

AVANGUARDIA GIURIDICA collana a cura di Marco Antoniol

diritto amministrativo MAIO

FRANCESCO CLEMENTI

IL DANNO DA DISTURBO

**risarcimento
degli interessi
legittimi
oppositivi**

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

ISBN: 978-88-95578-55-2

professionisti
pubblica amministrazione

AVANGUARDIA GIURIDICA

collana a cura di Marco Antoniol

diritto amministrativo

MAIO

Francesco Clementi

IL DANNO DA DISTURBO

risarcimento degli interessi
legittimi oppositivi

EXEO edizioni 

STUDI APPLICATI

professionisti

pubblica amministrazione

ISBN formato pdf: 978-88-95578-55-2



fax: 049 9711446 – tel: 049 9711446 martedì e giovedì 12:30 > 14:00
e-mail: amministrazione@territorio.it

Il testo, che si propone come strumento operativo per gli operatori pratici del diritto, inquadra sistematicamente, attraverso l'analisi della più recente giurisprudenza amministrativa, i caratteri ed i confini del danno da disturbo, derivante dal mancato godimento di un diritto o di una situazione di vantaggio. Oltre ai casi più frequenti in cui tale pregiudizio può essere configurabile, quali l'ingiustificata compressione di un diritto dominicale a seguito di un atto illegittimo della p.a. o la lesione derivante dall'illegittima risoluzione di un rapporto contrattuale instauratosi con l'amministrazione, sono analizzate fattispecie molto dibattute, quali l'attualissima questione riguardante l'an e il quantum del risarcimento derivante dalla violazione di norme formali o procedurali perpetrata dalla p.a. o la problematica attinente alla possibilità di configurare un danno da disturbo ogni volta in cui l'azione dell'amministrazione va a ledere particolari diritti soggettivi, provocando un pregiudizio non patrimoniale.

Copyright © 2011 Exeo S.r.l.. Tutti i diritti riservati. È vietata la riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa ad esclusivo uso personale del soggetto abbonato, e comunque mai a scopo commerciale. Il pdf può essere utilizzato esclusivamente dall'acquirente nei propri dispositivi di lettura. Ogni diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque, totale o parziale di contenuti è vietata senza il consenso scritto dell'editore.

edizione: agosto 2011 - collana: AVANGUARDIA GIURIDICA, a cura di Marco Antoniol

materia: diritto amministrativo - tipologia: studi applicati - formato: digitale, pdf

codice prodotto: MA10 - ISBN: 978-88-95578-55-2- prezzo: € 30,00

autore: Francesco Clementi, laureato in giurisprudenza, specialista per le professioni legali

editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c.s.i.v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova – sede operativa: via Dante Alighieri 6 int. 1 35028 Piove di Sacco PD casella postale 76/A 35028 Piove di Sacco PD info@exeoedizioni.it. Luogo di elaborazione presso la sede operativa.

L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a direzione@exeoedizioni.it.



professionisti

pubblica amministrazione

www.territorio.it - www.exeoedizioni.it

SOMMARIO

CAPITOLO I - INTRODUZIONE	5
1. <i>Piano dell'opera.....</i>	<i>5</i>
2. <i>La genesi del danno da disturbo.....</i>	<i>7</i>
CAPITOLO II - LE DIVERSE TIPOLOGIE DI DANNO DA DISTURBO	11
1. <i>Il diritto a non essere "disturbati" nel libero esercizio delle facoltà inerenti ai diritti dominicali.....</i>	<i>11</i>
2. <i>Il danno causato dall'illegittimo annullamento del permesso di costruire: la sopravvivenza di una responsabilità da contatto sociale?.....</i>	<i>15</i>
3. <i>Il danno causato dall'illegittimo annullamento del permesso di costruire: l'orientamento prevalente adotta lo schema della responsabilità ex tracontrattuale.....</i>	<i>22</i>
4. <i>La tutela dell'affidamento del privato sulla legittimità di un provvedimento autorizzatorio legittimamente annullato: Cass. SU 23 marzo 2011 n. 6594.....</i>	<i>28</i>
5. <i>Danno da disturbo derivante dall'illegittima risoluzione di un rapporto contrattuale instauratosi con la P. A.....</i>	<i>32</i>
CAPITOLO III - DANNO DA DISTURBO E OBBLIGHI PROCEDIMENTALI	37
1. <i>Il possibile «disturbo» derivante dalle violazioni degli obblighi procedurali.....</i>	<i>37</i>
2. <i>La tutela risarcitoria degli interessi procedurali.....</i>	<i>41</i>
CAPITOLO IV - IL DANNO NON PATRIMONIALE DA DISTURBO	48
1. <i>Danno da disturbo e danno non patrimoniale</i>	<i>48</i>
2. <i>Il danno non patrimoniale da disturbo modellato sui confini tracciati dalla Cassazione</i>	<i>52</i>
3. <i>Configurabilità di un autonomo danno non patrimoniale da disturbo in ambito amministrativo.....</i>	<i>59</i>
4. <i>La proprietà come diritto inviolabile della persona: nuovi sviluppi applicativi del danno non patrimoniale da disturbo.....</i>	<i>65</i>
CAPITOLO V - CONCLUSIONI	70
1. <i>Il danno da disturbo: tra problemi irrisolti e potenzialità applicative</i>	<i>70</i>
ALLEGATI.....	73
GLOSSARIO DELLE ABBREVIAZIONI	129
BIBLIOGRAFIA	130
SITOGRAFIA.....	132

CAPITOLO I INTRODUZIONE

1. Piano dell'opera

La natura rivoluzionaria della svolta giurisprudenziale costituita dall'ormai celeberrima sentenza n. 500/99 della Cassazione è confermata dal fatto che la portata innovativa di una tale pronuncia deve essere, ancora oggi, pienamente analizzata e recepita dagli interpreti del diritto.

L'aver conferito natura sostanziale, anziché processuale, agli interessi legittimi, infatti, ha inevitabilmente aperto la strada ad un'indagine sulla reale consistenza degli stessi.

