

Il “bene della vita” è tutto nel diritto amministrativo?

Lo scritto, dopo avere brevemente descritto i mutamenti intervenuti nel diritto amministrativo dal 1999 ad oggi, si sofferma sull’attenzione che la giurisprudenza, a partire dalla sentenza 500/1999, ha riconosciuto al “bene della vita” nel giudizio sul risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo e sull’importanza che tale nozione ha avuto nell’ottica di un diverso “rapporto” tra il privato e la pubblica amministrazione.

Esaminati, poi, i diversi orientamenti della dottrina più recente sull’importanza del “bene della vita” nella definizione di interesse legittimo e nel giudizio risarcitorio, viene affrontata la questione relativa alla risarcibilità dei danni nelle ipotesi in cui, ai sensi dell’articolo 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, l’atto illegittimo non è annullabile.

Ribaltando l’orientamento prevalente che esclude la risarcibilità, si opta per la risarcibilità anche in queste ipotesi ricordando che, oltre al bene della vita “finale”, esistono beni “intermedi” e che tale conclusione è maggiormente conforme ai principi CEDU e più vicina alle esperienze degli altri Paesi europei.

1. Le trasformazioni del diritto amministrativo e l’attenzione al bene della vita. Come è noto, con la sentenza 22 luglio 1999 n. 500, le sezioni unite hanno cambiato il corso del diritto amministrativo stabilendo la risarcibilità dei danni correlati alla lesione degli interessi legittimi anche di tipo pretensivo. È altrettanto noto che la Corte di Cassazione con la decisione in questione non ha affermato l’indiscriminata risarcibilità delle lesioni agli interessi legittimi ma ha stilato una sorta di vademecum cui il giudice di merito deve attenersi per risarcire il danno: tra l’altro, dolo o colpa dell’amministrazione in quanto apparato e non del singolo funzionario e risarcimento collegato all’effettiva lesione del bene della vita.¹

¹Va ricordato che le Sezioni Unite con la sent. n. 500/1999, contrariamente all’orientamento sino a quel momento consolidato, hanno ritenuto che l’art. 2043 c.c. costituisce norma primaria e che il risarcimento deve essere disposto previa comparazione tra l’interesse del danneggiante e quello del danneggiato senza essere legati alla qualificazione in termini di danno *contra jus* del pregiudizio. Per i commenti alla sentenza delle SS.UU. n. 500/1999, si veda L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 832; V. Carbone, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 974 ss.; L.V. Moscarini, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*, in *Contratti*, 1999, 10, 869; A. di Majo, *Il risarcimento degli interessi “non più solo legittimi”*, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1376; V. Mariconda, *“Si fa questione di un diritto civile...”*, in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1381; C. Sabino, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 12, 1221; A. Pajno, *La “giurisdizione” concentrata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 10, 1043; S. Cacace, *La responsabilità della P.A. per lesione degli interessi legittimi negli anni ‘90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2001, 121.

La S.C. ha affermato che al risarcimento si può arrivare «soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti leso, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo».

Per quanto concerne gli interessi legittimi oppositivi, per le sezioni unite il danno ingiusto può ravvisarsi «nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio conseguente all'illegittimo esercizio del potere» realizzando al contempo un ampliamento della tutela «nell'ipotesi in cui siffatta forma di tutela piena non sia ravvisabile e tuttavia l'interesse risulti giuridicamente rilevante nei sensi suindicati».

In relazione agli interessi pretensivi, invece, la Cassazione ha stabilito che doveva «vagliarsi la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del pretendente. Valutazione che implica un giudizio prognostico, da condurre in riferimento alla normativa di settore, sulla fondatezza o meno della istanza, onde stabilire se il pretendente fosse titolare non già di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettiva di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, e cioè di una situazione che, secondo la disciplina applicabile, era destinata, secondo un criterio di normalità, ad un esito favorevole, e risultava quindi giuridicamente protetta».²

Per una critica ragionata all'idea per cui l'art. 2043 c.c. è norma primaria si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 211-213.

² Per una lettura della sentenza delle sezioni unite, si veda C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 199 e segg. ove, tra le molte (e tutte interessantissime) cose, si mette in evidenza che all'espressione *contra jus* «non si accredita più, se mai ha potuto averla, la funzione di rappresentare linguisticamente la lesione del solo diritto soggettivo» (p. 203).

Non v'è dubbio che la sentenza in questione, oltre a rendere necessaria la riforma avviata con la legge 21 luglio 2000 n. 205, ha notevolmente influenzato sia la giurisprudenza ordinaria, come è naturale, sia la giurisprudenza amministrativa nel frattempo divenuta "competente" per il risarcimento del danno ex articolo 7 l. 6 dicembre 1971 n. 1934 come modificata dalla legge 205 cit. (*"Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"*). Sotto tale aspetto basti qui ricordare che, anche il giudice amministrativo, seppure all'inizio non univocamente,³ ha ricondotto la responsabilità della pubblica amministrazione nello schema della responsabilità aquiliana⁴, così come fatto dalla

³Per la qualificazione in termini di responsabilità da contatto qualificato, Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 1392; in *Giur. It.*, 2004, 417 con nota di Rodriguez; in *Urbanistica e appalti*, 2003, 9, 1071, con nota di Manganaro. Nello stesso anno e nella medesima direzione, Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in *Foro Amm. CDS*, 2003, p. 32 e 479; in *Corriere Giur.*, 2003, 5, 586, con nota di Lamorgese; in *Danno e Resp.*, 2003, 477, con nota di Conti: «Il contatto del cittadino con l'amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l'interlocutore dell'attività procedimentale, diviene specifico e differenziato.

Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500-99-SU identifica nelle "regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Tali interessi, 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, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo.

Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell'interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali.

Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico.

Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500-99-SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa.

L'inquadramento degli obblighi procedurali nello schema contrattuale, come vere e proprie prestazioni da adempiere secondo il principio di correttezza e buona fede (artt. 1174 e 1175 c.c.), è proponibile, ove si voglia sperimentare un modello tecnico - giuridico operativo di ricostruzione della responsabilità amministrativa, solo dopo l'entrata in vigore della L. 241-90 (che fra l'altro, all'art. 11, comma 2, rende applicabili agli accordi partecipativi i principi codicistici in materia di obbligazioni e contratti).

La pretesa di ancorare la responsabilità dell'amministrazione alla violazione in sé della regola procedimentale che impone la motivazione, a prescindere da ogni riferimento al bene della vita, pur meritevole di attenzione alla luce delle mutate concezioni che presidono all'azione amministrativa, appare inattuale con riferimento al tempo cui si riferiscono i fatti di causa».

⁴ Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 602; Cons. St., sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4901; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5124; Cons.

Cassazione, e ha richiesto l'accertamento del dolo e della colpa, anche se con sfumature diverse a seconda della specifica materia trattata.⁵

Altro dato importante è rinvenibile nella particolare attenzione che dal 1999-2000 la giurisprudenza amministrativa ha riservato al “bene della vita” correlato all'interesse legittimo. Sono numerose le sentenze del giudice amministrativo che negano il risarcimento del danno perché in giudizio non si è raggiunta la prova circa la spettanza del bene della vita al ricorrente⁶; ed altrettanto numerose sono le decisioni che, sulla scia dell'adunanza plenaria e, soprattutto prima della modifica introdotta con l'articolo 2 bis l. 7 agosto 1990 n. 241, hanno escluso la risarcibilità del danno da mero ritardo, ossia il danno collegato alla ritardata adozione di un legittimo provvedimento di diniego.⁷

St., sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3723; Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981; Cons. Giust. Amm. Sic., 18 aprile 2006, n. 153; Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012.

