

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE

Sede di Milano

Dottorato di ricerca in Persona e ordinamenti giuridici

Ciclo XXXVI

S.S.D. IUS/10 - Diritto amministrativo



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

Le indennità nel diritto amministrativo

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Andrea Nicolussi

Tutor:

Ch.mo Prof. Mauro Renna

Tesi di Dottorato di:

Marcello Brentaroli

N. Matricola: 5013963

Anno Accademico 2022/2023

INDICE SOMMARIO

Premessa introduttiva questioni presupposte e progressiva espansione della garanzia indennitaria nel diritto pubblico.....	I
1. Introduzione.....	I
2. Prime questioni terminologiche e il problema della nozione unitaria	II
3. La progressiva espansione della garanzia indennitaria nel diritto pubblico	IX
Capitolo I - Le basi costituzionali ed europee della garanzia indennitaria.....	1
1. Il principio solidaristico (art. 2 Cost) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost)	1
2. Gli artt. 42, co. III e 43 Cost: la garanzia indennitaria in materia di espropriazione di proprietà o imprese per pubblica utilità o nell'interesse generale.	3
3. (Segue.) Oltre l'espropriazione c.d. formale: l'estensione della garanzia indennitaria alle ipotesi di espropriazione c.d. sostanziale (rinvio).	7
4. L'art. 117 e l'art. 1, Prot.1 CEDU: l'indennizzo come elemento "equilibratore" delle ingerenze pubblicistiche "sproporzionate" sulle utilità economiche.....	13
5. Il diritto euro-unitario: la responsabilità da atto lecito quale principio generale comune degli Stati membri. La tutela del legittimo affidamento.....	27
Capitolo II - L'obbligo indennitario: presupposti strutturali e profili funzionali.....	36
Sez. I - Presupposti strutturali dell'indennizzo.....	36
1. La legittimità dell'atto.	37
1.1 (Segue.) Distinzione rispetto alle responsabilità da atto illegittimo.	41
2. La liceità del comportamento.....	42
2.1 (Segue.) Distinzione rispetto alla responsabilità civile da comportamento illecito (pur a fronte di un atto amministrativo legittimo).....	44
3. Il danno - pregiudizio: un criterio distintivo fra le fattispecie indennitarie "tipiche"	50
3.1 (Segue.) Le indennità conseguenti a provvedimenti ablativi "reali"	51
3.1.1 L'indennità da esproprio per pubblica utilità.	55
3.1.2 (Segue.) Le espropriazioni c.d. sostanziali.	58

3.1.3 L'indennizzo da c.d. occupazione acquisitiva <i>ex art. 42-bis</i> del T.U. Espropri	61
3.2 Le indennità conseguenti a provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio.	64
3.2.1 L'indennizzo da revoca <i>ex art. 21-quinquies</i> della l. 241/1990.....	72
3.2.2 L'indennizzo da recesso da accordi amministrativi <i>ex art. 11</i> della l. 241/1990.....	78
3.3 Le indennità conseguenti a incertezza dell'azione amministrativa.....	81
3.3.1 L'indennizzo da c.d. mero ritardo; sua autonomia rispetto alle sanzioni amministrative.....	83
3.3.2 La reiterazione dei vincoli strumentali.....	88
3.4 L'indennizzo del danno da trattamento sanitario obbligatorio e in misure in materia di polizia igienico-sanitaria.....	92
3.4.1 (Segue) L'indennizzo da vaccino nella legislazione "Covid-19".....	96
Sez. II - Profili funzionali dell'indennizzo	98
4. Il modello compensatorio	98
4.1 La commisurazione dell'indennizzo (rinvio)	101
5. Il modello sanzionatorio	105
5.1 (Segue.) Il problema della tipicità e dell'offensività	108
6. Conclusioni	110
Capitolo III - Profili ricostruttivi: Pan e il quantum indennitario	113
Sez. I - L'an indennitario	113
Premessa. I problemi aperti: fra perimetro e commisurazione dell'indennizzabile.....	113
1. Il perimetro del danno indennizzabile: la questione dell'esistenza di un principio generale "indennitario".	113
2. L'affermazione di una clausola congiuntiva ablazione-indennizzo in forza del parametro "interposto" di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU nella lettura "sostanzialista" della Corte.....	117
2.1. (Segue.) Primo risultato: la tutela indennitaria è un principio di rango costituzionale. Le conseguenze in ordine alle condizioni di legittimità delle norme attributive di poteri amministrativi senza indennizzo.	119
3. Inconfigurabilità di un principio generale dell'azione amministrativa "indennitario". Secondo risultato: necessaria tipicità di ogni fattispecie indennitaria.	125

3.1 Rilievi in ordine all'autonomia dell'obbligazione indennitaria rispetto alle condizioni di validità dell'atto amministrativo ma contestuale riscontro della sua potenziale rilevanza "indiretta" della sua corresponsione/quantificazione nell'operazione di bilanciamento degli interessi.....	126
4. Applicazione dei risultati raggiunti alle fattispecie c.d. <i>praeter legem</i>	128
Sez. II - Il quantum indennitario	135
5. Il problema della commisurazione dell'indennizzo e i diversi "modelli" applicabili.....	135
5.1 Il modello civilistico	139
5.2 Il modello espropriativo	141
5.3 L'analisi economica del diritto. Applicazione del modello alle fattispecie più rilevanti.....	144
5.3.1. (Segue.) Analisi economica e potere espropriativo	149
5.3.2. (Segue.) Analisi economica e revoca	151
5.3.3. (Segue.) Analisi economica e riesame delle autorizzazioni ambientali	156
5.4 Analisi economica e prospettive de iure condendo: i c.d. piani <i>no-fault</i>	158
6. Conclusioni.....	162
CONCLUSIONI GENERALI	166
BIBLIOGRAFIA	176

PREMESSA INTRODUTTIVA

QUESTIONI PRESUPPOSTE E PROGRESSIVA ESPANSIONE DELLA GARANZIA INDENNITARIA NEL DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: Introduzione - 1. Prime questioni terminologiche e il problema della nozione unitaria.
- 2. La progressiva espansione della garanzia indennitaria nel diritto pubblico.

1. Introduzione

Il problema della responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione, altrimenti esplorato come questione dell'indennità nel diritto amministrativo, concerne le ipotesi in cui essa, nel legittimo svolgimento della propria attività e, dunque, nel perseguimento di interessi pubblici, arrechi danni a singoli o collettività che, a fronte del generale beneficio derivante dall'agire pubblico, risultano perciò gravati dei relativi oneri.

Se, nell'ordinamento italiano, per alcune di tali situazioni - che verranno di seguito esaminate - sussistono specifiche norme che pongono in capo all'amministrazione il dovere di riparare i danni in tal modo arrecati, non si riscontra, invece, una regola generale in tal senso, né un regime giuridico uniforme. E ciò lascia insoluto il problema, teorico e pratico, concernente il se tale dovere sussista laddove la legge non lo preveda espressamente e quale ne sia la relativa disciplina.

A tale problema non sembrano aver dato, sino ad oggi, risposte univoche né la giurisprudenza né la dottrina.

Effettivamente, come si vedrà, in giurisprudenza si sono di recente avute notevoli aperture, anche grazie all'influenza delle corti europee, ma ciò ha riguardato solo ipotesi specifiche, senza toccare la questione nei suoi termini generali.

Emerge così l'esigenza di chiarire le coordinate di fondo dell'istituto, che riguardano i seguenti interrogativi: la responsabilità da atto lecito dell'amministrazione è un principio generale o sussiste solo nelle ipotesi tipiche? La responsabilità da atto lecito è vera responsabilità governata dalla regola dell'integrale riparazione del danno subito, ovvero è una misura di solidarietà pubblica? Esiste un principio di

compensazione quale misura di proporzionalità dell'azione amministrativa che impone all'amministrazione di distribuire con equilibrio vantaggi e svantaggi derivanti dalla sua azione?

L'analisi che segue illustrerà brevemente lo stato della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina sulla questione, nelle declinazioni ora indicate, non prima, tuttavia, di aver affrontato alcune preliminari questioni terminologiche e concettuali.

2. Prime questioni terminologiche e il problema della nozione unitaria

Il termine indennità è, nel diritto positivo, meno utilizzato rispetto a quello di indennizzo, sebbene siano sovente utilizzati come sinonimi. Storicamente, i termini hanno assunto una tale varietà di significati da indurre a escludere un preciso valore scientifico della relativa distinzione e della stessa nozione¹.

Nell'ordinamento giuridico generale, la casistica normativa è ricca: vi sono disposizioni in cui l'indennità è il compenso dovuto a chi abbia subito un pregiudizio di un proprio interesse², vi sono poi figure di corrispettivo previste nella disciplina del rapporto di lavoro³; altre figure d'indennità di salvataggio sono disciplinate dal codice navale⁴ e altre ancora -oggetto precipuo del presente elaborato - sono ricollegate all'esercizio del potere amministrativo⁵.

I termini "indennità" e "indennizzo" non contengono quindi un'espressa definizione, ricorrono in situazioni così variegata e fanno riferimento a così diverse materie e fenomeni, da far dubitare che la stessa parola possa corrispondere ad un

¹ Posizioni contrastanti con tale interpretazione (cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, Napoli, 1166) hanno avanzato l'idea che l'indennità designerebbe in realtà il ristoro dei diritti soggettivi, mentre l'indennizzo corrisponderebbe alla lesione di un interesse legittimo. Tale tesi non ha mai trovato avallo, anche perché, come vedremo, contrasta con il testo dell'art. 42, Cost.

² Cfr., ad esempio, artt. 937, 938, 1017, 1032, 1053, 1328, 2041, 2045, 2047 c.c.

³ Cfr. artt. 2118-2122 c.c.

⁴ Artt. 491 ss.

⁵ S. CICCARELLO, *Indennità e indennizzo* (voce), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 105.

significato univoco e costante⁶.

Nel diritto civile, ad esempio, i termini sono utilizzati per certe forme di ristoro e compensazione di pregiudizi, distinte da quelle tipiche di risarcimento⁷. Nel diritto amministrativo, essi concernono il corrispettivo da versare all'individuo che, per esigenze e interessi di ordine pubblico, è chiamato a sopportare il sacrificio o la limitazione di un suo diritto o legittima aspettativa. Nel diritto del lavoro, essi sono utilizzati tanto a proposito di una serie di corresponsioni in funzione del rimborso di spese a compenso per particolari disagi del lavoratore (ad esempio: indennità di trasferta, di sede disagiata, di lavoro nocivo ecc.), quanto per definire, in guisa non sempre chiara e propria, le diverse competenze retributive in contrapposizione alla vera e propria paga (indennità di straordinario, di carica, di funzione, etc.)⁸.

In definitiva, il termine «vale più che altro a prospettare un possibile sinonimo per una serie di istituti diversi e talora divergenti, nell'ambito del fenomeno di portata generale della prestazione in danaro con funzione compensativa»⁹.

Un'interessante ricognizione dell'utilizzo di tali termini da parte del legislatore è stata proposta dalla dottrina, ove ad essi sono attribuiti cinque significati - tra loro

⁶ Su tale aspetto interessanti riflessioni si possono attingere dalla materia espropriativa cfr. D. SORACE, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974, *passim*. In termini generali, cfr. G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della Pubblica amministrazione*, Milano, 1912.

⁷ A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 15.

⁸ Il termine indennità non viene utilizzato in maniera univoca dal legislatore: accanto alle ipotesi rappresentate da forme di compensazione del pregiudizio diverse dal risarcimento, vi sono ad esempio talune ipotesi in cui il termine indica un corrispettivo dovuto per la perdita di una utilità a vantaggio di altri soggetti o della collettività: si pensi all'indennità di espropriazione, agli artt. 876 (indennità per l'innesto su muro di confine), 944 (avulsione), 1032, 1034, 1039, 1047, 1049, 1053, 1054 del codice civile (servitù coattive). Qui il corrispettivo è caratterizzato dal contenuto pecuniario proporzionale alla prestazione effettuata o al sacrificio subito. In ambito giuslavoristico si parla di indennità per indicare alcune voci della retribuzione dovuta al lavoratore o nelle diverse fattispecie disciplinate dagli artt. 2118-2122 c.c. Uno dei primi autori a pervenire ad una ricostruzione sistematica delle fattispecie indennitarie fu R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità* (voce) in *Nss. dig. it.*, VIII, Torino, 1968, 594-597; nonché F.S. CICCARELLO, *Indennità (dir. priv.)* (voce) in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XI, Milano, 99-106; recentemente v. M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 212-213.

⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 594; F. BELLINI, *Responsabilità: tema con variazioni*, Milano, 2011, 132.

inconciliabili - con riguardo alla loro funzione: compensativa, di trasferimento del rischio, sanzionatoria, di mera dazione di danaro e risarcitoria¹⁰.

Il termine “compensativo” indica il corrispettivo a fronte del sacrificio di un diritto. Ricorre nell’esproprio, nella costituzione di una servitù coattiva, nell’accessione invertita, nella requisizione, nell’occupazione d’urgenza, finanche nei rapporti di lavoro¹¹.

Invece il “trasferimento del rischio” è adottato come criterio per determinare la prestazione contrattuale assicurativa (artt. 1882 e 1932 c.c.): siffatta categoria non è ascrivibile ad un unico *genus* di responsabilità civile essendo in realtà al confine tra la responsabilità aquiliana e la responsabilità contrattuale¹².

Da questa ipotesi si può costruire una nozione piuttosto definita di indennità. Essa consiste in una somma dovuta a titolo di corrispettivo, caratterizzato dal suo contenuto pecuniario e dalla proporzionalità alla prestazione effettuata o al sacrificio subito¹³.

In questi casi non è configurabile l’illecito, al quale quindi non è possibile ricollegare l’obbligo di corrispondere l’indennità, bensì un risarcimento. L’indennità pare distinguersi dal risarcimento anche per un altro motivo: mentre quest’ultimo, infatti, persegue la reintegrazione del patrimonio del soggetto, l’indennità tende essenzialmente alla reintegrazione del bene (seppur in via equivalente)¹⁴. Diversa dottrina ritiene, invece, di non attribuire siffatto valore omnicomprensivo al termine indennità¹⁵, distinguendo tra «i casi in cui essa è dovuta perché il debitore ha ottenuto il godimento di un’energia o di un bene del creditore, dalle ipotesi in cui la prestazione

¹⁰ A. CRISMANI, *op. cit.*, 18.

¹¹ Ovvero: indennità di anzianità, di mancato preavviso e quella in seguito a morte del lavoratore.

¹² M.A. MAZZOLA, *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 2007, 212-213.

¹³ S. CICCARELLO “Indennità e indennizzo” (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ G. TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964, 153.

dell'indennità stessa è dovuta per effetto di un danno che il creditore non è obbligato a sopportare»¹⁶.

Come specificato sopra, l'indennizzo può assumere anche il significato sanzionatorio e quello risarcitorio laddove è presente l'illecito. Il significato sanzionatorio s'individua nei criteri di determinazione dell'indennizzo, e il danno non costituisce il presupposto d'irrogazione della sanzione, ma elemento di commisurazione della stessa¹⁷. Ove invece ricorre il significato risarcitorio, si pone la questione se il legislatore abbia utilizzato il termine in modo promiscuo, oppure intendeva far coincidere volontariamente l'idea del risarcimento con quella dell'indennizzo.

Come vedremo, le indagini dogmatiche sono rivolte verso la ricerca degli elementi identificativi dell'indennità proprio partendo dall'analisi dell'istituto risarcitorio¹⁸.

La giustizia costituzionale ha però fatto notare una distonia terminologica tra il termine indennizzo e indennità. Il primo viene infatti utilizzato direttamente in Costituzione (art. 42) e designerebbe un "ristoro" riconosciuto al proprietario espropriato per il sacrificio sopportato; il secondo, l'effettivo valore di mercato del bene. Dinanzi all'eterogeneità del dato normativo, dottrina e giurisprudenza hanno cercato costantemente di pervenire alla configurazione di una nozione unitaria e omogenea dell'istituto. Se alla genesi delle prime disquisizioni in materia si ricollegava al concetto di indennità «ciò che è dovuto e si paga a titolo di ristoro di danni», comprendendo anche l'indennità di espropriazione, lentamente tale nozione è evoluta

¹⁶ In tale categoria non risulterebbe tanto la mancanza dell'illecito, bensì la sussistenza di vari motivi che imporrebbero l'esclusione del diritto al risarcimento in forma specifica (ex art. 2058): sarebbe attribuito solo il risarcimento per equivalente; così G. TORREGROSSA, *op. cit.*, 155.

¹⁷ Si fa riferimento a titolo esemplificativo all'ipotesi di violazione della normativa sulla protezione delle bellezze naturali, laddove era prevista in alternativa alla demolizione il pagamento di un'indennità equivalente alla maggiore somma tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la relativa trasgressione. Vedi V.R. DAMONTE, *L'indennità ex art. 15, legge n. 1497 del 1939 non ha funzione risarcitoria, ma costituisce sanzione amministrativa*, Nota a Con. Stato, sez. VI, 2 giugno 2000, n. 3184, in *Riv. Giur. Edil.*, 2000, 5, 858.

¹⁸ Cfr. S. CICCARELLO *op. cit.*, 75.

ed è stata utilizzata per indicare la prestazione in denaro con funzione compensativa dovuta in presenza di un danno non antigiuridico¹⁹.

Come approfondiremo in seguito, diverse figure non appartenenti al diritto pubblico trovano il proprio fondamento applicativo nella disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità (a cui vanno assimilate le indennità previste per i casi d'occupazione d'urgenza e di requisizione), come ad esempio le fattispecie di cui all'art. 1032 c.c., che prevede la costituzione di servitù coattive con sentenza o atto amministrativo, in assenza di contratto, oppure le indennità previste dalla disciplina del rapporto di lavoro in materia di scioglimento del contratto di agenzia (1751 c.c.) ed in alcune altre disposizioni (ad es., artt. 937, 938, 1017, 2045, 2047 c.c.). La *ratio* giustificativa di siffatta estensione analogica si rinviene nella medesima radice funzionale comune agli istituti indennitari; essi sono caratterizzati secondo la dottrina prevalente da una funzione compensativa.

Come anticipato, nel linguaggio legislativo il termine indennizzo ricorre frequentemente in situazioni diverse tra loro, al punto da far dubitare che la stessa parola possa corrispondere ad un significato univoco e costante. Di fronte a tale eterogeneità, è forte l'esigenza di elaborare e riportare ad un fenomeno unitario tale fenomeno²⁰; tuttavia tale operazione risulta tutt'altro che semplice e arduo è il tentativo di soddisfarla. La dottrina muove infatti verso questa direzione e precisamente verso la ricerca dei caratteri distintivi dell'indennità rispetto al risarcimento. Si ritiene qualificante il fatto che il risarcimento è legato «al presupposto di un danno (ingiusto) arrecato, laddove l'indennità dipende da un arricchimento a scapito di altri che si deve eliminare»²¹, con funzione puramente restitutoria²².

¹⁹ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 595 ss., e S. CICCARELLO, *op. cit.*, 103: il quale perviene a siffatta considerazione sulla base dell'analisi delle maggiori fattispecie presenti nell'ordinamento.

²⁰ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 594.

²¹ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 439-440.

²² R. ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, 225 ss.; C. NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, 1954, 85 ss.

Tale prima impostazione fu oggetto di critiche²³, in particolare venne contestata la configurabilità dell'equazione: danno ingiusto - risarcimento = assenza dell'*iniuria* - indennità²⁴. Sarebbe meglio, infatti, sottolineare non tanto il momento sanzionatorio quanto piuttosto «prospettare rimedi idonei nei confronti del danno come lesione di un bene protetto»²⁵. Di qui l'obbligo del risarcimento e la responsabilità civile, mentre non è chiaro il momento della lesione dell'interesse giuridico, rispetto alla lesione in senso materiale del bene; ove invece si dia «perdita o limitazione del diritto di un soggetto in correlazione al suo trasferimento forzoso o alla nascita di un diritto nuovo in testa ad altri, si ha indennità»²⁶.

In linea di massima si potrebbe dire che l'indennizzo sia un ristoro non integrale del pregiudizio subito, di regola connesso ad un comportamento non antiggiuridico e si differenzia dal risarcimento per la differente matrice genetica; quest'ultimo trova alla base un danno ingiusto, connesso a un'attività contraria alla legge²⁷.

Non è d'aiuto il legislatore nell'utilizzare indiscriminatamente i termini risarcimento e indennizzo.

Nel risarcimento extra-contrattuale sono presenti diversi profili problematici connessi all'imputabilità soggettiva (in particolare dolo o colpa) dell'atto illecito posto in essere dal soggetto attivo²⁸. La differenza tra i due istituti non è data solo dalla giuridicità o antiggiuridicità dell'azione, ma anche dalla eterogeneità di ogni altro elemento strutturale delle due figure. Nella responsabilità da atto legittimo non

²³ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 595.

²⁴ Cfr. S. CICCARELLO, *op. cit.* 76.

²⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, ID., *Illecito*, in *Nss. D. I.*, 1962, 165-166., ID., *Responsabilità civile*, *ivi*, XV, 1968, 637 ss. Cfr. anche MAIORCA, "Colpa civile (*Teoria generale*)" (voce) in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1960, 568.

²⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 595.

²⁷ C. BUONAURO, *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012, 595.

²⁸ Ricordiamo però che il Codice civile prevede anche forme di c.d. responsabilità oggettiva nelle quali l'imputazione soggettiva prescinde da ogni indagine circa l'elemento psicologico della colpa, basandosi altresì sul compimento di attività ontologicamente qualificate come rischiose.

sussiste problema di riferibilità, né di dolo o colpa e anche il nesso di causalità assume forme diverse dall'illecito aquiliano²⁹.

Siffatti elementi, che sono tipici della tutela risarcitoria, non figurano nell'indennizzo che, a differenza del primo, presuppone una valutazione spesso fatta a monte dal legislatore, il quale riconosce il diritto ad un equo ristoro per il sacrificio sopportato. Ne consegue che, nelle fattispecie che dispongono un indennizzo, vi è obbligo di provvedere all'erogazione non perché sia violata una regola di condotta che ordina la vita sociale e che impone doveri di rispetto degli interessi altrui (*neminem laedere*), come avviene nel risarcimento³⁰, ma perché così è imposto dalla normativa di riferimento.

Se l'indennizzo trova la propria fonte nel dato positivo, l'entità del ristoro è ancorata a quell'aspetto del danno dotato di maggiore certezza, ossia il valore oggettivo del bene pregiudicato o sacrificato³¹. Non pare essere elemento considerabile il lucro cessante (ossia il mancato guadagno) nella quantificazione patrimoniale dell'indennizzo. Tale aspetto apre un ulteriore problema, ovvero quello riguardante la quantificazione del danno laddove il fine del risarcimento è quello di soddisfare l'integrale riparazione, sebbene per equivalente, secondo un principio di

²⁹ G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, cit., 1761: «La differenza tra i due istituti non è data solo dalla giuridicità o antigjuridicità dell'azione, ma anche dalla eterogeneità di ogni altro elemento strutturale delle due figure. Nella responsabilità da atto legittimo non sussiste problema di riferibilità, né di dolo o colpa e anche il nesso di causalità assume forme diverse dall'illecito aquiliano».

³⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*. V, Milano, 1997, 543-544, il quale afferma che «la responsabilità extracontrattuale non è né strumento di punizione (concezione etica) né strumento di allocazione dei danni (concezione tecnicistica) ma tutela civile contro l'illecito. Unico generale suo fondamento è la violazione del precetto di rispetto altrui (*alterum non laedere*). Tale ricostruzione dottrinale viene inserita nel contesto pubblicistico da L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 258 ss: mediante tale operazione si ricava il principio generale secondo cui la responsabilità risarcitoria trova la propria fonte di generatrice non esclusivamente nell' illegittimità dell'atto emanato dall'amministrazione ma anche dell'illiceità del comportamento tenuto da esso stesso.

³¹ G. GRECO, *op. cit.*, 1763, pone in evidenza come «mentre nel caso di risarcimento la reintegrazione, sia pure per equivalente, è completa e comprensiva anche del mancato guadagno, nel caso di indennizzo è variamente comprimibile, purché nei limiti- posti dalla giurisprudenza costituzionale- di un serio ristoro». Analisi ampiamente avallata dalla giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. civ., Sez. I, 22 gennaio 1993, n. 778, in *Giustizia civile Massimario*, 1993, 106.

giustizia correttiva, quando quello dell'indennizzo si rifà ad un diverso criterio distributivo. I delicati aspetti concernenti i criteri di commisurazione patrimoniale della fattispecie indennitarie saranno approfonditi in un apposito paragrafo, in quanto richiedono un'approfondita analisi delle scelte e degli indirizzi politici sottostanti e delle strutture di tali fattispecie³².

Infatti, se analizziamo l'aspetto funzionale del risarcimento questo tende oggi non più ad assolvere ad un'esclusiva funzione sanzionatoria ma piuttosto a riparare un danno (come l'indennizzo).

Se così è «la responsabilità da atto lecito non andrebbe più considerata né eccezionale né una deroga alla ratio della responsabilità civile, quanto piuttosto un'enunciazione»³³.

Per stabilire però la natura giuridica di tale istituto è necessario approfondire i fondamenti normativi posti alla base dell'indennizzo; la domanda che ci poniamo e a cui cerchiamo di dare una risposta è se sia possibile costruire un modello generale di tutela indennitaria, oppure come è stato osservato «la cosiddetta responsabilità per atti legittimi è definitivamente confinata dove il legislatore l'ha prevista»³⁴.

3. La progressiva espansione della garanzia indennitaria nel diritto pubblico

La responsabilità da atto e fatto legittimo rappresenta la prima breccia nel dogma dell'irresponsabilità dello Stato ed è, infatti, strumento per affermarne la sua responsabilità diretta nei confronti dei cittadini.

Questa è stata, inoltre, un valido strumento per sostenere l'insufficienza della disciplina civilistica come strumento regolatore e quindi l'inconfigurabilità di una responsabilità dello Stato secondo i principi civilistici.

³² Il concetto di giustizia nell'indennizzo è frutto di scelta legislativa che tiene conto non dell'equilibrio rispetto allo status ante da reintegrare, ma di un equilibrio sociale da perseguire; invece nel risarcimento la giustizia è ricollegata all'integralità della riparazione.

³³ Così R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 74.

³⁴ Così R. CARANTA, *op. cit.*, 74.

Diverse posizioni tra loro spesso diametralmente opposte si sono susseguite: dall'irresponsabilità dello Stato³⁴, alla responsabilità speciale di diritto pubblico caratterizzata dall'irrelevanza dell'elemento soggettivo della colpa e dell'*iniuria*, ma focalizzata sul danno. La sottoposizione dell'amministrazione alla disciplina civilistica della responsabilità è stato frutto di un lungo e contrastato percorso che la vede infine sottoposta ad un trattamento analogo ai privati. Prima solo i danni provocati da attività materiali non supportate da provvedimenti amministrativi, poi anche da quest'ultimi. In tal modo, si delinea l'ambito di applicazione³⁵, le situazioni giuridiche soggettive in gioco (in particolare l'interesse legittimo)³⁶ e la loro protezione³⁷.

Come vedremo, fino alla metà del XXI secolo il nostro ordinamento non presenta una norma di carattere generale volta a disciplinare la responsabilità della pubblica amministrazione, né tantomeno una disposizione che risolva l'annosa questione relativa alla responsabilità dei suoi dipendenti dal danno a terzi conseguente all'esercizio illegittimo delle funzioni.

La dottrina ha sempre negato la configurabilità di una responsabilità³⁸ in capo allo Stato sostenendo la tesi basata sulla natura sovrana dello Stato e dei suoi enti, per cui

³⁴ Il superamento del dogma dell'irresponsabilità dello Stato in Italia è oramai assodato con un percorso per nulla privo di travagli. Momento di riconoscimento formale è rappresentato dalla nota Sentenza della Corte di Cassazione 500/1999 ad oggetto la risarcibilità degli interessi legittimi mediante la quale si addivene ad un rapporto più incline alla paritarietà tra Stato e cittadini. Il passaggio dalla condizione di suddito a cittadino, quindi, è rappresentata dal riconoscimento di forme partecipative e di un maggiore tutela giurisdizionale.

³⁵ L'ambito della responsabilità (da illecito) della pubblica amministrazione afferisce alle attività materiali e provvedimenti. La prima è disciplinata in modo pressoché identico ai privati. La seconda ha caratteristiche peculiari e propri poiché concerne l'esercizio del potere.

³⁶ Sotto il profilo della lesione dell'interesse legittimo si individuano tre ipotesi. La prima concerne il potere vincolato, la seconda il potere discrezionale e infine quella che concerne gli aspetti formali-procedimentali e non di contenuto della decisione; cfr. D. SORACE, *op. cit.*; 271-272.

³⁷ Non si evidenziano differenze significative sotto il profilo del nesso di causalità con *l'eventus damni*; cfr. D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di "interessi legittimi"*, comparando, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, a cura di G. FALCON, Padova, 2005, 229 ss.

³⁸ Si fa riferimento chiaramente alla responsabilità di natura extracontrattuale e non a quella contrattuale, per inadempimento, di contratti di diritto civile stipulati tra l'amministrazione e privati.

la sovranità «presupporrebbe la superiorità e l'imperio, la responsabilità invece la sottomissione o l'uguaglianza»³⁹.

La diatriba cela in realtà una più ampia divergenza tra visioni contrapposte: quella pan-civilistica e l'altra indirizzata a creare una settorialità di principi pubblicistici svincolati dal dominio civilistico. In tal modo si procedeva verso lo sgretolamento dell'unitario principio civilistico della responsabilità⁴⁰. Secondo la visione anticivilistica lo Stato potrà concedere indennizzi secondo regole di equità, in base a regole speciali, ma non sulla base di una disciplina civilistica unitaria e sindacabile dal giudice ordinario.

Lo scontro tra il diritto comune e il diritto speciale pubblico si manifestava nella tensione tra libertà e arbitrio ovvero tra diritto e potere. L'*acme* di siffatto contrasto lo si rinviene nella disciplina dell'espropriazione che, come afferma icasticamente la dottrina, «costituisce il punto più drammatico tra l'autorità dello Stato e l'autonomia privata»⁴¹.

Nella sua genesi, l'indennizzo non era configurato come diritto spettante al proprietario espropriato, ma bensì come concessione "graziosa" che il detentore del potere pubblico (il sovrano) corrispondeva senza esserne tenuto. In Francia nel XVIII secolo la corresponsione di una somma a titolo di indennizzo fu stabilita per attenuare l'opposizione generale contro le misure espropriative finalizzate all'ammodernamento dello Stato poste in essere dalla Corona.

Come è noto, attraverso i c.d. *cabiers de doléance* viene chiesto che l'esproprio sia ammesso solo in presenza di una necessità pubblica debitamente dichiarata e dietro corresponsione di un giusto indennizzo. Tali richieste vengono accolte con l'emanazione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e successivamente

³⁹ G. MANTELLINI, *Lo stato e il Codice Civile*, Firenze, 1880, 253.

⁴⁰ G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto civilistico (1865 - 1914)*, Milano, 1991, 137.

⁴¹ U. NICOLINI, *Espropriazione per pubblica utilità* (voce) in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 802 ss.

consacrate nel Codice Napoleone agli artt. 554 e 545⁴². Tale visione dicotomica tra il diritto comune civilistico e il diritto speciale della pubblica amministrazione germoglia in Francia e afferma il principio di autonomia della *responsabilité publique* rispetto alla *responsabilité privée*.

Nella sua concezione embrionale la responsabilità speciale di diritto pubblico non si allontana molto dalla sua antagonista ma è solo grazie ad opera della giurisprudenza del *Conseil d'Etat* che questa vede un progressivo distanziarsi⁴³. Con l'*arrêt Blanco* del 1873 il Tribunale dei conflitti afferma l'applicabilità di regole sostanziali diverse da quelle del *Code Napoléon* e il riconoscimento della giurisdizione amministrativa.

L'Italia vede i primi segni di un'evoluzione sotto il profilo dell'autonomia della responsabilità di diritto pubblico con la nota l. 20 marzo 1856 n. 2248, all. E, avente ad oggetto l'eliminazione dell'immunità giurisdizionale della pubblica amministrazione, la cui attuazione risente però del clima sospettoso nutrito da gran parte della giurisprudenza e dottrina⁴⁴. Queste escludono finanche la responsabilità da illecito della pubblica amministrazione, perché l'indagine sulla colpa avrebbe comportato un sindacato di merito.

Dinnanzi all'opzione non più tollerabile dell'esclusione della responsabilità e quella dell'applicazione delle categorie privatistiche si affermava un terzo *genus* "ibrido". Nasce un diritto separato della pubblica amministrazione.

Contestualmente, nella neonata scienza amministrativistica si afferma la tesi di origine tedesca⁴⁵ e propugnata in Italia dal Vacchelli che costruisce la responsabilità della pubblica amministrazione fondata sui principi della giustizia distributiva e

⁴² Come afferma A. TRAVI in *Recensione a Georges Tessier, La responsabilité de la puissance publique*, cit., Parigi, 2009, 109 «con la Rivoluzione Francese si afferma, infatti, una concezione forte del principio di eguaglianza, che implicava anche l'uguaglianza fra i cittadini nella distribuzione dei carichi pubblici».

⁴³ Così A. TRAVI, *op. cit.*, 1020-1.

⁴⁴ A. CRISMANI, *op. cit.*, cit., 14, che: «Le ragioni erano di due tipi. Da un canto la paralisi derivava dal principio che l'attività della pubblica amministrazione fosse sottoposta alla giurisdizione ordinaria solo in caso di conflitto con veri e propri diritti soggettivi. Dall'altro canto derivava dallo scarso numero di diritti soggettivi che si riconoscevano ai privati nei confronti dei poteri pubblici, considerata la prevalenza degli interessi legittimi nei rapporti con l'amministrazione».

⁴⁵ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, in particolare il § 11. *Das Verwaltungsrechtsinstitut und die Scheidung vom Civilrecht*, I, Leipzig, 1895, 134-146.

riparativa⁴⁶. Diversamente la responsabilità di diritto privato si fonderebbe sul principio dell'eguaglianza dei patrimoni.

Dal principio di giustizia distributiva trarrebbero origine sia l'obbligo dell'amministrazione di riparare i danni da essa arrecata al privato nell'esercizio della propria "legittima attività amministrativa" e sia il danno a lei non eziologicamente attribuibile, ma a cui comunque spetta di sovvenire in relazione alla posizione di dipendenza assunta, e dei doveri che ha verso la società.

La responsabilità di diritto civile non è qui applicabile dal momento in cui è richiesta come elemento genetico l'imputabilità, che invece non è richiesta per la responsabilità dell'amministrazione.

Il fine della teoria proposta dal Vacchelli è quindi di configurare una fattispecie autonoma, ascrivibile al diritto pubblico, che permetta di raggiungere la responsabilità per atti e fatti legittimi della pubblica amministrazione; obiettivo non perseguibile entro i confini della disciplina civilistica in quanto renderebbe l'amministrazione pubblica uguale ai privati, e quindi sottoposta al diritto privato.

Altra eminente dottrina (Ranelletti, Santi Romano, Forti, Cammeo) costruisce una diversa responsabilità (speciale) di diritto pubblico sul dato positivo costituito dagli artt. 2 e 4 della legge del 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo, i quali prevedono la comparazione in giudizio dell'amministrazione di convenuto avanti il giudice ordinario⁴⁷.

Medesimo risultato viene raggiunto da altre teorie senza utilizzare come fondamento la suindicata legge del 1865 del contenzioso amministrativo affermando l'inammissibilità della ricerca della colpa nel comportamento della pubblica amministrazione, poiché la discrezionalità non è sindacabile da parte del giudice

⁴⁶ Cfr. G. VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892, 34.

⁴⁷ Per un approfondimento completo vedi F. FRACCHIA, *Specialità dell'amministrazione e del diritto amministrativo nelle riflessioni di V.E. Orlando, S. Romano, O. Ranelletti e F. Cammeo in Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998, 519 ss.

ordinario⁴⁸. Inoltre, viene ipotizzata anche una teoria che ricomprendesse pure la responsabilità da atti legittimi insita nel diritto consuetudinario⁴⁹.

Tale ricostruzione analizzando la fattispecie delle espropriazioni dei beni dei privati e di altri istituti che prevedevano un indennizzo ritrova un fondamento comune nell'avverarsi di un sacrificio speciale a cui consegue l'obbligo di risarcimento da parte dell'amministrazione. Siffatta responsabilità trova fondamento nell'equità che impone che chi si avvantaggi di un'attività, ne sopporti anche i danni arrecati ad altri (...), così uguale principio per lo meno prescrive che altrettanto accada per i danni illegittimamente inferti⁵⁰.

Da tale ragionamento emerge che dalla responsabilità da danni legittimi si può desumere a priori la responsabilità da danni illegittimi.

Santi Romano, nonostante l'assenza di una normativa pubblicistica, prospetta una «responsabilità di diritto pubblico per fatti e atti legittimi»⁵¹. Egli ritiene che ogniqualevolta l'amministrazione imponga un «particolare sacrificio che non è compreso nei limiti normali»⁵² ad un diritto individuale questa debba corrispondere al soggetto pregiudicato un'indennità che si parametrata ai vantaggi che, in relazione al danno, possono derivarne. Attraverso il concetto di conflitto dei diritti, Santi Romano elabora la sua tesi secondo la quale laddove il diritto più debole è limitato da uno più forte per effetto di un limite straordinario o eccezionale, e la modificazione che questo subisce si risolve in un particolare sacrificio, si costituisce necessariamente l'obbligo del suo risarcimento. La sua tesi non esclude l'utilizzo della figura analogica per estendere l'applicazione a fattispecie dotate della *eadem ratio*, con il limite che i diritti sacrificati in questione si riferiscano a beni dotati di valore economico. Cita come esempio di non applicazione di tale responsabilità la privazione di libertà mediante detenzione.

⁴⁸ F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, Torino, 1905, 895 e 896.

⁴⁹ F. CAMMEO, *op. cit.*, 214.

⁵⁰ F. CAMMEO, *op. cit.*, 214.

⁵¹ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Padova, 1932, 306.

⁵² S. ROMANO, *op. cit.*, 307.

Il percorso finora tracciato permette di comprendere il contesto in cui nasce la responsabilità per fatti e atti legittimi ovvero all'interno della teoria unitaria della responsabilità comprendente il lecito e l'illecito.

La sottoposizione della pubblica amministrazione alla disciplina della responsabilità civile ha impedito lo sviluppo di teorie indipendenti dal diritto civile nonostante il tentativo della dottrina di fondare la responsabilità nel solo presupposto del danno cagionato dall'attività amministrativa disancorato dalla colpa⁵³: tale sforzo non ha trovato però consensi e nemmeno seguito in giurisprudenza.

Negli anni 30' del Novecento abbondano le teorie sulla responsabilità da atto legittimo fondanti sui principi di giustizia distributiva e di solidarietà sociale per riavvicinarsi ai precetti del diritto romano, del diritto comune e del codice civile sulla responsabilità aquiliana⁵⁴.

Le ragioni per il quale il sistema amministrativo italiano ha indietreggiato rispetto alla ri-espansione del diritto comune sono dovute ad una minore solidità delle basi ideologiche del diritto amministrativo, rispetto a quelle sociali⁵⁵.

In Italia (e verosimilmente anche in Germania) il diritto amministrativo «si è formato sulla scia di ragioni molto più legate alla visione ideologica di uno Stato che doveva rimanere necessariamente forte verso tutti i suoi interlocutori per poter conservare l'unità politica raggiunta con travaglio e tardivamente»⁵⁶.

Diversamente, nell'esperienza francese il diritto amministrativo è stato considerato come un sistema autonomo e non già come un insieme di deroghe allo *ius privatorum*. In particolare, al giudice d'oltralpe era attribuito il potere creativo di formulare la norma in maniera libera rispetto al codice civile nell'ipotesi in cui questa mancasse. Inoltre, la specialità del diritto amministrativo è strettamente connessa ad una ragione

⁵³ F. CAMMEO, *op. cit.*, 214.

⁵⁴ C. VITTA, *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti*, in *Giur. It.*, Torino, 1929, 1 ss.

⁵⁵ A. CRISMANI, *op. cit.*, 14.

⁵⁶ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019, 162.

di ordine politico, ossia l'ascesa della borghesia che lo utilizza come strumento contro l'aristocrazia.

Il primo formale riconoscimento della responsabilità per attività lecite si ha ad opera della giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, la quale ha elaborato una ricca teoria in materia di *responsabilité sans faute*. Grazie al principio dell'*égalité devant les charges publiques* si impedisce che sacrifici particolari imposti nell'interesse pubblico restino senza una riparazione: In particolare, la giurisprudenza amministrativa francese riconosce la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni subiti da singoli privati in seguito all'adozione legittima di provvedimenti rispondenti all'interesse generale. Il richiamo a tale principio ha permesso di porre in essere rimedi di natura risarcitoria anche nei confronti di precise disposizioni legislative la cui legittimità non poteva essere infirmata dal giudice *a quo*.

Lo sganciamento dalle regole civilistiche in materia di responsabilità ha prodotto l'effetto di incrementare l'ambito di tutela del cittadino innanzi alla pubblica amministrazione.

Nel capitolo che segue si procede dunque ad esaminare i fondamenti rinvenibili nel diritto positivo afferenti l'obbligazione indennitaria di modo da delineare un quadro normativo attuale ed esaustivo.

CAPITOLO I

LE BASI COSTITUZIONALI ED EUROPEE DELLA GARANZIA INDENNITARIA

SOMMARIO: 1. Il principio solidaristico (art. 2 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). -2. Gli artt. 42, co. III e 43 Cost.: la garanzia indennitaria in materia di espropriazione di proprietà o imprese per pubblica utilità o nell'interesse generale. -3. (Segue.) Oltre l'espropriazione c.d. formale: l'estensione della garanzia indennitaria alle ipotesi di espropriazione c.d. sostanziale (rinvio). -4. L'art. 117 e l'art.1, Prot.1 CEDU: l'indennizzo come elemento "equilibratore" delle ingerenze pubblicistiche "sproporzionate" sulle utilità economiche. -5. Il diritto euro-unitario: la responsabilità da atto lecito quale principio generale comune degli Stati membri. La tutela del legittimo affidamento.

1. Il principio solidaristico (art. 2 Cost.) e il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.)

Nella Costituzione italiana la garanzia indennitaria non si fonda esclusivamente sulle norme che espressamente la prevedono (come, ad esempio, si vedrà in materia espropriativa) ma anche sulle disposizioni che pongono al centro dell'ordinamento la persona e i suoi diritti e che sanciscono la strumentalità dell'attività amministrativa alla realizzazione e alla tutela di questi stessi diritti, venendo in tale prospettiva in rilievo i principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale (artt. 2 e 3 Cost.)⁵⁷.

Il principio di solidarietà economico-sociale che da esse si trae rappresenta un importante fondamento da porre alla base della fattispecie indennitaria, sebbene anche questo principio abbia dovuto superare le interpretazioni restrittive che spesso impedivano la sua collocazione nell'alveo di uno o più diritti costituzionali⁵⁸. La solidarietà economico-sociale si percepisce, infatti, come un criterio di distribuzione di pesi e benefici tra la comunità organizzata ed il singolo, il quale si fa carico di un

⁵⁷ Sul tema v. A. AMORE, *Il dovere di solidarietà nelle dinamiche della responsabilità da attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Quaderni di diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2022.

⁵⁸ P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 137 ss.

comportamento strumentale alla tutela di un interesse generale, talvolta fino al sacrificio di una propria situazione giuridica soggettiva. La collettività - e per essa l'amministrazione - non possono restare indifferenti di fronte al bisogno del singolo, il quale necessita di essere tutelato. Il bisogno si accentua al punto di far sorgere nei confronti del singolo un "dovere inderogabile" ai sensi dell'art. 2 della Costituzione. Infatti, il principio di solidarietà sociale spinge a considerare come inderogabili una serie sempre più ampia di doveri. Il punto è che si nota una scarsa consapevolezza della specificità del principio costituzionale di solidarietà rispetto alle altre norme, come quelle sull'eguaglianza, ovvero sui diritti sociali alla salute e all'assistenza, che, insieme al primo, contribuiscono a marcare i caratteri del nostro modello costituzionale di welfare. Ci si riferisce ai pregiudizi che subiscono i diritti inderogabili quali la salute (vaccinazioni, trasfusioni) o la libertà (ingiusta detenzione). In questi casi si esplica la funzione di sicurezza sociale che non sempre è presente nella responsabilità civile tra privati (sebbene l'evoluzione della responsabilità civile sia stata notevole).

L'ulteriore chiave di lettura è data dall'eguaglianza (art. 3) che costituisce un altro principio fondante sia la responsabilità civile sia la tutela indennitaria. Anch'essa, al pari della solidarietà, ha costituito parametro di legittimità costituzionale di norme che limitavano (il caso dell'espropriazione) o non prevedevano (il caso delle vaccinazioni obbligatorie) o escludevano, per determinate ipotesi e non per altre (il caso delle vaccinazioni non obbligatorie e il caso della contrazione di alcune malattie per effetto della trasfusione), l'indennizzo in presenza di fatti leciti. Il principio di eguaglianza funge da retroterra logico dell'analogia e assume significato pregnante sul versante delle prestazioni.

Infatti, con la tecnica dell'analogia si superano le diseguaglianze non accettabili sul piano dell'eguaglianza dei soggetti⁵⁹. Nel sistema francese l'*égalité devant les charges publiques* invocata dalla giurisprudenza, e la *Lasten Gleichheit* del diritto tedesco, costituiscono variante del principio di eguaglianza, che impone il ristoro del cittadino sottoposto a sacrificio particolare. L'eguaglianza ha la funzione di evitare il crearsi di

⁵⁹ P. CARETTI, *op. cit.*, 140.

situazioni nelle quali i soggetti danneggiati si trovino in una posizione di privilegio negativo. Non contrasta con tale principio il danno ripartito in modo proporzionale alla capacità contributiva dei singoli componenti della collettività; contrasta il danno ripartito in modo non eguale.

Paradossalmente se è espropriata o danneggiata tutta una categoria di beni senza indennizzo, vi è certamente eguaglianza nell'ambito della categoria di quei proprietari. Sussiste però la diseguaglianza nei confronti di altri cittadini la cui ricchezza complessiva non è intaccata. La questione del danno lecito ad ampia diffusione, e di conseguenza del sacrificio generale, è «connaturato allo stesso agire del pubblico potere, il quale con posizioni precostituite, danneggia alcuni e favorisce gli altri, il più delle volte con effetti indiretti connessi al perseguimento degli scopi». Questo discorso pone sulla bilancia il principio di solidarietà e il principio di eguaglianza, bilanciamento che può variare in base alle situazioni tutelate ovvero pregiudicate. Se oggetto di esse è l'iniziativa economica o la proprietà, il bilanciamento potrebbe essere diverso qualora fosse in gioco la salute o la libertà.

Da queste considerazioni si sviluppa la figura del sacrificio speciale, la cui delimitazione, tuttavia, non è facile e non può essere meramente quantitativa o utopistica. Nemmeno è sostenibile l'esclusione della responsabilità quando esiste un'uguale sottoposizione al rischio dei cittadini. In particolare, quando vi sono dei danni minori - non da fatto illecito (perché questi non devono accadere) - che dal punto di vista quantitativo richiederebbero ristori di basso importo (un'equità perfetta richiederebbe di ristorare pure questi). Bisogna invece considerare un'alea ineliminabile di eventi utili ma dannosi e in tale ipotesi assumerebbe valore l'assunto che il sacrificio non sia comune agli altri membri della collettività.

2. Gli artt. 42, co. III e 43, Cost.: la garanzia indennitaria in materia di espropriazione di proprietà o imprese per pubblica utilità o nell'interesse generale.

L'indennizzo per il sacrificio dell'interesse privato può essere espressamente previsto da una norma e trovare fondamento direttamente nella Costituzione. Questo

è il caso degli artt. 42, comma terzo, e 43, Cost., riferito all'espropriazione di proprietà o imprese, riconducibile ai procedimenti ablatori⁶⁰ ossia a quelle procedure amministrative attraverso le quali «il pubblico potere, per un vantaggio della collettività, sacrifica un interesse a un bene della vita di un privato»⁶¹. Essa costituisce un modello di riferimento della figura dell'atto lecito dannoso per quelle ipotesi in cui nel silenzio della legge vi sia un sacrificio di diritti privati da parte della pubblica amministrazione. In effetti, gli esercizi di diritti che comportano indennizzo sono delle espropriazioni in senso lato, cioè degli atti ablativi⁶². In particolare, questa affermazione assume valore per i fautori della «generalizzazione di questa figura oltre ai casi previsti»⁶³ che trova il suo fondamento giuridico proprio dell'espropriazione e precisamente nell'ablazione del diritto di proprietà. Da questa figura - che individua un crocevia non solo di situazioni soggettive attive, ma anche passive - si possono ricavare una serie di elementi utili per tracciare un modello generale della tutela indennitaria; e precisamente: la base normativa e l'ambito nel quale inserire la situazione giuridica soggettiva sulla quale incide l'esercizio del potere che sacrifica l'interesse del privato, la distinzione tra il limite del diritto e il sacrificio di esso, il rapporto tra l'interesse pubblico e il sacrificio dell'interesse del privato, il ristoro che si parametrizza nella (giusta) misura dell'indennizzo, la garanzia e la tutela procedimentale per la composizione degli interessi e, infine, anche la distinzione dall'ipotesi di illecito (nel caso delle cosiddette figure di espropriazione indiretta). Per quanto riguarda l'ambito dell'art 42, comma terzo, Cost. l'operazione interpretativa di esso si estende su più livelli.

Un primo livello riguarda il dato letterale della norma che si riferisce ai diritti reali.

⁶⁰ F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, Milano, 1999, 270 ss. Il quale ritiene qui preferibile riservare la denominazione di provvedimenti espropriativi ai soli provvedimenti produttivi, oltre che dell'ablazione di un diritto, anche del suo trasferimento in capo ad un altro soggetto.

⁶¹ F.G. SCOCA, *op. cit.*, 270 ss. L'espropriazione in funzione del perseguimento di un fine di interesse generale è ricompresa nell'ambito disciplinare del diritto amministrativo perché il potere di disporla è attribuito dalla legge al soggetto istituzionalmente deputato alla cura dell'interesse pubblico, ossia alla pubblica amministrazione, che all'esercizio del potere procede per perseguire la sua funzione istituzionale.

⁶² G. DUNI, *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, 79.

⁶³ R. ALESSI, *op. cit.*, 225 ss.

Difatti, nella fattispecie espropriativa, in linea generale, un provvedimento (o direttamente una legge⁶⁴) priva un soggetto del diritto di proprietà di un altro diritto reale dietro corresponsione di un indennizzo, e lo trasferisce a un beneficiario, al fine di soddisfare un interesse pubblico. La disposizione sull'espropriazione (o, più esattamente, sulla privazione della proprietà per causa di pubblica utilità) s'innesta su un principio che sembra fornire tutela sostanziale ai diritti reali e quindi al diritto di proprietà, laddove stabilisce il diritto al rispetto dei beni. Il testo costituzionale assicura alla proprietà privata soltanto una tutela formale, esaurendosi nella riserva di legge. È la legge, infatti, che riconosce e garantisce la proprietà, ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti⁶⁵. Il legislatore ordinario ha secondo tale disposizione costituzionale sufficiente libertà nel determinare il contenuto (minimo) del diritto di proprietà⁶⁶: in questo discorso vi è una tensione tra il diritto soggettivo assoluto i suoi confini spesso permeati da logiche redistributive, e dunque la questione sociale laddove si tratta di bilanciare tra il profilo egoistico e il profilo dell'utilità sociale del diritto di proprietà. In effetti, il discorso sulla proprietà presenta una notevole valenza politica⁶⁷.

⁶⁴ Se gli effetti promanano direttamente dalla legge si pone il problema dell'assoggettività al sindacato dell'atto giuridico che la dispone. Essendo l'espropriazione disposta per legge, non è possibile l'accesso diretto al sindacato giurisdizionale da parte di chi se ne reputi illegittimamente leso perché privo di un suo diritto in violazione dei limiti funzionali e/o oggettivi stabiliti dalla Costituzione. Per siffatta ragione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - n. 6 del 1952- aveva rivendicato il potere del giudice amministrativo di determinare la reale natura degli atti che formano oggetto di controversia, escludendo così che la loro denominazione formale di atti aventi forza e valore di legge fosse vincolante, e aveva concluso che le espropriazioni disposte con atti pur qualificati come di esercizio del potere legislativo sono, sotto il profilo sostanziale, provvedimenti amministrativi, in quanto tali assoggettati al sindacato del giudice amministrativo. Ma tale posizione non ha incontrato l'avallo della Corte di Cassazione, che ha statuito il difetto assoluto di giurisdizione del giudice amministrativo. Ne consegue, quindi, che solo la Corte costituzionale, quale giudice delle leggi, sia competente a sindacare il rispetto dei limiti costituzionali dell'espropriazione disposta con atti aventi forza e valore di legge.

⁶⁵ Si tratta di una riserva di legge relativa: il trasferimento della proprietà può essere disposto anche mediante atto amministrativo se espressamente previsto con legge.

⁶⁶ F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. Amm.*, Torino, 2006, 519.

⁶⁷ A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 90.

