

Editoriale

LORENZO SALTARI, *Nelle autostrade si può fare a meno delle concessioni?*..... v

Saggi

ALESSANDRA SALVATO, *Il servizio universale bancario* 535

GIOVANNI MULAZZANI, *Le Università e il perseguimento della mission istituzionale alla luce dell'autonomia. Tra riforme legislative e interventi dell'Anac* 579

Articoli

MARCO DUGATO, *La Corte dei conti giudice dell'erario: la tutela degli interessi finanziari della collettività* 607

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Il demanio marittimo nel diritto comparato: alcune esperienze europee* 615

ANDREA PATRONI GRIFFI, *Principi costituzionali ed europei in tema di liberalizzazione del servizio tecnico nautico di rimorchio* 635

ALESSIA PALLADINO, *I servizi di trasporto pubblico non di linea all'esame dei nuovi paradigmi della mobilità urbana e della sharing economy* 651

CECILIA SERENI LUCARELLI, *L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, con particolare riferimento al termine di decadenza, in un'ottica di superamento delle categorie civilistiche* 685

Commenti

SALVATORE SORRENTINO, *La procedimentalizzazione della decisione di gestire i servizi pubblici locali mediante la società mista* 715

CARMEN IMBEMBO, <i>Il regime impugnatorio della lex specialis di gara: l'apparente contraddizione tra la specialità della disciplina legislativa sostanziale e processuale e il sistema giurisdizionale di diritto soggettivo</i>	745
NOTIZIE SUGLI AUTORI	785

TABLE OF CONTENTS
MUNUS 2/2018
ISSN 2240-4732
DOI 10.26321/MUNUS/2_2018

Editorial

LORENZO SALTARI, *Is it possible to do without concessions for highways?* v

Saggi

ALESSANDRA SALVATO, *The universal banking service* 535

GIOVANNI MULAZZANI, *Universities and the pursuit of the institutional mission in the light of autonomy. Between legislative reforms and the intervention of Anti-Corruption Agency* 579

Articoli

MARCO DUGATO, *Court of auditors as judge of the public exchequer: the protection of collective financial interests* 607

GIUSEPPE FRANCO FERRARI, *Maritime state property in comparative law: some European experiences* 615

ANDREA PATRONI GRIFFI, *Constitutional and European principles regarding the liberalization of the technical nautical towing service* 635

ALESSIA PALLADINO, *Non-scheduled public transport services in the light of the new paradigms of urban mobility* 651

CECILIA SERENI LUCARELLI, *The action for compensation of damage deriving from violation of legitimate interests, with particular reference to the term of limitation, with a view to overcoming civil law categories* 685

Commenti

Salvatore SORRENTINO, *The management of public services through joint public-private enterprises* 715

CARMEN IMBEMBO, *The legal qualification and the analysis of the protest regime of lex specialis in public procurement: the seeming contradiction between the specialty of the substantive and procedural legislation on public procurement and the judicial system of rights* 745

LIST OF CONTRIBUTORS 785

CECILIA SERENI LUCARELLI

L'AZIONE DI RISARCIMENTO DEL DANNO DA LESIONE
DEGLI INTERESSI LEGITTIMI, CON PARTICOLARE
RIFERIMENTO AL TERMINE DI DECADENZA, IN UN'OTTICA
DI SUPERAMENTO DELLE CATEGORIE CIVILISTICHE

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sentenza C. cost. n. 94/2017, come punto di partenza di un ragionamento induttivo. – 2. Il termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a.: decadenza o prescrizione? – 2.1. Il risarcimento del danno in caso di provvedimento illegittimo favorevole: risarcimento o indennizzo? – 2.2. L'azione di risarcimento alla luce del principio, anche comunitario, di effettività della tutela giurisdizionale. – 3. Il dubbio di un nuovo diritto finanziariamente condizionato.

1. Introduzione: la sentenza C. cost. n. 94/2017, come punto di partenza di un ragionamento induttivo

La Corte Costituzionale con la sentenza del 4 maggio 2017, n. 94 è tornata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 30 del codice del processo amministrativo (d'ora in poi c.p.a.) e, in particolare, sul comma 3, nella parte in cui prevede un termine di decadenza di centoventi giorni per l'azione di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

Nell'esaminare questa pronuncia due sono gli approcci possibili. Il primo è quello che si limita ad analizzare il caso, il contenuto della sentenza e la soluzione prescelta. Il secondo è quello che, pur prendendo le mosse dall'analisi della sentenza, la utilizza in un'ottica più ampia, oltre lo specifico caso concreto.

Si procederà seguendo questo secondo approccio, utilizzando cioè il metodo induttivo, che parte dal singolo caso particolare per giungere a un principio "generale", senza la pretesa che sia generale, con l'obiettivo che sia almeno oltre il singolo caso particolare.

Nel tentare di farlo, sono tuttavia necessarie alcune premesse.

La prima è di carattere metodologico. La pronuncia, infatti, riguarda il più ampio tema del risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi.

timi¹, ma si sofferma su un particolare aspetto, quello del termine di decadenza, che, fino ad ora, ha ricevuto una minore attenzione della dottrina e della giurisprudenza. Sono invece numerosi i contributi in materia di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo sulla giurisdizione, sulla quantificazione del danno risarcibile, sulla c.d. pregiudiziale amministrativa², ma quegli aspetti resteranno ai margini del ragionamento qui condotto.

¹ Per un quadro completo sul tema del risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi, si veda F. G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, 273 ss.; senza pretesa di esaustività, nel ripercorrere il percorso dottrinale sul tema *ex multis*, AA.VV., *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi*, (Napoli 27-28-29 ottobre 1963), Milano, Giuffrè, 1965; E. Capaccioli, *Interessi legittimi e risarcimento dei danni*, Milano, Giuffrè, 1963, 74, che, nello stesso anno in cui si è svolto il Convegno negava la risarcibilità dell'interesse legittimo sull'assunto che «il risarcimento del danno, quando possa trovar luogo, (...) chiama in gioco il profilo, in fatto e giuridicamente del tutto diverso, del diritto soggettivo»; al contrario F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 831 rilevava che «non si vede [...] perché non sia possibile provvedere al risarcimento della lesione dell'interesse sostanziale sottostante all'interesse legittimo»; AA.VV., *Atti della tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma 24 aprile 1982), Milano, Giuffrè, 2009; dopo il 1999 per la dottrina civilistica si vedano *ex multis* V. Carbone, *Commento*, in *Danno e resp.*, 1999, 10, 974; V. Roppo, *Il teatro della responsabilità civile per lesione di interessi legittimi: prologo*, ivi, 987; G. Alpa, *Il revirement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 907; per la dottrina pubblicistica *ex multis* R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, 3201; F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, ivi, 1999, 3212; A. Romano, *Sono risarcibili ma perché devono essere interessi legittimi?*, ivi, 3222; E. Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, ivi, 3226; L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832; G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1126.

² Si vedano *ex multis*, F.G. Scoca, *Piccola storia di un serrato dialogo tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Scritti in memoria di R. Marrama*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 1009; Id., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 994; Id., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di A. Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, II, 907; G. Greco, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., 1257; G. D. Comporti, *Il codice del processo amministrativo e la tutela risarcitoria: la lezione di un'occasione mancata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 535; L. Torchia, *La pregiudizialità amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 385 ss.; F. Cortese, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 511; E. Follieri, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 18.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

La seconda premessa è di carattere sistematico. Nell'analizzare la pronuncia della Corte costituzionale si tenterà di fornire una ricostruzione della norma alla luce dei principi civilistici in tema di risarcimento del danno, pur con la consapevolezza delle differenze tra diritto amministrativo e diritto civile in questa materia.

Il presupposto del diritto al risarcimento è sempre lo stesso, cioè il danno ingiusto, da intendersi quale lesione di un "interesse giuridicamente rilevante". Non dovrebbe pertanto rilevare il fatto che la parte sia un privato o una pubblica amministrazione, ma, come si tenterà di dimostrare, la responsabilità civile della pubblica amministrazione, nel porre a confronto situazioni giuridiche diverse, il potere e l'interesse legittimo, rende più difficile individuare l'ingiustizia del danno³.

Da un lato vi sono coloro che sono dell'avviso «che il codice civile serve male a giudici ed avvocati per le definizioni del diritto civile dello Stato, per le quali non è scritto»⁴, dall'altro ci sono coloro che ritengono che «la dottrina deve studiare l'amministrazione pubblica esaminando tutto con la logica del diritto privato»⁵. Già Miele nel 1965, al Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi, nell'introdurre il tema, affermava che «chi si propone di studiare il tema della risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi deve porre al centro della ricerca la nozione di illecito, e sarà ovviamente la nozione di illecito civile, tale essendo l'illecito per effetto del quale nasce a carico del responsabile l'obbligo del risarcimento del danno»⁶.

Se il diritto civile può costituire la base, è senz'altro preferibile cambiare la prospettiva di indagine delle regole che disciplinano la responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento illegittimo, sancendo l'autonomia degli istituti che reggono la materia⁷. Senza voler ridurre l'interesse legittimo a "rifrazione di un fantasma" quando si parla di risarci-

³ F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. amm.*, 2012, 531; A. Falzea, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 680.

⁴ G. Mantellini, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, 3, 385.

⁵ G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze, 1899, 2, 2.

⁶ G. Miele, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1963, 23.

⁷ La responsabilità civile dell'amministrazione si radica sempre più nel campo della specialità, così si esprimeva A. Travi, *Presentazione del tema del convegno*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi*, Atti del LIV Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 18-20 settembre 2008), Milano, Giuffrè, 2009, 40.

bilità⁸, come affermato da autorevole dottrina, il problema non dovrebbe porsi perché «il quadro civilistico della tutela risarcitoria non si esaurisce in un'unica figura, e se oggi sta raccogliendo sempre maggiore consenso la tesi della configurabilità di una responsabilità civile specifica dell'imprenditore, non si capisce perché non debba ammettersi una responsabilità specifica dell'Amministrazione»⁹.