⁵ In base alle regole ordinarie in materia di responsabilità ex art. 2043 c.c., anche per l'accertamento della responsabilità della PA è necessario provare la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito, ossia il dolo o la colpa della PA intesa come apparato. Per quanto concerne la consistenza dell'onere probatorio incombente sul privato circa la dimostrazione della colpa della PA, la giurisprudenza amministrativa più recente è ormai orientata nel senso di ritenere che «anche inquadrando la responsabilità della Pubblica Amministrazione da provvedimento illegittimo nel modello aquiliano, il privato può provare la colpa della P.A. anche semplicemente dimostrando l'illegittimità del provvedimento lesivo la quale, pur non identificandosi nella colpa, costituisce, tuttavia, un indizio (grave, preciso e concordante) idoneo a fondare una presunzione (semplice) di colpa, che l'Amministrazione può vincere dimostrando elementi concreti da cui possa evincersi la scusabilità dell'errore compiuto», Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2015, n. 1944; nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 2017, n. 190; Cons. St., sez. III, 15 maggio 2018, n. 2881; Cons. St., sez. III, 15 maggio 2018, n. 2882.

Tuttavia, la regola del necessario accertamento dell'elemento soggettivo in caso di responsabilità della PA trova una “deroga” nello specifico settore degli appalti pubblici: Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686 e anche, tra le tante, Cons. St., sez. V, 31 ottobre 2016, n. 4562: «In materia di appalti pubblici, la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno non richiede la prova della colpa. L'art. 124 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) introduce al riguardo un'ipotesi di responsabilità oggettiva, che deve essere applicata a tutto il campo degli appalti pubblici, in base al principio generale di diritto eurounitario di effettività della tutela» (in senso conforme, T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 10 marzo 2017, n. 678).

⁶ Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018 n. 1859; Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2018 n. 825.

⁷ In senso contrario alla risarcibilità del danno da “puro” ritardo prima dell'introduzione dell'art. 2-bis della legge n. 241/1990, Cons. St., a.p., 15 settembre 2005, n. 7: «Il sistema di tutela degli interessi pretesivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione - consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un “bene della vita”); ancora, in riferimento ad una situazione in cui il ricorrente non era in condizione, *ratione temporis*, di invocare la nuova previsione di cui all'articolo 2 bis della L. n. 241 del 1990 introdotta dall'articolo 7, comma 1, lettera c), della L. 18 giugno 2009, n. 69), Cons. Stato Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2535: «Il G.A. riconosce il risarcimento del danno causato al privato dal comportamento dell'Amministrazione solo quando sia stata accertata la spettanza del c.d. bene della vita: non è invece risarcibile il danno da ritardo provvedimento c.d. mero, occorrendo appunto verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato sia, o meno, dovuto».

In senso contrario alla risarcibilità del danno da ritardo mero pure in seguito all'introduzione dell'articolo 2 bis l. 7 agosto 1990 n. 241, Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4580: «Il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un

Anche il legislatore, nel frattempo, ha preso consapevolezza dell'importanza che il "bene della vita" riveste nel diritto amministrativo e del fatto che questo faccia da "sfondo" alla posizione principe del diritto amministrativo che è l'interesse legittimo. Basti qui considerare che l'articolo 2 l. 7 agosto 1990 n. 241, nel testo sostituito dall'art. 3, comma 6-bis, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, ed ormai non più in vigore, nel giudizio sul silenzio stabiliva che il giudice amministrativo potesse conoscere della "fondatezza dell'istanza", così evidentemente collegandola, seppure in modo impreciso (come si dirà dopo) al bene della vita cui il privato aspirava.

Il diritto amministrativo e la giustizia amministrativa sono divenuti dunque strumenti importanti, e armi potenti, nelle mani del cittadino per reagire all'illegittimità dell'azione amministrativa nell'ottica di una tutela non più formale – legata alla coincidenza tra l'interesse privato e quello pubblico o alla "pretesa di legittimità" – ma sostanziale, attenta all'effettiva consistenza del rapporto giuridico amministrativo.⁸ Numerosi sono stati i segnali in questa direzione. Oltre alla già richiamata possibilità di valutare la fondatezza dell'istanza nel giudizio sul silenzio (nel frattempo divenuto) inadempimento, va ricordata la possibilità, sempre introdotta dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, di impugnare gli atti connessi con motivi aggiunti (*"Tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti"*) nonché la sanatoria (processuale) dei vizi formali introdotta dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 con l'aggiunta dell'articolo 21 *octies*,

interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, perciò, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse (art. 2 bis L. 7 agosto 1990, n. 241)»; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2018, n. 2108: «La possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia della pubblica amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo va inquadrato non già come effetto del ritardo in sé ma per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo».

⁸ Di recente A. Pubusa, L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele) in giustamm, luglio 2018 ha ricordato che "la distinzione follieriana fra il rapporto dinamico (procedimento) e quello statico (provvedimento), poiché nella dinamica procedimentale il privato, parte del rapporto, interagisce col responsabile del procedimento, mentre nel provvedimento è solo destinatario rispetto all'assetto degli interessi, salva la contestazione processuale, che è altra storia".

comma 2, nella l. 7 agosto 1990 n. 241. Quest'ultima è una "disposizione che si ispira in parte alla tradizione tedesca"⁹ e che dimostra il cambio di passo dell'ordinamento perché si smette di assicurare una tutela solo formale al ricorrente – tutela che spesso si tramutava in una "vittoria di Pirro" – e ci si preoccupa del contenuto concreto dell'atto impendendo l'annullamento se tale contenuto, nonostante l'illegittimità, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Per una parte (condivisibile) della dottrina si realizza, infatti, una scissione tra illegittimità e annullabilità poiché "ferma restando l'illegittimità del provvedimento, si sancisce un'esclusione dell'annullabilità che ne dovrebbe solitamente derivare".¹⁰

L'opera è certamente completata dal codice del processo amministrativo che, oltre a confermare gli istituti prima richiamati, ha ampliato il ventaglio di azioni proponibili davanti al giudice amministrativo per garantire una tutela maggiormente conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale e ha riservato particolare attenzione al rapporto giuridico intercorrente tra il privato e la pubblica amministrazione, pur rispettando gli spazi di autonomia della parte pubblica. Prova di ciò è possibile rinvenirla all'articolo 31, comma 3, c.p.a. ove, trattando il giudizio sul silenzio inadempimento, il legislatore del 2010 ha stabilito che il giudice amministrativo può pronunciare sulla fondatezza della "pretesa" dedotta in giudizio con una modifica lessicale di non trascurabile importanza: si è passati, infatti, dalla fondatezza dell'istanza – e dunque da una valutazione legata alla domanda formulata – alla fondatezza della pretesa e quindi ad una valutazione legata al concreto ed effettivo atteggiarsi del rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione. Dopo il correttivo, di particolare importanza è anche la

⁹ R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli II ed., p. 582 ove si richiama la legge tedesca 25 maggio 1976, modificata dalla legge 12 settembre 1996, che stabilisce: "non si può richiedere l'annullamento di un atto amministrativo che non sia nulla ai sensi del par. 44 solamente perché esso è stato posto in essere violando prescrizioni riguardanti il procedimento, la forma o la competenza territoriale, ove risulti, in maniera palese, che la violazione non abbia influito sul contenuto della decisione".

¹⁰ Ancora R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli II ed., p. 611 ove un ampio inquadramento della portata dell'articolo 21 octies, comma 2, l. 241/1990 e delle diverse tesi della dottrina e della giurisprudenza.

generalizzazione dell'azione di condanna al rilascio di un provvedimento contestualmente all'azione di annullamento o all'azione avverso il silenzio (articolo 34, comma 1, lett. c), c.p.a.)¹¹. Per evitare che ciò comporti un'invasione della sfera d'azione riservata all'amministrazione, opportunamente, nell'uno e nell'altro caso, è stato previsto che tutto questo possa accadere solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

2. La 'nuova' definizione di interesse legittimo legata al bene della vita e le positive novità nel diritto amministrativo. Questi brevi, e certamente non esaustivi, cenni giustificano quanto affermato dall'adunanza plenaria con la sentenza 23 marzo 2011 n. 3, ove, riprendendo la sentenza delle sezioni unite 22 luglio 1999 n. 500, «viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva». Nella stessa decisione il Consiglio di Stato ricorda che «l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio».¹²

¹¹ C. Commandatore, *La piena tutela dell'interesse legittimo pretensivo, dopo l'azione di annullamento, l'azione di adempimento*, in *Urbanistica e Appalti*, 2017, 5, 655; A. Pajno, *Le nuove disposizioni correttive ed integrative al codice del processo amministrativo*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2013, 1, 5; F. Saitta, *Ancora sulla condanna dell'amministrazione ad adottare il provvedimento richiesto dal ricorrente: un'azione di adempimento che c'è, ma non si vede?*, in *Giur. It.*, 2012, 12, 2673; A. Comino, *La condanna "atipica" nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Giur. It.*, 2011, 4, 960.