Tale indagine, tutt'altro che conclusa, ha visto la dottrina concentrarsi soprattutto sull'analisi degli interessi legittimi pretensivi. Ciò, se da una parte può considerarsi fisiologico, visto l'eterno dibattito riguardante i poteri del giudice in relazione all'operato della pubblica amministrazione¹, dall'altra ha provocato una sorta di disinteresse riguardo l'*an* e il *quantum* riferibili al risarcimento degli interessi legittimi oppositivi. Troppo spesso si è omessa un'attenta analisi di questi elementi, limitandosi ad affermare che la lesione di tali interessi, stante la preesistenza del bene della vita al provvedimento o al comportamento illegittimo della p.a., implica *ex se* la lesione del detto bene. In altre parole, adottando lo schema della responsabilità aquiliana, ci si è limitati a dire che, in questo caso, il danno risarcibile sarebbe sempre *in re ipsa*.

Troppe volte non si è tenuto conto delle numerose pronunce giurisprudenziali che si sono succedute sul tema in questione e che hanno sancito criteri e parametri ben precisi regolanti la risarcibilità degli interessi oppositivi.

Tali parametri, che saranno analizzati in questo lavoro, variano a seconda della tipologia a cui appartiene il bene della vita che sta alla base dell'interesse vantato dal cittadino.

Quest'opera, che vuol essere un valido strumento di ausilio per gli operatori pratici del diritto, metterà in rilievo i casi più interessanti e significativi in relazione ai quali la giurisprudenza amministrativa ha utilizzato espressamente o ha implicitamente contribuito a definire la nozione di danno da disturbo.

Un danno, quello derivante dal mancato godimento di un diritto o di una situazione di vantaggio, che assume connotati ben diversi e variegati tra loro, nelle differenti situazioni concrete che saranno prese in considerazione.

Ovviamente, i casi pratici che verranno proposti sono stati scelti sulla base di

¹ Dibattito che solo a seguito dell'emanazione, nel 2010, del codice che regola il processo amministrativo può contare su delle coordinate legislative ben definite.

una loro attitudine ad assurgere a modelli attorno ai quali sviluppare un discorso che sia in grado di inquadrare sistematicamente i confini del danno da disturbo.

Confini che oggi si presentano estremamente mutevoli, a conferma di quanto questa materia sia controversa e dibattuta a livello giurisprudenziale.

Oltre alle situazioni più frequenti in cui può essere configurabile il pregiudizio in questione, quali il mancato godimento di un diritto dominicale a seguito di un atto illegittimo della p.a. o la lesione derivante al privato dall'illegittima risoluzione di un rapporto contrattuale instauratosi con l'amministrazione, verranno analizzati casi che costituiscono un vero e proprio terreno di espansione per il danno da disturbo.

Uno di essi è rappresentato dall'attualissima questione attinente all'*an* e al *quantum* del risarcimento derivante dalla violazione di norme formali o procedurali perpetrata dalla p.a. Ci si chiederà se, ed in che termini, sia possibile che al privato scaturisca un disturbo giuridicamente rilevante da una simile violazione.

In relazione a tale tematica, analizzeremo la recentissima decisione emessa dalla quinta sezione del Consiglio di Stato nel febbraio 2011, che struttura il giudizio di accertamento della risarcibilità di questa tipologia di lesioni in una maniera totalmente innovativa rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza e della dottrina precedenti².

Un'altra problematica che verrà affrontata riguarda la possibilità di configurare un danno da disturbo ogni volta in cui l'azione dell'amministrazione va a ledere particolari diritti soggettivi, provocando un pregiudizio non patrimoniale. Si cercherà, in proposito, di delineare i confini di quello che chiameremo «danno non patrimoniale da disturbo»: confini la cui reale estensione è oggetto di un vivacissimo dibattito giurisprudenziale, anche, e soprattutto, in virtù dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., effettuata dalla Suprema Corte con le pronunce del 2003³ e del 2008⁴, alla quale non tutta la giurisprudenza amministrativa sembra volersi conformare.

Da notare, inoltre, che alcune sentenze civili di merito hanno iniziato ad includere il pieno godimento del diritto di proprietà nel novero dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona⁵. È evidente che una tale impostazione non può che portare ad un'estrema dilatazione del particolare danno non patrimoniale predetto.

Una questione molto interessante, infine, di cui si è occupata una recentissima ordinanza delle Sezioni Unite, è quella che riguarda il caso in cui il proprietario o un altro titolare dello *ius aedificandi* si vede annullare legittimamente la concessione edilizia ottenuta in precedenza. Si analizzeranno le motivazioni che hanno spinto i

² Si tratta di Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1195, che verrà analizzata al par. 2 del cap. III. Per la decisione completa vd. All. 6.

³ Cfr. Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Id., 31 maggio 2003, n. 8827.

⁴ Ci riferiamo alle sentenze delle Sezioni Unite civili nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, tutte datate 11 novembre 2008.

⁵ In quest'opera, al par. 4 del cap. IV, verrà analizzata una delle più recenti di tali pronunce: Trib. Firenze., 21 gennaio 2011 n. 147. Per la sentenza completa vd. All. 12.

giudici di legittimità a ritenere che, in una situazione del genere, l'eventuale pregiudizio subito dal privato derivi dalla lesione dell'affidamento incolpevole di quest'ultimo circa la legittimità dell'atto concessorio. Lesione provocata da un comportamento della p.a. non collegato, neanche in via mediata, al potere pubblico, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

2. *La genesi del danno da disturbo*

È il TAR Puglia, nel 2002⁶, ad emettere una delle prime sentenze, nelle quali il pregiudizio subito dal privato derivante dalla lesione di un interesse legittimo oppositivo viene definito danno da disturbo.

Questa pronuncia configura un tale pregiudizio con riferimento all'intempestiva revoca di un provvedimento divenuto illegittimamente lesivo per il cittadino a causa dell'inerzia dell'amministrazione che, pur diffidata a provvedere, non abbia completato l'*iter* procedimentale in un dato termine.

In particolare, in essa si afferma che il danno da disturbo consiste «nella pretesa del privato a non essere “disturbato” nel libero esercizio delle facoltà, inerenti al suo diritto di proprietà, da attività provvedimentali della p.a. che – sia pur legittime al momento della loro emanazione – si siano successivamente trasformate in illegittime, poiché i loro effetti si sono protratti (a causa dell'inerzia della stessa p.a., che ha omesso di porre in essere gli ulteriori atti della serie procedimentale entro un termine congruo) oltre il limite temporale normalmente necessario e ragionevolmente tollerabile dal privato»⁷.

