

FRANCESCO SICILIANO e DANIELE D'ALESSANDRO

**L'INTEGRAZIONE COMUNITARIA E LA
GIUSTIZIABILITÀ DELLE POSIZIONI CON
PARTICOLARE RIGUARDO AL
RISARCIMENTO DEI DANNI DA LESIONE
D'INTERESSE LEGITTIMO**



giuffrè editore - 2002

Estratto dal volume:

COSTITUZIONE ITALIANA

E

DIRITTO COMUNITARIO

PRINCIPI E TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI

**LA FORMAZIONE GIURISPRUDENZIALE
DEL DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO**

a cura di
SILVIO GAMBINO

L'INTEGRAZIONE COMUNITARIA E LA GIUSTIZIABILITÀ DELLE POSIZIONI CON PARTICOLARE RIGUARDO AL RISARCIMENTO DEI DANNI DA LESIONE D'INTERESSE LEGITTIMO

SOMMARIO: 1. L'integrazione comunitaria con riferimento alle situazioni soggettive nel diritto comunitario, loro evoluzione, conseguenze sul diritto interno e loro giustiziabilità. — 2. Pluralismo, nomofilachia e controllo di costituzionalità quali orizzonti specifici di diritto interno per la decisione delle S.U. n. 500/99. — 3. Completezza della tutela e certezza del diritto: alcuni spunti di riflessione nel confronto fra ordinamento comunitario e ordinamento interno in relazione alle problematiche della giurisdizione esclusiva, della pregiudizialità dell'azione di annullamento, dell'elemento soggettivo. — 4. Conclusioni.

1. L'integrazione comunitaria con riferimento alle situazioni soggettive nel diritto comunitario, loro evoluzione, conseguenze sul diritto interno e loro giustiziabilità

Il presente intervento sulle situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario e nel diritto interno, con particolare riferimento all'influenza che il diritto sovranazionale ha esercitato sulle predette situazioni di diritto, può prendere le mosse dal suo momento culminante che è rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite che, invertendo una rotta seguita da moltissimi anni, ha ammesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. la situazione soggettiva di interesse legittimo. In quest'intervento, in realtà, si vuole sostenere che la posizione della Suprema Corte rappresenta un adattamento della posizione comunitaria al diritto interno posto che la predetta situazione soggettiva non ha diritto di cittadinanza proprio nel diritto comunitario essendo figura peculiare del diritto italiano quale Stato a diritto amministrativo. Conviene, tuttavia, procedere per gradi onde pervenire ad una conclusione accettabile sul piano dogmatico.

In tale direzione giova prendere le mosse da una sintetica e mera ricostruzione del fenomeno dell'integrazione comunitaria onde pervenire

(*) Università degli Studi della Calabria.

Il par. i è stato redatto dall'avv. Francesco Siciliano, mentre i parr. 2, 3 e 4 dal l'avv. Daniele D'Alessandro.

ad un preciso inquadramento sistematico di come l'azione comunitaria possa e debba influenzare il diritto interno sia a livello normativo sia in occasione d'interventi giurisprudenziali innovativi.

11 punto di partenza dell'integrazione (rectius: della capacità degli atti comunitari di derogare alle norme interne) comunitaria prende l'avvio dall'art. 11 della Costituzione che consente allo Stato, in condizioni di parità con altri stati, limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni. Su tale base, la giurisprudenza della Corte costituzionale, che

può essere distinta in tre periodi, ha delineato nel tempo l'operatività della regola del primato del diritto comunitario e sviluppato la valenza normativa degli atti comunitari.

Un primo periodo che può considerarsi concluso con la sentenza n. 183/1973 e che corrisponde con il periodo transitorio previsto dal Trattato di Roma, vale a fare affermare alla Corte il riconoscimento degli effetti interni degli atti comunitari, pur con il limite della tutela giurisdizionale del singolo. Il secondo periodo della Corte Costituzionale, che coincide con la realizzazione dell'unione doganale e l'avvio di quella economica, porta all'affermazione della diretta applicabilità e la preminenza dei regolamenti sulle leggi nazionali. Con tale affermazione si procede a delineare i rapporti tra i due ordinamenti in termini di separazione di competenza sia a livello legislativo che a livello amministrativo e giurisdizionale. Vi è poi una terza fase della giurisprudenza della Corte, che è tutta tesa ad affermare il dovere non solo degli stati membri ma anche dei giudici nazionali di ottemperare agli obblighi nascenti dagli atti comunitari non solo degli stati membri a livello legislativo ma anche dei giudici nazionali attraverso la disapplicazione della normativa statale in contrasto con quella comunitaria.

È a partire da tale affermazione che il primato del diritto comunitario comincia ad esercitare la sua influenza sulle situazioni soggettive dell'ordinamento nazionale posto che la disapplicazione di formazione statale porta inevitabilmente in alcuni settori ad individuare situazioni soggettive diverse per l'amministrato rispetto a quelle previste dalla formazione interna. In realtà, la diversità delle predette situazioni soggettive assume rilievo solo con riferimento alle possibili forme di tutela e con particolare riferimento alla figura dell'interesse legittimo atteso che il diritto soggettivo riceve medesima tutela sia in forza della legislazione nazionale che in forza di quella comunitaria. Comincia quindi a porsi il problema del rapporto del cittadino con l'amministrazione pubblica agente e la tutela della posizione del primo in caso d'illegittima dell'azione della seconda.

In tale direzione, pertanto, bisogna innanzitutto partire dal ragionamento seguito dalla Suprema Corte per giungere all'affermazione della risarcibilità della categoria degli interessi legittimi.

Per ciò che è interessante ed utile ai nostri fini c'è da dire che la Corte di legittimità ha evidenziato che in un primo momento si era riconosciuto il carattere di settorialità a quegli interventi legislativi che sotto la spinta dell'azione comunitaria avevano affermato la risarcibilità della posizione d'interesse legittimo leso da un atto o provvedimento illegittimo della pubblica amministrazione (1). Per come si vede,

- (1) Cfr. in termini, Cass., sez. Un. n. 500/99 « va anzitutto ricordato il riconoscimento, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, dell'azione di risarcimento (davanti al giudice ordinario previo annullamento dell'atto ad opera del giudice amministrativo) ai soggetti che abbiano subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture (art. 13 della legge n. 142 del 1990, di recepimento della direttiva comunitaria n. 665/89, la cui disciplina è stata successivamente estesa agli appalti di servizi ed ai c.d. settori esclusi; la disposizione è stata peraltro abrogata dall'art. 35, comma 5 del d.lgs. n. 80 del 1998). Sul rilievo che il diritto comunitario non conosce la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e che nella suindicata materia il privato (secondo il nostro ordinamento) è titolare di posizioni di interesse legittimo, si è sostenuto che la menzionata normativa avrebbe introdotto nel nostro ordinamento un'ipotesi di risarcibilità di interessi legittimi, e si è suggerito di riconoscerle forza espansiva ultrasettoriale, così conformando l'ordinamento interno a quello comunitario (il cui primato è ormai incontrovertito) ed evitando disparità di trattamento, nell'ordinamento interno, nell'ambito della generale figura dell'interesse legittimo. Il suggerimento non è stato tuttavia accolto da questa S.C., che ha ritenuto di attribuire alla suindicata normativa

carattere eccezionale, traendone conferma del principio, costantemente affermato, dell'irrisarcibilità, non suscettivo di essere posto in discussione da una norma dettata con riferimento ad uno specifico settore (sent. n. 2667/93; n. 3732/94; n. 10800/94). Si tratta tuttavia di un indirizzo formatosi in riferimento al contingente assetto del diritto positivo, suscettivo quindi di riconsiderazione a fronte di successive modifiche dell'ordinamento: e modifiche consistenti si sono in effetti verificate, come ora si vedrà. 6.2. In contrapposizione al diniego, opposto da questa S.C. con le suindicate sentenze, di rivedere il tradizionale orientamento negativo, si rinvengono anzitutto, sul piano legislativo, ulteriori tentativi di ampliamento della responsabilità civile della P.A. per danni conseguenti all'esercizio illegittimo della funzione pubblica. Tra questi va menzionato, a titolo esemplificativo, quello perseguito dall'art. 32 della legge n. 109 del 1994, recante la previsione del rimedio risarcitorio, nelle forme di cui al citato art. 13 della legge n. 142 del 1990, in materia di appalti pubblici, ma non realizzato, perché la legge fu successivamente sospesa e la del 1995 (NDR: 1. 02.06.1995 n. 216 art. 9-bit), introdotto dalla legge di conversione n. 216 del 1995, che non confermò il rimedio. Merita un cenno anche l'art. 5, comma 8, del d.l. n. 101 del 1993, che prevedeva la responsabilità del soggetto responsabile del procedimento per i danni arrecati al singolo per il ritardo nel rilascio della concessione edilizia, ma che non trovò conferma nella legge di conversione n. 493 del 1993 (un esauriente catalogo degli

quindi, la Suprema Corte di Cassazione, con una posizione assoluta mente da condividere, non ritiene che il diritto sovranazionale abbia introdotto il risarcimento del danno da interesse legittimo ma che l'influenza del medesimo abbia spinto il legislatore a cercare di porre le basi di una risarcibilità anche di tale posizione soggettiva affatto peculiare dell'ordinamento italiano.