¹² Cons. St., a.p., 23 marzo 2011 n. 3; F. Cortese, *L'Adunanza plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 9, 962; F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Il Corriere Giuridico*, 2011, 7, 979; C.E. Gallo, *Le azioni ammissibili nel processo amministrativo ed il superamento della pregiudizialità anche per le controversie ante codice*, in *Urbanistica e Appalti*,

L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene.

Anche la dottrina ha compreso la svolta ed oggi è possibile leggere questa definizione: *«l'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva, correlata al potere della pubblica amministrazione e tutelata in modo diretto dalla norma di conferimento del potere, che attribuisce al suo titolare una serie di poteri e facoltà volti ad influire sull'esercizio del potere medesimo allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita ... Siffatti poteri e facoltà tendono a riequilibrare in parte la posizione di soggezione nei confronti del titolare del potere ... L'interesse legittimo acquista così una dimensione attiva ... il titolare dell'interesse legittimo fa valere una pretesa nei confronti dell'amministrazione a che il potere sia esercitato in modo legittimo e, per quanto possibile, in senso conforme all'interesse sostanziale del privato alla acquisizione o alla conservazione di un bene della vita»*.¹³

Altra dottrina, in una recente monografia dedicata all'interesse legittimo, ha espresso una posizione parzialmente differente ritenendo che *«l'interesse legittimo, in termini generali (ossia tanto se pretensivo quanto se oppositivo), dev'essere costruito ... come interesse al provvedimento favorevole (non, si badi bene, come interesse al provvedimento legittimo), in vista (ma solo in vista) della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita»*.¹⁴ Per l'illustre Autore *«il bene della vita è sì nello sfondo, costituisce sì il fine ultimo (mediato) per il quale il privato “dialoga” con l'amministrazione, ma resta fuori dalla portata dell'interesse legittimo: la conservazione o la acquisizione del bene della vita saranno l'effetto del provvedimento, se sarà favorevole; si collocheranno nell'ordine delle conseguenze*

2011, 6; D. Pappano, Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi, in Giur. It., 2012, 2, 442;

¹³ M. Clarich, Manuale di diritto amministrativo, Il Mulino, p. 129.

¹⁴ F.G. Scoca, L'interesse legittimo, storia e teoria, Giappichelli, 2017, p. 313.

*dell'azione amministrativa, fuori e oltre l'esercizio del potere. L'interesse legittimo presidia, invece, l'esercizio del potere, l'iter di formazione del provvedimento».*¹⁵

Non è certamente questa la sede per soffermarsi sull'importanza dei cambiamenti sin qui descritti. Tralasciando ogni possibile approfondimento, va qui messo in rilievo che tutto ciò sta determinando anche un cambiamento culturale dell'amministrazione che oggi deve esercitare il suo potere avuto riguardo a tutti gli interessi pubblici coinvolti (sempre più spesso infatti non c'è solo un interesse pubblico da perseguire) e tralasciando anche l'interesse finale di cui è portatore il richiedente (spesso contrapposto a quelli di altri privati) senza arroccarsi su posizioni formali. Si è anche assistito ad un forte mutamento del modo di intendere la legalità dell'azione amministrativa oggi ampliata alla legalità sostanziale e procedurale¹⁶. Inoltre, le novità descritte hanno definitivamente spazzato l'idea, prima presente in una parte della dottrina (oltre che della giurisprudenza ordinaria), che l'interesse legittimo sia figlio di un Dio minore o una posizione giuridica "ancillare" rispetto al diritto soggettivo. La Corte costituzionale, infatti, ha ricordato la «chiara opzione del Costituente in favore del riconoscimento al giudice amministrativo della piena dignità di giudice: riconoscimento per il quale milita, oltre e più che l'apprezzamento, più volte espresso nell'Assemblea costituente, per l'indipendenza con la quale il Consiglio di Stato aveva operato durante il regime fascista, la circostanza che l'art. 24 Cost. assicura agli interessi legittimi - la cui tutela l'art. 103 riserva al giudice amministrativo - le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi quanto alla possibilità di farli valere davanti al giudice ed alla effettività della tutela che questi deve loro accordare».¹⁷

¹⁵ Ancora F.G. Scoca, *L'interesse legittimo, storia e teoria*, Giappichelli, 2017, p. 313.

¹⁶ Sul tema della legalità formale e procedurale, si veda M. Macchia, *Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Il Mulino, II ed., p. 9 e segg.

¹⁷ Corte Cost. 6 luglio 2004 n. 204, in *Foro Amm. CDS*, 2004, p. 1895, con nota di Satta, Gallo, Siclari e p. 2475, con nota di Marzano; in *Giur. It.*, 2004, 2255, con nota di Poggio; in *Corriere Giur.*, 2004, 9, 1167, con nota di Palma; in *Foro It.*, 2004, 1, 2594, con nota di Travi; in *Giornale Dir. Amm.*, 2004, 9, 969 con nota di Clarich; in *Urbanistica e appalti*, 2004, 11, 1275, con nota di Lotti.

3. L'attenzione al "bene della vita". Pregi e difetti. Sin qui sono state messe in luce le novità positive scaturite dall'attenzione riservata al "bene della vita" nel diritto amministrativo dal 1999 in poi.

È necessario ora soffermarsi su alcuni aspetti che, al contrario, hanno costituito, a giudizio di alcuni, un ostacolo ad una piena tutela del privato.

È proprio la necessità di guardare al bene della vita che nel 2005 ha convinto l'adunanza plenaria ad escludere la risarcibilità del danno da mero ritardo, ossia il danno subito dal privato a causa di un diniego legittimo ma tardivo. È chiaro il passaggio della decisione nella parte in cui afferma che «*il sistema di tutela degli interessi pretensivi - nelle ipotesi in cui si fa affidamento (come nella specie) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione - consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse pretensivo, incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nella emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (susceptibile di appagare un "bene della vita")*»¹⁸. Da allora molta acqua è passata sotto i ponti e dottrina e giurisprudenza hanno dovuto confrontarsi con l'articolo 2 bis l. 7 agosto 1990 n. 241 che, a giudizio di alcuni, è servito proprio a risarcire il danno da mero ritardo.¹⁹

¹⁸ Cons. St., a.p., 15 settembre 2005 n. 7, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 12, 1330; in *Danno e Resp.*, 2006, 8-9, 903, con nota di Covucci; in *Guida al Diritto*, 2005, 42, 85, con nota di Forlenza; in *Urbanistica e appalti*, 2006, 1, 61 con nota di Clarich e di Fonderico; in *Foro It.*, 2006, 1, 3, 1, con nota di Sigismondi.

¹⁹ Nel senso che dal tenore letterale della norma (art. 2 bis, comma 1, L. n. 241/1990 e art. 133 lett. a) n. 1) CPA) sembra ricavarsi un favor del legislatore per la risarcibilità anche del danno da mero ritardo, Cons. Giust. Amm. Sic., 4 novembre 2010, n. 1368: «*Il danno cagionato al privato dal ritardo dell'amministrazione è risarcibile anche se il procedimento non si è ancora concluso e anche se si è concluso negativamente, atteso che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, qualora incidente su interessi pretensivi agganciati a programmi di investimento di cittadini o imprese, è sempre un costo*», in *Giur. It.*, 2011, 6, 1426, con nota di D'antonio; Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. giur., 24 ottobre 2011, n. 684, Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675 in *Danno e Resp.*, 2015, 4, 448; Cons. Stato Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271 in *Urbanistica e appalti*, 2011, 5, 610 e *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 6, 657.