Nella fattispecie oggetto di tale sentenza, l'amministrazione ha svolto in colpevole ritardo gli accertamenti tecnici (scavi per accertare il reale valore archeologico dell'area interessata dai lavori di risanamento del fabbricato e dei reperti affiorati) indispensabili per la revoca dell'ordine di sospensione dei lavori adottato da una soprintendenza archeologica in danno di un privato intestatario della concessione edilizia necessaria per le opere di ristrutturazione e risanamento di un immobile di pregio storico-artistico, realizzando un'indebita compressione delle sue facoltà dominicali.

Si è al cospetto, dunque, di un danno derivante da un comportamento inerte dell'amministrazione. Ciò, ad un primo impatto, potrebbe portare ad applicare alla fattispecie in oggetto lo schema di responsabilità relativo al danno da ritardo, elaborato dalla giurisprudenza ed oggi normativizzato nella L. n. 241/90 e nel codice del processo amministrativo⁸.

I giudici del TAR Puglia, invece, mettono in rilievo che, nel caso in questione, il

⁶ TAR Puglia, Lecce, sez. I, 18 aprile 2002, n. 1569, in www.lexitalia.it. Tale pronuncia verrà ulteriormente analizzata al par. 1, cap. II.

⁷ TAR Puglia, Lecce, sez. I, 18 aprile 2002, n. 1569, in www.lexitalia.it. Tale pronuncia verrà ulteriormente analizzata al par. 1, cap. II.

⁸ Vd. art. 2-*bis* L. n. 241/90 e artt. 30 comma 4 e 117 comma 6 C.P.A. (Vd. Glossario delle abbreviazioni).

bene della vita che sta alla base dell'interesse legittimo vantato in giudizio si trova già nella disponibilità del ricorrente: è il diritto di proprietà⁹.

La lesione scaturita dal colpevole ritardo della p.a., dunque, non ha provocato il mancato ottenimento da parte del privato di un bene della vita da lui agognato, ma, al contrario, gli ha impedito di godere del bene che già si trovava nella sua sfera giuridica soggettiva. Siamo, insomma, in presenza di un *vulnus* ad un interesse legittimo oppositivo, non pretensivo.

Non è, quindi, assolutamente configurabile il danno da ritardo, che può venire in luce solo in relazione al secondo degli interessi predetti.

Se, da una parte, si può affermare che il pregiudizio derivante dal disturbo provocato al cittadino nasce in netta contrapposizione a quello provocato dal ritardo della p.a. nel provvedere alle richieste del privato, dall'altra, al contempo, possiamo dire che, pur nella loro strutturale diversità, le due fattispecie di danno trovano un tratto che le accomuna alla nascita.

Riguardo il primo profilo, si è già messa in evidenza la profonda diversità tra i due pregiudizi, derivante dall'essere fondati su situazioni soggettive opposte tra loro, quali sono gli interessi legittimi pretensivi e quelli oppositivi. Una diversità che non si ripercuote solamente sulla struttura delle due tipologie di danno, ma anche, e soprattutto, sulla configurazione dei rispettivi giudizi di accertamento e sui parametri e i criteri di risarcibilità, come vedremo nel corso della trattazione.

Possiamo dire, però, che, al momento della loro genesi, i pregiudizi in questione un elemento comune sembrano trovarlo: il grande valore che la giurisprudenza amministrativa conferisce al tempo, inteso come fondamentale bene della vita.

Se è vero che un tale elemento viene tutelato in via immediata dallo schema di responsabilità relativo al danno da ritardo, all'interno del quale il tempo si colloca come indispensabile e basilare bene strumentale al bene della vita che sta alla base dell'interesse pretensivo agognato dal ricorrente, è altrettanto innegabile che esso assume una posizione di rilievo anche all'interno della responsabilità del danno da disturbo, pur rimanendo sullo sfondo del relativo schema strutturale.

Il danno da disturbo, infatti, si concretizza ogni volta in cui al privato, a causa di un'illegittima azione amministrativa, viene impedito di godere appieno di una situazione giuridica soggettiva di cui risulta titolare. È, inevitabile, dunque, che il fattore temporale trovi, anche in relazione a questo pregiudizio, una collocazione di tutto rilievo. All'interno del giudizio finalizzato all'accertamento di un tale danno, infatti, il giudice terrà conto dell'apprezzabilità e della rilevanza del lasso temporale in cui la lesione a danno del privato si è svolta, proprio ai fini di valutare la reale

⁹ A tal proposito, a commento della pronuncia in questione, è stato precisato che «il giudice di prime cure, seppur equiparando espressamente il caso sottoposto al suo giudizio al “danno da violazione della c.d. tempistica procedimentale”, una volta ritenuta inadeguata la tutela fornita dal risarcimento scaturente da una simile lesione, ha finito per ricondurlo esclusivamente al modello di danno da provvedimento (...), dando esclusivo rilievo all'illegittimità del comportamento tenuto dall'amministrazione. Infatti, il TAR Puglia, mediante il riconoscimento dell'illegittimità dell'operato della p.a., ha reso possibile che venisse ad esistenza l'elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità extracontrattuale, che altrimenti non avrebbe potuto concretarsi in presenza di una condotta sì illecita, ma non illegittima.» PASSONI M. *Danno da disturbo: fu vera gloria?*, in “Urbanistica e appalti”, n. 7, 2004, 807-808.

consistenza e risarcibilità di una tale lesione.

Ciò è tanto più vero in relazione a quello che chiameremo danno non patrimoniale da disturbo, come si vedrà in seguito.

Si pensi, inoltre, alla fondamentale importanza che assume l'elemento temporale ai fini della rilevanza giuridica dell'affidamento incolpevole del privato, come sottolineeremo analizzando le diverse tipologie di danno da disturbo che possono venire in rilievo quando tale affidamento viene violato dall'azione amministrativa.

Il tratto che caratterizza il pregiudizio oggetto di questa trattazione è, però, senza dubbio, l'elemento costituito dal disturbo che la p.a., con la propria azione illegittima o illecita, arreca al cittadino, impedendogli di godere appieno di tutte le facoltà che gli derivano da una determinata situazione giuridica soggettiva attribuitagli dall'ordinamento.

È partendo da questo assunto che il Consiglio di Stato, nel 2004, con la nota decisione n. 1261, definisce, per la prima volta il danno da lesione di interessi legittimi oppositivi.

I giudici di Palazzo Spada mettono in luce, ancora una volta, la profonda differenza intercorrente tra una tale tipologia di pregiudizio e il danno derivante dall'inosservanza dei termini procedimentali da parte dell'amministrazione.