La Costituzione italiana presuppone legittimo un sistema giuridico caratterizzato dall'esistenza di molteplici forme di proprietà⁶⁸, sebbene il contenuto sia stato elaborato essenzialmente con riguardo al modello della proprietà immobiliare e questo ne ha costituito per certi versi un limite. Infatti, non esiste un unico regime, bensì più situazioni di proprietà dalle caratteristiche differenti secondo la natura dei beni, della loro funzione e del regime giuridico posto dal legislatore, il quale è soggetto a limiti negativi e positivi che sono stati creati e coltivati con particolare riferimento alla proprietà immobiliare. I limiti negativi consistono nel divieto di escludere la possibilità di divenire proprietari e dell'obbligo di indennizzare quegli interventi della legge che comprimono il diritto di proprietà nel suo contenuto giuridico essenziale. In positivo, invece, è vincolato il duplice obiettivo di conseguire finalità sociali e di assicurare la libertà di accesso alla proprietà privata⁶⁹.

Un secondo livello riguarda il passaggio dei diritti reali dalla norma espressamente considerati ai diritti patrimoniali dell'individuo i quali circolano nell'ordine giuridico del mercato.

A questo livello se ne aggiunge uno ulteriore, e più ampio in estensione, che va oltre i diritti patrimoniali la cui ablazione provocata da un intervento autoritativo si inserisce nella logica dell'art 42 Cost. Quest'ultima ipotesi è fortemente estensiva, in quanto la lettera della disposizione costituzionale fa riferimento, appunto, solo ai diritti reali e semmai a quelli patrimoniali. Tuttavia, sostenendo il contrario si produrrebbe l'effetto paradossale di lasciare senza tutela i sacrifici sofferti del privato in relazione ai suoi diritti personali, sicuramente di rango più elevato rispetto ai diritti patrimoniali nell'ordine dei valori costituzionali⁷⁰. Per arrivare fino a questo livello è, innanzitutto, importante comprendere il rango normativo che la normativa attribuisce al diritto di proprietà.

⁶⁸ In generale possono formare oggetto di procedura espropriativa diritti e beni di diversa natura, come anche le imprese (art. 43, Cost.), il diritto d'autore e di brevetti, i monumenti e le opere d'arte, e, più in generale, tutti i beni mobili e immobili; cfr. G. ROLLA, *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, in www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/comparata/privata.doc, 8.

⁶⁹ G. ROLLA, *op. cit.*, 8-10.

⁷⁰ R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, 194.

L'ordinamento nazionale (art. 42, comma secondo, Cost.) e l'ordinamento sovranazionale (si fa riferimento all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE sulla falsariga dell'art. 1 del Primo protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e l'art. 6, n. 2 del Trattato di Maastricht poi modificato dal Trattato di Amsterdam e poi nell'art. 6, n.3 del TUE)⁷¹ convergono nella qualificazione della proprietà di diritto e nello stabilire che esso può essere sottratto soltanto nel rigoroso rispetto delle regole fissate dalla legge (riserva di legge).

3. (Segue.) Oltre l'espropriazione c.d. formale: l'estensione della garanzia indennitaria alle ipotesi di espropriazione c.d. sostanziale (rinvio).

Un altro elemento da considerare nel modello espropriativo si ricava tracciando il confine tra i semplici provvedimenti adottati nel perseguimento di interessi pubblici e i provvedimenti espropriativi, poiché è spesso difficile distinguere, specie quando l'effetto ablativo della proprietà privata si produca per via mediata. Ci si riferisce alle cosiddette espropriazioni anomale attentamente esaminate dalla dottrina, in particolare, dal punto di vista dei rapporti tra il principio di legalità e potere ablatorio in relazione ai principi individuati dall' art. 42 Cost.⁷². In particolare, sono quelle ipotesi in cui i provvedimenti dell'amministrazione determinino una particolare interferenza sui diritti patrimoniali dei privati e che nel diritto internazionale assumono la qualificazione di *creeping* o *regulatory expropriations* o espropriazioni "indirette". Si ha espropriazione indiretta quando il titolo del diritto del singolo non venga ad altri trasferito ma sia sostanzialmente svuotato di contenuto o significativamente limitato quanto al godimento e alla disponibilità del bene oggetto del diritto. Sono state qualificate ipotesi di espropriazione strisciante, l'imposizione di vincoli alla proprietà privata tali da impedirne l'uso e il godimento sostanziale da parte

⁷¹ Così D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012., 56.

⁷² In argomento v. G. SANTANIELLO, *Espropriazioni (forme anomale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1966, 899 ss.

del proprietario, la creazione di monopoli, la nomina governativa di amministratori in società private straniere. Nel diritto internazionale anche l'inadempimento dello Stato concretatosi, ad esempio, in un'interferenza normativa può essere equiparato all'espropriazione indiretta qualora determini una limitazione sostanziale del godimento e della disponibilità del diritto di credito oggetto di un rapporto contrattuale⁷³.

Si tratta cioè di individuare un contenuto essenziale del diritto laddove il sacrificio non si identifichi solo nella privazione, ma nella diminuzione di esso inteso quale privazione di singole facoltà o potestà. Limite ulteriore e quindi dato dal contenuto essenziale o minimo della proprietà come dato essenzialmente economico consistente nel valore patrimoniale del bene e cioè un interesse che si desume dalla realtà economica (*wesensgehalt*). Tuttavia, la concezione sociale insita nella Costituzione e nel pensiero degli interpreti ha limitato questa visione⁷⁴ e la giurisprudenza costituzionale ha seguito un percorso apparentemente incoerente e privo di un disegno teorico univoco che in realtà, tale non è, poiché è stato sensibile ai mutamenti della coscienza sociale⁷⁵. Difatti, la questione comincia ad assumere consistenza negli anni '60 del secolo scorso attorno alla questione della potestà conformativa del potere pubblico (del legislatore e dell'amministrazione) riferito ai piani regolatori che avevano introdotto i vincoli urbanistici⁷⁶. Come noto ai proprietari di aree destinate alla localizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, il piano regolatore attribuisce una posizione di soggezione alla futura espropriazione. I proprietari dei terreni soggetti al vincolo di inedificabilità si trovarono in una situazione penalizzante. Difatti, l'entità del sacrificio portò molti ad auspicare che questo tipo di vincolo fosse indennizzato, sebbene l'art. 40, l. n. 1150 del 1942 espressamente escludesse qualsiasi

⁷³ A. MOSCARINI, *op. cit.*, 93, nota che «il diritto di proprietà intenso nella sua dimensione costituzionale quale conformato della funzione sociale, deve fare i conti con lo schema del diritto soggettivo assoluto, inteso come proprietà individuale, cellula dell'istituto».

⁷⁴ A. MOSCARINI, *op. cit.*, 144.

⁷⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *Vincolo paesistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 113 ss.

⁷⁶ Sul tema v. G. MORBIDELLI, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di cosiddette espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.*, Milano, 1970, 316.

indennità per queste forme di limitazione. La dottrina aveva elaborato la teoria dell'espropriazione sostanziale che ricomprendesse non solo l'atto traslativo di proprietà, ma anche quei provvedimenti a titolo particolare che sopprimono facoltà essenziali al contenuto del diritto di proprietà.

Il problema si poneva, infatti, nella possibilità di rinvenire un nucleo essenziale o minimo della proprietà, laddove la giurisprudenza lo avesse poi risolto nello *ius edificandi*. La lettura dell'art. 42 Cost. si era resa maggiormente coordinata tra la parte in cui la proprietà può essere limitata (comma secondo) e la parte in cui la proprietà può essere espropriata (comma terzo). Il comma due autorizza il legislatore a determinare i limiti alla proprietà allo scopo, come detto, di renderla accessibile e di assicurare la funzione sociale. Le locuzioni di detto comma di riconoscere e garantire consentono di poter estendere la tutela del privato non solo alla vicenda dell'appartenenza del bene al suo titolare, bensì anche a tutte le altre modalità di godimento. Il riconoscimento della rilevanza degli interessi generali e della loro prevalenza su quelli individuali non può, infatti, rappresentare un giusto limite quando esso stesso è tale da vanificare il riconoscimento e la garanzia che il comma due offre al proprietario e che neppure la legge può toccare, se non attraverso regolare procedura espropriativa e salvo indennizzo (comma III)⁷⁷. Pertanto, è stato essenziale definire il criterio che consentisse di distinguere la limitazione dei diritti del proprietario (comma secondo) dall'espropriazione del diritto di proprietà (comma terzo). Soluzione ricercata dalla dottrina e in seguito ripresa dalla giurisprudenza costituzionale.

Questo problema di stabilire quando un provvedimento della pubblica amministrazione possa considerarsi incisivo sulle facoltà inerenti al diritto di proprietà, come configurato dalla legge per quella categoria di beni, aveva trovato soluzione nelle teorie della dottrina tedesca a cavallo delle due guerre mondiali. Tra le molteplici teorie proposte dalla dottrina tedesca ebbe prevalenza la teoria materiale oggettiva, successivamente recepita dalla giurisprudenza federale tedesca. Questa teoria definiva

⁷⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Studi in memoria di D. Petitti*, Milano, 1973, 1511.

l'espropriazione attraverso il concetto di diminuzione sostanziale (*Substanminderungstheorie*): qualunque atto, individuale o generale, che provochi una diminuzione della sostanza della proprietà ovvero della sua funzione economica necessaria alla sua esistenza, sarà considerato di natura espropriativa.

Tale teoria trova spazio anche in Italia (ad opera principalmente di A.M. Sandulli⁷⁸), laddove il contenuto essenziale del diritto di proprietà troverebbe garanzia nell'art. 42, Cost., sebbene il comma II del medesimo articolo, si limiti a riconoscere e garantire la proprietà senza far riferimento a un nucleo di facoltà. L'innesto non ha avuto un pieno successo per la ragione che secondo la nostra Costituzione la proprietà non va annoverata tra i diritti fondamentali, bensì ai rapporti economici.

Codesta tesi viene però successivamente assunta come riferimento dalla sentenza 29 maggio 1968, n. 55. Il passaggio fu preceduto da alcuni anni prima dalla sentenza 20 gennaio del 1966, n. 6. Secondo quest'ultima sentenza della Corte la nozione di espropriazione non coincide in modo esatto con il trasferimento totale o parziale del diritto di proprietà da un soggetto all'altro, ma ricomprende tutti gli atti idonei a incidere sul godimento nel singolo bene che, a prescindere dalla forma adottata, conducono a un regolamento sostanziale del suo contenuto pur senza alcun mutamento della titolarità soggettiva. E così la Corte costituzionale, in materia di servitù militari, ha affermato che la violazione della garanzia di cui al comma due, sia non soltanto nel caso in cui sia attuata una traslazione totale o parziale del diritto, ma anche nei casi in cui, pur restando intatta la titolarità, il diritto di proprietà sia annullato e menomato senza indennizzo. Da ciò la conseguenza che è espropriativo l'atto che, pur non disponendo una traslazione totale o parziale di diritti, imponga limitazioni tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà incidendo sul bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione e inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio.

Invece con la pronuncia n. 55 del 1968 la Corte ha superato la precedente impostazione "giusnaturalistica" della sent. n. 6 del 1966; sono state individuate le

⁷⁸ 7A. M. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 472.

cosiddette “limitazioni espropriative”, figure affini all’espropriazione, legate all’affermazione che le imposizioni a titolo particolare «non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale», non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata, di là della quale il sacrificio imposto venga a incidere sul bene, oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale», così come riconosciute in un certo momento storico. La sentenza n. 56 del 1968 ha per converso ha escluso l’indennizzo laddove le limitazioni al godimento del bene attengano al regime di appartenenza di intere categorie di beni, identificabili a priori in funzione di caratteristiche intrinseche. Il comma 3 dell’art. 42 Cost. farebbe intendere un rovesciamento della prospettiva legata al provvedimento ablatorio; mentre quest’ultimo esalta il momento privativo, la norma costituzionale, in ragione della contrapposizione tra il comma due e il comma tre, mette in risalto quale elemento tipico dell’espropriazione il mutamento della titolarità soggettiva del diritto e le facoltà o i poteri attribuiti al proprietario. La Corte è intervenuta sulle questioni relative ad attività che non sacrificano immediatamente il diritto soggettivo, per le quali il singolo non ha diritto all’indennizzo, né al risarcimento⁷⁹.

Da quanto precede, si possono individuare gli elementi costitutivi dell’espropriazione e così tracciare un “nucleo essenziale” (o “minimo”) della proprietà sottratto alla stessa potestà conformativa del potere pubblico (incluso il legislatore). Essi sono essenzialmente tre. Il primo elemento è caratterizzato dal fatto che i vincoli devono essere imposti a titolo particolare. In questi casi si parla di espropriazione di valore e così si allarga la nozione costituzionale di espropriazione. Invece, non hanno carattere espropriativo le limitazioni e vincoli che riguardano, in via generale, il regime giuridico di un’intera categoria di beni e non gravano esclusivamente sui singoli o gruppi di soggetti⁸⁰.

⁷⁹ A.M. SANDULLI, *Riforma dell’impresa e riforma dello Stato* (1977), in *Scritti generali*, Napoli, 1990, 189.

⁸⁰ È il caso delle localizzazioni delle aree urbane, che possono colpire terreni di un privato vincolato a non alterarne lo status, ma che non sono soggette ad alcun indennizzo.

In base al secondo elemento le limitazioni sono a tempo indeterminato. Sebbene la determinazione della concreta durata dei vincoli rientri nella discrezionalità del legislatore essa deve, però, essere ragionevole, tenendo conto sia dei tempi presumibilmente occorrenti per realizzare gli obiettivi cui i vincoli sono preordinati, sia del loro grado di sopportabilità da parte del privato proprietario. Infine (terzo elemento), le limitazioni devono produrre un'incisione sostanziale dei poteri del privato proprietario in modo che sia garantito il "contenuto essenziale" del diritto di proprietà. La compressione delle facoltà del privato proprietario deve superare il limite di "normale tollerabilità" che l'ordinamento riconosce in un determinato momento storico⁸¹. Sebbene la qualificazione del "contenuto essenziale" del diritto di proprietà - al quale la Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce dignità di "diritto inviolabile" - non sia prevista nella nostra Carta costituzionale (come la funzione sociale è assente dalla Carta europea), ciò non ha impedito alla Corte costituzionale di applicare alla proprietà simili statuti sebbene discontinuamente⁸² e con non poche critiche della dottrina⁸³. In ogni caso però «si sposta il delicato confine tra la tutela dell'interesse pubblico e la salvaguardia delle ragioni del proprietario privato» e la giurisprudenza maggioritaria in tema di vincoli e limitazioni amministrative del diritto di proprietà, si evidenzia una «preferenza più marcata per la tutela del contenuto del diritto di proprietà, rispetto alle esigenze della funzione sociale»⁸⁴.

⁸¹ M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, Bologna, 1971, 466 ss. Critica le dottrine sul "contenuto essenziale", ricavato dall'uso standard del bene. Cfr. anche S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986, 21 ss. il quale è critico verso coloro che escludono la natura di "diritto inviolabile" della proprietà, come pure verso l'importazione della formula della Costituzione tedesca del "nucleo essenziale" del diritto.

⁸² Sui rapporti tra proprietà e iniziativa economica nel settore dell'urbanistica v. G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in "Studi in onore di G. Berti", Napoli, 2005, 707 ss.; sui rapporti tra pianificazione e proprietà v. P. CHIRULLI, *Mancata inclusione di aree in programmi pluriennali di attuazione e tutela delle aspettative edificatorie dei privati*, in *Giust. Civ.*, 2006, 2568 ss., sui rapporti tra vincoli alla proprietà e ambiente v. M. RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Diritto dell'economia*, Modena, 2005, 715-756.

⁸³ A. MOSCARINI, *op. cit.*, 117 e 119.

⁸⁴ M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. Cost.*, 1977, 1376.

4. L'art. 117 e l'art.1, Prot.1 CEDU: l'indennizzo come elemento "equilibratore" delle ingerenze pubblicistiche "sproporzionate" sulle utilità economiche.

L'art. 1 del primo protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce un importante strumento a garanzia del diritto di proprietà. Siffatta disposizione - così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - riceve diretta applicazione nell'ordinamento italiano rappresentando parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi interne ai sensi dell'art. 117, comma I della Costituzione e prevede, al primo comma, che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni». Preliminarmente bisogna osservare come nell'ambito di tale articolo si distinguano tre norme: la prima, espressa nella prima frase del primo comma e riveste un carattere generale, enuncia il principio del rispetto della proprietà; la seconda, che figura nella seconda frase dello stesso comma, concerne la privazione della proprietà e la sottomette a determinate condizioni; la terza, espressa nel secondo comma, riconosce agli Stati contraenti il potere di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale.

La stessa collocazione della norma, nell'ambito di un protocollo aggiuntivo anziché nel corpo stesso della convenzione, dimostra emblematicamente quanta attenzione e quali perplessità vi siano state al momento dell'inserimento della disposizione.

Il diritto di proprietà, e la sua stessa portata dogmatica, assume in ogni ordinamento capitalistico un rilievo preponderante; il che comporta un'ovvia resistenza degli Stati verso norme sovranazionali che in qualche modo la disciplinino. Su questa norma si aprì un ampio dibattito influenzato da motivazioni di carattere politico ed ideologico. Vi era chi aveva dubbi sulla legittimità dell'inserimento di una norma sulla proprietà all'interno di una Convenzione che doveva aver riguardo esclusivamente alla tutela di diritti umani. Inoltre, l'affermarsi sulla scena internazionale, nei Paesi dell'est europeo, del c.d. "socialismo reale" poneva molte perplessità sull'opportunità di tale operazione.

Si giunse così all'elaborazione dell'articolo 1 che costituisce una formula di compromesso fra i contrastanti orientamenti; il riferimento alla proprietà, che in origine si sarebbe dovuto inserire al primo comma della norma, scompare per lasciar posto ad un'espressione più generica: "rispetto dei propri beni".

Tale garanzia convenzionale, diversamente dalla Costituzione italiana e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nelle quali la proprietà soggiace alla disciplina relativa ai rapporti di natura economico-sociale, tutela la proprietà come "diritto dell'uomo", vale a dire quale «aspetto della sfera soggettiva sotto il profilo del libero sviluppo della persona»⁸⁵, tale per cui l'eventuale ingerenza su di questa si tramuta, per ciò stesso, in un'aggressione alla persona attraverso il patrimonio⁸⁶. Sin dalle prime pronunce in argomento i giudici di Strasburgo hanno chiarito che esso, «nel riconoscere a ciascuno il diritto al rispetto dei suoi beni, garantisce in sostanza in diritto di proprietà»⁸⁷; quest'ultimo ha, tuttavia, portata autonoma e indipendente rispetto alle qualificazioni formali dei singoli ordinamenti nazionali⁸⁸, ritenendo la Corte EDU sufficiente, ai fini dell'applicazione della Convenzione, accertare l'esistenza di un 'bene', inteso come valore patrimoniale oggetto di una forma

⁸⁵ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 65, il quale parla di «sdoppiamento dell'immagine» della proprietà, a seconda della fonte da cui è disciplinata. La giurisdizione riguardante i diritti dell'uomo verrebbe in rilievo, in particolare, «nelle situazioni che rivelano una disarmonia tra il sacrificio imposto al proprietario e la funzione sociale effettivamente (non) realizzata», in cui «da proprietà riguadagna il suo statuto originario di diritto soggettivo pieno». Sembra qui riecheggiare la concezione hegeliana della proprietà quale «sfera esterna della libertà», per la quale si rimanda a G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma - Bari, 2012, 51 ss.

⁸⁶ N. BERTI, *La tutela "urbanistica" dell'ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Trattato dell'economia*, III, 2016, 716, il quale rileva che «Il diritto di proprietà è, perciò, tanto più garantito dalla Convenzione EDU, quanto maggiore è il "collegamento" dei beni che ne sono oggetto con lo svolgimento della personalità del proprietario; da questo punto di vista ben diversa è, ad esempio, la proprietà del singolo quando si trovi espropriato dell'area nella quale avrebbe potuto costruire la sua casa di abitazione (ingerenza, peraltro, censurabile anche sotto il profilo dell'art. 8 CEDU), da quella dell'imprenditore immobiliare che sulla propria area intendesse speculare. La finalità della disciplina convenzionale non consiste, pertanto, nell'assicurare la funzionalizzazione sociale dei beni, bensì nel garantire che quest'ultima si svolga con il minor sacrificio per il proprietario».

⁸⁷ Marckx c. Belgio, n. 6833/74, 13 giugno 1979, § 63.

⁸⁸ Sul punto cfr. T. ALLEN, *The autonomous meaning of "possessions" under the European Convention on Human Rights*, in H. Cook, *Modern studies in property law*, Oxford, 2003, 57 ss.

giuridicamente qualificata di appartenenza⁸⁹. La giurisprudenza della Corte ha così fatto rientrare nella nozione in esame una compagine di situazioni soggettive - riferibili tanto a diritti di proprietà *stricto sensu* (su beni materiali e immateriali), quanto a rapporti di natura obbligatoria e, addirittura, a prestazioni sociali⁹⁰ - aventi in comune il fatto di esprimere un “valore patrimoniale” e di essere “attuali”: requisito, quest’ultimo, riscontrato dalla giurisprudenza non solo in beni già esistenti, ma anche in interessi patrimoniali oggetto di una c.d. aspettativa legittima⁹¹.

Le cd. “nozioni autonome” sono quindi delle nozioni giuridiche che, separate dal diritto interno, devono interpretarsi nel contesto della Convenzione, alla luce del suo oggetto e del suo scopo; il diritto interno non è che un punto di partenza. Queste nozioni permettono agli organi di Strasburgo di determinare il campo di applicazione della Convenzione e di controllare la conformità alla Convenzione dell’interpretazione nazionale di certe nozioni di alto rilievo giuridico.

L’argomento delle nozioni autonome deve essere collegato a quello del margine di apprezzamento. Tale principio, attribuito ad ogni Stato in ossequio al principio di sovranità, attribuisce un margine di libertà nel determinare il contenuto precettivo degli istituti di diritto interno. Quest’ultimo si pone rispetto a quello delle nozioni autonome in un rapporto speculare. Infatti, tanto più cresce il margine di apprezzamento che la Corte riconosce in una determinata materia ad uno Stato, tanto più diminuisce lo spazio per l’elaborazione di una nozione autonoma in campo convenzionale per la stessa materia.

In tale contesto, ad esempio, l’indennizzo assume un’importanza decisiva riflettendo un’esigenza fondata sulla ratio stessa della tutela della proprietà privata, in

⁸⁹ N. BERTI, *op. cit.*, 716.

⁹⁰ Cfr., sul punto, M. ALLENA, *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, Milano, 2014, 111.

⁹¹ N. BERTI, *op. cit.*, 716, il quale asserisce che “la nozione di “aspettativa legittima” nell’ambito dell’art. 1 del primo Protocollo è stata richiamata per la prima volta dalla Corte di Strasburgo nella pronuncia *Pine Valley Developments Ltd e al. c. Irlanda*, n. 12742/87, 29 novembre 1991, riguardante il caso di un costruttore privato che, dopo aver ottenuto u40 Cfr. *Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia*, n. 57947/00, 24 febbraio 2005; *Akdivar e al. c. Turchia*, n. 99/95, 1 aprile 1998; *Handyside c. Regno Unito*, n. 5493/72, 7 dicembre 1976.

quanto, in assenza di ristoro, la protezione offerta dall'art. 1 sarebbe, secondo le stesse parole della Corte, «illusoria ed inefficace»; pertanto, più che costituire un requisito autonomo, il pagamento di un indennizzo diviene un elemento da considerare in sede di giudizio di proporzionalità, soggetto, nella determinazione del suo ammontare, ad un criterio di ragionevolezza.

Come si è visto dunque, l'art. 1 del primo Protocollo disciplina le possibili forme di ingerenza da parte del potere pubblico nel diritto di proprietà, quali la privazione della proprietà (par. I, seconda parte) e la regolamentazione dell'uso dei beni (par. II), prevedendo, inoltre, una garanzia generale del diritto di proprietà (par. III, prima parte) idonea a regolare forme di interferenza che non ricadono fra quelle tipizzate⁹². Ai fini della configurazione di una “privazione della proprietà” - ex par. 1 seconda parte - non è ritenuta rilevante dalla giurisprudenza la natura del comportamento all'origine dell'ingerenza, che può consistere tanto in provvedimenti che trasferiscono la proprietà di un bene in capo ad un altro soggetto - sia esso pubblico (espropriazione, nazionalizzazione) o privato (ridistribuzione) -, quanto in atti materiali, comunque attribuibili allo Stato, che cagionano la distruzione o un impedimento al godimento fisico della cosa oggetto di proprietà⁹³; non rileva neppure il *nomen juris* del provvedimento secondo il diritto interno, bensì gli effetti sostanziali di questo, che

⁹² Cfr. N. BERTI, *La proprietà tra diritto interno e CEDU*, in *Trattato di diritto del territorio*, a cura di F.G. COCA, A. STELLA RICHTER, P. URBANI, I, Torino, 2018, 115 e S. SERMET, *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Strasburgo, 1990, p. 10 ss.

⁹³ Cfr. Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia, no. 57947/00, 24 febbraio 2005; Akdivar e al. c. Turchia, no. 99/95, 1 aprile 1998; Handyside c. Regno Unito, no. 5493/72, 7 dicembre 1976. 29 La Corte ha così ravvisato una “privazione della proprietà” anche nell'effetto di una norma di carattere processuale, che stabiliva una presunzione di proprietà di tutto il patrimonio monastico della Chiesa greca ortodossa in capo allo Stato greco (Santi Monasteri c. Grecia, no. 13092/87, 9 dicembre 1994); inoltre, ha individuato alcune ipotesi di c.d. espropriazione de facto, nei casi in cui l'effettivo godimento delle facoltà dominicali fosse definitivamente e completamente annullato, pur in assenza di un trasferimento formale del diritto di proprietà: è stata riconosciuta tale, ad esempio, l'occupazione, prolungata e senza indennizzo, di terreni del ricorrente da parte del Fondo della Marina Nazionale greca (caso Papamichalopoulos), oppure il rifiuto delle autorità polacche di restituire un bene immobile in esecuzione di una sentenza passata in giudicato (caso Zwierzynski). In argomento, cfr. M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 131 ss.

devono risolversi per il proprietario nell'impossibilità definitiva e tendenzialmente irreversibile di esercitare le facoltà minime che caratterizzano la sua situazione soggettiva⁹⁴.

Per quanto concerne l'indennizzo assicurato all'espropriato l'art. 42, comma III, Cost. prevede che il *quantum* sia fissato in una misura non irrisoria o meramente simbolica, ma deve rappresentare un «serio ristoro» sulla base del «valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge»⁹⁵.

Esclusa, dunque, la necessaria coincidenza tra valore di mercato e indennità espropriativa, resta fermo che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene ablato, in modo da assicurare un ristoro economico che abbia un «ragionevole legame» con tale valore.

Sul punto, la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale⁹⁶ ha precisato che il principio di serio ristoro, per la cui realizzazione occorre far riferimento, nella determinazione dell'indennizzo, sia quantificato nel valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso secondo la legge, dovendosi escludere valutazioni del tutto astratte, in quanto sganciate dalle caratteristiche essenziali del bene ablato. Solo in tal modo, può

⁹⁴ L'espropriazione per pubblica utilità è disciplinata dal DPR 327/2001 il quale, all'art. 32, fissa il principio generale in tema di determinazione del valore del bene oggetto di esproprio stabilendo che « l'indennità di espropriazione è determinata sulla base delle caratteristiche del bene al momento dell'accordo di cessione o alla data di emanazione del decreto di esproprio, valutando l'incidenza dei vincoli di qualsiasi natura non aventi natura espropriativa e senza considerare gli effetti del vincolo preordinato all'esproprio e quelli connessi alla realizzazione dell'eventuale opera prevista, anche nel caso di espropriazione di un diritto diverso da quello di proprietà o di imposizione di una servitù.»

⁹⁵ Sul punto, la consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale (a partire dalla sentenza 30 gennaio del 1980, n. 5, principi poi ripresi e confermati dalle pronunce 19 luglio del 1983, 16 giugno del 1993, 283 e 22 ottobre del 2007, n.348, 22 maggio del 2022, n. 210) ha precisato il principio di serio ristoro, per la cui realizzazione occorre far riferimento, nella determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso secondo la legge, dovendosi escludere valutazioni del tutto astratte, in quanto sganciate dalle caratteristiche essenziali del bene ablato. Solo in tal modo, può assicurarsi la congruità del ristoro per il sacrificio imposto al privato ed evitare che esso sia meramente apparente od irrisorio rispetto al valore del bene.

⁹⁶ A partire dalla già richiamata sentenza 5/1980, principi poi ripresi e confermati dalle pronunce 223/1983, 283/1993 e 348/2007).

assicurarsi la congruità del ristoro per il sacrificio imposto al privato ed evitare che esso sia meramente apparente od irrisorio rispetto al valore del bene.

Analoghi principi sono stati fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU la quale pur non garantendo il diritto a un pieno indennizzo in tutte le circostanze, poiché legittimi obiettivi di "pubblica utilità" possono esigere un rimborso inferiore al pieno valore venale, impone che le modalità di indennizzo previste dalla legislazione interna consentano la corresponsione di una somma ragionevolmente correlata al valore del bene, senza la quale una privazione di proprietà costituisce normalmente una sproporzionata interferenza.

La Corte EDU⁹⁷ ha fissato alcuni principi generali, tra i quali la non legittimità dell'indennizzo nel caso in cui lo stesso non consista in una somma che si ponga in rapporto ragionevole con il valore del bene, anche avuto riguardo all'ulteriore falcidia dell'imposizione fiscale.

In buona sostanza, i giudici europei affermano il principio che il legittimo sacrificio può essere imposto in funzione dell'interesse pubblico e lo stesso non può giungere fino alla (concreta) vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà.

Altro principio generale la cui menzione costituisce un ulteriore elemento di interesse ai fini della presente ricostruzione è costituito dal principio di legalità. La Corte EDU ha più volte ricordato, a questo proposito, che «il primo e più importante requisito di cui all'articolo 1 del primo Protocollo è che qualsiasi ingerenza da parte di una pubblica autorità nel pacifico godimento dei beni deve essere legittima». Lo "Stato di diritto", uno dei principi fondamentali di una società democratica, è sotteso a tutti gli articoli della Convenzione e comporta il dovere da parte dello Stato o altra autorità pubblica di rispettare i provvedimenti giudiziari o le decisioni contro di essa⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. sentenza 29 marzo del 2006 (Scordino c/Italia).

⁹⁸ Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, no. 31524/96, 30 maggio 2000, § 56. Sul punto, merita attenzione la recente decisione Mazzeo c. Italia, no. 32269/09, 5 ottobre 2017, nella quale la Corte EDU ha giudicato contrastante con l'art. 1 del Primo Protocollo (oltre che con l'art. 6 CEDU) l'annullamento d'ufficio - ritenuto legittimo e sufficientemente motivato in punto di interesse pubblico dal giudice amministrativo interno - dell'assunzione di un dipendente comunale, in quanto adottato in asserita violazione di una precedente sentenza passata in giudicato la quale, pur non essendosi pronunciata sulla legittimità del provvedimento di assunzione (in quanto non oggetto della

Il principio di legalità esige, pertanto, che qualsiasi ingerenza nel diritto di proprietà avvenga in conformità alla “legge” - il che postula, ovviamente, che tale “legge” esista nell’ordinamento –, la cui nozione va intesa in senso sostanziale, come comprensiva tanto del diritto positivo (norme primarie e secondarie), quanto delle sentenze e delle consuetudini; il principio richiede, inoltre, anche una certa qualità della stessa: secondo la Corte EDU, infatti, le disposizioni devono essere sufficientemente accessibili, precise e prevedibili; la norma deve essere, cioè, conoscibile e sufficientemente comprensibile, precisa nei suoi contenuti e tale da consentire al cittadino di prevedere le conseguenze del proprio comportamento⁹⁹.

Sotto quest’ultimo profilo, la Corte EDU ha severamente censurato gli istituti, di origine pretoria, dell’“occupazione acquisitiva” (o “accessione invertita”) e dell’“occupazione usurpativa” (o “appropriativa”), considerati dalla giurisprudenza interna quale possibile modo di acquisto della proprietà a titolo originario da parte della pubblica amministrazione, pur in assenza di un chiaro quadro normativo ed in deroga al procedimento espropriativo tipico¹⁰⁰. In due fondamentali pronunce¹⁰¹, infatti, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che i richiamati istituti contrastassero frontalmente con i principi sviluppati dalla stessa giurisprudenza CEDU in tema di legalità, avendo evidenziato, anzitutto, come la giurisprudenza italiana non rispettasse i richiesti standard di accessibilità, precisione e prevedibilità, in virtù delle sue

domanda del ricorrente), in base ad essa aveva ritenuto di spettanza del dipendente una consistente somma di denaro (da cui era sorto, specularmente, l’interesse pubblico “erariale” all’annullamento del provvedimento medesimo); secondo i giudici di Strasburgo, in tale ipotesi, la pretesa patrimoniale derivante da una sentenza passata in giudicato, in quanto «sufficientemente stabile per essere esigibile» (§ 47), assume la consistenza di un vero e proprio “bene” protetto ai sensi dell’art. 1, Primo Prot., con la conseguenza che essa deve essere garantita anche nei confronti del legittimo esercizio del potere di annullamento d’ufficio (del quale costituisce, pertanto, un ulteriore limite).

⁹⁹ N. BERTI, *op. cit.*, 57.

¹⁰⁰ L’occupazione acquisitiva o accessione invertita è stata riconosciuta, in particolare, nel caso in cui alla dichiarazione di pubblica utilità di un’opera, fosse seguita la realizzazione (e quindi la trasformazione irreversibile del fondo), ma senza che fosse emanato nei termini il provvedimento di espropriazione; l’occupazione usurpativa (o appropriativa) è stata invece ravvisata nella trasformazione di un bene non fondata su una precedente dichiarazione di pubblica utilità, ma avvenuta fin dall’origine (o a seguito dell’annullamento sopravvenuto della dichiarazione di pubblica utilità) *sine titulo*.

¹⁰¹ Carbonara e Ventura c. Italia, no. 24638/94, 30 maggio 2000; Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia, cit.

«applicazioni contraddittorie, che avrebbero potuto portare a dei risultati imprevedibili o arbitrari e privare gli interessati di una protezione efficace dei propri diritti»; in secondo luogo, come il principio cardine della “preminenza del diritto”, postulando il dovere delle pubbliche autorità di conformarsi alle decisioni giudiziali rese dei loro confronti, non potesse ritenersi compatibile con una sanatoria *ex post* di un comportamento illegale da parte dell’ amministrazione; in terzo luogo, come, trattandosi di vera e propria espropriazione di fatto, il ricorrente avesse diritto ad un’equa compensazione¹⁰².

Come già asserito in precedenza, l'art. 1 del primo Protocollo disciplina le possibili forme di ingerenza da parte del potere pubblico nel diritto di proprietà, quali la privazione della proprietà (par. I, seconda parte) e la regolamentazione dell’uso dei beni (par. II) e una garanzia generale del diritto di proprietà (par. III, prima parte) idonea a regolare modi di ingerenza che non ricadono fra quelle legislativamente previste.

Il secondo paragrafo dell’art. 1 riconosce in capo agli Stati il potere di “conformare”¹⁰³ il diritto di proprietà in accordo con l’interesse generale (c.d. “regolamentazione dell’uso dei beni”), prevedendo restrizioni alle facoltà dominicali, ovvero imponendo obblighi di *facere* o di *pati*: trattasi in ogni caso di misure di che non privano il proprietario della proprietà del bene¹⁰⁴. La Corte di Strasburgo rifiuta, infatti, una concezione della proprietà come “fascio di diritti”, vale a dire quale insieme di facoltà che costituiscono ciascuna un distinto diritto di proprietà (teoria del *bundle*

¹⁰² N. BERTI, *op. cit.*, 58.

¹⁰³ Ricordiamo -per completezza espositiva- che il verbo “conformare” è qui utilizzato nell’accezione specialistica, propria della scienza urbanistica, indicante il potere riservato alla pubblica amministrazione di “dare forma” dall’interno ai contenuti del diritto di proprietà, allo scopo di contemperare la posizione giuridica soggettiva del proprietario con il perseguimento di obiettivi di interesse generale. Tale potere corrisponde a quello, previsto dall’art. 42, Co. 2 della Costituzione italiana, di determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà privata allo scopo di assicurarne la funzione sociale.

¹⁰⁴ Sulla non sempre agevole distinzione fra “privazione della proprietà” e “regolamentazione dell’uso” nella giurisprudenza CEDU cfr. P. VAN DEN BROEK, *The protection of property rights under the European Convention of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1986, p. 76; J.L. SAX., *Takings, Private Property and Public Rights*, in *Yale Law Journal*, 1971, p. 149 ss.; ID., *Takings and the Police Power*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 36 ss.

of rights, propria dei sistemi di Common law), accogliendo, al contrario, una nozione “unitaria” di questa; conseguentemente, in tutte le ipotesi in cui il provvedimento contestato abbia come unico effetto quello di ridurre o rendere più gravoso l’esercizio degli attributi dominicali, la giurisprudenza della Corte non fa mai riferimento alla “privazione della proprietà” - in quanto non si verifica alcuna sottrazione di diritti –, bensì alla disposizione di cui al paragrafo secondo¹⁰⁵.

Di particolare importanza è stabilire i limiti stabiliti dalla Corte EDU in materia di indennizzabilità. Non è sufficiente secondo il giudice europeo una compressione delle prerogative attribuite al titolare del diritto di proprietà per costituire in capo all’amministrazione l’obbligo di corrispondere un ristoro indennitario, ma è necessario un giudizio di bilanciamento tra l’interesse pubblico perseguito e il sacrificio sopportato dal cittadino destinatario del provvedimento.

Il principio richiamato dal giudice europeo è quello di proporzionalità che assurge a parametro nel giudizio di bilanciamento già menzionato. La Corte esclude che la mancata corresponsione di un indennizzo in sede di “regolamentazione dell’uso dei beni”, possa di per sé determinare una violazione dell’art. 1 del Primo Protocollo, in quanto esso rappresenta «solo uno dei fattori da prendere in considerazione per stabilire se sia stato rispettato un giusto equilibrio, ma tale assenza non può, da sola, costituire una violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1»¹⁰⁶.

L’indennizzo non rileva solo in tema di limiti alla proprietà *strictu sensu* ma a tutte le situazioni soggettive suscettibili di valutazione economica pregiudicate dall’azione della pubblica amministrazione¹⁰⁷.

Fra la pluralità di interessi generali presi in considerazione dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, un ruolo senz’altro preminente assume l’interesse ambientale¹⁰⁸:

¹⁰⁵ Tale affermazione non è contraddetta dalla possibilità, già esaminata, che una facoltà dominicale venga considerata dalla Corte EDU alla stregua di un “bene” autonomamente protetto, qualora sia oggetto di un’aspettativa particolarmente qualificata da parte del proprietario.

¹⁰⁶ Tommaso Galtieri c. Italia (dec.), cit.

¹⁰⁷ Come peraltro già sostenuto nel § 3.

¹⁰⁸ Sulla rilevanza delle istanze di tutela ambientale nella giurisprudenza della Corte EDU si rinvia a Consiglio d’Europa, *Manual on human rights and the environment: principles emerging from the case-law of*

la tutela dell'ecosistema, dei beni di interesse culturale ed archeologico¹⁰⁹, del paesaggio e dei “polmoni verdi” è sempre ritenuta dalla Corte rispondente all'interesse generale, nonché, significativamente, un «imperativo delle comunità locali»¹¹⁰ e le modalità con cui perseguire tali scopi sono lasciate alla più ampia discrezionalità degli Stati. Il carattere di assoluta preminenza di tale interesse si rende, del resto, evidente nelle decisioni relative ai vincoli imposti sulla base della disciplina ambientale di settore (c.d. vincoli eteronomi); in tali ipotesi, qualora sia in questione la corresponsione di un indennizzo, la giurisprudenza consolidata è solita pronunciarsi nel senso dell'irricevibilità dei ricorsi per assenza manifesta di fondamento, senza procedere neppure ad un giudizio di equo bilanciamento, in virtù della decisiva importanza attribuita alle istanze di carattere ambientale e culturale (le quali sono in grado di originare, pertanto, una sorta di “presunzione di proporzionalità”)¹¹¹.

Inoltre, il potere conformativo dell'amministrazione si estende finanche ai provvedimenti amministrativi pregiudizievoli o comunque costituenti limitazioni alle attività che si «riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale»¹¹² erogate da

European Court of Human Rights, Strasburgo, 2012, spec. P. 62 ss. con riguardo alla disciplina della proprietà.

¹⁰⁹ Cfr. Tommaso Galtieri c. Italia (dec.), cit., nella quale «scopo delle restrizioni imposte alla ricorrente era la tutela di un bene di valore storico e culturale, nonché lo sviluppo di un “polmone verde” nel territorio della città. Il Consiglio di Stato ha giustamente rilevato, nella sentenza del 12 dicembre 2000, che lo scopo delle restrizioni imposte ai ricorrenti era quello di preservare la natura e l'ambiente, fatto che, per la Corte, risponde a un imperativo degli enti locali e rientra nell'interesse generale ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 1 del primo Protocollo; essa concorre, inoltre, alla tutela del patrimonio culturale di un Paese la cui importanza è stata richiamata dalla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, adottata il 27 ottobre 2005».

¹¹⁰ In materia di vincoli archeologici, ad esempio, nelle decisioni Longobardi e al. c. Italia, no. 7670/03, 26 giugno 2007, Perinelli e al. c. Italia, no. 7718/03, 26 giugno 2007 e Vagnola S.p.a. e Madat S.r.l. c. Italia, no. 7654/04, 12 gennaio 2010 è affermato che «la Corte non ha alcun dubbio circa la legittimità dello scopo perseguito dal provvedimento in questione, in quanto la tutela di una zona di significativo valore archeologico ben rientra nell'interesse generale ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 1 del primo Protocollo; a questo proposito, la Corte ribadisce che la necessità di proteggere il patrimonio archeologico è un requisito fondamentale, soprattutto in un Paese che ospita una parte considerevole patrimonio archeologico mondiale».

¹¹¹ N. BERTI, *op. cit.*, 57.

¹¹² Art. 43 Cost.

soggetti privati. Anche in tale sede il giudizio deve tenere conto dei diversi interessi in gioco ai fini della previsione e determinazione dell'indennizzo.

In ultimo, anche un comportamento materiale dell'amministrazione può costituire aspettativa legittima - produttiva di generare nel proprietario un affidamento meritevole di tutela - che se frustrata (superato il vaglio del giudice) comporta la nascita di un obbligo indennitario in capo al titolare del pubblico potere.

Accanto alla "regolamentazione dell'uso dei beni" e alla "privazione della proprietà", sussiste un'ulteriore forma di interferenza del potere pubblico, qualificata dalla giurisprudenza CEDU come "ingerenza nella sostanza del diritto" (o "ingerenza nel godimento dei beni"), ricavata dall'applicazione della prima parte dell'art. 1, primo Protocollo («ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni»), interpretata dalla Corte quale norma autonoma "di chiusura", idonea a coprire forme di diminuzione della disponibilità dei beni che non ricadono fra quelle tipizzate¹¹³: il «rispetto dei beni» necessita, infatti, di un prudente ed equo bilanciamento tra l'interesse del cittadino e l'interesse dell'amministrazione, al fine di evitare al proprietario qualunque tipo di sacrificio non proporzionato. In particolare, tale interpretazione ha assunto particolare rilevanza allorché i giudici di Strasburgo ne hanno fatto riferimento in relazione alle fattispecie di reiterazione prolungata di vincoli urbanistici di natura strumentale - quali i vincoli di inedificabilità preordinati all'esproprio¹¹⁴, ovvero il regime di edificabilità minima delle "zone bianche"¹¹⁵ - in quanto sintomatici di una discrasia tra il sacrificio imposto al proprietario e l'interesse pubblico (effettivamente non) realizzato. Parte della dottrina ha, tuttavia, accolto in

¹¹³ N. BERTI, *op. cit.*, 58.

¹¹⁴ Cfr. L. SERMET, *op. cit.*, p. 15 ss.

¹¹⁵ Nella recente sentenza *Odescalchi e Lante della Rovere c. Italia*, no. 38754/07, del 7 luglio 2015, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata nel senso che la sottoposizione di un terreno al regime delle «zone bianche» - conseguente alla decadenza del vincolo preordinato all'esproprio - in assenza di indennizzo e perdurante nel tempo (nel caso di specie, trentasei anni) a causa dell'inerzia della pubblica amministrazione, nonché dell'inesistenza di ricorsi interni effettivi, costituisce un'ingerenza nel diritto al rispetto dei beni meritevole di ristoro. Lo stesso regime residuale ex art. 9 T.U. dell'edilizia viene, in tal modo, a costituire un vincolo urbanistico "strumentale" (finalizzato al mantenimento delle potenzialità urbanistiche del terreno) e necessariamente transitorio, indennizzabile nel caso in cui l'amministrazione non adempia ai doveri di tipizzazione, ovvero qualora i rimedi giurisdizionali interni non garantiscano l'integrazione del piano.

maniera critica l'introduzione in via interpretativa di questa nuova ipotesi di ingerenza nella proprietà, in base alla considerazione che le situazioni esaminate alla luce della prima parte dell'art. 1 non presenterebbero alcuna sostanziale differenza rispetto alle fattispecie normalmente ricondotte alla "regolamentazione dell'uso", quali le previsioni di inedificabilità derivanti da vincoli eteronomi o da vincoli urbanistici conservativi; in realtà, ad un esame più approfondito, le due situazioni si rivelano del tutto differenti. A ben vedere, infatti, nelle ipotesi di reiterazione di vincoli strumentali l'"ingerenza nella sostanza del diritto" promana non già dal momento fisiologico dell'apposizione del vincolo (da qualificarsi, invero, come "regolamentazione dell'uso") e dalla sottrazione delle facoltà edificatorie, ma bensì dal cattivo uso del potere discrezionale da parte dell'amministrazione, la quale, sospendendo sine die la possibilità di godere del bene, addosserebbe al proprietario un'intollerabile incertezza rispetto al valore d'uso o di scambio del bene, operando per di più una conformazione della proprietà che non realizza direttamente l'interesse pubblico, ma è meramente strumentale ad esso; in questo caso, insomma, è il comportamento complessivo della pubblica amministrazione - che si sostanzia, soprattutto, nella protratta inerzia nell'emanare l'atto cui il vincolo è strumentale - a determinare l'ingerenza nel diritto di proprietà, e non la mera apposizione del vincolo, come invece accade nei casi in cui è in questione la "regolamentazione dell'uso dei beni"¹¹⁶. Da ciò deriva, come si vedrà, anche una diversa considerazione dei fattori da esaminare nell'ambito del giudizio di proporzionalità, in quanto, mentre con riguardo ai vincoli finali (in particolare, i vincoli urbanistici conservativi) la tollerabilità della compressione delle facoltà dominicali è valutata in relazione all'"intensità" dell'ingerenza in rapporto al contenuto minimo del diritto, nell'ipotesi di vincoli strumentali rileva l'"estensione" temporale dell'intervento pubblico, la cui tollerabilità (o, di converso, idoneità ad originare una tutela indennitaria) è, invece, giudicata dalla Corte con riferimento ad un parametro di ragionevole durata¹¹⁷.

¹¹⁶ Si confronti, sul punto, l'esatto rilievo di M.L. PADELLETTI, *op. cit.*, p. 151.

¹¹⁷ Di norma la durata di un vincolo strumentale è dalla Corte EDU considerata ragionevole quando non supera i cinque anni, periodo che corrisponde alla "franchigia" concessa nel nostro ordinamento per l'apposizione senza indennizzo di un vincolo preordinato all'esproprio (art. 9 del

Anche in siffatta ipotesi l'indennizzo costituisce un importante strumento "equilibratore" del rapporto, qualora, a causa dell'eccessiva e irragionevole durata dei vincoli strumentali, nonché dell'insufficienza dei rimedi interni contro l'inerzia della pubblica amministrazione, il titolare del diritto di proprietà si trovi in una situazione di estrema incertezza circa il valore d'uso e di scambio dei propri beni¹¹⁸.

Affinché si possa qualificare una determinata situazione giuridica come "bene" autonomamente protetto ai sensi dell'art. 1 del primo Protocollo è altresì sufficiente, secondo la giurisprudenza CEDU, che anche la mera aspettativa del suo esercizio, alla condizione che essa trovi fondamento in un rapporto giuridico particolarmente qualificato fra privato e pubblica amministrazione - derivante da un precedente atto negoziale¹¹⁹, da un provvedimento amministrativo caratterizzato da tendenziale stabilità¹²⁰ o, perfino, da un comportamento materiale della pubblica amministrazione - tale da consolidare nel proprietario un affidamento meritevole di tutela¹²¹. L'«aspettativa legittima» come bene autonomamente protetto e la sua tutela

T.U. in materia di espropri). Una differenza, tuttavia, sussiste con riguardo al momento da cui è fatta decorrere la commisurazione dell'indennizzo: mentre nella giurisprudenza di Strasburgo, coerentemente alla ratio della tutela, questo è calcolato a partire dall'originaria apposizione del vincolo senza scomputo del periodo di franchigia, la giurisprudenza italiana lo commisura alla durata temporale di imposizione del vincolo oltre il periodo di franchigia.

¹¹⁸ N. BERTI, *op. cit.*, 59.

¹¹⁹ Nella pronuncia *Consorts Richet et Le Ber c. Francia*, no. 18990/07 e 23905/07, 18 novembre 2010, la Corte EDU ha attribuito allo *jus aedificandi* natura di "aspettativa legittima" protetta ai sensi dell'art. 1 del primo Protocollo, in quanto oggetto di un contratto fra amministrazione e privato (nella fattispecie, il diritto di costruire era stato promesso dal governo francese in cambio della cessione di alcune aree private a prezzo inferiore rispetto a quello di mercato): secondo la Corte, «data la qualità della controparte con cui hanno trattato - che indiscutibilmente costituiva un garanzia di autorevolezza, buona fede e rispetto della legge - i ricorrenti potevano legittimamente credere che lo Stato fosse in grado di accordare loro tale diritto e attendersi il rispetto degli obblighi contrattuali, nonostante il successivo cambiamento delle regole di pianificazione» (§96); di conseguenza, l'impossibilità di esercitare effettivamente il diritto di costruire - a causa di sopravvenuti vincoli di inedificabilità per la tutela paesaggistica - ha costituito, secondo i giudici, un'ingerenza meritevole di indennizzo. La pronuncia è riportata in *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 22/2011, p. 1265 ss., con commento di C. CAUMES, *Le "droit à construire" promis par l'Etat comme «bien» dont le respect doit être garanti*.

¹²⁰ Quale, ad esempio, un'autorizzazione preliminare rispetto al permesso di costruire, come nella già citata pronuncia *Pine Valley Developments Ltd e al. c. Irlanda*.

¹²¹ Nella pronuncia *Valle Pierimpì Società Agricola s.p.a. c. Italia*, no. 46154/11, 23 settembre 2014, la Corte EDU ha ritenuto che la convinzione del ricorrente di trovarsi in una situazione di «certezza del diritto» circa la validità del titolo di proprietà su un bene demaniale (valle da pesca lagunare) e del diritto di sfruttamento economico dello stesso, rafforzata dall'esistenza di un

indennitaria vengono per la prima volta elaborate dalla Corte di Strasburgo nella nota pronuncia *Pine Valley Developments Ltd e al. c. Irlanda*, no. 12742/87, 29 novembre 1991, riguardante il caso di un costruttore privato che, dopo aver ottenuto un'autorizzazione preliminare rispetto al permesso di costruire, si era visto annullare quest'ultimo dalla Corte Suprema irlandese; nello specifico, la Corte EDU ha affermato che «sarebbe indebitamente formalistico ritenere che la decisione della Corte Suprema non costituisca un'interferenza: fino a quando [tale giudizio] è stato reso, i ricorrenti avevano maturato perlomeno una “legittima aspettativa” di vedere realizzato il loro piano di sviluppo, e questa deve essere considerata, ai fini dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, come componente della proprietà in questione».

Successivamente la Corte ha definitivamente affermato che «“beni” ai sensi dell'art. 1 possono essere sia “beni attuali”, sia valori patrimoniali, incluse pretese, rispetto ai quali il ricorrente può dimostrare di aver maturato perlomeno una “legittima aspettativa” di ottenere l'effettivo godimento di un diritto di proprietà» e che possiedono una «sufficiente base legale nell'ordinamento nazionale»¹²².

In ogni caso, la configurazione di una pretesa individuale quale “bene” protetto ai sensi dell'art. 1, primo Prot., non è di per sé sufficiente a determinare una tutela

titolo formale ricevuto da un notaio, di una prassi esistente da lunga data nel riconoscere ai privati dei titoli di proprietà sulle valli da pesca, nonché dalla tolleranza prolungata delle autorità, è idonea a configurare un'«aspettativa legittima» tutelata, tale per cui l'acquisizione del «bene» della ricorrente da parte dello Stato, a seguito della declaratoria di appartenenza al demanio, costituisce una «privazione» della proprietà meritevole di indennizzo. Si annota che la soluzione offerta dalla Corte EDU sembra mettere in discussione il nuovo “statuto” dei beni pubblici delineato, con riguardo alla medesima sostanziale, come “bene di proprietà” una risorsa che non solo è pubblica, ma è anche “comune” nel senso enunciato nella richiamata sentenza delle Sezioni Unite; sulla questione si legga, in particolare, il contributo di C.M. CASCIONE, *Le alterne vicende delle valli lagunari venete: il “ripensamento” della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *giustiziacivile.com*, 2015.