Anche per E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 644, la disposizione di cui all'art. 2 bis L. n. 241/1990 "sembra prescindere dalla prova della effettiva spettanza del bene finale o dall'effettivo suo conseguimento e, dunque, ha uno spettro applicativo più ampio. Il ritardo, in altri termini, è risarcibile in quanto tale, ancorché il riferimento all'ingiustizia possa evocare la necessità di selezionare i casi di ritardo tenendo anche conto della parte...". Della stessa opinione, R. Chieppa e R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2017, p. 942, secondo cui la norma di cui all'art. 2 bis L. n. 241/1990, "pur lasciando aperta la questione sui presupposti per accedere alla tutela risarcitoria in caso di danni da ritardo, sembra potersi ricavare un favor del legislatore per una risarcibilità anche del danno da mero ritardo (ove provato), non collegato alla ritardata attribuzione di un bene della vita". Anche M.

Guardare al bene della vita ha impedito anche il risarcimento del danno nelle ipotesi di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241. Per l'opinione maggioritaria, infatti, la circostanza che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, esclude che l'atto, pur illegittimo, possa essere fonte di danno risarcibile: la sostanziale "giustizia" del provvedimento, infatti, porta a concludere che nessuna lesione al bene della vita si è consumata e dunque nessun risarcimento è dovuto.²⁰

Non vi è dubbio, dunque, che la giurisprudenza riservi particolare attenzione al "bene della vita" traendone le relative conseguenze. Parte della dottrina però si è espressa criticamente sul ragionamento portato avanti dalle sezioni unite perché reputa che se il danno è ingiusto, ogni qual volta c'è la lesione di una situazione giuridicamente tutelata, come affermato dalla Cassazione, non è possibile poi far seguire un giudizio di meritevolezza²¹ sulla spettanza del bene della vita. Lo stesso Autore, dopo aver preso atto che l'interesse al bene della vita è richiamato da tutta la giurisprudenza successiva al 1999, afferma che in realtà «l'interesse al bene della vita, di per sé inafferrabile, rimane comunque sullo sfondo o tale deve comunque rimanere se non si vuole obliterare l'interesse legittimo. Sinteticamente di interesse ne basta uno».²² Accertato che la responsabilità non coincide con l'illegittimità dell'atto, per l'A. «"lesione dell'interesse al bene della vita", risulta fuorviante. In effetti, invece, non è altro che il danno, e in questi termini non può non esservi nel giudizio di

Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, p. 245, è dell'opinione che la responsabilità del danno da ritardo ex art. 2 bis L. n. 241/1990 prescinde del tutto dalla legittimità o illegittimità del provvedimento emanato in ritardo: "Ciò significa che il tempo dell'agire amministrativo costituisce un «bene della vita» autonomo da quello correlato all'esercizio del potere. Per esempio, anche un'autorizzazione illegittima ma rilasciata in ritardo può provocare all'impresa un danno causato dal mancato utilizzo delle proprie attrezzature e maestranze per il periodo di tempo intercorrente dalla data di scadenza del termine per l'emanazione dell'atto a quella della sua effettiva emanazione".

²⁰ Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018 n. 1859; Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2018 n. 825. Per un quadro delle opinioni della dottrina, si veda R. Villata – M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, II ed., p. 614.

²¹ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 206-207. L'A. in altra parte aggiunge «se l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043, per espressa ammissione della stessa Cassazione va ritenuta quando sussista la violazione di una situazione soggettiva, l'interprete per questo profilo dovrà limitarsi ad accertare che nel caso concreto tale violazione sussista, e in base a questo, e a questo soltanto, proclamare la responsabilità, ovviamente quando ricorrano gli altri elementi della fattispecie» (p. 216).

²² C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 215.

responsabilità. Si tratta anzi dell'elemento fondante della responsabilità civile tale che: niente danno, nessuna responsabilità».²³

4. Per la revisione dell'orientamento consolidato. L'impossibilità di risarcire il danno nelle ipotesi di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990 n. 241, come detto, è conforme all'idea di dover guardare al bene della vita ogni qual volta si discuta di interessi legittimi e di risarcimento del danno.²⁴

Anche chi non è pregiudizialmente contrario al risarcimento, infatti, evidenzia la difficoltà di accertare l'esistenza di un danno in presenza di un provvedimento sostanzialmente corretto.²⁵

Una parte della dottrina ha rilevato profili di possibile incompatibilità tra la norma ora richiamata e l'articolo 113, comma 2, Cost.²⁶ Volendo ricorrere ad una frase ad

²³ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 217.

²⁴ Cons. St., sez. V, 23 marzo 2018 n. 1859: «... è applicabile al caso di specie il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo per vizi formali (tra i quali si può annoverare non solo il difetto di motivazione, ma anche e soprattutto i vizi del procedimento), non reca di per sé alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento caducato ope iudicis e non può pertanto costituire il presupposto per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno (ex multis: Cons. Stato, Ad. plen., 3 dicembre 2008, n. 13; III, 23 gennaio 2015, n. 302; IV, 8 febbraio 2018, n. 827, 4 luglio 2017, n. 3255, 6 febbraio 2017, n. 489; V, 27 novembre 2017, n. 5546, 17 luglio 2017, n. 3505, 6 marzo 2017, n. 1037, 15 novembre 2016, n. 4718, 23 agosto 2016, n. 3674, 10 febbraio 2015, n. 675, 14 ottobre 2014, n. 5115; VI, 30 novembre 2016, n. 5042). Come precisato nell'ambito di tale indirizzo giurisprudenziale, il risarcimento del danno non è infatti una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo ma richiede la verifica di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) e, nel caso di richiesta di risarcimento del danno conseguente alla lesione di un interesse legittimo pretensivo, è subordinato, alla dimostrazione, secondo un giudizio prognostico, che il provvedimento sarebbe stato rilasciato in assenza dell'agire illegittimo dell'amministrazione. Tale giudizio prognostico non può tuttavia essere positivo quando la spettanza del bene richiesto è subordinata al nuovo esercizio del potere amministrativo in ordine alla spettanza o meno del bene da conseguire, come nel caso di un annullamento che pone all'amministrazione l'obbligo di provvedere nuovamente, senza tuttavia vincolarla quanto alla determinazione finale da assumere». Cons. St., sez. IV, 8 febbraio 2018 n. 825: «Per accedere alla tutela risarcitoria, è indispensabile, ancorché non sufficiente, che il provvedimento (o il comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica incida sul bene della vita finale. Ciò funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali. Il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno»; il Consiglio di Stato ha quindi concluso che «In materia di risarcimento del danno da mancata edificazione da provvedimento illegittimo, si dà corso alla tutela risarcitoria solo in presenza della prova seria della spettanza in concreto del diritto di edificare e delle conseguenze dannose».

²⁵ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, p. 206; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 543.

effetto, potremmo dire che l'attenzione per il "bene della vita" nel diritto amministrativo ha determinato tante novità positive ed è dunque necessario sopportare l'effetto collaterale legato all'impossibilità di risarcire il danno quando il provvedimento illegittimo non può essere annullato.

Altra opinione, invece, ha reputato possibile il risarcimento in ipotesi limite: "ad esempio, il soggetto espropriato che non abbia ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento potrà chiedere i danni derivanti dalle spese sostenute sul proprio fondo e che non avrebbe affrontato se avesse saputo per tempo della procedura di esproprio".²⁷

Altri ancora hanno preferito dilatare la nozione di bene della vita estendendolo anche alla dignità umana che, a loro giudizio, sarebbe tutelata dalle norme sul procedimento.²⁸

A giudizio di chi scrive, occorre preliminarmente sgombrare il campo da ogni possibile equivoco e respingere innanzitutto l'idea che l'articolo 21 *octies*, comma 2, l. cit. abbia potenziali effetti negativi perché induce l'amministrazione, soprattutto nel caso di provvedimenti vincolati, a trascurare il rispetto delle regole formali e procedurali; v'è infatti chi ha parlato di schizofrenia del legislatore del 2005 che, per un verso, ha migliorato le garanzie procedurali e, per altro verso, le ha depotenziate proprio con il secondo comma dell'articolo 21 *octies* più volte citato. Convince invece l'idea che la disposizione ora citata in un'ottica moderna risulti essenziale tanto da potersi affermare che di essa oggi non si può più fare a meno anche perché istituti simili sono conosciuti in altri ordinamenti.²⁹

²⁶ R. Villata – M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Giappichelli II ed., p. 614 ove, alla nota 738, si cita la bibliografia in argomento.