Essi affermano che «il danno c.d. da ritardo è normalmente individuato nella lesione dell'interesse legittimo pretensivo, cagionato dal ritardo con cui la p.a. ha emesso il provvedimento finale, inteso ad ampliare la sfera giuridica del privato; viceversa nella specie i ricorrenti agiscono per ottenere il ristoro del pregiudizio asseritamente subito in conseguenza dell'illegittima compressione delle facoltà di cui erano già titolari»¹⁰.

La fattispecie concreta oggetto di tale pronuncia prende le mosse da un ricorso proposto in primo grado, con il quale gli appellanti impugnano l'ordinanza sindacale di sospensione dei lavori in precedenza assentiti con concessione edilizia, nonché il presupposto decreto del Ministero dei beni culturali e ambientali che ha definito di notevole interesse pubblico i beni di proprietà degli appellanti stessi.

Il giudice di primo grado, con la sentenza impugnata, accoglie la domanda di annullamento degli atti gravati, ma rigetta la domanda risarcitoria, proposta con motivi aggiunti, perché ritenuta sfornita di idonei elementi probatori.

Come si può vedere, la fattispecie risulta simile a quella oggetto della sentenza emessa dal TAR Puglia, precedentemente citata. Così come simile è l'interpretazione che ad una tale fattispecie viene data da parte dei giudici della sesta sezione.

Essi, infatti, affermano che i ricorrenti «non agiscono per ottenere il ristoro del ritardo illegittimo con cui la p.a. avrebbe, in ipotesi, emanato un provvedimento ampliativo della loro sfera giuridica; al contrario, in quanto già titolari di un'iniziale posizione qualificata (rappresentata dal diritto a svolgere - sul presupposto del rilascio, in loro favore, di regolare concessione edilizia - lavori di costruzione di

¹⁰ Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261, in www.giustizia-amministrativa.it. Per la decisione completa vd. All. 1.

taluni immobili), fanno valere la pretesa ad essere risarciti del danno da disturbo, subito a causa dell'intervenuta adozione del decreto del Ministero dei beni culturali e ambientali»¹¹.

Il Consiglio di Stato, dunque, con tale pronuncia, delimita per la prima volta i confini del pregiudizio oggetto della presente trattazione. Confini che, nel tempo, come vedremo, sono andati dilatandosi.

Analizzando le più significative sentenze che hanno affrontato espressamente od implicitamente la tematica inerente al danno da disturbo, infatti, ci renderemo conto di quanto la struttura ed i parametri di risarcibilità di tale danno possano variare, al mutare delle situazioni concrete e, al contempo, emergeranno con chiarezza le potenzialità di espansione applicativa del pregiudizio in questione.

§§§

¹¹ Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261, cit.

CAPITOLO II LE DIVERSE TIPOLOGIE DI DANNO DA DISTURBO

1. Il diritto a non essere “disturbati” nel libero esercizio delle facoltà inerenti ai diritti dominicali

La responsabilità della pubblica amministrazione da danno da disturbo affonda le sue origini, come si è visto nel capitolo precedente, nella necessità di tutelare il libero esercizio, da parte del privato, delle facoltà inerenti ai diritti dominicali posti nella sfera giuridica soggettiva di quest'ultimo.

Possiamo, dunque, definire quella che affrontiamo nel presente paragrafo come la tipologia più «classica» di danno da disturbo.

Prima di analizzare i parametri utilizzati dalla giurisprudenza per determinare l'*an* e il *quantum* in riferimento alla risarcibilità di una tale tipologia di pregiudizio, occorre interrogarsi sull'esatto inquadramento della tutela del diritto di proprietà e degli altri diritti reali all'interno del sistema amministrativo. Un'indagine che risulta fondamentale proprio per poter compiere con maggior consapevolezza l'analisi sui parametri predetti.

Il diritto di proprietà, all'interno dell'ordinamento civile, assume, da sempre, un ruolo di primissimo piano.

Il codice del 1942 pone tale diritto in una posizione di preminenza assoluta, in linea con gli orientamenti socio-economici dominanti il periodo storico nel quale è stato emanato¹².

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, i limiti del pieno godimento dei diritti dominicali hanno assunto contorni maggiormente definiti.

La nostra Carta fondamentale, infatti, da una parte ha sancito in maniera indiscussa il ruolo della legge in riferimento alla loro determinazione; dall'altra ha imposto che tale determinazione avvenga con la finalità di assicurare che il diritto di proprietà, oltre ad essere posizione giuridica individuale, posseda una funzione sociale e sia accessibile all'intera collettività¹³.

È proprio partendo dalla visione costituzionale dei diritti reali, che si può cercare di inquadrare la tutela di tali diritti all'interno dell'ordinamento amministrativo.

Quest'ultimo è dominato da una grande esigenza a cui tutta l'attività dell'amministrazione è finalizzata: quella di perseguire l'interesse pubblico

¹² L'articolo del codice civile che definisce il contenuto del diritto di proprietà è il 382, che recita: «Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

¹³ Il secondo comma dell'art. 42 Cost., infatti, afferma che: «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti».

individuato dalla legge. Tale finalità, che la p.a. non deve mai perdere di vista, viene conseguita attraverso un continuo bilanciamento tra interessi privati e pubblici (diversi dall'interesse pubblico primario) che vengono in rilievo nelle varie situazioni concrete. Questo bilanciamento viene effettuato talvolta direttamente dal legislatore (ed in tal caso si è in presenza di un'attività vincolata), talaltra è affidato dalla legge all'amministrazione (in caso di attività discrezionale).

È chiaro, dunque, che l'esigenza di tutela del pieno godimento dei diritti dominicali, nell'ambito dell'ordinamento amministrativo, si inserisce all'interno del bilanciamento predetto ed è destinata a soccombere ogni volta in cui viene giudicato prevalente l'interesse pubblico che impone al proprietario o ad altro titolare di diritti reali una limitazione delle loro facoltà¹⁴.

Quando, però, un tale giudizio di prevalenza è stato effettuato indebitamente dall'amministrazione, in quanto frutto di un'attività illegittima della stessa, o, pur essendo pienamente legittimo, l'attività amministrativa ad esso susseguente risulta essere affetta da una qualche patologia o, comunque, illecita, si ha una compressione totalmente ingiustificata delle situazioni giuridiche soggettive appartenenti al privato.

In questi casi può sussistere il danno da disturbo.

