricorrente potesse ottenere soddisfazione dell'interesse al bene della vita. Si tratta, quindi, di una tutela risarcitoria che interviene, per così dire, in via residuale, quando non si riesce a stabilire la (possibile) conclusione positiva per il ricorrente del procedimento, definito sfavorevolmente dall'amministrazione e giudicato illegittimo*”.

³³ Così V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, n. 3, pagg. 789-790. Secondo F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti; la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in Foro it., 1999, I, col. 3213, il passaggio argomentativo più innovativo della sentenza n. 500/99 “..*sembra essere quello nel quale si qualifica come danno risarcibile non già quello collegato alla violazione di un diritto soggettivo, bensì il danno ingiusto, derivante dalla lesione di interessi meritevoli di tutela in quanto giuridicamente rilevanti*”.

*soddisfazione dell'interesse materiale di base coinvolto in una decisione amministrativa, ora dalla integrità della propria sfera personale e patrimoniale ad opera di chi esercita il potere). E poiché, per definizione, l'interesse legittimo non include la garanzia del conseguimento del bene della vita cui esso si riferisce (bene della vita di cui esso assicura al cittadino la semplice possibilità di conseguimento), l'interesse legittimo, in quanto tale, non è, nel nostro ordinamento positivo, suscettibile di risarcimento*³⁴.

A fronte della potestà pubblica si colloca la situazione di interesse (legittimo) del ricorrente il cui limite di tutela si esaurisce nel poter esigere che l'attività amministrativa si svolga nel rispetto delle norme, purchè l'osservanza delle stesse - in potenza - sia prospettata (e risulti) come oggettivamente idonea ad arrecare un vantaggio in suo favore (interesse a ricorrere).

In conclusione, finisce per non avere importanza se la situazione giuridica violata sia o no una situazione di diritto soggettivo o di interesse più o meno legittimo³⁵, in quanto la figura che viene in rilievo preminente è l'interesse, inteso

³⁴ A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della pubblica amministrazione tra provvedimento e comportamento (a proposito di un libro recente)*, in www.giustizia-amministrativa.it (rubrica Studi e Contributi – inserito nel mese di maggio 2004), paragrafo 14. Nello svolgimento della sua tesi l'autore si rifà al pensiero di Alberto Romano secondo cui “...quello della risarcibilità degli interessi legittimi è un falso problema: perché con la sua soluzione positiva si pretende di raggiungere un risultato, l'ampliamento dell'area delle situazioni individuali la cui lesione sia risarcibile, che può benissimo essere ottenuto per altre vie. Che deve essere ottenuto per altre vie: perché è tratto essenziale della nozione di interesse legittimo, la sua irrisarcibilità” (A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, n. 1, pag. 22). In precedenza cfr. A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema: spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, *Dir. Amm.*, 1997, n. 1, pag. 82, secondo cui “...non pare potersi prospettare, almeno de iure condito, la risarcibilità degli interessi legittimi in quanto tali, i quali, per definizione, si configurano come le situazioni giuridiche soggettive suscettibili di dar luogo solo all'annullamento del provvedimento”.

A fronte della potestà pubblica si colloca la situazione di interesse (legittimo) del ricorrente il cui limite di tutela si esaurisce nel poter esigere che l'attività amministrativa si svolga nel rispetto delle norme, purchè l'osservanza delle stesse - in potenza - sia prospettata (e risulti) come oggettivamente idonea ad arrecare un vantaggio in suo favore (interesse a ricorrere). In tal senso si veda già G. MIELE, *Questioni vecchie e nuove in materia di distinzione del diritto dall'interesse nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1940, IV, fasc. 4, pagg. 52-53, ove si precisa che “...quando si nega qualsiasi rilevanza all'interesse sostanziale - rientrando nel patrimonio dei singoli individui e giuridicamente protetto - sul fondamento che la protezione è accordata nell'interesse perseguito all'Amministrazione; quando cioè si sostiene che il privato ricorrente fa valere questo interesse pubblico soggettivizzato nella Pubblica amministrazione, il diritto di questa, sostituendosi agli organi che dovrebbero esercitarlo e rettamete esercitarlo, si confonde il problema del concetto dell'interesse sostanziale giuridicamente protetto con il problema dei limiti entro cui l'ordinamento giuridico concede la protezione. ... Esiste, dunque, un interesse sostanziale che la legge intende tutelare attraverso l'esercizio del diritto di ricorso avanti alle autorità o giurisdizioni amministrative. Altra cosa è, invece, ... determinare i limiti entro cui quell'interesse viene garantito: perchè, appunto, il modo e la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione differenziano questo dal diritto soggettivo, per un verso, e consentono, per un altro, di distinguere nuove figure nell'ambito di quello”.