Invero, la figura dell'interesse legittimo e la sua tutelabilità e risarcibilità, per come già sostenuto in un precedente lavoro (2), trova

interventi legislativi, non approdati ad esito positivo, è racchiuso nell'ord. n. 165 del 1998 della Corte costituzionale, che ne sottolinea comunque la natura "settoriale"). Né vale opporre che si tratta di iniziative che, per varie ragioni, non hanno avuto realizzazione, poiché anche tali interventi, solo tentati, dimostrano l'esistenza di una situazione in via di evoluzione, contrassegnata dalla consapevolezza del legislatore circa l'inadeguatezza della soluzione offerta dalla giurisprudenza in materia di responsabilità civile della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione pubblica. 6.3. In tale quadro evolutivo s'inserisce appunto, con indubbia forza innovativa, la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 80 del 1998, con il quale è stata data attuazione alla delega contenuta nell'art. 11, comma 4, lettera q), della legge n. 59 del 1997, che aveva previsto la devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti della P.A. (già attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), e la contestuale estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle concernenti il risarcimento dei danni, in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici. L'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998 (che ha sostituito l'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993) ha invero devoluto al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, la quasi totalità delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (già riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), con potere di disapplicazione, in via incidentale, degli atti amministrativi presupposti, se illegittimi (con esclusione della c.d. pregiudizialità amministrativa nel caso di contemporanea pendenza del giudizio di impugnazione dell'atto davanti al giudice amministrativo: art. 68, comma 1, nel nuovo testo), e di adozione di tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi, estintivi e di condanna (art. 68,

comma 2, nel nuovo testo). A loro volta gli artt. 33 e 34 hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi (art. 33), nonché quelle aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia (art. 34), mentre l'art. 35, comma 1, ha stabilito che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva ai sensi degli artt. 33 e 34, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del "danno ingiusto" (secondo modalità disciplinate dal comma 2). Risulta in tal modo compiuta dal legislatore una decisa scelta nel senso del superamento del tradizionale sistema del riparto della giurisdizione in riferimento alla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, a favore della previsione di un riparto affidato al criterio della materia. In particolare, per quanto concerne il giudice amministrativo, viene delineata una nuova giurisdizione esclusiva .. ».

(2) Cfr. F. Siciliano, « Natura della posizione giuridica del privato fra diritto d'accesso e trasformazione della Pubblica amministrazione », in *Il Consiglio di Stato*, 1999, p. 1947 ss.

la sua fonte negli artt. 24, 103 e 113 Cost. — nonché nella norma in bianco dell'art. 2043 c.c. — e di ciò è pienamente consapevole il giudice comunitario che dovendo affrontare ex professo la questione dell'interesse legittimo la ha più volte elusa lasciando al diritto interno la risoluzione di una questione che non afferisce in alcun modo all'integrazione comunitaria (3).

Restava e resta perciò la piena autonomia del legislatore nazionale sia sotto il profilo della giustiziabilità delle posizioni soggettive sia su quella dell'individuazione del giudice naturale che, dicevamo, è stabilito in Costituzione. Tuttavia, è evidente che in molti casi di previsione comunitaria di diritti per l'amministrato anche dinanzi ad una funzione amministrativa la posizione del privato non poteva e non può conoscere il fenomeno della degradazione del diritto usuale nel sistema italiano, posto che l'ordinamento comunitario non conosce (rectius, non prevede) l'esistenza del potere amministrativo come funzione o potestà ma ritiene che la pubblica amministrazione eserciti delle competenze cui sono connesse posizioni di diritto ed obbligo.

In altri termini, gli obblighi che le direttive pongono in capo agli stati membri anche sotto il profilo del risultato da raggiungere svuotano la funzione amministrativa della posizione tipica di tenutaria di un potere teso all'eliminazione delle disuguaglianze e al perseguimento dello scopo cui il potere è connesso, poiché la direttiva di per sé già indica l'obbligo per lo Stato e il risultato da raggiungere in modo che la p.a. investita di quel potere si limita ad esercitare una mera competenza.

Rispetto alla competenza non può esistere una posizione di interesse legittimo nel senso classico della dottrina e della normativa italiana ma una posizione di diritto alla cui violazione è connesso il risarcimento del danno. Invero, l'integrazione comunitaria finisce per spostare in quella sede la valutazione circa le differenze da colmare e gli interventi da adottare nell'ambito degli stati membri eliminando così, nei settori d'intervento, la costruzione del diritto amministrativo, di esercizio di una funzione finalizzata ad uno scopo cui è connessa l'autoritatività del provvedimento amministrativo e il correlativo fenomeno della degradazione del diritto dell'amministrato in nome della funzione pubblica da perseguire.

(3) Cfr. E. Picozza-G. Palma-E. Follieri, « Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo », in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Voi. II, Padova, 1999, p. 3 Ss.

In altri termini, si vuole affermare che il modello normativo comunitario non conosce il fenomeno ora descritto e, pertanto, nel caso d'intervento in un settore dell'economia degli stati membri, pur perseguendo uno scopo, non conosce la possibilità della degradazione della posizione del cittadino cui è connesso il mero controllo di legalità dell'azione amministrativa, ma costruisce il rapporto in termini di risultato da raggiungere anche per l'azione amministrativa, lasciando intatto, in capo all'amministrato, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno in caso di illegittimità dell'azione del pubblico potere attesa l'esistenza di un rapporto di diritto-obbligo.

Consci di tale situazione, il legislatore prima e la Corte di Cassazione poi hanno adeguato il sistema italiano alla mutata situazione derivante dall'introduzione nell'ordinamento di posizioni degli amministrati che non potevano conoscere il fenomeno della degradazione e che, quindi, avevano sempre diritto al risarcimento del danno in caso di violazione.

La Suprema Corte, invero, con la nota sentenza n. 500/99 prima riportata nelle note nella parte relativa allo stato della situazione comunitaria, ha finito per concedere alla situazione soggettiva italiana una tutela generalizzata essendo consapevole, anche sulla scia delle sentenze monito della Corte costituzionale, che altrimenti si sarebbe creata una situazione di disparità di trattamento tra la posizione soggettiva classica e quella che investe il privato nei confronti della pubblica amministrazione quando la sua posizione sia di derivazione comunitaria.

Era questa l'unica strada di far rimanere in vita l'interesse legittimo posto che la sua mancata inclusione nelle situazioni risarcibili ex art. 2043 c.c. ne avrebbe decretato la sicura scomparsa dietro le inevitabili sentenze d'illegittimità costituzionali di quelle norme che impedivano il risarcimento del danno e che affermavano il fenomeno della degradazione del diritto.

In realtà, si vuole affermare che, stante la mancanza di previsioni normative che escludono il risarcimento del danno di tipo civilistico, la Corte Costituzionale si sarebbe trovata nella necessità d'intervenire con sentenze additive che avrebbero censurato la mancata previsione del risarcimento del danno di situazioni ugualmente tutelabili di fronte all'illegittima azione dei pubblici poteri.

La soluzione giurisprudenziale operata in via preventiva dalla Corte di Cassazione porta con sé, tuttavia, alcuni dubbi di sistematicità che sono ben stati sollevati dalla giurisprudenza amministrativa che si

è occupata ex professo delle conseguenze della soluzione adottata dalla Corte. Invero, il T.A.R. Lecce, sez. II, 6 novembre 1999, n. 769, ha ben evidenziato che l'accertamento dell'effettiva spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo leso, quale criterio per il risarcimento del danno da lesione di un interesse pretensivo, finirebbe per eliminare il potere dell'autotutela della pubblica amministrazione posto che si prescinderebbe proprio dal successivo comportamento dell'amministrazione ormai inutile se all'annullamento dell'atto seguisse automaticamente l'accertamento del danno.

La questione, tuttavia, anche se ben sollevata insieme alla notazione di una sostanziale equiparazione tra le due figure soggettive tutelate dall'ordinamento, esula dalla presente trattazione che pone l'accento maggiormente sull'influenza della normazione comunitaria sul diritto interno. In

questa direzione, sulla scia della costruzione dottrinarina di un sistema normativo integrato di tipo federale dove la normazione comunitaria si pone sul piano di quella interna per effetto della limitazione di sovranità dello Stato va evidenziata l'introduzione nell'ordinamento di una diversa concezione dei rapporti tra Stato ed amministrato non più vista in termini di supremazia dell'amministrazione ma di amministrazione quale settore competente all'erogazione di servizi e provvidenze. In questa visione, ovviamente, l'illegittimità del diniego amministrativo porta sempre al risarcimento del danno sotto il profilo dell'illegittimo diniego del servizio o della provvidenza spettante al privato. Non è la scomparsa dell'interesse legittimo tradizionale quale potere di controllo a posteriori della legalità dell'azione amministrativa, atteso che esso rimane certamente connesso alle situazioni in cui la pubblica amministrazione è tenutaria di un potere al fine del perseguimento di uno scopo avente rilevanza sociale e costituzionale.

Invero, anche il modello di riparto di giurisdizione adottato dal legislatore nel d.lgs. n. 80, impostato sulla devoluzione per materia e non per situazione soggettiva, non implica la scomparsa del controllo di legalità del provvedimento amministrativo proprio in considerazione della posizione assegnata al privato, ma consente unicamente la risoluzione « completa » della questione affidata al giudice amministrativo che rispetto all'illegittimità ben può arrivare al risarcimento del danno servendosi dello schema classico delineato dal codice civile.

La vigenza dell'impianto comunitario, tuttavia, imponeva di adeguare, sotto il profilo della tutela, ogni situazione soggettiva contrapposta all'agire della pubblica amministrazione, pena la violazione del principio di uguaglianza per il privato nel caso di norme attributive di

una potestà in capo all'amministrazione che non consentissero il risarcimento del danno.

Certo la soluzione delle Sezioni Unite può incontrare le obiezioni prima sollevate, ma più sotto il profilo delle competenze giurisdizionali, con riferimento ai poteri del giudice ordinario rispetto alla pubblica amministrazione, che non rispetto all'emersione dell'interesse legittimo quale « diritto risarcibile » (ex art. 2043 c.c.), atteso che la mancanza di una soluzione normativa o giurisprudenziale in tal senso avrebbe provocato la caducazione per opera della Corte costituzionale di tutte quelle norme che non prevedevano la risarcibilità della posizione del privato nel caso di azione amministrativa illegittima (vedi le forme indennitarie che il legislatore aveva cercato di prevedere).