Un danno che, però, non può essere considerato esistente ogni qual volta l'attività illegittima o illecita della p.a. va a ledere le facoltà inerenti ai diritti dominicali posti nella sfera giuridica soggettiva del cittadino, solo perché viene provato il nesso causale tra la condotta dell'amministrazione e la lesione.

Occorre, infatti, che venga dimostrato in giudizio sia che tale condotta è connotata dall'elemento soggettivo della colpa, sia che sussiste un reale e concreto pregiudizio collegato causalmente alla lesione inferta.

La giurisprudenza amministrativa maggioritaria, infatti, nel configurare la struttura della responsabilità per il danno derivante dal disturbo al pieno godimento dei diritti reali, adotta lo schema della responsabilità patrimoniale extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.

Per quanto riguarda il giudizio circa la sussistenza della colpa dell'amministrazione, possiamo affermare che i giudici amministrativi sposano, ormai quasi unanimemente, l'orientamento per cui la riscontrata illegittimità dell'atto rappresenta, nella normalità dei casi, un indizio grave e preciso dal quale poter desumere una tale sussistenza.

È stata totalmente abbandonata sia la tesi per cui il profilo della colpa si risolve nel mero accertamento dell'illegittimità, sia quella che circoscrive le ipotesi di condotta colposa della p.a. ai soli casi di violazioni gravi ed evidenti, riproducendo lo schema di responsabilità di cui all'art. 2236 c.c.¹⁵.

¹⁴ Per avere un'idea della difficoltà nell'effettuare il bilanciamento in questione, sia a livello amministrativo che legislativo, si pensi, in materia espropriativa, all'incertezza normativa sussistente a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 T.U. Ed. effettuata dalla sentenza della Corte Costituzionale dell'8 ottobre 2010 n. 293.

¹⁵ L'art. 2236 c.c., pur riguardando la responsabilità del prestatore d'opera, è ormai preso a modello da dottrina e giurisprudenza per definire la responsabilità da colpa grave. Esso recita: «se la prestazione

Il danneggiato ha, inoltre, l'onere di provare che la condotta lesiva dell'amministrazione ha procurato un effettivo pregiudizio al libero esercizio delle facoltà inerenti ai diritti dominicali posti nella propria sfera giuridica soggettiva.

Ai fini dell'accertamento di un tale pregiudizio, come detto, la giurisprudenza ha individuato vari parametri.

Anzitutto, per quanto riguarda l'*an* e il *quantum* della risarcibilità, occorre che il privato provi di aver subito un reale e concreto danno economico che può consistere sia nel danno emergente, che nel lucro cessante. Ai fini di una tale verifica, i giudici amministrativi si possono avvalere dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio, qualora vi siano, in punto di liquidazione, questioni tecniche particolarmente complesse non risolvibili dall'autorità giudiziaria stessa¹⁶.

Proprio fondandosi sul presupposto di poter far ricorso ad un tale ausilio processuale, la sesta sezione del Consiglio di Stato, nella decisione n. 1261 del 2004, che definisce il danno da disturbo e che continuiamo a prendere ad esempio a fini esplicativi, sostiene che può ritenersi assolto l'onere probatorio una volta indicati dall'istante taluni criteri di commisurazione del pregiudizio, ben potendo il giudice avvalersi del consulente tecnico d'ufficio per la relativa quantificazione.

È indispensabile, dunque, che la parte quantomeno deduca il fatto che pone a fondamento della propria posizione giuridica soggettiva. Qualora il giudice, in relazione all'accertamento di tale fatto, ritenga necessarie cognizioni tecniche che egli non possiede, o vi siano altri motivi che impediscano o sconsigliano un accertamento diretto, si farà ricorso all'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio.

È bene notare, quindi, che quest'ultima non è certo destinata ad esonerare la parte dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti alla base delle proprie richieste¹⁷, ma ha la funzione di fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche fondamentali per poter effettuare un accertamento giurisdizionale che sia quanto più possibile ricalcante la fattispecie concreta oggetto di giudizio.

Sempre in tema di parametri utilizzati dalla giurisprudenza in riferimento alla risarcibilità del danno da disturbo al libero esercizio delle facoltà inerenti ai diritti

implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o colpa grave». Configurare la responsabilità della p.a. su di un tale modello, come prospettato da un risalente orientamento giurisprudenziale adottato per un periodo dal Consiglio di Stato ma oggi completamente abbandonato, non solo non trova alcuna giustificazione normativa, ma conferisce all'amministrazione un privilegio che risulta nettamente in contrasto con i principi costituzionali.

In proposito, occorre notare che alcune autorità amministrative indipendenti, segnatamente Banca d'Italia, Consob, Isvap, Covip e Autorità garante della concorrenza e del mercato, in virtù delle modifiche apportate dall'art. 4 comma 3, lett. d) del D. Lgs. 29 dicembre 2006 n. 303, che ha aggiunto il comma 6-*bis* all'art. 24, della L. 28 dicembre 2005 n. 262, riguardante la tutela del risparmio, rispondono, nell'esercizio delle loro funzioni di controllo, dei danni cagionati da propri atti o comportamenti soltanto ove gli stessi siano posti in essere con dolo o colpa grave. Tale novità normativa, che non ha mancato di suscitare critiche da parte della dottrina più attenta, può essere in parte giustificata dal fatto che tali autorità si trovano spesso ad agire in un quadro normativo tutt'altro che definito, che loro stesse sono chiamate a precisare attraverso l'emanazione di regolamenti tecnici.

¹⁶ Tale consulenza è oggi disciplinata all'art. 67 del codice del processo amministrativo.

¹⁷ Fatti che devono essere dimostrati dalla parte alla stregua dei criteri di ripartizione dell'onere della prova posti dall'art. 2697 c.c.

dominicali, è interessante analizzare quelli elaborati dal TAR Puglia nella sentenza del 2002 n. 1569, anch'essa precedentemente citata e anch'essa utilissima a fini esplicativi.

Per poter effettuare un'analisi efficace, è necessario ricordare, in sintesi, la vicenda fattuale che rappresenta il presupposto di tale pronuncia.

Il privato ricorrente, ottenuta la concessione edilizia necessaria per le opere di ristrutturazione e risanamento di un immobile di pregio storico-artistico, si vede sospendere i relativi lavori. Tale sospensione si rende necessaria affinché la p.a. possa accertare il reale valore archeologico dell'area interessata dai lavori di risanamento del fabbricato e dei reperti affiorati. Gli accertamenti tecnici in questione, indispensabili per la revoca del provvedimento di sospensione dei lavori, vengono compiuti dall'amministrazione in colpevole ritardo. Ciò provoca un'indebita compressione delle facoltà dominicali poste nella sfera giuridica soggettiva del privato.