¹²² Su questi profili cfr. M. SIGRON, *Legitimate expectations under article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014; P. POPELIER, *Legitimate expectations and the law-maker in the case law of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, 10 ss.; e SØREN SCHØNBERG, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford, 2000. Sulla “patrimonializzazione” della legittima aspettativa cfr. anche F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all’“Alternanza”*, Milano, 2001, 274-275. Recentemente, la nozione estensiva di “proprietà” intesa quale interesse patrimoniale oggetto di una “legittima aspettativa” è stata esplicitamente richiamata anche dalla giurisprudenza interna, sia costituzionale (Corte cost., 3 ottobre 2016, n. 214, par. 6.1.3. ss.), che amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 15 dicembre 2016, n. 5277, par. 30 ss.).

indennitaria nell'eventualità di una sua compressione, ma ha come unica conseguenza l'applicazione alla situazione soggettiva medesima delle garanzie procedurali e processuali che derivano dallo stesso art. 1 o da tale norma letta in combinato disposto con altre previsioni convenzionali, in particolare l'art. 6.3¹²³.

5. Il diritto euro-unitario: la responsabilità da atto lecito quale principio generale comune degli Stati membri. La tutela del legittimo affidamento.

La ricerca di un modello generale di responsabilità da fatto lecito si sposta sull'ordinamento dell'Unione Europea, il quale costituisce il crocevia e spesso il catalizzatore degli istituti dei vari ordinamenti degli Stati membri che lo compongono¹²⁴. Il tema della responsabilità (in generale) è particolarmente interessante a livello "comunitario", poiché la caratteristica peculiare del diritto dell'Unione europea consiste nell'articolato e progressivo fenomeno di sanzione delle violazioni del diritto stesso e al contempo contribuisce a implementare e forgiare nuovi modelli di responsabilità¹²⁵.

Quale *hard law*, autonomo e indisponibile rispetto alle manovre degli apparati governativi, l'ordinamento dell'Unione europea si impone e si consolida sugli Stati con un sistema di *enforcement* che impedisce la ritirata degli stacchi dal quadro legale dei

¹²³ Quando, infatti, una determinata pretesa individuale qualificabile come "bene" ex art. 1, primo Protocollo CEDU rientra anche nella nozione di «diritto di carattere civile» di cui all'art. 6, CEDU, le garanzie procedurali e processuali trovano fondamento sia in quest'ultima disposizione, sia nell'articolo 1, primo Protocollo. Sulla rilevanza anche sostanziale delle garanzie di cui all'art. 6, CEDU cfr. M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 111.

¹²⁴ In materia di diritto amministrativo europeo e sui principi comuni agli Stati membri: G. DALLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 234; S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, Bologna, 1992, 23; ID., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, I, diretto da M.P. CHITTI e G. GRECO, Milano, 2007, II, 1-11.

¹²⁵ G. DALLA CANANEA, C. FRANCHINI, *op. cit.*, 134.

trattati¹²⁶. Il primato e l'effettività del diritto dell'Unione Europea si assicurano, infatti, con la responsabilizzazione degli Stati e con il potenziamento degli ordinamenti nazionali di istituti di protezione del diritto dell'Unione Europea¹²⁷. Il punto di riferimento in materia è rappresentato dalla storica sentenza Francovich in cui la Corte ha statuito che il diritto a risarcimento «trova il suo fondamento nel diritto comunitario».

Il merito di tale orientamento e di aver tracciato una nuova fattispecie di responsabilità civile dello Stato membro nonché di aver individuato i punti essenziali di orientamento della “materia” della responsabilità, quali la preordinazione dei diritti da parte della norma violata, il nesso causale, la violazione sufficientemente caratterizzata o qualificata¹²⁸.

Per quanto concerne, invece, il dato positivo la norma di riferimento è l'articolo 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in tema di responsabilità extracontrattuale la quale rinvia ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri nell'ipotesi di mancanza di norme scritte all'interno dell'ordinamento dell'Unione Europea. Il rapporto fra il diritto sovranazionale (internazionale e dell'Unione Europea), da un lato, e quello interno, dall'altro, tende, per così dire, a modularsi e a organizzarsi secondo un principio di interscambio e di reciproca, marcata ibridazione (di *cross fertilisation*)¹²⁹ Quando non, addirittura, di “feconda concorrenza”¹³⁰, ma anche di dialogo tra le corti nazionali e quelli comunitario (*judicial conversation*) e tra istituzioni (*administrative negotiation*) a più livelli e latitudini¹³¹, che evita

¹²⁶ L'*enforcement* è dato dalla previsione all'art. 260 TFUE della sanzione pecuniaria in caso di mancata osservanza di una sentenza della Corte.

¹²⁷ M. CLARICH, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, 589.

¹²⁸ Cfr. Sentenza Francovich c. Repubblica italiana del 19 Novembre 1991 e Brasserie du Pêcheur Sa del 5 Marzo 1996 (in cause riunite C-46/93 e C-48/93).

¹²⁹ M. CAFAGNO, *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.*, Bologna, 1992.

¹³⁰ N. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, 235.

¹³¹ F. LAFARGE, *EU law implementation through administrative cooperation between Member States*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.* 2010, 119.

operazione di sostituzione legislativa mediante la tecnica dell'abrogazione (*legal transplantation*).

Il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione per comportamento illecito dei suoi organi presuppone che siano soddisfatte tre condizioni: la liceità del comportamento di cui si fa carico alle istituzioni, l'effettività del danno e l'esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento fatto valere e il danno lamentato. Il comportamento illecito contestato a un'istituzione dell'Unione deve consistere in una violazione sufficientemente caratterizzata di una norma giuridica preordinata a conferire diritti ai singoli¹³². Il criterio decisivo per considerare tale condizione soddisfatta è quello della violazione manifesta e grave, commessa dall'istituzione europea, dei limiti posti al suo potere discrezionale. Se qualora l'illiceità del comportamento imputato alle istituzioni europee non sia accertata o manchi del tutto questo di per sé non esclude la possibilità, però, di poter ottenere una compensazione facendo valere la responsabilità dell'Unione da attività lecita. Qualora ricorrano i presupposti ora indicati l'atto potenzialmente lesivo dovrebbe prevedere un risarcimento-indennizzo idoneo ad evitare o attenuare il danno "proporzionale" e "inaccettabile" alla sostanza stessa dei diritti lesi. In mancanza di una simile previsione, la giurisprudenza è dell'avviso che possa sorgere una responsabilità da attività lecita. È bene sottolineare che non esistono però disposizioni normative che disciplinano ipotesi specifiche, come nemmeno si riscontra una normativa generale. L'assenza di una previsione normativa induce a rivolgere l'analisi e lo sguardo verso la casistica della quale si è occupata la giurisprudenza. Difatti, si può affermare che questo modello di responsabilità sia prettamente di creazione giurisprudenziale. Gli elementi che questa richiede per poter invocare la responsabilità da attività legittima sono i seguenti: anzitutto il danno che discende da una da un loro atto legittimo deve essere non solo un danno "reale e certo" ma, anche "anormale e speciale". Inoltre, il nesso di causalità tra un tale tipo di danno e il comportamento delle istituzioni deve

¹³² CGE 29 Settembre 1987, c. 81/86, *De Boer Buijzen c. Consiglio e Commissione*, in Racc., 3677, par. 117.

essere diretto¹³³. Però poneva un argine rappresentato dal bilanciamento tra l'interesse pubblico e del privato escludendo la responsabilità dall'atto lecito qualora fosse «giustificata da un interesse economico generale»¹³⁴. Considerando i vari requisiti si comprende che il danno deve riguardare una particolare categoria di operatori economici in maniera sproporzionata rispetto agli altri operatori (cioè il danno deve essere “anormale”) e deve superare i limiti dei rischi economici inerenti alle attività nel settore di cui trattasi, senza che l'atto sito dell'origine del danno fatto valere sia giustificato da un interesse economico generale.

Alla luce dell'analisi qui svolta possiamo affermare che finora non esiste esplicitamente un principio generale che disciplini la responsabilità da atto lecito in ambito dell'Unione europea, ma che finora la giurisprudenza si è limitata a precisare le condizioni in cui tale responsabilità potrebbe sorgere¹³⁵.

Come sostenuto nel corso del presente paragrafo, non è possibile asserire l'esplicita esistenza di un principio generale indennitario ma si possono ricavare gli elementi essenziali dell'istituto attingendo dalla casistica giurisprudenziale in materia. In tal sede si vuole ricomporre l'insieme delle questioni che hanno condotto la giurisprudenza europea all'enucleazione delle condizioni mediante il quale si può ritenere ammissibile invocare la responsabilità da atto lecito nei confronti delle istituzioni europee (e non solo la responsabilità da atto illecito già riconosciuta dall'art. 340, comma 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Il novero delle ipotesi è frammentato e non omogeneo; la nascita di siffatta tipologia di responsabilità è conseguenza di una copiosa attività giudiziale e ogni decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea assume un ruolo decisivo nel comporre i tasselli del “puzzle” indennitario.

¹³³ Caso *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*.

¹³⁴ *Trib. Dorsch*, cit, par. 80.

¹³⁵ È solo con questo titolo che la Corte ha ricordato a tal riguardo al punto 19 della citata sentenza *Dorsch Consult* che, se tale responsabilità dovesse essere riconosciuta in linea di principio, essa richiederebbe almeno che fossero riunite tre condizioni cumulative costituite dagli elementi più volte citati.

In generale i diritti oggetto di tutela indennitaria sono essenzialmente patrimoniali, in linea con la natura e gli obiettivi dell'Unione. Essi sono il diritto di proprietà nell'accezione ampia comprensiva il patrimonio e la libertà di esercizio dell'attività imprenditoriale. La giurisprudenza ha riconosciuto il loro carattere di principi generali del diritto dell'Unione europea, sottolineando che non costituiscono tuttavia prerogative assolute, ma che vanno considerati alla luce della loro funzione e sociale e del contesto in cui sono inseriti. Nel caso europeo il contesto, infatti è essenzialmente rappresentato dall'organizzazione comune del mercato e della concorrenza¹³⁶, laddove in una prima fase di integrazione, in luogo dell'eguaglianza, che pure è principio istituzionale comune agli ordinamenti giuridici nazionali, l'ordinamento dell'Unione europea si era limitato a sancire il principio di non discriminazione in base alla nazionalità¹³⁷. In quest'ambito non è, infatti, esclusa l'applicazione di restrizioni al diritto di proprietà e al libero esercizio di un'attività professionale. Però tali restrizioni sono soggette a dei limiti che si individuano nella compatibilità con gli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione.

L'attuazione dell'interesse generale che rappresenta lo scopo primario dell'azione europea non può però effettuarsi con un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti¹³⁸.

Vi è però un fattore da tenere in considerazione nel bilanciamento tra i pregiudizi sopportabili e vantaggi connessi all'attività degli organi dell'Unione Europea. Esso si identifica nell'alea, ovvero nel rischio imprenditoriale. Infatti, un operatore economico non può ad esempio rivendicare un diritto di proprietà su una quota di mercato ad esso detenuta in un determinato momento, dato che tale quota di mercato costituisce soltanto una posizione economica temporanea, esposta all'alea di un mutamento di circostanze¹³⁹. Altresì non si può estendere la tutela conferita dal diritto di proprietà

¹³⁶ Sull'argomento in particolare, v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.

¹³⁷ In tal senso G. DELLA CANANEA, *I principi generali*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2011, 74.

¹³⁸ V. in particolare CGUE 11 luglio 1989, c. 265/87, *Schrader HS Kraftfutter*, in Racc., 2237, par. 15; 30 giugno 2005, c. C-295/03 P, *Alessandrini e a c. Commissione*, in Racc., I-5673, par.68.

¹³⁹ Trib. CEE, 14 Maggio 1974, c. 4/73, *Nold c. Commissione*, in Racc., 491, par. 14.

o dal principio generale che garantisce il libero esercizio dell'attività professionale alla protezione dei semplici interessi o possibilità di indole commerciale, la cui natura aleatoria è insita nell'essenza stessa dell'attività economica.

Nella pratica però non si riscontrano disposizioni normative specifiche che disciplinano ipotesi altrettanto specifiche, come nemmeno si riscontra una normativa generale. L'assenza di una previsione normativa induce a rivolgere l'analisi e lo sguardo verso la casistica della giurisprudenza. Come già sottolineato questo modello di responsabilità è prettamente di creazione giurisprudenziale.

Il tema è stato affrontato già a cavallo degli anni Settanta e Ottanta del passato secolo nell'ambito del modulo della responsabilità extracontrattuale e non come modello autonomo. Successivamente, a cavallo del precedente ed il corrente secolo, affiora come fattispecie autonoma nella giurisprudenza del Tribunale di primo grado in una serie di vicende di responsabilità della (allora) Comunità per aver adottato un regolamento comunitario di embargo (nei confronti dell'Iraq) a seguito del quale gli scambi n'erano impediti e vietati¹⁴⁰. Le imprese a causa dell'embargo non avendo ricevuto i pagamenti dei loro crediti, si rivolgevano al consiglio e alla commissione, chiedendo loro di risarcirle del danno derivante dall'inesigibilità dei crediti che erano divenuti irrecuperabili¹⁴¹. A fronte del rifiuto opposto dal consiglio ricorrevano al

¹⁴⁰ Nel caso *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, cit. *supra*, la ricorrente, la *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH* aveva stipulato con il *Ministry of Works and Housing* della Repubblica irachena un contratto, con il quale si impegnava a prestare servizi relativi all'organizzazione e allo svolgimento dei lavori collegati alla costruzione dell'Iraq Express Way n.1. Il 2 agosto 1990 il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite adottava la risoluzione n. 660 con la quale constatava una rottura della pace e della sicurezza internazionale in seguito all'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq, e chiedeva il ritiro immediato e incondizionato delle forze irachene dal territorio del Kuwait. Di conseguenza, l'8 agosto 1990 il Consiglio europeo, facendo riferimento alla grave situazione che si era creata in Iraq e nel Kuwait, e alla risoluzione n. 661 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, adottata, su proposta della Commissione europea, il regolamento n. 2340/96/CE in GUCE L 213 del 9 agosto 1990 che impedisce gli scambi della Comunità nei confronti dell'Iraq e del Kuwait. All'art. 1 del regolamento sopraccitato veniva vietata, a decorrere dal 7 agosto 1990, l'introduzione nel territorio della comunità di qualsiasi prodotto originario o proveniente dall'Iraq o dal Kuwait, nonché l'esportazione verso tali paesi di qualsiasi prodotto originario o proveniente dalla Comunità. V. anche C.M. WELLER, *Iraq and Kuwait: the hostilities and their aftermath*, Cambridge International Documents Series, vol. III, Cambridge, 1993.

¹⁴¹ Irrecuperabili a causa dell'applicazione di una legge "di ritorsione" da parte dello Stato dell'Iraq, la numero 57 del 1990, che rendeva indisponibili i beni e capitali delle persone fisiche e giuridiche straniere appartenenti a Stati che avevano aderito alla politica di embargo decretata nei confronti dell'Iraq. Questa legge sarebbe stata adottata come contromisura all'adozione da parte della Comunità

tribunale di primo grado invocando la responsabilità della Comunità derivante da atto lecito per aver il regolamento leso i diritti patrimoniali equivalenti ad una espropriazione nell'interesse generale chiedendo l'indennizzo. Il diritto al risarcimento in tale ipotesi di scendeva, secondo la ricorrente, dall'art. 1 del Protocollo n. 1, allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dei principi generali di diritto internazionale, relativi all'obbligo di indennizzare le lesioni del diritto di proprietà, comprensivo anche dei crediti. L'azione di ristoro promossa dalle ricorrenti si basava quindi su tale articolo e sui principi generali di diritto internazionali relativi all'obbligo di indennizzare lesione del diritto di proprietà, comprensivo anche dei crediti come da precedenti giurisprudenziali della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴².

Il ricorso però veniva respinto sia dal tribunale di primo grado che dalla Corte di giustizia essenzialmente per un difetto di prova dei danni subiti. Nonostante ciò, la giurisprudenza non ha mancato di esprimere considerazioni interessanti, in particolare per quel che riguarda la responsabilità delle istituzioni comunitarie derivante da atto lecito (normativo). Infatti, ha riconosciuto in astratto la possibilità che si configuri una simile responsabilità, subordinandola però alla contestuale presenza di precise circostanze già indicate. Riteneva che affinché sorga la responsabilità delle istituzioni comunitarie, il danno che discende da un loro atto legittimo deve essere "reale, certo, anormale, speciale" e inoltre il nesso di causalità deve essere diretto¹⁴³.

del regolamento n. 2340 del 1990 che l'aveva disposto l'embargo. Alcune perplessità possono derivare dalla qualificazione della legge in questione quale misure di ritorsione. Va detto che la legge numero 57, per le sue caratteristiche, non poteva in ogni caso essere considerata una misura di ritorsione. Com'è noto, infatti le ritorsioni consistono in semplici comportamenti non amichevoli in risposta ad un atto lecito o illecito altrui. La l. n. 57, però viene adottata in risposta alla risoluzione n. 661 del 1990 del Consiglio di sicurezza, il cui rispetto lo stesso Iraq, in quanto membro delle Nazioni Unite, era vincolato. Non ci troviamo, allora, di fronte ad un semplice comportamento non amichevole, ma ad un vero e proprio illecito, come stato confermato dalla risoluzione n. 670 del 1990 del consiglio di sicurezza. Sull'argomento C. VACCA', *Il conflitto del Golfo e dei contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, Milano, 1992, 336.

¹⁴² Corte EDU, *Raffinerie greche Stan e Stratis Andreadis c. Grecia*.

¹⁴³ *Trib. Dorsch*, 9 dicembre 1994, par. 80.

Un altro principio generale che merita menzione e rappresenta un ulteriore elemento di interesse ai fini della presente analisi è il principio di tutela del legittimo affidamento (*Vertrauensschutz*).

Siffatto principio che garantisce tutela al privato nei confronti dell'azione posta in essere da parte della pubblica amministrazione, ha subito un'evidente evoluzione all'interno del nostro ordinamento, grazie alla fondamentale opera della giurisprudenza sovranazionale. Il principio del legittimo affidamento rappresenta l'interesse alla tutela di chi confida in una certa situazione che si è definita nella realtà giuridica. Tale principio che presiede all'esercizio della discrezionalità amministrativa mira, quindi, a tutelare le aspettative ingenerate dalla pubblica amministrazione¹⁴⁴. Affinché tale condizione possa ottenere tutela è necessario che origini dall'atteggiamento altrui. Si tratta di una tematica che trova punti di contatto con quella, da sempre discussa in giurisprudenza, dell'apparenza del diritto. In altri termini, spesso si pone il problema di capire se si possa accordare tutela a chi fa affidamento su una situazione che appare conforme al diritto ma che, tuttavia, non lo è. Non qualsiasi affidamento, infatti, si può definire legittimo: perché ciò avvenga è necessario che siano cumulativamente presenti tre elementi. Il primo è di natura oggettiva, e consiste nel vantaggio che il terzo consegue dalla situazione giuridica apparente: tale vantaggio deve essere chiaro ed univoco, e va esercitato attraverso un comportamento attivo. In secondo luogo, occorre che il privato pretenda di difendere un'utilità ottenuta in buona fede: questo perché l'ordinamento non può accordare tutela ad una situazione giuridica vantaggiosa conseguita, però, attraverso comportamenti fraudolenti o ingannevoli. Infine, affinché l'affidamento possa essere tutelato, è necessario che questo si sia consolidato nel tempo, ovvero che l'utilità sia stata conservata per un orizzonte temporale talmente lungo da convincere il beneficiario della sua stabilità¹⁴⁵.

¹⁴⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 155.

¹⁴⁵ Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 1970, 122.

Il tema del legittimo affidamento nei confronti della pubblica amministrazione pone la necessità di contemperare due interessi spesso contrapposti. Da una parte, quello del privato, che vuole mantenere quel vantaggio che l'azione amministrativa gli ha garantito; dall'altra parte, quello vantato dalla stessa amministrazione alla realizzazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, a cui deve essere ispirata l'azione amministrativa in base all'art. 97 della Costituzione.

In tale tematica, un ruolo fondamentale è stato svolto dalla giurisprudenza sovranazionale, tanto che oggi il principio del legittimo affidamento, pur non essendo espressamente contemplato nei trattati dell'Unione Europea, viene ritenuto un principio cardine del diritto europeo; in ciò è risultata decisiva l'opera della Corte di Giustizia¹⁴⁶ che, ispirata soprattutto dall'elaborazione della giurisprudenza tedesca, ormai afferma pacificamente che il principio della tutela dell'affidamento costituisce *jus receptum* a livello sovranazionale.

Nel nostro ordinamento il legittimo affidamento trova origine nella clausola generale di buona fede. La buona fede è un dovere che impone a qualunque individuo l'obbligo di comportarsi lealmente nel compimento di atti giuridicamente rilevanti, in modo da tutelare la posizione del soggetto con cui si entra in contatto.

Il Codice civile richiama più volte il principio di buona fede: lo fa nell'art. 1375 con riferimento ai contratti; nell'art. 1337 in tema di responsabilità pre-contrattuale; nell'art. 1175 nell'ambito dei doveri di comportamento delle parti nei rapporti obbligatori¹⁴⁷.

Inoltre, secondo la tesi prevalente, il principio di buona fede troverebbe copertura costituzionale nell'art. 2 della Carta fondamentale, nella parte in cui stabilisce che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

¹⁴⁶ Tra le altre, Corte giust., 3 maggio 1978, causa C -12/77.

¹⁴⁷ C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 1983, I, 209

La necessità di tutelare l'affidamento ingenerato dalla propria condotta costituisce una delle più importanti applicazioni del principio di buona fede: ne consegue, pertanto, che il legittimo affidamento non necessita di copertura legislativa espressa, proprio perché è espressione di uno dei principi più importanti riconosciuti nel nostro ordinamento.

CAPITOLO II

L'OBBLIGO INDENNITARIO:

PRESUPPOSTI STRUTTURALI E PROFILI FUNZIONALI

SOMMARIO: **Sez. I - Presupposti strutturali dell'indennizzo.** - Premessa introduttiva - 1. La legittimità dell'atto. - 1.1 (Segue.) Distinzione rispetto alla responsabilità civile da atto illegittimo. - 2. La liceità del comportamento. - 2.1 (Segue.) Distinzione rispetto alla responsabilità civile da comportamento illecito (pur a fronte di un atto amministrativo legittimo). - 3. Il danno - pregiudizio: un criterio distintivo fra le fattispecie indennitarie "tipiche". - 3.1 Le indennità conseguenti a provvedimenti ablatori "reali". - 3.1.1 L'indennità da esproprio per pubblica utilità. - 3.1.2 (Segue.) Le espropriazioni c.d. sostanziali. - 3.1.3 L'indennizzo da c.d. occupazione acquisitiva *ex art. 42-bis* del T.U. Espropri. - 3.2 Le indennità conseguenti a provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio. - 3.2.1 L'indennizzo da revoca *ex art. 21-quinquies* della l. 241/1990. - 3.2.2 L'indennizzo da recesso da accordi amministrativi *ex art. 11* della l. 241/1990. - 3.3 Le indennità conseguenti a incertezza dell'azione amministrativa. - 3.3.1 L'indennizzo da c.d. mero ritardo; sua autonomia rispetto alle sanzioni amministrative. - 3.3.2 La reiterazione dei vincoli strumentali. - 3.4 L'indennizzo del danno da trattamento sanitario obbligatorio e in misure in materia di polizia igienico-sanitaria. - 3.4.1 (Segue) L'indennizzo da vaccino nella legislazione "Covid-19". **Sez. II - Profili funzionali dell'indennizzo** - 4. Il modello compensatorio. - 4.1 La commisurazione dell'indennizzo (rinvio). - 5. Il modello sanzionatorio - 5.1 (Segue.) Il problema della tipicità e dell'offensività. - 6. Conclusioni.

Sez. I

Presupposti strutturali dell'indennizzo

Premessa introduttiva

Nel precedente capitolo premessa una ricostruzione della nozione giuridica di indennità al fine di delineare oggetto e ambito di rilevanza dell'indagine, si è posta l'attenzione sul riconoscimento delle analogie e differenze tra l'indennizzo presente nel diritto civile e nel diritto amministrativo rilevando la non completa estraneità nei due diversi ambiti di applicazione.

Si è proceduto poi all'analisi della struttura normativa che sorregge l'indagine del fenomeno indennitario. In particolare vengono in rilievo i principi previsti nella Costituzione, i quali assurgono a parametro di legittimità costituzionale di norme che limitano, non prevedono o escludono l'indennizzo in presenza di fatti leciti; inoltre un ruolo fondamentale è giocato dalla giurisprudenza euro-unitaria e dalla disciplina convenzionale (CEDU *in primis*) le quali hanno esteso l'ambito di tutela di siffatto rimedio.

Nel presente capitolo si procede all'enucleazione dei presupposti strutturali dell'obbligazione indennitaria, concentrandosi poi sull'analisi dei singoli istituti indennitari previsti dall'ordinamento positivo al fine di ottenere un quadro applicativo completo della fattispecie indennitaria.

1. La legittimità dell'atto.

Il primo presupposto strutturale indefettibile dell'obbligazione indennitaria è, come più volte rilevato, la legittimità dell'atto amministrativo.

Talora l'unica via per soddisfare l'interesse pubblico è rappresentato dal necessario sacrificio di un diritto individuale. Vi sono ipotesi di esercizio di attività amministrativa che, seppur non sconfinando nell'illegittimità del provvedimento o nel comportamento illecito, costituiscono fonte di pregiudizio in capo al privato e per tale motivo l'ordinamento attribuisce il diritto ad un ristoro.

Nessuno è tenuto a risarcire un danno che abbia cagionato ad altri esercitando un proprio diritto (o come recita il noto brocardo "*qui iure utitur neminem ledit*"), tuttavia sappiamo che dall'esercizio di attività legittima da parte della pubblica amministrazione possono comunque conseguire pregiudizi in capo alla sfera giuridica del destinatario di quell'attività. In tali situazioni nonostante l'attività dannosa non sia illegittima l'ordinamento accorda, talvolta, un "ristoro" nella forma dell'indennizzo¹⁴⁸.

¹⁴⁸ S. ROMANO, *op. cit.*, 306, secondo cui «l'amministrazione, spesso, per raggiungere i suoi compiti deve sacrificare nell'interesse collettivo interessi individuali. Quando questi sono lievi si può lasciare l'onere all'individuo sacrificato. Quando sono gravi è opportuno indennizzare il privato con il pubblico danaro ossia ripartire l'onere su tutta la collettività, donde proviene il pubblico danaro a mezzo di tributi».

Il danneggiato subisce, quindi, una sostituzione di beni nell'ambito del proprio patrimonio¹⁴⁹.

L'ordinamento può vietare l'atto in quanto dannoso oppure, contemplando l'idea che è comunque finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico, può legittimarlo imponendo un obbligo indennitario in capo al danneggiante. In tal caso, si dà luogo ad un danno senza responsabilità. Si autorizza così una determinata condotta sul presupposto di un bilanciamento d'interessi di regola compiuto dal legislatore e attuato dall'amministrazione nell'ambito della sua attività vincolata o discrezionale e dalla quale scaturisce la necessità di un indennizzo.

Infatti, quando la legge conferisce il diritto di agire danneggiando, intende escludere che il danno necessariamente derivante dal terzo possa costituire impedimento per l'azione dannosa, ravvisando dunque, nell'azione medesima, un'utilità complessiva superiore. Essa può individuarsi sia nella connessione all'azione di un diretto interesse pubblico, sia nel fatto che fra il danno del privato e l'utilità dell'azione sussiste una netta sproporzione a favore dell'interesse pubblico. Il danneggiato, così, avrà diritto a essere indennizzato del danno subito, altrimenti patirebbe il costo dell'utilità conseguita dal danneggiante che iniquamente se ne avvantaggerebbe¹⁵⁰. La fattispecie indennitaria è chiamata secondo la dottrina amministrativistica dominante¹⁵¹ "responsabilità per atti legittimi", mentre dai civilisti "responsabilità per atti leciti". Si tratta secondo alcuni di una contraddizione terminologica¹⁵². Se si espunge il termine responsabilità si adotta la terminologia degli "atti leciti dannosi" oppure di "atti legittimi dannosi". Sotto il profilo normativo il legislatore utilizza espressioni, quali "pregiudizio" e "indennizzo", invece di "danno" e "risarcimento" con l'obiettivo precipuo di sottolineare le differenze genetiche tra gli istituti.

¹⁴⁹ A. CRISMANI, *op. cit.*, 223.

¹⁵⁰ Cfr. G. DUNI, *op. cit.*, 78.

¹⁵¹ G. SALEMI, *La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, cit., 89 e G. TORREGROSSA, *op. cit.*, 81. La c.d. responsabilità per atto legittimo rischia di incorrere in un equivoco terminologico dato che un atto amministrativo può essere legittimo e contestualmente illecito.

¹⁵² A. CRISMANI, *op. cit.*, 142.

È bene procedere distinguendo, ancor prima, nell'analisi del sostantivo "atto". Nel diritto civile per atto si intende un fatto giuridico consistente in un comportamento umano rilevante secondo l'ordinamento. Gli atti si dividono in tre tipi: improduttivi di conseguenze pregiudizievoli per i terzi, quelli idonei a produrre conseguenze pregiudizievoli nei confronti di terzi e meritevoli di protezione nei confronti di terzi. Ai fini della presente analisi solo quest'ultimo tipo rivela e potrebbe configurarsi una figura intermedia tra l'atto illecito e l'atto lecito¹⁵³. Esso assume la denominazione di atto lecito dannoso oppure di atto lecito che provoca danni giuridicamente rilevanti.

Nel diritto amministrativo la responsabilità da atti legittimi è riferita storicamente agli atti ablativi nell'espropriazione; oggi il riferimento è rivolto anche ai provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio, ai provvedimenti che impongono delle prestazioni sulla persona e a provvedimenti limitativi di diritti reali.

La questione principale ruotava attorno al significato che si attribuiva al concetto di atto e precisamente quale fosse produttivo di conseguenze in termini di responsabilità. In particolare, ci si domandava se il riferimento fosse all'atto amministrativo oppure all'atto-fatto giuridico.

Secondo i primi orientamenti in materia si sarebbe riferito all'atto amministrativo se questo fosse seguito dall'aggettivo legittimo; se invece fosse seguito dall'aggettivo lecito si farebbe riferimento all'atto-fatto giuridico. Tale dottrina metterebbe in crisi il significato della locuzione responsabilità da atti legittimi. Si ritiene infatti che il concetto stesso di responsabilità presupponga necessariamente un comportamento colpevole e che un atto amministrativo possa essere legittimo e contemporaneamente illecito¹⁵⁴.

La legittimità dell'atto amministrativo rappresenta il limite della protezione che l'ordinamento giuridico riconosce all'interesse legittimo e quest'ultimo è protetto solo laddove il predetto atto rappresenti la caratteristica di essere illegittimo. La tutela che l'ordinamento appresta a favore del privato a fronte del superamento di siffatto limite

¹⁵³ G. TORREGROSSA, *op. cit.*, 179.

¹⁵⁴ E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 2023, 105.

è rappresentata dalla tutela dell'interesse al provvedimento favorevole ossia all'adozione di un provvedimento favorevole rispetto agli interessi finali.

Si possono avere quindi ipotesi in cui l'atto amministrativo può risultare: legittimo e sfavorevole (al privato), illegittimo e sfavorevole, legittimo e favorevole, e, infine, illegittimo e favorevole.

Nel primo caso non vi è pregiudizio dell'interesse legittimo, sebbene l'amministrazione incida negativamente sull'interesse del privato, in quanto lo fa al di fuori dell'ambito di tutela del privato. Nel secondo caso l'atto illegittimo e sfavorevole lede l'interesse legittimo ed essendo difforme dalla legge viola l'interesse legittimo strumentale. Nella terza ipotesi realizza l'interesse finale del privato. La quarta ipotesi pone la questione se vi possa essere lesione dell'interesse legittimo e serve a dimostrare che l'interesse legittimo è una situazione soggettiva sostanziale e non una mera figura di qualificazione processuale. In tal caso non vi è interesse¹⁵⁵.

Ai fini della presente analisi analizziamo il caso in cui l'atto sfavorevole, ma legittimo, non provoca la lesione dell'interesse legittimo poiché la determinazione dell'amministrazione è conforme alle norme attributive del potere. In tale ipotesi non vi è tutela esperibile in capo al privato poiché non si sconfinava nell'illegittimità. Il privato sopporta un sacrificio che è imposto e giustificato in ragione dell'interesse pubblico che è perseguito dall'amministrazione attraverso un meccanismo che esclude l'illegittimità del provvedimento e così, in radice, elimina la possibilità di configurare un danno in capo al privato¹⁵⁶. La questione oggetto del presente approfondimento è come si possa inserire in tale contesto la figura dell'atto lecito dannoso in cui il provvedimento, seppur legittimo, comporta la frustrazione dell'interesse economicamente valutabile del privato. Proprio in tale ipotesi l'ordinamento prevede infatti il rimedio indennitario. Si è così fuori dalle ipotesi patologiche dei provvedimenti illegittimi e, pertanto, fuori dai casi di scorretto esercizio del potere amministrativo. In sostanza l'esercizio del potere è corretto e pertanto legittimo, ma sacrifica gli interessi di alcuni privati a favore della collettività.

¹⁵⁵ A. CRISMANI, *op. cit.*, 149.

¹⁵⁶ L. GIANI, *op. cit.*, 252.

1.1 (Segue.) Distinzione rispetto alle responsabilità da atto illegittimo.

La distinzione tra responsabilità da atto legittimo e responsabilità da atto illegittimo si incardina sul presupposto concernente la conformità del provvedimento amministrativo rispetto al paradigma normativo. L'atto amministrativo è pertanto illegittimo se difforme dalla norma che lo disciplina¹⁵⁷.

Fino alla sent. Corte. Cass., ss.uu., 22 luglio del 1999, n. 500, la risarcibilità da lesione di interessi illegittimi (e quindi da danni conseguenti ad atto illegittimo) non era ammessa dalla giurisprudenza (e tantomeno dal legislatore).

Tale evento rappresenta una notevole evoluzione nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino informato, coerentemente ai principi in materia, ad un maggiore equilibrio, responsabilità del soggetto pubblico e quindi paritarietà tra le parti coinvolte.

La tutela risarcitoria viene accordata al destinatario dell'atto in conseguenza di un comportamento difforme alle prescrizioni normative tenuto dall'amministrazione, nella responsabilità da atto lecito, diversamente l'indennizzo è attribuito per compensare un danno promanante da atto legittimo ovvero espressamente ammesso dall'ordinamento.

La Corte di Cassazione ha abbattuto la barriera della irrisarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo, dimostrandosi sensibile alle critiche quasi unanimi della dottrina e cogliendo alcune sollecitazioni provenienti dal diritto europeo che non conosce la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

La Corte ha operato una nuova interpretazione della nozione di "danno ingiusto" *ex art. 2043, c.c.*, anzitutto qualificando l'art. 2043 c.c., non più «come norma (secondaria), volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì come norma (primaria) volta ad apportare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui»¹⁵⁸.

¹⁵⁷ L'illegittimità del provvedimento amministrativo è causa di annullabilità dell'atto e, laddove questa si manifesti in forma più grave, di nullità.

¹⁵⁸ Corte Cass., ss.uu., 22 luglio 1999, n. 500.

In altre parole, per la sua applicazione l'art. 2043 c.c., non richiede che si rinvenivano altre norme primarie recanti divieti o costitutive di diritti, ma pone direttamente il criterio per stabilire se il danno possa essere qualificato come 'ingiusto'. Non ha più rilievo determinare la qualificazione formale della situazione giuridica soggettiva del danneggiato in termini di diritto soggettivo, ma è sufficiente che in capo al danneggiato sia riscontrabile la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Ingiusto è, cioè, il danno che lede un interesse giuridicamente rilevante e ciò a prescindere dalla qualificazione di quest'ultimo in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo¹⁵⁹.

La funzione non è quella di reintegrare il patrimonio leso del privato bensì di riequilibrare il rapporto amministrativo. In sostanza il privato subisce un sacrificio che è imposto e giustificato in ragione dell'interesse pubblico che è perseguito dall'amministrazione attraverso un meccanismo che esclude l'illegittimità del comportamento e così, in radice, elimina la possibilità di configurare un danno a capo del privato¹⁶⁰.

A fronte dell'esercizio *contra legem* del potere sorge dunque un obbligo risarcitorio (e non indennitario) in capo alla pubblica amministrazione.

2. La liceità del comportamento.

La legittimità dell'atto amministrativo non è, tuttavia, l'unico presupposto strutturale della garanzia indennitaria, dovendosi anche verificare la sussistenza di un comportamento da qualificarsi come lecito.

¹⁵⁹ M. CLARICH, *op. cit.*, 292.

¹⁶⁰ L. GIANI, *op. cit.*, 250.

La legittimità riguarda infatti esclusivamente l'atto amministrativo, seppur comprensivo dell'attività volta alla sua emanazione (e cioè la funzione)¹⁶¹, anche nell'interpretazione più ampia estesa al rapporto¹⁶².

La liceità riguarda la condotta tenuta dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei propri poteri.

Il rapporto tra legittimità e liceità e quello posto da lungo tempo in evidenza dalla dottrina, sia privatistica che pubblicistica, per cui la legittimità non comporta necessariamente la liceità.

Si ritiene infatti condivisibile la costruzione secondo la quale la qualificazione di liceità riguarda la condotta e la legittimità non riguarda soltanto l'atto (o il provvedimento) ma l'intera attività (o inattività), e pertanto è qualificazione anch'essa della condotta, la quale è illegittima se viola disposizioni vincolanti, ed è anche illecita se viola contemporaneamente interessi giuridicamente protetti¹⁶³.

Cionondimeno, la legittimità si sta spostando sempre più sulla condotta, vale a dire sul terreno proprio della liceità. Cosicché accade che i vizi che portano a una condotta illecita siano gli stessi che sono valutati nel giudizio sulla validità del provvedimento. La legittimità e la liceità non sempre hanno distanze ben marcate e tendono a confondersi, sebbene debbano essere tenute separate. Infatti, accade che l'illegittimità non riguardi solo l'atto, ma anche la condotta e il comportamento complessivo dell'amministrazione, cioè anche l'inerzia, il ritardo nell'adozione del provvedimento, l'andamento contraddittorio, confuso, inutilmente gravoso dell'azione dell'amministrazione, i quali provocano anch'essi la lesione dell'interesse legittimo¹⁶⁴.

¹⁶¹ F. BENVENUTI, *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, ss.; A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983, 94 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 463 ss. V. anche M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*. Pisa, 2013, 129.

¹⁶² A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, 264 ss.; G. GRECO, *Giudizio sull'atto e giudizio sul rapporto*, *Relazione al Convegno Trasformazioni dell'amministrazione e nuova giurisdizione*, Bergamo, 15 novembre 2002.

¹⁶³ G.C. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, cit., 4051.

¹⁶⁴ G.G. SCOCA, *op. cit.*, 4050.

In tal modo si possono generare provvedimenti legittimi ma illeciti (ad esempio, la revoca violativa del principio di correttezza o il caso dei vizi sanati ai sensi dell'art. 21octies, co. 2, l. 241/1990). L'interesse legittimo è lesa non dal provvedimento, che è legittimo, ma dalla scorrettezza del comportamento. Qualora non vi fosse un tale comportamento, l'atto oltre ad essere legittimo, sarebbe anche lecito. Quest'ipotesi traccia i confini con la figura indennitaria, in particolare nei casi in cui è previsto l'indennizzo per l'esercizio del potere attraverso un provvedimento legittimo (ad esempio in caso di revoca)¹⁶⁵.

L'obbligazione indennitaria sorge dunque unicamente in quelle situazioni in cui il pregiudizio alla sfera giuridica del cittadino è conseguenza dell'adozione di un provvedimento legittimo e non anche nei casi in cui il danno è cagionato da una condotta illecita dell'amministrazione¹⁶⁶.

2.1 (Segue.) Distinzione rispetto alla responsabilità civile da comportamento illecito (pur a fronte di un atto amministrativo legittimo).

Il presupposto della liceità del comportamento permette di distinguere i casi in cui sorge una garanzia indennitaria da altre fattispecie risarcitorie conseguenti ad attività legittima, ma nondimeno configuranti un'attività illecita. Attraverso un atto legittimo, infatti, la pubblica amministrazione può nondimeno incorrere in responsabilità da cui consegue il risarcimento del danno, tanto di natura contrattuale, ovvero extracontrattuale.

La responsabilità da atto lecito, come già analizzato, ricopre un ruolo e ha fondamenta genetiche diverse rispetto alle ipotesi classiche di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale. Tale figura non è infatti ascrivibile in nessuna di queste categorie ma assume un'autonoma posizione e sfera di applicazione.

¹⁶⁵ A. CRISMANI, *op. cit.*, 145 ss.

¹⁶⁶ Come si vedrà nel corso del § 2.1 che segue, in taluni casi, l'adozione di un provvedimento legittimo in presenza di una condotta illecita può essere fonte di due obbligazioni: indennitaria e risarcitoria.

È necessario riflettere sul rapporto che l'indennizzo ha nei confronti delle altre tipologie di responsabilità contemplate dall'ordinamento per comprendere l'ambito di operatività e i limiti di siffatto istituto.

In particolare, rientrano nell'alveo delle fattispecie di responsabilità discendenti da atti amministrativi legittimi, ma ciononostante comportamenti illeciti dell'amministrazione, l'istituto della responsabilità precontrattuale, i casi di violazione di obbligo procedimentale, la violazione dei doveri di correttezza e buona fede nell'attività procedimentale e l'annullamento (giurisdizionale o in autotutela) di provvedimento illegittimo favorevole.

Per responsabilità precontrattuale si intende la lesione della libertà negoziale altrui, cagionata nel corso delle trattative per la conclusione di un contratto mediante un comportamento doloso o colposo, oppure per l'inosservanza del precetto della buona fede e correttezza¹⁶⁷.

Sulla configurabilità di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione si è per lungo tempo dubitato in quanto, per la tutela dell'interesse pubblico e nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, l'amministrazione sarebbe sempre facoltizzata al recesso dalle trattative avviate a fronte delle quali nessun legittimo affidamento del terzo contraente potrebbe ravvisarsi e trovare tutela. La giurisprudenza della Suprema Corte ha, tuttavia, osservato che, nella conduzione delle trattative private, la valutazione in ordine alla ricorrenza di una responsabilità precontrattuale in capo alla PA non involge un sindacato sulle scelte discrezionali dell'amministrazione ma esclusivamente una verifica in ordine al rispetto, da parte della medesima, dei canoni di correttezza e buona fede¹⁶⁸. In via generale la responsabilità precontrattuale è prevista dagli artt. 1337 e 1338 c.c.

L'art. 1337 c.c. prescrive il comportamento di buona fede durante il corso delle trattative mentre l'art. 1338 c.c. rappresenta una forma particolare di applicazione del principio di buona fede, stabilendo, la responsabilità del soggetto che conoscendo o

¹⁶⁷ L'attività negoziale della pubblica amministrazione è procedimentalizzata (d.lgs 18 aprile del 2016, n. 50), ma nondimeno essa deve rispettare i canoni comportamentali di natura civilistica (buona fede e correttezza).

¹⁶⁸ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2003, 174.

dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto, induca, ciononostante, alla stipula del contratto l'altro contraente.

Si colloca in una fase antecedente alla conclusione del contratto ma che, comunque, coinvolge soggetti che non possono ritenersi estranei tra loro essendo, appunto, già entrati in contatto nel corso delle trattative. L'inquadramento della responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale per violazione della libertà negoziale o nell'alveo della responsabilità contrattuale per violazione degli obblighi di protezione nascenti dal contatto nella fase delle trattative è discussa¹⁶⁹.

Queste peculiarità sono alla base della disputa sulla sua natura giuridica, che vede contrapposte ben tre teorie: ossia natura extracontrattuale che si fonda sulla considerazione che nella fase delle trattative il vincolo contrattuale non è ancora sorto e, pertanto, i soggetti coinvolti non sono ancora obbligati a rispettare le obbligazioni contrattuali, ma solo il principio generale del *neminem laedere* stabilito dall'art. 2043 c.c. indistintamente per tutti i consociati. La seconda ipotesi è rappresentata dalla natura contrattuale. Determinante è il legame che si instaura tra i soggetti che vengono in contatto nel corso delle trattative, che già in tale fase non possono considerarsi tra loro degli estranei e, dunque, sono avvinati da un rapporto assimilabile a quello contrattuale, *sub specie* da contatto sociale. Nelle obbligazioni da contatto sociale ciò che può essere definito "contrattuale" è solo il rapporto e non la fonte dello stesso, sicché seppur non si possano applicare le regole sulla conclusione del contratto, trovano ampia operatività quelle che disciplinano il contratto come "rapporto", in particolar modo le regole sulla responsabilità.

Dirimente in tale dibattito è la recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 4 maggio 2018 n. 5, attraverso la quale si impone all'amministrazione di agire in conformità alle norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti

¹⁶⁹ F. CARINGELLA, *op. cit.*, 175.

negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza¹⁷⁰.

Con riferimento alla responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione, le norme che la disciplinano sono le medesime che disciplinano i contratti tra privati. Nell'ambito dell'esecuzione dei rapporti contrattuali, infatti, *l'agere* dell'amministrazione non è manifestazione d'esercizio di potere autoritativo ma di natura privatistica. Le relative questioni sono, pertanto, devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, sia per ciò che pertiene all'accertamento di inadempimenti contrattuali sia con riferimento alle relative conseguenze sotto il profilo del risarcimento del danno. Al giudice amministrativo spetta invece decidere sulle questioni di natura provvedimentale¹⁷¹.

L'amministrazione incorre in responsabilità nonostante l'adozione di un provvedimento legittimo qualora la stessa violi le norme sul procedimento amministrativo previste dalla l. n. 241/1990. Come è noto, vengono ivi stabilite specifici obblighi e adempimenti in capo all'amministrazione i quali, oltre ad avere un valore intrinseco alla procedura (condizionando talora la legittimità del provvedimento finale), assicurano utilità autonome rispetto all'esito sostanziale dell'attività amministrativa. Ci si riferisce per esempio agli obblighi di concludere il

¹⁷⁰ La Corte ritiene più specificamente che nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione.

¹⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre del 2021, n. 21.

procedimento nei termini (art. 2 e 2-*bis*), all'obbligo di motivazione (art. 3), all'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (art. 7), all'obbligo di consentire l'accesso agli atti (art. 10) e all'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento (art. 10- *bis*).

La natura della responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi procedurali è discussa: giurisprudenza e dottrina si dividono tra chi la qualifica come vera e propria responsabilità da provvedimento illegittimo (secondo il paradigma aquiliano *ex art. 2043 c.c.*) e chi, diversamente, la configura quale ipotesi di (autonoma) responsabilità da inadempimento (paradigma contrattuale *ex art. 1218 c.c.*

L'adesione alla seconda teoria appare preferibile anche alla luce del dettato dell'art. 21-*octies*, co. II, l. 241/1990, che, disponendo la dequotazione del vizio formale (cioè la non annullabilità del provvedimento vincolato - in astratto o, nel secondo caso, in concreto - se affetto da vizio formale o in assenza di comunicazione d'avvio), rischierebbe di creare aree di irresponsabilità della pubblica amministrazione nel caso di violazione di obblighi procedurali, laddove quest'ultima fosse considerata come mera causa di illegittimità dell'atto (e non una fonte autonoma di responsabilità). Inoltre consentirebbe di accedere alla tutela risarcitoria (ove dalla condotta discendano dei pregiudizi) anche in caso di esito negativo del giudizio di spettanza (in quanto le utilità assicurate dagli obblighi procedurali rappresentano *ex se* situazioni protette dall'ordinamento).

Ulteriore ipotesi di condotta dell'amministrazione causativa di responsabilità è rappresentata dalla - già nominata - violazione dei doveri di correttezza e buona fede, che si sostanzia nella mancata adozione da parte dell'amministrazione di tutte quelle cautele e comportamenti improntati al principio di lealtà (oltre che ai doveri di correttezza e buona fede) nell'esercizio della propria funzione autoritativa verso il destinatario dell'attività amministrativa.

Recentemente, anche a seguito di fondamentale intervento giurisprudenziale¹⁷², tali principi sono stati riflessi in una norma di diritto positivo; il legislatore con d.l. 16

¹⁷² Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, il quale statuisce che: «(...) i doveri di correttezza, lealtà e buona fede hanno un ampio campo applicativo, anche rispetto all'attività proceduralizzata dell'amministrazione, operando pure nei procedimenti non finalizzati alla conclusione di un contratto con un privato»

luglio 2020, n.76 (c.d. 'decreto semplificazioni') ha introdotto un nuovo co. 2-*bis* nell'art. 1 della l. n. 241/1990 (principi generali dell'attività amministrativa), prevedendo che: «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».

Ultima fattispecie che necessita opportuno approfondimento è l'annullamento del provvedimento illegittimo favorevole.

La giurisprudenza¹⁷³ ha configurato una particolare forma di responsabilità civile della pubblica amministrazione per danni derivanti dall'annullamento (giurisdizionale o d'ufficio, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/90) di un provvedimento illegittimo favorevole. Non si tratta di una forma di responsabilità da attività illegittima (lesione dell'interesse legittimo), bensì da comportamento 'giuridico' illecito (lesione di un diritto soggettivo), in quanto il danno non discende dal rilascio del provvedimento illegittimo (che in quanto favorevole, non ha pregiudicato la sfera giuridica il destinatario) è in disparte la contestuale configurabilità di una responsabilità da attività illegittima per lesione dell'interesse legittimo del controinteressato danneggiato; la lesione non deriva dall'annullamento (che è legittimo, sebbene fonte di danno) bensì, è riconducibile a una 'vicenda complessiva' rappresentata dall'emanazione di un provvedimento illegittimo favorevole poi annullato (dal giudice o in autotutela), con frustrazione dell'affidamento del destinatario, in violazione del generale principio del *neminem laedere* (cfr. le ordinanze gemelle Cass. Civ., ss. uu., 23 marzo del 2011, nn. 6594-5-6, che affermano la giurisdizione del giudice ordinario - in ossequio al riparto per situazioni soggettive -, nonché le recenti Ad. plen., 29 novembre del 2021, nn. 19-20, che invece hanno affermato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - in ossequio al criterio del collegamento 'indiretto' con l'esercizio del potere).

Le esposte ipotesi seppur comportando la lesione della sfera giuridica in seguito all'adozione di atti legittimi non sono fonte di obbligo indennitario nei confronti dell'amministrazione ma bensì di risarcimento del danno. La natura illecita del comportamento genera infatti una forma di responsabilità civile (prevalentemente ricondotta a quella extracontrattuale) in capo all'amministrazione. Rimane pur vero,

¹⁷³ Cfr., ad esempio, Cass. civ., ss. uu., 4 settembre 2015, n. 17586.

che ciò non esclude che un medesimo provvedimento legittimo possa essere fonte di due obbligazioni: indennitaria e risarcitoria (ove sussista una condotta illecita). E' il caso, ad esempio, dell'esercizio del potere di revoca scorretta di un bando di gara. In tal caso l'indennizzo dovuto ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 andrà compensato con il risarcimento del danno in ossequio al principio del *nemin laedere* (nei termini della cd. "*compensatio lucri cum damno*").

L'indennizzo presuppone e origina da un comportamento lecito della pubblica amministrazione.

3. Il danno - pregiudizio: un criterio distintivo fra le fattispecie indennitarie "tipiche".

L'ordinamento può vietare l'atto in quanto dannoso oppure, contemplando l'idea che è comunque finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico, può legittimarlo imponendo un obbligo indennitario in capo al danneggiante. L'elemento danno - pregiudizio è quindi connaturato all'ipotesi di responsabilità da atto lecito, il suo perpetrarsi è però imbrigliato da particolari tutele garantistiche qui richiamate.

Come si vedrà il sacrificio che il privato subisce comporta un obbligo di ristoro nel *quantum* diverso da quanto statuito per le ipotesi risarcitorie.

Il danno, oltre ad essere un presupposto strutturale dell'obbligazione indennitaria (se non c'è danno non c'è ristoro) costituisce anche un criterio sulla base del quale classificare descrittivamente le diverse fattispecie indennitarie tipiche. Operazione che ci si accinge a compiere nei seguenti paragrafi ove vengono esaminate le singole ipotesi di danno ovvero quelle conseguenti a provvedimenti ablatori, provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio e derivanti dall'incertezza dell'azione amministrativa.

3.1 (Segue.) Le indennità conseguenti a provvedimenti ablatori "reali".