Così precisato che di responsabilità dell'amministrazione si parla, con specifico riferimento al termine per far valere l'azione, vari sono gli aspetti di criticità, sollevati dalla pronuncia della Corte costituzionale.

Innanzitutto, il termine di decadenza incontra quello di prescrizione, quando si faccia valere, non la lesione dell'interesse legittimo, ma la lesione dell'affidamento del privato sul provvedimento. Accade tuttavia spesso che la stessa situazione possa essere vista come lesione dell'affidamento e, al contempo, come lesione dell'interesse legittimo, senza che sia individuato un criterio distintivo certo, con la conseguenza paradossale che, a seconda della situazione che si fa valere, si ha a disposizione un termine di prescrizione pluriennale o un brevissimo termine di decadenza. Il riferimento è, ad esempio, al caso dell'annullamento del provvedimento illegittimo favorevole, che ha interessato la dottrina e la giurisprudenza prevalenti in punto di giurisdizione¹⁰ e che, invece, qui si indagherà sotto il profilo diverso del termine per proporre l'azione.

⁸ L'espressione è di F. Ledda, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, 524; si veda anche Id., *Agonia e morte ingloriosa dell'interesse legittimo*, in *Il sistema della giustizia amministrativa dopo il decreto legislativo n. 80 del 1998 e la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500/99, Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma - Palazzo Spada 18 novembre 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, 266 dove l'Autore ha paragonato l'interesse legittimo al flogisto, sostanza chimica oggetto di impegnati dibattiti scientifici ma «che aveva un piccolissimo ma non certo lieve difetto, cioè quello di non esistere»; si veda anche A. Romano, *Sono risarcibili, ma perché devono essere interessi legittimi?*, cit.; D. Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002, 239, che aderisce alla tesi che rinuncia alla nozione dell'interesse legittimo nella ricostruzione sistematica della tutela risarcitoria dei danni subiti a causa di illegittimi comportamenti della pubblica amministrazione; nello stesso senso 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*, cit.

⁹ A. Travi, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2001, 7.

¹⁰ Il riferimento è alle ordinanze gemelle, Cass., sez. un., 23 marzo 2011, ord. 6594 e 6595, in *Foro it.*, 2011, 2387 nelle quali la Cassazione ha esaminato il problema dell'individuazione del giudice deputato a conoscere del risarcimento del danno lamentato dal proprietario di un fondo, destinatario di un provvedimento favorevole, poi annullato con conseguente lesione dell'affidamento ingenerato sulla legittimità di quel provvedimento e ha concluso nel senso che la giurisdizione su tale controversia è del g.o.; alle stesse conclusioni è giunta

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

In secondo luogo, la previsione di un termine di decadenza incide sulla tutela giurisdizionale, e, anche se non si vuole censurare la norma in punto di effettività, sicuramente deve dirsi che la tutela è temporalmente limitata.

La tutela, oltre che temporalmente, è poi quantitativamente limitata così che il dubbio che se ne origina è che si tratti di un indennizzo o al più di un risarcimento- indennizzo, per coloro che sostengono si tratti di tutele omogenee¹¹.

Pur nel silenzio della Corte, si tenterà di valutare la validità dei principi affermati per l'azione di risarcimento autonoma, con riferimento all'azione di risarcimento proposta contestualmente o dopo a quella di annullamento.

Infine, nel dichiarare non fondata la questione, la Consulta finisce per dedicare poche parole al problema della compatibilità dell'art. 30, c. 3, c.p.a. con il diritto comunitario. Il vero rischio di una norma così formulata, che continua a ricevere per motivi diversi l'avallo dei nostri giudici, è quello di una pronuncia di incompatibilità da parte dei giudici europei, notoriamente più rigidi della Corte costituzionale, quando in gioco ci sono il rispetto dei principi di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale.

Dopo avere esaminato con metodo induttivo le criticità in tema di termine di decadenza dell'azione di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, si anticipa sin da ora che il dubbio che la pronuncia della

Cass., sez. un., 23 marzo 2011, ord. n. 6596, in *Foro it.*, 2011, 2387 con riferimento alla diversa ipotesi di risarcimento del danno proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione in una gara per l'affidamento di un pubblico servizio, poi annullata perché illegittima, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole apparentemente legittimo; in dottrina A. Travi, *Nota alle tre ordinanze delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2011, 2398 che, nel criticare la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, afferma che «la circostanza che un provvedimento favorevole normalmente non arrechi di per sé un danno, è profilo che attiene alla tematica del danno, ma non pare corretto arguire che, ove manchi il danno, non si possa neppure configurare una lesione della situazione soggettiva di interesse legittimo. [...] l'utilità della figura dell'affidamento non deve andare a detrimento della possibilità di identificare un'ordinaria situazione di interesse legittimo».

¹¹ Secondo l'orientamento maggioritario il risarcimento è conseguenza di un'attività illecita e l'indennizzo di un'attività lecita che ha provocato un pregiudizio, con conseguente incompatibilità tra domanda risarcitoria e indennitaria nello stesso giudizio, in dottrina si v. A. Romano, *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, 782; in giurisprudenza Cass., 11 dicembre 1998, n. 12495, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2567; Cons. St., 11 luglio 2012, n. 4116, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2012, 1834; secondo altro orientamento si tratta di tutele omogenee che differiscono solo dal punto di vista quantitativo, in dottrina si v. D. Bonamore, *Equipollenza semantica e equipollenza giuridica di indennizzo, indennità, risarcimento quale corrispettivo nelle espropriazioni per fini pubblici*, in *Giust. civ.*, 1998, 3243; G. Manfredi, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2003.

Consulta pone deriva da quello che i giudici non dicono, piuttosto che da quello che i giudici dicono. La sentenza, infatti, si inserisce nel novero di quelle pronunce e di quegli interventi legislativi che, disattendendo in parte le categorie civilistiche e processual-civilistiche, tentano di frenare l'entusiasmo iniziale del definitivo superamento del dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo. Nel farlo, sono spinte da un'esigenza superiore e altrettanto giustificabile che è quella di proteggere, fino a quando possibile, le finanze dello Stato. La Corte costituzionale si perita di dirlo, ma, nel farlo, sembra coprirsi della veste che di recente più le si addice, quella di giudice degli equilibri, più che di giudice della legittimità¹², offuscando l'affermazione e le conseguenze che quell'affermazione può portare con una pronuncia di non fondatezza della questione.

Se forse appare ingiusto concludere con l'affermazione che "tutto deve cambiare perché tutto resti come prima", resta il dubbio che tante delle criticità sollevate forse potrebbero meglio risolversi affermando che il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo non è un diritto assoluto, ma un diritto finanziariamente condizionato.

2. Il termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a.: decadenza o prescrizione?

Nell'affrontare la questione del termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a., come detto, si preferirà una lettura sistematica della norma.

L'art. 30 è il frutto di un'evoluzione giurisprudenziale e legislativa, al contempo nel diritto civile e nel diritto amministrativo. Le ragioni ostative al risarcimento degli interessi legittimi, come noto, erano infatti due, di cui una propria del diritto civile, l'altra del diritto amministrativo. Da un lato, l'art. 2043 cod. civ. consentiva il solo risarcimento dei diritti assoluti e si escludeva la risarcibilità delle situazioni giuridiche diverse, quali l'interesse legittimo, sul presupposto che mancasse l'ingiustizia del danno; dall'altro lato, anche a voler ritenere che si producesse un danno ingiusto, si sosteneva che nel processo amministrativo non c'era un giudice competente, perché né il giudice ordinario, che era giudice dei diritti, né il giudice amministrativo, che aveva solo poteri di annullamento, potevano risolvere la controversia.

Il superamento di quel "muro di sbarramento", rappresentato dalla

¹² S. Cassese, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 3, 605.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

“pietrificata” irrisarcibilità degli interessi legittimi¹³, che ha trovato nella sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 1999¹⁴ il suo epilogo, va di pari passo con l'evoluzione di quei rami dell'ordinamento.

Per un verso, la giurisprudenza civilistica ha ampliato l'area della risarcibilità a situazioni giuridiche diverse e l'unico presupposto necessario, ai fini del risarcimento, è divenuto l'ingiustizia del danno, a prescindere dal tipo di condotta dannosa¹⁵; per altro verso, a partire dal d.lgs. 80/1998, il giudice amministrativo è divenuto giudice, non più dell'annullamento del provvedimento illegittimo, ma dell'interesse legittimo, quale interesse sostanziale al conseguimento di un bene della vita, dotato di tutti i poteri e di tutte le tecniche per tutelarlo, compresa quella del risarcimento¹⁶.

Presupposto, più o meno condivisibile in termini assoluti, è poi riconoscere la natura extracontrattuale della responsabilità dell'amministrazione¹⁷. Tanto si evince dalla lettura dell'art. 30 c.p.a., che richiama la clausola

¹³ L'immagine è di M. Nigro, *Introduzione, Atti della tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma 24 aprile 1982), in *Foro amm.*, 1982, 1671.

¹⁴ Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro amm.*, 2000, 349; sentenza definita da molti dei commenti svolti in dottrina come un vero e proprio *grand arrêt*; si veda G. Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 1999, 1127; S. Cassese, *Verso la piena giurisdizione del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1221; A. Orsi Battaglini, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 487; F. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13.

¹⁵ A partire dalla nota sentenza Meroni, Cass. 26 gennaio 1971, n. 174, in *Resp. civ. prev.*, 1971, 67, l'area dell'ingiustizia del danno viene ampliata a situazioni diverse dai diritti assoluti, fino a ricomprendere oltre ai diritti relativi, anche la lesione di situazioni di mero fatto. Nel caso di specie la società Torino calcio chiedeva e otteneva il risarcimento dei danni conseguenti al sinistro nel quale era stato travolto da un'auto e ucciso il suo giocatore, in quanto il fatto aveva reso definitivamente impossibile l'esecuzione della prestazione, costituita dalle prestazioni calcistiche.

¹⁶ L'art. 35, c. 1, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 statuisce che: «Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto».