Invero, bene ha fatto la Corte ad invertire la rotta circa le sue prime interpretazioni di settorialità delle previsioni di risarcimento del danno poiché quelle previsioni non erano frutto d'interventi settoriali a livello comunitario ma di una logica previsione di un ordinamento che non prevede la figura dell'interesse legittimo che attribuisce (rectius, attribuiva) solo il potere di caducazione dell'atto attraverso il controllo di legalità.

In realtà, sotto la spinta comunitaria, ancora una volta, in mancanza di un intervento organico del legislatore, la giurisprudenza — si badi bene anche in aderenza alle posizioni della dottrina e degli operatori del diritto — con la sua opera pretoria è arrivata alla parificazione delle situazioni soggettive sotto il profilo della tutela risarcitoria senza con ciò provocare alcuna scomparsa dell'interesse legittimo ma eliminando una posizione che, appuntandosi sul dato letterale dell'art. 2043 c.c., aveva negato tutela risarcitoria alla posizione soggettiva oggi ammessa.

È evidente, quindi, in conclusione, che la soluzione della Corte porta con sé la legittimità nel diritto interno di una pubblica amministrazione che non è solo esecutrice di competenze ma che è investita di una funzione cui è connesso un potere autoritativo per il perseguimento dei suoi scopi. Rimangono quindi intatti tutti i principi che reggono l'azione amministrativa posto che, rispetto all'illegittimità della sua azione, l'ordinamento conosce in ogni caso la medesima tutela.

Tutto ciò ovviamente non contraddice quelle posizioni già espresse (4) di individuare azioni della pubblica amministrazione alla

(4) Cfr. F. Siciliano, op. cit., p. 1965.

stregua di servizi offerti al cittadino che portano alla logica conseguenza di una mancanza di autoritatività di quell'azione ed al conseguente risarcimento del danno sotto tale profilo.

La distinzione, infatti, non cessa di avere significato, atteso che la richiesta di risarcimento del danno non implica automaticamente la valutazione circa la legittimità del provvedimento, così come la medesima richiesta, in caso di azione amministrativa non autoritativa, non porta alla valutazione dell'azione sotto il profilo dei vizi classici dell'atto, mentre il controllo di legalità a posteriori connesso alla posizione d'interesse legittimo è l'unico che consente la valutazione dell'atto amministrativo circa l'esatta applicazione delle norme procedurali e l'esatto perseguimento dello scopo connesso alla funzione assegnata alla pubblica amministrazione agente.

In definitiva, il diritto comunitario, pur nella sua primazia, non elimina e non può eliminare le peculiarità degli ordinamenti, ma al più può spingere i medesimi ad eliminare eventuali disparità di trattamento presenti nell'ordinamento interno in conseguenza di interventi comunitari. A tale ultima posizione si potrebbe, tuttavia, obiettare che la sopravvivenza dell'interesse legittimo non sarebbe giustificata dalla possibilità del controllo sull'atto, posto che anche il giudice civile già conosceva della legittimità di questo sia pure in via incidentale. A tale possibile obiezione è facile contrapporre che mancava e manca nella decisione del giudice civile quel potere conformativo che esercitano le decisioni del giudice amministrativo sul successivo operato della pubblica amministrazione, di guisa che deve rimanere nell'ordinamento il giudice della pubblica amministrazione e la situazione giuridica che consente di adirlo per valutare l'operato della p.a. non sotto il profilo del danno subito ma della legittimità della sua azione.

2. Pluralismo, nomofilachia e controllo di costituzionalità quali orizzonti specifici di diritto interno per la decisione delle S. U. n. 500/99

Postulato, per necessità di oggetto, il carattere pluralista della nostra democrazia, intesa come sistema di valori individuati come irrinunciabili in sede costituente e perciò stesso governati dalla regola della reciproca sopravvivenza attraverso gli strumenti del bilanciamento attuato mediante la specificazione dell'attività politica e la garanzia offerta dalla funzione della Corte costituzionale, si tratta di verificare il percorso che ha portato all'introduzione della nuova tutela.

In realtà, la diversità di soluzioni accolte e l'apparente contraddittorietà

delle ipotesi ammesse a tutela da parte della giurisprudenza e dalla dottrina trova spiegazione ricostruendo l'art. 2043 c.c. dal punto di vista della tecnica legislativa (5), quale clausola generale, il che implica anche la necessità di verificarne il rapporto con le norme costituzionali.

La natura delle clausole generali può essere colta soprattutto attraverso l'esame della loro funzione, in risposta alle necessità dell'ordinamento di governare la dinamica dei rapporti fra ruoli delle istituzioni, cittadini e gruppi all'interno di una società pluralista. Limitare la riflessione alla mera analisi della loro struttura, che è sostanzialmente antitetica a quella delle fattispecie analitiche, per l'ampiezza dei significati propri dei termini utilizzati dal legislatore (tale carattere ha, nello specifico, la locuzione « danno ingiusto »), rischia di impedire la piena comprensione del valore delle clausole generali.

L'analisi strutturale, infatti, coglie esclusivamente l'aspetto formale, consistente nell'essere la fattispecie composta da significanti che ampliano la discrezionalità dell'interprete nel ricostruire quella che dovrà essere la regola del caso concreto. Nessuna specificità sostanziale può essere colta, infatti, dal punto di vista della definizione dell'attività dell'interprete una volta ammesso con Kelsen (6) che essa si specifica in una selezione operata fra i potenzialmente molteplici sensi della norma, che si risolve nei maggiori o minori vincoli linguistici, secondo una differenza quantitativa e non qualitativa rispetto ad ogni altro metodo (7).

Diversamente, la sostanza della tecnica legislativa (8) consiste,

(5) Cfr. A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 364; M.C. Bianca, *Diritto Civile*, III, Milano, 1995; S. Rodotà, « Conclusioni », in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, nella cui bibliografia sono contenuti riferimenti a J. Carbonnier, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in AA.VV. (a cura di Perelman-Vander Elst), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, 1984; C. English, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970. Cfr. pure la ricostruzione di R. Sacco, « Che cos'è la buona fede oggettiva », in *Il principio...cit.*

(6) Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Milano, 1957; S. Rodotà « Conclusioni ... » dt.; C. Castronovo, « L'avventura delle clausole generali », in *Il principio cit.*; ibidem cfr. pure la riflessione di L. Mengoni, « Spunti per una teoria delle clausole generali ».

(7) Cfr. C. Castronovo, in *Il principio cit.*, il quale, rilevato come il canone della funzione creativa del giudice nella scelta dei significati alternativi debba ritenersi ormai accettato, ritiene che per tale circostanza, dopo il « clangore degli anni 60 e 70... le clausole generali sono rientrate nella loro giusta dimensione », p. 28.

(8) Cfr. S. Rodotà, « Conclusioni » cit.; R. Conte, « Ordinamento giuridico », in *NNDD It.*, Torino, 1957, XII; C. English, *Introduzione... cit.*

attraverso l'utilizzo delle c.d. nozioni a contenuto variabile (quali, propriamente, il danno o l'ingiustizia), nel rimettere ad altro soggetto, il giudice, la competenza per « procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli (standard) di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti » « attraverso il filtro della norma costituzionale » (10). Una tale rimessione di competenza rinvia senza dubbio a temi di riforma istituzionale e di equilibrio fra poteri (11), ma trova la sua origine nei problemi propri

dell'innovazione legislativa, ed in specie nella necessità di predisporre un meccanismo di adattamento del diritto alle mutevoli esigenze della società, non solo a fronte dei progressi della tecnica, ma soprattutto in relazione al governo della dinamica propria di un sistema pluralista (12).

In particolare, la scelta dei significati quantitativamente ampi attribuibili al « danno ingiusto » si traduce in un'attività interpretativa qualitativamente definibile come di giudizio di valore (13), cioè giudizio di adesione ad uno dei significati possibili e compatibili con l'ordinamento. E se di giudizio di valore si tratta, l'adesione ai valori in tanto può definirsi non arbitraria e conforme ai principi dell'ordinamento in quanto si risolve nell'adesione ai principi costituzionali,

(9) Cfr. 5. Rodotà, «Conclusioni ... » cit., p. 262; L. Mengoni, « Spunti ... » cit., precisa che la discrezionalità del giudice è di fatto, e non produce o integra norme, mentre C. Castronovo, *L'avventura ...* cit., p. 9, si schiera apertamente per la funzione creatrice della norma da parte del giudice.

(10) Cfr. 5. Rodotà, *Il principio* cit., p. 429.

(11) Cfr. Mengoni, «Spunti ... » cit., 5; Castronovo, *L'avventura* cit., 27.

(12) Cfr. le pagine di S. Rodotà, «Conclusioni ... » cit., pp. 253 ss., circa il tramonto della visione husserliana del legislatore che governa il futuro e del giudice cui è affidato il passato.

(13) Cfr. E. Di Robilant in *RTDPC*, 1957, p. 1428; contra C.M. Bianca, *Diritto Civile*, Milano, 1992, 1, p. 4. Cfr. pure G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1990, p. 62, il quale evidenzia come gli atti di autonomia rappresentano « valori », intesi come criteri di « valutazione ed organizzazione » dei privati. L'ordinamento, con il proprio sistema di valori, interviene (in maniera eventuale e non necessaria) per « constatare il grado di compatibilità » fra i propri e quello o quelli espressi nella regola negoziale. L'Autore sottolinea come la propria impostazione vada oltre quella di altri, che pongono l'accento sul « riconoscimento » o sui « limiti » di validità posti dall'ordinamento (nel primo senso 5. Romano, *Autonomia privata*, Milano, 1957; nel secondo R. Di Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958). Sul tema della valutazione, cfr. pure A. Cataudella, *I contratti, parte generale*, Torino, 1994, per il quale «nell'atto giuridico l'ordinamento valuta il comportamento del soggetto che lo pone in essere; nel negozio giuridico valuta anche il complesso di regole che ha dettato per disciplinare i propri interessi » (p. 22).

secondo un giudizio di comparazione delle posizioni concretamente a confronto.