Il TAR Puglia effettua la liquidazione del pregiudizio, computando:

- il danno causato dall'aumento dei prezzi della manodopera e dei materiali necessari al compimento dell'opera di ristrutturazione;
- il danno generato dallo stato di degrado per abbandono del cantiere successivamente alla sospensione dei lavori, limitatamente, però, all'azione degli agenti atmosferici;
- il danno derivante dal pagamento dei canoni locatizi per altro immobile da adibire ad uso abitativo, in luogo di quello non tempestivamente ristrutturato;
- il danno concretatosi nelle spese di rinnovo della concessione edilizia per ultimare l'opera intrapresa e poi sospesa.

Ciò che viene immediatamente in rilievo è che il pregiudizio derivante dal mancato godimento dei diritti dominicali tende ontologicamente a frantumarsi in molteplici voci di danno. In altre parole, esso difficilmente è riconducibile ad un solo e determinato ammanco patrimoniale. Per sua natura, infatti, l'indebita compressione delle facoltà inerenti ai diritti reali, si ripercuote in una molteplicità di spese che il danneggiato è costretto ad effettuare a causa della lesione subita.

Ciò, in relazione alla liquidazione di un tale danno, rappresenta una maggiore difficoltà sia per il ricorrente che per il giudice.

Il primo, infatti, dovrà allegare con precisione ogni singolo fatto posto alla base della propria pretesa processuale, dimostrando che anche fatti all'apparenza scollegati all'evento di danno sono, in realtà, causalmente collegati ad esso.

L'autorità giudicante, invece, dovrà vagliare con particolare attenzione proprio l'esistenza di un tale nesso causale, avendo cura di evitare sia che il privato approfitti del suo *status* di danneggiato per ottenere più di quanto gli spetta, compiendo, in tal modo, un vero e proprio abuso del diritto¹⁸, sia che il danno non

¹⁸ Violando, in tal modo, gli obblighi di buona fede, derivanti dal principio di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost., che sussistono in ogni fase attinente alle vicende delle posizioni giuridiche soggettive, anche in quella processuale, come ha precisato più volte la più recente giurisprudenza civile.

venga ristorato nella sua interezza.

In relazione all'esigenza che il risarcimento del danno sia equivalente alla perdita patrimoniale effettivamente subita dal danneggiato e non arricchisca indebitamente quest'ultimo, possiamo notare che il TAR Puglia, con riferimento alla voce di danno attinente allo stato di degrado per abbandono del cantiere successivamente alla sospensione dei lavori, stabilisce la liquidazione del solo pregiudizio provocato dall'azione degli agenti atmosferici.

La delicatezza di una verifica di tal genere spiega il motivo per cui la consulenza tecnica rappresenta, senza dubbio, uno strumento di ausilio utilissimo per il giudice, in materie dove occorrono particolari cognizioni tecniche.

Possiamo affermare, dunque, che il giudizio finalizzato all'accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno da disturbo al libero esercizio delle facoltà inerenti ai diritti dominicali risulta tutt'altro che agevole e deve essere effettuato con estrema cura e perizia.

Occorre tenere presente, altresì, che dall'indebita compressione dei diritti suddetti, può scaturire un pregiudizio non patrimoniale oltre che patrimoniale.

È, facile dedurre, quindi, che individuare parametri certi, definiti ed omogenei, per liquidare quest'ultima tipologia di danno, sia operazione ancor più complessa, come vedremo nel cap. IV.

2. Il danno causato dall'illegittimo annullamento del permesso di costruire: la sopravvivenza di una responsabilità da contatto sociale?

In questo paragrafo, verrà affrontata una particolare ipotesi di danno da disturbo derivante dall'indebita compressione delle facoltà inerenti ai diritti dominicali. Tratteremo, infatti, del pregiudizio causato al privato a seguito dell'illegittimo annullamento del permesso di costruire. In particolar modo, analizzeremo la problematica inerente allo schema strutturale entro il quale sussistere questo peculiare caso di responsabilità della pubblica amministrazione.

Si vedrà, infatti, che parte della recente giurisprudenza amministrativa di primo grado ritiene che la situazione concreta che sta alla base di una tale responsabilità possa essere considerata una delle ipotesi nelle quali è configurabile il c.d. contatto sociale tra p.a. e cittadino. Da ciò, l'adozione del modello risarcitorio definito agli artt. 1218 c.c. e seguenti.

Prima di affrontare tale problematica, però, occorre analizzare la natura e la consistenza del pregiudizio che scaturisce al privato nel caso in questione.

Come detto, siamo in presenza di una particolare ipotesi di danno da disturbo derivante dall'indebita compressione delle facoltà inerenti ai diritti dominicali.

Il permesso di costruire, infatti, regolato agli artt. 10 e seguenti del T. U. Ed.¹⁹, equivale alla precedente concessione edilizia che, come ha avuto modo di chiarire la

¹⁹ Vd. Glossario delle abbreviazioni.

Corte Costituzionale, è un atto che autorizza il proprietario ad esercitare una delle facoltà poste nella sua sfera giuridica soggettiva. È, dunque, un atto autorizzatorio che rimuove uno dei limiti al pieno godimento del diritto di proprietà previsti dall'ordinamento.

Il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 5/1980, ha, infatti, smentito quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che considerava la concessione come un atto attributivo di un nuovo diritto in capo al proprietario: il diritto ad edificare.

Tale orientamento affermava che il mutamento legislativo apportato dalla L. n. 10/1977 fosse sintomatico di una diversa concezione della proprietà e del regime dei suoli. La predetta legge, infatti, è intervenuta all'interno del precedente quadro legislativo²⁰, apportando due rilevanti elementi di novità: l'onerosità del titolo abilitativo per ogni attività di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio²¹ ed il passaggio dalla licenza alla concessione edilizia.

L'impostazione sistematica adottata da questo orientamento asseriva che, mentre il primo di tali titoli abilitativi presupponeva che lo *ius aedificandi* fosse una facoltà compresa nel diritto di proprietà e per questo riconducibile essenzialmente allo schema autorizzatorio, la concessione edilizia comportava lo scorporo di quella facoltà dal diritto di proprietà e la sua conseguente subordinazione alla previa acquisizione di un apposito provvedimento di tipo costitutivo.