¹⁷ Prima dell'entrata in vigore del codice, accanto all'orientamento prevalente che qualificava la responsabilità risarcitoria dell'Amministrazione in termini aquiliani, vi era una tesi che riconduceva tale forma di responsabilità a quella contrattuale, da contatto sociale qualificato, si v. C. Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1997, 177, secondo cui la responsabilità della P.A. rientra in quell'«area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e contrattuale, nella quale confluiscono una serie di ipotesi di danno connotate da profili che le accostano ora all'una ora all'altra senza riuscire a rendere persuasivo e soddisfacente l'inquadramento che se ne voglia fare nella prima o nella seconda»; altra tesi inquadrava la responsabilità dell'Am-

aquiliana del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, dalla necessità della sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, nonché dal richiamo al risarcimento in forma specifica.

L'art. 30 c.p.a., nel sancire definitivamente la risarcibilità del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria, prevede che la relativa domanda deve essere proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni, decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo, e, nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento, nel corso del giudizio o, comunque, entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Metaforicamente parlando, è come se il legislatore, avesse posto una «rete di contenimento», atta «a prendere il posto del muro pietrificato»¹⁸, per dare una risposta a quelle preoccupazioni di ordine pratico avanzate dopo il 1999 di un aggravamento non prevedibile della responsabilità della pubblica amministrazione, di un'apertura «potenzialmente pericolosa per l'erario»¹⁹.

ministrato nell'ambito dell'art. 1337 c.c.; altra tesi, infine, sosteneva la natura speciale della responsabilità della pubblica amministrazione, si v. D.Vaiano, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002; per una discussione critica delle varie impostazioni si v. 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, 683; G. Falcon, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi*, cit., 128.

¹⁸ F.D. Busnelli, *Lesione di interessi legittimi: dal «muro di sbarramento» alla «rete di contenimento»*, in *Danno e resp.*, 1997, 272.

¹⁹ M. Clarich, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121; S. Tassone, *Ancora sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Giur. it.*, 1992, 303 che prima che intervenissero le Sezioni Unite riteneva «auspicabile che [...] la Cassazione possa in futuro servirsi di tali principi per dedurre la risarcibilità dell'interesse legittimo», rilevando che la non è la situazione giuridica interesse legittimo che, in sé stessa spinge il legislatore a negare la risarcibilità, ma il fatto che la lite è con la Pubblica Amministrazione; nello stesso senso G. Greco, *Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione nell'urbanistica (con particolare riferimento alla lesione di interessi legittimi dinamici)*, in *Dir. e soc.*, 1983, 536 secondo cui l'atteggiamento della giurisprudenza discende da «considerazioni metagiuridiche, come quella della preoccupazione di non gravare troppo sulle casse degli enti pubblici»; A.M. Sandulli, *Atti della tavola rotonda su «La responsabilità per lesione di interessi legittimi»* (Roma 24 aprile 1982), cit., 1692 afferma che, stante l'innegabile carenza della finanza pubblica, bisognerebbe procedere, nel valutare l'ammissibilità o meno della proponibilità dell'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi, ad un contemperamento fra l'interesse pubblico e gli interessi dei governati che hanno a che fare con l'Amministrazione; G. Miele, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della pubblica amministrazione*, cit., pur ritenendo che «la tesi, secondo

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

La formulazione della norma è stata descritta come il frutto di una soluzione di «scialbo compromesso»²⁰ tra le tesi della Cassazione e i timori del Consiglio di Stato.

Il termine di decadenza e l'onere sostanziale di proporre l'azione di annullamento prima di quella di risarcimento limitano di fatto il diritto d'azione del danneggiato, diversamente da quanto accade per l'azione di risarcimento nel diritto civile, in cui, a seconda della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità, è previsto un termine di prescrizione, non di decadenza, rispettivamente di dieci e cinque anni.

Il termine di decadenza non ha avuto da subito vita facile.

Già preannunciata quale «*Verwirkung* amministrativa, tutta italiana»²¹, entrato in vigore il codice, la scelta legislativa è stata ritenuta innanzitutto contraddittoria, laddove combina concetti giuridici, il diritto al risarcimento del danno e il termine di decadenza, tra loro solitamente estranei²².

La relazione del Governo al Codice del processo amministrativo sul punto osserva che tale previsione potenzia la tutela del privato e, nello stesso tempo, offre una garanzia adeguata all'esigenza di certezza nei rapporti di diritto pubblico, sul presupposto che «la previsione di termini decadenziali non è estranea alla tutela risarcitoria, vieppiù a fronte di evidenti esigenze di stabilizzazione delle vicende che coinvolgono la pubblica amministrazione».

In secondo luogo, la previsione di un termine di decadenza è stata criticata da chi ha ritenuto che realizzerebbe un'ingiustificata compromissione del diritto di difesa, in assenza di un reale interesse antagonista²³.

cui risarcibile è soltanto il danno derivante dalla lesione di diritto soggettivo, sia non solo indimostrata e indimostrabile, ma anche smentita in linea di fatto», ritiene che al fondo di quell'orientamento vi sono «spiegabili preoccupazioni di ordine pratico, quali l'aggravamento, non prevedibile nella sua misura, della responsabilità della pubblica amministrazione»; E. Guicciardi, *Risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 218 si immagina un itinerario che «costeggia un pregiudizio».

²⁰ L'espressione è di F.G. Scoca, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it; sulla questione si v. anche G.A. Primerano, *L'autonomia disincentivata dell'azione risarcitoria nel codice del processo: una conferma del difficile equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Foro amm.* – C.d.S., 2012, 2566; S. Raimondi, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 923; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ Cass., sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, in *Foro it.*, 2007, 3181.

²² G. Poli, *Il risarcimento del danno ingiusto nella logica del codice del processo amministrativo: brevi osservazioni di costituzionalità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 441.

²³ R. Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2016, II, 1495.

In sede di redazione della bozza del secondo correttivo, il Consiglio di Stato aveva posto in evidenza il tema della modificazione della disciplina della decadenza con la previsione di una sostituzione del termine di centoventi giorni con quello più lungo di un anno, rilevando che lo stesso non avrebbe potuto essere protratto, neppure in caso di pendenza di un'azione caducatoria. In sede di approvazione definitiva del decreto correttivo, il Legislatore ha però disatteso le indicazioni.

Il primo intervento giurisprudenziale critico è quello del Tar Sicilia, che, con ordinanza del 7 settembre 2011, n. 1628, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 5, c.p.a., per violazione degli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. «nella parte in cui prevede un termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giudicato di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo»²⁴, questione dichiarata inammissibile²⁵.

La questione è stata riproposta dal Tar Piemonte, che, con sentenza del 17 dicembre 2015, n. 1747, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 3, c.p.a., per violazione degli artt. 3; 24, c. 1 e 2; 111, c. 1; 113, c. 1 e 2; 117, c.a 1, Cost., in relazione all'art. 47 Carta di Nizza e agli artt. 6 e 13 Cedu, nella parte in cui stabilisce che «la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo»²⁶.

Prima di analizzare la risposta della Corte costituzionale, che ha dichiarato non fondata la questione, è bene premettere alcune considerazioni sugli istituti della decadenza e della prescrizione, utili nell'ottica di dare una lettura sistematica dell'art. 30 c.p.a., ai fini che l'indagine si propone.

La scelta di un termine di decadenza, piuttosto che di prescrizione, com'è nel diritto civile, è stata infatti discussa e meditata dal legislatore, tanto che non sembra potersi dire che sia il frutto di una mera svista²⁷. Tale scelta si scontra tuttavia con la difficoltà di individuare criteri certi che possano presiedere alla suddetta distinzione. Non essendo questo la sede per ricostruire analiticamente il dibattito, si richiamano sinteticamente i due principali criteri proposti nei vari studi sul tema: quello teleologico e quello dogmatico.

²⁴ Tar Sicilia, Palermo, 7 settembre 2011, n. 1628, in *Foro amm. – Tar*, 2011, 2879.

²⁵ C. cost. 12 dicembre 2012, n. 280.

²⁶ Tar Piemonte, Torino, 17 dicembre 2015, n. 1747, in *Foro amm.*, 2015, 3121.

²⁷ P. Del Vecchio, *Art. 30*, in G. Leone, L. Maruotti, C. Saltelli, *Codice del processo amministrativo. D.lvo 2 luglio 2010, n. 104. Commentato e annotato con giurisprudenza*, Padova, Cedam, 2010, 269, che parla di «trasformazione surrettizia di un termine ontologicamente prescrizione [...] in un termine di decadenza».

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

Dal punto di vista teleologico, prescrizione e decadenza svolgono la stessa funzione, che è quella di assicurare la certezza dei rapporti giuridici.

I maestri del diritto civile precisano che la prescrizione dipende dal fatto soggettivo dell'inerzia del soggetto attivo del rapporto, cioè pone fine a uno stato di incertezza, generato dal mancato esercizio del diritto per un certo tempo. L'esigenza di certezza va cioè intesa, con riferimento alla prescrizione, come opportunità che la situazione di diritto venga adeguata alla situazione di fatto, poiché, se un diritto non è fatto valere per un certo tempo da chi potrebbe farlo valere, si perde²⁸. L'ordinamento presume che, decorso un certo lasso di tempo, il titolare del diritto non vi abbia più interesse e si forma nella generalità dei consociati la convinzione che il diritto non esista o sia stato abbandonato.

La decadenza, invece, si spiega in virtù del fatto che l'esercizio di un diritto deve essere limitato nel tempo, perché il sollecito esercizio di quel diritto è conveniente a un interesse superiore o individuale e, se non è esercitato, quando doveva essere esercitato, non lo si ha più, indipendentemente dalle ragioni soggettive che abbiano determinato l'inutile decorso del termine. In definitiva, la decadenza implica un onere per il soggetto di esercitare il suo diritto entro un tempo fissato dalla legge, quindi è solo genericamente, e comunque solo in via preventiva, collegata all'esigenza di certezza del diritto²⁹.