²⁷ R. Villata – M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Giappichelli II ed., p. 615 ove viene citata l'opinione di R. Chiappa.

²⁸ Ancora R. Villata – M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Giappichelli II ed., p. 615 ove viene citata l'opinione di D. Sorace.

²⁹ W. Gasparri, Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria, in Dir. Pubbl., 2007, 3, p. 721 e segg.

Bisogna però evitare che l'amministrazione cada nella tentazione di violare le regole formali e procedurali avendo acquisito la consapevolezza che, oltre a non subire l'annullamento dell'atto, non verrà condannata al risarcimento del danno pur in presenza di un atto illegittimo. Detto in altri termini occorre scongiurare il pericolo "che la degradazione di molte ipotesi di violazione di legge a forme di illegittimità non invalidanti produca la discutibile conseguenza di svalutare, riducendolo ad inutile formalismo, il rispetto di regole aventi una valenza che va al di là della tutela degli interessi specifici del singolo".³⁰

Deve dunque ammettersi la risarcibilità del danno, seppure con limiti e precisazioni, anche nel caso in cui l'atto illegittimo non possa essere annullato giusta il disposto dell'articolo 21 *octies*, comma 2, l. cit.

Militano in tal senso diversi argomenti.

In primo luogo – continuando a ragionare nella prospettiva per cui è necessario ricercare il bene della vita – va sottolineato che nel rapporto tra l'amministrazione e il privato non esiste solo il bene della vita finale cui l'interessato aspira (la concessione del bene demaniale, il permesso di costruire l'edificio, la sovvenzione economica, ecc.) ma anche una vasta tipologia di beni "intermedi" che vengono in rilievo nel procedimento amministrativo in una fase antecedente l'emanazione del provvedimento finale. In un rapporto moderno tra l'amministrazione e il privato, il rispetto delle regole formali e procedurali può essere identificato come un autonomo bene della vita, diverso dal bene finale cui il privato aspira:³¹ il privato

³⁰R. Villata – M. Ramajoli, Il provvedimento amministrativo, Giappichelli II ed., p. 616.

³¹Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157 così si esprime: «Dall'inizio del procedimento l'interessato, non più semplice destinatario passivo dell'azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500-99-SU identifica nelle "regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità".

Tali interessi, 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, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo.

vuole ottenere il permesso di costruire – e questo è il bene della vita finale – ma l’ordinamento gli riconosce, a prescindere dal permesso di costruire, una serie di garanzie formali e procedurali che se violate non possono non avere conseguenze giuridiche in termini risarcitori.³² Peraltro una conferma dell’esistenza di un bene diverso rispetto a quello finale si trova all’articolo 2 *bis* 1. 241 cit. ove, contrapponendo l’indennizzo al risarcimento, risulta palese l’esistenza di un bene – il rispetto dei tempi del procedimento – e di una lesione diversi dal bene finale cui il privato aspira.³³ Come affermato in dottrina «l’ipotesi è particolarmente significativa, perché, ai fini dell’ingiustizia del danno, non viene in nessuna considerazione (l’aspettativa de) il bene della vita richiesto».³⁴

Nonostante il fatto che l’adunanza plenaria non abbia preso posizione sullo specifico problema,³⁵ vi è più di una ragione per riflettere sull’importanza del contatto “qualificato” tra amministrazione e privato e dunque per valorizzare anche il rispetto

Di sicuro, l’interesse al rispetto di queste regole, che costituisce la vera essenza dell’interesse legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all’interesse al bene della vita: l’interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali».

Per F.G. Scoca, L’interesse legittimo, storia e teoria, Giappichelli, 2017, p. 313, nota 105 «l’interesse legittimo, quindi, è leso da tutto ciò che impedisce, illegittimamente, il tempestivo conseguimento del provvedimento favorevole: in primo luogo il conseguimento del provvedimento; in secondo luogo il carattere favorevole del provvedimento. **Le condotte illecite sono rapportabili alla violazione dei doveri procedurali, all’inerzia e al silenzio, al mancato rispetto dei termini entro i quali il procedimento dev’essere concluso; e, in ordine al contenuto del provvedimento, alla violazione di regole sostanziali e di principi che interferiscono con la discrezionalità”.**

³² Di recente A. Pubusa, L’interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l’opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele) in *giustamm*, luglio 2018: “Come negare che la disciplina dell’avvio del procedimento, del preavviso di diniego, dei tempi dell’azione amministrativa delineano l’esistenza di un rapporto, che è un *quid pluris* rispetto alla fase precontrattuale perché pone regole e vincoli più pregnanti, il cui rispetto ha riscontro nella motivazione, non a caso, di norma, sempre dovuta”.

³³ Per la giurisprudenza favorevole alla risarcibilità del danno da mero ritardo ex art. 2 bis L. n. 241/1990, vedi nota n. 19. Sulla distinzione tra indennizzo e risarcimento si veda Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4712; Cons. St., sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2543: «L’inosservanza del termine di conclusione del procedimento amministrativo comporta: in generale, il risarcimento del danno ingiusto, qualora – con dimostrazione del nesso di causalità – questo consegua alla predetta inosservanza colposa o dolosa della pubblica amministrazione; nei casi espressamente previsti, il riconoscimento di un indennizzo, il titolo a ricevere il quale (nelle condizioni previste dalla legge) sorge per il solo fatto del superamento del termine e che, ove concorra con la distinta obbligazione risarcitoria, è detratto dalla somma complessivamente riconosciuta a tale ultimo titolo». Ad ogni modo, parte della dottrina sottolinea come “la questione della risarcibilità del mero disagio sopportato dal privato a seguito della violazione dei termini di conclusione del procedimento appare stemperata” alla luce dell’introduzione del comma 1 bis dell’art. 2 bis L. n. 241/1990, che sancisce il diritto ad ottenere un indennizzo da ritardo (M.L. Maddalena, *Conseguenze per il ritardo dell’amministrazione nella conclusione del procedimento*, in *L’azione amministrativa*, a cura di Alberto Romano, Giappichelli, 2016, p. 192).

³⁴ F.G. Scoca, L’interesse legittimo, storia e teoria, Giappichelli, 2017, p. 314.

³⁵ Cons. St., a.p., 4 maggio 2018 n. 5.

delle regole procedurali e formali.³⁶ Con la lente del civilista nel procedimento volto all'adozione del provvedimento si instaura un rapporto giuridicamente rilevante: oltre che nel caso classico in cui un parte, detta debitore, deve una prestazione alla controparte, detta creditore, ci sono casi in cui si scorge una relazione giuridica qualificata che prescinde dall'adempimento di una prestazione. Per dirla con le parole di un illustre studioso può ipotizzarsi anche un obbligo di relazione a prescindere dall'obbligo di prestazione.³⁷ «Non c'è nulla che il soggetto privato debba aspettarsi dalla pubblica amministrazione, tranne la correttezza del suo operato» e tali obblighi «non nascono dal semplice contatto procedimentale bensì specificamente dallo status della p.a. che impone ad essa di agire in maniera legittima» creandosi dei veri e propri «obblighi di protezione» quale corollario del principio di buona fede.³⁸

Per altro verso, anche con la lente dell'amministrativista, si deve affermare che il passaggio dalla legalità formale a quella sostanziale serve, nelle intenzioni della migliore dottrina e della giurisprudenza, ad innalzare il livello di tutela goduto dal privato e non già ad abbassarlo. L'accoglimento di una visione "sostanziale" nei rapporti con l'amministrazione – con conseguente applicazione della regola sancita all'articolo 21 octies, comma 2 – non può servire dunque a lasciare sguarnito di ogni tutela il destinatario dell'atto illegittimo e conseguentemente deve ammettersi lo

³⁶ Come peraltro già affermato da Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 479; in *Corriere Giur.*, 2003, 5, 586, con nota di Lamorgese; in *Danno e Resp.*, 2003, 477, con nota di Conti; in *Urbanistica e appalti*, 2003, 8, 895, con nota di Sciascia; in *Studium juris*, 2003, 1378, con nota di Scalera; e da Cons. St., sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945, in *Guida al Diritto*, 2003, 21, 75; in *Giur. It.*, 2004, 417, con nota di Rodriguez; in *Studium juris*, 2003, 1260, con nota di Scalera; in *Urbanistica e appalti*, 2003, 9, 1071, con nota di Manganaro.