³⁵ Secondo G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, n. 4, pag. 965, appare evidente “che agli occhi della Corte di cassazione finisce col non avere importanza se la situazione giuridica violata sia una situazione di diritto soggettivo o di interesse più o meno legittimo; è decisivo che si tratti di una situazione non irrilevante per l'ordinamento, ossia tale che il danno giustifichi la pretesa risarcitoria da far valere in un sistema implicitamente costruito come di doppia tutela”. In precedenza cfr. N. PAOLANTONIO, *Giurisdizione esclusiva ...*, cit., pag. 2481, che avverte come la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99 non affermi la

come bene della vita. Si ha netta la percezione che siano insuperate le acute osservazioni della dottrina meno recente secondo cui <<..l'interesse è un **elemento metagiuridico**, che cioè l'ordinamento giuridico non crea, ma rinviene nella realtà ad esso preesistente; l'interesse protetto o "legittimo", invece, configura una entità giuridica individua, che presuppone anch'essa un interesse, inteso come elemento di mero fatto, ma a questo elemento aggiunge un quid che promana esclusivamente dalla norma>>³⁶, tanto da potersi dire che "L'interesse legittimo... è ...una nuova forma ...di protezione dell'interesse, accanto al diritto subbiiettivo"³⁷ la cui caratteristica "viene concordemente delineata nel senso che in essa si ha la tutela giuridica di un interesse, ma la tutela stessa non è affidata alla iniziativa del titolare dell'interesse, al quale non è riconosciuto il potere di pretendere l'attuazione della tutela da parte dell'autorità statale"³⁸. A conferma di quanto precede deve segnalarsi che la giurisprudenza ultima della Cassazione a Sezioni Unite ha compreso, fra le situazioni soggettive tutelabili, tutti gli interessi materiali a beni della vita, affermando espressamente che: <<tali interessi materiali possono essere "sottostanti" o "correlarsi" tanto ad un diritto soggettivo, come ad un interesse legittimo, come anche ad un mero interesse rilevante. La protezione fornita dall'ordinamento va riferita a questo "interesse al bene della vita" ed è ad esso, quindi, piuttosto che alla sua qualificazione in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, che occorrerà guardare per valutare le condizioni di risarcibilità e le misure conseguenti>>³⁹.

5.- Conclusioni: incostituzionalità delle competenze risarcitorie nella giurisdizione su interessi legittimi

Le osservazioni fin qui svolte evidenziano come, in realtà, il risarcimento del danno non sia contemplato a tutela della lesione di un interesse legittimo, ma semplicemente di interessi meritevoli di tutela alla stregua dell'ordinamento, posto che la formula generale del connotato dell'ingiustizia del danno risarcibile, affinché operi in

risarcibilità degli interessi legittimi, poiché la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi "è, ai fini dell'azione risarcitoria irrilevante". Per la dottrina che in passato ha qualificato come risarcibili (non gli interessi legittimi, ma) gli interessi meritevoli di tutela cfr. E. CASSETTA, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, voce dell'Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1991, XXVI, pag. 6; ID., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione*, voce del Digesto pubbl., 1997, XIII, pag. 219.

³⁶ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, Giuffrè, 1939, pagg. 260-261. Si veda anche G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, pag. 276 nota 35, allorché spiega che nella definizione di interessi legittimi "l'aggettivo (n.d.a. legittimi) non deve trarre in inganno: anche gli interessi legittimi sono interessi di fatto". Secondo R. NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1962, pagg. 9-10, premesso che "il concetto di interesse non è di per sé un concetto giuridico, ma è piuttosto un prius rispetto al diritto, un dato preesistente all'ordinamento", esso è uno stato di tensione del soggetto verso un'entità oggettiva (bene) idonea ad eliminare uno stato di insoddisfazione (bisogno).

³⁷ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pag. 261.

³⁸ D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, cit., pagg. 262-263. Secondo M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3^a ed., Il Mulino, Bologna, 1983, pagg. 124, la differenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi non riguarda l'interesse materiale del privato, che è sempre lo stesso, ma il modo di protezione: grado e forme della protezione.