Nel tentativo di non ridurre ai minimi termini la portata della distinzione, è stato proposto in dottrina un diverso criterio, quello dogmatico, secondo cui prescrizione e decadenza si differenzerebbero perché la prima incide su diritti soggettivi, attribuiti a coloro che hanno il potere di realizzarli, mentre la seconda su poteri giuridici³⁰.

²⁸ Come sottolineato da G. Azzariti e G. Scarpello, *Della prescrizione e della decadenza*, in A. Scialoja e G. Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1961, 541 identico è il fenomeno che caratterizza tanto la prescrizione estintiva quanto quella acquisitiva, cioè il fatto «per cui il decorso del tempo, concorrendo determinati fattori, consolida definitivamente, tanto nell'una quanto nell'altra prescrizione, uno stato di fatto».

²⁹ F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1964, 121.

³⁰ S. Romano, voci *Decadenza e Poteri, potestà*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, risp. 46 e 172, secondo cui «la prescrizione determina l'estinzione di un diritto, la decadenza, non l'estinzione di un potere, ma l'impossibilità di esercitarlo in un singolo caso, nonostante che il potere medesimo rimanga in vita per tutti gli altri casi in cui ricorre. La ragione di tale differenza è evidente. La prescrizione colpisce non tutti i diritti, ma soltanto quelli di cui si può disporre. I poteri o le potestà [...] sono indisponibili, perché inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili e quindi imprescrittibili [...] il loro soggetto potrà non esercitarli, ma questo non esercizio, per quanto prolungato, non varrà ad estinguerli. Quando per il loro esercizio in questo o quel caso è prescritto un termine perentorio, la decorrenza di tale termine importa la decadenza, non già dal potere, ma dalla possibilità di esercitarlo li-

La dottrina civilistica più recente, alla luce della difficoltà di individuare un criterio discrezionale certo, tende oggi ad avvicinare i due istituti, ravvisando una sostanziale omogeneità tra la prescrizione e la decadenza e concludendo nel senso che la decadenza, più della prescrizione, assicura la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, alla luce del maggior rigore che informa la sua disciplina che è caratterizzata da termini brevi, di cui non è ammessa l'interruzione, né la sospensione, tranne che in casi eccezionali³¹.

Nel caso dell'azione prevista dall'art. 30, c. 3, c.p.a., il titolare è chiamato a chiedere il risarcimento del danno entro centoventi giorni. Un termine di decadenza, di sessanta giorni, è previsto anche per impugnare il provvedimento amministrativo. In quest'ultimo caso, però, il termine di decadenza si ricollega all'efficacia dell'atto lesivo, nel senso che la sua decorrenza estingue il potere di impugnare e, al contempo, produce il consolidarsi degli effetti dell'atto, ancorché illegittimo³². Il termine, detto altrimenti, è posto a garanzia dell'incontestabilità degli effetti dell'atto e quindi della certezza dei rapporti giuridici.

Nell'azione risarcitoria, invece, non si pone un problema di efficacia, ma di legittimità dell'atto, tanto che l'azione può essere proposta in via autonoma e il suo accoglimento non impedisce all'atto non impugnato, fonte del danno, di continuare a produrre i suoi effetti.

Quel termine decadenziale, che non si ricollega all'efficacia dell'atto lesivo, si potrebbe comunque giustificare, conformemente a quanto detto sopra, in ragione dell'esigenza superiore che l'amministrazione non rimanga nella perdurante incertezza di dover risarcire determinati danni collegati a provvedimenti non impugnati.

Ora, sebbene questa esigenza potrebbe trovare giustificazione nel caso in cui l'azione sia proposta in via autonoma³³, più difficile appare la ricostruzione in chiave civilistica dell'azione, così come disciplinata dal c. 5.

mitatamente al caso»; pensiero poi sviluppato da A. Romano, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 190; e più recentemente da R. Caponi, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, 721; Id., *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 45, svolge un'analisi della disciplina della prescrizione separata da quella della decadenza in quanto «la prima opera sul diritto soggettivo, mentre la seconda opera sui poteri giuridici».

³¹ B. Grasso, *Sulla distinzione tra prescrizione e decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, 886.

³² A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 89; A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 3 secondo cui «per il risarcimento dei danni non è in discussione l'efficacia dell'atto lesivo, è in discussione invece la sua legittimità».

³³ Sono contrari alla previsione di un termine di decadenza per l'azione di risarcimento danni da lesione di interesse legittimo F. Merusi, *In viaggio con Laband...*, in *Giorn. dir. amm.*,

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

Al di là dell'adesione o meno al più recente orientamento civilistico, l'importanza del problema del termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a. viene spesso sminuita, affermando che termini decadenziali sono previsti anche per azioni risarcitorie connesse alla lesione di diritti soggettivi³⁴. Per esempio un termine decadenziale è previsto per il risarcimento del danno conseguente all'invalidità delle delibere assembleari dall'art. 2379-ter c.c., nonché, in materia di licenziamento, dall'art. 6, l. n. 604 del 1996, per il danno rappresentato dalla mancata percezione degli emolumenti spettanti al lavoratore.

Termini decadenziali sono poi previsti in materia previdenziale e su questa particolare materia si tornerà, nel tentativo di evidenziare come il termine di decadenza possa rispondere a esigenze di ordine pubblico³⁵.

2.1. Il risarcimento del danno in caso di provvedimento illegittimo favorevole: risarcimento o indennizzo?

Chiarito l'ambito di indagine, è possibile analizzare sinteticamente il contenuto della sentenza n. 94/2017, con l'obiettivo, come detto, di trarne considerazioni generali.

La Corte costituzionale ha ritenuto infondate le censure di costituzionalità sollevate. A suo avviso, infatti, il legislatore, lungi dal dovere trattare allo stesso modo il risarcimento del danno derivante da lesione di diritti soggettivi e il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, «gode di ampia discrezionalità nella disciplina degli istituti processuali, e quindi anche nella scelta di un termine decadenziale o prescrizione a seconda delle peculiari esigenze del procedimento», senza per ciò solo incorrere nella previsione incostituzionale di un trattamento di favore per la pubblica amministrazione.

Il vero problema che pone la previsione di un termine decadenziale, tuttavia, riguarda l'effettività della tutela giurisdizionale; problema, questo, che la Corte risolve affermando che «ritenuta legittima, per le ragioni sopra

2010, 658; C.E. Gallo, *Il codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. app.*, 2010, 1013; A. Marra, *op. cit.*, 147.

³⁴ A. Marra, *cit.*, secondo cui il fatto che in altri settori dell'ordinamento esistano azioni assoggettate a termini di decadenza «non prova nulla se non che il termine decadenziale rappresenta uno strumento utilizzato dal legislatore ogniqualvolta si intenda porre rapidamente al riparo da possibili contestazioni l'interesse di una delle parti del rapporto la cui posizione è ritenuta socialmente prevalente».

³⁵ M.G. Fiorentino, *Funzione e regime della decadenza previdenziale. La decadenza dal diritto alla prestazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 263.

evidenziate, la scelta legislativa della decadenza, piuttosto che della prescrizione, la brevità della prima non può desumersi da una comparazione con i termini che generalmente caratterizzano la seconda», quasi a voler dire che la norma è formulata così e non potrebbe essere diversamente. Non specifica però in quali termini la decadenza di centoventi giorni possa ritenersi idonea a rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto.

La pronuncia, al di là del contenuto della decisione, diventa terreno per considerazioni di carattere più ampio.

Anche a voler superare la distinzione tra prescrizione e decadenza, essa resta attuale e non se ne può prescindere in casi, come quello oggetto della pronuncia della Corte, in cui il cittadino sia destinatario di un provvedimento a sé favorevole, poi annullato, in quanto illegittimo.

Il fatto non è irrilevante nella lettura che qui si propone. Una società di costruzioni aveva ottenuto da un Comune quattro permessi di costruire e iniziato a costruire. A lavori avviati, i permessi erano stati dichiarati illegittimi, in quanto privi del nulla osta richiesto dalla legge (art. 20, d.P.R. n. 380 del 2001), e i lavori erano stati interrotti. La società aveva quindi agito nei confronti del Comune chiedendo il risarcimento dei danni subiti.

Di fronte all'annullamento del provvedimento illegittimo favorevole, è controversa la situazione giuridica soggettiva lesa. Rileva il fatto che il provvedimento sia favorevole e, al contempo, illegittimo. Il privato potrebbe far valere la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità del provvedimento a sé favorevole, o, come accaduto nel caso che qui si esamina, chiedere il risarcimento dei danni derivanti dall'accertata illegittimità dell'atto. Si tratta di scelte entrambe giuste in astratto, sostenute da autorevole dottrina e giurisprudenza.

Il paradosso di questa duplice scelta è però dato dalle conseguenze che ne derivano.

Nel primo caso, come pacificamente sostenuto in giurisprudenza, a partire dalle ordinanze delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 2011³⁶, il giudice dotato di giurisdizione, fuori dai casi di giurisdizione esclusiva, è quello ordinario, trattandosi di diritto soggettivo³⁷.

Nel secondo caso, l'azione va promossa davanti al giudice amministrativo. La conseguenza è che, a seconda del giudice adito, ma soprattutto a seconda della posizione che decide di far valere, il privato ha a disposizione

³⁶ Cass., sez. un., ordd. 23 marzo 2011, n. 6594, 6595, 6596, cit.; Cass., sez. un. 3 maggio 2013, n. 10305, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 1838; Cass., sez. un., 22 gennaio 2015, n. 1162, in *Riv. giur. edilizia.*, 2015, 201; Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 547; Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19171, in *Ridare.it*.

³⁷ Come noto, la distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo rileva anche nelle materie di giurisdizione esclusiva.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

un termine di decadenza di centoventi giorni o un termine di prescrizione di cinque anni (o addirittura di dieci anni, ove si inquadri quella responsabilità nella categoria della responsabilità precontrattuale, secondo la giurisprudenza più recente di natura contrattuale)³⁸, può ottenere il risarcimento dell'intero danno o il risarcimento dei soli danni che non si sarebbero potuti evitare utilizzando l'ordinario diligenza³⁹.