L'elemento distintivo comune a tutti i provvedimenti ablatori si sostanzia nell'imposizione di una privazione o limitazione¹⁷⁴. Nei provvedimenti ablatori personali, la privazione è strumentale alla cura diretta di interessi generali, mentre nei provvedimenti ablatori reali e obbligatori, la privazione è strumentale all'appropriazione da parte dell'amministrazione (o anche di soggetti diversi) dell'*utilitas* sottratta al privato. Nella prima ipotesi, generalmente, al sacrificio del singolo che non è necessariamente economico (ad es. la salute) non consegue alcuna utilità patrimoniale da parte del soggetto pubblico, bensì si tutelano altrettanti diritti (personali e fondamentali). Nel secondo caso, invece, vi è un sacrificio essenzialmente economico e vi è un'utilità economica da parte del soggetto pubblico (espropriazione, vincoli, servitù). Emerge così un ulteriore criterio distintivo che si fonda sull'utilità o meno ricevuta dall'amministrazione ovvero, più correttamente, dalla collettività. Una parte della dottrina¹⁷⁵ ha suddiviso le ipotesi in due gruppi. Nel primo gruppo ascrive le ipotesi in cui al decremento patrimoniale dell'individuo fa riscontro un incremento patrimoniale in capo alla sfera giuridica dell'ente pubblico e in cui l'indennità funge da corrispettivo di una concreta utilità a questo attribuita, eliminando un arricchimento altrimenti ingiustificato. Nel secondo gruppo inserisce le ipotesi per i quali al sacrificio economico del singolo non consegue alcuna utilità economica da parte del soggetto pubblico.

Le ipotesi più importanti di provvedimenti ablatori si rinvencono nel dettato costituzionale disposto dagli artt. 42 e 43 e nella legislazione ordinaria sulle espropriazioni¹⁷⁶. Oltre a queste figure più significative e importanti applicabili alla

¹⁷⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 1181-1184, propone un'ulteriore sotto distinzione discernendo tra carattere appropriativo e privativo dei procedimenti ablatori. Siffatta differenziazione tra procedimenti appropriativi e procedimenti privativi concerne gli effetti. Se invece si guarda la struttura risulta evidente che l'aspetto acquisitivo può anche non esserci, mentre è sempre presente l'aspetto privativo.

¹⁷⁵ E. CASSETTA, *op. cit.*, *passim*.

¹⁷⁶ La disciplina concernente le espropriazioni per pubblica utilità, originariamente disciplinata dalla l. 25 giugno del 1865, n. 2359, art. 46, è ora contenuta nel d.P.R., 8 giugno del 2001, n. 237 che ha abrogato e unificato le precedenti normative in materia, ove al proprietario spogliato di un terreno personale per soddisfare gli interessi collettivi è riconosciuto un indennizzo, come previsto dalla Costituzione.

proprietà privata di beni immobili vi sono ipotesi specifiche e di settore sempre riferite ad essa. L'espropriazione può riguardare anche i beni mobili immateriali, come ad esempio la proprietà industriale¹⁷⁷. Ulteriore ipotesi interessante è rappresentata dall'indennità dovuta dallo Stato conseguente alla perdita o abbandono all'estero di patrimoni e crediti dai connazionali per ragioni belliche o politiche¹⁷⁸. Non solo la privazione della proprietà ma anche la limitazione di essa determina la Costituzione dell'obbligo indennitario (vi rientrano, per esempio, i vincoli preordinati all'espropriazione, i vincoli inedificabilità, la reiterazione dei vincoli urbanistici scaduti oppure vincoli di altro genere).

La questione di maggiore interesse ai nostri fini è stabilire quali delle limitazioni della proprietà previste dall'ordinamento siano qualificabili come vere e proprie espropriazioni, in relazione a cui sorga dunque l'obbligo indennitario. Tale dibattito ripropone quello che era il principale problema sotteso alla cosiddetta responsabilità per atti leciti, ovvero sia la discriminazione tra limitazioni cui è correlato l'indennizzo e limitazioni cui invece non è correlato: tale problema non è stato mai risolto dalle tesi favorevoli al principio indennitario il che, ha portato al loro abbandono.

Il nodo della questione ruota intorno all'ipotesi in cui limitazioni della proprietà, pur senza un mutamento di titolarità del bene oggetto del diritto, comportano restrizioni delle facoltà riconosciute al proprietario tali da conculcare il diritto stesso al pari di un provvedimento ablatorio.

¹⁷⁷ Il codice della proprietà industriale (d.lgs 10 febbraio del 2005, n. 30, art.141) prevede che i diritti di proprietà industriale - salvo i diritti sui marchi- possano essere espropriati dallo Stato nell'interesse della difesa militare del Paese o per altre ragioni di pubblica utilità dietro il pagamento dell'indennità, determinata sulla base del valore di mercato di esso.

¹⁷⁸ Sono previsti sistemi di tutela indennitaria per gli investimenti all'estero in caso di perdite degli imprenditori dei loro investimenti dovuti a guerre o atto conflitto armato, stato di emergenza nazionale, rivolta, insurrezione o sommossa. Negli accordi internazionali in materia commerciale stipulati dallo Stato Italiano con altri Stati è prevista la garanzia a favore di degli investitori che, in caso di perdite nei loro investimenti nel territorio dell'altra parte contraente, dovuti a guerre o altro conflitto armato, stato di emergenza nazionale, rivolta, insurrezione o sommossa, riceveranno per ciò che concerne restituzioni, indennizzi, compensazioni o altro risarcimento, un trattamento adeguato e in ogni caso non meno favorevole di quello riconosciuto ai propri investitori o agli investitori di uno Stato terzo (es. le leggi di ratifica di accordi internazionali bilaterali quale la l. 1 febbraio del 2010, n. 13 o l. 6 febbraio del 2006, n. 58).

Si possono esemplificativamente proporre due opposte posizioni che sono emerse nel corso del dibattito su questa vicenda¹⁷⁹.

Da un lato vi sono gli autori che enfatizzano la portata del c.d. potere conformativo della proprietà privata riconosciuto dal comma II, dell'art. 42, Cost., ovvero sia del potere di fissare (legislativamente, o anche tramite atti amministrativi) i contenuti di questo diritto necessari al fine di assicurarne la funzione sociale, e che, quindi, negano che anche le limitazioni più stringenti possano essere qualificate come espropriazione, a tal fine sottolineando pure che la nozione tradizionale di espropriazione comporta sempre un trasferimento del diritto di proprietà, che invece manca nelle mere limitazioni¹⁸⁰. Il rischio di tale orientamento, se portato a conseguenze estreme, è ovviamente quello di svuotare il diritto dominicale e lasciarne in capo al titolare un'apparenza meramente formale.

Altri autori, attingendo dalla dottrina tedesca¹⁸¹, propugnano la cd. tesi delle espropriazioni 'larvate' o 'sostanziali' proponendo di assimilare tutte le limitazioni che impediscono «l'utilizzazione naturale e tipica del bene»¹⁸², e che dunque fanno venire meno «un margine apprezzabile all'utilizzazione privata del bene»¹⁸³ a vere e proprie espropriazioni, cui quindi va applicato l'obbligo di indennizzo di cui al comma III dell'art. 42, Cost.

La critica principale muove contro l'idea che si possa individuare il limite oltre il quale siffatta limitazione si trasforma in espropriazione in una sorta di "contenuto

¹⁷⁹ Così sintetizzato da G. MORBIDELLI, in *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica: riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1988, II, 119 ss.

¹⁸⁰ Sostenuta in primis da M.S. GIANNINI, in *op. cit.*, 531, insieme a A. PREDIERI, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 328; C. CUGURRA, *Contributo allo studio dell c.d. espropriazioni anomale*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1967, 577 ss.

¹⁸¹ G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all' indennizzo*, Napoli, 1963, *passim*.

¹⁸² A.M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 1961, 832 ss.

¹⁸³ G. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1960, 226.

minimo” o “contenuto essenziale” del diritto di proprietà: il che costituisce un criterio quanto meno generico e inaffidabile¹⁸⁴.

Ciononostante, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha aderito a quest’ultima tesi, a partire dalla fondamentale sentenza 19 gennaio del 1966, n. 6, in cui si ammetteva che «possono esserci imposizioni di servitù che non importano espropriazione, secondo la natura, l’incidenza, l’entità del sacrificio che deriva dalla imposizione», in particolare quando esse sono «tali da svuotare di contenuto il diritto di proprietà incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinando il venir meno o una penetrante incisione sul suo valore di scambio». Vale la pena riportare anche la parte in cui viene negata la necessità di un formale trasferimento del diritto di proprietà per integrare gli estremi di atto espropriativo: «già nel periodo anteriore alla Costituzione vigente era pacifica l’indennizzabilità in alcuni casi nei quali non si aveva trasferimento, fossero o no tali casi classificabili sotto il concetto di espropriazione: si ricordino i casi di requisizione in uso, occupazioni temporanee, di danno permanente conseguente all’esecuzione di opere pubbliche; la imposizione di talune servitù; la eliminazione di servitù senza il trasferimento della servitù stessa ad altri. Del resto anche nel caso previsto dall’ art. 3, comma I, della legge denunciata¹⁸⁵, la legge stessa prevede il diritto ad indennità anche se non si verificano trasferimenti. Ora, se è vero che il costituente nel parlare di espropriazioni si è riferito a questo istituto quale risultava dalla tradizione in atto, è pure certo, da un canto, che la tradizione conosceva espropriazioni non traslative e, dall’altro, che con l’art. 42, comma III, non fu esclusa l’indennizzabilità per i casi in cui il diritto vigente ammetteva - ed ammette - l’indennizzabilità anche se non sussista trasferimento di diritti».

Su questo indirizzo la Corte prosegue con le note sentenze nn. 55 e 56 del 1968 in cui afferma, in applicazione del principio di uguaglianza, la legittimità di una

¹⁸⁴ G. MANFREDI, *op. cit.*, 57.

¹⁸⁵ La l. 20 dicembre 1932, n. 1849, in tema di servitù militari, che erano appunto oggetto di giudizio.

imposizione ricadente su di una categoria omogenea di soggetti. Sarebbero di conseguenza incostituzionali solo quelle norme che, senza indennizzo, impongono un sacrificio particolare¹⁸⁶. La Consulta restringe così la portata del principio dell'indennizzabilità delle limitazioni che incidono sul nucleo essenziale del diritto affermando il principio per cui l'obbligo indennitario non sorge ove la limitazione ha natura generale. La definizione di "nucleo essenziale" viene espressa nella sent. n. 55 come «ciò che è connaturato al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico». Anche questa restrizione della portata del principio del contenuto essenziale del diritto di proprietà affronta diverse critiche.

Anzitutto c'è chi ha rilevato che siffatta tesi non considera che nella Costituzione vigente viene riconosciuto un obbligo indennitario preciso di portata generale a tutela delle "categorie di imprese"¹⁸⁷. Inoltre essa implica che vincoli urbanistici e vincoli paesistici ricevano trattamento opposto sotto il profilo indennitario (risultando i primi indennizzabili, e i secondi no) nonostante la labile differenza intercorrente tra le due tipologie vincolistiche¹⁸⁸.

Per comprendere quali sono il confine e limiti all'indennizzabilità non è sufficiente accontentarsi del mero dato positivo rappresentato dalla Costituzione e dalla legge ordinaria ma è necessario ricorrere alle fonti sovranazionali dotate di cogenza tale da incidere direttamente nell'ordinamento.

Un contributo fondamentale in materia viene apportato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, in particolare, dalla sua interpretazione ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale, come vedremo più approfonditamente nel successivo capitolo, ha esteso i confini del diritto di proprietà includendovi le c.d. 'aspettative legittime'.

¹⁸⁶ G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 122.

¹⁸⁷ Cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, *ibidem*.

¹⁸⁸ A. SORACE, *op. cit.*, 23.

3.1.1 L'indennità da esproprio per pubblica utilità.

La disciplina organica dell'espropriazione per pubblica utilità vide la luce poco dopo la Costituzione del Regno d'Italia, con la l. 25 giugno 1865, n. 2359. Questa, per quanto riguarda la misura dell'indennizzo, garantito, all'art. 39, prevede la sua corrispondenza "al giusto prezzo che, a giudizio dei periti, avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita". Il principio generale di corrispondenza dell'indennizzo al valore venale non era, però, assistito da una garanzia costituzionale atta ad impedire al legislatore successivo di discostarsene, in virtù della natura "flessibile" del testo costituzionale: lo Statuto Albertino del 1848 aveva solo previsto all'art. 29 che fosse dovuta una giusta indennità conformemente alle leggi¹⁸⁹. Non tardarono, così, leggi speciali che disciplinavano diversamente l'indennità espropriativa: la più nota, che istituì un criterio indennitario ripreso da numerose leggi successive, fu la l. 15 gennaio 1885, n. 2892, per il risanamento della città di Napoli, che, all'art. 13, commisura l'indennità dovuta ai proprietari degli immobili espropriati alla media del valore venale e dei fitti coacervati nell'ultimo decennio. Di notevole importanza fu anche il r.d. 6 luglio 1931, n. 981, per il piano regolatore della città di Roma, dove l'indennità di espropriazione era calcolata sulla media del valore venale¹⁹⁰.

Con la Costituzione della Repubblica italiana, entrata in vigore il 1° gennaio del 1948, si aprì una nuova fase, carica di speranza di progresso e giustizia sociale, e tuttavia si diede luogo necessariamente, ad un testo di compromesso tra le forze politiche all'epoca maggiormente rappresentative; inoltre va anche considerato che l'Italia, all'epoca, era ancora un paese fortemente agricolo e necessitava di una capillare riforma agraria.

Fu così che il testo finale che scaturì dei lavori dell'Assemblea costituente risultò quello, tuttora vigente, dell'art. 42, comma III, secondo il quale «la proprietà privata

¹⁸⁹ G. MONETA, *Genesi e sviluppo dei criteri indennitario nell'espropriazione per pubblica utilità*, in Giur. It., 1997, 4.

¹⁹⁰ Per approfondimenti Cfr. E. BARILA', *Le indennità di espropriazione*, Milano, 2013, *passim*. L'indennità di espropriazione era calcolata sulla media del valore venale dell'imponibile netto alla data del decreto, capitalizzato ad un tasso dal 3,50% al 7% secondo le condizioni dell'immobile; e per le aree destinate a piazze, strade e spazi di uso pubblico si stabiliva il ragguglio dell'indennità al puro valore venale del terreno, considerato indipendentemente dalla sua edificabilità.

può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale».

La mancanza di un'esplicita garanzia costituzionale di indennizzo "giusto" venne sottoposta al vaglio della Corte costituzionale più volte nei primi anni di applicazione dell'articolo 42, comma III e con sentenza 13 maggio 1957, n. 61, si adeguò al compromesso raggiunto dai costituenti e statui che siffatto articolo non garantiva ai proprietari espropriati un indennizzo corrispondente al valore effettivo del bene espropriato. La Consulta statui, inoltre, che «non è ammissibile che proprio la Costituzione, con tutte le finalità di progresso sociale che la ispirano, abbia inteso, relativamente all'indennizzo, arrestarsi e ritornare al criterio della effettiva corrispondenza al valore venale dell'immobile, che già le leggi precedenti, nella considerazione di finalità sociali, avevano superato».

Si afferma, così, che la previsione costituzionale attribuisce un contributo riparativo massimo (non minimo), con il solo divieto di un indennizzo stabilito "in misura simbolica" e con il solo obbligo di garantire una "serio ristoro"¹⁹¹.

A questo indirizzo la Corte costituzionale si è attenuta per i successivi cinquant'anni, nel corso dei quali si sono registrate, peraltro, anche importanti decisioni tese ad evitare il sostanziale svuotamento della proprietà privata ad opera del potere pubblico: vanno ricordate almeno le sentenze Corte cost., 19 gennaio 1966, n. 6 (in tema di servitù militari), Corte cost., 29 maggio 1968 n. 55 (in tema di vincoli urbanistici) e Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5 (con la quale venne riaffermato la pertinenza alla proprietà dello *jus edificandi*).

Conseguentemente all'alternarsi di normative che prevedevano diversi criteri di determinazione della misura indennitaria ¹⁹² il sistema di commisurazione

¹⁹¹ V. Corte cost., sent. 6 giugno 1963, n. 91 e per una panoramica delle opinioni dottrinali sull'espropriazione per pubblica utilità negli anni '60 del secolo scorso si rinvia a AA.VV. (a cura di U. POTOTSCHNIG), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Vicenza, 1967, *passim*.

¹⁹² La disciplina positiva distingueva tra suoli edificabili e suoli agricoli la cui misura di ristoro era disciplinata rispettivamente dall'art. 5-bis del d. l. n. 333 del 1992, che statuiva il criterio della media tra valore venale e fitti coacervati, e dalla legge n. 865 del 1971 la quale prevedeva un regime forfettario basato sul valore agricolo medio (c.d. VAM).

dell'indennizzo risultava farraginoso e talvolta penalizzante per il proprietario espropriato¹⁹³.

Sotto il profilo formale, per la prima volta dopo la l. n. 2359 del 1865, si procede alla sistemazione complessiva della materia espropriativa, con il d.P.R. 8 giugno 2001, numero 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazioni per pubblica utilità o *per brevitat* T.U.E.): si tratta, però, solo di un riordino, che non modifica i principi indennitari affermati nella legislazione precedente.

Sotto il profilo sostanziale, invece, il contributo più importante viene apportato dalla giurisprudenza della Corte EDU¹⁹⁴ che riavvalorando il contenuto del diritto di proprietà assesta il criterio della determinazione dell'indennizzo al valore venale.

A livello di principio, si torna così alla soluzione del 1865: la commisurazione dell'indennità per espropriazione legittima al valore venale, che resisteva, da allora, con poche eccezioni, per le rare ipotesi di espropri relativi agli edifici, torna ad essere la regola, anche per le aree edificabili ed inedificabili¹⁹⁵.

3.1.2 (Segue.) Le espropriazioni c.d. sostanziali.

Come trattato nel precedente capitolo¹⁹⁶ per espropriazione sostanziale si fa riferimento ad una anomala ipotesi di ablazione - che pur mantenendo formalmente integra la titolarità del bene all'originario proprietario- svuota tuttavia nella sostanza il contenuto del diritto. Il contributo più importante nel tratteggiare i caratteri di tale istituto è dato dall'attività della Corte costituzionale, la quale con la nota sentenza

¹⁹³ La l. 22 ottobre 1971, n. 865 veniva a creare per esempio un sistema indennitario generalmente penalizzante per il proprietario non coltivatore diretto che difficilmente vedeva conseguire un indennizzo pieno, anche accettando la maggiorazione del 50% del valore agricolo medio previsto dalla stessa legge in caso di cessione bonaria. Invece, i coltivatori diretti godevano di una maggiore protezione vedendosi assegnato, in caso di accordo amichevole, il triplo del VAM fissato dalle commissioni provinciali; essendo altresì prevista, a favore del coltivatore diretto affittuario, un'apposita indennità aggiuntiva pari al VAM.

¹⁹⁴ A cui si rimanda al § 3 e ss., Cap. I per approfondimenti.

¹⁹⁵ E. BARILA', *op. cit.*, 65.

¹⁹⁶ Per approfondimenti V. § 3, Cap. I.

Corte cost., 29 maggio 1968 n. 55, enuclea le caratteristiche e i confini di tale discussa figura.

La vicenda nasce dall'apposizione dei vincoli urbanistici di inedificabilità. La Corte non vieta categoricamente i vincoli di inedificabilità assoluta, bensì si limita a dire che essi sono illegittimi solo se a tempo indeterminato o non accompagnati da indennizzo, ritenendo invece salvo il nucleo della proprietà (costituzionalmente garantito) se gli stessi vincoli sono limitati nel tempo o accompagnati da indennizzo (nel caso in cui volesse mantenersi il carattere indeterminato nel tempo della loro validità).

Successivamente ad un *iter* intricato, accompagnato da diversi interventi della Corte costituzionale, il legislatore per conformare il sistema ai principi costituzionali, è intervenuto con due tipologie di provvedimenti. In un primo momento si è limitato a “temporalizzare” e i vincoli di localizzazione, prevedendone la scadenza decennale (prorogabile di ulteriori cinque anni nel caso di un loro recepimento in un piano particolareggiato) (l. n. 1187 del 1968). Ma, successivamente, a seguito del manifestarsi del fenomeno della reiterazione dei vincoli, ha disposto che scaduto tale termine di franchigia (in assenza di una espropriazione vera) deve essere attribuito al proprietario gravato, una somma a titolo di indennizzo.

Un indennizzo ontologicamente differente da quello previsto per la formale espropriazione: un indennizzo appunto per il vincolo non per il trasferimento del bene in capo all'amministrazione.

La normativa che oggi disciplina la materia - e in particolare la modalità relative alla corresponsione dell'indennità in caso di reiterazione del vincolo - è contenuta nell'art. 39 del Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. 8 giugno del 2001, n. 327)¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Si riporta di seguito il testo dell'art. 39 del Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. n. 327 del 2001):

«Indennità dovuta in caso di incidenza di previsioni urbanistiche su particolari aree comprese in zone edificabili.

1. In attesa di una organica risistemazione della materia, nel caso di reiterazione di un vincolo preordinato all'esproprio o di un vincolo sostanzialmente espropriativo è dovuta al proprietario una indennità, commisurata all'entità del danno effettivamente prodotto.

È bene, quindi, approfondire la complessa problematica connessa alla reiterazione dei vincoli urbanistici manifestatasi nella prassi degli ultimi decenni, nel caso di vincoli scaduti per decorso dei termini. I problemi affrontati dalla giurisprudenza sono molteplici ed estremamente complessi¹⁹⁸.

Anzitutto ci si è posti l'interrogativo circa il regime edificatorio vigente nelle aree interessate da un vincolo di inedificabilità assoluta scaduto e quindi non più operante. La decadenza dei vincoli comporta logicamente il venir meno della disciplina urbanistica di aree soggette a vincoli e la conseguente applicazione temporanea della disciplina delle c.d. "zone bianche"¹⁹⁹.

Il Consiglio di Stato ha chiarito che la scadenza del vincolo posto dal P.R.G., di valenza quinquennale e preordinato alla destinazione di alcune aree ad insediamenti di interesse collettivo, comporta che l'area interessata debba intendersi sottoposta all'applicazione, in luogo dell'originaria destinazione di zona, del regime proprio delle 'zone bianche'²⁰⁰. Il decorso infruttuoso del quinquennio comporta l'immediata cessazione dell'efficacia dei vincoli urbanistici, non semplicemente della loro esecutorietà, bensì della loro stessa esistenza quale previsione urbanistica, con la conseguenza della necessaria riesplorazione delle ordinarie facoltà dominicali di utilizzazione del bene da parte del titolare.

2. Qualora non sia prevista la corresponsione dell'indennità negli atti che determinano gli effetti di cui al comma I, l'autorità che ha disposto la reiterazione del vincolo è tenuta a liquidare l'indennità, entro il termine di due mesi dalla data in cui abbia ricevuto la documentata domanda di pagamento ed a corrisponderla entro i successivi trenta giorni, decorsi i quali sono dovuti anche gli interessi legali.”

3. Con atto di citazione innanzi alla Corte d'appello nel cui distretto si trova l'area, il proprietario può impugnare la stima effettuata dall'autorità. L'opposizione va proposta, a pena di decadenza, entro il termine di trenta giorni, decorrente dalla notifica dell'atto di stima.

4. Decorso il termine di due mesi, previsto dal comma II, il proprietario può chiedere alla Corte d'appello di determinare l'indennità.

5. Dell'indennità liquidata ai sensi dei commi precedenti non si tiene conto se l'area è successivamente espropriata.

¹⁹⁸ F. SALVIA, C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2021, *passim*.

¹⁹⁹ Cfr. T.a.r. Puglia, Sez. II, 31 agosto 2009, n. 2027.

²⁰⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 maggio 2008, n. 2570.

Il secondo quesito riguarda invece gli adempimenti che incombono sul comune dopo la scadenza dei vincoli.

Siccome i procedimenti per l'adozione degli atti amministrativi generali di pianificazione e di programmazione sono soggetti al dovere di conclusione del procedimento²⁰¹ e poiché i limiti di edificabilità riconducibili alle zone bianche hanno carattere provvisorio, l'amministrazione comunale ha il preciso obbligo di provvedere in tempi brevi e con sollecitudine, colmando al più presto ogni lacuna verificatasi nell'ambito della pianificazione urbanistica. Sarebbe altresì illegittimo, pertanto, il silenzio tenuto dall'amministrazione la quale non avesse concluso, in tempi ragionevoli e senza fornire motivazione alcuna in ordine alle eventuali ragioni del ritardo, il procedimento finalizzato all'adozione del nuovo strumento urbanistico generale²⁰².

In definitiva, ove sia venuta meno la pianificazione attuativa e ove l'amministrazione comunale non abbia provveduto in tempi brevi a colmare la lacuna verificatasi, il cittadino e gli uffici tecnici, per individuare i limiti della vigente disciplina di uso del territorio, dovranno fare riferimento agli strumenti urbanistici generali, come se mai avesse operato alcun vincolo²⁰³.

La giurisprudenza ritiene quindi che l'amministrazione è tenuta a integrare il piano per colmare la lacuna, con l'ulteriore conseguenza che, in caso di inerzia, il privato che ne abbia interesse ha il potere di attivare il meccanismo della messa in mora. Il Comune, in sede di integrazione o rifacimento del piano, non è tenuto a dare una destinazione edificatoria all'area interessata, potendo anche ritirare il vincolo scaduto con un'adeguata motivazione e previa un'attenta ponderazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti nella nuova determinazione²⁰⁴. In caso di reiterazione del vincolo si applica l'indennizzo.

²⁰¹ Art. 2, Legge n. 241 del 1990.

²⁰² Cfr. T.a.r. Puglia Bari, Sez. I, 06 maggio 2008, n. 1079.

²⁰³ Cfr. *ex plurimis* T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 14 febbraio 2002, n. 114.

²⁰⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 26 aprile del 2006, n. 2301; Id., sez. I., 10 aprile 2014, n. 3586.

3.1.3 L'indennizzo da c.d. occupazione acquisitiva ex art. 42-bis del T.U. Espropri.

L'art. 42-*bis* del Testo unico sull'espropriazione, introdotto dall'art. 34, del d. l. 6 luglio 2001, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111, si riferisce ai beni modificati in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità.

La legge richiede però determinate e precise condizioni tra le quali: i beni utilizzati (da soggetti pubblici) debbono essere finalizzati a scopi di interesse pubblico (comma I); oppure devono essere utilizzati per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata (comma V, prima parte); oppure, destinati ad essere attribuiti per finalità di interesse pubblico in uso speciale a soggetti privati (comma V, seconda parte).

In tutte queste ipotesi, è consentito all'autorità utilizzatrice (nel caso di cui al comma I) ovvero, a quella che ha occupato il terreno (nei casi di cui al comma V), disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfettariamente liquidato nella misura del 10% del valore venale del bene (nel caso del comma I), ovvero del 20% (nei casi di cui al comma V).

È bene sottolineare che il provvedimento *ex* art. 42-*bis* del T.U. Edilizia richiede la sussistenza concreta dei motivi di interesse generale che secondo la giurisprudenza costituzionale costituiscono (unitamente all'indennizzo) il nucleo essenziale della tutela della proprietà privata assicurata dall'art. 42 della Costituzione²⁰⁵.

Inoltre la natura coattiva e non retroattiva del provvedimento di acquisizione, necessariamente preceduto dalla valutazione della pubblica utilità e dalla liquidazione

²⁰⁵ Cfr. ad esempio Cort. cost., 10 giugno del 1996, n. 198, dove si legge che «il precetto costituzionale, secondo cui una espropriazione non può essere consentito dalla legge se non per “motivi di interesse generale”(il che è lo stesso per “pubblica utilità”), e cioè se non quando lo esiga non ragioni importanti per la collettività, comporta, in primo luogo, la necessità che la legge indica le ragioni per le quali si può fare l'uovo l'espropriazione. E inoltre che quest'ultimo non possa essere autorizzata se non nella effettiva presenza dalla legge».

di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale arrecato pari al valore venale del bene, evidenziano che il provvedimento di quell'articolo 42-*bis*, T.U.E. possiede tutte le caratteristiche fondamentali richieste per l'emanazione di un legittimo "normale" provvedimento di esproprio sia dall'art. 42, Cost. sia dalla CEDU.

In particolare, l'esigenza di addivenire ad una tipizzazione dell'istituto è sorta in seguito alle plurime condanne che la Corte EDU ha adottato nei confronti dell'Italia in tutti quei casi in cui a fronte della lesione del diritto dominicale del privato, così come configurato dalla stessa Corte, l'amministrazione non ha corrisposto un adeguato ristoro di natura indennitaria²⁰⁶. Cionondimeno, la disciplina prevista in materia di 'occupazione acquisitiva' dettata dall'art. 42-*bis* è stata protagonista di accese diatribe presso la Corte EDU, la quale ne ha infine confermato la legittimità (v. la recente sent. 5 dicembre 2023, Domenica Sorasio e altri c. Italia).

Sono evidenti le ragioni per le quali la pubblica amministrazione che utilizza un bene illegittimamente occupato non può acquisirlo reiterando l'ordinario procedimento di esproprio: sarebbero infatti, eluse le finalità legali dell'art. 42-*bis* che impongono, prima dell'acquisizione, la motivazione "aggravata" sulla necessità della stessa ed il risarcimento dell'occupazione illegittima e del pregiudizio non patrimoniale arrecato²⁰⁷.

Secondo l'articolo 42-*bis*, comma III, del T.U.E., l'indennizzo (così definito dalla legge) per il pregiudizio patrimoniale di cui al comma I è determinato «salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti» in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37, commi III, IV, V, VI e VII. Il riferimento all'art. 37, comma III esclude il rilievo di costruzioni realizzate abusivamente; mentre non è più valido il richiamo all'art. 37, comma VII (che riduceva l'indennità per le aree edificabili al valore dichiarato ai fini ICI), dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 338 del

²⁰⁶ V. Cap. I, § 4.

²⁰⁷ E. BARILA', *op. cit.*, 285.

2011. Il richiamo ai commi IV, V e VI non genera problemi particolari: si tratta di disposizioni volte a precisare i requisiti dell'edificabilità legale e di fatto.

L'articolo 42-*bis* prevede anche un indennizzo "forfettario" previsto per il pregiudizio non patrimoniale subito dal proprietario. In realtà, la qualifica di indennizzo (da atto lecito) può applicarsi correttamente, secondo un orientamento in dottrina dominante²⁰⁸, solo all'importo che il privato percepisce a compensazione della perdita patrimoniale della proprietà. La quantificazione forfettaria del pregiudizio non patrimoniale operata dall'art. 42-*bis* del T.U.E. non si pone in contrasto palese né con la CEDU, né con la Costituzione: in primo luogo perché non sembra esclusa la possibilità di chiedere un comprovato danno maggiore, in secondo luogo perché il criterio di liquidazione legale non appare manifestamente inadeguato.

La legge prevede anche un rimedio di natura risarcitoria «per il periodo di occupazione senza titolo, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno» (art. 42-*bis*, comma III, T.U.E.).

3.2 Le indennità conseguenti a provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio.

L'obbligo di indennizzare sorge anche in situazioni nelle quali l'amministrazione riconsidera il proprio operato per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, eliminando un precedente provvedimento (revoca) o un accordo stipulato con il privato (recesso).

Sicché la fattispecie indennitaria va letta nell'ambito del rapporto che si instaura tra l'amministrazione e il privato nell'ambito del quale insistono i principi dell'imparzialità e del buon andamento dell'attività amministrativa. Buon andamento che per la rilevanza organizzatoria che riveste è principio giuridico sostanziale quale espressione tipica di efficienza pubblica, ossia necessità di doverosa ed effettiva considerazione di tutti gli interessi coinvolti dall'azione dell'amministrazione²⁰⁹.

²⁰⁸ E. BARILA', *op. cit.*, 301.

²⁰⁹ Sull'argomento, in particolare, v. M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 121.

La genesi dell'indennità da revoca è sintomatica per la costruzione del principio indennitario ed è deputata a costituire una delle sue basi fondanti.

Con la l. 11 febbraio 2005, n. 15 - di modifica e integrazione della l. n. 241/1990 - le regole di azione amministrativa originariamente delineate dalla l. 241/1990 hanno beneficiato di un nuovo assetto che ha superato l'originario impianto sistematico incentrato sul procedimento di formazione della volontà autoritativa della pubblica amministrazione con una disciplina organica in tema di provvedimento che in gran parte recepisce, codificandoli, istituti di origine giurisprudenziale (nazionale e comunitaria) *praeter legem* tra i quali, appunto, anche la revoca²¹⁰. Il legislatore ha assegnato così un fondamento di diritto positivo al potere di revoca assicurando la sua piena compatibilità con il principio di legalità²¹¹. Infatti, ha codificato i presupposti, i tipi di provvedimenti, gli effetti a garanzia dell'affidamento del soggetto privato, prevedendo ha previsto l'indennizzo per il caso di revoca incidente su rapporti di durata.

L'esercizio del potere di revoca è ammesso in tre ipotesi: per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per un mutamento della situazione di fatto che la rende incompatibile con l'assetto di interessi originariamente definito, per una diversa valutazione delle ragioni di pubblico interesse in base alle quali l'amministrazione aveva adottato il provvedimento. Dall'ordinaria revoca dei provvedimenti amministrativi, oggi disciplinata dall'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990, vanno distinte la fattispecie di "revoca-sanzione" o "revoca-decadenza", mediante le quali l'amministrazione può disporre, nei casi previsti legislativamente, il ritiro di un provvedimento favorevole come specifica conseguenza della condotta del destinatario, quando essa violi specifiche previsioni normative. In questi casi, infatti,

²¹⁰ M. CLARICH, *op. cit.*, 224.

²¹¹ G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; G.C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2017; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; M. SILVESTRI, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021; N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022.

la revoca non dipende da valutazioni di opportunità, ma è la conseguenza, coinvolta, di una violazione di legge; pertanto, non è prevista la corresponsione dell'indennizzo, essendo il ritiro del provvedimento legato ad una condotta addebitabile alla parte privata (in tal caso non è prevista alcuna garanzia indennitaria)²¹².

Il potere di revoca è esercitabile in ogni tempo, con il solo limite dell'attualità dell'interesse pubblico sotteso all'esercizio del potere stesso. Sono però irrevocabili gli atti i cui effetti si sono realizzati ed esauriti, quelli dei cui effetti l'amministrazione non ha più la disponibilità, e quelli i cui effetti siano divenuti irreversibili. Inoltre, avendo la revoca carattere discrezionale, si escludono dal suo ambito di operatività i provvedimenti vincolati, le valutazioni tecniche, gli accertamenti, le decisioni su ricorso amministrativo, gli atti di controllo ed i pareri, atti per i quali non è possibile una valutazione di opportunità, perché il potere nel cui esercizio sono stati emanati si consuma al momento della loro stessa emanazione²¹³.

La revocabilità costituisce carattere qualificatorio del provvedimento amministrativo discrezionale garantendone la costante rispondenza alle ragioni di interesse pubblico²¹⁴.

Questo strumento è «finalizzato a garantire l'adeguatezza costante della scelta amministrativa con l'interesse pubblico» e «costituisce esplicazione del principio di efficacia» al quale, ai sensi dell'art. 1. 241 del 1990, deve informarsi l'azione amministrativa²¹⁵. Si tratta di un provvedimento amministrativo di secondo grado²¹⁶ che si colloca nell'area dell'amministrazione attiva ed è a esito eliminatorio.

Gli atti di secondo grado, e in particolare quelli a esito eliminatorio, hanno da sempre posto, a fronte dell'esercizio del relativo potere, il problema di una tutela

²¹² F. CARINGELLA, *op. cit.*, 134.

²¹³ M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*. In F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2015, 333.

²¹⁴ F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)* (voce), in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 542.

²¹⁵ M. IMMORDINO, *op. cit.*, 331.

²¹⁶ Per completezza chiariamo che i provvedimenti di secondo grado sono quei provvedimenti che hanno ad oggetto un precedente provvedimento amministrativo o il silenzio assenso (art. 20, l. n. 241 del 1990), sicché essi curano l'interesse pubblico intervenendo su un provvedimento o su un fatto, produttivo di effetti giuridici. In tal senso M. IMMORDINO, *op. cit.*, 331.

effettiva del cittadino, in particolare delle situazioni favorevoli (diritti e interessi legittimi) sorte dal provvedimento di primo grado e la ricerca di un punto di equilibrio tra interesse pubblico sotteso alla revoca e l'interesse privato alla conservazione di un atto sulla cui stabilità era stato riposto un giustificato affidamento. La tensione tra due istanze, cioè fra l'interesse pubblico e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario dell'atto, è forte. Da un lato le esigenze della funzione non si esauriscono nella conclusione del procedimento, ma impongono anche una continua attività di vigilanza sul provvedimento finale, alla quale può conseguire anche un'attività di adeguamento dell'interesse pubblico, attraverso un rinnovato esercizio della stessa (l'inesauribilità del potere)²¹⁷. Dall'altro lato l'affidamento del privato nella certezza e nella stabilità di dette determinazioni assunte in precedenza (cioè in primo grado) dall'amministrazione nei suoi confronti. La certezza dei rapporti giuridici costituisce al pari del principio di legalità e del buon andamento, un principio fondante dell'ordinamento, pertanto le istanze di certezza e stabilità del concreto assetto di interessi in precedenza definito da un provvedimento amministrativo devono essere temperate con le esigenze di legalità e di efficacia dell'azione amministrativa, alla luce del principio di ragionevolezza, del quale costituisce esplicazione il principio di proporzionalità.

Prima della positivizzazione dell'istituto della revoca si poneva il problema della sua indennizzabilità. Fino all'epoca recente l'orientamento prevalente era nel senso di escludere qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la revoca in modo legittimo di un precedente provvedimento amministrativo vantaggioso²¹⁸ per il privato o comunque veniva ammesso solo per casi particolari²¹⁹.

Secondo il pensiero della dottrina e giurisprudenza che ha sostenuto la generalizzazione della tutela indennitaria quale modello applicabile anche in silenzio della legge non erano indennizzabili i sacrifici dei diritti affievoliti in genere, poiché, a differenza dell'espropriazione laddove la proprietà è diritto perfetto e autonomo

²¹⁷ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Milano, 1999, 171.

²¹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 6 Giugno 1969, n. 266, in *Foro*.

²¹⁹ Corte. Cass., ss. uu., 2 Aprile 1959, n. 972, in *Rep. Giur. It.*

rispetto al potere pubblico, il diritto, ad esempio del concessionario, deriva esclusivamente da un atto della pubblica amministrazione e sorge fin dall'origine condizionato dall'interesse pubblico inerente alla destinazione e alla natura del bene dell'attività oggetto della concessione. Pertanto, si negava l'indennizzo nel caso della revoca, poiché di fronte ad essa non si poteva considerare sussistente un vero diritto soggettivo oggetto di un vero e proprio sacrificio, essendo queste considerate delle situazioni giuridiche precarie o degli interessi non tutelati direttamente e perfettamente. Parte della giurisprudenza negava inoltre l'ammissibilità di un principio generale di indennizzabilità di tutti i sacrifici che dal punto di vista patrimoniale l'amministrazione imponga ai privati per superiori e prevalenti ragioni di interesse pubblico che si poteva ricavare da norme settoriali, e tantomeno si ammetteva l'applicazione analogica con la figura del riscatto.

All'opposto, invece, le teorizzazioni, volte a sostenere la tutela indennitaria per il caso di revoca, in particolare di concessioni di attività o servizi di natura imprenditoriale e commerciale, si basavano sulla necessità di riconoscere un indennizzo quale criterio immanente dell'ordinamento giuridico, posto a tutela del danno da lesione del legittimo affidamento subito dal privato²²⁰. Nonostante la giurisprudenza avesse negato qualsiasi analogia tra il proprietario espropriato e il soggetto a cui la concessione sia stata revocata, alcune opinioni della dottrina storica e gli esponenti del foro nei giudizi aventi ad oggetto la revoca cercavano di far accettare le teorizzazioni sull'esistenza di un principio generale talora ricavabile dall'art. 42, Cost., oppure dall'analogia con l'istituto del recesso.

L'opposizione che subivano riguardava l'inesistenza di un diritto soggettivo al pari della proprietà, sebbene sull'atto unilaterale di concessione si inserisse un rapporto di natura convenzionale dal quale derivavano situazioni di diritto soggettivo, la revoca esulava dal rapporto convenzionale e non poteva assimilarsi agli atti tipici di diritto privato. A differenza della giurisprudenza amministrativa, una parte di quella ordinaria era, invece, di diverso avviso poiché riteneva che, qualora l'atto amministrativo (di

²²⁰ M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 193, 199, *passim*.

concessione) avesse assunto carattere contrattuale regolando reciproci obblighi e doveri o qualora vi fosse apposto un termine di durata della concessione, la revoca comportava il diritto all' indennizzo. Anche parte della dottrina ²²¹ nel riferirsi ai casi di legittimo affidamento disatteso da un atto legittimo (i c.d. affidamenti disattesi), seppur dannoso ipotizzava una sorta di espropriazione, sia pure *sui generis*²²². Elabora la teoria dell'ablazione sul presupposto che il provvedimento legittimamente disattenda un affidamento potrebbe essere assimilabile ad un atto ablativo e, così, potrebbe essere indennizzabile. In tal modo intravede uno spiraglio per la generalizzazione dell'obbligo indennitario ricavabile dall'art. 42, Cost. La teoria dell'ablazione è così ricavabile dall'istituto dell'espropriazione, laddove, superando la nozione tradizionale del bene, detto bene sia assimilabile alla proprietà in quanto "bene quantificabile".

Questo orientamento trova il suo fondamento nella citata pronuncia Corte cost. n. 55 del 1968 sui vincoli di inedificabilità, la quale ha affermato che nella nozione di espropriazione ricadono anche fattispecie diverse dal trasferimento coattivo di un diritto quale l'apposizione di vincoli sostanzialmente espropriativi. Il quesito a cui cerca di rispondere tale opinione dottrinale è il seguente: se nell'ordinamento italiano esista la c.d. clausola congiuntiva in materia di espropriazione, cioè la necessaria correlazione tra ablazione e indennizzo. Qualora ci fosse detta clausola, allora, la mancanza di essa comporterebbe l'incostituzionalità di quella legge che ne fosse priva. Però la revoca fino al 2005 non era disciplinata in una puntuale disposizione normativa ed è stata ricondotta nell'alveo del principio di legalità solamente con la l.

n. 15 del 2005. Non si trattava di quella disciplinata dal legislatore senza esplicita previsione dell'indennizzo, bensì di un'ipotesi in cui ci fosse pieno silenzio del legislatore. In questi casi, per i fautori della non generalità della fattispecie indennitaria, poiché la giurisprudenza di merito sul tema in generale si poneva il dubbio se fosse possibile adire direttamente il giudice, onde ottenere direttamente da questi la

²²¹ F. MERUSI, *Affidamento* (voce), *Enc. Dir.*, I, Milano, 2011, 147.

²²² G. DUNI, *op. cit.*, 142, sostiene che «in sostanza potremmo dire che tutti gli esercizi di diritti che comportano indennizzo sono delle espropriazioni in senso lato, cioè degli atti ablativi».

quantificazione dell'indennizzo. Quest'ultimo aspetto, sebbene dirimente per la tenuta pratica di tale costruzione teorica, molto dipende, appunto, dall'approccio della giurisprudenza rispetto a tale indirizzo la quale è il più delle volte non disposta ad avallare nuove ipotesi di espropriazione sostanziale dinnanzi a casi sempre più frequenti di affidamenti disattesi dalla pubblica amministrazione che arrecano danni spesso piuttosto rilevanti.

Come noto, l'art. 11, l. 241 del 1990, contempla i c.d. accordi integrativi (o determinativi del contenuto) e sostitutivi. Si tratta di accordi con i quali la pubblica amministrazione determina in accordo col privato interessato il contenuto di un provvedimento discrezionale ovvero adotta col cittadino privato una convenzione che fa stato in luogo del provvedimento in questione. Tali determinazioni a concludere l'accordo devono avvenire, secondo la legge, nel corso del procedimento amministrativo, già avviato dalla pubblica amministrazione per adottare il provvedimento richiesto, sentite le osservazioni e le proposte dei partecipanti al procedimento (art. 11 cit.). L'aspetto peculiare che in tale sede cattura l'attenzione è l'obbligo di indennizzo, verso il contraente, a cui è tenuta l'amministrazione nell'ipotesi di scioglimento anticipato del vincolo contrattuale²²³.

Dal combinato disposto del comma II con il comma IV, infatti, si evince l'obbligo per l'amministrazione di ottemperare all'accordo, sino a che permangono le condizioni originarie, ovvero salva la sopravvenienza di un pubblico interesse specifico che si sovrappone agli interessi composti con l'accordo, mutando l'assetto raggiunto; la circostanza deve ovviamente essere puntualmente motivata e fa sorgere l'obbligo di indennizzo per gli eventuali pregiudizi subiti.

In tal modo viene assicurata la combinazione tra il principio pubblicistico sulla doverosità e inesauribilità del potere amministrativo, in virtù del quale l'amministrazione si determina discrezionalmente ad accordarsi e può esercitare eccezionalmente poteri unilaterali in senso restrittivo e sospensivo, e principi di diritto

²²³ M. CLARICH, *op. cit.*, 225.

privato, che costituiscono la disciplina generale del rapporto, ed in forza dei quali l'amministrazione, è pienamente obbligata a dare esecuzione a ciò che ha concordato²²⁴.

Il recesso dall'accordo corrisponde alla revoca del provvedimento, e si configura come un mezzo autoritativo di risoluzione del rapporto, espressione del potere a fronte del quale la posizione del privato si atteggia ad interesse legittimo, incidendo sui rapporti, sciogliendoli, piuttosto che sugli atti.

Dopo la previsione normativa dell'indennizzabilità del recesso dagli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo e prima della codificazione della revoca il percorso si è semplificato.

La dottrina²²⁵ ha individuato un'applicazione estensiva o generalizzata del principio indennitario con riferimento all'attività amministrativa nell'art. 11, l. n. 241 del 1990, oppure ha operato un'assimilazione che l'istituto del recesso. Si è ritenuto che tale obbligazione indennitaria non debba sussistere solo quando il provvedimento sia preceduto da un accordo (che ne precostituisca il contenuto) o sia sostituito da un accordo, ma anche quando il provvedimento sia stato adottato senza previo accordo. In tal modo, se è il sacrificio dell'interesse del privato, imposto dall'interesse pubblico, che giustifica l'indennizzo, la regola varrebbe in ogni caso. Quest'affermazione è suffragata dal fatto che al principio tradizionale del binario unico si sostituisce il principio del doppio binario, per cui l'amministrazione ha il potere di scegliere (e l'interessato ha il potere di pretendere) sia la vecchia linea autoritativa dell'atto unilaterale, sia la nuova linea convenzionale, posta su un piano di pari dignità con la prima²²⁶. Difatti, il legislatore della l. n. 15 del 2005, ha previsto l'indennizzo anche nelle ipotesi di revoca dei provvedimenti amministrativi.

Il perseguimento dell'interesse pubblico, insieme all'efficacia *ex nunc*, costituiscono ulteriori tratti comuni tra i due istituti, anche se è proprio nell'intensità della tutela dell'interesse pubblico che si scorgono le differenze. Mentre il recesso è legato a "sopravvenuti motivi di interesse pubblico", il provvedimento amministrativo ad

²²⁴ E. CASETTA, *op. cit.*, 523.

²²⁵ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2005, 394.

²²⁶ F.G. COCA, *Gli accordi*, in M.S. GIANNI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1970, 223.

efficacia durevole può essere revocato per “sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”²²⁷. Si può sostenere che il recesso in oggetto rappresenta un istituto proprio degli accordi amministrativi procedimentali, il quale non trova corrispondenza con le figure di risoluzione o di recesso civilistiche; intendendo comunque il recesso dagli accordi in termini di esercizio di un potere di autotutela, o comunque di riesame, esso deve essere ricondotto, al *genus* revoca.

3.2.1 L’indennizzo da revoca *ex art. 21-quinquies* della l. 241/1990.

La revoca è il provvedimento - espressione di un potere generale - che fa venire meno la vigenza degli effetti di un atto a conclusione di un procedimento volto a verificare se i risultati cui si è pervenuti attraverso il precedente provvedimento meritino di essere conservati. Più in particolare, ai sensi dell’art. 21-*quinquies*, l. 241 del 1990, per sopravvenuti motivi di interesse pubblico ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell’adozione del provvedimento, o salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato. Tale strumento espressione del potere di autotutela - è stato poi modificato con l’introduzione della l. 11 febbraio 2005, n. 15²²⁸.

La più significativa innovazione introdotta dalla l. n. 15 del 2005 - e che in tal sede attira l’interesse- rispetto al preesistente regime giurisprudenziale della revoca è costituita dalla previsione dell’obbligo dell’amministrazione di indennizzare i soggetti direttamente interessati» che abbiano subito pregiudizi dall’intervenuta revoca.

L’introduzione dell’obbligo di indennizzo pone una serie di problemi interpretativi che attengono alla struttura complessiva dell’istituto.

²²⁷ M. IMMORDINO, *Articolo 21-quinquies*, in N. PAOLANTONIO, A. ZITO, A. POLICE (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, *passim*.

²²⁸ E. CASETTA, *op. cit.*, 352.

È noto che, in termini sistematici, il limite naturale tanto del potere di revoca quanto di altri istituti di autotutela quali l'annullamento di ufficio è costituito dal legittimo affidamento formatosi in capo al destinatario del provvedimento oggetto di autotutela sulla presumibile stabilità del provvedimento medesimo.

È possibile, quindi, immaginare che lo stretto collegamento che l'art. 21-*quinquies* introduce tra pregiudizio subito dai soggetti direttamente interessati, in quanto evidentemente lesi nel loro legittimo affidamento, e obbligo di indennizzo costituisca il punto di equilibrio normativamente fissato tra il pubblico interesse sotteso alla revoca e l'interesse privato alla conservazione di un atto sulla cui stabilità era stato riposto un giustificato affidamento. Il problema che si intende esaminare è se l'obbligo di corresponsione dell'indennizzo costituisca una conseguenza o, come si tenterà di dimostrare, un presupposto del provvedimento di revoca. La lettera della norma sembra, per vero, formulata nel senso dell'esistenza di un rapporto di consequenzialità tra revoca e indennizzo²²⁹.

Si potrebbe così ritenere che, in presenza di uno dei presupposti per l'esercizio della revoca (sopravvenienze o *ius poenitendi*), la corresponsione dell'indennizzo costituisca un adempimento posto a carico dell'amministrazione al fine di "compensare" la lesione del legittimo affidamento: l'amministrazione sarebbe, pertanto, in tali casi, titolare di una vera e propria "licenza di revocare", salvo, appunto, l'obbligo di indennizzo²³⁰.

Inoltre la mancata previsione di un termine ragionevole entro cui necessariamente esercitare il potere di revoca induce a considerare che l'ipotesi ricostruttiva sopra delineata di una sorta di potere di revoca salvo l'adempimento consequenziale dell'obbligo di indennizzo si completi nel senso che l'indennizzo sia finalizzato, per così dire, a neutralizzare una più forte lesione dell'affidamento quale è quella costituita da una revoca senza limiti temporali, laddove la tutela dell'affidamento trova proprio nel decorso del tempo uno dei suoi parametri più rilevanti; ciò spiegherebbe anche

²²⁹ E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm.*, fasc.4, 2006, 1541.

²³⁰ Così, ad es., G. DI FIORE, *Il riesame*, Roma, 2008, 231: «Quando [...] la ragionevole ponderazione degli interessi implichi il sacrificio della tutela dell'affidamento, la tutela dell'affidamento non viene meno ma si sposta sul suo equivalente pecuniario».

come proprio il limite temporale costituisca, unitamente al presupposto dell'illegittimità dell'atto, la ragione della mancata previsione dell'indennizzo nell'ipotesi dell'annullamento d'ufficio²³¹.

L'indennizzo si porrebbe così come una sorta di “prezzo” standardizzato ed esaustivo che l'amministrazione paga per poter legittimamente disattendere, senza limiti di tempo, l'affidamento dei terzi in ordine alla stabilità del provvedimento da revocare.

Non vi è dubbio, infatti, che il soggetto danneggiato dalla revoca può far valere, a fronte di una revoca illegittima, anziché una pretesa meramente indennitaria, quella, ben più soddisfacente al suo annullamento, con conseguente riacquisizione di efficacia del provvedimento revocato.

La questione va quindi riproposta nel senso che sarebbe semplicistico affermare che l'obbligo di corresponsione dell'indennizzo, unitamente alla sussistenza degli specifici presupposti di cui all'art. 21-*quinquies*, vale di per sé solo a garantire la legittimità della revoca; laddove, invece, è proprio la legittimità della revoca a fungere, di norma, da spartiacque ai fini della corresponsione dell'indennizzo o dell'annullamento del provvedimento lesivo.

Il problema del rapporto tra revoca e indennizzo va quindi affrontato al di fuori di ogni ipotesi di indennizzo e ricondotto alle regole ordinarie dell'azione amministrativa riferibili alla fattispecie per come definita dall'art. 21-*quinquies*. È agevole constatare che, con riferimento a tali regole, un provvedimento che inibisca il perdurare degli effetti di un atto ad efficacia durevole, rispetto al quale, attesa la sua legittimità, il destinatario abbia una ragionevole aspettativa di stabilità, è passibile di uno scrutinio ben più complesso di quanto non comporti il mero accertamento dei presupposti indicati dall'art. 21-*quinquies*, vale a dire delle ipotesi di sopravvenienza e di rivalutazione del pubblico interesse. Appare in particolare non contestabile la rilevanza di principi fondanti dell'azione amministrativa quali la ragionevolezza, la proporzionalità e l'economicità.

²³¹ Cfr. G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2008, *passim*.

È certo infatti che una ponderazione ragionevole, proporzionata e rispettosa del principio di economicità non può ignorare la trilateralità degli interessi in campo: infatti, accanto all'interesse pubblico che sorregge la revoca e l'interesse privato alla stabilità del provvedimento, sussiste un terzo interesse, anch'esso pubblico, che l'obbligo di indennizzo rende di immediata evidenza, vale a dire l'interesse connesso all'esborso del pubblico denaro.