³⁷ C. Castronovo, La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale, *Europa dir. Priv.*, 2012, 1233 ss.: "... 5. Conclusivamente, ritengo che l'obbligazione senza prestazione vada presa per quello che è, cioè come un rapporto che partecipa della natura obbligatoria dell'obbligazione in senso tradizionale senza esserlo. Questa affermazione, presa sul piano puramente testuale può apparire contraddittoria, come può apparire un ossimoro la stessa espressione obbligazione senza prestazione. Ciò però è dovuto appunto all'idea, che certo ha dalla propria parte una tradizione più che bimillenaria, che identifica l'obbligazione con l'obbligo di prestazione. Una volta che ci si persuade della possibilità che la qualificazione obbligatoria sia estesa ad altri rapporti, nei quali ciò che rileva non è la pienezza del contenuto ma la dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra, allora anche l'idea di un'obbligazione senza prestazione non solo non appare contraddittoria, ma anzi quello che per merito di essa si mette in luce come la vera essenza dell'obbligazione, la quale non consiste nel suo contenuto o oggetto che dir si voglia, più o meno ampio e vario a seconda del tipo contrattuale che lo genera, ma nella relazionalità come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro. Relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si iscrive solo come una variabile possibile. Onde il rapporto obbligatorio non è più nella sua essenza obbligo di pre-stazione ma quella relazione costante (konstanteRahmenbeziehung), teorizzata da Herholz e accolta da Mengoni, la quale in questa prospettiva acquista un significato nuovo e più pregnante ...".

³⁸ C. Castronovo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, 2006, p. 224.

strumento risarcitorio anche nei casi in cui la legge esclude l'annullamento dell'atto illegittimo.

Analogo discorso deve essere fatto in relazione alla c.d. legalità procedurale che, come è noto, serve a rafforzare le tutele procedimentali in tutte quelle ipotesi in cui il legislatore non può individuare con precisione il possibile contenuto del provvedimento.³⁹ Sarebbe ben strano un sistema che rinforza il procedimento per aumentare le garanzie del privato esposto al provvedimento dell'amministrazione e poi nei fatti non contempla alcuna conseguenza per la violazione delle predette regole procedimentali. La dottrina ha evidenziato che occorre dare "rilievo alle c.d. forme dell'azione amministrativa"⁴⁰ e che "le prerogative procedimentali dei privati sono espressione ... di principi costituzionali, la democraticità dell'ordinamento e dunque di tutte le pubbliche funzioni, dell'imparzialità e del buon andamento".⁴¹

La soluzione ora prospettata appare anche più conforme ai principi CEDU. Ed invero, fermo restando che, come detto, è da approvare la regola della non annullabilità degli atti il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, i principi di prevedibilità, accessibilità e chiarezza sembrano contrari ad un sistema che non contempli il risarcimento del danno dopo aver escluso l'annullabilità dell'atto illegittimo nei casi di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, 1. cit. Giova spendere qualche parola sul punto. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie sono concordi nel ritenere che nelle ipotesi di cui all'articolo 21 *octies*, comma 2, non vi è una semplice irregolarità dell'atto amministrativo rilevante sul piano del diritto sostanziale, ma una vera e propria illegittimità che, tuttavia, non porta

³⁹ Sul tema si rimanda nuovamente a M. Macchia, Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto, in Lezioni di diritto amministrativo progredito, a cura di L. Torchia, Il Mulino, II ed., p. 9 e segg.

⁴⁰ A. Pubusa, **L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)** in giustamm, luglio 2018.

⁴¹ Ancora A. Pubusa, **L'interesse legittimo, un dono, un furto con destrezza e forse finalmente un diritto o quasi (ovvero l'opera di Enrico Follieri, gioioso e instancabile costruttore di tutele)** in giustamm, luglio 2018 che poi si chiede "D'altronde, che senso avrebbe fissare una serie di diritti e obblighi, una trama di facoltà e doveri, per poi cancellarle a seconda del risultato?". Per l'A. la risposta è che "In realtà è solo la violazione di questi che si scarica sul provvedimento e non viceversa. L'autonomia fra i rapporti dinamico e statico è dunque a senso unico, vale per il primo rispetto al secondo, ma non viceversa. I vizi del primo si trasfondono nel secondo, ma non, vale il contrario, l'esito dell'assetto non incide sul procedimento".

all'annullamento dell'atto per mancanza di interesse in considerazione del fatto che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.⁴² Conseguentemente il destinatario dell'atto rimane onerato dell'impugnazione in presenza di un atto illegittimo anche perché nel relativo giudizio l'esito è del tutto imprevedibile dipendendo dalla natura vincolata o discrezionale dell'atto, dagli elementi raccolti in giudizio e dall'attività difensiva spiegata dalla pubblica amministrazione. Ad esempio, in presenza di un atto discrezionale viziato dalla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, la "sanatoria" potrà realizzarsi solo se l'amministrazione – sulla quale incombe il relativo onere probatorio – riesce a dimostrare che il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁴³; è evidente però che il privato non può sapere, prima della proposizione del giudizio, quale attività processuale compirà la controparte e se tale attività riuscirà a

⁴² Secondo una certa impostazione, il provvedimento, pur difforme dal paradigma normativo, sarebbe sin dall'origine legittimo. Si tratta della tesi della irregolarità, sostenuta inizialmente da una parte della dottrina (G. Farina, *L'art. 21 octies della nuova legge 241/1990: la codificazione della era irregolarità del provvedimento amministrativo*, in www.lexitalia.it), ma non accolta dalla giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato: «*L'art. 21 octies, benché norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della legge n. 15/05, non degrada un vizio di legittimità a mera irregolarità, ma fa sì che un vizio, che resta vizio di legittimità, non comporti l'annullabilità dell'atto sulla base di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice (il provvedimento non poteva essere diverso). L'irregolarità opera, invece, ex ante e in astratto; il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare, come già ritenuto dalla giurisprudenza in caso di mancata indicazione nell'atto impugnato del termine e dell'Autorità cui è possibile ricorrere (art. 3 della L. n. 241/90); inosservanza che costituisce irregolarità che non rende l'atto illegittimo, ma che consente al limite il ricorso del privato oltre i termini di decadenza avvalendosi dell'errore scusabile, determinato dall'omissione compiuta dall'amministrazione. Deve quindi ritenersi che l'entrata in vigore del citato art. 21 octies non abbia inciso sulla categoria dell'irregolarità dell'atto amministrativo, come già definita da dottrina e giurisprudenza e abbia invece codificato quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirate a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'art. 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna concreta utilità)*» Cons. St., sez. VI, 16 maggio 2006, n. 2763, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 7, 861. Dunque la giurisprudenza amministrativa prevalente qualifica la norma di cui all'art. 21 octies, comma 2, come norma processuale, che mira a valutare l'interesse a ricorrere e che non fa venir meno, sul piano sostanziale, l'illegittimità del provvedimento.

Ad ogni modo, occorre tener conto del fatto che anche altre tesi sono state sostenute dalla giurisprudenza amministrativa. Per la tesi del raggiungimento dello scopo si veda Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283 e Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 990: «*La norma di sanatoria dell'art. 21 octies (annullabilità del provvedimento) L. n. 241/1990 ha carattere processuale ed è espressione di un principio generale dell'ordinamento, codificato anche dall'art. 156 c.p.c., per cui il raggiungimento dello scopo sana i vizi formali di un atto. Per tal ragione, essa è applicabile come parametro di legittimità anche ai procedimenti svoltisi prima della sua formale introduzione*».