Non interessa, ai fini della presente trattazione, il dibattito tradizionale che si concentra sulla questione della giurisdizione⁴⁰, ma rileva, piuttosto l'individuazione del fatto, fonte del danno ingiusto. L'art. 30, c. 3, infatti, fa decorrere il termine di decadenza dal giorno in cui il fatto si è verificato.

Le strade in astratto percorribili sono tre. Può dirsi che il fatto causativo del danno è l'adozione del provvedimento favorevole illegittimo; può dirsi che il fatto coincide con la sospensione dei lavori (conseguente all'annullamento del provvedimento favorevole); può infine avanzarsi la tesi secondo cui il fatto consiste e il termine decorre dal giorno in cui i lavori avrebbero potuto esseri ripresi⁴¹.

La prima ricostruzione pare difficilmente sostenibile, perché, se il provvedimento è favorevole, non può dirsi sussistente alcuna lesione attuale e concreta dell'interesse legittimo, che giustifichi il ricorso. L'interesse leso non è, invero, l'interesse all'adozione di un provvedimento legittimo, alla legittimità dell'azione amministrativa, ma l'interesse all'ottenimento di un provvedimento favorevole «in vista, (ma solo in vista) della conservazione o dell'acquisto di un bene della vita»⁴².

Se si ragiona in termini di danno ingiusto, quale unico presupposto del risarcimento, dovrebbe dirsi che il danno qui deriva più che dal provvedimento, che è favorevole, dal fatto in sé dell'annullamento giurisdizionale o d'ufficio del provvedimento illegittimo, cui segue la sospensione dei suoi

³⁸ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro amm.*, 2016, 2100.

³⁹ S. Foà, *Termine decadenziale e azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi. Dubbi di legittimità costituzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 589.

⁴⁰ *Ex multis*, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *www.federalismi.it*, 2011, 7.

⁴¹ Questa è la tesi sostenuta da F.G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, in *Giur. cost.*, 2017, 980, secondo cui: «Il danno, essendo la conseguenza dell'impossibilità di costruire, si determina in relazione all'intero periodo di forzata sospensione dei lavori: in questo trova la sua causa; pertanto solo a conclusione di questo periodo si completa il fatto che consente di far decorrere il termine per chiederne il risarcimento. [...] Per cui il fatto illecito è, insieme, la illegittimità dei permessi e il successivo ritardo nella eliminazione di tale illegittimità. Tale "fatto" si esaurisce solo al momento in cui i lavori possono riprendere. Si tratta di illecito permanente».

⁴² F.G. Scoca, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., 313.

effetti. Guicciardi, pur sostenitore della tesi negativa, nella sua relazione al Convegno di Napoli del 1963, sull'ammissibilità del risarcimento del danno, anticipando il dibattito successivo, affermava che il problema della risarcibilità degli interessi legittimi «riguarda non già atti amministrativi illegittimi, ma atti amministrativi che per la loro illegittimità sono stati annullati»⁴³.

Si vuole dire cioè che, fino a quando non intervenga il provvedimento giurisdizionale o in autotutela che disponga la rimozione del provvedimento, l'illegittimità è del tutto irrilevante dal punto di vista dell'interesse pretensivo del privato. Quell'interesse, infatti, «non si può identificare nella postulazione a che si provveda legittimamente dall'Amministrazione, ma si deve identificare nella richiesta che si provveda dando positiva soddisfazione a quell'interesse»⁴⁴ e, se il provvedimento è illegittimo, è comunque soddisfatto, anche se attraverso un modo di provvedere non legittimo, con la conseguenza che non si può configurare alcun danno ingiusto, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.

Secondo questa ricostruzione, il privato, ottenuta la soddisfazione del suo interesse pretensivo, vanterebbe un interesse oppositivo al provvedimento giurisdizionale o di autotutela, interesse che non può essere soddisfatto se l'agire dell'amministrazione, che elimina il provvedimento favorevole, è lecito. Ma, così ragionando, non si potrebbe ravvisare nessuna ingiustizia, tale da fondare il risarcimento del danno.

O si accoglie la tesi della Cassazione, secondo cui in questi casi è lesa l'affidamento incolpevole del privato, ovvero occorre individuare la lesione nel cattivo uso del potere. Si potrebbe dire che questa lesione si concretizza al momento dell'adozione del provvedimento favorevole, ma si attualizza successivamente, quando quel provvedimento è eliminato.

Vengono in mente le parole di Romano che, subito dopo la svolta della Cassazione del 1999, continuava a predicare l'irrisarcibilità degli interessi legittimi, sull'assunto che poiché l'interesse legittimo è correlato ad un potere dell'amministrazione «può essere lesa solo da quel provvedimento che di questo potere costituisca esercizio ed espressione (...) non da comportamenti di fatto, i quali possono ledere solo posizioni di diritto soggettivo» e che il problema della risarcibilità degli interessi legittimi era un falso problema perché l'ordinamento «tende ora a proteggere come diritti soggettivi quegli interessi privati cui prima tendeva a dare la sola rilevanza di interessi

⁴³ E. Guicciardi, *Risarcibilità degli interessi legittimi? Tentativo di impostazione del problema ... da parte di un suo negatore*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, cit., 217.

⁴⁴ Il riferimento è a Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, cit.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

legittimi»⁴⁵. Seppure da quelle parole la giurisprudenza di strada ne abbia fatta, e, anche solo di fronte a un comportamento collegato all'esercizio di un potere, è pacifico che vi possa essere un interesse legittimo, in questo caso sembrerebbero potersi riutilizzare quelle parole e dire che quello della risarcibilità costituisce uno «sfalsamento di prospettiva».

L'annullamento costituisce un fatto lecito dell'amministrazione, a fronte del quale, in conformità ad altre ipotesi in cui l'ordinamento autorizza il fatto, ma non il danno⁴⁶, invece che cercare di adattare gli schemi del risarcimento civilistico al diritto amministrativo, la strada in astratto percorribile potrebbe essere un'altra.

Non si è mai dubitato, infatti, che l'amministrazione possa essere chiamata a rispondere dei danni prodotti legittimamente⁴⁷.

In tal caso, però, il ristoro non è rappresentato da un vero e proprio risarcimento, ma da un indennizzo. Fino a poco tempo fa, la distinzione tra indennizzo e risarcimento era appannata dalla tendenziale omogeneità funzionale dei due istituti, che si diceva perseguono la medesima finalità riparatoria o rimediabile, con la conseguenza, non infrequente, di assimilare figure indennitarie a forme di risarcimento (soprattutto nelle ipotesi di responsabilità oggettiva) e di commisurare il risarcimento con misure analoghe a quelle indennitarie⁴⁸. Tale distinzione, tra risarcimento e indennizzo, torna ad essere attuale oggi, a fronte delle recenti affermazioni della Cassazione sulla "natura polifunzionale" del risarcimento del danno, che si proietta verso più aree, tra cui, oltre a quella riparatoria, quella sanzionatoria-punitiva⁴⁹. Pertanto, alla

⁴⁵ A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1.

⁴⁶ Il riferimento è nel diritto civile agli artt. 843 c.c., 1661 c.c., 2222 c.c., e nel diritto amministrativo all' art. 21-*quinquies* l. 241/90.

⁴⁷ Sul tema dei danni prodotti da attività lecita della pubblica amministrazione si veda *ex multis*, A. M. Sandulli, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della Pubblica Amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, 938; R. Alessi, voce *Responsabilità da atti legittimi*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1968, 626 ss.; R. Caranta, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, 1352; R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, Cedam, 1999; G. Manfredi, cit.; P. Troiano, *La c.d. responsabilità della p.a. per atti leciti*, in *Aa.Vv.*, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, Giappichelli, 2004, 177 ss.; G. Corso, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesioni di interessi legittimi. Atti del LIV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., 187; G. Corso e G. Fares, *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2009, 125; E. Scotti, *Liceità legittimità e responsabilità dell'amministrazione*, Napoli, Jovene, 2012.

⁴⁸ G. Manfredi, cit., 120.

⁴⁹ Cass., sez. un. 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, 9, 2613.

luce del *revirement* giurisprudenziale, quando il risarcimento ha una funzione sanzionatoria non ci sono dubbi che sia un risarcimento, viceversa, quando ha una funzione riparatoria- compensatoria, il termine “risarcimento” potrebbe ricomprendere, se inteso in senso lato, anche l’indennizzo.

Tale soluzione del risarcimento- indennizzo potrebbe spiegare il termine di decadenza e la limitazione del *quantum* risarcitorio, in linea con quanto affermato dalla Corte Costituzionale e con quanto previsto dal codice.

La decadenza si giustificerebbe perché l’insorgere del danno deriva da un fatto del terzo. Il provvedimento infatti è *prima facie* favorevole per il privato, che non ha alcun interesse né sostanziale né processuale a impugnarlo. E, poiché non si perdono per prescrizione quei diritti la cui appartenenza al soggetto non dipende dalla volontà del medesimo, si spiegherebbe anche il fatto che, in questo caso, a differenza di quello in cui vengano in gioco diritti soggettivi, il legislatore abbia previsto un termine di decadenza.

Diverrebbe in tal modo comprensibile anche la limitazione del *quantum*, che più che ad un privilegio per la pubblica amministrazione, potrebbe essere ricondotta alla funzione equitativa e non riparatoria dell’indennizzo. Così, come la legge ha previsto in materia espropriativa che, quando l’amministrazione occupi un terreno ai sensi dell’art. 42-*bis*, d.P.R. n. 327/2001, il privato possa ottenere un indennizzo e non un risarcimento, a maggior ragione alla stessa conclusione potrebbe pervenirsi quando l’amministrazione adotti un atto ampliativo della sfera giuridica del privato, poi dichiarato illegittimo.