Va da sé che una ponderazione ragionevole farà sì che la revoca risulti legittima solo ove l'interesse pubblico che la sorregge possa ritenersi compatibile non solo con l'interesse privato alla stabilità dell'atto, ma anche con l'interesse pubblico a un'erogazione di denaro ispirata al principio di economicità²³². Ciò, in particolare, ove si consideri che l'incidenza dell'indennizzo sulle casse erariali è necessariamente correlata alla rilevanza ordinamentale da attribuirsi al principio dell'affidamento, rilevanza che non può non riflettersi sul valore economico riferibile alla sua lesione.

È ben noto che l'affidamento è oggi, in quanto principio comunitario, codificato come principio dell'azione amministrativa *ex* art. 1, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo.

In termini di più immediata attualità, la tutela del legittimo affidamento sembra trovare ulteriori radici nella nuova formulazione dell'art. 118, comma IV, Cost., che pare prefigurare un profondo mutamento del rapporto pubblico-privato, non più imperniato sullo schema "ostile" della bipolarità, ma caratterizzato da una sorta di alleanza, che impone alla p.a. di favorire l'iniziativa del privato, secondo lo schema della sussidiarietà orizzontale, ai fini dello sviluppo dei singoli e della collettività, e configura, pertanto, una relazione di reciproca, necessaria fiducia²³³.

In termini più specifici, si riscontra nel sistema di rapporti prefigurati dalla disciplina introdotta dalla l. n. 241 del 1990 una sorta di inserimento stabile degli interessi del

²³² Per un'analisi più approfondita si rinvia al capitolo deputato all'approfondimento degli aspetti concernenti i diversi criteri di commisurazione dell'indennizzo.

²³³ In merito all'incidenza del principio di affidamento sul potere di revoca, in particolare, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, *passim*, cfr. altresì, tra gli altri, G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, in *Atti del XLVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, 2002, *passim*.

destinatario dell'atto all'interno del procedimento amministrativo, con la conseguenza di una ragionevole aspettativa di stabilità di un provvedimento favorevole adottato al termine di un procedimento in contraddittorio, talché, salvo significativi mutamenti in fatto, appare difficile ipotizzare un ragionevole *ius poenitendi* dopo un'istruttoria compiutamente partecipata ²³⁴.

Il rilievo che assume la tutela dell'affidamento appare ancor più marcato in una più diretta prospettiva comunitaria. Il giudice europeo ammette tale istituto a condizione che sia frutto di una comparazione adeguata (e adeguatamente esternata) tra l'interesse generale e il legittimo affidamento del beneficiario dell'atto revocando; a condizione, in altri termini, che la certezza del diritto e la tutela dell'affidamento vengano sacrificate solo laddove ciò appaia strettamente conforme ai principi di ragionevolezza e, in particolare, di proporzionalità²³⁵.

I principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di revoca vanno oggi necessariamente rivisitati nella loro incidenza rispetto al diritto nazionale alla luce dell'introduzione dell'obbligo di indennizzo, onde la legittimità della revoca, sotto il profilo della tutela del legittimo affidamento, deve essere attualmente valutata respingendo le due opzioni interpretative più radicali, di cui si è già segnalata l'infondatezza: quella di considerare l'obbligo di tutela del legittimo affidamento in ogni caso automaticamente neutralizzato dalla previsione dell'indennizzo e quella di ritenere sempre e comunque illegittima la revoca per violazione del principio dell'affidamento, anche in presenza dell'indennizzo. Ciò conferma che il rapporto affidamento-indennizzo assume decisiva rilevanza all'interno della complessa ponderazione che va delineandosi come assolutamente essenziale ai fini di un corretto esercizio del potere di revoca. In particolare, se l'indennizzo vale a “compensare” la mancata tutela dell'affidamento, è evidente che la previsione e la misura

²³⁴ La giurisprudenza comunitaria in tema di revoca (di atti sia legittimi che illegittimi) è ricostruita (a far data dalla sentenza della Corte giust. 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57, *Algera e altri c. Assemblea comune*, in Racc., 1957, 81) da A. ESPOSITO, *La revoca degli atti amministrativi comunitari*, in www.iussit.it.

²³⁵ Per approfondimenti si rinvia al §5 del capitolo I ove si ricostruisce il rapporto tra Unione europea e Italia in materia di indennità.

dell'indennizzo non possono non entrare nella ponderazione degli interessi che presiede all'esercizio del potere di revoca; e ciò anche se il dato letterale sembra deporre nel senso di un indennizzo non contestuale ma susseguente alla revoca.

Il dato sistematico è invece nel senso che la previsione e la misura dell'indennizzo costituiscono parametri rilevanti ai fini della legittimità della revoca, in quanto solo la previsione già in sede di adozione del provvedimento di un indennizzo ragionevole può esonerare l'amministrazione dall'obbligo di rispettare l'affidamento del soggetto contro interessato alla revoca²³⁶. Al contempo, solo introducendo già nella fase ponderativa la previsione e la misura dell'indennizzo, è possibile effettuare una valutazione di ragionevole proporzionalità rispetto alla spendita del pubblico denaro anche alla luce del principio di economicità.

Sicché, tirando le fila del discorso sin qui svolto, può affermarsi che un corretto esercizio del potere di revoca postula non solo la verifica della sussistenza in concreto di un pubblico interesse atteggiato nelle forme della sopravvenienza o dello *ius poenitendi*, ma anche una compiuta ponderazione degli interessi contrapposti alla luce dei principi di ragionevolezza, economicità, proporzionalità e tutela dell'affidamento, che si traduca in un motivato giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico che sorregge la revoca rispetto tanto all'interesse pubblico connesso alla misura dell'esborso quanto all'interesse privato che pretende che tale esborso sia proporzionato alla rilevanza giuridica accordata alla tutela dell'affidamento.

Non è difficile ipotizzare, a tal punto, che, descritti in questi termini i parametri da osservare ai fini di una corretta attività ponderativa, non risulterà agevole per le Amministrazioni dar luogo ad un esercizio del potere di revoca che regga a fronte dello scrutinio giurisdizionale.

Conclusione in cui si mette in chiaro che il profilo indennitario, seppur autonomo (diritto soggettivo che ha come presupposto la revoca) rientra nel giudizio di presa in considerazione dell'affidamento del privato in sede motivazionale e quindi la mancata previsione ex ante dell'indennizzo può rendere illegittimo l'atto per eccesso di potere

²³⁶ E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 549.

(e non per violazione di legge, la qual cosa si verificherebbe se fosse un presupposto di validità della revoca). Insomma indennizzo non è presupposto della revoca, ma revoca presupposto dell'indennizzo, ma non di meno la legittimità della revoca dipende dalla presa in considerazione ex ante della tutela indennitaria per giustificare la proporzionalità della stessa.

3.2.2 L'indennizzo da recesso da accordi amministrativi *ex* art. 11 della l. 241/1990.

Gli accordi amministrativi sono forme consensuali dell'esercizio della potestà amministrativa, positivizzate dalla l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e riformate dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 la quale prevede la possibilità alla pubblica amministrazione di stipulare accordi con soggetti privati. Sono espressione del nuovo principio generale contenuto nella l. n. 241 del 1990, secondo il quale la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. Sono previsti due tipi di accordi: fra pubblica amministrazione e privati e fra amministrazioni pubbliche.

Si tratta di strumenti che favoriscono la partecipazione dei privati interessati al procedimento e, più in generale, all'azione amministrativa. L'art. 11 della l. n. 241 del 1990, prevede che l'amministrazione procedente possa concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi e nel perseguimento del pubblico interesse, due tipi di accordi con i privati interessati: l'accordo sostitutivo che ha come fine l'emanazione di un atto in sostituzione del provvedimento finale ed è soggetto agli stessi controlli del provvedimento amministrativo, e l'accordo preliminare o integrativo che comporta la determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento finale. Gli accordi in questione devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta, salvo che la legge disponga altrimenti; si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, salvo l'ipotesi di recesso unilaterale dall'accordo da parte dell'amministrazione per sopravvenuti motivi di pubblico interesse e salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo per gli eventuali pregiudizi subiti dal privato; con questa deroga la legge vuole specificare che pur trattandosi di

forme contrattuali, espressione di potestà non autoritativa, è, comunque, sempre presente il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico²³⁷.

In corrispondenza dell'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, del potere-dovere di recedere dall'accordo, sorge un diritto del contraente privato ad essere indennizzato dei pregiudizi eventualmente verificatisi in suo danno per effetto del pur legittimo recesso. Più esattamente, presupposti del diritto alla liquidazione dell'indennizzo sono l'accordo da un lato e, dall'altro, il recesso dell'amministrazione, purché legittimamente esercitato²³⁸: la precisazione è necessaria in quanto nell'ordinamento la figura dell'indennizzo si connette generalmente a fattispecie di responsabilità per fatto dannoso non illecito (la cosiddetta responsabilità da atto lecito), ed alla regola non fa eccezione l'obbligo indennitario posto a carico della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 11, comma IV; ne consegue che, nell'ipotesi di recesso illegittimamente praticato, in capo al privato sarà configurabile un diritto non più all'indennizzo, bensì al risarcimento del danno, ben diverso essendo il titolo della responsabilità gravante sull'amministrazione²³⁹.

Proprio la previsione di un indennizzo a favore del privato costituisce uno degli indicatori della sostanziale diversità intercorrente fra il recesso dagli accordi amministrativi ed il recesso privatistico dai contratti, in relazione al quale è rimessa alla volontà delle parti la previsione di un corrispettivo (art. 1373, comma 3, c.c.), liberamente pattuito ed avente la funzione di prezzo versato da una parte, o da entrambi, per vedersi attribuita la facoltà di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale, mentre l'indennizzo ha la diversa funzione di elidere le conseguenze negative dell'esercizio di un potere che può essere esercitato anche in costanza di esecuzione dell'accordo. Fino a che punto debba spingersi la riparazione del pregiudizio patito dal privato è interrogativo che ha condotto taluni a configurare l'indennizzo alla stregua di un vero proprio risarcimento, da commisurarsi pertanto a

²³⁷ F. CARINGELLA *op. cit.*, 487.

²³⁸ Enuncia i presupposti dell'indennizzo il Consiglio di Stato con sentenza 13 dicembre 2004, n. 390.

²³⁹ P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 220.

tutte le voci di danno verificabili nella fattispecie concreta²⁴⁰. Più aderente al dato letterale della norma (il ricorso del legislatore al termine “pregiudizio” risulta assai meno significativo di quello al termine “indennizzo”, anziché “risarcimento”) ed alla collocazione sistematica del recesso della pubblica amministrazione nell’area della responsabilità da atto lecito, però, la posizione di chi tende a svincolare l’obbligazione indennitaria dalla dimensione del risarcimento del danno ingiusto, riportando invece a quest’ultimo ambito la diversa ipotesi della responsabilità del recesso illegittimo, dalla quale altrimenti il recesso lecito non sarebbe più distinguibile sul piano delle conseguenze²⁴¹.

La preferenza per l’opzione che distingue l’indennizzo dal risarcimento non risolve di per sé il problema della sua quantificazione, sulla quale la legge tace. Le considerazioni appena svolte circa la non ammissibilità dell’indennizzo ad un risarcimento, anche in riferimento alla circostanza che rispettivi fatti generatori differiscono sotto il profilo della liceità, inducono a ritenere che l’indennizzo debba certamente riguardare il danno emergente, azione che ricomprende le spese e i maggiori costi sostenuti in funzione dell’esecuzione dell’accordo, la perdita di occasioni favorevoli e, più in generale, tutte le diminuzioni patrimoniali patiti dal privato in dipendenza causale dal recesso; più complessa l’individuazione dei limiti dell’indennizzo relativamente al profilo del mancato guadagno, ed in particolare dell’utile che al privato sarebbe stato garantito dalla integrale esecuzione dell’accordo: in mancanza di indicazioni giurisprudenziali, la dottrina sostanzialmente è concorde nell’escludere che il lucro cessante possa essere integralmente ristorato, salvo dividersi tra chi sostiene che sono all’escluso dall’indennizzo, e chi reputa che debba invece esservi almeno in parte compreso²⁴². Ferma restando la tendenza a rimettere la quantificazione ad apprezzamenti di tipo equitativo eventualmente mediati

²⁴⁰ G. MANFREDI, *op. cit.*, 64.

²⁴¹ G. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 2003, *passim*.

²⁴² G. MENGOLI, *op. cit.*, *passim*.

dall'utilizzazione di criteri di massima prestabiliti, ma da adottare di volta in volta alle caratteristiche del caso concreto²⁴³.

Si ritiene in ultimo condivisibile l'opinione di chi, sul presupposto del carattere imperativo della previsione sull'indennizzabilità del recesso, considera illegittima le eventuali clausole convenzionali con cui il privato rinuncia all'indennizzo, ovvero ne accetti una predeterminazione in misura palesemente inadeguata²⁴⁴.

3.3 Le indennità conseguenti a incertezza dell'azione amministrativa.

Nell'attuale panorama normativo, unitamente alla nuova visione del rapporto tra amministrato ed amministrazione, l'affidamento sulla certezza dei tempi dell'azione pubblicistica ha assunto un ruolo centrale non essendo sufficiente relegare, la stessa, alla previsione o alla mera azionabilità, di strumenti processuali di carattere propulsivo, diretti semplicemente a conseguire l'utilità finale, ma poco appaganti rispetto alla soddisfazione del consequenziale interesse del privato a vedere definita con certezza la propria posizione.

Se il tempo diviene un bene della vita, oggetto di opportuna tutela nonché di risarcibilità, in caso di lesione, questo significa che, nel rapporto con la pubblica amministrazione, gli oggetti di tutela sono due: da una parte, la questione contenuta nella singola istanza presentata e dall'altra, la possibilità di una tempestiva evasione della stessa.

Il più importante obbligo procedimentale previsto *ex lege* è l'obbligo di concludere il procedimento amministrativo nei tempi previsti dall'ordinamento in capo alla pubblica amministrazione. La violazione di siffatto obbligo può essere fonte di danno, conseguente alla situazione di incertezza circa il contenuto della decisione amministrativa attesa.

²⁴³ Si ritiene possibile l'applicazione del criterio dell'analisi economica del diritto al fine di quantificare la somma dovuta dall'amministrazione in capo al cittadino il cui legittimo affidamento è pregiudicato.

²⁴⁴ D. PONTE, *Art. 11*, in *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo*, A. BOTTIGLIERI, S. COGLIANI, D. PONTE, R. PROIETTI (a cura di), Padova, 2004, 349 e ss.

Il tempo dell'azione amministrativa esprime una connessione tra l'esercizio del potere amministrativo ed i termini di conclusione del procedimento.

Si è fatto progressivamente strada il c.d. danno da ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo. Secondo una parte della dottrina, si manifesterebbe in due differenti ipotesi: danno da ritardo nell'adozione di un provvedimento favorevole all'istante, ovvero, un'ipotesi di mancato rispetto del termine previsto per la conclusione del procedimento amministrativo in cui, tuttavia, il privato ottiene il bene della vita cui aspirava; e il c.d. danno da ritardo mero, nella cui categoria è ricompresa, oltre la mera inerzia della p.a. o la mancata emanazione del provvedimento richiesto, anche l'adozione tardiva di un provvedimento di carattere sfavorevole, ancorché legittimo, rispetto all'istanza presentata dal privato.

Trattasi, dunque, di due tipologie di danno differenti laddove, mentre nel primo caso ciò che rileva è la illegittimità dell'azione amministrativa, connessa al mancato rispetto della tempistica procedurale, nonché al conseguimento tardivo del bene della vita cui si aspirava, nel secondo, al contrario, il danno promana o dalla mera inerzia dell'azione pubblicistica, inadempiente rispetto alla richiesta avanzata dall'istante, o, come sostiene una parte della dottrina, dalla emanazione tardiva di un provvedimento di contenuto sfavorevole, rispetto alla richiesta avanzata dal privato.

È evidente come la problematica dall'aspetto più interessante attenga proprio alla possibilità di configurare un danno da "ritardo mero", identificato nella lesione del mero interesse procedimentale alla tempestiva conclusione del procedimento nei termini di cui all'art. 2, l. 241 del 1990, indipendentemente dall'accertamento relativo alla lesione del bene della vita finale, al cui conseguimento si rivolgeva l'istanza non accolta tempestivamente²⁴⁵.

Oggetto di interesse della dottrina è rappresentato dal dibattito circa la natura della responsabilità conseguente al ritardo. All'obbligo di risarcire il danno da incertezza si è poi aggiunto, per effetto di una riforma datata 2013²⁴⁶, l'obbligo per la pubblica

²⁴⁵ M. RENNA, *Obblighi procedimentali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, *passim*.

²⁴⁶ Cfr. l'art. 28 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

amministrazione “ritardataria” di corrispondere quello che il legislatore ha denominato “indennizzo da (mero) ritardo”. Tale recente istituto è un terreno ottimo dove proseguire la presente analisi del fenomeno indennitario, in particolare è necessario domandarsi se il danno da mero ritardo possa rientrare nella categoria del c.d. “Danno punitivo”²⁴⁷

L’indennizzo si innesta così in una logica diversa e assume la figura rimediabile ispirata al buon andamento e all’imparzialità dell’amministrazione pubblica oppure, come accennato e come si vedrà, in una sorta di sanzione contro il malfunzionamento dell’amministrazione.

Un secondo esempio di danno ricollegato all’incertezza dell’azione amministrativa è rappresentato dalla reiterazione dei vincoli urbanistici c.d. strumentali.

I vincoli urbanistici c.d. preordinati all’espropriazione vengono definiti anche vincoli localizzativi, e consistono in previsioni che comportano l’inedificabilità delle aree su cui insistono, in attesa che le stesse vengano espropriate per la realizzazione di opere d’interesse generale. Si tratta di misure puntuali a contenuto particolare, perché colpiscono specifici proprietari comportando un’inedificabilità relativa, nel senso che è precluso al privato costruire, ma in quanto ciò sia riservato alla P.A. per finalità collettive, previa apprensione del bene medesimo.

Fino a quando non intervenga il provvedimento che determina il trasferimento del bene dal privato all’amministrazione, al primo non è consentita l’attività edificatoria, dal momento che essa comprometterebbe, o renderebbe almeno più onerosa, la realizzazione dell’opera pubblica indicata nel piano urbanistico. E’ dunque possibile notare, secondo siffatta ricostruzione, che i vincoli localizzativi rappresentano una sorta di anticipazione dell’effetto ablativo che si produrrà mediante l’emissione del provvedimento espropriativo, riservando il bene che ne è interessato esclusivamente al fine pubblico cui mira la previsione del piano.

²⁴⁷ M. RENNA, *Responsabilità: funzioni e pubbliche amministrazioni. Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo (Vol. III)*, Milano, 2019, 1501.

3.3.1 L'indennizzo da c.d. mero ritardo; sua autonomia rispetto alle sanzioni amministrative.

Con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, poi convertito in legge con la l. 9 agosto 2013, n. 98, il legislatore ha introdotto all'art. 2-*bis*, l. 241 del 1990, il comma 1-*bis*, con cui si attribuisce espresso rilievo al cd. mero ritardo, ciò non in termini risarcitori bensì indennitari. Tale legge non è però ancora applicabile mancando i relativi decreti o regolamenti attuativi.

L'indennizzo per il mancato rispetto del termine procedimentale è stato concepito dal legislatore in modo totalmente autonomo rispetto al risarcimento per la tardiva attribuzione del bene della vita (salvo per ciò che concerne lo scomputo dell'indennizzo dalla somma eventualmente riconosciuta a titolo risarcitorio), così introducendo una netta linea di demarcazione tra situazioni variamente trattate e talvolta unificate dalla precedente dottrina e giurisprudenza.

Il danno da ritardo può essere oggi definito come quel danno eventuale ed ingiusto cagionato al privato dall'inosservanza colposa o dolosa del termine prescritto dalla legge per provvedere (si veda l'art. 2-*bis*, l. 241 del 1990). È dunque una lesione ad interessi legittimi pretensivi che il privato vanta verso la pubblica amministrazione.

L'indennizzo è una forma di ristoro di un danno che tuttavia non consegue ad un illecito e che dunque non dà luogo ad una responsabilità in termini civili. Diversamente il risarcimento mira a reintegrare il danno *non iure e contra ius*.

Come ampiamente analizzato l'indennizzo intende ripristinare l'equità turbata dal legittimo comportamento dannoso.

Quanto all'indennizzo da mero ritardo però la fattispecie sembra prestarsi ad un ulteriore e forse prevalente finalità. Se generalmente l'indennizzo è uno strumento volto a ripristinare una forma di equità, ciò non può aprioristicamente affermarsi per l'indennizzo per danno da mero ritardo. La fattispecie indennitaria si ricollega tradizionalmente ad un atto o comportamento lecito che cagiona però un danno ad altri.

L'indennizzo da mero ritardo attiene ad un comportamento invece illegittimo, cioè l'inadempimento della pubblica amministrazione del dovere di provvedere entro il

termine prescritto dalla legge (che non si traduce in un'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato dalla PA) che però esula da ogni danno concretamente riscontrabile.

Ed invero, nella fattispecie indennitaria in esame, benché non è da escludersi lo scopo di ristorare il privato per il mancato rispetto del termine per provvedere, è forse preminente una funzione coercitiva e latamente punitiva della pubblica amministrazione inadempiente²⁴⁸.

Entra in gioco quindi la fattispecie del c.d. 'danno punitivo'. Quali siano le condizioni di legittimità e ammissibilità di siffatto discusso modello applicato alle pubbliche Amministrazioni ci viene illustrato da eminente dottrina, la quale sostiene che «la legittimità costituzionale di norme che prevedano ipotesi di danno punitivo è subordinata al rispetto dei principi di tassatività e tipicità. Ciò implica, giocoforza, la rinuncia alla discrezionalità amministrativa. In altre parole, il danno punitivo costituzionalmente legittimo, oltre a dover essere previsto espressamente da una norma di legge, deve anche corrispondere alla violazione di una regola di condotta individuata in modo puntuale e specifico dalla norma di legge medesima. In concreto, pertanto, nel diritto amministrativo sostanziale le eventuali ipotesi di danno punitivo possono trovare spazio soltanto nell'area della cosiddetta attività vincolata, pena altrimenti la violazione dei principi costituzionali di cui agli artt. 23 e 25 della Carta costituzionale»²⁴⁹.

L'indennizzo in discorso appare più affine all'istituto delle *astreintes*²⁵⁰ che, ad esempio, all'indennità di esproprio.

²⁴⁸ M. RENNA, *op. cit.*, *passim*.

²⁴⁹ M. RENNA, *op. cit.*, 7.

²⁵⁰ Le *astreintes* sono modelli giurisprudenziali presenti nell'ordinamento francese di coercizione indiretta al fine di spingere un obbligato inadempiente all'adempimento. Consistono in una somma da pagare da parte del debitore inadempiente qualora questo si rifiuti di ottemperare all'ordine del giudice di eseguire la prestazione dovuta. Si distinguono in *astreinte* provvisoria (*comminatoire*) qualora possa essere modificata successivamente dal giudice, o definitiva. Tali fattispecie sono presenti finanche nell'ordinamento italiano (art. 614 bis, c.p.c. in ambito civilistico e art. 114, lett. E, c.p.a nel diritto amministrativo).

Nel caso di indennità di esproprio, l'indennizzo è determinato in base al valore del bene espropriato; qui invece vi è una determinazione del legislatore in termini fissi, non suscettibile di alcuna commisurazione al caso di specie del *quantum* dell'indennizzo (elemento che lo allontana dai presupposti costitutivi del c.d. 'danno punitivo').

Il legislatore pare ascrivere tale istituto nell'alveo dell'inadempimento della pubblica amministrazione e così privandolo di un fine equitativo-riparatorio.

Si può quindi affermare che tale istituto è caratterizzato dal fatto che le somme da pagare siano indipendenti rispetto ai danni cagionati dall'inadempimento²⁵¹.

L'indennizzo da mero ritardo, per come è stato concepito dal legislatore, nella sostanza si avvicina di più ad uno strumento di coercizione indiretta all'adempimento di un dovere, consistente nel rispetto del termine di conclusione del procedimento, da parte della pubblica amministrazione.

Come prevede la disciplina positiva si ha "mero ritardo" dopo la scadenza del termine per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi²⁵²; si può sostenere che mentre il risarcimento ripara la violazione dell'obbligo procedimentale di concludere il procedimento nei termini, l'indennizzo invece ripara dall'esercizio tardivo (legittimo, in quanto termine ordinatorio) del potere amministrativo.

Ci si domanda dunque quale sia la reale natura di tale fattispecie -prescindendo dal *nomen juris* di indennizzo attribuitogli dal legislatore - e se questa rientra nella categoria delle indennità oppure - come autorevole dottrina sembra ritenere²⁵³ - nell'alveo delle sanzioni.

Come noto la legge²⁵⁴ prevede già la possibilità di esperire un'azione a titolo di risarcimento del danno a favore del privato leso nel proprio diritto soggettivo dal

²⁵¹ Ancora M. RENNA, *op. cit.*, 8, sostiene che «L'indennizzo in questione, dunque, è "più punitivo del danno punitivo", poiché prescinde del tutto dall'esistenza del pregiudizio patito».

²⁵² M. RENNA, *op. cit.*, *passim*.

²⁵³ M. RENNA, *op. cit.*, 8, sostiene la tesi secondo la quale l'istituto maschererebbe in realtà una sanzione penale; E. FOLLIERI, *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1786 ss. ritiene, invece, che la figura in questione avrebbe natura di sanzione civile.

²⁵⁴ Art. 2-*bis*, l. 241/1990.

ritardo-inadempimento dell'amministrazione precedente. L'indennizzo da mero ritardo costituirebbe dunque un *quid pluris* già predeterminato nel suo ammontare e comminato prescindendo dall'effettivo danno concretamente subito.

La sua funzione appare a *prima facie* tesa non a riequilibrare il rapporto tra i diversi interlocutori (come nel caso di indennizzo) e nemmeno a reintegrare il patrimonio del soggetto - potenzialmente - danneggiato (come nel caso di risarcimento), bensì a reprimere la condotta lesiva del soggetto pubblico. La *ratio* di tale norma parrebbe esprimere una tendenza general-preventiva tipica della sanzione.

Se si sposa la tesi che attribuisce natura di sanzione penale all'istituto emergono problemi di compatibilità con il dato costituzionale: la Corte costituzionale, infatti, con la sentenza del 24 marzo 1988, n. 364, precisa che il principio di colpevolezza è indispensabile per «garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate» propugnando la tesi secondo la quale la fattispecie tipica richiede sempre l'elemento soggettivo della colpa (che nella specie non sarebbe necessario qualora lo si qualificasse come “indennizzo”).

Secondo l'alternativa che invece riconduce l'indennizzo da mero ritardo alla figura della sanzione civilistica l'indennizzo «è una misura di compensazione prevista a fronte di attività conforme alle norme (si pensi all'indennizzo per espropriazione)» nell'ipotesi ad oggetto invece «l'attività dell'amministrazione che viola il termine è illecita»²⁵⁵.

Si tratterebbe dunque di una sanzione civile indiretta ascrivibile alla categoria delle penalità di mora con funzione coercitiva e non ad un istituto con funzione riequilibrante quale l'indennizzo.

Inoltre, tale qualificazione (intesa come sanzione) non pare convincente nemmeno sotto il profilo strutturale in quanto la fattispecie pare integrare tutti gli elementi costitutivi dell'indennizzo così come individuati nel precedente capitolo: il tempo

²⁵⁵ E. FOLLIERI, *op. cit.*, 1786.

infatti rappresenta un bene della vita autonomo suscettibile di lesione a prescindere dalla sua concretizzazione patrimoniale e quindi dal danno.

Nondimeno la legge prevedendo lo scomputo del *quantum* dell'indennizzo dal risarcimento pare presupporre - *prima facie* - che le due situazioni siano analoghe, cioè fondate sullo stesso presupposto costitutivo (illegittimità dell'attività posta in essere dall'amministrazione).

Un indirizzo del Consiglio di Stato²⁵⁶ ha però espressamente previsto lo scomputo nell'ipotesi di obbligo di duplice ristoro promanante da un medesimo atto contestualmente integrante gli estremi dell'illecito (coperto dal risarcimento) e dell'atto legittimo (in cui interviene l'indennizzo). Lo scomputo, quindi, non è ricollegato all'identità del fatto costitutivo ma assolve alla funzione di evitare un ingiustificato arricchimento del privato.

Nemmeno pare difettare il presupposto della legittimità e liceità dell'attività amministrativa per il fatto che mentre nel risarcimento da ritardo il presupposto è da individuarsi nella violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento nel caso in esame la pubblica amministrazione agisce legittimamente avendo il termine natura ordinatoria.

In ultima analisi la funzione (qui avente natura sanzionatoria) non rientra negli elementi richiesti dalla fattispecie tipica ma rappresenta solo il fine a cui la stessa deve tendere secondo l'intento del legislatore assurgendo in sostanza alla *ratio legis* del dato positivo.

La fattispecie in esame, quindi, integrando tutti i presupposti dal punto di vista funzionale rientra nel *genus* indennizzo, pur essendo caratterizzato da una funzione (anche) sanzionatoria.

Il legislatore (finanche grazie all'apporto della dottrina) sarà tenuto *de iure condendo* a chiarire la natura di tale istituto permettendo una maggiore aderenza dello stesso alla relativa categoria di appartenenza.

²⁵⁶ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 23 febbraio del 2018, n.1.

3.3.2 La reiterazione dei vincoli strumentali.

Per quanto concerne le questioni legate all'indennizzo dovute in relazione alla reiterazione dei vincoli strumentali di inedificabilità è necessario trattare brevemente le problematiche legate all'applicazione degli strumenti urbanistici di razionalizzazione del territorio, il più importante dei quali è il piano regolatore generale²⁵⁷.

Nella impostazione generale della legge del '42 il piano regolatore generale era concepito come strumento urbanistico atemporale, avente cioè efficacia a tempo indeterminato per tutte le sue parti (localizzazione e zonizzazioni.) La sua vigenza pertanto cessava in virtù di una nuova disciplina urbanistica espressa da un nuovo p.r.g. o da una variante a quello esistente. Non già per il mero decorrere del tempo. Ma l'esperienza concreta ha dimostrato ben presto che alcune previsioni del piano come ad es. quelle discendenti dalla destinazione di certe aree a verde pubblico, a piazze cittadine e similari - c.d. vincoli di localizzazione- producevano l'effetto di svuotare del tutto la proprietà, non solo per la assoluta inedificabilità dell'area (che ne deriva) ma anche per l'effetto di svuotare del tutto la proprietà. Ma anche per l'effetto a tempo indeterminato del vincolo, aggravato peraltro dalla endemica situazione di disagio della "finanza locale", che rendeva persino incerta la futura espropriazione del bene e quindi la possibilità di una qualche forma di ristoro del proprietario attraverso la conversione del valore del bene in un indennizzo reale, non immaginario.

La giurisprudenza costituzionale -come accennato- con la sentenza n. 55 del 1968 ha dichiarato incostituzionale l'anzidetto regime, attraverso un ragionamento molto sofisticato che parte dall'elaborazione di una nuova figura giuridica di espropriazione: quella dell'espropriazione sostanziale. Un'anomala ipotesi di ablazione - che pur mantenendo formalmente integra la titolarità del bene all'originario proprietario - svuota tuttavia nella sostanza il contenuto del diritto. La Corte tuttavia non fa un discorso radicale. Non vieta categoricamente i vincoli di inedificabilità assoluta. Si limita a dire che essi sono illegittimi solo se "a tempo indeterminato" o "non

²⁵⁷ Il piano regolatore generale comunale (in sigla PRGC) è uno strumento urbanistico che regola l'attività edificatoria all'interno di un territorio comunale, di cui ogni comune italiano deve dotarsi, ai sensi dell'art. 7, l. n. 1150 del 1942. V. M. CLARICH. *op. cit.*, 77.

accompagnati da indennizzo”, ritenendo invece salvo il nucleo della proprietà (costituzionalmente garantito) se gli stessi vincoli sono limitati nel tempo o accompagnati da indennizzo (nel caso in cui volesse mantenersi il carattere indeterminato nel tempo della loro validità).

Dopo un'assai complessa vicenda, punteggiata da diversi interventi della Corte costituzionale,²⁵⁸ il legislatore per adeguare il sistema ai principi costituzionali, è intervenuto con due generi di normative. In un primo momento si è limitato a “temporalizzare” e i vincoli di localizzazione, sancendone la scadenza decennale (prorogabile di ulteriori cinque anni nel caso di un loro recepimento in un piano particolareggiato) (l. n. 1187 del 1968). Ma, successivamente, sotto l'incalzare della reiterazione dei vincoli, ha imposto che dopo l'anzidetto periodo di franchigia (in assenza di una espropriazione vera) deve essere corrisposto al proprietario gravato, un indennizzo. Un indennizzo diverso da quello che sarebbe dovuto tenere per l'espropriazione: un indennizzo appunto per il vincolo non per il trasferimento del bene nelle mani dell'amministrazione.

La normativa che oggi disciplina la materia -e in particolare la modalità relative alla corresponsione dell'indennità in caso di reiterazione del vincolo- è contenuta nell'art. 39 del Testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. n. 327/2001) cui si rimanda per la relativa disciplina.

È bene, quindi, approfondire la complessa problematica connessa alla reiterazione dei vincoli urbanistici manifestatasi nella prassi degli ultimi decenni, nel caso di vincoli scaduti per decorso dei termini. I problemi affrontati dalla giurisprudenza sono molteplici e estremamente complessi²⁵⁹.

Il primo quesito è quello del regime edificatorio vigente nelle aree interessate da un vincolo di inedificabilità assoluta scaduto e quindi non più operante. La risposta data

²⁵⁸ Il problema si pose fin dai primi momenti successivi alla sentenza n. 55 del 1968, ma la questione fu oggetto di espressa pronuncia solamente con la sentenza 20 maggio 1999, n. 179, nella quale la Corte costituzionale ha stabilito la necessità di prevedere un indennizzo in favore del proprietario a fronte del pregiudizio subito nella propria sfera giuridica a causa della reiterazione di un vincolo scaduto.

²⁵⁹ F. SALVIA, C. BEVILACQUA, *op. cit.*, 223.

dalla giurisprudenza a tale quesito sembra la seguente: trattandosi di un'area priva di disciplina urbanistica si applicano le norme limitative degli standard dettate per i comuni privi di normativa urbanistica. Non riemerge viceversa la normativa urbanistica anteriore all'imposizione del vincolo stesso.

Il secondo interrogativo riguarda invece gli adempimenti che incombono sul comune dopo la scadenza dei vincoli. Quest'ultimo-dice la giurisprudenza -è tenuto a integrare il piano per colmare la lacuna, con l'ulteriore conseguenza che, in caso di inerzia, il privato che ne abbia interesse ha il potere di attivare il meccanismo della messa in mora. Il Comune, in sede di integrazione o rifacimento del piano, non è tenuto a dare una destinazione edificatoria all'area interessata, potendo anche ritirare il vincolo scaduto con un'adeguata motivazione e previa un'attenta ponderazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti nella nuova determinazione. In caso di reiterazione del vincolo si applica l'indennizzo. È da aggiungere peraltro che gli anzidetti principi formulati originariamente per i cosiddetti vincoli di localizzazione-sono stati infine estesi dalla giurisprudenza ai c.d. vincoli procedurali ossia quelle disposizioni di piano regolatore generale che subordinano ogni tipo di edificazione alla previa adozione di uno strumento esecutivo di iniziativa pubblica, non anche nell'ipotesi normale in cui è consentita anche la lottizzazione (strumento esecutivo di iniziativa privata). In questo caso il vincolo non opera.

3.4 L'indennizzo del danno da trattamento sanitario obbligatorio e in misure in materia di polizia igienico-sanitaria.

Non solo la lesione di diritti patrimoniali o diritti ad essi connessi (quali per es. il legittimo affidamento) costituiscono il presupposto per l'erogazione dell'indennizzo ma il principio indennitario può essere esteso - e così è fatto dal legislatore- ai danni derivanti da trattamenti sanitari obbligatori che incidono in maniera negativa la sfera soggettiva del cittadino.

Il riferimento normativo è posto dall'art. 32, Cost. il quale consacra il diritto alla salute a diritto fondamentale dell'individuo, oltre che a interesse primario per la collettività.

Importanza centrale assume il secondo comma, dato che sancisce la libera autodeterminazione del malato in merito al trattamento sanitario, che non può quindi

essere imposto se non nei casi espressamente previsti dalla legge, ossia nelle ipotesi di trattamento sanitario obbligatorio.

Concretamente si fa riferimento ai casi di danni da complicità di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie (e non), di trasfusioni e di somministrazione di emoderivati, ma si fa anche riferimento a misure in materia di polizia igienicosanitaria. In questi casi l'ablazione o la limitazione di un diritto che incide sulla salute di alcuni arreca un beneficio ad altri, ma non in termini necessariamente economici: ad esempio la vaccinazione obbligatoria permette il non propagarsi di una malattia infettiva su altri soggetti. Queste ipotesi trovano, quindi, legittimazione nell'art. 32, Cost. che può essere posto alla base delle restrizioni sia di norme incidenti su diritti personali, sia di norme restrittive della libertà di impresa per ragioni igienico-sanitarie (per es. l'abbattimento di animali infetti permette di circoscrivere l'infezione e l'espandersi su animali sani preservando la salute delle persone e degli allevamenti, ma anche l'attività di impresa)²⁶⁰.

Si fa riferimento alla normativa sull'igiene e sanità, a cominciare dal r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (T. U. Leggi sanitarie del 1934), che è caratterizzata da una struttura di legislazione di polizia i cui strumenti previsti trovano il fondamento negli istituti dell'autorizzazione, del divieto e del provvedimento ablatorio. L'autorità sanitaria agisce per un interesse oggettivo della comunità e il suo interesse si appunta non tanto sulla prestazione quanto invece sul risultato²⁶¹ i provvedimenti a carattere ablatorio nel sistema sanitario sono un istituto importante poiché con esso si riesce a comporre l'interesse pubblico con l'interesse privato. Tra queste ipotesi sono quelle che arrecano pregiudizio per il quale la legge prevede un indennizzo incidendo sulla libertà d'impresa (per ragioni igienico-sanitarie) o su diritti personali (la salute), in entrambi i casi per la tutela della salute della collettività. Se il primo aspetto è meno problematico poiché vi è un bilanciamento tra la salute e la libertà di impresa, laddove la libertà di impresa è destinata a soccombere alla salute, il secondo aspetto appare invece più delicato.

²⁶⁰ M.S. GIANNINI, *Provvedimenti ablatori nella legislazione sanitaria*, in *Riv. Bim. Dir. San.*, 2, 1963, 1,9.

²⁶¹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 110.

Il primo caso riguarda il caso degli allevamenti di animali (ad esempio bovini, ovini, caprini, pollame, suini) affetti da malattie infettive²⁶² per i quali è previsto il loro abbattimento al fine di proteggere gli allevamenti indenni. Le varie leggi in materia prevedono per l'abbattimento degli animali infetti un'indennità²⁶³.

Il secondo aspetto, disciplinato dalla normativa degli anni 90' del secolo scorso sulle vaccinazioni (obbligatorie e non), trasfusioni di sangue e somministrazione di emoderivati ²⁶⁴ e altre ipotesi, riguarda la tensione tra il diritto individuale alla salute e quello collettivo alla salute e trova la sua fonte primaria nella legislazione primaria.

La disciplina costituzionale considera la salute sotto due aspetti. Uno è quello individuale e soggettivo, laddove la salute è il fondamentale diritto dell'individuo. L'altro è sociale e oggettivo; la salute è così intesa come interesse della collettività. Talora l'uno può entrare in conflitto con l'altro²⁶⁵: nel senso che l'eventuale conflitto tra la libertà individuale interesse della salute collettiva può essere risolto a favore di quest'ultimo solo nei casi in cui la sua tutela non contrasti ma coincida con la tutela della salute individuale. È il caso in cui nel perseguimento dell'interesse alla salute della collettività attraverso i trattamenti sanitari - nel caso delle vaccinazioni obbligatorie (e trasfusioni di sangue o somministrazione di emoderivati) - sia pregiudicato il diritto individuale alla salute, quando tali comportamenti comportino, per la salute di quanti essi devono sottostare, conseguenze indesiderate, pregiudizievoli oltre il limite del normalmente tollerabile.

Un intervento fondamentale in materia è stato apportato dalla Corte costituzionale con la sentenza 22 giugno 1990, n. 307. Essa ha stabilito che «la possibilità per la legge, prevista dall'art. 32, comma II, Cost., di sottoporre la cittadinanza a trattamenti sanitari obbligatori al fine di tutelare la salute della collettività, non può essere disgiunta dalla previsione di strumenti di indennizzo nei confronti di quei soggetti che siano

²⁶² Tra le quali: la tubercolosi bovina, la brucellosi bovina oppure la peste suina africana.

²⁶³ Il T.U. leggi sanitarie del 1934 all'art. 256 prevede che nei casi di peste bovina e per il relativo abbattimento dell'animale è concessa al proprietario un'indennità variabili del 50 70% del valore di mercato

²⁶⁴ L. 25 febbraio 1993, n. 210 e successive mod. ed int. e l. 25 maggio 1995, n. 229.

²⁶⁵ Corte cost., 18 aprile 1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, 1006.

danneggiati dal trattamento anche in difetto dei presupposti, primo fra tutti la colpa, che legittimerebbero un'azione risarcitoria secondo le regole di cui all'articolo 2043 codice civile».

In sostanza, la restrizione dell'autodeterminazione individuale mediante l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio in nome dell'interesse della collettività alla salute è legittima soltanto nel caso in cui la collettività sia disposta a farsi carico, in conformità del principio solidaristico, della menomazione eventualmente subita dal soggetto sottoposto al trattamento, garantendo allo stesso un equo ristoro del danno sofferto²⁶⁶.

A questa pronuncia di legittimità del giudice delle leggi ha fatto seguito la l. 25 febbraio 1992, n. 210 che ha previsto «l'indennizzo a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati», testo normativo che come risulta dall'intitolazione, ha colto l'occasione per fornire una soluzione anche ai casi più eclatanti e diffusi di danni da contagio²⁶⁷, essa ha operato la quantificazione dell'indennizzo e ha precisato le modalità per far valere la pretesa dell'indennizzo.

Alla base di tale fattispecie indennitaria è posto il principio di solidarietà in forza della quale si applica il criterio della distribuzione dei pesi e dei benefici tra la comunità organizzata e il singolo²⁶⁸.

²⁶⁶ A. CRISMANI, *op. cit.*, 107.

²⁶⁷ R. CARANTA, *Danni da vaccinazione e responsabilità dello Stato*, in *Resp. Civ. e prev.*, 1998, 1352; recentemente con sentenza, 6 giugno del 2023, n. 181/2023, la Corte costituzionale si è altresì pronunciata in merito al riconoscimento della tutela indennitaria ai soggetti che abbiano subito lesioni o infermità, da cui siano derivati danni permanenti all'integrità psico-fisica, per essersi sottoposti a vaccinazione non obbligatoria, ma raccomandata, anti-papillomavirus (anti-HPV), dichiarando «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma I, della l. 25 febbraio 1992, n. 210 nella parte in cui non prevede il diritto ad un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, a favore di chiunque abbia riportato lesioni o infermità, da cui sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione contro il contagio da papillomavirus (HPV)».

²⁶⁸ M. ESPOSITO, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?*, Nota a Corte costituzionale, 27 ottobre 2006, n.342, 3403-3404 ²⁶⁹ Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107.

3.4.1 (Segue) L'indennizzo da vaccino nella legislazione "Covid-19".

La presenza di una tutela indennitaria per i danni causati dal vaccino, costituisce uno dei presupposti per la legittimità dell'obbligo vaccinale. Il principio, ribadito di recente dalla sentenza 'Vavricka' (Corte EDU, 8 aprile 2021, n. 116), è stato affermato anche dalla Corte costituzionale (Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 4; Corte cost. 23 giugno 1994, n. 258 e Corte cost., 22 giugno 1990, n. 307). La compatibilità con l'art. 32 cost della legge impositiva di un trattamento sanitario è data dalla presenza di alcune condizioni, indicate dai giudici di legittimità:

- il trattamento deve essere diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri;
- non deve incidere negativamente sullo stato di salute di colui che è obbligato, salvo che per quelle sole conseguenze che appaiano normali e, pertanto, tollerabili;
- nell'ipotesi di danno ulteriore, deve essere prevista comunque la corresponsione di una equa indennità in favore del danneggiato, e ciò a prescindere dalla parallela tutela risarcitoria.

La giurisprudenza della Corte costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi più volte sull'argomento delle vaccinazioni raccomandate (Corte cost., 22 novembre 2017, n. 268), e di recente, in pieno periodo pandemico, lo ha fatto con la sentenza 23 giugno 2020, n. 118.

Per la Corte di legittimità, non c'è differenza qualitativa tra obbligo e raccomandazione, il cui comune obiettivo è quello di assicurare la più ampia immunizzazione, essendo «del tutto irrilevante, o indifferente, che l'effetto cooperativo sia riconducibile, dal lato attivo, a un obbligo o, piuttosto, a una persuasione o anche, dal lato passivo, all'intento di evitare una sanzione o, piuttosto, di aderire a un invito»²⁶⁹. Anche se la raccomandazione appare sempre preferibile sul piano politico «per la sua spinta gentile», (che) accompagna e favorisce lo sviluppo dell'autodeterminazione, benché anche questa spinta incida anch'essa in profondità sul processo formativo del volere nel consenso informato, senza la costrizione e

l'*extrema ratio* dell'obbligo, aumenta la fiducia dei cittadini nella scienza e nell'intervento pubblico»²⁶⁹.

Le vaccinazioni raccomandate, sono caratterizzate dalla presenza di diffuse e reiterate campagne di comunicazione a favore dei trattamenti vaccinali, idonee ad ingenerare un affidamento della popolazione nei confronti di quanto viene consigliato dalle autorità sanitarie, fatto questo che rende la scelta individuale di vaccinarsi come votata alla salvaguardia non di un interesse personale ma dell'interesse collettivo della comunità. E poiché il singolo ha aderito alla vaccinazione in ragione delle esigenze di solidarietà sociale, lo Stato deve farsi carico delle eventuali conseguenze negative della sua integrità psico-fisica; sarebbe ingiusto invece consentire che fossero i singoli danneggiati a sopportare il costo di un beneficio anche collettivo²⁷⁰.

La Corte, ritenuto quindi che la funzione dell'indennizzo è quella di completare il "patto di solidarietà" tra individuo e collettività in tema di salute, e che sia necessaria la «traslazione in capo alla collettività, favorita dalle scelte individuali, degli effetti dannosi» che conseguano al vaccino, ha stabilito che la mancata previsione del diritto all'indennizzo in caso di patologie irreversibili derivanti da determinate vaccinazioni raccomandate si risolve in una lesione degli art. 2, 3 e 32 della Costituzione.

Di tal guisa il legislatore ha accolto l'impostazione espressa dalla Corte costituzionale e con il recente d.l. 27 gennaio del 2022, n. 4, art. 20, ha esteso l'obbligo indennitario già previsto dal suddetto articolo 1, l. 25 febbraio del 1992, n. 210 a favore di «coloro che abbiano riportato lesioni o infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, a causa della vaccinazione anti Sars-CoV2 raccomandata».

²⁶⁹ Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045.

²⁷⁰ V. anche Corte cost., 26 aprile 2012, n. 107

Sez. II

Profili funzionali dell'indennizzo

4. Il modello compensatorio

L'effettività della tutela è intimamente ancorata alla funzione che all'indennizzo si vuole attribuire, ma spesso la funzione rappresenta, come si vedrà, una soluzione compromissoria tra le Corti e il legislatore al fine di arginare il criterio liberista che potrebbe scardinare i confini e limiti quantitativi di indennizzabilità²⁷¹.

Il modello dogmatico della tutela indennitaria così come previsto dalle norme ed elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina sotto l'aspetto funzionale assume diversi connotati: sia come obbligo di corrispondere l'indennizzo e sia come dovere di corrispondere l'indennizzo. Nella prima ipotesi si configura la fattispecie fino ad ora chiamata responsabilità derivante da atto-fatto lecito che si differenzia dalla responsabilità da illecito; ad essa corrisponde una pretesa tutelata direttamente dalla Costituzione (ad esempio dagli artt. 42 e 32) e dalle leggi ordinarie. Nel secondo caso, invece, non rileva un'eventuale imputabilità e ascrivibilità ad un'attività dell'amministrazione. Esso rientra nella compagine di quelle situazioni in cui il nome della solidarietà, la collettività assume su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse²⁷².

Queste figure si ispirano l'una al principio della responsabilità reciproca e l'altra alla solidarietà verticale, l'elemento in comune è dato dal principio di solidarietà che fornisce la chiave di volta del bilanciamento tra i sacrifici dei singoli e l'interesse pubblico da perseguire²⁷³. Per queste ragioni entrambe le figure sono trattate in

²⁷¹ A. GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu, proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, Torino, 2009, 13-14.

²⁷² M. ESPOSITO, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?* Nota a Corte costituzionale, 27 Ottobre 2006, n. 342, 3403 -3404.

²⁷³ Sul punto si è recentemente espressa la Corte Costituzionale la quale, pronunciandosi in materia di indennizzo conseguente a trattamento vaccinale, con la sentenza 23 giugno 2020, n. 118, ha confermato che «La ragione che fonda il diritto all'indennizzo del singolo non risiede quindi nel fatto che questi si sia sottoposto a un trattamento obbligatorio: riposa, piuttosto, sul

positivo e rappresentano un rimedio soddisfacente del sacrificio posto a carico del privato e si possono ricondurre al modello che prevede la corresponsione di un'indennità come strumento di compensazione del sacrificio che il privato deve sopportare²⁷⁴.

Sicché il criterio della distribuzione dei pesi e dei benefici tra la comunità organizzata e il singolo, il quale si fa carico dei sacrifici, può aversi sia quando la fonte è un comportamento ascrivibile all'esercizio del potere e sia quando ci sono situazioni che generano eventi non ascrivibili ad alcun atto-fatto del potere pubblico. In quest'ultimo caso si hanno quelle situazioni (ad esempio nel caso della trasfusione del sangue e degli emoderivati e della conseguente ed eventuale comparazione di malattie) la cui frequenza statistica rende diffusa nella società la percezione della pericolosità del verificarsi di determinati eventi, nella consapevolezza che il fenomeno socialmente dannoso e difetti della possibilità di essere canalizzato attraverso l'imputazione del danno proprio delle regole di responsabilità civile. Si assiste così all'implementazione di schemi compensativi che non si basano sulla configurabilità in concreto del requisito della colpa, ma, prescindendo da esso, stabiliscono *ex ante* l'indennizzabilità di determinati danni in maniera quasi automatica.

Si profila un modello di responsabilità che non riguarda la funzione punitiva o preventiva, bensì la funzione compensativa. Sono presenti orientamenti in dottrina che oltre alla classica funzione dissuasiva aggiungono una nuova funzione consistente nell'allocatione del rischio connesso ad attività ad alta dannosità riferita all'esercizio delle funzioni economiche o allo svolgimento di determinate attività legislativamente considerate potenziali fonti di danno²⁷⁵. Il vaglio circa l'elemento soggettivo del dolo della colpa non (sempre) si addice a una società complessa come quella attuale. Sono presenti nell'ordinamento, infatti, situazioni nelle quali la ricerca della colpa risulta

necessario adempimento, che si impone alla collettività, di un dovere di solidarietà, laddove le conseguenze negative per l'integrità psico-fisica derivino da un trattamento sanitario (obbligatorio o raccomandato che sia) effettuato nell'interesse della collettività stessa, oltre che in quello individuale.”

²⁷⁴ A. CRISMANI, *op. cit.*, 76.

²⁷⁵ F. GALGANO, *Il diritto regolatore della responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Bologna, 2009, 918-920.

socialmente eccessivamente onerosa o è insussistente, entrano in gioco allora i c.d. fondi di garanzia che uniti a meccanismi di assicurazione obbligatoria²⁷⁶ - finanziati dalle stesse imprese di assicurazione mediante prelievi annuali in proporzione dei premi incassati per l'assicurazione in questione - si obbligano a indennizzare i soggetti che subiscono pregiudizi.

La cultura giuridica anglosassone e statunitense nella metà del secolo scorso in piena crescita industriale e in piena emersione di (allora) nuovi danni incidenti sui diritti della c.d. seconda generazione, provocati ad esempio dalla circolazione stradale di automobili, treni, aerei - oppure dagli esecutori di servizi pubblici come per esempio compagnie telefoniche, elettriche ed energetiche e così via - consapevole in virtù del suo approccio pragmatico che la legge non può tutto vincolare, invocava una rivisitazione del modello classico di responsabilità che dovrebbe essere ascritta ad una *new rule of "negligence without fault"*²⁷⁷.