Infine, una parte della giurisprudenza, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 21 octies, comma 2, parla di "meccanismo/effetto sanante", Cons. St., sez. VI, 30 aprile 2018, n. 2585.

Per un'autorevole opinione sul punto, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011 p. 543 ss. si veda anche l'opinione di M. D'Orsogna, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Giappichelli, 2014, p. 331.

⁴³ Per la necessità di un'interpretazione restrittiva, anche in un'ottica di diritto comparato, si veda M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, III ed., p. 304 e segg.

convincere il giudice dell'ineluttabilità della decisione amministrativa. Quindi l'interessato per evitare che il provvedimento si consolidi per acquiescenza avrà l'onere impugnarlo. E allora non si può sfuggire a questa alternativa: se il privato non impugna l'atto, prestandovi acquiescenza, non potrà ottenerne l'annullamento in virtù di una scelta che ricade interamente su di lui; se chiede l'annullamento al giudice – iniziando un giudizio con i relativi costi – può vedersi respinta la domanda di annullamento, in applicazione dell'articolo 21 *octies*, comma 2, pur rimanendo accertato che l'atto è illegittimo. Tale ultima conclusione è perfettamente coerente col sistema, e condivisibile, a condizione che il destinatario dell'atto illegittimo non si veda preclusa la tutela di tipo risarcitorio legata alla violazione di tipo formale o procedimentale perché, in caso contrario, le conseguenze dell'atto illegittimo, piuttosto che ricadere sull'autore dell'atto (l'amministrazione), andrebbero a pesare sul destinatario dell'atto.

In ogni caso non può non considerarsi un pregiudizio vedersi onerato dell'impugnazione di un atto che poi non sarà annullato nonostante il fatto che sia illegittimo. Ciò sarebbe anche contrario ad uno dei principi fondamentali dell'analisi economica del diritto perché si scoraggerebbe il cittadino a proporre ricorso per restaurare la legalità violata e si incentiverebbe la violazione delle norme procedurali da parte dell'amministrazione.

Anche la prospettiva di diritto comparato porta a concludere per la risarcibilità.⁴⁴ Come affermato in dottrina, «in termini generali tutti gli ordinamenti continentali e quello comunitario configurano la possibilità di ricorrere alla tutela risarcitoria in quei casi in cui l'atto amministrativo ancorché affetto da mero vizio di forma, determini – in ragione della sua invalidità – un pregiudizio per il soggetto destinatario dei suoi effetti».⁴⁵ Il cambiamento sarebbe utile pure «per il diritto europeo, la cui unità si realizza non solo adottando leggi comuni ma pure facendo a meno delle

⁴⁴ Per un rapido quadro si veda M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, III ed., p. 353 e segg.

⁴⁵ W. Gasparri, *Violazione delle regole formali tra invalidità degli atti e responsabilità risarcitoria*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 3, p. 801-802 ove poi si esamina anche la soluzione prevista dall'ordinamento inglese.

differenze che, quando pure siano glorioso retaggio delle tradizioni nazionali, rendono difficile l'idea europea». ⁴⁶

5. Una (timida) conclusione. Le considerazioni sino a qui esposte portano a concludere che, a differenza di quanto tradizionalmente affermato, quando il giudizio si conclude senza l'annullamento dell'atto illegittimo in applicazione dell'articolo 21 *octies*, comma 2, non deve aprioristicamente escludersi il risarcimento del danno, se richiesto.

Continuando a ragionare con gli schemi inaugurati da s.u. 500/1999, il giudice, investito della domanda, dovrà parametrare il risarcimento non al bene della vita finale cui aspira il privato ma a beni della vita diversi e identificabili in quei beni legati al corretto rapporto tra cittadino e amministrazione, così come oggi è un autonomo bene della vita la tempestività della risposta della pubblica amministrazione.

Potrebbe anche abbandonarsi la prospettiva fatta propria dalle sezioni unite e, aderendo alla proposta della dottrina (Castronovo⁴⁷), limitarsi ad accertare se dalla lesione dell'interesse legittimo – che non ha portato all'annullamento ma che connota la vicenda in termini di ingiustizia – sia *'semplicemente'* conseguito un danno ingiusto al privato. Si immagini il caso di chi, legittimo concessionario di un bene, non viene avvisato dell'avvio del procedimento volto alla revoca del titolo; in casi del genere, ad esempio, le spese fatte per incrementare la produttività del bene, e che il concessionario non avrebbe fatto se avesse saputo dell'intenzione dell'amministrazione di procedere alla revoca, potrebbero essere risarcite a prescindere dal fatto che l'atto non venga annullato.

⁴⁶ C. Castronovo, La nuova responsabilità civile, Giuffrè, 2006, p. 201.

⁴⁷ Richiamato al § 3.

Il danno⁴⁸ naturalmente dovrà essere subito e provato da chi si afferma danneggiato e, seguendo l'orientamento tradizionale, la relativa responsabilità sarà inquadrata nell'articolo 2043 c.c. anche se, a sommosso avviso dello scrivente, esistono diverse ragioni per tentare una ricostruzione in termini di responsabilità da contatto qualificato.⁴⁹ Rimanendo allora nello schema dell'articolo 2043 e della comparazione tra gli interessi del danneggiato e del danneggiante (così come richiesto dalle sezioni unite nel 1999⁵⁰), è chiara la necessità di dare tutela a chi è destinatario di un atto illegittimo pur non dimenticando che da tempo ormai si precisa che, in ossequio al principio di tolleranza e solidarietà, vanno esclusi i risarcimenti per pregiudizi che non si connotano per l'esistenza del requisito della serietà e gravità⁵¹. Ed invero le

⁴⁸ Comunque da parametrare all'interesse negativo, C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 229.

⁴⁹ Occorre infatti trasporre «in termini giuridici la dinamica relazionale tra cittadino e p.a.» (C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 221 che poi ricorda che Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157 “ha colto il fondamento di valore che io riconnettevo alla teorizzazione della natura contrattuale della responsabilità, quando ho affermato che «il modello della responsabilità aquiliana appare più congeniale al principio di autorità (mentre) si rivela insoddisfacente e inadatto a risolvere i problemi applicativi dopo Cass., sez. un. n. 500/1999 il modello finora utilizzato che fa capo all'art. 2043 c.c.”)

⁵⁰ Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500: “Quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex art. 2043 c.c.*, è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un “danno ingiusto”, ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza. Comparazione e valutazione che, è bene precisarlo, non sono rimesse alla discrezionalità del giudice, ma che vanno condotte alla stregua del diritto positivo, al fine di accertare se, e con quale consistenza ed intensità, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato, con disposizioni specifiche (così risolvendo in radice il conflitto, come avviene nel caso di interesse protetto nella forma del diritto soggettivo, soprattutto quando si tratta di diritti costituzionalmente garantiti o di diritti della personalità), ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili (diversi dalla tutela risarcitoria), manifestando così una esigenza di protezione (nel qual caso la composizione del conflitto con il contrapposto interesse è affidata alla decisione del giudice, che dovrà stabilire se si è verificata una rottura del “giusto” equilibrio intersoggettivo, e provvedere a ristabilirlo mediante il risarcimento)”, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 965, con nota di Carbone e Monateri; in *Giust. civ.*, 1999, 1, 2261, con nota di Morelli; in questa *Rivista*, 1999, 1067, con nota di Protto; in *Contratti*, 1999, 869, con nota di Moscarini; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 832, con nota di Torchia; in *Corr. giur.*, 1999, 11, 1367, con nota di Di Majo - Mariconda.