Il comportamento dell’amministrazione che elimina un provvedimento illegittimo è sicuramente un fatto lecito e l’eventuale danno che ne derivi (danno che deriva dal fatto dell’eliminazione del provvedimento, non dal provvedimento in sé), ammesso che di danno si possa trattare⁵⁰, darebbe spazio a un indennizzo impropriamente chiamato risarcimento⁵¹.

Non è l’unico caso in cui il legislatore usa impropriamente categorie civilistiche. Non si vuole per ciò solo parlare di frode delle etichette perché

⁵⁰ Cons. St., 13 aprile 2017, n. 1713, in www.giustiziaamministrativa.it, che afferma che: «è infondata per carenza del requisito dell’ingiustizia del danno, la domanda risarcitoria proposta dal proprietario di un immobile, il quale sia stato avvantaggiato dall’(erroneo) rilascio di una concessione edilizia e che in seguito abbia agito in giudizio per invocare il risarcimento del danno asseritamente patito a seguito del (corretto) annullamento *ex officio* del titolo edilizio».

⁵¹ Si ribadisce che seppure la tesi prevalente sostenga che risarcimento e indennizzo costituiscono domande tra loro incompatibili, un orientamento minoritario sostiene che la domanda di risarcimento ricomprende quella da indennizzo, da cui differisce solo quantitativamente.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

sarebbe eccessivo, ma, come affermato dalla dottrina, il legislatore del codice è spesso disattento a tale problema⁵².

Questa conclusione è ancor di più necessaria quando si consideri il modello di risarcimento “tradizionale”, quello in cui l'azione di risarcimento sia proposta contestualmente o subito dopo a quella di annullamento. Tradizionale, perché se anche il codice non pone scale di priorità tra le azioni esperibili e consente la proponibilità dell'azione risarcitoria in via autonoma, occorre fare i conti con ciò che non traspare dal testo scritto del codice e «si conserva in modo diffuso la convinzione della centralità di quest'ultima azione, per cui l'azione autonoma di risarcimento rischia di essere confinata ad ipotesi marginali, ai casi in cui l'annullamento non può essere utilmente chiesto»⁵³.

L'azione di risarcimento, così congegnata, è quella che avevano in mente le Sezioni Unite del 1999, in un contesto in cui l'unica tecnica di tutela prevista per l'interesse legittimo era quella caducatoria e che il c.p.a. ha provato a sradicare, ma che sostanzialmente non è riuscito del tutto a eliminare, tanto che di fatto continua a parlarsi di pregiudizialità tra azione di annullamento e di risarcimento⁵⁴.

Poiché l'azione di risarcimento autonoma e quella proposta contestualmente all'azione di annullamento presuppongono entrambe l'illegittimità del provvedimento e quindi sembrerebbero godere della stessa natura⁵⁵, a fronte della recente sentenza della Corte costituzionale, occorre chiedersi se le conclusioni ivi rassegnate possano essere direttamente trasposte o se vi sia spazio per un'analogia questione di legittimità con riferimento al termine di decadenza previsto dal c. 5⁵⁶.

⁵² F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2016, 1252 con riferimento all'azione avverso il silenzio il codice prevede un termine di decadenza ma al contempo prevede la possibilità di riproporre l'istanza, più che di decadenza si tratterebbe di una presunzione legale assoluta avente ad oggetto la persistenza dell'interesse ad agire in giudizio per il rilascio del provvedimento richiesto nonostante il decorso di un notevole lasso di tempo dalla scadenza del termine.

⁵³ F. Scoca, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., 934

⁵⁴ M. Clarich, *Azione di annullamento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁵ Il fatto che l'art. 30 escluda che alla condanna risarcitoria sia pregiudiziale una pronuncia di annullamento, non toglie che per aversi condanna occorre un accertamento dell'illegittimità, dell'esistenza del danno e del rapporto di causalità tra illegittimità e danno, in tal senso L. Mazarroli, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., 554.

⁵⁶ G. Iudica, *Brevi note in tema di proposizione dell'azione risarcitoria per invalidità del permesso di costruire, termine di decadenza e certezza dei rapporti di diritto pubblico*, in *Riv. giur. ed.*,

Le due azioni di risarcimento vanno lette infatti in un'ottica unitaria, perché questa è quella fatta propria dal legislatore del 2010, che ha confermato l'annullamento del provvedimento quale forma di risarcimento in forma specifica e che quindi, nell'eliminare la pregiudiziale amministrativa, non ha voluto prescindere dall'illegittimità del provvedimento da cui deriva il risarcimento, quando anche l'azione sia proposta in via autonoma.

In questo caso, si sovrappongono termini di decadenza brevi, quello per l'impugnazione del provvedimento, di sessanta giorni, e quello per la richiesta di risarcimento danni, di centoventi giorni, termine, quest'ultimo, che coincide con quello per la proposizione dell'azione di annullamento nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Il fatto che il provvedimento sia dichiarato illegittimo e eliminato dall'ordinamento giuridico, crea certezza e stabilità nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione. Se quel provvedimento ha creato un danno al privato e questi non fa valere il suo diritto al risarcimento per un dato tempo, l'ordinamento imporrebbe di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto. Posta la questione in questi termini, tenuto conto di quanto affermato sopra e considerata la lunga durata del termine, sembrerebbe potersi concludere che quel termine, anche se chiamato decadenza, sia in realtà una prescrizione⁵⁷.

Era questa la ricostruzione proposta dal TAR Sicilia nel 2011, che nel sollevare, come già si è detto, questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 5, c.p.a., ha tentato di trasporre lo schema civilistico delineato dall'art. 1495 c.c. in tema di vendita, che prevede accanto alla decadenza un termine di prescrizione.

Si diceva cioè che, posto il termine di decadenza per impugnare il provvedimento illegittimo, si sarebbe dovuto prevedere un termine di prescrizione, anche breve, per l'azione di risarcimento dei danni, che da quel provvedimento illegittimo derivano.

La questione è stata dichiarata inammissibile dalla Consulta, che non

2016, 3, che prima che venisse dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale affermava che «se venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, c. 3, ciò varrebbe a fortiori per la proposizione dell'azione risarcitoria dopo la formazione del giudicato di annullamento: in tale ipotesi infatti, il giudice amministrativo ha stabilizzato un diverso assetto d'interessi e la domanda risarcitoria è volta esclusivamente alla reintegrazione patrimoniale senza che il giudice debba accertare l'illegittimità provvedimentale. Ci sembra altresì che la questione dell'illegittimità costituzionale consequenziale potrebbe essere ulteriormente estesa al termine di decadenza di centoventi giorni previsto per l'azione risarcitoria per ritardo dall'art. 30, c. 4, decorrente dall'adozione del provvedimento o dal verificarsi di cause estintive dell'obbligo di provvedere».

⁵⁷ F.G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione*, cit.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

ha svolto considerazioni in merito a tale ricostruzione, ma la dottrina si è espressa in maniera negativa⁵⁸, sul presupposto che la decadenza prevista dall'art. 30 c.p.a. mira a tutelare interessi solo generali e non anche individuali⁵⁹.

Così delineate le criticità della qualificazione del termine quale decadenza o prescrizione, l'unica conclusione, peraltro non soddisfacente, a cui può giungersi, è che, per riportare a sistema la responsabilità da provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione, occorre superare le categorie civilistiche, rassegnandosi all'idea di una decadenza- prescrizione e di un indennizzo impropriamente chiamato risarcimento.

Si può cioè parlare di "risarcimento del danno" in senso lato, con la consapevolezza che ci sono dei casi in cui il risarcimento è più un indennizzo, e che la previsione di un termine di decadenza, lungi dall'essere incompatibile con la categoria, talvolta cela una prescrizione.

È un problema di prospettiva: se si guarda alla sola posizione del privato, non possiamo che parlare di risarcimento; se si guarda al comportamento lecito o illecito dell'amministrazione che incide sulla posizione del privato, a volte sarebbe più corretto inquadrare il problema in termini di indennizzo. A questo risultato si perviene solo tenendo conto, che quando parte è una pubblica amministrazione, il giudizio di illegittimità non sempre coincide con quello di ingiustizia e illiceità⁶⁰.

Il giudizio di illegittimità guarda all'atto e, come già detto, non sempre coincide con una lesione dell'«interesse giuridicamente rilevante del privato».

Il giudizio di ingiustizia guarda all'interesse del privato e soprattutto al potere della pubblica amministrazione di incidere sullo stesso e non si esaurisce nella valutazione della legittimità o della illegittimità del provvedimento. Vi sono dei casi, infatti, in cui, alla lesione in concreto del privato fa da contraltare un potere dell'amministrazione di togliere quel che ha tolto (nel caso di interesse legittimo oppositivo) o di negare quel che ha negato (nel caso di interesse legittimo pretensivo).

Il ragionamento, fino ad ora effettuato, meglio si comprende se si tiene

⁵⁸ Sulla non risolutività di tale soluzione, si v. F.D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, cit.

⁵⁹ P. Greco e G. Cottino, *Della vendita: art. 1470-1547*, in A. Scialoja e G. Branca, *Commentario del codice civile*, Bologna, Zanichelli, 1981 secondo cui i due termini previsti dall'art. 1495 cod. civ. rispondono a due esigenze del venditore e precisamente il primo, di decadenza, mira ad evitare le maggiori difficoltà che incontrerebbe col decorso del tempo nell'accertamento della causa dei vizi e il secondo, di prescrizione, ad evitare il prolungarsi di un'incertezza sulle sorti del contratto e, in particolare, sulle sue obbligazioni e responsabilità.

⁶⁰ M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, Utet, 2011, 549.

a mente la distinzione, in altri ambiti superata⁶¹, ma ai fini della presente indagine utile, tra regole di validità e regole di comportamento. La violazione delle prime è causa di nullità, la violazione delle seconde è fonte di responsabilità, tranne in quei casi in cui le legge espressamente eleva le regole di comportamento a regole di validità. È vero che nel diritto amministrativo le regole sull'azione amministrativa sono in genere anche regole di comportamento e non solo di validità⁶². Quello che rileva, ai nostri fini, è però la regola opposta. Non tutte le regole di comportamento sono regole di validità, nel senso che la violazione delle prime non necessariamente comporta la violazione delle seconde, quindi non sempre c'è una correlazione tra illegittimità e illiceità. A maggior ragione, quando non c'è nemmeno una violazione delle regole di comportamento, perché l'amministrazione del tutto lecitamente elimina un provvedimento illegittimo, quel fatto non può essere fonte di responsabilità.