Sono, infatti, i valori costituzionali (14) a dover guidare l'interprete nella ricostruzione della regola del caso: la clausola generale, quale norma di direttiva, impone l'enucleazione della regola più avanzata in relazione al contenuto concreto che i valori costituzionali assumono nella continua evoluzione storica e sociale cui sono sottoposti all'interno di uno stato pluralista (15).

(14) I valori trovano la loro codificazione nella Costituzione in quanto contenuti nei principi in essa espressi: « l'uguaglianza, la libertà, la giustizia, la solidarietà, la persona... » (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 169. Cfr. pure L. Gian formaggio, « L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi », in *Riv. int.fil. dir.*, 1985,78; AA.VV. (a cura di A. Pizzorusso e N. Varano), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985; A. Baldassarre, « Principi generali del diritto », in

Enc. Giur., Milano, 1986; id., *Diritti della persona e valori della Costituzione*, Torino, 1997. Fondamentale, nella letteratura straniera, C. English, *Introduzione ... cit.* Per una decisa critica al ricorso ai valori E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973; S. Regasto, *L'interpretazione della Costituzione*, Rimini, 1998, che offre un significativo panorama di «va lori, principi e norme in alcune esperienze comparate». Avverte circa i rischi di una mercificazione dei valori C. Schmitt, «La tirannia dei valori», in *Rass. dir. pubb.*, 1980, 3. Per la categoria dei principi, V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982; F. Modugno, «Principi e norme, la funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali», in *AA.VV.* (a cura dif. Modugno), *Esperienze giuridiche del 900*, Milano, 2000; A. Baldassarre, *Diritti ... cit.* esprime la necessità che per le libertà civili «la cristallizzazione in formule giuridiche rigide è il destino più desiderabile» S. Rodotà, «Ideologie e tecniche di riforma del diritto civile», in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 89). Essi godono di una duplice sostanza, quella concettuale e quella ideale, la prima oggetto di discussioni e legata al divenire storico e la seconda non conoscibile in maniera diretta, «né per intuizione, né per dimostrazione» (L. Mengoni, «Spunti ...» cit.), ma soltanto, credo, argomentabile per casi esemplari e, sotto tale profilo, finiscono con il rientrare nell'esperienza storico-concettuale.

(15) Una diversa prospettiva sembra proposta da A. Baldassarre, *Diritti ... cit.*, p. XVI, per il quale il «mutevole investimento di senso e di valore» deriva alla Costituzione, in una democrazia pluralista, dal «plebiscito di ogni giorno che l'opinione pubblica e la società compiono in direzione dei principi costituzionali». Il problema merita approfondita riflessione, essendo certamente connesso a quello della rilettura dell'idea di costituzione materiale in «chiave ermeneutica» (S. Bartole, «Costituzione materiale e ragionamento giuridico», in *Studi Crisafulli*, Padova, 1982, pp. 53 ss, p. 62, con significativa ricostruzione bibliografica), quale strumento tecnico che consente all'interprete di cogliere i valori ed i principi e di adeguarsi ad essi nella misura in cui «voglia garantire e assicurare la permanenza di un dato sistema o regime» (S. Bartole, «Costituzione ...» cit., p. 62). L'Autore, oltre a porre il problema del metodo e della difficoltà dei tentativi di proporre una ricostruzione olistica, apre una prospettiva di ricerca basata sull'analisi di quelle che appaiono due componenti della Costituzione Materiale, le convenzioni ed i principi, entrambe prive della «pretesa conoscitiva totalizzante» (S. Bartole, op. cit., p. 68).

Tale prospettiva riesce a dare una spiegazione razionale del meccanismo di crescita dello stato pluralista, e, attraverso la riflessione sul modo di essere e di operare dei valori, mette in diversa luce la stessa funzione della scienza giuridica (16), secondo un «modo di porsi di fronte al diritto (che) costituisce soltanto un atteggiamento iniziale, una predisposizione verso soluzioni miti» (17). Essa risponde a quell'intersecarsi nel reale dei rapporti che uniscono interessati, dottrina, giurisprudenza ed operatori nell'applicazione della legge, e prova razionalmente come dall'analisi del reale emerge che nessuno dei soggetti coinvolti compie attività di mera speculazione, ma sviluppa sempre «direttive per l'azione pratica o per un'opzione», ciò che poi rappresenta l'intima natura dell'interpretazione (18).

La motivazione della sentenza 500/99 cit. ricostruisce la materia secondo i canoni riferiti, nel momento stesso in cui attribuisce valore decisivo ai fini della propria decisione alla dottrina, alle tendenze giurisprudenziali ed alle «più elementari esigenze di giustizia», utilizzando quale chiave di volta da un lato la definizione del valore del pregiuridico, come sistema dal quale trarre gli elementi per integrare la norma, dall'altro la comprensione del limite connotato a tale opzione.

Un risultato accettabile in tale direzione si raggiunge ammettendo che la qualificazione del «pregiuridico» dipende da un'operazione

(16) È stato autorevolmente affermato come la *juris prudentia*, differenziata dalla *scientia juris* vista come *ratio speculativa*, debba essere intesa quale «razionalità materiale» che opera, anziché con il criterio qualitativo vero-falso, secondo una «progressione quantitativa dal meno al più appropriato, dal meno al più opportuno, dal meno al più adeguato e produttivo», con «un'attenzione al possibile nella realizzazione dei principi» che «nel linguaggio oggi corrente si denomina ragionevolezza» (G. Zagrebelsky, *Il diritto ... cit.*, p. 168, il quale cita A. Cappellini, «*Juris Prudentia versus scientia juris: prolegomena ad ogni futuro lessico politico europeo*», in *Fu. poi.*, I, 87, 313 e ss.). Cfr. la distinzione kelseniana (cfr. H. Kelsen, *La dottrina*

at.) fra interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, che ascrive alla prima, con il formarsi della decisione inoppugnabile, carattere di autenticità. La riflessione, riguardo agli effetti cui mira l'interpretazione, è presente nella nostra tradizione culturale ed ha fatto maturare in molti Autori l'affermazione del maggior rilievo dell'interpretazione orientata alla produzione di norme per il caso concreto (interpretazione giudiziale, definita propria in opposizione a quella scientifica da A. Galloni, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1955). Sul valore cognitivo dell'attività interpretativa, come tale svincolata dall'uso — applicazione — che di essa sarà fatto, cfr. S. Romano, *Frammenti*

cit; R. Quadri, «*Dell'applicazione della legge in generale*», in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1974. Sul tema, cfr. S. Regasto, *L'interpretazione ... cit.*

(17) Cfr. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 168.

(18) Cfr. E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 803; A. Pierandrei, «*L'interpretazione della Costituzione*», in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965.

valutativa condotta dal punto di vista dell'ordinamento dato, secondo una condivisibile premessa di parte della autorevole dottrina pubblicistica (19) e privatistica (20). Ne sono coscienti le S.U., che procedono alla comparazione tra «interesse individuale perseguito dal privato ed interesse ultraindividuale perseguito dalla P.A.», in un *balancing test* che non investe semplicemente l'aspetto qualitativo delle posizioni, ma si preoccupa di specificare come il sacrificio dell'una rispetto all'altra sia consentito «solo se l'azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione» (21). Il bilanciamento, in altri termini, si conferma strumento di valutazione del pregiuridico meritevole di tutela in quanto rispondente ai valori costituzionali sottesi alla concreta fattispecie ed è, evidentemente, condizione perché non si scivoli in un riferimento meramente quantitativo rispetto al dato sociale (22).

Questo processo corrisponde esattamente all'evoluzione dell'ambito di applicazione della tutela aquiliana, la cui espansione (diritti soggettivi assoluti e diritti reali, poi possesso, quindi tutela esterna del

(19) A voler trascurare l'originale contributo di S. Romano, *Frammenti ... cit.*, cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1974, p. 299 Ss., il quale, in riferimento alla pluralità di ordinamenti, afferma che «ogni norma sociale è giuridica per il fatto stesso di connettersi ad un'istituzione da cui riceva garanzia».

(20) Tale mi sembra il presupposto dell'analisi dell'« incontro tra ordinamento statale e negozio» consistente in un'operazione di constatazione del « grado di compatibilità» dei diversi valori ad opera dell'ordinamento statale in G.B. Ferri, *Il negozio ... cit.*, p. 65

(21) Cass. SU. 500 cit., sub 8.

(22) Come sembrerebbe potersi dedurre dalle indicazioni fornite da Cass. 500/99 cit., nel riferimento all'unanimità della dottrina, o, in diversa materia, ma sempre a proposito di clausole generali, a Cass. Lav. 3645/99. Il bilanciamento richiede, invece, il riferimento al diritto vivente e, in quanto parte fondamentale di esso, alla costituzione vivente, che non può essere vista quale frutto pressoché esclusivo delle decisioni del gruppo dominante (secondo la lettura che è invece propria di C. Mortati, «Note introduttive ad uno studio sui partiti politici nell'ordinamento italiano», in *Scritti Orlando*, Padova, 1957). Nell'interpretare, infatti, non può prescindersi dalla dinamica interazione (compromesso) fra maggioranza e minoranza che all'interno delle democrazie pluriclasse connota la stessa produzione legislativa (Cfr. H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1955, che nella produzione legislativa vede un momento di massima libertà.). Del resto, è stato ampiamente posto in luce come il ruolo dei partiti, che solo nelle letture classiche rispondono al rigido gioco maggioranza! opposizione, e pure rappresentano un dato imprescindibile per la costruzione della costituzione materiale, debba essere letto nel quadro complessivo di quello « svolto da tutte le formazioni sociali diverse » (S. Gambino, « Note su partiti politici e forme di governo:

il contributo di Leopoldo Elia al rinnovamento del metodo giuridico nella Scienza costituzionale », in *Studi Elia*, Milano, 1999, p. 647), sussistendo i presupposti perché in relazione almeno ad alcune di esse « si possa e si debba parlare di costituzione vivente» (S. Gambino, *Crisi istituzionale e riforma della Costituzione*, Pisa, 1983, p. 53, che commenta anche i dati offerti da A. Manzella, *Il Parlamento*, Bologna, 1977).

credito, posizioni legate alla famiglia di fatto, fino agli interessi legittimi) si è caratterizzata proprio per una diversa valutazione di situazioni che sono passate da una rilevanza specifica (quanto a risarcimento) di tipo pregiudiziale ad un rilievo giuridico, da fatti socialmente rilevanti a fatti giuridicamente rilevanti. A tale risultato si è pervenuti dopo che la Corte costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 2043 c.c. nella parte in cui si riteneva escludesse il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo (23), con motivazione che pur rilevando la gravità dello stato della normativa, esteriormente manteneva ferma l'interpretazione di essa proposta dalla Cassazione (24).