³⁹ Cass. Sez. Un. civile, 24 settembre 2004, n. 19200, in www.altalex.com.

concreto, impone di “..individuare le norme di protezione e in base al loro contenuto ricostruire le situazioni soggettive protette e i criteri di legittimazione per farle valere. Il problema si risolve in base alle norme di diritto oggettivo che, disciplinando prevalentemente l’attività economica, consentano di ricostruire a posteriori rapporti che comportano un’obiettivazione completa delle situazioni individuali”⁴⁰.

Venuto meno il presupposto logico giuridico delle argomentazioni della Corte costituzionale e dovendosi applicare il generale criterio della “..**natura delle situazioni soggettive**”, vale a dire il “.. **parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa**”, il risarcimento del danno, in quanto diritto soggettivo, non può non sottostare alla generale giurisdizione sui diritti dell’A.G.O., fatta salva - a Costituzione invariata - l’ipotesi eccezionale della giurisdizione esclusiva nei misurati limiti affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004.

Detti limiti costituzionali, ad un tempo, escludono una assoluta ed incondizionata discrezionalità del legislatore ordinario nell’attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, e impongono al medesimo di indicare “*particolari materie*” nelle quali “*la tutela nei confronti della pubblica amministrazione*” investa “*anche*” diritti soggettivi.

In definitiva, la materia sarà “*particolare*”, dunque, costituzionalmente idonea a giustificare la giurisdizione esclusiva, se nel suo ambito ricorrano poteri autoritativi della pubblica amministrazione e, conseguentemente, concorrano situazioni soggettive di diritto soggettivo e di interesse legittimo.

Se così è, difficilmente si potrà negare che la cognizione attribuita al giudice amministrativo sul diritto soggettivo al risarcimento del danno di cui al novellato art. 7, comma 3° L. TAR, implicitamente introdotta con l’espressa previsione del potere di condanna contro la pubblica amministrazione, contrasti con l’art. 103, comma 1°, seconda parte Cost., **in quanto non correlata ad una specifica materia**. Ragionando nel solco delle argomentazioni della Corte, l’azione risarcitoria, proprio in quanto “*tecnica di tutela*” riparatoria della lesione da cui scaturisce il diritto soggettivo al risarcimento, e proprio perché - secondo quanto richiesto dalla stessa Corte costituzionale - non attinente ad una particolare materia, dovrebbe, come logica conseguenza, ritenersi estesa a *tutte le materie*, così ponendosi, tuttavia, in aperta violazione del limite che l’art. 103 Cost. (“*particolari materie*”) pone alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴¹.

Ne discende, con tutta evidenza, l’illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere risarcitorio tout court al giudice amministrativo ogniqualvolta il danno sia originato dalla lesione di un interesse legittimo nella esplicitata accezione.

⁴⁰ Così M. COSTANTINO, *Relazione presentata alla tavola rotonda sulla responsabilità per lesione di interessi legittimi*, tenutasi il 24 aprile 1982 nella Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Roma, cit., pag. 1681.

⁴¹ E’ stato efficacemente avvertito da N. PAOLANTONIO, *Giurisdizione esclusiva ...*, cit., pag. 2478, che <<sarebbe davvero un tentativo destinato all’insuccesso quello di sostenere che, nella specie, la “*materia*” di che trattasi sarebbe quella, assolutamente indefinita, delle questioni risarcitorie>>.

In alternativa alla dichiarazione di incostituzionalità della norma si potrebbe praticare la via della c.d. interpretazione adeguatrice e sostenere che le competenze risarcitorie nella giurisdizione su interessi legittimi sono costituzionalmente legittime nella parte in cui l'inciso "nell'ambito della sua giurisdizione" si interpreti come estensione delle competenze risarcitorie al limitato ambito di una "materia" già riservata alla giurisdizione esclusiva.

Opinare diversamente, come ha fatto la Corte costituzionale nella sentenza n. 204/2004, e ritenere che l'azione risarcitoria, in quanto derivante da lesione di interesse legittimo, sia una forma ulteriore di tutela dello stesso interesse legittimo, significa cadere in una petizione di principio che dà per dimostrato (risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo) proprio ciò che, come si è visto, dimostrato non è.

ANTONIO GUANTARIO

a.guantario@tiscali.it