Anche utilizzando la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità viene confortata l'idea che spesso quello che impropriamente viene chiamato risarcimento sia in realtà un indennizzo, con le conseguenze che ne derivano, *in primis* quella della compatibilità di un termine decadenziale e non prescrizione.

In conclusione, quello che per alcuni continua ad essere un adattamento del diritto civile della responsabilità, meglio si comprende se si opta per la tesi della «forzatura di impronta pubblicistica». Se anche si tratta di una forzatura, che la Corte continua per varie ragioni a legittimare, il problema si sposta sull'effettività della tutela.

2.2. *L'azione di risarcimento alla luce del principio, anche comunitario, di effettività della tutela giurisdizionale*

Anche superando le criticità della previsione di un termine di decadenza, la norma sul risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi si trova a fare i conti con l'art. 24, primo comma, Cost. e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In più occasioni la giurisprudenza costituzionale ha affermato che per valutare la congruità di un termine, occorre guardare, da un lato, al termine nella sua durata e, dall'altro, alla sua decorrenza. Per quanto concerne il

⁶¹ Nel diritto civile, la distinzione è stata ripresa da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 784, sulla responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione dei suoi doveri informativi.

⁶² A. Travi, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, 3.

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

primo parametro, il termine non deve essere troppo ristretto da escludere o rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di agire in giudizio⁶³. Si tratta di una verifica da effettuare in concreto, valutando tanto l'interesse del soggetto che ha l'onere di compiere un certo atto per salvaguardare i propri diritti, quanto la funzione cui il termine è concretamente preposto⁶⁴.

La Corte, come rilevato, ha ritenuto non fondata la questione in relazione al principio di effettività, lo stesso ha fatto in altre occasioni, mostrandosi rispettosa delle scelte discrezionali del legislatore⁶⁵.

Due però sono i problemi che si pongono: il primo è quello della compatibilità con il diritto comunitario; il secondo, quello di rilevare la funzione sottesa al termine di decadenza.

Quanto al secondo problema, lo si affronterà nell'ultimo paragrafo, nel tentativo di trarre il filo del discorso fino ad ora svolto.

Quanto al primo aspetto, il punto da cui partire è l'ordinanza di rimessione del TAR Piemonte, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'UE e agli artt. 6 e 13 CEDU, sotto il profilo della violazione del principio del giusto processo.

La Corte ha ritenuto infondate le questioni, sull'assunto che spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi, compresi quelli per risarcimento danni, alla sola condizione che tali modalità non violino i principi di equivalenza ed effettività e, cioè, rispettivamente, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi previsti per la tutela dei diritti derivanti dall'ordinamento interno e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

La questione, tuttavia, sembra essere stata mal posta. A partire dalle note sentenze del 2007, le norme della CEDU non sono direttamente applicabili nell'ordinamento interno e, nel caso di contrasto con una norma interna, il giudice comune, dopo aver tentato un'interpretazione conforme, deve proporre questione di legittimità costituzionale dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alle norme CEDU, che integrano come norme interposte

⁶³ Si v. sul punto C. cost., 16 gennaio 1970, n. 10 e C. cost., 9 luglio 1974, n. 234.

⁶⁴ F. G. Scoca, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, cit.; A. Marra, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, cit., 132.

⁶⁵ C. cost., 20 dicembre 2000, n. 559, sul termine di dieci giorni per fare opposizione a decreto ingiuntivo; C. cost., 9 novembre 2000, n. 485, sul termine di dieci giorni per l'opposizione al decreto prefettizio di espulsione; C. cost., 31 maggio 2000, n. 161, sul termine di sette giorni per ricorrere avverso il provvedimento di espulsione emesso nei confronti di uno straniero.

quelle costituzionali⁶⁶. Le norme della Carta dei diritti fondamentali, invece, sono direttamente applicabili, soprattutto dopo che il trattato di Lisbona ne ha disposto la comunitarizzazione⁶⁷.

La Corte Costituzionale, ha poi ritenuto poi che il richiamo, effettuato dall'ordinanza di rimessione, alla sentenza CGUE 26 novembre 2015, *Med Eval*⁶⁸, non sia pertinente. Questa sentenza fa riferimento al diritto austriaco che, in materia di appalti pubblici, subordina la proposizione del ricorso per ottenere il risarcimento dei danni all'accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto e, nel farlo, prevede un termine di decadenza che decorre dalla data di aggiudicazione dell'appalto, indipendentemente dalla conoscenza da parte del ricorrente di tale illegittimità. In quest'ultima parte, non nella parte in cui prevede un termine di decadenza, la normativa austriaca è censurata, in quanto «può rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di proporre un'azione per risarcimento danni»⁶⁹.

In quest'ottica, l'art. 30 c.p.a. non appare censurabile, in quanto espressamente prevede che il termine decorre dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (c. 3), ovvero dal passaggio in giudicato della sentenza che annulli il provvedimento, quando il danno derivi da quello e l'azione di risarcimento segua quella di annullamento (c. 5).

Rimane comunque il fatto che l'art. 47 Carta di Nizza sancisce chiaramente il principio di effettività della tutela.

A seguito della sentenza della Corte costituzionale di maggio 2017, il ricorrente che non ha ricevuto tutela davanti al giudice nazionale, potrebbe adire direttamente la Corte di Giustizia per violazione dell'art. 47 Carta di Nizza, nella parte in cui la disciplina italiana in tema di risarcimento degli interessi legittimi, non ne consente un'adeguata tutela. Ove la Corte di Giustizia dovesse ravvisare una violazione del citato art. 47, questo comporterebbe una disapplicazione della disciplina italiana contraria.

La CGUE, in più occasioni, ha ritenuto che i termini sono ragionevoli, quando non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento sovranazionale⁷⁰. La

⁶⁶ C. cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e 349.

⁶⁷ L'art. 6, par. 1, Trattato di Lisbona dispone: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

⁶⁸ CGUE, 26 novembre 2015, n. 166, C-166/14, *Med Eval*.

⁶⁹ punto 42, CGUE, 26 novembre 2015, n. 166, C-166/14, *Med Eval*.

⁷⁰ CGUE 28 luglio 2016, n. 332, C-332/15, *Astone*; CGUE 29 ottobre 2009, n. 63, C-63/08, *Pontin*; CGUE 16 luglio 2009, n. 69, C-69/08, *Visciani*.

l'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

Corte ha tuttavia anche affermato che la verifica in concreto del rispetto del principio di effettività spetta al giudice del rinvio. Nell'effettuare tale verifica, il giudice deve tener conto del termine, di decadenza o prescrizione, in funzione della rilevanza che le decisioni da adottare rivestono per gli interessati, della complessità dei procedimenti e della legislazione da applicare, del numero di soggetti che possono essere coinvolti e degli altri interessi pubblici o privati che devono essere presi in considerazione.

Se quindi venisse sollevata questione di pregiudizialità dell'art. 30 c.p.a. e la Corte di giustizia dovesse ritenere che l'ordinamento sovranazionale non osta alla previsione di un termine di decadenza, purchè siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività, spetterebbe comunque al giudice nazionale valutare quest'aspetto.

A fronte della recente sentenza della Corte costituzionale, è facile intuire quale potrebbe essere la risposta.

3. Il dubbio di un nuovo diritto finanziariamente condizionato

Rimane da ultimo il problema della funzione del termine di decadenza.

A tale proposito, occorre esaminare quella parte della sentenza n. 94/2017, in cui la Corte ha affermato che la previsione di un termine di decadenza breve, che di fatto compromette il diritto del danneggiato di agire per il risarcimento nei confronti della pubblica amministrazione, sarebbe il frutto dell'esigenza di rango costituzionale «di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa».

La scelta del termine decadenziale – ad avviso della Corte – non può ritenersi del tutto irragionevole, ma «costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in significativi settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici (art. 2377, sesto comma, del codice civile)».

La previsione di un termine di decadenza, lungi dal rendere le azioni

di responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione «praticamente impossibili»⁷¹, sembrerebbe allora essere, nella visione della Consulta, un'adeguata risposta agli interessi pubblici e privati che devono essere presi in considerazione.

La conclusione, peraltro, giustifica il dubbio che il diritto al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo sia un diritto finanziariamente condizionato. Questa ricostruzione, infatti, che risponde a un interesse superiore di politica del diritto, ma che è estranea a una rigida definizione delle categorie giuridiche civilistiche, legittimerebbe il termine di decadenza previsto dall'art. 30, c. 3, c.p.a.⁷², che avrebbe la funzione di limitare i risarcimenti dei danni e quindi gli esborsi da parte dello Stato.

La Consulta prima si riferisce al consolidamento dei bilanci pubblici, poi sposta l'attenzione sulla certezza del rapporto giuridico amministrativo: la previsione di un così breve termine di decadenza è però sicuramente più consona alla prima, che non alla seconda esigenza. Anche se, come detto, occorre superare la rigida distinzione tra prescrizione e decadenza, perché gli stessi civilisti lo fanno, non è mancato in dottrina chi ha smiuito il problema. A chi rivedendo la sua posizione iniziale, ha affermato

⁷¹ Le parole sono di F. Merusi, *In viaggio con Laband*, cit.