Il riferimento alla giurisprudenza di legittimità, al di là della possibile individuazione di motivi di dissenso con la posizione della Consulta, conferma che il giudizio di valore rispetto ai comportamenti deve rispondere, innanzitutto, ad un criterio di costruzione della norma del caso concreto che ricade nel controllo della Corte costituzionale solo nei limiti in cui si discuta della legittimità.

Viceversa, la definizione del significato della norma rientra nella competenza dell'autorità giudiziaria, coordinata dalla Cassazione tra mite la funzione nomofilattica, così come riconosciuto anche dal giudice delle leggi (25), che attribuisce ad essa la responsabilità di

(23) C. Cost. 35/1980; C. Cost. 8.5.1998 n. 165, in *Giur. it.*, 1998, I, 10, 1928, con nota di Angeletti, « Il risarcimento degli interessi legittimi e la Corte Costituzionale: un'ammissibilità rinviata a migliore occasione ».

(24) Contra (in parte), in relazione a C. Cost. 165/98 cit., Angeletti, « Il risarcimento ... » cit. L'Autore, pur ammettendo che l'impianto della motivazione è improntato al rispetto dei canoni forniti dalla Cassazione (ad esempio in tema di necessaria ricorrenza di fattispecie di diritto soggettivo e di pregiudizialità dell'annullamento), rileva una parte motivata in difformità e la contraddizione consistente nel ricorso alla figura dell'ipoteticità della rilevanza della questione (su cui cfr. nota redazionale a Corte cost. 26.5.1998 n. 187 in Giur. cost., 1998, 3, p. 1541 Ss; in dottrina cfr. almeno A. Cerri, Corso di giustizia costituzionale, Milano, 1997; A. Ruggieri, A. Spadaro, Lineamenti di giustizia costituzionale, Torino, 1998). Ciò offre, in effetti, per come rilevano gli autori, motivi per ritenere implicitamente presupposta l'ammissibilità della tutela richiesta. Infatti, ritenere la questione solo ipotetica (con conseguente declaratoria di inammissibilità) in quanto il giudice ordinario remittente non avrebbe sospeso il giudizio in attesa della decisione pregiudiziale del giudice amministrativo, significa ritenere risolta la questione della pregiudizialità che, in tanto ricorre, in quanto l'interpretazione dell'art. 2043 c.c. ammetta la risarcibilità del danno da interesse legittimo. Salvo affermare che la questione fosse relativa (e non lo era) a posizioni di diritto soggettivo. Sulla rilevanza della pregiudizialità delle questioni cfr. nota red. a C. Cost. 83/98 in Giur. cost., 1998, p. 779 ss.

(25) Così S. Evangelista, « La professionalità dei magistrati della Corte Suprema di Cassazione, » in Atti dell'Ass. Gen. Cass. 1999, in Gazz. giur., 19/99, pp. 36 e ss., che

esprimere nei propri orientamenti il « diritto vivente » (26). È rispetto al diritto vivente che la Corte costituzionale è particolarmente motivata ad intervenire per verificare la conformità alla Carta, non essendo l'area propria del controllo di legittimità l'interpretare, sic et simpliciter, diversamente la norma.

Le decisioni d'inammissibilità, sotto questo profilo, tenuto conto della dichiarata « indubbia gravità e particolare attualità » (27) del problema, del richiamo all'evoluzione legislativa ed alle aperture in materia di affievolimento, possono essere viste anche come un invito rivolto in prima battuta al legislatore, perché regoli il riparto di giurisdizione e gli aspetti relativi alla finanza pubblica. L'invito, tuttavia, investiva in seconda battuta il giudice di legittimità, che, a fronte di un quadro di riferimento fortemente mutato rispetto all'entrata in vigore della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, sia per l'evoluzione legislativa, sia per il riferimento comunitario, sia per il diverso atteggiarsi (in diritto, non solo in fatto) del rapporto amministrazione-cittadino, pareva non voler assumere su di sé un onere che pure gli era proprio sotto un duplice profilo: in forza della funzione di garanzia dell'uniforme interpretazione ed applicazione della legge ed in virtù della delega effettuata dal legislatore attraverso la clausola generale.

Dunque, se il legislatore non riusciva a risolvere l'antinomia e le contraddizioni scaturenti dall'interpretazione dell'art. 2043 c.c. in materia de qua, se, in altri termini, era impedito a rispondere ad

richiama C. cost. 110/95; 139 e 155/96; cfr. pure C. cost. 526/90 e 71/81; 230/83; 244/82; 73/85. L'intervento della Cassazione rappresenta, sotto tale profilo, un antecedente logico, anche se non giuridico, delle decisioni della Consulta. Tuttavia, l'importanza logica emerge pienamente ove si rifletta come rispetto al « diritto vivente » la Corte si muova in termini di valutazione di conformità/difformità rispetto alla Carta, mentre è soprattutto in assenza di un'interpretazione consolidata (conflitti giurisprudenziali non composti, assenza di precedenti di legittimità) « che la corte riassume la propria libertà di giudizio anche nell'interpretazione delle norme impugnate » (L. Paladin, Diritto costituzionale, Padova, 1995, p. 773). In ciò, del resto, si concretizza quello che è

stato definito l'unico modo di possibile interazione fra Cassazione e Corte Costituzionale, cioè « un principio di collaborazione (che vuol dire collaborazione tecnica e non semplice buona volontà) » L. Chiarelli, «Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione», in Studi Ascarelli, Milano, 1969, p. 2851 ss., p. 2867).

(26) Cfr. A. Anzon, « La Corte Costituzionale e il diritto vivente », in Giur. cost., 1984; R. Granata, «Corte di Cassazione e Corte Costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità. Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale », in Foro it., 1998, I, 14 Ss.; Pugiotto, Sindacato di costituzionalità e diritto vivente, Milano, 1994.

(27) C. Cost. 35/80 cit. in C. Cost. 165/98 cit.

un'esigenza derivante dall'evoluzione dell'ordinamento, la funzione della clausola generale doveva, prima o poi, trovare pratica e legittima attuazione, tanto più che, come aveva sottolineato la migliore dottrina, l'esclusione della tutela in questione era solo il frutto di « una tipica

petizione di principio » (28), non esistendo nella norma alcuna indicazione contraria.

Tale considerazione, tuttavia, non può ritenersi conclusiva, re stando da verificare, almeno a livello d'indicazione problematica, la reale armonia del risultante sistema dei rapporti fra interessi del singolo ed attività illecita della P.A.. il sopravvivere di incertezze in ordine alla ricostruzione complessiva dell'istituto, infatti, è fisiologica conseguenza di un'innovazione realizzata tramite una sentenza, per quanto del Supremo Collegio, e ciò per diversi ordini di ragioni. Per anticiparne alcune: innanzitutto, perché il legislatore può riappropriarsi della delega, introducendo una disciplina in ipotesi diversa o comunque limitativa rispetto alle soluzioni possibili sulla base del principio enucleato dalla Suprema Corte (29) (è ciò che è puntualmente avvenuto con il completamento della riforma culminata con la l. 205/00); inoltre, perché la decisione è statuizione del principio di diritto da applicare al caso concreto sulla base delle censure mosse dalle parti, senza che essa possa governare interamente l'assetto del caso concreto, che spesso troverà soluzione, come nel caso di specie, attraverso l'opera del giudice di rinvio.

3. Completezza della tutela e certezza del diritto: alcuni spunti di riflessione nel confronto fra ordinamento comunitario e ordinamento interno in relazione alle problematiche della giurisdizione esclusiva, della pregiudizialità dell'azione di annullamento, dell'elemento soggettivo

Le tensioni introdotte nell'ordinamento interno dall'ammissione a risarcimento dei danni da attività amministrativa sono naturalmente

molteplici, e le ragioni di un intervento limitato spingono a selezionarne

(28) Cfr. la relazione di M. Lipari, in La responsabilità per lesione ... cit.

(29) Del resto, l'ampiezza delle facoltà del legislatore è tale che la stessa Corte costituzionale ha più volte « esclusa la violazione del giudicato costituzionale in ragione dell'evoluzione complessiva dell'ordinamento » (A. Ruggeri, Le attività conseguenziali nei rapporti fra la Corte Costituzionale e il Legislatore, Milano, 1988, p. 63, il quale cita C. cost. 180/82 in Giur. cost., 1982, I, p. 2011; C. cost. 13/81; C. cost. 40/79 annotata da V. Crisafulli, «Un saggio 'non liquet', in Giur. cost., 1979, I, p. 338).

alcune secondo un criterio evidentemente arbitrario ma legato alle prospettive della completezza della tutela e della certezza del diritto (30).

Il limite dell'origine giurisprudenziale dell'ammissione della tutela de quo si rivela soprattutto nel momento in cui il legislatore, anziché procedere ad una organica riforma, preferisce lasciarne la disciplina alla clausola generale, intervenendo invece nel riparto di giurisdizione.