L'aspetto da considerare, e che costituisce un punto di partenza sia per l'analisi economica del diritto sia per il contrapposto giudizio sociale, è l'effetto socializzante. Ci sono ipotesi nelle quali l'ordinamento per considerazione equitativa riconosce un indennizzo nonostante la mancata imposizione autoritativa del sacrificio di un diritto. Queste si fondano sulla solidarietà collettiva e si attestano come misure di sostegno assistenziale di tipo economico disposta dal legislatore a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno. In questi casi non vi è alcuna trasmissione del beneficio economico da un soggetto ad altro, il rapporto è unilaterale nel senso che a fronte del sacrificio di un soggetto non corrisponde un arricchimento a favore della società. Non vi è nemmeno un comportamento autorizzato dal legislatore a creare un danno. Vi è invece la comune radice individuabile nelle nozioni di giustizia correttiva e di giustizia distributiva. L'obiettivo è essenzialmente ricercare delle alternative ai modelli di responsabilità civile, cioè a forme di tutela che si discostano dal modello del

²⁷⁶ Si v. il fondo per previsto nel settore della circolazione dei veicoli dalla l. 24 dicembre 1969, n. 990, i fondi nazionali di garanzia per la tutela dei crediti vantati dai clienti nei confronti delle società di intermediazione mobiliari, ex art. 15, l. 2 gennaio 1991, n. 1; fondo istituito per le vittime della caccia dalla l. 11 febbraio 1992, n. 157.

²⁷⁷ A. A. EHRENZWEIG, *Negligence without tort*, in *California Law review*, 1951, 1424.

risarcimento ordinario, costruito sulle generali regole della responsabilità extracontrattuale, che però garantiscano un ristoro che seppur inferiore al risarcimento è attribuito in tempi assai brevi, con oneri probatori e requisiti meno stringenti rispetto a quelli richiesti nella responsabilità per colpa e con costi a carico del danneggiato notevolmente inferiori ai costi del sistema risarcitorio, ma anche con costi inferiori per lo Stato e per le amministrazioni pubbliche. In questi casi il ristoro (l'indennizzo) non è fondato sulla regola della responsabilità, ma su quella della garanzia. Lo Stato indennizza un certo evento dannoso non perché vi sia una propria responsabilità, quanto perché gli eventi sono di tale portata e importanza che la collettività stessa si preoccupa di ristorarli.

4.1 La commisurazione dell'indennizzo (rinvio)

È necessario ora analizzare il profilo di particolare interesse rappresentato dalla commisurazione dell'indennizzo in particolare nell'ambito del più generale studio della funzione compensativa.

La questione maggiormente rilevante nella disquisizione concernente gli elementi costitutivi qualificanti la figura indennitaria è rappresentata dai criteri di commisurazione dell'indennizzo. Tale *vexata quaestio* fu ed è ancor oggi oggetto di orientamenti dottrinali contrastanti che costruiscono tale istituto partendo da bilanciamento di interessi tra loro contrastanti. Come si vedrà non è possibile, se non senza semplificazioni, addivenire ad un unico criterio applicabile a tutte le fattispecie indennitarie presenti nell'ordinamento. L'intento è però quello di presentare in maniera organica e coerente il percorso che siffatto istituto ha seguito e proporre un modello alternativo di commisurazione dell'indennizzo che possa aderire ad ogni singola fattispecie indennitaria.

La dottrina ha ritenuto di poter annettere - *a prima facie* - all'indennizzo un contenuto meramente oggettivo, con esclusione del valore soggettivo attribuito all'interesse leso dal titolare. Secondo questo orientamento l'indennizzo deve fare riferimento all'ipotetico prezzo di mercato del bene, escludendo ogni valutazione riguardante la sua idoneità a soddisfare l'interesse del suo proprietario ed eventualmente di altri soggetti. A tale risultato si è pervenuti sulla base della

considerazione che il risarcimento avrebbe, a differenza dell'indennizzo, carattere sanzionatorio perché conseguenza di un comportamento illecito. A tale conclusione si è giunti però sulla base dell'articolo 42, comma III, Cost. che è stato assunto da riferimento per valutare la legittimità costituzionale della legislazione ordinaria e, in assenza di questa, per determinare la misura dell'indennizzo. In virtù di questa disposizione sono state respinte sia la tesi secondo cui l'ordinamento deve garantire in modo assoluto le posizioni economiche dei titolari di diritti incisi dell'intervento pubblico sia l'opposta tesi che ritiene sostanzialmente libera la determinazione della misura della riparazione nei casi in cui è dovuta. Si è così affermato che l'indennizzo non può essere stabilita in misura "irrisoria", "simbolica" o meramente apparente²⁷⁸, ma rovesciando questo assunto, che esso deve costituire un "serio ristoro", ossia non deve essere del tutto svincolato dal valore venale del bene ²⁷⁹.

Se questo criterio rappresenta il limite in un certo senso minimo della determinazione della misura dell'indennità, le sentenze della Corte hanno indicato dall'articolo 42, Cost. anche un limite massimo, un tetto: la misura dell'indennizzo non deve essere tale da impedire il raggiungimento dei fini dell'espropriazione. E riportando il giudice costituzionale non può superare «il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi di generale interesse, la pubblica amministrazione può garantire all'interesse privato».

Com'è agevole rilevare, le affermazioni qui sintetizzate consentono l'enucleazione di criteri "in negativo", mentre per risolvere il problema della determinazione del *quantum* dell'indennizzo, occorre offrire anche indicazioni "in positivo"²⁸⁰.

Dunque, da questo punto di vista, è fuor di dubbio che l'ultimo dei principi dianzi indicati rende più probabile il contrasto con il raggiungimento dei fini di interesse generale di un indennizzo troppo alto piuttosto che di uno troppo basso²⁸¹. D'altro

²⁷⁸ Cfr. Corte cost., 13 maggio 1957, n. 61, che equipara un indennizzo stabilito in "misura simbolica" ad un indennizzo "inesistente".

²⁷⁹ Così Corte cost., 6 giugno 1963, n. 91, e inoltre cfr. A. SORACE, *Espropriazione per pubblica utilità*, in *Digesto*, cit., Torino, 1991, 15 ss.

²⁸⁰ S. CICCARELLO, *op. cit.* 115.

²⁸¹ Così A. SORACE, *op. cit.*, 29 s.

canto, per il caso dell'espropriazione ha ripreso applicazione il criterio contenuto nell'articolo 39 della l. 1865 n. 2359²⁸², che fissa l'indennità nello stretto valore oggettivo del bene espropriato. Pertanto, in caso di espropriazione totale l'indennità deve essere pari al valore commerciale del bene, mentre, ove l'espropriazione sia parziale, il ristoro dovrà ammontare alla differenza del valore commerciale del bene stesso prima e dopo l'espropriazione (vedi artt. 39 e 40, l. 1865 n. 2359). Prende così risalto come elemento di riferimento per la determinazione della misura dell'indennità, anche in caso di silenzio legislativo, l'equivalente economico del sacrificio, il "valore effettivo" del bene²⁸³. Per il temperamento dovuto all'interesse generale cui sacrificio è preordinato, anche alla luce dell'articolo 42, Cost. la Consulta ha concluso che l'indennizzo, a differenza del risarcimento, non si estende all'intero pregiudizio derivante al singolo, all'integrale riparazione delle perdite subite ²⁸⁴ (che comprende ad esempio anche ad es. i c.d. lucri cessanti), ma deve al più corrispondere al vantaggio effettivo che il sacrificio riversa sulla collettività.

Tale orientamento è stato tuttavia messo in discussione.

Il diritto positivo conosce infatti forme di risarcimento inferiore all'ammontare del danno (artt. 1307 c.c.; 1696 c.c.) E situazioni in cui la misura della riparazione è identica a prescindere dell'antigiuridicità o meno del danno (risarcimento dei danni di guerra ai sensi della l. 27 dicembre del 1953, n. 968) quindi, per il diritto positivo non sempre l'alternativa tra danno antigiuridico e danno illecito e danno da fatto illegittimo o non antigiuridico è rilevante al fine di determinare la misura del ristoro o della compensazione. Viene così meno uno degli elementi distintivi del risarcimento dall'indennizzo. Se è inoltre evidenziato²⁸⁵ che l'indirizzo prevalente trova spiegazione nella qualificazione dell'espropriazione come una specie di compravendita coatta, da cui discende la visione dell'indennizzo in termini di prezzo del bene espropriato,

²⁸² V. la già citata sentenza Corte cost., n. 61 del 1957.

²⁸³ V. in questo senso Corte cost., 13 luglio 1984, n. 231.

²⁸⁴ Così Corte cost., n. 231 del 1984, nella quale si è ammessa la legittimità del criterio fondato sul valore agricolo se riferito ad aree prive di attitudine edificatoria.

²⁸⁵ Cfr. A. SORACE, *op. cit.*, 418 ss.

mentre l'istituto non è in alcun modo riconducibile al *genus* dei negozi traslativi, in quanto manca la partecipazione consensuale dell'espropriato, che anzi spesso è del tutto contrario al trasferimento. Pertanto, più correttamente il fenomeno è stato ricondotto nell'ambito dei provvedimenti amministrativi con effetti reali, con la conseguenza di ricomprendere nell'indennizzo anche il valore soggettivo attribuito al bene del titolare ed eventualmente ad altri soggetti aventi titolo su di esso²⁸⁶. D'altronde non può affermarsi che la collettività sia vantaggiata soltanto dalla "valore oggettivo" del bene, giacché i beni pubblici sono per definizione fuori mercato. Certo, il provvedimento espropriativo non può considerarsi illecito, essendo ammesso dall'ordinamento. Quindi è del tutto ovvio che esso, se legittimo, paralizzi ogni forma di tutela nei confronti dell'atto privativo-traslativo della proprietà²⁸⁷. Né questa può fondarsi sulla prescrizione costituzionale di un indennizzo, giacché in questo modo si darebbe per dimostrato ciò che invece è da dimostrare, e cioè che l'indennizzo abbia un contenuto più ridotto rispetto al risarcimento. D'altronde, allargando lo sguardo all'insieme del testo costituzionale, è fuor di dubbio che in esso trovano protezione interessi, in cui il sacrificio, nelle ipotesi in cui è ammesso (e ancora più ove non ammesso, trattandosi di danno da illecito), non può che comportare un pieno ristoro; in particolare, per quelli qualificati come diritti fondamentali deve ritenersi dovuto, quando non si sia in presenza di limitazioni inerenti al loro regime giuridico, il pieno risarcimento anche in considerazione della loro non degradabilità ad interessi legittimi.

Inoltre, quando il sacrificio dev'essere ristorato dall'organizzazione pubblica non può richiamarsi neppure l'eccessiva onerosità dell'obbligazione di cui all'articolo 2058, c.c. In quanto sarebbe inammissibile un'azione pubblica che comprima le ragioni dei titolari di diritti o interessi tutelati dalla Costituzione²⁸⁸. Dall'articolo 53, Cost. si desume altresì che la contribuzione alle spese pubbliche spetta a tutti «in ragione della

²⁸⁶ Ad analogo risultato si perviene accogliendo l'indirizzo proposto da E. GASPARRI, *Considerazioni in tema di serio ristoro e di cripto-contribuzioni inique*, Milano, 1965, 397.

²⁸⁷ Cfr. A. SORACE, *op. cit.*, 418 ss.

²⁸⁸ Cfr. S. CICCARELLO, *op. cit.*, 54.

loro capacità contributiva». Anche da questo punto di vista non sembra giustificato un sacrificio speciale in capo ai titolari dei beni soggetti ad espropriazione.

Siffatta conclusione trova un temperamento nella considerazione che spesso - come nel caso della rendita urbana - una parte del valore del bene sacrificato ha origine nella stessa azione pubblica; in questi casi sembra del tutto ragionevole e conforme a giustizia che tali fattori determinanti il valore del bene non vengono compensati²⁸⁹. Una diversa disciplina contrasterebbe anche con l'art. 53, Cost., che non può imporre la conduzione "a spese pubbliche" volte a determinare arricchimenti ingiustificati²⁹⁰. In questo senso si è espressa la stessa Corte costituzionale²⁹¹ affermando che la disciplina sulla misura dell'indennizzo, disposta «allo scopo di impedire che l'espropriando si avvantaggi di un super valore derivante dall'esecuzione o dal preannuncio di esecuzione di opere pubbliche, non solo non è illegittima, ma, come strumento che preclude ingiustificabili arricchimenti a spese della collettività, è espressione di un indirizzo politico fondato su basilari principi della Costituzione». Dovrebbe costituire invece elemento determinante la misura dell'indennizzo quella parte di rendita attribuibile a fattori naturali o ad investimenti dei privati²⁹².

A queste conclusioni si potrebbe opporre che il principio di eguaglianza (art. 3, Cost.) impone che i criteri espropriativi sono stabiliti in modo da scongiurare ingiustificata disparità di trattamento tra i titolari dei diritti sacrificati e fra questi ed i titolari di diritti non interessati da provvedimenti limitativi della pubblica amministrazione. Tuttavia, nei casi di rendite determinate dall'azione pubblica (come quelle immobiliari) le situazioni di riferimento per verificare l'eguaglianza di trattamento sono, più che le posizioni dei proprietari non espropriati, le tanto disuguali posizioni esistenti all'interno di questa categoria. La stessa Corte costituzionale, infatti, ha riconosciuto la legittimità di limitazioni all'edificabilità di

²⁸⁹ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 1151.

²⁹⁰ Cfr. A. SORACE, *op. cit.*, 418 ss.

²⁹¹ Corte cost., 22 aprile 1970, n. 63.

²⁹² Rispondendo così alla tutela dell'affidamento dei privati, con la conseguente esclusione dell'obbligo indennitario nell'ipotesi in cui le spese siano preordinate all'aumento dell'ammontare dell'indennizzo.

diversa intensità in relazione alla localizzazione, al decoro dei beni e simili²⁹³. È ammesso per i proprietari non espropriati anche il divieto, senza indennizzo, di alterare con costruzioni o da altro i loro terreni se appartenenti ad una categoria la intrinseca connotazione impedisca siffatti usi. Inoltre, anche la Corte costituzionale²⁹⁴ ha ritenuto legittimo ai sensi dell'articolo 42, comma III, Cost., che il legislatore nella sua discrezionalità, stabilisca criteri diversi di determinazione dell'indennità di espropriazione «in relazione agli scopi perseguiti dalle singole leggi ed agli interessi pubblici e privati da temperare». Anche in considerazione di ciò, eguaglianza di trattamento con un effettivo e pertinente sistema di prelievi sulle rendite, non facendo rientrare queste ultime tra i valori che concorrono a determinare la misura dell'indennizzo.

In conclusione, può dirsi che a fronte dell'orientamento prevalente e più sedimentato va affermandosi una nuova tendenza volta a ricomprendere nell'indennizzo incrementi dovuti a fatti naturali o ad interventi dei privati e ad escluderne quelli dovuti all'azione pubblica. Secondo quest'indirizzo a determinare la misura dell'indennità concorre altresì il valore soggettivo attribuito al bene del titolare e dagli altri soggetti aventi diritti su di esso. Siffatti criteri, essendo desunti dall'articolo 42, Cost., dovrebbero valere come parametro per valutare la legittimità costituzionale della legislazione ordinaria e, in mancanza di questa, come elementi per determinare la misura dell'indennizzo.

5. Il modello sanzionatorio

Come già ribadito precedentemente la fattispecie indennitaria come statuita dalle norme e sviluppata dalla giurisprudenza contempla due modelli sotto il profilo funzionale: il primo rientra nel *genus* del modello compensatorio e il secondo è rappresentato dal modello sanzionatorio.

²⁹³ V. Corte cost., n. 5 del 1968.

²⁹⁴ Corte cost., 4 aprile 1990, n. 216.

La natura delle fattispecie indennitarie c.d. sanzionatorie è oggetto di diatriba sia in dottrina che in giurisprudenza. Non è chiaro il confine tra l'atto lecito e la sanzione in senso stretto. L'esempio che meglio rappresenta la discussione in oggetto è rappresentato dall'istituto dell'indennizzo da mero ritardo²⁹⁵ (a cui rimandiamo per i relativi approfondimenti²⁹⁶) e la carta dei servizi.

In tale ipotesi sebbene vi siano elementi tali da ritenere sussistenti gli estremi dell'illecito si utilizza il rimedio indennitario a mascheramento di quello risarcitorio come strumento meno oneroso dal punto di vista della commisurazione, si cerca così di modellare la fattispecie in un'ottica sanzionatoria sacrificando ingiustamente i diritti dei singoli. In altre occasioni, invece, il modello sanzionatorio assume la funzione che gli è propria: reagire al malfunzionamento dell'amministrazione. In questi ultimi casi non si sostituisce al rimedio risarcitorio poiché le finalità sono diverse.

La versione classica (della responsabilità come sanzione) si basava sul convincimento che, per non soggiacere alla sanzione del risarcimento, i singoli si dovrebbero astenere dal porre in essere comportamenti lesivi dell'altrui diritto. Il requisito soggettivo del dolo o della colpa del danneggiante opera quale criterio selettivo del danno risarcibile. In tal senso il danno non ascrivibile a dolo o colpa del danneggiante resta a carico del danneggiato. Solo il danno non ascrivibile all'altrui colpa (o dolo) è accettato dalla coscienza sociale. Del pari è accettato come inevitabile il pregiudizio subito in conseguenza dell'altrui esercizio di un diritto (la c.d. responsabilità da atto lecito)²⁹⁷.

Nell'alveo degli indennizzi con funzione sanzionatoria rientra lo strumento della cd. carta dei servizi da parte dei soggetti erogatori di servizi pubblici. Questo istituto, la cui natura giuridica e matrice privatistica o pubblicistica non sono del tutto pacifiche, prevede - quale elemento di rafforzamento dell'obbligo di rispettare standard qualitativi specifici - il pagamento di indennizzi automatici forfettari nel caso

²⁹⁵ M. RENNA, *Responsabilità: funzioni e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2017, *passim*.

²⁹⁶ V. § 3.3.1, Cap. II.

²⁹⁷ V.P. GUARDA, *Automobilisti danneggiati dalla fauna selvatica: regole di responsabilità e piani di indennizzo no-fault*, in *Danno e resp.*, 2004, 1182.

del mancato rispetto degli impegni unilateralmente assunti. In materia di qualità e servizi pubblici il d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 ha previsto all'art.28 (come del resto già il precedente art. 11, d. lgs. 30 luglio 1999, n. 286) l'indennizzo automatico e forfettario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità. Il principio della qualità del servizio ha lo scopo di favorire la realizzazione della persona umana, considerata sotto il profilo dell'agente economico, all'interno della relazione economiche, soprattutto con riguardo alle utilizzazioni dei servizi pubblici (imprenditori e sociali), dove è possibile riscontrare la presenza di rilevanti interessi sociali costituzionalmente tutelati (art. 41, Cost.)²⁹⁸. Il diritto all'indennità scaturisce automaticamente, a seguito della semplice ed evidente constatazione della non corrispondenza oggettiva della prestazione promessa. In tal modo l'indennizzo non attiene agli aspetti qualificanti la stessa essenza del rapporto di utenza, ma interviene a "sanzionare" la mancata osservanza del profilo qualitativo del servizio. Tale servizio costituisce però una nozione complessa che va oltre il rapporto perdere (amministrativo o contrattuale) che lega il soggetto erogatore e l'utente e si pone su un piano distinto, seppur contiguo²⁹⁹.

Il termine (indennizzo) a prima vista potrebbe essere idoneo a richiamare il concetto di responsabilità da atto lecito, mentre le aggettivazioni "automatico" e "forfettario" sottolineano il carattere della non necessaria presenza di un danno effettivo, ovvero di un pregiudizio accorso all'utente. Secondo una versione dottrinale l'indennizzo automatico forfettario rimane nettamente distinto dal profilo risarcitorio vero e proprio e non va confuso con questo. Assumerebbe la natura di una singolare sanzione amministrativa configurato dal legislatore a parziale ristoro

²⁹⁸ Sull'argomento S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998; G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 1, 1996, 17, per il quale «l'indennizzo automatico rappresenta una somma di denaro che viene corrisposta agli utenti nel caso di inadempimento di clausole contrattuali e di violazione degli standard di qualità del servizio.».

²⁹⁹ La qualità che si vuole garantire con la carta del servizio costituisce un obiettivo ulteriore da perseguire e raggiungere nell'ottica di un assetto dei servizi pubblici, informato alla cultura del risultato, all'impiego economicamente ottimale delle risorse umane e strutturali e, più in generale, alla realizzazione della c.d. *customer satisfaction*.

dell'inosservanza dei parametri qualitativi, indipendentemente dalla sussistenza di un danno effettivo³⁰⁰.

L'alternativa proposta da altra dottrina è diversa. L'indennizzo automatico solo apparenza sembrerebbe differire dalla nozione di risarcimento. L'uso del termine "indennizzo" sarebbe improprio e comunque atecnico, mentre più conforme rispetto della norma apparirebbe il riferimento alla nozione di "automaticità" e di determinazione "forfettaria" del quantum dovuto, che richiamerebbe la tecnica delle clausole penali. Queste ultime possiedono la duplice finalità di stabilire anticipatamente la misura del risarcimento del danno, nonché quella di fungere da stimolo per l'adempimento delle obbligazioni assunte: caratteri che sono comuni agli indennizzi dovuti agli utenti dei servizi pubblici³⁰¹. Sulla base di questo ragionamento le forme di indennizzo automatico possono essere avvicinate alle clausole penali, delle quali rappresenterebbe una *species*, poiché essi verrebbero corrisposti agli utenti nell'evenienza di inadempimenti di vere proprie clausole contrattuali in particolar modo a fronte di violazioni degli standard di qualità e di efficienza del servizio. Nelle forme più evolute il sistema effettua una cernita di disservizi e a ciascuno di essi assegna di indennizzo, creando così una griglia di indennizzi specifica per i singoli disservizi. Qualunque sia la natura degli indennizzi automatici forfettari (sanzione amministrativa o clausole penali) rimane il dato normativo di fondo di sanzione tipica prefigurata in diretta connessione al mancato rispetto del livello qualitativo delle prestazioni, espressamente garantito all'interno della carta del servizio, tuttavia in tal modo non soddisfa del tutto il pregiudizio o la lesione del singolo.

5.1 (Segue.) Il problema della tipicità e dell'offensività

Nel diritto penale l'individuazione legislativa del fatto illecito non avviene di regola in forma diretta, attraverso cioè l'indicazione del contenuto di disvalore che rappresenta la ragione sostanziale dell'incriminazione, ma in forma indiretta, attraverso cioè lo strumento della fattispecie, che seleziona i fatti illeciti tipizzandoli

³⁰⁰ G. TULUMELLO, *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, 1999, 417.

³⁰¹ G. NAPOLITANO, *Gli "indennizzi automatici" agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, 1996, 15.

in schemi più o meno complessi di accadimenti costitutivi di una sintesi tra descrizione esterna del fatto e suo intrinseco disvalore³⁰². Vi è un'esigenza logicamente collegata al precetto della norma penale incriminatrice. Poiché la norma penale aspira ad influenzare il comportamento dei suoi destinatari, trattenendoli dal compiere fatti indesiderati, cioè dotati di disvalore sociale, la sua formulazione deve essere tale da favorire al massimo la "comunicazione". Perciò tale comunicazione dovrà poter contare sia sulla chiarezza descrittivo-concettuale del comportamento oggetto del precetto, sia sulla sua capacità "evocativa" di far assimilare ed interiorizzare gli stessi contenuti di disvalore specifico. Sicuramente l'individuazione degli illeciti fatta per tipi agevola il recepimento da parte dei destinatari della comunicazione precettiva.

Il fatto deve essere così circoscritto a particolari modalità aggressive, selezionato "per tipi". In pratica, la frammentarietà del diritto penale garantisce che la tutela punitiva non assuma una tendenza onnipervasiva, contribuendo così all'esigenza di contenimento dell'intervento e ad evitare derive in senso autoritario e pericolose per la libertà dei cittadini³⁰³.

Se gli indennizzi con funzione sanzionatoria - come viene sostenuto da eminente dottrina³⁰⁴- sono in realtà sanzioni "vestite" da indennità, e quindi conseguono ad atto illecito dell'amministrazione, dovrebbero soggiacere alla disciplina tipizzante prevista per siffatta figura giuridica

Il principio di offensività richiede, inoltre, che il fatto oggetto di censura sia materialmente lesivo di un bene protetto. Nell'ipotesi da noi studiate nonostante gli atti siano contemplati e resi leciti dall'ordinamento comportano un pregiudizio concreto a beni della vita protetti dall'ordinamento (es. proprietà, salute, tempo, ecc.).

Perciò per poter invocare la tutela indennitaria - con particolare riguardo all'indennità sanzionatoria - è necessario che l'agire amministrativo censurato sia previsto come esplicita fattispecie meritevole di tutela indennitaria; inoltre il medesimo fatto deve costituire concreta offesa al bene giuridico del cittadino.

³⁰² G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 352.

³⁰³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, 354.

³⁰⁴ M. RENNA, *Responsabilità: funzioni e pubbliche amministrazioni*, cit., *passim*.

6. Conclusioni

Come detto, lo scopo del presente scritto è quello di riflettere sull'esistenza o meno di un principio generale indennitario, cogliendo i limiti applicativi della normativa in materia, e di approfondire i diversi criteri di commisurazione del *quantum* indennitario dovuto dall'amministrazione al cittadino a fronte del sacrificio subito dal privato in conseguenza di attività lecita dannosa.

A tal fine, in primo luogo, partendo dal riconoscimento delle analogie e differenze tra l'indennizzo presente nel diritto civile e nel diritto amministrativo si è affermata la non completa estraneità dell'istituto nei due diversi ambiti di applicazione, pur attestandone la medesima natura genealogica (i principi si rinvengono nella Costituzione agli artt. 2, 3 e 42.).

Rispetto alla diversa figura del risarcimento del danno la natura dell'obbligo indennitario diverge in quanto origina da un atto lecito (pur produttivo di danno) e non da un atto illecito; di conseguenza anche l'ambito di applicazione e la disciplina a cui soggiacciono non coincide nei due istituti.

Si è poi proceduto si sono approfonditi gli elementi strutturali della fattispecie indennitaria comparando analiticamente la responsabilità da atto legittimo alla responsabilità da atto illegittimo e da comportamento illecito

Successivamente si è proseguito nella disamina delle ipotesi indennitarie previste dal diritto positivo, cercando di coglierne i profili più rilevanti e i tratti di comunanza e differenza.

I tipi indennitari possono distinguersi anche in base alla funzione che la legge gli attribuisce. In particolare emergono due funzioni paradigmatiche a cui ascrivere ogni singola fattispecie indennitaria prevista dall'ordinamento positivo: la funzione compensatoria e la funzione sanzionatoria.

Nella prima rientrano una compagine di situazioni in cui il nome della solidarietà, la collettività assume su di sé, totalmente o parzialmente, le conseguenze di eventi dannosi fortuiti e comunque indipendenti da decisioni che la società stessa abbia preso nel proprio interesse.

La seconda è volta invece a reagire al malfunzionamento dell'amministrazione (come si può notare esplicitamente nell'istituto della carta dei servizi).

L'analisi dei vari modelli funzionali permette di individuare i confini della figura indennitaria consentendo una più completa ricostruzione sistematica della materia ed un eventuale riconoscimento di un principio generale nel quale ricomprendere i singoli istituti.

Le implicazioni che tale riconoscimento comporta sono molteplici, a partire dal generale potenziamento delle garanzie a favore del cittadino nei confronti dell'agire della pubblica amministrazione, favorendo un miglior rapporto tra il privato e le istituzioni e realizzando un ulteriore passo verso la consacrazione del principio di paritarietà, che «implica l'abbandono o il superamento della relazione potere/interesse legittimo, propria della concezione tradizionale, sostituita con una relazione che esprime l'immediata, diretta responsabilità dell'amministrazione nei confronti dei portatori di interessi che possono essere variamente incisi, in termini di obblighi e di diritti soggettivi»³⁰⁵.

³⁰⁵ Cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.

CAPITOLO III

PROFILI RICOSTRUTTIVI: L'AN E IL QUANTUM INDENNITARIO

SOMMARIO: Premessa. I problemi aperti: fra perimetro e commisurazione dell'indennizzabile. - **Sezione I - L'an indennitario** - 1. Il perimetro del danno indennizzabile: la questione dell'esistenza di un principio generale "indennitario". - 2. L'affermazione di una clausola congiuntiva ablazione indennizzo in forza del parametro "interposto" di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU nella lettura "sostanzialista" della Corte. - 2.1 Primo risultato: la tutela indennitaria dell'utilità economica "legittima" è un principio di rango europeo-convenzionale. Conseguenze in ordine alle condizioni di legittimità costituzionale delle norme attributive di poteri amministrativi "ablatori" in assenza di indennizzo. - 3. Inconfigurabilità di un principio generale dell'azione amministrativa "indennitario". Secondo risultato: necessaria tipicità di ogni fattispecie indennitaria. - 3.1 Rilievi in ordine all'autonomia dell'obbligazione indennitaria rispetto alle condizioni di validità dell'atto amministrativo ma contestuale riscontro della sua potenziale rilevanza "indiretta" della sua corresponsione/quantificazione nell'operazione di bilanciamento degli interessi. - 4. Applicazione dei risultati raggiunti alle fattispecie c.d. *praeter legem*. - **Sezione II - Il quantum indennitario** - 5. Il problema della commisurazione dell'indennizzo e i diversi "modelli" applicabili. - 5.1 Il modello civilistico. - 5.2 Il modello espropriativo. - 2.3 L'analisi economica del diritto. Applicazione del modello alle fattispecie indennitarie più rilevanti. - 5.3.1 (Segue.) Analisi economica e potere espropriativo. - 5.3.2 (Segue.) Analisi economica e revoca. - 5.3.3. (Segue.) Analisi economica e riesame delle autorizzazioni ambientali. - 5.4. (Segue.) Analisi economica e prospettive *de iure condendo*: i c.d. piani *no-fault*. - 6. Conclusioni

Sez. I

L'an indennitario

Premessa. I problemi aperti: fra perimetro e commisurazione dell'indennizzabile.

Le riflessioni finora condotte ci permettono di avere una visione più limpida del fenomeno indennitario nel suo complesso; tuttavia, rimangono ancora questioni non

risolte di importante rilevanza. Anzitutto deve porsi l'interrogativo circa il confine applicativo della figura indennitaria e i limiti all'estensione di tale strumento di tutela a ipotesi in cui esso non è previsto espressamente dalla legge, nonostante siano presenti tutti gli elementi tipici della fattispecie analizzati nei precedenti capitoli. La risposta a tale interrogativo dipende dalla soluzione della questione in ordine all'esistenza o meno di un principio generale indennitario nell'ordinamento e, in caso di risposta affermativa, quale natura giuridica esso abbia.

Nel capitolo che segue si procede, in ordine, ad analizzare se si possa o meno configurare un principio generale indennitario e se quest'ultimo abbia rango costituzionale e se lo stesso si rivolga al legislatore ovvero sia principio che informa l'agire della pubblica amministrazione nell'esercizio dei propri poteri. Come si vedrà, la risposta a tale quesito comporta rilevanti conseguenze in ordine all'ammissibilità o meno di fattispecie che, seppur in presenza di presupposti dai quali -teoricamente- scaturisce l'obbligo indennitario, non prevedono un indennizzo a favore del cittadino a fronte del pregiudizio conseguente al legittimo esercizio del potere.

1. Il perimetro del danno indennizzabile: la questione dell'esistenza di un principio generale "indennitario".

La domanda che si pone e a cui si sforza di dare una risposta è se sia possibile rinvenire nell'ordinamento un principio generale di tutela indennitaria, oppure come è stato osservato «la cosiddetta responsabilità per atti legittimi è definitivamente confinata dove il legislatore l'ha prevista»³⁰⁶.

La seconda domanda che si pone è quale natura giuridica debba attribuirsi a tale principio. Dalla risposta a tale questione, infatti, discendono conseguenze di non poco momento con riguardo all'ambito di estensione della tutela indennitaria alle ipotesi in cui essa non è prevista.

Se esso, infatti, fosse ricostruito come un principio di rango costituzionale, tale principio costituirebbe un vincolo per il solo legislatore, chiamato a disciplinare il potere amministrativo con la previsione di obblighi indennitari, laddove se ne

³⁰⁶ Così R. CARANTA, *op. cit.*, 74.

verificassero le condizioni. La conseguenza giuridica della mancata previsione dell'indennizzo, pertanto, sarebbe la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi attributive di poteri in assenza di indennizzo.

Se, invece, esso fosse ritenuto un principio dell'azione amministrativa, le conseguenze sarebbero ben diverse. Esso si imporrebbe come limite all'esercizio del potere della pubblica amministrazione, imponendo a quest'ultima l'utilizzo dello strumento indennitario laddove l'esercizio concreto del potere comporti uno squilibrio nel rapporto amministrativo. La conseguenza giuridica sarebbe, pertanto, l'illegittimità del provvedimento adottato in assenza di indennizzo, anche laddove esso non sia previsto espressamente dalla legge.

Come si vedrà, la soluzione a quest'ultima questione dipende strettamente dalla qualificazione giuridica che si attribuisce all'indennizzo, ovvero se esso rappresenti un istituto "a disposizione" della pubblica amministrazione (quale mezzo di modulazione degli effetti dell'atto, anche laddove la legge non lo preveda), oppure se esso debba rigorosamente rispondere a un canone di legalità, in quanto elemento del potere attribuito.

Per quanto riguarda gli orientamenti tradizionali in materia, la dottrina ha prima negato e successivamente affermato - in particolare grazie all'avvento della Costituzione del 1942 e all'apporto della giurisprudenza europea nonché della Corte europea dei diritti dell'uomo - la configurazione di un principio generale indennitario.

Anzitutto si rinvencono le fondamenta in principi etici - da alcuni considerati metagiuridici e indefiniti, da altri ritenuti dei super-principi (si pensi all'equità) - e in principi giuridici la cui copertura è garantita dalle previsioni costituzionali, storicamente il problema era dato dal disancoramento dei primi, che si individuano nei principi di giustizia distributiva e dell'equa riparaazione degli oneri e dei vantaggi fra i componenti della collettività³⁰⁷, da un dato normativo preciso e così si è sostenuto che trovassero fondamento in un postulato meta giuridico. Una tale considerazione

³⁰⁷ Per approfondimenti § I, Cap. I.

ha portato parte della dottrina a sostenere l'inesistenza di un principio generale di tutela indennitaria.

Infatti ove venga disancorato da un preciso dato positivo, e sia invece fondato sui principi equitativi, di giustizia distributiva etc., siffatto principio risulterebbe basato su un postulato meramente metagiuridico, logicamente inconcepibile nel contesto di un ordinamento positivo, dato che così configurato esso si pone in «contraddizione con la stessa funzione della norma giuridica (che quando interviene nell'assetto della realtà sociale che i consociati di una organizzazione hanno realizzato, opera una discriminazione fra i vari interessi di cui i soggetti sono portatori, nel senso di approvarne alcuni, riprovarne altri e ritenerne irrilevanti altri ancora. L'errore in cui incorre tale tesi consiste nel non aver rilevato che il fenomeno della contraddizione fra i vari soggetti avviene in una fase pre-giuridica, effettuale della convivenza sociale e la norma giuridica interviene per eliminare tale conflitto di interessi, accordando la prevalenza all'uno sull'altro»³⁰⁸.

La critica ha poi coinvolto anche quelli che si assumevano come fondamenti positivi della cd. "responsabilità per atti leciti", sostenendosi che le disposizioni di rango primario e costituzionale generalmente invocate a tal fine in realtà sono inespressive del principio generale indennitario³⁰⁹.

Quanto all'art. 46 della l. 25 giugno 1865, n. 2359 utilizzato in tal senso in particolare dalla giurisprudenza, si è persuasivamente notato che l'interpretazione di questa disposizione come tipica ipotesi di responsabilità per atti leciti in realtà era stata viziata *ab origine* «dal preconetto che fosse impossibile riscontrare in tale norma un caso di responsabilità da illecito»³¹⁰: preconetto, ormai scarsamente attuale, essendo il portato dell'ormai abbandonata teoria sulle immunità dell'amministrazione dalla responsabilità extracontrattuale.

E l'art. 42, Cost. è stato a sua volta ritenuto insuscettibile di applicazione analogica, assumendo che esso sia invocabile esclusivamente in presenza di un vero e proprio

³⁰⁸ G. TORREGROSSA, *Il problema*, Milano, 1964, cit, 73 ss.

³⁰⁹ G. MANFREDI, *op. cit.*, 38.

³¹⁰ G. TORREGROSSA, *op. cit.*, 74.

provvedimento ablatorio, e non invece nel caso in cui si tratti esclusivamente di un decremento patrimoniale del privato cui non corrisponde un vantaggio economico all'ente pubblico³¹¹.

Tuttavia non ha rilievo opporre alla costruzione di un principio indennitario la barriera dei cosiddetti principi giuridici se si parte dal duplice assunto che, da un lato, nel contesto storico nessuno ha mai pensato di negare l'esistenza di criteri di carattere generale, e finanche nessuno ha pensato di individuarli, forse perché non era compito del giurista o perché sono mutevoli o, ancora, perché non sono astrattamente individuabili³¹²; e dall'altro, la Costituzione pone al centro del sistema pubblico la persona e i suoi diritti, sancisce la strumentalità dell'amministrazione nella realizzazione e tutela di questi diritti; in tal modo oltre agli articoli inseriti nella sezione espressamente dedicata alla pubblica amministrazione (artt. 97, 98, Cost. ma anche art. 95, Cost.) a quelle riguardanti la giustizia vanno presi in considerazione gli articoli relativi ai principi fondamentali³¹³.

Si è, infatti, dell'avviso che il fondamento etico ed equitativo non sia da escludersi. Semplicemente di per sé non è sufficiente, ma costituisce un importante elemento integrativo del fondamento positivo che può individuarsi nell'art. 42, comma III, Cost., sebbene vi sia un ostacolo costituito dal diverso intendere della disciplina della proprietà (in realtà superato oggi grazie all'apporto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il quale ha interpretato diversamente il diritto di proprietà ampliando le forme di tutela a cui lo stesso è sottoposto)³¹⁴.

Si può quindi sostenere che la norma positiva riceve supporto ed esce dalla strettoia del diritto per entrare nel piano della tutela dell'equità, realizzando così una armonizzazione degli interessi contrapposti³¹⁵. In fin dei conti da questa norma si estrapola l'aspetto ablativo-privativo che si pone alla base di un rapporto dal quale

³¹¹ E. CASSETTA, *L'illecito*, Milano, 2010, 105.

³¹² A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, Torino, 2008, 194.

³¹³ Per approfondimenti si rinvia al Cap. I.

³¹⁴ Per i relativi approfondimenti si rinvia al § 4, Cap. I.

³¹⁵ R. ALESSI, *op. cit.*, 19.

deriva un sacrificio: le teorie sull'indennizzabilità della revoca trovavano fondamento in esso; del pari, il diritto dell'Unione europea e internazionale pone alla base l'aspetto ablativo della proprietà³¹⁶ per riconoscere la tutela indennitaria ai diritti di credito o ai diritti patrimoniali in generale.

Sarà necessario dunque, al fine di sostenere l'esistenza di un principio generale indennitario, analizzare le fonti in cui alberga la tutela indennitaria, partendo quindi dal dato costituzionale, nonché dall'apporto della giurisprudenza europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. L'affermazione di una clausola congiuntiva ablazione-indennizzo in forza del parametro "interposto" di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU nella lettura "sostanzialista" della Corte.

Nel valutare la possibilità di affermare un principio generale indennitario, è essenziale iniziare considerando il percorso tracciato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa istituzione ha contribuito in modo significativo alla definizione e all'interpretazione di "diritto di proprietà", offrendo un quadro ermeneutico che estende i confini dell'istituto rispetto alla configurazione adottata dalle corti nazionali.

L'influenza della lettura "sostanzialista" ed "evolutiva" del diritto di proprietà offerta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo con riguardo all'art. 1 del Primo Protocollo alla CEDU - che come noto costituisce a tutti gli effetti una norma costituzionale "interposta" -, nel quale è ritenuto ricompreso qualsivoglia "valore" economicamente apprezzabile, financo oggetto di una "legittima aspettativa", sembra aver introdotto nell'ordinamento una vera e propria clausola congiuntiva, di natura costituzionale, fra ablazione e indennizzo.

L'art. 1 del primo protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali costituisce un importante strumento a garanzia del diritto di proprietà. Siffatta disposizione - così come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - riceve diretta applicazione nell'ordinamento

³¹⁶ A. CRISMANI, *op. cit.*, 255.

italiano rappresentando parametro interposto di legittimità costituzionale delle leggi interne ai sensi dell'art. 117, comma I, Cost. e prevede, al comma I, che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni».

Tale garanzia convenzionale, diversamente dalla Costituzione italiana e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nelle quali la proprietà soggiace alla disciplina relativa ai rapporti di natura economico-sociale, tutela la proprietà come “diritto dell'uomo”, vale a dire quale «aspetto della sfera soggettiva sotto il profilo del libero sviluppo della persona»³¹⁷, tale per cui l'eventuale ingerenza su di questa si tramuta, per ciò stesso, in un'aggressione alla persona attraverso il patrimonio³¹⁸.

2.1. (Segue.) Primo risultato: la tutela indennitaria è un principio di rango costituzionale. Le conseguenze in ordine alle condizioni di legittimità delle norme attributive di poteri amministrativi senza indennizzo.

Alla luce di quanto ricostruito nel capitolo I, nella parte dedicata al fondamento costituzionale dell'obbligo indennitario, pare potersi affermare che ormai, soprattutto secondo una lettura del testo costituzionale così come integrato dalle norme europee e convenzionali, il principio indennitario rappresenti un principio di rango

³¹⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 65, il quale parla, opportunamente, di «sdoppiamento dell'immagine» della proprietà, a seconda della fonte da cui è disciplinata. La giurisdizione riguardante i diritti dell'uomo verrebbe in rilievo, in particolare, «nelle situazioni che rivelano una disarmonia tra il sacrificio imposto al proprietario e la funzione sociale effettivamente (non) realizzata», in cui «la proprietà riguadagna il suo statuto originario di diritto soggettivo pieno». Sembra qui riecheggiare la concezione hegeliana della proprietà quale «sfera esterna della libertà», per la quale si rimanda a G. W. F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma - Bari, 2012, 51 ss.

³¹⁸ N. BERTI, *La tutela “urbanistica” dell'ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Il diritto dell'economia*, cit., 2016, 715, il quale rileva che «Il diritto di proprietà è, perciò, tanto più garantito dalla Convenzione EDU, quanto maggiore è il “collegamento” dei beni che ne sono oggetto con lo svolgimento della personalità del proprietario; da questo punto di vista ben diversa è, ad esempio, la proprietà del singolo quando si trovi espropriato dell'area nella quale avrebbe potuto costruire la sua casa di abitazione (ingerenza, peraltro, censurabile anche sotto il profilo dell'art. 8 CEDU), da quella dell'imprenditore immobiliare che sulla propria area intendesse speculare. La finalità della disciplina convenzionale non consiste, pertanto, nell'assicurare la funzionalizzazione sociale dei beni, bensì nel garantire che quest'ultima si svolga con il minor sacrificio per il proprietario.»

costituzionale, idoneo a fondare la pronuncia di incostituzionalità (a certe condizioni) di norme attributive di poteri che non lo prevedono.

E ciò con riguardo tanto all'esercizio del potere amministrativo, quanto all'attività materiale (ad esempio quella di servizio pubblico) dell'amministrazione, nonché quando ad essere sacrificati sono tanto diritti non patrimoniali, quanto diritti patrimoniali.

Gli indizi in tal senso sono molti e convincenti.

Anzitutto, con riguardo alla tutela dei diritti a contenuto non patrimoniale, è importante la lettura di quelle norme costituzionali che pongono al centro del sistema pubblico la persona e i suoi diritti e che sanciscono la strumentalità dell'amministrazione nella realizzazione e tutela di questi diritti, perché in tale prospettiva vengono in rilievo principi quali la solidarietà (art. 2, Cost.) e l'eguaglianza (art. 3, Cost.). Questo tipo di lettura si aggancia nella tutela indennitaria dei diritti a contenuto non patrimoniale, che ove sacrificati non troverebbero copertura nelle norme costituzionali sull'espropriazione, come con riguardo ai diritti patrimoniali, ma sono compensati, in caso di limitazione o di sacrificio, in diretta applicazione delle norme costituzionali che li riconoscono (gli artt. 2, 3, 23, 32, 38 e 53, Cost.).

La solidarietà economico-sociale che da esse si trae, rappresenta un valido fondamento da porre alla base della fattispecie indennitaria, sebbene anche questo principio abbia dovuto superare le interpretazioni restrittive che spesso impedivano la sua collocazione nell'alveo di uno o più diritti costituzionali³¹⁹. La solidarietà economico-sociale si percepisce, infatti, come un criterio di distribuzione di pesi e benefici tra la comunità organizzata ed il singolo, il quale si fa carico di un comportamento strumentale alla tutela di un interesse generale, talvolta fino al sacrificio di una propria situazione giuridica soggettiva.

La collettività - e per essa lo Stato e gli altri enti esponenziali- non possono restare indifferenti di fronte al bisogno del singolo, il quale necessita di essere tutelato. Il bisogno si accentua al punto di far sorgere nei confronti del singolo un "dovere inderogabile" ai sensi dell'art. 2, Cost. Infatti, la socialità dello Stato spinge a

³¹⁹ P. CARETTI, *op. cit.*, 137 ss.

considerare come inderogabili una serie sempre più ampia di doveri. Il punto è che si nota una scarsa consapevolezza della specificità del principio costituzionale di solidarietà rispetto alle altre norme, come quelle sull'eguaglianza, ovvero sui diritti sociali alla salute e all'assistenza, che, insieme al primo, contribuiscono a marcare i caratteri del nostro modello costituzionale di Welfare.

L'ulteriore chiave di lettura è data dall'eguaglianza (art. 3, Cost.) che costituisce un altro principio fondante la tutela indennitaria. Anch'essa, al pari della solidarietà, ha costituito parametro di legittimità costituzionale di norme che limitavano (il caso dell'espropriazione) o non prevedevano (il caso delle vaccinazioni obbligatorie) o escludevano, per determinate ipotesi e non per altre (il caso delle vaccinazioni non obbligatorie e il caso della contrazione di alcune malattie per effetto della trasfusione), l'indennizzo in presenza di fatti leciti. Il principio di eguaglianza funge da retroterra logico dell'analogia e assume significato pregnante sul versante delle prestazioni. Infatti, con la tecnica dell'analogia si superano le diseguaglianze non accettabili sul piano dell'eguaglianza dei soggetti³²⁰.

L'eguaglianza ha quindi la funzione di evitare il crearsi di situazioni nelle quali i soggetti danneggiati si trovino in una posizione di privilegio negativo.

La centralità della funzione amministrativa quale strumento istituzionale per la realizzazione di compiti sociali costituzionalmente rilevanti ci permette di assumere un diverso approccio che si inserisce in quel contesto oggi consolidato ed affermare la centralità della persona nell'ordinamento, alla luce della quale poter rileggere la cornice costituzionale del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione³²¹. La Costituzione pone al centro del sistema pubblico la persona e i suoi diritti e sancisce la strumentalità dell'amministrazione nella realizzazione e tutela di questi diritti. Questa impostazione si coglie sotto un duplice profilo innanzitutto dall'art. 97, Cost., che sottopone l'organizzazione e l'attività amministrativa al rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento, dagli artt. 24 e 113, Cost., che riconoscono i principi

³²⁰ P. CARETTI, *op. cit.*, 140.

³²¹ G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione dell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003, 178.

di giustiziabilità degli atti amministrativi e l'effettività della tutela. Ma soprattutto, oltre agli articoli inseriti nella sezione espressamente dedicato la pubblica amministrazione e a quelli riguardanti la giustizia, vanno presi in considerazione gli articoli relativi ai principi fondamentali. Il riferimento è ai già citati articoli 2 e 3, Cost.

Al legislatore si è invece imposta la Corte costituzionale che è intervenuta sulle omissioni del legislatore e ha gradualmente definito lo spessore del principio di solidarietà. In tal modo si è giunti a costruire un parametro di legittimità costituzionale che trova, appunto, il fondamento nel dovere inderogabile di solidarietà sancito dall'art. 2, Cost., e nel principio di eguaglianza laddove si riscontri un sacrificio che si traduce in un danno speciale per il privato, cioè non sopportato ugualmente da tutti e non giustificabile in base al principio di ragionevolezza³²².

Tale estensione ermeneutica permette quindi l'esplicazione e l'affermazione di un generale principio indennitario che assolve a quella anzidetta funzione di tutelare situazioni che non vengono espressamente contemplate dall'ordinamento positivo ma che comunque necessitano di una protezione essendo in gioco la lesione di un diritto soggettivo di un cittadino.

Tali istanze supportate a *prima facie* da eminente dottrina ivi richiamata è oggetto finanche di un intenso - e attuale - dibattito veicolato dalla giurisprudenza costituzionale la quale ha enunciato - più o meno in via implicita - l'esistenza di una *grundnorm* indennitaria.

Lo sfondo alla costruzione di siffatto principio è qui la materia afferente al cd. obbligo di vaccinazione imposto con l. 25 febbraio 1992, n. 210³²³, in particolare la Corte costituzionale mediante le sentt. 26 aprile 2012, n. 107, e 22 novembre 2017, n. 268, ha aggiunto un tassello ulteriore verso la consacrazione come criterio generale di tutela di situazioni sprovviste di una protezione legislativa del principio indennitario.

La Corte ha infatti ribadito anzitutto che in caso di «menomazione permanente dell'integrità psico-fisica derivante dalla vaccinazione raccomandata antinfluenzale, il mancato riconoscimento dell'indennizzo determini la violazione, innanzitutto, degli

³²² R. DI FULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, 196.

³²³ Per approfondimenti si rimanda al § 3.4.1, Cap. II.

artt. 2 e 32 Cost.», sarebbe infatti lesa «il diritto-dovere di solidarietà», poiché, in difetto di una prestazione indennitaria, il singolo danneggiato sarebbe costretto a sopportare le gravi conseguenze negative derivanti da un trattamento sanitario, raccomandato non solo a tutela della sua salute individuale, ma anche di quella collettiva»³²⁴.

La Corte attraverso tale sentenza additiva ha inoltre censurato la norma nella parte in cui non prevede l'indennizzo in quanto «violerebbe il principio di uguaglianza di cui all'art. 3, Cost., poiché determinerebbe un'irragionevole differenziazione di trattamento tra coloro che si sono sottoposti a vaccinazione in osservanza di un obbligo giuridico e coloro che, invece, a tale vaccinazione si sono determinati aderendo alle raccomandazioni delle autorità sanitarie. L'irragionevolezza deriverebbe dal riconoscimento solo ai primi, in caso di menomazioni permanenti, del diritto all'indennizzo, a fronte del medesimo rilievo che raccomandazione e obbligo assumono al fine della tutela della salute collettiva»³²⁵.

Quanto alla tutela indennitaria dei diritti patrimoniali, la ricerca di un modello generale ricavabile essenzialmente dall'istituto dell'espropriazione non ha tradizionalmente sortito gli effetti desiderati, ed è stato abbandonato pressoché a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione a causa della disciplina della proprietà concepita in maniera diversa dall'esperienza dello Stato liberale rispetto a quella dello Stato sociale.

Non è stato colto quel filone dottrinale interpretativo definito “dinamico” di matrice inglese³²⁶ improntato al valore dell'adattamento continuo del diritto alle esigenze della vita sociale (politica, economica, ecc.) e che incoraggia gli interpreti a non praticare un'interpretazione fissa, ma, al contrario, a cambiare il significato del testo alla luce delle circostanze (e, beninteso, alla luce dei loro sentimenti di giustizia) con tendenza all'analogia³²⁷.

³²⁴ Corte cost., 22 novembre 2017, n. 268.

³²⁵ Corte cost., 22 novembre 2017, n. 268.

³²⁶ R. DWORKIN, *Freedom's Law. The moral Reading of Constitution*, Oxford, 1996, *passim*.

³²⁷ R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 744.

Su questa scia si è mossa per la verità una parte della dottrina storica³²⁸ che ha ritenuto di ricorrere all'applicazione analogica dell'art. 42, comma II, Cost. alle ipotesi di sacrifici e di diritti patrimoniali in tutti i casi in cui l'oggetto sacrificato abbia avuto un valore economico oggettivo e sia stato utilizzato dalla pubblica amministrazione. In tal modo, la norma espressa nell'art. 42 comma II, Cost. tenderebbe a divenire un principio generale con copertura costituzionale in grado di dare soluzione a questioni che il diritto scritto non è in grado di risolvere perché non contempla il caso o perché la previsione scritta, per il suo significato incerto da luogo a dubbi interpretativi³²⁹.

È da notare, infatti, che le norme costituzionali poste a fondamento della tutela indennitaria non si racchiudono solo in quelle espressamente e che la prevedono e che riguardano la proprietà (artt. 42 e 43, Cost.), ma esse vanno integrate, attraverso il filtro dell'art. 117, Cost., con le norme provenienti dagli ordinamenti sovranazionali³³⁰.

In tal modo, come è stato ampiamente descritto nel capitolo I, una lettura del dato costituzionale alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto con riguardo all'art. 42 della Costituzione, così come integrato dai principi dell'art. 1 del Primo Protocollo CEDU, ha riportato ad attualità la capacità espansiva delle norme in materia di espropriazione della proprietà privata ai fini dell'affermazione di un principio generale indennitario quale forma di tutela della lesione legittima di diritti di carattere patrimoniale.

Come detto, infatti, la CEDU parte da una lettura "sostanzialistica" del diritto di proprietà privata, oltre le configurazioni formali e legalistiche che esso assume all'interno degli ordinamenti nazionali: questo conferisce alla nozione di proprietà una capacità espansiva ben al di là della sua nozione tradizionale, fino a ricomprendervi forme di appartenenza anche solo potenziali, nei confronti delle quali il soggetto nutra una aspettativa legittima qualificata.