⁵¹ Cass., SS.UU., 11 novembre 2008 n. 26972: “La gravità dell'offesa costituisce requisito ulteriore per l'ammissione a risarcimento dei danni non patrimoniali alla persona conseguenti alla lesione di diritti costituzionali inviolabili. Il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio. La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza. Il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno attua il bilanciamento tra il principio di solidarietà verso la vittima, e quello di tolleranza, con la conseguenza che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto solo nel caso in cui sia superato il livello di tollerabilità ed il pregiudizio non sia futile. Pregiudizi connotati da inutilità ogni persona inserita nel complesso contesto sociale li deve accettare in virtù del dovere della tolleranza che la convivenza impone (art. 2 Cost.). Entrambi i requisiti devono essere accertati dal giudice secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico...”, in *Giur. it.*, 2009, 10, 2196, con nota di Angiuli; in *Danno e resp.*, 2009, 1, 19, con nota di Procida, Mirabelli, Di Lauro e Landini; in *Riv. dir. civ.*, 2009, 1, 2,

sezioni unite della Corte di cassazione hanno ipotizzato addirittura che i danni alla persona di valore bagatellare non devono essere risarciti senza per questo negare che esista la lesione di un bene personale⁵².

In ogni caso il ricorso agli ordinari principi scongiura la possibilità che l'amministrazione sia chiamata a pagare danni inesistenti o che il privato possa ottenere una somma superiore al pregiudizio effettivamente subito,⁵³ fermo restando che anche in questo caso vige la regola della non risarcibilità dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza.

Se la giurisprudenza dovesse accogliere questo nuovo orientamento, ad avviso di chi scrive, si colmerebbe una lacuna nell'ordinamento giuridico e si farebbe un passo in

97, con nota di Busnelli; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 2, 102, con nota di Bargelli - Di Marzio; in *Fam. dir.*, 2009, 2, 113, con nota di Facci.

⁵²Cass., SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 3727: "Occorre invero ricordare che al principio della necessaria offensività, comunque declinato, fa da pendant, nell'ordinamento privatistico, quello della irrisarcibilità del danno non patrimoniale di lieve entità: della ristorabilità cioè di siffatto tipo di pregiudizio a condizione che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita o alla felicità (cfr. Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. 25 marzo 2009, n. 7211; Cass. 9 febbraio 2010, n. 2847; Cass. 27 aprile 2011, n. 9422). Ed è significativo che tale affermazione - che costituisce il punto di chiusura del sistema - è stata espressamente ribadita con specifico riguardo alla diffamazione a mezzo stampa (Cass. 10 ottobre 2014, n. 21424), al danno da vacanza rovinata, anche nei profili particolarmente pregnanti elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (Cass. 14 luglio 2015, n. 14663), al danno da lesione del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali (Cass. 15 luglio 2014, n. 16133). È stato invero segnatamente evidenziato che il danno non patrimoniale qualsiasi danno non patrimoniale - giammai si sottrae alla verifica della gravità della lesione e della serietà del pregiudizio patito dall'istante, essendo consustanziale al principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, di tolleranza della lesione minima: il che vuol dire che non v'è diritto per cui non operi la regola del bilanciamento, in forza della quale, perché si abbia una lesione ingiustificabile e risarcibile dello stesso, non basta la mera violazione delle disposizioni che lo riconoscono, ma è necessaria una violazione che ne offenda in modo sensibile la portata effettiva. E tanto alla stregua di un accertamento di fatto che pertiene al giudice di merito e che è incensurabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivato. Tutto ciò vuol dire, ridotta all'osso la questione, che la valutazione della marginalità della riproduzione, quand'anche dovesse ritenersi preclusa in ragioni di ipotetiche rigidità della norma incriminatrice, rientrerebbe in ogni caso dalla finestra delle regole che, nel diritto civile, presidiano la materia del risarcimento del danno", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 7-8, 1012 con nota di Priscoli e in *Giur. it.*, 2016, 5, 1106, con nota di De Carolis.

⁵³ Nel risolvere un contrasto giurisprudenziale relativo alla possibilità che la persona resa gravemente invalida a seguito dell'altrui illecito, oltre a conseguire l'indennità di accompagnamento dovutale per legge, ottenga dal responsabile l'intero importo che le spetterebbe a titolo di risarcimento del danno, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato l'operatività del principio della *compensatio lucri cum danno* nella fattispecie in esame. In particolare, a sostegno della soluzione nel senso della detraibilità, la S.C. richiama il c.d. principio di indifferenza, in base al quale il risarcimento non deve impoverire il danneggiato, ma neppure arricchirlo, sicché non può creare in favore di quest'ultimo una situazione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se il fatto dannoso non fosse avvenuto, immettendo nel suo patrimonio un valore economico maggiore della differenza patrimoniale negativa indotta dall'illecito. Così Cass., s.u., 22 maggio 2018, n. 12567: «... il risarcimento deve coprire tutto il danno cagionato, ma non può oltrepassarlo, non potendo costituire fonte di arricchimento del danneggiato, il quale deve invece essere collocato nella stessa curva di indifferenza in cui si sarebbe trovato se non avesse subito l'illecito: come l'ammontare del risarcimento non può superare quello del danno effettivamente prodotto, così occorre tener conto degli eventuali effetti vantaggiosi che il fatto dannoso ha provocato a favore del danneggiato, calcolando le poste positive in diminuzione del risarcimento», in *Giur. It.*, 2018, 6, 1344, con nota di Gallo.

avanti nella migliore ricostruzione del rapporto tra amministrazione e destinatari dei provvedimenti.

Le conclusioni cui si è giunti non devono ‘scandalizzare’ perché fanno parte della naturale evoluzione del sistema. Cinquanta anni fa (e forse meno) era normale considerare non risarcibili le lesioni agli interessi legittimi e la regola è cambiata nel momento in cui si è compreso che la “sovranità ha perso i suoi caratteri di assolutezza e di supremazia”.⁵⁴ Oggi il potere pubblico trova la sua giustificazione “nel collegamento con il circuito democratico, nel rispetto delle regole di diritto, nella partecipazione degli interessati alle decisioni, nell’*accountability*, nel sindacato giurisdizionale”⁵⁵ e non si può “pretendere che, in ragione della sua posizione di supremazia, il potere pubblico non sia chiamato a compensare con il risarcimento i danni ingiusti che produce”.⁵⁶ «L’amministrazione è venuta gradualmente scendendo da un piedistallo di intangibilità e perciò di privilegio per diventare soggetto di un *diritto amministrativo sempre più paritario*».⁵⁷

I tempi sono maturi dunque per eliminare questa residua sacca di privilegio. Potrebbe anche auspicarsi, con la migliore dottrina (Clarich⁵⁸), l’introduzione di un sistema sanzionatorio simile a quello previsto dall’articolo 123 c.p.a. per le violazioni commesse nell’affidamento dei contratti di appalto.

⁵⁴ E. Morlino, La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Il Mulino, II ed., p. 170.

⁵⁵ Ancora E. Morlino, La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Il Mulino, II ed., p. 170.

⁵⁶ Ancora E. Morlino, La responsabilità della pubblica amministrazione nel diritto nazionale, comparato ed europeo, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, Il Mulino, II ed., p. 170.

⁵⁷ C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, 2006, p. 201.

⁵⁸ “De jure condendo, potrebbe essere valutata l’opportunità di introdurre una sanzione di tipo pecuniario a carico dell’amministrazione, analogamente a quanto già dispone il Codice del processo amministrativo in materia di contratti pubblici. In quest’ultimo ambito, il giudice amministrativo che accerta una violazione procedurale definita grave dal diritto europeo (per esempio, la mancata pubblicazione del bando di gara), non può disporre sempre ed automaticamente anche l’inefficacia del contratto. Quest’ultima evenienza gli è preclusa quando sussistono esigenze imperative connesse a un interesse generale che rendono preferibile mantenere in vita il contratto aggiudicato illegittimamente. Il giudice deve però irrogare alla stazione appaltante una sanzione pecuniaria (art. 123). Anche nel caso dei vizi formali non invalidanti, il giudice amministrativo potrebbe applicare un’analogha sanzione, in luogo dell’annullamento del provvedimento”, M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, p. 206.

Vincenzo Neri
Consigliere di Stato

Publicato il 13 settembre 2018