Il metodo adottato dalla riforma (culminata con la l. 205/00), nelle intenzioni diretto a superare la tradizionale dicotomia interessi legittimi/diritti di cui alla l. 20.03.1965, n. 2248 all. E, tendenzialmente ripartisce la giurisdizione secondo un sistema di attribuzione per materia, che implica l'espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, cui sono pure affidate, *ratione materiae*, « tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, (... ed) agli altri diritti patrimoniali conseguenziali » (art. 7 l. 1034/71 novellato) (31).

L'opzione del legislatore vale certamente a scongiurare i rischi di conflitto di giudicati o di duplicazione di giudizi che la decisione delle sezioni unite lasciava prevedere, attribuendo al giudice civile la giurisdizione sul diritto al risarcimento con facoltà di conoscere incidenter tantum dei vizi dell'atto amministrativo nella prospettiva della responsabilità, ma definisce un sistema difficilmente conciliabile con il disegno costituzionale ed in contrasto con la fondamentale esigenza della completezza ed uguaglianza della tutela. Come è stato autorevolmente notato (32) la Costituzione (artt. 103, I; 111, u.c. Cost.) ha strutturato la tutela davanti al giudice amministrativo, in materia di diritti, in termini di eccezione rispetto alla generale giurisdizione dell'AGO, per quei limitati casi qualificati come « particolari materie indicate dalla legge » (art. 103, I, Cost.).

Una esegesi funzionale alla massima garanzia della tutela consente di ritenere che l'art. 103, I Cost. ponga una riserva di legge, del cui carattere rafforzato si può essere convinti dando la giusta collocazione

(30) Sui principi di completezza della tutela e certezza del diritto rinvio a quanto evidenziato nell'altro mio intervento presente nel testo.

(31) Cfr. R. Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001; cfr. pure AA.VV., *Il sistema della giustizia amministrativa*, Milano, 2000.

(32) Cfr. A. Proto Pisani, « Verso il superamento della giurisdizione amministrativa? », in *Foro it.*, 2001, V-3, p. 21 Ss.; F. Bile, « Qualche dubbio sul nuovo riparto di giurisdizione », in *Corr. giur.*, 1998, p. 1475 Ss.; contra, G. Barbagallo, « Il nuovo riparto di giurisdizione: una scelta coerente », *ibidem*, p. 1471 Ss.

al significante « particolari », il cui contenuto prescrive d'individuare le materie secondo un criterio che solo in presenza di uno stretto legame fra interesse pubblico e posizione soggettiva, consenta, per l'appunto in termini di eccezione rispetto alla regola, la riserva in favore del giudice amministrativo in quanto particolarmente versato nel preservare la sfera di discrezionalità della pubblica amministrazione.

Tale lettura, peraltro, è conestata dal tenore degli artt. 113, II, e 111, u.c., Cost.: la limitazione del ricorso in Cassazione ai soli motivi di giurisdizione, infatti, (in parte) riesce ad essere giustificata solo fino a quando la tutela dei diritti sia sottratta al controllo nomofilattico eccezionalmente ed in materie di secondario rilievo. Ciò è tanto vero che la principale, se non unica, materia in cui appariva particolarmente esteso, per quantità e qualità dei casi, l'intervento della giurisdizione esclusiva, cioè il Pubblico Impiego, con la riforma è stato affidato dal d.lgs. 80/98 alle cure del giudice ordinario proprio per l'ampiezza del dibattito giuridico, politico e sociale in ordine alla legittimità di una tutela differenziata per categorie di lavoratori.

Tale linea di tendenza è ribaltata dall'ampiezza delle materie affidate alle cure esclusive del giudice amministrativo in sede di ulteriore riforma, soprattutto in relazione agli aspetti risarcitori e dei diritti patrimoniali conseguenti. Nella novellata dimensione, la sottrazione al controllo nomofilattico della Cassazione, che rappresenta il momento di garanzia dell'uguaglianza della tutela e della certezza del diritto (33), entrambi principi fondamentali di rilievo costituzionale anche nella lettura offerta dalla Corte di Giustizia, appare difficilmente conestabile. Ciò non solo e non tanto per il timore che il processo di evoluzione del rapporto fra cittadino ed amministrazione, dichiarata mente ispirato all'eliminazione delle aree di privilegio di quest'ultima, in realtà, si risolva nel perdurare d'interpretazioni ispirate alla specialità delle situazioni ed alla riduzione dell'ambito di tutela dall'operato dei pubblici poteri, ma soprattutto, per la sicurezza che, rispetto a deviazioni dai principi di uguaglianza, equivalenza della tutela e certezza del diritto, l'ordinamento resti privo di quei rimedi, interni al complesso sistema giurisdizionale, che ne rendono possibile la correzione e ne evitano il perdurare.

(33) Cfr. A. Proto Pisani, « Verso il superamento ... » cit.; F. Bile, « Qualche dubbio .. » cit.; sulla centralità del ruolo della suprema giurisdizione, cfr. Morbidelli, La tutela cit.

Sotto altro profilo, la pluralità di parametri di giudizio resa possibile dall'esistenza di due giurisdizioni supreme, il Consiglio di Stato (che è anche supremo consulente dello Stato) e la Cassazione moltiplicano i modelli cui lo stesso giudizio costituzionale di uguaglianza si rivolge, tramite il sistema del tertium comparationis, rendendo ancora difficile la prevedibilità in senso soggettivo ed oggettivo delle valutazioni dell'ordinamento. Non si tratta solo di una ipotesi virtuale, in quanto, nello specifico del risarcimento dei danni, il Consiglio di Stato ha ritenuto che nella ricerca dell'elemento soggettivo il criterio proposto dalle Sezioni Unite con la sent. 500 cit. sia insufficiente (sul tema, cfr. oltre), dovendo preferirsi una ricostruzione legata ai vizi, alla gravità della violazione, all'ampiezza della discrezionalità, agli elementi riconducibili all'apporto dei privati nell'ambito del diritto di partecipazione (34).

Particolarmente significativo che la decisione utilizzi, quale argo mento diretto a conestare la propria posizione, le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria (35), fornendo l'ennesima conferma della forza espansiva e del valore centrale della dimensione europea quale formante per il diritto interno.

La complessità della materia, e quindi l'insostituibilità dell'intervento diretto a garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione della legge, trova conferma nell'esame di alcuni temi relativi alla pregiudizialità o meno dell'azione di annullamento ed ai criteri d'individuazione della colpa ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni. Le sezioni unite hanno escluso, come sopra evidenziato, un rapporto di pregiudizialità fra domanda di annullamento e richiesta di danni, in coerenza con il sistema di riparto originario ex l. 2248/1885, della giurisdizione.

L'autonomia delle questioni oggetto di valutazione nell'azione di danni e di annullamento (36), del resto, consente probabilmente di superare anche alcuni spunti per sostenere la tesi contraria, derivanti

(34) Consiglio di Stato, n. 9267-9477 Reg. Ric., anno 2000, in www.giustiziaamministrativa.it.

(35) In particolare, richiama Corte Giustizia CE .5 marzo 1996, cause riunite n. 46 e 48 del 1993; Id., 23 maggio 1996, causa C-511994. Le sentenze della Corte di Giustizia, citate anche infra, (ove non diversamente indicato) sono disponibili in europa.eu.int/cj/it/jurisp/index.htm

(36) A. Di Majo, « Il risarcimento del danno degli interessi non più solo legittimi », in AA.VV., Il sistema cit.

dalla lettera del novellato art. 35 d.lgs. 80/98 (37), ed ai quali parte della giurisprudenza non si è mostrata insensibile (38).

Nel quadro vigente, tuttavia, il rifiuto della pregiudiziale da annullamento implica la possibilità di prospettare il sopravvivere della giurisdizione ordinaria per danni ove non sia richiesto annullamento (39), o ritenere che, per i danni, il giudice amministrativo possa essere adito a prescindere dalla proposizione dell'azione di annullamento (40), ovvero anche decorsi i termini per la proposizione di essa (41). Ed anche abbandonando la prima delle posizioni richiamate, resta il problema se il mancato esercizio dell'azione di annullamento escluda da risarcimento i danni conseguenti all'inerzia in quanto ascrivibili alla categoria di quelli che « il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza » (art. 1227, II, c.c.).

Nella diversità di opinioni, emerge chiaramente la tensione tra l'affermazione dell'applicabilità delle categorie civilistiche, che escludono dall'ambito dell'art. 1227, II cit. l'onere di procedere in giudizio (42), e la prevalenza della specificità derivante dalla presenza della Pubblica Amministrazione (43). Del resto, anche chi sostiene la tesi più favorevole al cittadino, finisce poi con l'ammettere che il danneggiato debba proporre, sotto possibile comminatoria ex art. 1227, II, c.c.,

(37) Il tar conosce «anche dell'eventuale risarcimento del danno », art. 35, IV comma, d.lgs. cit; « controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi », art. 35, V, d.lgs. cit.

(38) Cfr. TAR Campania, Napoli, I, 603/00, in Urb. e App., 2001, con nota di R.

Caranta, « 11 ritorno dell'irresponsabilità ». Giurisprudenza contraddetta da C. di S.

6246/00, in Giur. it., 2001,385; TAR Lazio, 3925/99, in For. Amm., 2000, 2355, cit. in

Caranta, Attività ... cit.

(39) Cfr. A. Romano Tassone, « Giudice amministrativo e risarcimento del danno », in www.giust.it

(40) Così R. Caranta, *Attività amministrativa ... at.*; cfr. pure le opinioni di F. Caringella, A. Pajno, A. Di Majo in AA.VV., *Il sistema della giustizia amministrativa*

cit.; contra C. Consolo, «La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice ordinario e ne imita il processo », in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 535 Ss.

(41) Cfr. R. Caranta, *Attività ... cit.*; contra, P. Stella Richter, «Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa », in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 438; cfr. pure L.V. Moscarini, «Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza », in *Giur. it.*, 2000, 24, in relazione alla ricostruzione del risarcimento in forma specifica rispetto alla tutela di annullamento.