³²⁸ R. ALESSI, *op. cit.*, 130-131.

³²⁹ D. DE PRETIS, *op. cit.*, 41-42.

³³⁰ S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss.

Applicandosi alla nozione di proprietà così intesa tutte le garanzie interne e sovranazionali a tutela dell'istituto dominicale (tra le quali assume particolare centralità proprio l'indennizzo) è di tutta evidenza come la tutela indennitaria possa dirsi ormai "generalizzata" e potenzialmente estendibile a tutte le ipotesi in cui un potere amministrativo sia idoneo ad incidere negativamente su tutti i rapporti di appartenenza qualificata ed economicamente apprezzabili, ovviamente alle condizioni definite dalla giurisprudenza della Corte EDU.

Quest'ultima, in particolare, considera l'obbligo indennitario quale strumento di riequilibrio del rapporto amministrativo, nel caso in cui l'esercizio del potere possa ritenersi sproporzionato, in quanto impone un sacrificio speciale e anormale. Esso deve essere commisurato, poi, secondo un criterio di ragionevolezza.

Il principio indennitario costituisce, dunque, un vincolo per il legislatore, il quale dovrà senz'altro tenerne conto nell'esercizio del potere legislativo attributivo di poteri amministrativi.

La mancata previsione dell'indennizzo, conseguentemente, è idonea a fondare una questione di legittimità costituzionale della norma attributiva del potere laddove non prevede un indennizzo, attraverso l'applicazione del parametro interposto costituito dall'art. 1 del Primo Protocollo CEDU. La Corte costituzionale potrà esprimersi, così, con una sentenza additiva di accoglimento.

3. Inconfigurabilità di un principio generale dell'azione amministrativa "indennitaria". Secondo risultato: necessaria tipicità di ogni fattispecie indennitaria.

Ci si domanda ora se tale principio sia estendibile anche al concreto esercizio del potere amministrativo da parte del pubblico potere e cioè se esista un obbligo indennitario in capo all'amministrazione nell'espletamento dell'agire amministrativo. Insomma, se esso costituisca anche un principio generale dell'azione amministrativa.

La risposta a tale domanda dipende dalla qualificazione giuridica che si attribuisce all'istituto indennitario, ovvero se esso, innanzitutto, possa ritenersi un presupposto

di esercizio del potere, oppure un suo effetto. In secondo luogo, se esso possa considerarsi uno strumento di modulazione del potere a “disposizione” dell'amministrazione, anche laddove esso non sia previsto dalla legge.

Quanto alla prima questione, l'analisi strutturale condotta nel secondo capitolo ci porta alla conclusione esso costituisce un elemento autonomo rispetto alle regole di validità dell'atto amministrativo, rappresentando piuttosto un “effetto” derivante dall'esercizio legittimo del potere. Basti, a tal proposito, la constatazione che esso non può essere contemporaneamente effetto dell'attività legittima dannosa e, nel contempo, presupposto della legittimità della stessa. Se esso condiziona la legittimità, a ben vedere, condizionerebbe la sua medesima esistenza.

Ciò posto, non rimane che verificare se esso costituisca uno strumento a disposizione dell'amministrazione, al fine di modulare gli effetti dei propri atti, anche laddove non sia previsto dalla legge. A tal proposito, sembra doversi dare una risposta negativa, e ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, in senso contrario militerebbe il principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi³³¹: costituendo esso un effetto del potere amministrativo, esso dovrebbe trovare fondamento in una espressa disposizione di legge attributiva di tale effetto. In secondo luogo, rispondendo esso a finalità autonome rispetto ai poteri a cui è strumentale, l'eventuale previsione di un indennizzo al di fuori delle ipotesi legali costituirebbe, a ben vedere, uno sviamento di potere.

Indizi in tal senso possono trarsi dalla giurisprudenza amministrativa, laddove l'indennizzo è considerato un effetto automatico dell'esercizio del potere, non potendosi considerare esso uno strumento a disposizione dell'amministrazione nell'esercizio discrezionale del potere. Significativa in tal senso una sentenza del T.a.r.

³³¹ Il principio di legalità costituisce un limite all'esercizio dei pubblici poteri da parte della pubblica amministrazione. La sua rilevanza costituzionale si desume da diverse disposizioni della Carta costituzionale. In particolare, l'art. 97, stabilisce che i pubblici uffici devono essere organizzati in base alla legge in modo che vengano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Questa disposizione fissa in modo esplicito il principio di legalità in relazione all'organizzazione dell'amministrazione, tuttavia, poiché le finalità che la legge deve perseguire nell'organizzazione dell'apparato amministrativo sono riferibili anche, e soprattutto, all'attività amministrativa, si ritiene che implicitamente l'art. 97 sancisca altresì il principio di legalità dell'azione amministrativa.

Milano, nella quale si afferma che «tale condizione non è volta a perseguire alcun interesse pubblico riconducibile alla materia urbanistico-edilizia e si pone in contrasto con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi. In tal modo, infatti si tende al perseguimento di finalità estranee a quelle sottese al potere esercitato, legato allo svolgimento delle attività - in questo caso-edificatoria -, funzionalizzando l'attività amministrativa ad interessi avulsi rispetto a quelli tipizzati dal legislatore»³³².

Essendo l'agire della pubblica amministrazione soggetto al principio di legalità è richiesto una norma attributiva del potere che preveda l'erogazione dell'indennizzo ogniqualvolta ve ne siano le condizioni.

Si nega, dunque, che l'obbligo indennitario costituisca un principio dell'azione amministrativa idoneo ad imporsi anche in ipotesi in cui la legge non preveda uno specifico obbligo indennitario (ipotesi *praeter legem*) a pena di illegittimità del provvedimento.

3.1 Rilievi in ordine all'autonomia dell'obbligazione indennitaria rispetto alle condizioni di validità dell'atto amministrativo ma contestuale riscontro della sua potenziale rilevanza "indiretta" della sua corresponsione/quantificazione nell'operazione di bilanciamento degli interessi.

Rilevato che l'obbligazione indennitaria è una componente estranea rispetto agli elementi di validità dell'atto amministrativo e cioè che quest'ultima non rappresenta un presupposto per l'esercizio del potere, bensì un effetto dell'attività legittima dannosa posta in essere dall'amministrazione, si procede a verificare se l'indennizzo possa assurgere ad elemento comunque incidente sull'azione amministrativa.

Di tal guisa, si ritiene che qualora la legge preveda l'obbligo indennitario come conseguenza dell'esercizio di un certo potere, questo può rientrare nella valutazione della proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del destinatario nell'esercizio del potere, nella forma della obbligatoria presa in considerazione dell'affidamento del

³³² T.a.r. Lombardia, Milano, 10 settembre del 2010, n. 5655, in *Giust. Amm. It.*, 9, 2010

destinatario del provvedimento in sede motivazionale (es. nelle ipotesi di revoca), a pena di illegittimità del provvedimento (si badi: per eccesso di potere e non per violazione di legge, in quanto non è un presupposto del potere, ma una possibile componente da valutare nell'esercizio della funzione). Può dirsi, dunque, in senso lato, che esso rappresenta un principio dell'azione (ma meglio una componente del principio di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento), ma solo laddove il legislatore lo preveda.

Esso, dunque, non può ritenersi avere una capacità espansiva, nemmeno analogica, su ulteriori ipotesi di poteri privi di indennizzo, dovendo rispondere ad un rigido criterio di legalità. È, diversamente, dovere del legislatore risolvere *ex ante* il conflitto di proporzionalità ricollegando l'obbligazione indennitaria all'esercizio di poteri potenzialmente sproporzionati, rispondendone eventualmente, come visto, alla Corte costituzionale.

Nell'ambito dell'esercizio di poteri così conformati, l'amministrazione dovrà tenere comunque conto dell'indennizzo già in fase di bilanciamento degli interessi (primari, secondari e privati) e nel giudizio di proporzionalità, nonché di presa in considerazione del legittimo affidamento: lo stesso rileva, infatti, come parte degli effetti dell'atto.

La previsione indennitaria è quindi una proiezione del principio di proporzionalità: l'agire amministrativo deve essere costantemente «proporzionato» all'obiettivo perseguito dalla norma attributiva del potere. Questa proporzione è possibile ricercarla solo attraverso l'individuazione ed il raffronto di tutti gli interessi concorrenti in gioco in modo tale da realizzare l'interesse pubblico primario con il minor sacrificio degli interessi pubblici secondari e individuali.

Si ribadisce quindi che il principio generale indennitario non assurge a principio dell'agire amministrativo ma dev'essere comunque tenuto in considerazione dall'amministrazione nella valutazione degli interessi in sede di motivazione, potendo potenzialmente incidere sulla legittimità dell'atto nella forma del vizio di eccesso di potere.

4. Applicazione dei risultati raggiunti alle fattispecie c.d. *praeter legem*.

Eminente dottrina poneva la questione se alla base, anche della normativa speciale che disciplina una determinata fattispecie indennitaria, ci sia un principio comune che possa permettere di regolare in modo particolare le modalità e i limiti con riguardo alle concrete esigenze variabili, oppure alla base non ci sia alcun principio comune e sia, così, lasciato alla piena discrezionalità del legislatore³³³. Ma non solo, sulla scorta del pensiero di Santi Romano ci si chiede se senza le leggi che escludono espressamente l'obbligo di indennizzo ci sarebbe la tutela indennitaria e il conseguente obbligo.

Ci sono disposizioni normative che espressamente escludono il rimedio indennitario per rendere immuni l'azione pubblica da qualsiasi pretesa³³⁴ o per circoscrivere l'ambito della tutela indennitaria prevista da altre disposizioni³³⁵ o comunque per prevenire una potenziale pretesa indennitaria che invece la giurisprudenza ritiene ammissibile.

È nota l'attitudine di spostare l'attività amministrativa verso quella legislativa, sviluppando una tendenza di compiere gli atti amministrativi più rilevanti mediante legge e così creare quella situazione in cui la pubblica amministrazione si sottrae al circuito della responsabilità in genere, poiché si amministra con legge in quanto l'atto legislativo, per definizione lecito, non produce alcun danno o pregiudizio³³⁶.

³³³ S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali, cit.*, Padova, 1932, 309.

³³⁴ Il Testo di pubblica sicurezza, r.d. 8 giugno del 1931, n. 773, regolamento recante la semplificazione del procedimento di risarcimento dei danni provocati a persone e a cose a seguito di operazioni di polizia giudiziaria, all'art. 7 prevede che nessun indennizzo sia dovuto per i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza nell'esercizio delle facoltà adesso attribuite dalla legge.

³³⁵ V. ad esempio il decreto ministeriale Ministero economia e finanze del 5 febbraio 2010 che ad oggetto l'approvazione della convenzione tipo per l'affidamento in concessione della gestione del gioco del bingo. Qui è previsto che in caso di sospensione cautelativa dell'autorizzazione alla quale non sai quel provvedimento di revoca o decadenza non sia riconosciuto al concessionario alcun rimborso, indennizzo o risarcimento.

³³⁶ In tal senso A. POLICE, *Il principio di responsabilità, in studi sui principi del diritto amministrativo*, Roma, 2003. 74.

Si hanno, infatti, nei casi specifici norme che spostano l'attività amministrativa verso quella legislativa o la circoscrivono o la rendono immune da responsabilità o da altri obblighi e così espressamente viene escluso anche il rimedio della tutela indennitaria.

Queste norme possono essere intese in due sensi tra loro contrastanti: come norme che derogano una regola o un principio indennitario generale oppure, di converso, costituiscono l'affermazione di una regola generale in negativo in virtù della quale vi è tutela e rimedi indennitari solo se espressamente previsti da una legge.

Si badi però che in casi di espressa esclusione il principio della tassatività della tutela indennitaria non potrebbe essere invocato ai fini della pronuncia di una sentenza costituzionale additiva volta a estendere anche ad altri (e simili) casi l'espressa esclusione, poiché aggraverebbe, anziché eliminare, il difetto di coerenza del sistema normativo nell'ottica di principi di eguaglianza e di solidarietà; e questo già di per sé attesterebbe la natura generale del rimedio indennitario³³⁷.

Un esempio è rintracciabile in una previsione normativa che esclude qualsiasi indennizzo in caso di provvedimenti di embargo adottati in esecuzione delle risoluzioni dell'Onu, dei regolamenti comunitari e delle decisioni della Ceca. Il legislatore italiano esclude espressamente il rimedio e la conseguente tutela indennitaria per quest'ipotesi mentre, come visto, in ipotesi simili o analoghe di embargo, la giurisprudenza dell'Unione europea ha costruito un modello di responsabilità da atto lecito delle istituzioni ravvisandone in astratto i presupposti costitutivi, sebbene in concreto ha poi più volte negato il ristoro ma non per la negazione del principio generale di responsabilità da atto lecito (sebbene non del tutto pacifico) ma per difetto di allegazione delle prove sui danni vantati³³⁸.

Queste due situazioni, quella elaborata dalla giurisprudenza dell'Unione europea *praeter legem* e quella disciplinata dal legislatore italiano in negativo, si riferiscono a situazioni di necessità pubblica la quale non esonerano dall'obbligo di indennizzare un danno inferto da attività lecita quando arreca un sacrificio particolare che in base

³³⁷ A. CRISMANI, *op. cit.*, 269.

³³⁸ Per approfondimento si rinvia al § 5, Cap. I.

al principio di giustizia distributiva non deve far carico solo a persone determinate, mentre i vantaggi del provvedimento sono generali. E quella disciplinata dal legislatore italiano in negativo, si riferiscono a situazioni di necessità pubblica la quale non esonera dall'obbligo di indennizzare un danno inferto da attività lecita quando arreca un sacrificio particolare che in base al principio di giustizia distributiva non deve far carico solo a persone determinate, mentre i vantaggi del provvedimento sono generali³³⁹.

Si è visto che da quando la dottrina classica ha elaborato questo modello, nel corso dei decenni, si sono avute importanti evoluzioni, in particolare la previsione dell'indennizzo per il caso della revoca, la quale fino al 2005 ha vissuto *praeter legem*, come anche il caso dell'obbligo delle vaccinazioni che però non ha vissuto *praeter legem*, ma era oggetto di una normativa che a fronte del sacrificio ometteva di prevedere la tutela e il rimedio indennitario. Per entrambe queste figure la tutela e il rimedio indennitario sono stati negati addirittura da una parte della stessa dottrina sostenitrice del principio generale di indennizzabilità e questo rispettivamente a causa della natura della situazione giuridica soggettiva sacrificata o a causa della natura del limite qualificante il diritto³⁴⁰.

Anche la giurisprudenza non è stata favorevole, salvo sporadiche pronunce, per il semplice motivo che non accettava di riconoscere l'esistenza nell'ordinamento di un generale principio di responsabilità per atti legittimi. Probabilmente la ragione più che giuridica era politica: spesso «i giudici appaiono - in forma più o meno palese, a seconda delle aree culturali di riferimento - sensibili a ragioni di politica del diritto e, dunque, condizionati dal timore che le condanne per danni possono risolversi in un insostenibile onere finanziario per l'erario pubblico o che la minaccia di azioni legali possa intimorire eccessivamente i funzionari»³⁴¹. Oltre a quella politica vi è anche una

³³⁹ S. ROMANO, *op. cit.*, 308-309.

³⁴⁰ A. M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Fori it.*, 1947, *passim*.

³⁴¹ G. COMPORI, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 2009, 3, 663, come anche D. SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi*, 247.

ragione tecnico-giuridica riguardante, appunto, le tecniche di tutela: e, spesso, «un problema di spettanza delle azioni, in funzione di chi è chiamato a giudicarne i relativi esiti, piuttosto che di soddisfazione delle lesioni subite dagli utenti del potere amministrativo»³⁴².

In entrambi i casi ora accennati è poi intervenuto il legislatore compiendo un passo importante nell'evoluzione della tutela indennitaria verso l'affermazione di un principio generale sostenuto dal principio costituzionale della solidarietà per quanto riguarda i diritti fondamentali quali la salute, all'integrità psico-fisica e il diritto alle cure, ed ai principi della certezza dei rapporti giuridici e del legittimo affidamento per quanto riguarda la riconsiderazione del potere. Si afferma e si rafforza il dovere del legislatore di intervenire per compensare il sacrificio (anormale e speciale) del privato di un suo interesse e si afferma il passaggio da una direttiva tendenziale della legislazione di provvedere in tal senso verso un precetto universalmente valido e pienamente operante.

Vi sono tuttavia ancora ipotesi sintomatiche³⁴³ *praeter legem* che costituiscono esempi a dimostrazione di una fattispecie indennitaria che supera o comunque si spinge oltre i meri casi di tassatività e che cercano soluzioni attraverso l'applicazione analogica o l'interpretazione estensiva di quelle fattispecie puntualmente previste dalla legge o comunque riconducibili a principi costituzionali che hanno alla base dei rapporti con effetto ablatorio.

Un caso è dato dalle ordinanze contingibili e urgenti che rappresentano degli strumenti in grado di produrre modificazioni nella sfera dei diritti e dei doveri soggettivi nei confronti dei destinatari cui sono rivolte e costituiscono uno strumento eccezionale di intervento, atto a consentire alla pubblica amministrazione di prevenire o eliminare gravi pericoli per l'incolumità dei cittadini alla presenza di situazioni

³⁴² G. COMPORTI, *op. cit.*, 664.

³⁴³ Come afferma icasticamente A. CRISMANI. *op. cit.*, 267: «la casistica è una molla alla ricerca del principio generale: è l'attuazione del particolare che avvalorata il principio generale».

impreviste di emergenza, non fronteggiabili per mezzo dei normali provvedimenti amministrativi³⁴⁴.

Proprio per questa loro peculiare natura i provvedimenti di urgenza si collocano in una posizione singolare nell'ordinamento. Oggetto del potere di ordinanza sono i diritti di libertà sia a contenuto patrimoniale (proprietà, alloggi, aziende, animali, ecc.), sia a contenuto non patrimoniale (libertà di riunione: processioni religiose, eventi sportivi; libertà di manifestazione del pensiero: divieti di affissione di manifesti, concerti, ecc.). Esse devono rispettare una serie di canoni³⁴⁵ e non deve essere imposto un sacrificio privato eccessivo quando la salvaguardia dell'interesse pubblico possa essere raggiunto attraverso misure alternative. Poiché il potere di ordinanza di necessità e urgenza era ricordato anzitutto come potere pubblico che sottrae a taluni, in via temporanea e d'eccezione, beni che l'ordinamento protegge con la definizione dei diritti soggettivi, sarebbe «naturale in tali casi considerare che il sacrificio del singolo a favore della collettività sia compensato con il pagamento da parte dell'amministrazione di un congruo indennizzo»³⁴⁶.

Difatti, anche in questi provvedimenti è insito l'aspetto ablativo al pari dei casi di espropriazione e dei casi in cui i poteri sottraggono in via temporanea solo talune facoltà del diritto di proprietà, o di iniziativa economica privata.

Però, come nota la dottrina³⁴⁷, del tutto estranea alla tutela indennitaria è la parte più copiosa delle ordinanze contingibili e urgenti, quella che è considerata il vero nucleo originario dell'ordinanza di emergenza in ambito locale (al fine di prevenire di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana)

³⁴⁴ M. CLARICH, *op. cit.*, 79.

³⁴⁵ E precisamente devono sempre essere adottate nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, devono fondarsi su una congrua motivazione, devono aver rivelarsi idonee alla situazione di rischio ed essere emanate entro ragionevoli limiti temporali, non devono risultare sproporzionate rispetto al fine perseguito.

³⁴⁶ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2005, 790-792.

³⁴⁷ R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, 792.

ravvisando così una certa disparità rispetto a quelle situazioni in cui, appunto, il ristoro è previsto³⁴⁸.

In assenza di un'espressa previsione legislativa si afferma la tendenza, seppure timida e minoritaria ma sintomatica, sia della giurisprudenza di ricorrere alla tecnica dell'interpretazione estensiva e all'analogia alle fattispecie non nominate (come ad es. a quelle in materia di espropriazione e in materia di vaccinazione), sia dell'amministrazione di provvedere a indennizzare direttamente e in assenza di una norma espressa (prassi che si ritiene peraltro in contrasto con il principio di legalità così come affermato nel paragrafo precedente³⁴⁹). Vi è, infatti, la tendenza di andare oltre quella visuale che era concentrata solamente a capire se il rimedio indennitario debba necessariamente trovare una fonte espressa e completa in una disposizione normativa. Abbiamo visto che situazioni *praeter legem*, avversate dalla giurisprudenza e sostenute dalla dottrina e, per l'opposto, avversate dalla dottrina e sostenute dalla giurisprudenza, nel corso dei decenni hanno spesso trovato puntuale disciplina normativa.

Alla luce dei risultati acquisiti nei capitoli precedenti, va dunque vista negativamente la tendenza della giurisprudenza ad estendere analogicamente ai poteri che non prevedono indennizzo gli istituti indennitari afferenti ad altri poteri (*in primis* quello espropriativo). Tale risultato, pensiamo, non può essere raggiunto attraverso un'interpretazione estensiva, in quanto ciò violerebbe il principio di legalità-tassatività che informa il regime degli atti amministrativi, ma solo attraverso il deferimento della questione di legittimità costituzionale di tali poteri alla Corte costituzionale.

Riteniamo che, soprattutto, come visto, nell'ambito delle ordinanze contingibili e urgenti, la mancata previsione di un ristoro indennitario potrebbe essere censurato dalla Corte costituzionale, soprattutto alla luce della giurisprudenza convenzionale, in

³⁴⁸ In quest'ambito, in sostanza, si possono individuare due tipi di ipotesi di ordinanze: l'una riguarda quelle generali attributive di poteri d'urgenza, le quali non prevedono alcuna forma di indennizzo. Poi ci sono quelle specifiche, ad es. in materia sanitaria che incidono sull'attività economica (abbattimento di animali per malattia o distruzione di culture) per le quali il legislatore in apposita normativa può provvedere a forme di ristoro o può delegare le autorità competenti a determinarle, o quelle che limitano il diritto di proprietà e il diritto di iniziativa economica privata.

³⁴⁹ V. § 3, Cap. III.

quanto per la Corte EDU l'indennizzo rappresenta lo strumento principe di tutela e ri-equilibrio del rapporto nell'ambito del giudizio di proporzionalità, che, proprio nell'ambito di esercizio di poteri particolarmente "liberi" come quello delle ordinanze urgenti, rappresenta il principale canone di giudizio dell'esercizio legittimo della funzione d'urgenza.

Sez. II Il quantum indennitario

5. Il problema della commisurazione dell'indennizzo e i diversi "modelli" applicabili

Dopo aver tentato di offrire una risposta alla domanda relativa al perimetro dell'indennizzabile (quando, cioè, sia dovuto un indennizzo e in quali modi e condizioni quest'ultimo può estendersi a nuove fattispecie), si affronterà ora l'ulteriore nodo problematico relativo alle modalità di quantificazione dell'indennizzo, qualora quest'ultimo sia dovuto.

L'interesse qui si concentra, ovviamente, su quelle ipotesi indennitarie relativamente alle quali la legge non prevede già l'espressa menzione del criterio di commisurazione del *quantum*.

In tali ipotesi, l'assenza di un preciso criterio di determinazione si tradurrebbe nell'attribuzione all'amministrazione di un potere discrezionale pressoché illimitato, e senz'altro passibile di sfociare in arbitrio, laddove l'ordinamento è improntato a ridurre il più possibile qualsiasi margine di discrezionalità.

Analogamente a riflessioni in materia di principio generale è bene domandarsi se esista quindi un criterio suscettibile di applicazione vuoi in via analogica vuoi in via estensiva a tali fattispecie. Cioè in sostanza se l'ordinamento già contempla un modello di riferimento applicabile ogniqualvolta emerga una lacuna normativa in materia.

È dunque opportuno, in primo luogo, ricordare alcuni dei principali snodi problematici del dibattito.

In ordine al *quantum* la dottrina ha ritenuto di poter annettere all'indennizzo un contenuto meramente oggettivo, con esclusione del valore soggettivo attribuito

all'interesse leso dal titolare. Secondo questo orientamento l'indennizzo deve fare riferimento al solo ipotetico prezzo di mercato del bene sacrificato, escludendo ogni valutazione riguardante la sua idoneità a soddisfare gli interessi del suo proprietario ed eventualmente di altri soggetti³⁵⁰.

A tale risultato si è pervenuti sulla base dell'art. 42, comma III, Cost., che è stato assunto a riferimento per valutare la legittimità costituzionale della legislazione ordinaria e, in assenza di questa, per determinare la misura dell'indennizzo. In virtù di questa disposizione sono state respinte sia la tesi secondo cui l'ordinamento deve garantire in modo assoluto le posizioni economiche dei titolari dei diritti incisi dall'intervento pubblico sia l'opposta tesi che ritiene sostanzialmente libero la determinazione della misura della riparazione nei casi in cui è dovuto. Si è così affermato che l'indennizzo non può essere stabilito in misura "irrisoria", "simbolica" o meramente apparente³⁵¹, ma, rovesciando questo assunto, che esso deve costituire un "serio ristoro", ossia non deve essere del tutto svincolato dal valore venale del bene³⁵².

Se questo criterio rappresenta il limite in certo senso minimo nella determinazione della misura dell'indennità, le sentenze della Corte hanno enucleato dall'art. 42, Cost. anche un limite massimo, un tetto: la misura dell'indennizzo non deve essere tale da impedire il raggiungimento dell'interesse pubblico. Per dirla con il giudice delle leggi³⁵³, non può superare «il massimo di contributo e di riparazione che, nell'ambito degli scopi più generale interesse, la pubblica amministrazione può garantire all'interesse privato».

Come è agevole rilevare, le formazioni prima sintetizzate consentono l'enucleazione di criteri "in negativo", mentre per risolvere il problema della

³⁵⁰ In questo senso v. R. ALESSI, *op. cit.*, 628.

³⁵¹ Cfr. con Corte cost., 25 maggio 1957, n. 61, che equipara "un indennizzo stabilito in misura simbolica" ad "un indennizzo inesistente".

³⁵² Così, Corte cost., 18 giugno 1963, n. 91.

³⁵³ Vedi la citata Corte cost., n. 61 del 1957, in cui la affermazione è poi divenuta opinione costante della Corte.

determinazione del quantum dell'indennizzo, occorre offrire anche indicazione "in positivo".

Secondo questo punto di vista, è fuor di dubbio che l'ultimo dei principi poc'anzi indicati rende più probabile il contrasto con il raggiungimento dei fini di interesse generale di un indennizzo troppo alto piuttosto che di uno troppo basso³⁵⁴. D'altro canto, per il caso dell'espropriazione³⁵⁵ ha ripreso applicazione il criterio contenuto nell'art. 39 della l. n. 2359 del 1865, che fissa l'indennità nello stretto valore oggettivo del bene espropriato. Pertanto, in caso di espropriazione totale l'indennità deve essere pari al valore commerciale del bene, mentre, come l'espropriazione sia parziale, il ristoro dovrà ammontare alla differenza del valore commerciale del bene stesso prima e dopo l'espropriazione.

Prende così risalto come elemento di riferimento per la determinazione della misura dell'indennità, anche in caso di silenzio legislativo, l'equivalente economico del sacrificio, il "valore effettivo" del bene³⁵⁶.

Per il temperamento dovuto all'interesse generale cui il sacrificio è preordinato, anche alla luce dell'art. 42, Cost., la dottrina ha concluso che l'indennizzo, a differenza del risarcimento, non si estende all'intero pregiudizio derivante al singolo, all'integrale riparazione delle perdite subite³⁵⁷ (che comprende, ad esempio anche i lucri sperati), ma deve al più corrispondere al vantaggio effettivo che il sacrificio riversa sulla collettività³⁵⁸.

Tale orientamento è stato tuttavia messo in discussione. Si è anzitutto osservato³⁵⁹ che non sempre il risarcimento consegue all'illecito, come nel caso della cosiddetta responsabilità oggettiva in cui esso manca; inoltre, il diritto positivo conosce forme di risarcimento inferiore all'ammontare del danno³⁶¹ e situazioni in cui la misura della

³⁵⁴ Così D. SORACE, *Espropriazione*, Milano, 1926, 29.

³⁵⁵ Per approfondimenti vedi § 3.1.1 ss., Cap. II.

³⁵⁶ Vedi in questo senso Corte cost., 30 luglio 1984, n. 231, che impone di tener conto delle potenziali utilizzazioni del bene, compreso l'eventuale "attitudine edificatoria".

³⁵⁷ Così Corte cost., n. 231 del 1984.

³⁵⁸ R. ALESSI, *op. cit.*, 628.

³⁵⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Indennità*, 594.

riparazione è identica a prescindere dalla antigiuridicità o meno del danno³⁶⁰. Insomma, per il diritto positivo non sempre l'alternativa fra danno antigiuridico e da illecito e danno da atto legittimo o non antigiuridico è rilevante al fine di determinare la misura del ristoro della compensazione.

Si è inoltre evidenziato che l'indirizzo prevalente³⁶¹ trova spiegazione nella qualificazione dell'espropriazione come una specie di compravendita coatta, da qui discende la visione dell'indennizzo in termini di prezzo del bene espropriato, mentre l'istituto non è in alcun modo riconducibile al *genus* dei negozi traslativi, in quanto manca la partecipazione consensuale dell'espropriante, anzi spesso è del tutto contrario al trasferimento.

Pertanto, più correttamente il fenomeno è stato ricondotto nell'ambito dei provvedimenti amministrativi con effetti reali, con la conseguenza di ricomprendere nell'indennizzo anche il valore soggettivo attribuito al bene del titolare ed eventualmente da altri soggetti e menti titolo su di esso.

D'altronde, non può affermarsi che la collettività si avvantaggi solo del "valore oggettivo" del bene, giacché i beni pubblici sono per definizione fuori mercato. Il provvedimento espropriativo non può considerarsi illecito, essendo ammesso dall'ordinamento, quindi è del tutto ovvio che esso, se legittimo, paralizzi ogni forma di tutela nei confronti dell'atto privativo-traslativo della proprietà³⁶²; non è ovvio né logico invece che tale circostanza si ripercuota negativamente nella sfera giuridica degli espropriati, nel senso che non si saprebbe in forza di quale norma o principio giustificare siffatta conclusione. Né questa può fondarsi sulla prescrizione costituzionale di un indennizzo, giacché in questo modo si darebbe per dimostrato ciò che invece è da dimostrare, e cioè che l'indennizzo abbia un contenuto più ridotto rispetto al risarcimento³⁶³.

³⁶⁰ Risarcimento dei danni di guerra ai sensi della l. 27 dicembre 1953, n. 968 e successive modifiche.

³⁶¹ D. SORACE, *op. cit.*, 35.

³⁶² D. SORACE, *op. cit.*, 422.

³⁶³ C. CICCARELLO, *op. cit.*, 226.

D'altronde, allargando lo sguardo all'insieme del testo costituzionale, è fuor di dubbio che in esso trovano protezione interessi, il cui sacrificio, nell'ipotesi in cui è ammesso (e ancor più ove non ammesso, trattandosi di danno da illecito), non può che comportare un pieno ristoro; in particolare per quelli qualificati come diritti fondamentali deve ritenersi dovuto, quando non si sia in presenza di limitazioni inerenti al loro regime giuridico, in pieno risarcimento, anche in considerazione della loro non degradabilità ad interessi legittimi.

Per quanto concerne l'applicazione del criterio del risarcimento del danno di matrice civilistica la legge prevede espressamente la sua applicazione in talune fattispecie³⁶⁴ priva però dell'elemento del lucro cessante il quale soccombe rispetto al bilanciamento dell'interesse pubblico.

In ultimo, in tutte quelle ipotesi in cui manchi un criterio positivo si può adottare un crisma che nasce da presupposti ed esigenze differenti, cioè affrontato sulla base dei canoni generali di ragionevolezza e rispondente a canoni di efficienza. Come si approfondirà successivamente, l'analisi economica del diritto può assurgere a criterio applicabile ogniqualvolta sia necessario porre in essere un bilanciamento tra interessi tra loro divergenti come - in particolare nell'esercizio di revoca - il perseguimento dell'interesse pubblico e una sana politica di investimento dell'imprenditore.

Ove vi sia il silenzio del legislatore, i sistemi di determinazione dell'indennizzo possono essere fatti in vari modi.

Si potrebbe ricorrere all'applicazione estensiva della disciplina indennitaria in materia espropriativa e così, da un lato considerare la proprietà in senso ampio quale patrimonio, e adottare i criteri quantitativi applicabili per essa.

Oppure secondo quanto proposto dalla dottrina si può ricorrere all'uso dei criteri dettati per la commisurazione del risarcimento limitandosi però al lucro cessante, avendo quest'ultimo e l'indennizzo assunto una identica ratio rimediale trovando entrambe le forme di tutela giustificazione e fondamento nel principio di solidarietà di cui all'art. 2, Cost.

³⁶⁴ Ad es. l'art. 21 *quinquies*, co. 1-*bis*, l. 241/1990, prevede che «Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente.».

In ultimo vi è la tecnica della *Law and Economics* che costruisce la misura dell'indennità valutando di volta in volta la soluzione più efficiente in base agli effetti economici delle diverse possibili situazioni ipotizzate.

5.1 Il modello civilistico

Desunto dall'applicazione del criterio di commisurazione del risarcimento del danno il modello civilistico è il criterio-base applicato dalla giurisprudenza (e accolto dalla dottrina maggioritaria) nelle ipotesi di mancata previsione del legislatore.

Il principio della responsabilità civile, come è noto, obbliga colui che pone in essere un atto illecito da cui consegue un danno a risarcire il soggetto leso.

La norma di riferimento in materia di commisurazione del danno è l'art. 2056 del codice civile il quale prevede di tenere conto del danno emergente e del lucro cessante. Per danno emergente si intende la perdita subita, l'effettiva diminuzione del patrimonio provocata dal comportamento del danneggiante, comprensiva anche delle spese che il danneggiato deve sostenere per rimediare al pregiudizio sofferto. Il lucro cessante riguarda l'interruzione forzata, a causa del patimento di un evento dannoso, di un processo di produzione e/o procacciamento di utilità che avrebbe procurato al danneggiato un legittimo accrescimento patrimoniale.

Nelle ipotesi indennitarie si applica tale criterio non nella sua interezza, in quanto la funzione del risarcimento è di reintegrare il patrimonio del danneggiato ricostituendo la situazione giuridica preesistente e il danno e non re-equilibrare il rapporto tra la pubblica amministrazione e il privato leso come nell'indennizzo³⁶⁵.

La sua applicazione prevede infatti di tenere conto del danno emergente avulso dal lucro cessante (cioè il mancato guadagno), la *ratio* si rinviene negli elementi costitutivi dell'istituto in esame ossia, come più volte ribadito, l'indennizzo consegue a responsabilità da atto lecito, cioè si ha in tutti quei casi in cui la pubblica amministrazione agisce in conformità alle prescrizioni attributive del potere e quindi perseguendo l'interesse pubblico a favore della collettività ma in pregiudizio del singolo.

³⁶⁵ Per approfondimenti V. Cap. III § 3.

Secondo altre tesi invece l'esclusione del lucro cessante rispecchia la convinzione che l'indennizzo dovrebbe presupporre un affidamento all'esercizio d'impresa (in particolar modo quando viene esercitato il potere di revoca): un affidamento del genere sarebbe in tale ipotesi contraddetto dal fatto che il rapporto si basa su un provvedimento "revocabile"³⁶⁶.

L'adozione di tale criterio come strumento generale di commisurazione del *quantum* indennitario manifesta secondo una certa dottrina la tendenza ad assimilare sotto il profilo funzionale risarcimento e indennizzo. Si ritiene infatti che «le indennità, sia ove siano previste a fronte di atti leciti, sia quando siano previste a fronte di illeciti, in definitiva costituiscono un modello di risoluzione di conflitti che segue uno schema di risoluzione simile a quello che si riscontra nei casi in cui, a fronte di un danno per fatto illecito, viene previsto sì un risarcimento, ma in misura ridotta»³⁶⁷. L'analoga funzione è quella rimediale come si è potuto approfondire precedentemente che pare caratterizzare secondo una lettura attuale anche l'istituto del risarcimento del danno.

Non solo la dottrina ma finanche Corte costituzionale e Corte di Cassazione hanno accomunato risarcimento e indennità in un'ottica unitaria, ritenendoli come due espressioni di un fenomeno in definitiva omogeneo, considerando entrambe null'altro che diverse forme di bilanciamento dei contrapposti interessi pubblici e privati.

Il criterio del risarcimento del danno è solo uno dei possibili modelli applicabili, analizziamo, infatti, nel seguente paragrafo il cd. modello espropriativo che trova la propria fonte direttamente nel dettato costituzionale.

5.2 Il modello espropriativo

L'ordinamento italiano prevede il criterio di determinazione dell'indennità stabilito nel "serio ristoro" come elemento imprescindibile e necessario per riequilibrare in maniera corretta il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

L'esigenza di un indennizzo da attribuire al soggetto leso per il sacrificio imposto costituisce quindi un aspetto fondamentale di tutela e la sua misura rappresenta uno

³⁶⁶ A. TRAVI, *op. cit.*, 191.

³⁶⁷ G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2012, cit., 117.

dei problemi centrali dell'istituto indennitario. L'art. 42, comma III, rappresenta com'è noto il parametro di riferimento in materia. La Costituzione italiana non contiene alcun aggettivo che quantifichi o qualifichi la somma che deve essere liquidata a titolo di indennità a favore del privato. Sebbene il concetto di "equo" e di "giusto" sia (o dovrebbe essere) implicito alla nozione stessa di indennizzo, ci si chiede quando esso possa considerarsi giusto in un contesto in cui il fenomeno indennitario ha ad oggetto non solo il diritto di proprietà in senso stretto (così come concepito dall'articolo 42, comma III) ma altrettanti diritti suscettibili di tutela.

La giurisprudenza costituzionale³⁶⁸ ha affermato che l'indennizzo, se non deve costituire un integrale riparazione della perdita subita - poiché occorre coordinare il diritto del privato con l'interesse generale che il provvedimento mira a realizzare - non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica, ma deve rappresentare un serio ristoro, con la conseguenza che occorre fare riferimento, per la determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalle potenziali utilizzazioni economiche di esso, secondo la legge, senza alcuna possibilità di adottare un diverso criterio che prescindano dal valore del bene.

Affinché un indennizzo possa considerarsi effettivamente tale il giudice costituzionale ha introdotto un vero e proprio catalogo di criteri di requisiti che vanno osservati per dare sostanza a quanto previsto dal comma 3³⁶⁹. La dottrina li raggruppa in quattro punti.

Innanzitutto si deve perseguire il massimo equilibrio possibile tra gli scopi di pubblica utilità che la pubblica amministrazione intende perseguire e la somma che è liquidata al privato a titolo di indennizzo. Nel senso che gli interessi pubblici si devono armonizzare, per quanto possibile, con quelli individuali dei privati senza che i primi soffochino i secondi o che, viceversa, questi subordinino a sé quelli. L'indennizzo deve, in altri termini, essere rispettoso del principio di ragionevolezza e di

³⁶⁸ Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5.

³⁶⁹ G. ROLLA, *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, Milano, 2006, 15-16.

proporzionalità. In altri casi, il giudice costituzionale ha parlato di “giusto equilibrio tra mezzo impiegato e scopo perseguito”³⁷⁰.

Poi l'indennizzo non deve necessariamente fungere da ristoro integrale del pregiudizio economico patito: è sufficiente che non scenda al di sotto di quel limite minimo che separa un indennizzo effettivo da uno simbolico³⁷¹.

In ragione dei diversi tipi di proprietà si possono prevedere diversi criteri di determinazione della misura dell'indennizzo, purché siano ragionevoli sebbene è necessario osservare la regola che non è l'oggetto a determinare il *quantum*, bensì la ragione che ne sta alla base. La diversità delle somme liquidate deve trovare giustificazione nella diversità dei beni. In caso contrario si liquiderebbero indennizzi diseguali in ragioni di beni di eguale valore. Si violerebbe non soltanto l'art. 42, Cost., ma anche il principio di eguaglianza garantito dall'art. 3, Cost.

Infine, un indennizzo deve essere effettivo e non astratto, cioè si deve riferire al valore effettivo del bene quale risulta dalle sue caratteristiche ed alla sua destinazione economica³⁷².

Enunciati i presupposti è necessario riflettere sulla sua possibile applicazione ad altre figure indennitarie oltre all'espropriazione.

L'intervento più importante che avvalorata la tesi secondo cui è possibile estendere l'applicazione della normativa espropriativa anche ad altre figure si ricava dalla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo³⁷³ che ha - nell'interpretazione dell'art. 1 della CEDU - fatto rientrare nella nozione in esame una compagine di situazioni soggettive - riferibili tanto a diritti di proprietà *stricto sensu* (su beni materiali e immateriali), quanto a rapporti di natura obbligatoria e, addirittura, a prestazioni sociali- aventi in comune il fatto di esprimere un “valore patrimoniale” e di essere

³⁷⁰ Corte cost., 25 luglio 2000, n. 351.

³⁷¹ G. ROLLA, *op. cit.*, 16.

³⁷² Il principio attualmente adottato dalla giurisprudenza costituzionale - avvalorato anche dalla Corte EDU - per commisurare l'indennizzo da esproprio è il criterio che ancora la determinazione del ristoro indennitario al valore di mercato (o venale) del bene oggetto di espropriazione. Per un'analisi approfondita si rinvia al § 3, Cap. II.

³⁷³ Per approfondimenti v. § 4, Cap. I.

“attuali”: requisito, quest’ultimo, riscontrato dalla giurisprudenza non solo in beni già esistenti, ma anche in interessi patrimoniali oggetto di una c.d. aspettativa legittima.

Sulla base di tali osservazioni che esprimono una definizione ampia di proprietà pare si possa applicare analogicamente la normativa sull'espropriazione comprensiva quindi del criterio di determinazione dell'indennità.

Secondo una diversa opinione ³⁷⁴ però «giova rilevare che l'applicazione analogica di criteri dettati per l'indennità di espropriazione a tutte le variegata forme di indennizzo previste positivamente (ma per cui la legge non prevede nessuna particolare modalità di commisurazione), oppure (ovviamente, sempre nel contesto della teorica della cosiddetta responsabilità per atti leciti) da riconoscersi anche in assenza di specifiche previsioni positive, in realtà non pare una operazione interpretativa corretta, se si considera che già all'epoca in cui erano diffuse le teoriche della cosiddetta responsabilità per atto lecito molte forme di indennizzo riguardavano fenomeni che senz'altro non erano integralmente assimilabili alla espropriazione per pubblica utilità, quando addirittura completamente diversi.».

Ad avviso dell'esponente risulta difficilmente estensibile la disciplina tecnica di commisurazione dell'indennizzo (che spesso assume come parametri valori non suscettibili di applicazione a fattispecie indennitarie aventi ad oggetto diritti diversi dalla proprietà) a figure differenti dall'espropriazione. Si ritiene, in linea con la dottrina dominante, che sia più auspicabile l'applicazione di criteri maggiormente aderenti e idonei a quantificare il danno prodotto dall'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico confinando i crismi della l. n. 2359 del 1865 al mero istituto espropriativo previsto dall'art. 42, comma III³⁷⁵.

5.3. L'analisi economica del diritto. Applicazione del modello alle fattispecie indennitarie più rilevanti.

Dopo aver analizzato i criteri di commisurazione dell'indennità così come configurati nell'ordinamento, appare opportuno analizzare un ultimo modello

³⁷⁴ G. MANFREDI, *op. cit.*, 34.

derivante dalla cultura giuridica anglosassone (segnatamente americana), la quale, consapevole in virtù del suo approccio realistico che talvolta i metodi ancorati ad elementi formali-positivi³⁷⁶ non soddisfano pienamente le esigenze di tutela e di bilanciamento nel rapporto pubblica amministrazione-privato, ha posto al centro della propria analisi il criterio dell'efficienza economica.

L'analisi economica del diritto (o "*Law and Economics*") nasce e si sviluppa nella seconda metà del Novecento, grazie soprattutto alla c.d. scuola di Chicago, nel segno di una radicale critica alle forme di intervento pubblico e di una fiducia nelle naturali capacità di autoregolazione del mercato. Ciò ha condotto tale innovativo approccio ad approfondire gli istituti fondamentali del diritto comune, quali il contratto e la proprietà, intesi come pilastri della concezione capitalistica della giustizia.

L'applicazione dell'analisi economica allo studio del diritto pubblico è molto più recente, per la naturale difficoltà a trapiantare in questo campo dell'ordinamento giuridico valutazioni fondate su criteri di mera efficienza.

Emblematica, in proposito, è l'attenzione progressivamente rivolta all'intero diritto costituzionale e ai suoi meccanismi istituzionali. Le prime indagini si concentrano sul tema dei vincoli costituzionali all'intervento pubblico nell'economia in una logica di protezione delle libertà individuali.

In materia di diritti fondamentali, ad esempio, il fondamento economico della loro inviolabilità risiede nell'impossibilità di soddisfare i criteri di efficienza richiesti per la loro soggezione a scelte e ponderazioni politico-economiche. L'analisi economica, poi, consente di verificare costi e benefici dei diversi possibili bilanciamenti tra diritti e interessi collettivi in conflitto come nel caso dei cd. *takings*.

La visione economica del diritto differisce profondamente da quella giuridica. Quest'ultima tradizionalmente guarda al diritto come ad un insieme di precetti e divieti accompagnati da una sanzione, da ricostruire in un sistema completo, unitario e coerente con i principi generali. Da questo percorso logico sono espunti argomenti di

³⁷⁶ Come ad es. le leggi in materia di commisurazione dell'indennità da esproprio che applicano valori confacenti a beni di natura fondiaria ma non a rapporti di natura obbligatoria.

tipo sostanziale, come l'esame della funzionalità, delle conseguenze pratiche, del costo, della desiderabilità sociale di soluzioni alternative. Tutti questi aspetti sono oggetto di ragionamenti *de iure condendo*, di politica del diritto o di progettazione legislativa, comunque estranei al mestiere del giurista.

L'analisi economica, invece, considera il diritto come un insieme di incentivi rivolti ai consociati e alla stessa amministrazione ad adottare un determinato comportamento positivo o negativo.

Per valutare i possibili comportamenti attuabili si possono utilmente applicare i postulati giuseconomici di cui si vale la teoria dei giochi (*game theory*)³⁷⁷. Questa teoria, appartenente all'area delle scienze sociali, studia le scelte prese in situazioni nelle quali vi sono interazioni tra i diversi soggetti in gioco, tali per cui le decisioni dell'uno incidono sui risultati ottenibili dall'altro secondo un congegno di reazione anticipata dato dalla previsione del comportamento altrui. In altre parole la teoria dei giochi è una «disciplina matematica che studia l'interazione strategica, ossia le situazioni nelle quali i risultati conseguiti da un agente dipendono anche dalle scelte di altri agenti»³⁷⁸.

In particolare, nei modelli di teoria dei giochi si ipotizza che i giocatori adottino un comportamento razionale, cioè scelgano le strategie migliori per ottenere uno specifico risultato³⁷⁹. L'esito del gioco è quindi inevitabilmente condizionato dal grado di conoscenza che i giocatori hanno del gioco; per questa ragione, i modelli di teoria dei giochi si distinguono in categorie che tengono conto delle informazioni in possesso dei giocatori, degli accordi fra di loro intercorrenti e del tempo entro il quale il gioco si conclude. In quanto si riferiscono alle decisioni interattive dei giocatori, i modelli di teoria dei giochi sono generalmente applicabili alla ricerca operativa, all'economia, alla strategia militare e, potenzialmente, a tutte le scienze sociali: dunque anche al diritto amministrativo.

³⁷⁷ E.B. RASMUNSEN, *Game Theory and the Law*, Cheltenham, 2007, 14 ss.

³⁷⁸ E.B. RASMUNSEN, *op. cit.*, 15.

³⁷⁹ J. VON NEUMANN, O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, Princeton University Press, 1944, 1 ss.

La teoria dei giochi l'azione (in gergo «mossa»), o l'insieme delle azioni che un individuo è intenzionato a compiere, è denominata strategia. In base alle strategie adottate da tutti i soggetti in gioco, ognuno riceve un ritorno finale (c.d. *pay-off*) misurabile secondo una specifica unità di misura, che può essere positivo, negativo o nullo. In un gioco sono presenti uno o più contendenti che tentano di vincere il gioco, ossia di massimizzare la propria vincita e, dunque, il proprio benessere³⁸⁰. La ricerca della massimizzazione dell'utilità individuale, tuttavia, porta nel medio e lungo periodo a esiti collettivi subottimali, sia in termini di efficienza che in termini di equità.

È ciò che avviene nel più noto caso di scuola di gioco non-cooperativo studiato da tale teoria e conosciuto come “il dilemma del prigioniero”³⁸¹. In esso, poiché ogni individuo non conosce le decisioni dell'altro, la strategia dominante è quella che minimizza le disutilità per ognuno di essi, indipendentemente dalle decisioni dell'altro. Il risultato è duplice: a livello aggregato la situazione che si determina non è paretoefficiente, cioè è peggiore rispetto a quella che si determinerebbe se entrambi gli individui, conoscendo le rispettive decisioni, fossero in grado di cooperare, e non vi è nessuna ragione per entrambi di modificare le proprie strategie. In pratica si può dire che gli individui sono potenzialmente danneggiati dalla loro non-cooperazione, motivo per cui la loro strategia ingenera una crescente sfiducia reciproca. Lo scopo tipico che la teoria dei giochi persegue, mediante una soluzione dei dilemmi che miri all'efficienza³⁸².

Per come declinata, la teoria dei giochi appare un utile strumento di indagine per studiare e individuare quali siano i comportamenti inefficienti dei soggetti coinvolti

³⁸⁰ R.H. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, *passim*; G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 20.

³⁸¹ D.G. BAIRD, R.H. GERTNER, R.C. PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 33 ss. L'esempio di base è la situazione di un prigioniero, il quale, non potendo conoscere se il suo complice ha confessato il reato, è lasciato nel dilemma se confessare in cambio di uno sconto di pena oppure non confessare con il rischio di una condanna piena. Anche il complice si trova nella stessa situazione. La scelta ottimale per entrambi — che costituisce un c.d. equilibrio di Nash «a strategie dominanti» — sarebbe non confessare, perché in questo caso entrambi verrebbero assolti. In termini generali, il dilemma del prigioniero intende dimostrare che l'assenza di informazioni certe sulle condotte altrui determina scelte inefficienti.

³⁸² Per approfondimenti sul concetto di “*prisoner's dilemma*”: M.C. JENSEN, R.S. RUBACK, *The Market for Corporate Control: The Scientific Evidence*, in 11 *Journal of Financial Economics*, 1983.

nel procedimento amministrativo e quindi come si possa stabilire la migliore valutazione circa il *quantum* indennitario.

Tale teoria si scontra però con il dato esperienziale nell'ambito dell'esercizio in concreto del potere amministrativo. Porre al centro dell'analisi la condotta perfettamente razionale del soggetto e dell'amministrazione, vuol dire creare un modello *standard* che ha il requisito della perfetta ripetibilità. Vuol dire, in altri termini, assegnare un preciso insieme di azioni per le quali a un dato stimolo (*input*) seguirà sempre e comunque una stessa risposta (*output*) da parte dell'agente. Stando a ciò, la razionalità che caratterizza il procedimento consisterebbe nell'interazione di cittadino interessato, amministrazione e (eventuale) terzo controinteressato come attori perfettamente consapevoli del loro operato, in modo che a una mossa compiuta da uno degli attori in gioco corrisponda esattamente la risposta di un altro attore, e che alla mossa di quest'ultimo ne segua magari un'altra e così via.

La teoria dei giochi, in sostanza, si baserebbe sull'assunto che ciascun soggetto o ente si comporta in maniera onnisciente, selezionando sempre, fra le varie alternative in gioco, quella capace di garantire il massimo grado di soddisfazione. È bene osservare come la realtà, anche quella dove a entrare in gioco è «il comportamento amministrativo»³⁸³ dei vari soggetti, per quanto sinora visto nei casi di danno da ritardo, si presta ben poco a essere racchiusa in simili schematismi, dovendo continuamente fare i conti con scelte non perfettamente logiche quando non del tutto illogiche, con preferenze non idealmente ipotizzabili quando addirittura imprevedibili, con risultati non sempre verificabili quando non anche impossibili.

La critica principale al paradigma della scelta perfetta, o, se si vuole, al criterio della “preferenza ottimale” e del “risultato efficiente”, investe la premessa fondamentale che sta alla base dell'economia neoclassica: la razionalità illimitata dell'individuo.

L'adeguatezza dei vincoli giuridici, dunque, non può essere misurata solo in base ad astratti criteri di giustizia. Bisogna, invece, verificare l'efficienza e l'efficacia che le norme possiedono nel raggiungimento dei loro obiettivi. Si tratta, allora, di valutare

³⁸³ H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, Macmillan, 1947, passim.

ciascuna regola in base alla capacità di determinare gli effetti che intende conseguire, agli strumenti utilizzati per raggiungimento di quegli effetti e agli oneri che a tal fine sono posti in capo ai soggetti privati e ai poteri pubblici³⁸⁴.

Lo sfondo per analizzare in modo sintetico e in maniera aderente al fenomeno indennitario (la materia richiederebbe infatti un lavoro di tesi apposito necessitando di un'ampia contestualizzazione nelle materie macro-economiche da cui promana³⁸⁵) è rappresentato dai diversi settori in cui questa può trovare applicazione: espropriazioni, revoca e *de iure condendo* ai cd. piani *no-fault*.