La Corte Costituzionale, non avvallando una tale impostazione, ha affermato, invece, che il diritto ad edificare inerisce sempre al diritto di proprietà. Spetta, dunque, soltanto al proprietario la facoltà di ottenere la concessione edilizia²², che, nonostante la diversa denominazione data dal legislatore del 1977, resta un atto di tipo autorizzatorio, distinto dalla licenza edilizia per il suo carattere oneroso.

Il D.P.R. n. 380/2001, agli artt. 10 e seguenti che disciplinano il permesso di costruire, ha mutato nuovamente la denominazione di un tale atto²³, con l'intento proprio di ribadire che il titolo edilizio non è attributivo di nuovi diritti, ma attiene all'accertamento delle condizioni previste dall'ordinamento per l'esercizio dello *ius aedificandi*²⁴.

²⁰ Quadro legislativo che prevedeva l'obbligo di munirsi del titolo abilitativo costituito dalla licenza edilizia non solo per i lavori edilizi all'interno del centro abitato, come disposto dalla legge urbanistica del 1942, ma anche per le opere da eseguirsi su tutto il territorio comunale, comprese le zone agricole e le aree demaniali.

²¹ E, dunque, non solo per la mera costruzione di un'opera.

²² Proprietario che può, comunque, trasferire a terzi la concessione edilizia.

²³ Denominazione mutuata dall'esperienza francese del *permis de construire*.

²⁴ Gli interventi sottoposti al permesso di costruire sono quelli di maggior impatto sul territorio. Essi sono previsti dall'art. 10 T. U. Ed.: interventi di nuova costruzione; interventi di ristrutturazione urbanistica; interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino aumento di unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o delle superfici, ovvero che, limitatamente agli immobili comprese nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso. Il permesso di costruire è rilasciato dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale, nel rispetto delle leggi, dei regolamenti e degli strumenti urbanistici vigenti. Tale rilascio implica la previa conclusione in termini positivi dei procedimenti necessari alla realizzazione dell'intervento, come nel caso di interventi su beni culturali, ed è altresì condizionato

Il provvedimento di rilascio del permesso di costruire è, dunque, indubbiamente un atto di tipo autorizzatorio, in quanto va a rimuovere uno dei limiti che impediscono al proprietario il pieno godimento del diritto dominicale posto nella sua sfera giuridica soggettiva.

È possibile affermare, dunque, che, nel momento in cui viene rilasciato il permesso di costruire, si crea in capo al privato un affidamento giuridicamente rilevante circa la possibilità di effettuare concretamente l'opera che ha in progetto di costruire.

Se tale permesso viene annullato²⁵ con un provvedimento dichiarato successivamente illegittimo, il cittadino può rivolgersi al giudice amministrativo per vedersi risarcire il danno provocato dal disturbo derivante dal non aver potuto godere appieno del proprio diritto di proprietà²⁶.

L'*an* e il *quantum* di un tale risarcimento devono essere valutati dal giudice in base ai parametri analizzati nel paragrafo precedente.

Si dovrà, dunque, accertare, anzitutto che effettivamente si sia formato, a seguito dell'emanazione del permesso di costruire, un affidamento giuridicamente rilevante in capo al privato. Tale affidamento deve essere incolpevole; occorre, cioè, che il privato abbia confidato senza colpa sulla legittimità dell'atto autorizzatorio. Qualora, infatti, emerga in giudizio che egli era a conoscenza o utilizzando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto avere notizia dell'illegittimità di un tale atto, non può ritenersi formato nessun affidamento all'interno della sua sfera giuridica soggettiva. Così come alcun affidamento può ritenersi formato qualora il proprietario sia stato a conoscenza o avrebbe dovuto sapere dell'esistenza anche solo di un elemento che costituisce chiaro indice di una possibile patologia invalidante del permesso di costruire.

Il giudice, nell'accertare il *quantum* del danno patrimoniale subito dal privato, dovrà poi tenere conto di tutte quelle spese dallo stesso effettuate a causa della sospensione dei lavori provocata dall'illegittimo provvedimento di revoca o di

all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla loro previsione nei piani comunali triennali o all'assunzione della loro realizzazione ad opera del privato contestualmente all'esecuzione dell'intervento autorizzato. Il permesso di costruire, così come in precedenza la concessione, è di regola oneroso: il suo rilascio è, infatti, subordinato anche al pagamento da parte del proprietario di un contributo di costruzione, in considerazione delle spese di urbanizzazione, primarie e secondarie (oneri di urbanizzazione), connesse alla trasformazione urbanistica e dell'incremento di valore della proprietà a seguito dell'intervento edilizio (costo di costruzione).

²⁵ Il permesso di costruire non può essere revocato, mentre è suscettibile di annullamento d'ufficio, da parte dell'amministrazione comunale e di quella regionale, oltre che di caducazione per effetto di sentenza del giudice amministrativo. Il mancato inizio dei lavori o la mancata ultimazione degli stessi nei termini di legge comporta la decadenza del permesso di costruire.

²⁶ In questo caso la giurisdizione è certamente del giudice amministrativo in sede esclusiva, ai sensi dell'art. 133, lett. *f*) del codice del processo amministrativo. Inoltre, nella situazione in questione, il privato agisce indubbiamente per ottenere il risarcimento per i danni causati dall'illegittimo provvedimento di annullamento del permesso di costruire, lesivo di un proprio interesse legittimo. Dibattuta è, invece, la configurazione del riparto di giurisdizione nel caso in cui il permesso sia stato annullato legittimamente, ma sia dimostrato che si è comunque formato un affidamento giuridicamente rilevante ed incolpevole in capo al privato. Tale tematica sarà affrontata nel paragrafo successivo, dove si analizzerà e si commenterà la soluzione proposta dalle Sezioni Unite con la recentissima ordinanza n. 6594 del 23 marzo 2011.

annullamento dell'atto autorizzatorio.

Si dovrà, quindi, procedere ad un'attenta analisi delle voci di danno riconducibili, in via diretta o indiretta, agli effetti di una tale sospensione, evitando gli opposti pericoli di un risarcimento superiore o inferiore all'effettivo pregiudizio subito, come detto nel precedente paragrafo.