⁷² G. Gargano, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1105: «lo scopo ultimo della giurisprudenza amministrativa che traspare con la interpretazione offerta dell'articolo 30 del codice del processo amministrativo sia unicamente quello di tutela della finanza pubblica senza preoccuparsi di equilibrare tale esigenza con un principio di effettività della tutela del cittadino e ciò nel rispetto dell'obiettivo di cui all'articolo 113 della Costituzione. In tale prospettiva di indagine si finisce per spostare l'attenzione unicamente sulla condotta del danneggiato tralasciando l'analisi su quale debba essere il "giusto" comportamento a cui è tenuta anche la pubblica amministrazione»; A. Marra, *op. cit.*, 256, afferma che «il termine di decadenza sembra acquisire unicamente una funzione di privilegio processuale per l'amministrazione, magari a garanzia dell'interesse alla salvaguardia delle finanze pubbliche. Interesse che, beninteso, potrà pure essere ritenuto meritevole della più ampia protezione possibile sul piano della politica del diritto, ma rispetto al quale la previsione di un termine decadenziale per la proposizione dell'azione resta comunque insostenibile dal punto di vista della teoria giuridica»; F.P. Luiso, in *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 52, secondo cui «la verità è che la dottrina sopra indicata coglie, ma non approva, la vera portata rivoluzionaria della sentenza 500/1999: e, cioè, la possibilità, per chi è leso da un provvedimento illegittimo, di "tagliare i ponti" con la p.a., e di chiedere di essere liquidato con una somma di denaro. E pertanto quella stessa dottrina cerca in tutti i modi (reintroducendo la necessità del previo annullamento dell'atto lesivo; ipotizzando che a tale annullamento si giunga anche in sede di risarcimento del danno; o, come vedremo nel paragrafo successivo, minacciando il robusto taglio nella qualificazione del danno se non ha impugnato l'atto) di ripristinare lo status quo ante, e quindi di mantenere il precedente regime di sostanziale deresponsabilizzazione della p.a.».

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

che «di una vera e propria rete di contenimento non c'è più bisogno»⁷³, si è affiancato chi ha sostenuto sia che un termine più lungo di centoventi giorni non potrebbe nuocere al consolidamento dei bilanci pubblici, sia che il termine breve non è un fattore rilevante nella tutela dei bilanci, arrivando tuttavia alla conclusione che «l'intera materia della responsabilità civile dell'amministrazione avrebbe bisogno di interventi legislativi che la semplifichino (...) e la riordini, superando (è solo uno dei molti profili) le differenze tra azione esperita in via autonoma e azione esperita congiuntamente con altre»⁷⁴.

Non è la prima volta che la Corte costituzionale si trova a fare i conti con termini di decadenza e con le finanze dello Stato. Il riferimento è ad alcune sentenze degli anni Ottanta della Corte costituzionale in materia pensionistica⁷⁵. La Corte in quelle occasioni, facendo propria la distinzione tra atti amministrativi e atti autoritativi⁷⁶, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che assoggettavano a termine di decadenza, e non di prescrizione, il ricorso avverso un atto ritenuto paritetico. Al contrario, la Consulta ha sostenuto che vi sono esigenze che legittimano la previsione di un breve termine di decadenza per l'impugnazione dei provvedimenti autoritativi, e, in altra occasione, che ogni diritto, anche costituzionalmente garantito, può essere sottoposto a limitazioni, «sempre che tali limitazioni siano compatibili con la funzione del diritto di cui si tratta e non si traducano nell'esclusione dell'effettiva possibilità dell'esercizio di esso»⁷⁷.

A questo deve aggiungersi che, secondo la giurisprudenza costi-

⁷³ F. D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, cit.

⁷⁴ F. G. Scoca, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, cit.

⁷⁵ C. cost., 14 gennaio 1976, n. 8; C. cost., 19 giugno 1980, n. 97.

⁷⁶ Distinzione operata a far data da Cons. St., 1 dicembre 1939, n. 795, in G. Pasquini e A. Sandulli, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001 che propone la distinzione tra atti paritetici ed atti autoritativi per superare, con riferimento alle controversie inerenti il pubblico impiego e riguardanti diritti soggettivi di carattere patrimoniale, l'applicabilità del termine di decadenza per proporre ricorso davanti al giudice amministrativo. Le dichiarazioni dell'amministrazione, dice il Consiglio di Stato, sono di due specie, quelle con carattere autoritativo aventi presunzione di validità e forza esecutiva e quelle equiparabili alle dichiarazioni unilaterali di parte in un rapporto tra privati, che «non hanno alcun effetto giuridico proprio maggiore o diverso dal semplice fatto: così il dichiarare di non voler soddisfare un debito non ha effetto diverso dal fatto di non pagarlo». Per questi atti, definiti paritetici non deve rispettarsi il termine di decadenza per proporre l'azione dinanzi al giudice amministrativo, bensì quello più lungo di prescrizione.

⁷⁷ C. cost., 15 luglio 1985, n. 203.

tuzionale, il principio dell'integrale risarcibilità di tutti i danni non ha copertura costituzionale⁷⁸. Questo principio è fatto proprio dalla Cassazione civile in materia di diritti soggettivi⁷⁹. Non ci sarebbero quindi problemi di ordine sistematico nel dire che, oltre ad essere finanziariamente condizionato, l'interesse legittimo non deve necessariamente essere integralmente risarcito.

Volendo tirare le fila del discorso, l'art. 30 dice una cosa chiara: che gli interessi legittimi sono risarcibili e, ai nostri fini, che l'azione deve essere proposta entro un termine di decadenza.

Si è provato a dimostrare che, anche superando le distinzioni, anche dicendo che se sono risarcibili sono diritti soggettivi o, viceversa, che se sono interessi legittimi sono irrisarcibili, o dicendo che se il legislatore ha previsto una decadenza, è come se avesse previsto una prescrizione, non si risolve il problema. Qualcosa è cambiato.

Quello che è cambiato è il rapporto tra pubblica amministrazione e privato. Si risarcisce il danno non tanto perché è definitivamente superato il brocardo «the King can do no wrong» e l'amministrazione può sbagliare, ma perché il privato può dire all'amministrazione «hai sbagliato»⁸⁰.

Il rapporto tra privato e pubblica amministrazione diventa al contempo un rapporto paritario e conflittuale e, in questo conflitto di interessi, non sempre l'interesse dell'uno è destinato a prevalere, o viceversa a soccombere, in senso assoluto. Il più delle volte, soprattutto nel caso in cui il privato vanta un interesse pretensivo, il suo interesse è destinato a soccombere ed è solo parzialmente soddisfatto dal risarcimento del danno. Il risarcimento del danno è invece un di più quando venga leso un interesse oppositivo. Mentre nel primo caso il privato non ha ancora ricevuto quello che voleva e il risarcimento del danno è l'unica cosa che può ottenere, nel secondo caso, oltre a ottenere la soddisfazione del suo interesse, ottiene anche un ristoro economico.

⁷⁸ C. cost. 6 maggio 1985, n. 132; C. cost. 2 novembre 1996, n. 369; C. cost. 30 aprile 1999, n. 148.

⁷⁹ Da ultimo Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Foro it.*, 2015, 3513 sul c.d. danno tanatologico, che rileva che «il principio dell'integrale risarcibilità di tutti i danni non ha copertura costituzionale ed è quindi compatibile con l'esclusione del credito risarcitorio conseguente alla stessa struttura della responsabilità civile dalla quale deriva che il danno risarcibile non può che consistere che in una perdita che richiede l'esistenza di un soggetto che tale perdita subisce».

⁸⁰ F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., già poneva al centro del problema del risarcimento per lesione di interessi legittimi, la questione «del modo di intendere il rapporto tra amministrazione e cittadini, e cioè alla fin fine l'essenza stessa di una amministrazione democratica».

L'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi

Questa distinzione tra interesse legittimo pretensivo e oppositivo, è vero superata, ma comunque non eliminata, supporta la tesi del diritto al risarcimento del danno quale diritto finanziariamente condizionato. In entrambi i casi, infatti, la scelta della risoluzione del conflitto è comunque lasciata all'amministrazione, che o soddisfa l'interesse pretensivo del privato e se non lo soddisfa sa di aver poco da perderci, o non soddisfa l'interesse oppositivo e sa qual è il rischio che corre.

In conclusione è come se il "nucleo duro" del risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo fosse nelle mani dell'amministrazione, unica vero giudice della gestione delle casse dello Stato.

Resta un dubbio però: quello di quale possa essere la ragionevolezza di una tale scelta nel rapporto amministrazione- interesse legittimo del privato e non nel rapporto amministrazione- diritto soggettivo del privato.

Anche perché se si pensa alla disciplina del diritto del lavoro, e lì di diritto soggettivo si tratta, si potrebbero fare alcune considerazioni simili a quelle che si sono fatte con riferimento all'interesse legittimo⁸¹.

Non è questa la sede per entrare nel merito di quello che è un altro problema, ma, da queste brevi considerazioni, sembrerebbe doversi concludere che non solo non è più vero che se sono interessi legittimi sono irrisarcibili, ma non è neanche più vero che se sono diritti soggettivi sono risarcibili.

Abstract

The article deals with the action of compensation for damages deriving from the violation of legitimate interests. The analysis starts from the judgement of the Italian Constitutional Court 4th May 2017, n. 94, which recognized that article 30, c. 3, of the Codice del processo amministrativo is consistent with the Italian Constitution. After some preliminary considerations on prescription and limitation in civil law, the article argues that civil categories should be overcome. Indeed, in some cases it is more appropriate to consider the compensation as an indemnification as, for example, when a private claims damages for a public measure that is unfavourable towards him but legitimate. Furthermore, when the action to obtain compensation for damages is proposed after the one for annulment of the

⁸¹ Non è questa la sede per entrare nel merito della questione, ma anche il risarcimento del danno da licenziamento illegittimo è in senso lato un diritto finanziariamente condizionato, che, infatti, varia, oltre che in base al tipo di licenziamento, in base alla dimensione dell'impresa e al settore pubblico o privato in cui l'impresa opera.

public measure, the limitation appears to be a prescription. Following the problems regarding the effectiveness of the measure, even in the European context, the article ends raising doubts that the right of compensation should be influenced by financial restrictions. The Constitutional Court indeed stated that the reason for a limitation period is to consolidate national budgets.