(42) Cfr. R. Caranta, *Attività ... cit.*

(43) Cfr. S. Veneziano, « Profili attuali di riforma della giustizia amministrativa », in AA.VV., *Il sistema ... cit.*; ibidem, C. Varrone, *La sentenza delle SS. UU. della Cassazione in tema di (pretesa) risarcibilità degli interessi legittimi: alcuni equivoci da chiarire, che non manca di richiamare anche il parametro di cui all'art. 2056 cc.*

un'istanza di riesame alla P.A. (44), con ciò mostrando come, in realtà, i problemi di coordinamento fra tutela fra privati e nei confronti dell'amministrazione siano frutto di qualcosa in più di mere vischiosità storico-dottrinali.

Il formante giurisprudenziale comunitario presenta alcune disarmonie nel parallelismo delle tutele (interna e comune) in relazione ai principi adottati sul versante della autonomia fra azione diretta all'annullamento di atti e azione rivolta a sottrarre al pregiudizio o a riparare le conseguenze derivanti dall'atto divenuto inoppugnabile. Infatti, la Corte di Giustizia, nell'evidente proposito di salvaguardare i principi dell'effetto utile (45) e della preminenza dell'ordinamento europeo, non esita a ritenere che ogni atto delle autorità degli stati membri contrastante con il diritto comunitario, anche se divenuto inoppugnabile per decorso dei termini, non possa comunque trovare applicazione, con ciò lasciando intuire la non configurabilità della pregiudizialità di azioni caducatorie rispetto ad azioni risarcitorie, ripetitorie o comunque dirette a sottrarsi agli effetti di esso (46).

Peraltro, nello specifico della determinazione della risarcibilità del danno conseguente a violazioni del diritto comunitario da parte degli stati membri, la Corte ammette che « il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitarlo o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione » (47). Tuttavia, la pregiudizialità del rimedio interno è limitata dalle ragioni della effettività della tutela, che è salvaguardata dalla Corte di Lussemburgo escludendo che l'onere possa essere spinto fino a perseguire azioni di carattere « impossibile o eccessivamente difficoltoso » ovvero scontate nel loro esito perché « la normativa nazionale negava il beneficio » (48) previsto da quella comunitaria.

(44) Cfr. R. Caranta, *Attività cit che aderisce alla tesi di F. Caringella, «Giudice amministrativo e risarcimento del danno», in AA.VV., a cura di F. Caringella, M. Protto, Il nuovo processo amministrativo, Milano, 2001, p. 668.*

(45) Cfr. pure G. Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario, Milano, 2001.*

(46) C-224/97, sentenza 29.04.1999, in RIDPC, 2000, I, 149 ss., con nota di Barbieri, « Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario ».

(47) S. 5.03.96 c. C-46/93 e C-48/93 Brasserie du pecheur e Factortame, nn. 84 e 85.

(48) Cause riunite C-397/98 e C-410/98, s. 08.03.2001, Metallgesellschaft, punti 101 e 102.

Inoltre, se la Corte di Giustizia non esclude che il diritto interno possa dare rilevanza ad azioni pregiudiziali (con il limite della loro ragionevolezza), l'obbligo degli stati membri non può essere eluso o ritardato richiedendo la previa « pronuncia di una sentenza della Corte che accerti l'inadempimento» (49). L'articolata posizione relativa agli inadempimenti da parte degli stati membri, come anticipato, non risulta perfettamente simmetrica rispetto a quella adottata dalla Corte in materia di danni determinati dalle istituzioni comunitarie (artt. 235

CE e 288 CE), giacché per tali ipotesi, superando qualche incertezza intermedia (50) e riprendendo la giurisprudenza più risalente (51), la Corte, pur ammettendo in principio l'autonomia del procedimento di

annullamento rispetto a quello diretto ad ottenere il risarcimento (52), ne limita fortemente la portata statuendo, asseritamente per preservare

la certezza del diritto, l'irricevibilità (per inoppugnabilità dell'atto che ha determinato la lesione) di una domanda di risarcimento « diretta contro la stessa illegittimità e intesa ad ottenere lo stesso risultato patrimoniale » (53).

Il valore culturale e la vis espansiva della riflessione svolta in sede comunitaria per le materie lasciate alla cura degli stati membri, anche in virtù delle spinte verso il ravvicinamento delle legislazioni e la creazione di un diritto comune, suggerisce, quindi, un approfondimento della problematica del rapporto fra diligenza e pregiudizialità dell'azione di annullamento che tenga nel dovuto conto l'esigenza di bilanciare i valori della certezza del diritto, del buon andamento dell'amministrazione e dell'effettività della tutela. In particolare, e fermo restando che le esigenze casistiche sono di difficile previsione e non consentono rigide classificazioni, rispetto a taluni interessi pretensivi (o, nella prospettiva europeistica, rispetto a « posizioni correlate a

(49) S.s. 5.03 .96, Brasserie da pecheur e Factortame cit., disp. n. 5.

(50) S. 28.04.1971 c. 4/69; s. 17.05.1990, c. C-87/89.

(51) S. 15.07.1963 causa 25/62.

(52) Cfr. s. 28 aprile 1971, causa 4/69, Lütticke/Commissione, Racc. p. 325, punto 6; s.2 dicembre 1971, causa 5/71, Zuckerfabrik Schöppenstedt/Consiglio,Racc. p. 975, punto 3.

(53) S. 14 settembre 1999, AssiDomän Kraft Products AB, procedimento

C-310/97 P; cfr. pure, conformi, s. 05.12.1979, c. 143/77, Koninklijke Scholten-Honig, (con una certa «timidezza »); s. 12 novembre 1981, causa 543/79, Birke/Commissione e Consiglio, Racc. p. 2669, punto 28, e causa 799/79, Bruckner/Commissione e Consiglio, Racc. p. 2697, punto 19, e 26 febbraio 1986, causa 175/84, Krohn/Commissione, Racc. p. 753, punto 33; s. tribunale 7 febbraio 2001, T-186/98, Compañía Internacional de Pesca y Derivados, SA (Inpesca).

potestà amministrative ampliative » (54)) connotati da un danno derivante soprattutto dal perdurare in vita dell'atto in se (ad esempio, un diniego di autorizzazione in procedimento privo di discrezionalità amministrativa), non appare irragionevole onerare la parte di un ricorso, contestuale o pregiudiziale, i cui brevi termini di decadenza (rispetto a quelli di prescrizione dell'azione aquiliana) contemperano l'interesse generale alla certezza con quello del singolo ad una pronta eliminazione degli effetti lesivi.

Altre fattispecie in cui potrebbero emergere criticità del sistema sono quelle legate alle procedure di appalto: infatti, il mancato annullamento potrebbe determinare azioni di danni proposte da soggetti diversi in tempi diversi, con astratta possibilità di giudicati contrastanti.

In ogni caso, è evidente l'urgenza che l'amministrazione diventi realmente efficace ed efficiente ed in particolare che sappia ricorrere all'autotutela per limitare i rischi connessi ad una disciplina allo stato non priva di possibili inconvenienti. Peraltro, il tema dell'efficienza è strettamente correlato alla riflessione intorno all'elemento soggettivo, in quanto i criteri proposti dal sistema vigente, con particolare riferimento alla colpa specifica, intesa come violazione di norme espresse, dirette a preservare l'interesse giuridico che è stato leso, richiamano diretta mente conoscenze che l'organo dell'amministrazione, in quanto tale, non pare possa legittimamente negare di possedere.

Certo, le Sezioni Unite hanno chiaramente escluso quest'opzione ed hanno espresso l'esigenza di tenere separata l'illegittimità dell'atto dall'illiceità, quest'ultima qualificata dall'elemento soggettivo, ma nel riferire detta indagine non all'agente, bensì all'organizzazione della p.a. nel suo complesso, rendono difficile accettare la distinzione e individuarne i criteri, soprattutto perché la struttura sostanziale e processuale dell'interesse legittimo rende la P.A. destinataria di uno specifico obbligo giuridico, di fonte costituzionale, in ordine al corretto esercizio dei propri poteri nei confronti delle posizioni giuridicamente protette. Infatti, la P.A., assumendo funzione centrale nell'attuazione dei diritti sociali e quindi nella realizzazione degli obiettivi fondamentali della solidarietà in chiave di realizzazione dell'eguaglianza sostanziale (55), diventa garante di un bene primario per la stessa democrazia, cioè la

(54) Cfr. G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 212.

(55) Cfr. A. Baldassarre, « Diritti sociali . . » cit G. Bognetti, voce « Divisione dei poteri », in *Enc. Giur.*

permanenza, fuori dalle ipotesi di sacrificio consentito, del bene della vita riconosciuto ai privati come situazione di vantaggio, ancorché non di diritto soggettivo. In altri termini, i principi di legalità e legittimità

dell'azione amministrativa connotano le norme che disciplinano le funzioni ed i poteri della P.A. anche come generatrici a carico dei pubblici uffici di un obbligo giuridico di impedire eventi di tale fatta.

Tale prospettiva offre conferma alle autorevoli tesi (56) volte a riconsiderare il ruolo della colpa specifica come connaturata alla violazione di legge, ed anzi, nel momento stesso in cui indica un ruolo giuridico di garanzia della P.A. spinge a ritenere decisiva, per la verifica dell'elemento soggettivo, l'indagine circa l'influsso causale rispetto all'evento. Se la colpa consiste nell'aver omesso il rispetto delle regole poste per l'azione amministrativa (57), in quanto dirette ad impedire il fatto lesivo del bene della vita riconosciuto al cittadino, la limitazione della responsabilità si sposta sul versante dell'efficienza causale della colpa rispetto al danno: il che si verifica attraverso un giudizio prognostico teso ad accertare, secondo le condizioni esistenti al momento della realizzazione del comportamento omissivo o commissivo, se, sostituendo la violazione con la condotta conforme al precetto, l'evento sarebbe stato impedito.