È possibile, inoltre, che tale sospensione provochi anche danni non patrimoniali al proprietario, come vedremo nel quarto capitolo, quando tratteremo diffusamente delle problematiche riguardanti quello che abbiamo definito danno non patrimoniale da disturbo.

La questione che occorre adesso affrontare riguarda la modalità di ripartizione dell'onere della prova nel caso che stiamo esaminando. Tale questione, molto dibattuta attualmente dalla giurisprudenza, attiene alla scelta del tipo di responsabilità addebitabile alla p.a. nella fattispecie concreta in questione.

Se, infatti, si adotta lo schema strutturale della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c., spetterà al ricorrente provare la colpa della pubblica amministrazione.

Se, invece, si opta per la configurazione di una responsabilità da contatto sociale, si dovrà applicare la struttura della responsabilità contrattuale di cui all'art. 1218 c.c. e spetterà alla p.a. dimostrare di aver agito in assenza di colpa²⁷.

La recente giurisprudenza civile definisce il contatto sociale come relazione tra soggetti, non fondata sulla precedente assunzione di un obbligo contrattuale, da cui scaturisce un obbligo di protezione, senza obbligo primario di prestazione²⁸.

Si tratti di una particolare situazione fattuale a cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica in virtù della capacità della stessa di far nascere un obbligazione²⁹, in assenza di un precedente vincolo negoziale. Tale obbligazione consiste in un obbligo di protezione ai sensi dell'art. 1175 c.c. Obbligo che trova la sua *ratio* nel principio di solidarietà sancito all'art. 2 Cost.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione sia uno dei casi in cui venga in essere il contatto sociale.

L'assunto di fondo su cui si basa questa impostazione consiste nella considerazione che le innovazioni strutturali apportate dal legislatore negli ultimi anni all'ordinamento amministrativo portino a rideterminare la posizione della p.a. nei confronti del cittadino.

²⁷ È, infatti, totalmente abbandonato l'orientamento giurisprudenziale che considerava quella prevista dall'art. 1218 c.c. una tipologia di responsabilità oggettiva.

²⁸ Tale tesi civilistica è consolidata ormai da una cospicua giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha avuto modo di applicarla in riferimento alla responsabilità della struttura sanitaria, qualora il rapporto contrattuale del paziente sussista solamente con il medico curante ed è stata utilizzata al fine di riconoscere tutela giurisdizionale non solo al paziente, ma anche a soggetti terzi. Ad esempio, gli effetti protettivi derivanti dal rapporto contrattuale intercorrente tra medico e gestante sono stati estesi al nascituro, in caso di menomazioni causate da un comportamento colposo del sanitario e al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata. Recentemente, le Sezioni Unite della Cassazione, con la pronuncia n. 577/2008, hanno affermato che una tale tipologia di responsabilità viene in essere ogni volta in cui il paziente non è legato al medico da un vincolo contrattuale.

²⁹ Le obbligazioni, infatti, ai sensi dell'art. 1173 cc. possono nascere dal contratto, da un fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

L'amministrazione, infatti, in virtù degli strumenti partecipativi e procedimentali introdotti a partire dal 1990 e grandemente valorizzati ed implementati con la novella legislativa intervenuta sulla L. n. 241/90 nel 2005, che ha ancor più "democraticizzato" l'azione amministrativa³⁰, non si pone più in posizione di assoluta supremazia nei confronti del privato. Il potere pubblico, in altre parole, non è più "calato dall'alto" sul cittadino, ma sempre più è frutto di un bilanciamento di interessi effettuato dalla p.a. tenendo conto delle osservazioni e della partecipazione attiva del cittadino stesso. Si pensi, in tal senso, alla grande valorizzazione delle espressioni consensuali del potere amministrativo, attraverso il sempre più frequente utilizzo degli accordi *ex art. 11 L.P.A.*³¹.

Il privato, dunque, lungi dal rivestire il ruolo di semplice destinatario dei poteri autoritativi, è oggi interlocutore della p.a. sin dall'inizio del procedimento.

La sua posizione, quindi, non è assimilabile a quella del *quisque de populo*, ma si configura alla stregua di un rapporto qualificato con la pubblica amministrazione. Rapporto che ha tutte le caratteristiche per far nascere quel contatto sociale, che abbiamo sopra descritto, in virtù del quale in capo al soggetto pubblico sussistono obblighi qualificati e legislativamente prefissati.

La violazione di tali obblighi darebbe dunque vita ad una responsabilità che è assimilabile, in analogia con la limitrofa vicenda strettamente contrattuale, a quella per inadempimento *ex art. 1218 c.c.*

Una delle maggiori critiche rivolte ad una tale impostazione è la considerazione che l'adozione di essa porta a considerare l'interesse legittimo un puro interesse formale alla legittimità dell'azione amministrativa, lungi dal valorizzarne il profilo sostanziale.

Si è evidenziato il rischio che la tesi contrattualistica porterebbe il privato ad ottenere una sorta di "ipertutela" dall'ordinamento, dal momento che qualunque violazione, anche minima e formale, otterrebbe, in tale ottica, un risarcimento.

Tratteremo tale problematica nel terzo capitolo, nel quale ci chiederemo se le violazioni formali e procedimentali perpetrate dalla p.a. possano, ed in che termini, arrecare al cittadino un disturbo risarcibile.

Il codice del processo amministrativo, emanato nel 2010, sembra configurare la responsabilità della p.a., adottando implicitamente lo schema di cui all'art. 2043 c.c.³².

Ciò è confermato dalle più recenti pronunce del Consiglio di Stato che censurano nettamente l'impostazione che a utilizza la struttura della responsabilità contrattuale³³.

³⁰ Si pensi, in proposito, ad esempio, agli istituti di partecipazione procedimentale previsti agli artt. 10 e 10-*bis* della L. n. 241/90. Tale legge è, del resto, interamente ispirata dall'esigenza di rendere più democratica l'azione amministrativa.

³¹ Vd. Glossario delle abbreviazioni. Espressione consensuale del potere amministrativo sono anche i sempre più utilizzati istituti urbanistici della perequazione, della compensazione e della premialità.

³² Si veda, come già ricordato in precedenza, l'art. 30 C.P.A.

³³ Si prenda in considerazione, ad esempio, la [sentenza n. 14/2010 della VI sezione](#) del Consiglio di Stato, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che l'ipotesi relativa al danno da mancata estromissione di un concorrente dalla gara finalizzata all'aggiudicazione di un contratto pubblico è assunta