Sul piano dell'esclusione della colpevolezza, una solida ricostruzione, confortata dall'analisi delle soluzioni comparate, propone la centralità dell'errore di diritto scusabile, come tale non imputabile neppure alla struttura dell'amministrazione, individuandone le figure sintomatiche nell'aver seguito le indicazioni di corti superiori, nello stato incerto dell'interpretazione, nel carattere grave e manifesto della violazione (58). In via di principio, si nega che le carenze strutturali ed organizzative possano essere causa di esclusione di responsabilità (59), ma a diversa conclusione potrebbe giungersi riconsiderando il limite

(56) Cfr. le tesi di F.G. Scoca, « Per un'amministrazione responsabile », in *Giur. cost.*, 1999, 4054; G. Abbamonte, « L'affermazione giurisprudenziale e legislativa della risarcibilità del danno derivante dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa. Profili sostanziali e processuali », in *Il sistema ... cit.* In giurisprudenza, cfr. C. di S. cit.. Contra, sul presupposto che la disciplina dell'azione amministrativa non sia normalmente predisposta per evitare danni, R. Caranta, *Attività amministrativa ... cit.*

(57) Illuminante la ricostruzione della colpa nei reati omissivi: cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale*, I, Bologna, 1994.

(58) Cfr. R. Caranta, *Attività cit.*, con significativi riferimenti alla giurisprudenza; *La responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993.

(59) Cfr. R. Caranta, *Attività ... cit.*

della finanza pubblica, quale presupposto dell'organizzazione dell'amministrazione (ad esempio, il mancato rispetto dei termini di procedimento potrebbe apparire scriminato, sotto il profilo risarcitorio, ove dipendente da un carico di lavoro eccessivo in una situazione di blocco delle

assunzioni pubbliche). In effetti, le ristrettezze della finanza pubblica sono state elette a termine di bilanciamento d'interessi in più di una fattispecie anche dalla Corte costituzionale (60), ed hanno rappresentato, probabilmente, uno dei fattori condizionanti in maniera forte l'evoluzione interpretativa in materia de qua.

La stessa Comunità utilizza gli obiettivi di equilibrio finanziario e di tutela dei mercati quali parametri cui ancorare i limiti di alcune politiche o di alcuni principi, come è stato, ad esempio, in materia di politiche sociali (61), di concorrenza (cfr. l'art. 90 TCE) (62), di rapporti con i territori d'oltremare (63). In particolare, così come nella giurisprudenza interna (64), in quella comunitaria, l'equilibrio finanziario di soggetti o d'interventi che siano portatori di funzioni di interesse generale, giustifica un limite alla solidarietà diretto a non compromettere la funzionalità stessa del sistema. Il problema, tuttavia, diventa quello di utilizzare tale canone in maniera estremamente restrittiva, anche ricorrendo ai sistemi tipici di trasferimento del rischio

(60) Cfr. AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione*, Milano, 1993, in particolare le relazioni di Anzon, Silvestri, Zagrebelsky quanto all'opportunità di individuare nuovi modelli di decisione per impedire il sopravvivere nell'ordinamento, per motivi di equilibrio di bilancio, di norme illegittime. Cfr. pure, fra i ricchi interenti, quelli di Ella, Fois, Luciani, Onida, Paladin, Pizzorusso, Romboli, Sorace.

(61) Cfr. s. 12 luglio 2001, procedimento C-157/99, B.S.M. Smits ed altri, relativa ai limiti della possibilità, per i sistemi nazionali di assicurazione malattia, di negare le spese di ospedalizzazione sostenute in un altro Stato membro; s. 28 aprile 1998, procedimento C-158/96, Kohll e Union des caisses de maladie in materia di sanità pubblica; analogamente, s. 12 luglio 2001 procedimento C-368/98, Abdon Vanbraekel e altri; 23 maggio 2000, procedimento C-104/98, Johann Buchner e altri, relativa a parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale e concessione di un assegno per combustibile invernale; s. 16 dicembre 1999, procedimento C-382/98, The Queen c. Secretary of State for Social Security, ex parte John Henry Taylor, relativa al collegamento con l'età del collocamento a riposo. In tutte le ipotesi in questione, la Corte, ammettendo in principio il limite dell'equilibrio economico e finanziario, ne ha negato la ricorrenza nel caso di specie.

(62) Cfr. s. 17 maggio 2001, causa C-340/99, TNT Traco SpA e Poste Italiane SpA.

(63) Cfr. ordinanza del Presidente del Tribunale 14 agosto 1998, procedimento T-44/98 R, Emesa Sugar (Free Zone) NV, contro Commissione delle Comunità europee.

(64) Anche se non sempre in maniera coerente: cfr. la ricostruzione di M. Luciani, «Economia nel diritto costituzionale», in *D. Dir. Pubbl.*, V, 373 ss.

all'interno delle società capitalistiche (assicurazioni e criteri statistico attuariali di distribuzione degli oneri), ad evitare che le congiunture della finanza e dell'economia incidano, come spesso è stato, sull'area della solidarietà (65).

4. Conclusioni

Gli elementi sinteticamente riferiti stimolano, più che conclusioni, ipotesi per ulteriori approfondimenti. Innanzitutto, in ordine ai rapporti fra principi comunitari e di diritto interno.

Nello specifico, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che nega la possibilità al giudice nazionale di utilizzare l'indagine sulla sussistenza di dolo o colpa quale requisito ulteriore per riconoscere la risarcibilità in presenza di una «violazione manifesta e grave del diritto comunitario» (66), è molto distante, nell'affermazione del principio, dalla ricostruzione delle situazioni soggette al solo diritto interno, che parte da presupposti evidentemente diversi (67). Tuttavia, l'analisi delle conseguenze di principi fra loro diversi sul piano degli standard di tutela, propone negli effetti e nei modelli di selezione della responsabilità una convergenza, anche in ordine all'elemento soggettivo, piuttosto rilevante.

Davanti al Consiglio di Stato, prova della colpa diventa quella violazione grave e manifesta che nell'ordinamento comunitario vale ad escludere la necessità d'indagare il rilievo della colpa stessa: in altri termini, le medesime figure sostanziali sono ricondotte a regole diverse, ma con medesimi effetti, secondo una dinamica nota alla scienza della comparazione (68). Ne è conferma il richiamo del Consiglio di Stato alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra riferito, che letto secondo criteri d'interpretazione positivisti apparirebbe fuor d'opera, in quanto diretto ad utilizzare, per la ricostruzione della colpa, la giurisprudenza di una Corte che, in linea tendenziale, nega il ruolo dell'elemento soggettivo nella analisi dei requisiti della tutela aquiliana.

Le cause di tale fenomeno, comunque abbisognevole di ulteriori

(65) Cfr. A.M. Sandulli, in « Atti della Tavola rotonda presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma », in *Foro amministrativo*, 1982, I, p. 1693.

(66) S. *Brasserie-Factortame* cit., n. 3 disp.

(67) Cfr. Corte Giustizia CES marzo 1996, cause riunite n. 46 e 48 del 1993; Id., 23 maggio 1996, causa C-5/1994.

(68) Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992.

indagini, sono legate ad un processo di convergenza culturale che è alimentato da un interesse sempre più accentuato, specie nelle istituzioni e particolarmente negli organi giurisdizionali, per il riavvicinamento delle legislazioni e la costruzione di principi comuni, ed è originato sia dalle esigenze di mercato, sia dallo spostamento verso l'alto della sovranità nel tentativo di trovare forme di governo in grado di dare risposta alla crisi dello Stato sociale. Da un lato, quindi, l'economia, ma dall'altro, probabilmente, un timido affacciarsi, che va incoraggiato, di una nuova dimensione dell'eguaglianza sostanziale, che tende a restringere i margini di immunità della pubblica autorità nei confronti del cittadino e sembra pretendere che le discipline difformi siano travolte da interpretazioni dirette ad avvicinarne quanto più possibile gli effetti.

In tale tensione, non può sfuggire la centralità dell'opera giurisprudenziale che, in quanto capace di recepire l'« invito, ancorché rivolto al legislatore » (69) in via primaria, non può sottrarsi all'adozione di nuove formule argomentative atte a giustificare e rendere visibile il cambiamento. Tale esigenza spiega sia il costante richiamo alla disciplina ed alle statuizioni comunitarie, sia il

riconoscimento finalmente pieno al valore di formante della dottrina, espresso in maniera forte dalle Sezioni Unite della S.C. nella sentenza più volte citata, tanto da essere addirittura enfatizzato con l'autoironia della definizione della precedente giurisprudenza come « pietrificata », aggettivazione che ricorre più di una volta in motivazione.

In tale prospettiva, anche nell'ambito dell'attività discrezionale, che credo sia la nuova frontiera della erosione dell'area di immunità ed irresponsabilità della P.A. (70), la possibilità di ipotesi risarcibili potrebbe venire dalla valutazione del principio di proporzionalità, che la Corte di Giustizia ha indicato come principio generale dell'azione amministrativa ed il Trattato (art. 5 Tr. CE) ha « costituzionalizzato » (71) (il terreno di elezione è quello dell'irrogazione di sanzioni non proporzionate, ove siano comminate con indicazioni di un minimo e di un massimo o abbiano natura diversa).

Resta da definire se le giurisdizioni interne, oltre ad accogliere la capacità di conformazione dell'ordinamento comune, sapranno offrire

(69) S.U. 500/99 cit., sub 7.

(70) Peraltro avvertita anche in altri ordinamenti: cfr. D.J. Calligan, *La discrezionalità amministrativa*, Milano, 1999.

(71) M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 1999, p. 309.

Soluzioni originali ed autonome, dirette a contribuire all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, nell'individuazione della responsabilità delle istituzioni e degli organi europei, è apparsa a volte più prudente di quanto non lo sia nelle pronunce relative alle omologhe ipotesi di responsabilità degli stati membri per violazioni del diritto comunitario.