5.3.1. (Segue.) Analisi economica e potere espropriativo

La *Law and Economics* si esplica in un approccio pragmatico che prescindendo dai principi giuridici in gioco persegue il più efficiente bilanciamento in termini costi-benefici.

In materia espropriativa rileva nei *creeping* o nelle *regulatory expropriations* (dette anche espropriazione indirette) che si hanno allorché il titolo del diritto del singolo non viene ad altri trasferito, ma è sostanzialmente svuotato di contenuto o significativamente limitato quanto al godimento e alla disponibilità del bene oggetto del diritto. L'amministrazione è comunque tenuta a compensare il sacrificio sopportato dal proprietario.

In particolare tale criterio permette di tracciare il confine tra atti provvedimentali che comportano una vera e propria "privazione della proprietà" (ovvero quelle ipotesi definite "espropriazioni sostanziali"³⁸⁶) e atti che implicano una mera "regolazione dell'uso" del diritto di proprietà attraverso il potere di "conformare" da parte del pubblico potere in accordo con l'interesse generale (imponendo restrizioni alle facoltà

³⁸⁴ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *op. cit.*, 15.-16.

³⁸⁵ Per approfondimenti si rimanda ai testi più importanti in materia quali G. CALABRESI, *The cost of accidents: A legal and economic analysis*, Yale University Press, 1970; R. EPSTEIN, *Takings: private property and the power of eminent domain*, Cambridge, Harvard University Press, 1995; B. HERMALIN, *An economic analysis of Takings*, in *Journal of Law, Economics Organisation*, Berkeley Economics Press, 1995; E.A. POSNER, *Cost-Benefit Analysis as a solution to a Principal-agent Problem*, in *Administrative Law Review*. New York; R.L. REVESZ, *Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Tationale for Federal Enviromental Regulation*, in *New York University Law*.

³⁸⁶ Per i relativi approfondimenti v. § 3, Cap. I e § 3.1.2, Cap. II.

dominicali, ovvero prescrivendo obblighi di *facere* o di *pati*³⁸⁷). In quest'ultimo caso non è dovuto l'indennizzo³⁸⁸.

Come si è analizzato già in precedenza tale questione ha prodotto un acceso dibattito tra dottrina e giurisprudenza (in cui spicca il fondamentale contributo della Corte EDU) con il fine precipuo di assoggettare le figure ad una qualificazione distintiva adeguata esplicitando quello che è il *limes* tra i due istituti.

L'analisi economica tende a discernere la “conformazione” dall’ “espropriazione sostanziale” attraverso un criterio differente che parte non dall'analisi degli elementi qualificanti la proprietà (la cui compressione -comportante l'impossibilità di utilizzo- da parte del pubblico potere implica l'obbligo di indennizzo) bensì dall'efficienza in termini economici.

Il potere di intervento dell'amministrazione dev'essere salvaguardato, perché la stessa previsione attributiva deve permettere l'attuazione di modelli più elevati di efficienza (in senso ampio), riducendo i costi di transazione: è l'esigenza del benessere collettivo che in definitiva si confronta con la commisurazione dell'indennizzo³⁸⁹.

Ad avviso di chi scrive l'analisi economica permette di riempire di contenuto un'altra importante previsione normativa concernente la commisurazione dell'indennità nel particolare caso in cui l'espropriazione è oggetto di un piano più ampio di riforma economico-sociale.

L'art. 37 del d.P.R. 327 del 2001 infatti prevede una riduzione del 25% dell'indennizzo rispetto al valore venale a cui devono essere commisurate le espropriazioni di aree edificabili. Non è chiaro però quando concretamente l'amministrazione può ridurre l'indennizzo, la norma risulta infatti vaga non circoscrivendo i confini e limiti dell'ambito applicativo di tale disposizione.

³⁸⁷ N. BERTI, *La tutela “urbanistica” dell'ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Il diritto dell'economia*, cit. 125.

³⁸⁸ J.L. SAX., *Takings, Private Property and Public Rights*, in *Yale Law Journal*, 1971, p. 149 ss.; ID., *Takings and the Police Power*, in *Yale Law Journal*, 1964, p. 36 ss.

³⁸⁹ A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, *Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, 2006, 188.

Anzitutto gli interventi di riforma economico - sociale devono essere idonei a modificare gli assetti stessi dell'economia e/o della società³⁹⁰. La natura dell'intervento non può, in alcun modo, discendere da una mera qualificazione attribuita dal soggetto espropriante, essendo invece indispensabile che essa sia prevista direttamente dalla legge, che quell'intervento programma e finanzia.

In alternativa per comprendere se l'operazione di esproprio ha caratteristiche di riforma economica si può utilizzare il metodo della *Law and Economics* il quale confrontando l'utilità conseguita dalla collettività (comutate in termini di esternalità positiva ³⁹¹) e il pregiudizio sopportato permette di valutare l'effettiva natura dell'intervento.

L'erogazione pubblica, dunque, è vantaggiosa soltanto nella misura in cui il costo derivante dai procedimenti di espropriazione è minore dell'utilità generata dalla riforma in atto.

5.3.2. (Segue.) Analisi economica e revoca

L'analisi economica applicata alla revoca permette di rilevare anzitutto che l'obbligo di corrispondere l'indennizzo incide sul comportamento che il potere pubblico tiene in concreto. La previsione di tale istituto rappresenta sotto il profilo dell'esercizio del potere un disincentivo. L'amministrazione, in seguito alle innovazioni della l. n. 15 del 2005, eserciterà infatti più raramente il potere di revoca (rispetto ai rapporti di durata) e quando lo eserciterà dovrà dar conto anche del costo sociale rappresentato dall'indennizzo. L'ampiezza del potere di revoca viene così diminuita.

Infatti, in particolar modo nei rapporti amministrativi di durata, prima della legge 15/2005, il rischio della sopravvenienza gravava sul privato. Infatti la sopravvenienza (intesa sia come fatto materiale nuovo, sia come valutazione soggettiva nuova

³⁹⁰ Il riferimento è, a titolo di esempio, ad una legge organica per il riassetto idrogeologico del territorio o per una ricostruzione successiva ad una calamità di vaste proporzioni, come l'epidemia di colera rispetto alla legge per la città di Napoli.

³⁹¹ Le esternalità positive si hanno quando i soggetti beneficiari di impatti *positivi* prodotti da un altro soggetto non corrispondono/pagano un prezzo pari ai benefici ricevuti e quindi nel caso di specie quando l'espropriazione comporta un'utilità maggiore rispetto al pregiudizio arrecato.

dell'opportunità originale del provvedimento) giustificava una revoca “a un costo zero” per l'amministrazione ³⁹². Con la riforma dell'istituto il rischio della sopravvenienza grava, almeno in parte, anche sull'amministrazione: infatti essa se esercita il potere di revoca, deve corrispondere l'indennizzo al cittadino.

Il potere di revoca viene esercitato solo se ragioni di interesse pubblico risulteranno in concreto più importanti del costo che l'amministrazione sostiene per l'indennizzo. In sostanza l'indennizzo ha introdotto un carattere di stabilità ai rapporti amministrativi di durata.

L'analisi economica del diritto emerge in particolar modo allorquando la revoca incida istituzionalmente su un'attività d'impresa (si pensi alle concessioni di servizi), va dato rilievo anche per l'indennizzo ai fattori economici tipici di un'impresa: innanzitutto, agli investimenti.

Secondo canoni generali di efficienza, nel caso di un'attività di impresa nella commisurazione dell'indennizzo assumono rilievo due esigenze: quella di non pregiudicare eccessivamente la revoca - in quanto strumento di perseguimento dell'interesse pubblico - e quella di non penalizzare una sana politica di investimenti dell'imprenditore che subisca la revoca. Secondo eminente dottrina: «la meritevolezza dell'intervento dell'amministrazione non è costante: appare differente, in relazione alle diverse situazioni che in base all'art. 21-*quinquies* possono legittimare la revoca. La revoca determinata da una diversa valutazione dell'interesse pubblico rispecchia un'inefficienza dell'amministrazione “che cambia idea”: va disincentivata, anche nell'interesse generale, se si vuole un'amministrazione più responsabile delle proprie scelte. Invece nel caso di sopravvenienza di un fatto nuovo la revoca va incentivata, perché in mancanza di essa si potrebbe perpetuare una situazione di inefficienza, determinata dalla permanenza di un provvedimento inopportuno rispetto a un contesto non più coerente. Le due situazioni non possono essere considerate

³⁹² A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, *Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, cit., 189.

equivalenti e comportano perciò esigenze di tutela diverse per il privato, che ragionevolmente possono riflettersi anche sulla misura dell'indennizzo»³⁹³.

La previsione dell'indennizzo nella revoca gioca un ruolo assai rilevante nell'esercizio delle attività economiche da parte dei privati, rappresentando condizione fondamentale per la programmazione e la realizzazione dei loro investimenti.

La possibilità che la valutazione del *quantum* indennitario sia rimessa interamente alla libera determinazione della pubblica amministrazione nella visione gius-economica - almeno di quella prevalentemente attenta ai profili dell'efficienza -, verrà interpretata come fattore di (maggiore) rischio in un contesto ove esiste il pericolo che possano verificarsi asimmetrie informative, si accentua il rischio di comportamenti abusivi e opportunistici da parte degli apparati pubblici, i quali, magari nella prospettiva di evitare un eccessivo onere in termini economico-finanziari prevederebbero ingiustificatamente un ristoro inadeguato³⁹⁴.

Nel caso di specie, possiamo ipotizzare che la disciplina dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, stabilisce implicitamente un rapporto di agenzia tra le amministrazioni (agenti) e i privati (principali), ogni qual volta tra gli stessi s'instaura un procedimento per la cura di un dato affare.

Provando ad applicare gli assunti della teoria dell'agenzia, appare evidente come l'interesse che il privato-principale ripone nel procedimento non sia solo quello di ottenere l'indennizzo ma che questo sia conforme al pregiudizio che egli sopporta.

³⁹³ A. TRAVI, *op. cit.*, 190.

³⁹⁴ M. JENSEN, *Organization Theory and Methodology*, in *The Accounting Review*, 1983, 319-339; S. ROSS, *The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem*, in *The American Economic Review*, 1973), 134-139. In generale quando si parla di asimmetria informativa, il riferimento, in punto di analisi economica, non può che essere alla c.d. teoria dell'agenzia (agency theory o principal-agent theory) e ai connessi problemi (agency problem) che possono sorgere nei meccanismi decisionali delle amministrazioni. Secondo la relazione di agenzia, infatti, quando compie un'azione nell'interesse del principale, l'agente tenterà di ottenere il risultato (economicamente) più conveniente per sé impiegando il minor sforzo possibile nell'eseguire il compito assegnatogli dall'agente. È rilevante osservare come la relazione di agenzia ricorre sempre tra due categorie di soggetti che si trovano in differenti condizioni di conoscenza delle informazioni, e come il comportamento o le caratteristiche proprie degli uni (gli agenti) sono tali da condizionare in certa misura il benessere degli altri (i principali). Nel rapporto di agenzia, per come viene descritto dall'analisi economica, emergono due tipici fenomeni: l'opportunismo, in capo all'agent, e la razionalità limitata, in capo al principal, i quali si generano in concomitanza al proliferare di una situazione di asimmetria informativa (asymmetric information) tra i due poli della relazione.

Del pari, è evidente come l'interesse dell'amministrazione-agente non sempre possa essere in linea con l'esigenza ricercata dal privato-principale. Ora, ove la legge non prevede nessun parametro certo ricade nel libero apprezzamento dell'amministrazione-agente stabilire in concreto il *quantum*. Il che potrebbe incentivare l'amministrazione-agente a tenere un comportamento opportunistico (di *moral hazard*), e ciò anche in considerazione del fatto che essa detiene una posizione di superiorità informativa rispetto alla condizione (di razionalità limitata) in cui versa il privato-principale. Più esattamente, in mancanza di un obbligo che consenta di rispettare il parametro del "giusto" indennizzo, l'amministrazione potrebbe commisurarlo in maniera irrisoria (opportunismo), accampando motivazioni difficilmente osservabili da parte del principale privato (razionalità limitata) e favorite proprio dalla presenza della condizione di asimmetria informativa che generalmente caratterizza la relazione burocrazia-cittadino.

Il fatto che il legislatore abbia avuto la necessità di predisporre l'indennizzo significa che si è configurata in astratto una relazione del singolo con l'amministrazione. L'aver stabilito una misura compensativa appare allora come una decisione legislativa che colloca un aspetto delle relazioni sociali nell'area del diritto pubblico/amministrativo.

In questo senso si può avanzare la tesi secondo cui la disciplina amministrativa dell'indennizzo ha a che fare con le relazioni sociali nel momento in cui assoggetta l'amministrazione all'obbligo indennitario che ha lo scopo di offrire garanzie ai privati che intendono intraprendere le loro attività - e in particolare le loro attività economiche - in ambito pubblico.

Sul versante opposto la disciplina della commisurazione dell'indennizzo, con la sua flessibilità (nelle ipotesi in cui la norma non preveda una disciplina puntuale), assolve una funzione di garanzia per tutti i privati, in quanto stabilisce ristori differenti a seconda che le attività economiche di alcuni di loro possano o meno arrecare danno ad altri (sotto forma di esternalità negative), spostando così tali attività dal terreno delle libertà del mercato e sottoponendole a regole intese a risolvere il contrasto di interessi che si manifesta nell'esplicarsi della libertà di ciascun soggetto. In casi del genere la legge interviene sulla libertà di tutte le parti della relazione sociale, predisponendo o rimettendo all'autorità di predisporre un ristoro più giusto per

tutelare tutte le posizioni della relazione stessa: tale valutazione normativa verrà attuata dall'amministrazione quale interesse pubblico nel caso concreto³⁹⁵.

Inoltre, sempre dal punto di vista dell'analisi economica, si mette in rilievo che la perdita di benessere, se non opportunamente corretta, può generare alcuni effetti distorsivi nel mercato pubblico equiparabili a quelli che produce il fenomeno della selezione avversa e dell'azzardo morale, per come declinati nella teoria dell'agenzia (*principal-agent theory*). Come i danni causati dalla selezione avversa, che fanno capo ai problemi di asimmetria informativa esistenti tra il principale e l'agente, così anche i danni causati dalla sproorzionata commisurazione dell'indennizzo incidono sul bilancio delle attività economiche della collettività. Più esattamente, paragonando il fenomeno che deriva al fenomeno della selezione avversa, si avrà che gli operatori economici «buoni» (*goods*), disincentivati dalle modalità con cui l'autorità porta a termine le pratiche amministrative (concessioni, autorizzazioni, appalti ecc.) abbandoneranno gradualmente il mercato (pubblico) per spostarsi su altri mercati (privati), consentendo l'ingresso nel mercato pubblico a operatori economici «cattivi» (*buds*), i quali, operando in modo inefficiente e/o incompetente, causeranno danni per la collettività (ad esempio in termini di servizi pubblici inefficienti e/o qualitativamente scadenti, opere pubbliche fatiscenti e così via).

In altre parole, la decisione della pubblica amministrazione, incidendo sull'appetibilità del mercato pubblico, ingenera un meccanismo equiparabile a quello della selezione avversa e del rischio morale che premia operatori economici «cattivi» rispetto a quelli che il corretto comportamento dell'amministrazione avrebbe potuto attrarre prima e selezionare poi³⁹⁶.

In concreto si osserva che: prima del 2005, ossia nel modello che escludeva ogni indennizzo in caso di revoca, si disincentivavano gli investimenti dei privati: pertanto il modello di una revoca senza indennizzo che pregiudichi un'impresa è tendenzialmente inefficiente; la previsione invece di un indennizzo in misura

³⁹⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 26.

³⁹⁶ Tale approfondimento è tratto da E.A. POSNER, *Cost-Benefit Analysis as a solution to a Principalagent Problem*, in *Administrative Law Review*, New York, 2001.

“standard”, disancorato dalla situazione concreta (per esempio prevista in percentuali applicate spesso dalla giurisprudenza maggioritaria) favorisce i sotto investimenti. Infatti il privato, in relazione al rischio imminente di una revoca, è indotto a “massimizzare” il margine dell’indennizzo rispetto all’investimento; anche un indennizzo computato in maniera pari al valore dell’investimento appare inefficiente. Infatti in casi del genere il privato è sollecitato a realizzare “sovrainvestimenti”, e l’amministrazione sarebbe tenuta a indennizzarli integralmente.

Il criterio base accolto oggi dalla dottrina è rappresentato dall’indennizzo dell’intero “danno emergente”, da identificare con gli investimenti non ancora ammortizzati, tale criterio però rinunciando introdurre una selezione tra gli investimenti, finisce col privilegiare comportamenti opportunistici³⁹⁷.

Le prospettive qui analizzate possono indurre ad un’inefficienza maggiore, perché amplificano la frammentazione delle situazioni e così determina una minore certezza nella disciplina. Nel caso della revoca l’incertezza sulla misura dell’indennità è istituzionale, perché trova origine in una omissione del legislatore non colmabile altrimenti; la riflessione sull’indennizzo va comunque condotta sempre in una logica “bipolare”, e non in una prospettiva che associ al riconoscimento legislativo di un diritto del privato la convinzione che la garanzia di tale soggetto rappresenti la chiave di lettura dell’istituto.

5.3.3. (Segue.) Analisi economica e riesame delle autorizzazioni ambientali.

In ultimo la *Law and Economics* è utilizzata nell’emanazione dell’autorizzazione integrata ambientale (cd. AIA)³⁹⁸ la quale può richiedere un’analisi costi-benefici per raggiungere una prestazione ambientale ottima nella fase di contemperamento tra i

³⁹⁷ A. TRAVI, *op. cit.*, 192.

³⁹⁸ L’AIA è l’autorizzazione integrata necessaria per l’esercizio di alcune tipologie di installazioni produttive che possono produrre danni ambientali significativi; è *integrata* nel senso che nelle relative valutazioni tecniche sono considerati congiuntamente i diversi danni sull’ambiente causati dall’attività da autorizzare, nonché tutte le condizioni di funzionamento dell’installazione perseguendo quindi una prestazione ambientale ottimale

danni prodotti dall'attività e le condizioni di funzionamento dell'impianto industriale. L'analisi economica del diritto svolge due funzioni importanti.

La prima è di permettere la migliore valutazione - in termini di efficienza - circa l'accollo del rischio derivante dall'incertezza scientifico-tecnologica e del mutamento della situazione di fatto ossia stabilire come debbano essere ripartiti i costi del rischio e dell'imprevisto ambientale e tecnologico.

Alcune leggi di settore (sulla scorta dell'impulso europeo) hanno posto in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di riesaminare periodicamente le condizioni delle autorizzazioni, attribuendole correlativamente il potere di modificarle in itinere qualora, il miglior perseguimento dello specifico interesse pubblico lo richieda in particolare nella delicata e attuale materia ambientale.

Si è dell'avviso che la natura di tali provvedimenti è ascrivibile all'interno della revoca *ex art. 21-quinquies*, l. n. 241/1990, e quindi la modifica dell'atto di primo grado comporta l'attribuzione di un indennizzo in capo al soggetto privato pregiudicato dall'esercizio del potere di autotutela.

L'analisi economica ci permette dunque di analizzare le possibili situazioni che si vengono a creare in relazione alla quantificazione del ristoro indennitario e di decidere in sostanza a quale soggetto far ricadere il rischio della revoca (*rectius* modifica).

La prima ipotesi contemplabile prevede l'assenza di indennizzo conseguente all'esercizio del potere, tale situazione appare sotto il profilo economico inefficiente in quanto disincentiva gli investimenti del privato che si vede gravato *tout court* non solo del rischio imprenditoriale intrinseco all'impresa bensì anche dell'ulteriore rischio derivante dal legittimo perseguimento dell'interesse pubblico.

La previsione di un indennizzo definito da eminente dottrina³⁹⁹ “a pie lista” ossia pari al valore degli investimenti del privato -non ancora ammortizzati- solleciterebbe all'opposto sovrainvestimenti e renderebbe finanche più complesso l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'amministrazione. Tale opzione, come la precedente, è inefficiente.

³⁹⁹ A. TRAVI, *op. cit.*, 190.

La terza prospettiva enucleabile prevede l'indennizzo computato in misura tale da non costituire limite all'adeguamento dell'attività amministrativa al perseguimento dell'interesse pubblico e finanche da non disincentivare l'investimento del privato. Una soluzione astrattamente ipotizzabile potrebbe per es. prevedere la quantificazione calcolando il ristoro indennitario muovendo dal danno emergente arrecato all'attività d'impresa ridotto in misura forfettaria percentuale e in maniera proporzionale a dati economici dell'azienda (es. fatturato) o in base al comportamento adottato dall'imprenditore (es. adozione di macchinari eco-compatibili, politiche cd *environmentally friendly* ecc.).

Siffatte ultime riflessioni rappresentano il ponte di collegamento con la seconda funzione riferibile all'analisi economica.

L'indennizzo rappresenta in tale ottica uno strumento per incentivare determinati comportamenti dei soggetti coinvolti. La pubblica amministrazione sarà stimolata a perseguire l'interesse pubblico: il *quantum* indennitario non risulterà infatti eccessivamente oneroso. L'imprenditore invece sarà agevolato a comportarsi virtuosamente adattando e conformando la propria azienda all'evoluzione dei parametri tecnico-normativi in materia essendo l'indennizzo conseguente all'esercizio del potere amministrativo non irrisorio e collegato alla condotta imprenditoriale⁴⁰⁰.

5.4. Analisi economica e prospettive de iure condendo: i c.d. piani *no-fault*

L'analisi economica del diritto permette di costruire finanche strumenti alternativi al tradizionale schema della responsabilità civile. Nel modello dei c.d. piani *no-fault* l'intero sistema indennitario è imperniato sulla stipulazione di un contratto di assicurazione a cui è affidata la gestione del rischio. Si tratta di un modello basato su piani indennitari completamente svincolati dalla regola della colpa e (generalmente)

⁴⁰⁰ Sul tema si veda anche, G. MOCAVINI, *Il Prezzo del consenso. Le compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, 2020, in cui viene è posta in evidenza la natura delle misure compensative quali strumenti per incentivare la ricerca del consenso delle comunità locali, evitando l'ostracismo delle stesse e dunque come i ristori indennitari possano essere considerati uno "scambio di utilità per la cura di interessi generali".

non dà luogo ad una vera e propria controversia⁴⁰¹. La sostenibilità di un piano *no-fault* presuppone «la compresenza di vari fattori che devono trovare la loro giustificazione in ragioni sociali e morali tali da far ritenere giusto, in una determinata comunità ed in un determinato contesto spaziale e temporale, la riallocazione dei danni secondo regole che si discostano dalla ricerca di un ben definito responsabile»⁴⁰². Infatti, ci si sposta da un sistema basato sulla colpa (e cioè sulla responsabilità individuale) a un sistema (*no-fault*) di danneggiamento sociale che si fonda sul prelievo fiscale sulla collettività.

Da questa considerazione emerge una tensione tra le valutazioni di mercato secondo l'analisi economica del diritto e i giudizi sociali. Secondo l'ottica dell'analisi economica del diritto basato sul binomio costi-benefici, si potrebbe dubitare dell'efficacia di questo sistema. La questione centrale consiste nella (giusta) determinazione dell'ammontare degli indennizzi che dovranno necessariamente essere inferiori all'entità risarcibile secondo il modello della responsabilità e predeterminati con riferimento a criteri standard, ma nemmeno pari o superiori al prelievo fiscale della collettività.

Il giudizio sociale invece che si contrappone al mero dato economico della convenienza contiene elementi etici, e anche principi non giuridici, simili a quelli sostenuti dai fautori della responsabilità dato atto lecito dei due secoli precedenti, fortemente criticati per aver basato le loro teorie su detti principi⁴⁰³. La giustificazione di piani *no-fault* va, dunque, ricercata nell'idea che se alla responsabilità civile spetta esprimere un ideale di deterrenza precauzionale, la società può decidere di creare una

⁴⁰¹ Si tratta di un modello originario dei paesi di Common Law. Sull'argomento S. INGBER, *Alternative Compensation Schemes and Tort Theory: Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy*, in *California Law Review*, 1985, 73, 772.

⁴⁰² P. GUARDA, *op. cit.*, 1882-2; Id., *Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2009, I, 388.

⁴⁰³ Per approfondimenti v. Capitolo 1, § 3.

via alternativa per dare spazio alla volontà politica di compensare determinate occasioni di danneggiamento sociale (si pensi all'amianto ad esempio)⁴⁰⁴.

Coloro che invece aderiscono allo schema classico della risarcibilità e contrastano questo modello del *no-fault* individuano il punto debole (e la controindicazione) nel fatto che il sistema compensativo sia privo di funzione (e forza) deterrente nei confronti di chi commette illeciti. Studi statistici dimostrerebbero che con l'implementazione di modelli compensatori *no-fault* determinerebbe sul lungo periodo un incremento degli incidenti e delle occasioni di danno oggetto della compensazione automatica⁴⁰⁵. In tal modo ne verrebbe eroso il principio di giustizia correttiva a favore di quella distributiva ⁴⁰⁶, come del resto già è stato notato sia nel caso della revoca e sia nel caso della posizione dei vincoli.

Un caso rilevante e socialmente sentito è quello riguardante i danni da fauna selvatica. L'opinione corrente e i dati normativi (l. 11 febbraio 1992, n. 157, art. 826, comma II, c.c.) considerano la fauna selvatica proprietà pubblica⁴⁰⁷ in cui danni provocati, ad esempio, agli automobilisti o alle colture e piantagioni sono difficilmente ascrivibili a colpa di un qualche pubblico potere (e di conseguenza dimostrabili), per le ragioni di imputazione della responsabilità dei danni causati da selvatici, poiché secondo la giurisprudenza andrebbero ricercati gli enti titolari delle funzioni amministrative attribuite, conferite o delegate⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ In tal modo si crea un modello alternativo che si slega dal sistema delle responsabilità civile e questo a sua volta si slega dal dovere di compensare sempre ogni tipo di danno così potenziando la stessa responsabilità civile e il suo reale fine; così P. GUARDA, *op. cit.*, 1883-4.

⁴⁰⁵ M.J. TREBILCOCK, *Incentive issues in the design of No Fault compensation schemes*, in S. LEVMORE, *Foundation of Tort Law*, Oxford, Oxford University press, 1994, 308 ss.

⁴⁰⁶ P. GUARDA, *op. cit.*, 1884.

⁴⁰⁷ Ai sensi dell'art.1, comma I, l. n. 157/1992, la fauna selvatica è qualificata come patrimonio indisponibile dello Stato ed è tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale. Si tratta di una proprietà senza possesso avente ad oggetto un bene pubblico in senso oggettivo, destinato alla fruizione collettiva, del quale lo Stato è proprietario affinché la collettività possa fruirne. (Cfr. DI GASPARE, *Caccia* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, 3).

⁴⁰⁸ La questione concerne l'imputabilità della responsabilità. La giurisprudenza di merito si è divisa fra la tesi che individua il soggetto giuridico obbligato al risarcimento nella regione (Trib. Venezia, 25 Febbraio 2008 n. 2670), quella opposta, che lo identifica nella Provincia (Giud. Pace Torino, 8 Marzo 2011 n.1634), e quella invece che ritiene entrambi i soggetti concorsualmente obbligati (Trib Urbino, 20 Gennaio 2003, n. 138).

Si pone così il dilemma se debbano rimanere a carico del singolo consociato, in conseguenza dell'in-imputabilità dei pregiudizi da questi subiti, oppure se possono essere assunti dalla collettività stessa (e ripartiti fra tutti consociati), pur in assenza di una qualche colpa attribuibile a soggette determinati o determinabili⁴⁰⁹. In questo settore si individuano alcune sperimentazioni legislative dei suddetti piani *no-fault* con la previsione di fondi di indennità e predeterminazione degli importi-indennizzi da pagare⁴¹⁰. All'oggettiva difficoltà di provare l'imputabilità del fatto e alla conseguente opportunità di prevedere forme di ristoro essenzialmente di tipo indennitario si contrappongono quelle ipotesi in cui sebbene siano riconducibili gli elementi costitutivi dell'illecito si utilizza la fattispecie indennitaria a mascheramento di quella risarcitoria come strumento più tenue dal punto di vista del rimedio. Si controbilancia la tenuità del rimedio con l'oggettiva imputabilità del fatto a un determinato soggetto senza il bisogno di dover provare l'elemento psicologico.

Nel primo caso sopra esaminato questo bilanciamento permette di riconoscere un rimedio indennitario in ipotesi in cui sarebbe difficile ottenere qualsiasi ristoro favorendo il danneggiato distribuendo l'onere sulla collettività, mentre nell'ipotesi che ora sarà considerata si favorisce il danneggiante a scapito del danneggiato non di rado comprimendo il suo diritto. Si tratta di ipotesi in cui la previsione dell'indennizzo rappresenta una limitazione a favore della responsabilità civile della pubblica amministrazione e così un potenzialmente indebito sacrificio a carico del danneggiato

⁴⁰⁹ L'orientamento in materia è dal punto di vista formale molto lineare. Infatti, sostiene «che i danni prodotti dalla fauna selvatica» devono «essere imputati in forza della generale previsione aquiliana ex art. 2043 c.c.» per cui «ne può rispondere qualsiasi soggetto, pubblico o privato». V. Cass. Civ., 24 Giugno 2003, n. 10008, in *Mass. Giust. Civ.*, 2003, 6.

⁴¹⁰ Uno de primi esempi è rappresentato dalla Provincia Autonoma di Trento, con l'art. 24, l.p. n. 5 del 2003 e il suo dettagliato regolamento di attuazione è stato approvato con del. Giunta provinciale n. 1338 del 2004. La disciplina prevede l'indennizzabilità dei danni materiali subiti dagli autoveicoli, ma anche di quelli patiti dai passeggeri in caso di lesione dell'integrità fisica della persona ed in caso di morte. Adotta un sistema di franchigie e massimali. L'intero sistema indennitario è imperniato sulla stipulazione di un contratto di assicurazione, con cui è affidata la gestione del rischio. Fra i presupposti all'azione civile e di risarcimento danni nei confronti della pubblica amministrazione, nonché dei dipendenti della medesima. Sono espressamente esclusi i danni imputabili a comportamento doloso o colposo del danneggiato.

oppure, all'incontrario, rappresenta una sorta di sanzione e mezzo di pressione a carico dell'amministrazione.

6. Conclusioni

In tale capitolo abbiamo cercato di rispondere agli interrogativi che l'analisi dell'istituto indennitario ci ha posto a partire dalla questione della nozione comune di indennità. Abbiamo visto che è possibile ricavare gli elementi comuni alle singole fattispecie previste nell'ordinamento.

Il termine indennizzo è caratterizzato da un uso quantomeno disinvolto da parte del legislatore dei diversi termini in cui le situazioni sembrano fondersi e confondersi.

Essa consiste in una somma dovuta a titolo di corrispettivo, caratterizzato dal suo contenuto pecuniario e dalla proporzionalità (secondo i criteri stabiliti di volta in volta dalla legge) alla prestazione effettuata o al sacrificio subito; l'indennità mira essenzialmente alla reintegrazione (se pure per equivalente) del bene e al ribilanciamento del rapporto tra la pubblica amministrazione e il cittadino leso.

Gli elementi costitutivi della generale fattispecie indennitaria sono i seguenti: esistenza di un interesse protetto; il sacrificio di detto interesse; un corrispondente potere giuridico all'eventuale compressione; l'interesse protetto deve essere suscettibile di valutazione patrimoniale; l'indennizzo è computato solo all'utilità effettivamente conseguita dalla collettività e infine il fatto e l'evento devono essere connessi. In definitiva tutte le fattispecie indennitarie previste nell'ordinamento sono caratterizzate da tali elementi motivo per cui si può affermare l'esistenza di una nozione comune di indennizzo.

Il secondo interrogativo a cui abbiamo tentato di dare una risposta afferisce all'esistenza di un generale principio indennitario. Le fondamenta si possono riscontrare anzitutto in principi etici (in particolare quello di equità e di giustizia distributiva) e in principi giuridici la cui copertura è garantita dalle previsioni costituzionali.

Si è dell'avviso che i fondamenti metagiuridici non sono di per sé sufficienti a costituire il presupposto precipuo del principio, ma costituiscono un importante sostrato ed elemento integrativo del fondamento positivo che può individuarsi nell'art.

42, co. III, Cost., la cui interpretazione di proprietà grazie all'apporto della giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo si è estesa fino a ricomprendere anche diritti diversi sotto la medesima nozione.

Oltre all'art. 42, co. III, Cost. che espressamente prevede l'obbligo indennitario vi sono diverse disposizioni costituzionali a supporto dell'esistenza del principio indennitario. Le più importanti sono rappresentate dagli artt. 2 e 3 Cost. i quali enucleano rispettivamente i principi di solidarietà e uguaglianza che obbligano il pubblico potere a proteggere anche situazioni giuridiche prive di espressa tutela legislativa se meritevoli di tutela.

E, ad esse se ne aggiungono altre come gli artt. 23, 24, 32, 38, 47, 53, 97, 113 e 117 che rappresentano delle valide chiavi di lettura e quelle degli ordinamenti esterni in virtù del nuovo art. 117, Cost., che ha creato un più stretto rapporto dell'ordinamento interno con il diritto dell'Unione europea e quella internazionale, facendo così entrare nell'ordinamento norme sovranazionali contenute nei Trattati e nella Carta dei diritti dell'uomo.

La giurisprudenza costituzionale si è espressa a favore dell'esistenza di un principio generale con le sentenze 16 aprile 2012, n. 107 e 22 novembre del 2017, n. 268 in cui viene ammesso esplicitamente l'uso dell'analogia ogniqualvolta si presentino i presupposti.

Per quanto concerne il profilo del principio indennitario come principio dell'agire invece si sostiene essendo soggetto al principio di legalità è richiesto una norma attributiva del potere che preveda l'erogazione dell'indennizzo ogniqualvolta ve ne siano le condizioni.

Il principio di legalità costituisce un limite all'esercizio dei pubblici poteri da parte della pubblica amministrazione. Sulla base di tale ragionamento si nega l'esistenza del principio indennitario quale principio dell'azione amministrativa poiché i limiti al potere - e i connessi obblighi in capo alla pubblica amministrazione - necessitano di un'espressa previsione legislativa; il principio assurge però a parametro di legalità della legge ogniqualvolta il legislatore non prevederà l'obbligo indennitario in presenza dei presupposti costitutivi.

Per tale motivo si nega l'ammissibilità di fattispecie *praeter legem* nonostante orientamenti giurisprudenziali (soprattutto in materia di ordinanze contingibili e urgenti) contrastanti.

L'ultima problematica affrontata nella costruzione di una generale disciplina della materia indennitaria è rappresentata dalla commisurazione dell'indennizzo. La questione emerge ogniqualvolta il legislatore non abbia statuito espressamente il criterio di quantificazione dell'obbligo indennitario.

La *vexata quaestio* su cui preliminarmente ci siamo soffermati concerne la generale misura del ristoro indennitario; la giurisprudenza successivamente ad una lunga disputa che ha visto repentini cambi di vedute ha affermato che il *quantum* deve corrispondere alla nozione -vaga e indefinita- di “serio ristoro”. Per garantire maggiore certezza abbiamo tracciato il confine tra i criteri applicativi di riferimento.

Abbiamo definito tre modelli paradigmatici che sono: il modello civilistico, il modello espropriativo e il criterio dell'analisi economica del diritto.

Nel modello civilistico si può ricorrere all'uso dei criteri dettati per la commisurazione del risarcimento limitandosi però al lucro cessante, avendo quest'ultimo e l'indennizzo assunto una identica ratio rimediata trovando entrambe le forme di tutela giustificazione e fondamento nel principio di solidarietà di cui all'art. 2, Cost.

Il secondo modello che prende come riferimento il medesimo criterio previsto in materia di espropriazione risulta difficilmente estensibile a figure indennitarie differenti. La disciplina tecnica di commisurazione dell'indennizzo applica infatti criteri valutativi difficilmente replicabili al di fuori di pregiudizi in danno al diritto di proprietà.

Il criterio dell'analisi economica del diritto (o *Law and Economics*) è un approccio pragmatico che prescindendo dai principi giuridici in gioco persegue il più efficiente bilanciamento in termini costi-benefici. È un metodo non fisso che se da un lato sconta la mancanza di certezza - profilo che è oggetto di critica - dall'altro permette invece di commisurare il *quantum* indennitario in maniera avulsa da orientamenti politici-ideologici ancorandosi a dati economico-formali. L'analisi economica svolge inoltre un ruolo più ampio alla mera commisurazione dell'indennizzo: incide

nell'esercizio del potere di revoca, permette di definire il labile confine tra l'espropriazione sostanziale e la conformazione del diritto di proprietà e qualificare un'operazione espropriativa come riforma economico-sociale; in materia ambientale è utilizzata per vagliare l'ambito applicativo di istituti quali le cd. autorizzazioni ambientali o la regolazione per incentivi e infine emerge nei cd. piani no fault e nella carta dei servizi ove il quantum è definito in misura forfettaria sulla base di criteri di analisi economica.

CONCLUSIONI GENERALI

Giunti al termine di questo lavoro, è opportuno ripercorrere brevemente i temi trattati, al fine di offrire un quadro sinottico del percorso argomentativo svolto e trarre alcune osservazioni conclusive.

I. Nel primo capitolo dell'elaborato, premesso un inquadramento di teoria generale e chiariti alcuni elementi di studio preliminari, sono stati individuate le basi costituzionali della tutela indennitaria, è stata affrontata la disciplina delle principali ipotesi indennitarie presenti nel nostro ordinamento.

Con riguardo al fondamento costituzionale, esso è stato rinvenuto anzitutto nei principi fondamentali e, in particolare, nel principio solidaristico (art. 2, Cost.) e nel principio di eguaglianza (art. 3, Cost.). Inoltre, l'indennizzo è espressamente contemplato dall'art. 42, III Cost., in materia di espropriazione della proprietà privata. Quest'ultimo articolo, inizialmente circoscritto alle fattispecie di espropriazione formale, è stato progressivamente esteso dalla giurisprudenza costituzionale anche ad ipotesi di espropriazione sostanziale.

Si è, poi, rilevato come *vis expansiva* della tutela indennitaria garantita dall'art. 42, III Cost., anche al di fuori del recinto dell'espropriazione della proprietà privata è, oggi, amplificata dall'integrazione del testo costituzionale con i principi affermati dalla CEDU, così come interpretati dalla Corte convenzionale. Quest'ultima, in virtù di una lettura sostanzialista della nozione di "proprietà" ha esteso le garanzie dell'espropriazione (fra cui l'indennizzo) a tutte le ipotesi in cui l'azione amministrativa sia idonea a recare un pregiudizio sproporzionato a qualsiasi forma di appartenenza giuridicamente qualificata (anche solo potenziale, ma nei confronti della quale un soggetto possa vantare una legittima aspettativa).

Ciò ci ha indotto a ritenere ormai esistente nel nostro ordinamento un principio indennitario di rango costituzionale, perlomeno con riguardo ai pregiudizi di carattere patrimoniale (il tema è stato approfondito nel capitolo terzo).

II. Sono stati successivamente analizzati i presupposti *strutturali* dell'indennizzo all'interno del diritto amministrativo, al fine di circoscrivere con precisione i confini dell'istituto.

In particolare, i presupposti ineludibili della tutela indennitaria sono stati ravvisati nella legittimità dell'atto, nella liceità del comportamento e nel danno-pregiudizio. Ciò ha permesso di distinguere le situazioni che originano una tutela di tipo indennitario, da quelle che fondano, invece, una tutela risarcitoria, quali l'esercizio illegittimo dell'azione amministrativa e il comportamento illecito pur in presenza di attività amministrativa lecita (responsabilità precontrattuale, contrattuale, violazione degli obblighi di buona fede nel rapporto amministrativo).

Il presupposto del danno-pregiudizio ha permesso, poi, di operare una tassonomia delle differenti ipotesi indennitarie, distinguendole in indennità conseguenti a: provvedimenti ablatori reali (espropriazioni dirette, indirette e sostanziali), provvedimenti di secondo grado ad esito eliminatorio (revoca del provvedimento e recesso dagli accordi), incertezza dell'azione amministrativa (reiterazione dei vincoli urbanistici e danno da mero ritardo).

Si sono poi affrontati - necessariamente per cenni - gli aspetti più rilevanti della disciplina delle ipotesi indennitarie presenti nel diritto positivo, e segnatamente: espropriazione per pubblica utilità, espropriazioni sostanziali, occupazione acquisitiva, recesso da accordi amministrativi, revoca e indennizzo da mero ritardo.

Con particolare riguardo a quest'ultimo istituto, distanziandoci da autorevole dottrina che lo riconduce all'ambito delle sanzioni, ci si è permessi di affermarne l'indubbia natura di indennizzo, potendosi ravvisare in esso tutti gli elementi strutturali dell'istituto, così come individuati nel primo capitolo dell'elaborato, non potendo i soli profili funzionali (spiccatamente sanzionatori) qualificare una fattispecie giuridica. In primo luogo, si riscontra la legittimità e la liceità dell'azione amministrativa: diversamente, infatti, dal risarcimento per danno da ritardo, che si fonda sulla violazione dell'obbligo procedimentale alla conclusione nei termini del procedimento, l'indennizzo da mero ritardo origina dall'esercizio *legittimo* dell'attività amministrativa fuori termine, essendo quest'ultimo di carattere ordinatorio. Il danno-pregiudizio sarebbe riscontrabile, invece, nella mera lesione del bene autonomo "tempo",

necessariamente quantificabile in termini forfettari, a prescindere da una sua concretizzazione materiale, similmente alle altre ipotesi di indennizzo da incertezza (ad esempio la reiterazione dei vincoli, indennizzabile sul mero presupposto della loro proroga).

Nella seconda parte del secondo capitolo, si sono successivamente indagati i profili *funzionali* dell'indennizzo, cercando di comprendere le diverse finalità della tutela indennitaria. Si è ravvisato che queste, pur sempre compresenti in misura più o meno maggiore a seconda della tipologia di danno-pregiudizio, consistono in una finalità compensatoria ("più forte" laddove il danno consista in una perdita patrimoniale) e nella funzione sanzionatoria ("più forte" laddove il danno consiste nell'incertezza dell'azione amministrativa).

Nelle ipotesi di provvedimento di secondo grado, si è rilevato, tali funzioni coesistono in egual misura, laddove l'indennizzo è nel contempo compensativo del danno e "limite" al potere di riesame, costituendo il punto di bilanciamento fra tutela del legittimo affidamento e distribuzione del rischio da incertezza amministrativa.

Il profilo funzionale, si anticipa, è stato valorizzato nel terzo capitolo, laddove, secondo un approccio di analisi economica del diritto, la misura dell'indennizzo dovrebbe essere differenziata a seconda che prevalga il profilo di ristoro patrimoniale (emblematico il caso dell'espropriazione formale), ovvero quello sanzionatorio (emblematico il rischio da incertezza amministrativa): in quest'ultimo caso esso dovrebbe essere maggiore laddove l'incertezza dipenda dall'amministrazione (reiterazione dei vincoli, mero ritardo, revoca *ius poenitendi*), al fine di incentivare comportamenti responsabili dell'amministrazione, e minore laddove essa dipenda da fattori estrinseci alla volontà dell'amministrazione (es. revoca per sopravvenienze di fatto), al fine di facilitare la cura dell'interesse pubblico ed evitare la permanenza di situazioni di inefficienza.

III. Nel terzo capitolo sono stati affrontati quelli che possono considerarsi i più rilevanti "problemi aperti" della tutela indennitaria. In particolare, l'ambito applicativo dell'istituto (che si è definito l'*an* indennitario) - cioè se esso sia, e in quale misura,

suscettibile di estendersi anche ad ipotesi *praeter legem* - e il profilo della sua quantificazione (che si è definito il *quantum* indennitario).

La risposta al primo interrogativo è dipesa dalla soluzione alla preliminare questione relativa, *in primis*, all'esistenza o meno di un principio generale indennitario nel nostro ordinamento e, *in secundis*, alla natura giuridica di tale principio. Se, infatti, esso fosse ricostruito come un principio di rango costituzionale, la conseguenza sarebbe la dichiarazione di illegittimità costituzionale (a certe condizioni) delle leggi attributive di poteri in assenza di indennizzo. Se invece esso fosse inteso come principio dell'azione amministrativa la conseguenza sarebbe più radicale, e segnatamente l'illegittimità (a certe condizioni) dell'esercizio di poteri amministrativi senza indennizzo, anche laddove la legge non lo preveda espressamente.

Valorizzando l'armamentario teorico predisposto nei precedenti capitoli, si è ritenuto, in primo luogo, potersi affermare l'esistenza di un principio generale indennitario ricavabile dalla Costituzione, così come integrata, in particolare, dal diritto convenzionale. Tale principio rappresenta, dunque, un vincolo per il legislatore nell'esercizio della funzione legislativa attributiva di poteri amministrativi idonei ad incidere in maniera sproporzionata, anomala e speciale su diritti di natura patrimoniale, così come non patrimoniale.

Si è, successivamente, vagliata l'ipotesi che la tutela indennitaria rappresenti un principio della stessa azione amministrativa. In quest'ottica, si è considerato che la risposta a tale questione dipenda strettamente dalla qualificazione giuridica dell'istituto indennitario, ovvero se esso rappresenti uno strumento "a disposizione" dell'amministrazione quale mezzo di modulazione degli effetti dell'atto, anche laddove non previsto legislativamente, oppure se esso debba rispondere a un canone di legalità, in quanto elemento del potere attribuito.

La seconda opzione è apparsa preferibile, in quanto l'indennizzo costituisce un'obbligazione sorgente dall'attività amministrativa legittimamente posta in essere (e, quindi, anche logicamente il primo non può costituire insieme effetto e presupposto di questa): esso appartiene, dunque, al ventaglio di effetti dell'atto così come conformato dalla norma attributiva e possiede una "causa" autonoma, seppur

strumentale, a quella del potere amministrativo a cui è connesso. L'indennizzo deve rispondere, pertanto, ad un tassativo canone di legalità, quale componente del potere.

Nondimeno, si è rilevato come, qualora la legge preveda l'obbligo indennitario come conseguenza di una determinata potestà amministrativa, l'indennizzo può rientrare "indirettamente" quale componente del giudizio di proporzionalità e ponderazione degli interessi, rendendo la sua mancata considerazione e quantificazione *ex ante* suscettibile di integrare un vizio di eccesso di potere, ferma rimanendo l'autonomia della sua effettiva erogazione rispetto ai presupposti di legittimità dell'atto.

Conseguentemente, si sono criticate quelle operazioni ermeneutiche tendenti ad applicare l'istituto indennitario anche ad ipotesi *praeter legem*. Si è ritenuto nondimeno che queste ultime possano essere suscettibili di essere censurate in sede di giudizio di costituzionalità nella parte in cui non prevedano obblighi indennitari, laddove l'esercizio del potere abbia un carattere particolarmente incisivo nei confronti dei diritti dei destinatari, nonché sproporzionato e speciale e, dunque, necessiti di un contrappeso.

Orbene, la norma attributiva di poteri incidenti sulla sfera patrimoniale in assenza di indennizzo, per considerarsi incompatibile con il dettato costituzionale (così come integrato dall'apporto ermeneutico della Corte EDU), deve presentare le seguenti condizioni.

Il "bene" leso (comprensivo anche della mera aspettativa del suo esercizio) deve trovare fondamento in una base legale avente uno scopo legittimo e alla condizione che esso trovi fondamento in un rapporto giuridico particolarmente qualificato fra privato e pubblica amministrazione - derivante da un precedente atto negoziale, da un provvedimento amministrativo caratterizzato da tendenziale stabilità o, perfino, da un comportamento materiale della pubblica amministrazione - tale da consolidare nel proprietario un affidamento meritevole di tutela.

Il sacrificio deve avere carattere individuale: la privazione o la lesione di un diritto deve incidere in modo particolare e specifico su un singolo individuo piuttosto che su una collettività indistinta. Nel contesto della tutela indennitaria, tale aspetto riveste particolare importanza per giustificare la necessità di un indennizzo. Se il sacrificio

imposto dall'azione amministrativa colpisce un singolo individuo in modo unico e rilevante, creando un onere sproporzionato rispetto agli altri consociati, allora il ristoro indennitario diventa una misura indispensabile per riequilibrare il rapporto giuridico amministrativo.

In ultimo, il sacrificio imposto dalla norma deve essere sproporzionato rispetto all'interesse pubblico che essa mira a perseguire. Tale giudizio deve tener conto altresì dei principi di necessità, adeguatezza e tollerabilità dell'intervento statale.

Il principio di necessità impone che qualsiasi intervento o restrizione deve essere indispensabile per raggiungere l'obiettivo di interesse pubblico, in assenza di alternative meno restrittive. L'adeguatezza si riferisce alla capacità dell'intervento di essere efficace nel conseguire l'obiettivo pubblico dichiarato, senza eccedere nella misura rispetto a quanto necessario. La tollerabilità implica che il sacrificio o l'onere imposto agli individui deve essere ragionevole e accettabile, non superando in modo irragionevole i benefici ottenuti per l'interesse pubblico.

In altre parole, per valutare se una disposizione possa sollevare questioni di legittimità costituzionale è necessario che l'esercizio del potere attribuito imponga un sacrificio di un diritto individuale dotato di sufficiente base legale e che l'onere sia sproporzionato ed eccessivo, all'esito di un esame complessivo dei vari interessi in gioco, rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

In presenza di tali presupposti, dovrebbe essere dichiarata costituzionalmente illegittima la norma attributiva di poteri laddove la stessa non preveda una compensazione indennitaria a favore del destinatario dell'attività amministrativa volto a riequilibrare il rapporto giuridico amministrativo.

Alla luce di tali considerazioni, non resta dunque che esaminare alcuni istituti previsti dal diritto positivo che impongono un sacrificio individuale e speciale in assenza della previsione di una correlativa obbligazione indennitaria e segnatamente la revoca delle concessioni balneari, l'occupazione d'urgenza e la confisca urbanistica. Questo al fine di determinare se, sulla base delle sopra indicate condizioni, le predette fattispecie possano essere considerate compatibili con i principi costituzionali oppure richiedano l'intervento della Corte Costituzionale per dichiararne l'illegittimità costituzionale (nella parte in cui non prevedono obblighi indennitari).

In primo luogo, tra gli istituti attualmente in vigore, va considerata la revoca delle concessioni balneari disciplinata dall'art. 42, R.D. 30 marzo 1942, n. 327 ("Codice della Navigazione") la quale potrebbe essere sottoposta ad un vaglio di legittimità costituzionale nella parte in cui prevede espressamente l'assenza di un obbligo indennitario a carico dell'amministrazione precedente. Invero, la fattispecie in esame, pur a fronte della lesione sproporzionata di un diritto dotato di sufficiente stabilità, esclude espressamente la corresponsione di un ristoro indennitario nei confronti del destinatario dell'azione amministrativa. L'espressa negazione dell'indennizzo impedisce peraltro di ricondurre in via interpretativa l'esercizio del potere ad un'ipotesi di revoca *ex art. 21-quinquies*, l. 241/1990 (per cui è previsto l'indennizzo), motivo per cui si potrebbe profilare un'evidente situazione di incompatibilità dell'istituto rispetto ai principi costituzionali così come integrati dalla CEDU.

Analogamente, l'istituto dell'occupazione d'urgenza potrebbe rientrare tra le fattispecie suscettibili di essere dichiarate costituzionalmente illegittime nella parte in cui non prevede un adeguato indennizzo. L'occupazione d'urgenza, prevista dall'art. 22-*bis* del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 ("Testo Unico sulle espropriazioni per pubblica utilità"), comporta un'immediata limitazione del diritto di proprietà per soddisfare esigenze di interesse pubblico senza che sia necessariamente garantito un ristoro tempestivo e adeguato ai destinatari dell'attività amministrativa. Questo sacrificio economico, spesso imposto senza un'adeguata compensazione, potrebbe sollevare seri dubbi di legittimità costituzionale in quanto potrebbe risultare sproporzionato rispetto all'interesse pubblico perseguito.

Allo stesso modo, la confisca urbanistica potrebbe essere considerata potenzialmente incostituzionale nella misura in cui non contempla un adeguato indennizzo. Regolata dall'art. 44 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 ("Testo Unico dell'Edilizia"), la confisca urbanistica comporta la perdita di proprietà di un bene immobile a seguito della violazione delle norme urbanistiche, senza garantire necessariamente una compensazione ai proprietari interessati. Questo provvedimento, che mira a sanzionare e ripristinare la legalità urbanistica, può imporre un significativo sacrificio economico ai proprietari, soprattutto in assenza di un meccanismo di indennizzo adeguato.

Questi istituti - la revoca delle concessioni balneari, l'occupazione d'urgenza e la confisca urbanistica - impongono sacrifici individuali rilevanti senza prevedere meccanismi di compensazione indennitaria adeguati, sollevando seri dubbi di legittimità costituzionale in quanto potrebbero risultare sproporzionati rispetto all'interesse pubblico perseguito. Di conseguenza, è necessario un intervento della Corte Costituzionale per valutare la conformità di queste disposizioni ai principi costituzionali e, se del caso, dichiararne l'illegittimità costituzionale.

Conclusa la prima parte relativa all'*an* indennitario, si è dunque passati ad affrontare il tema della commisurazione dell'indennizzo laddove esso sia previsto (profilo del *quantum*).

Dopo aver affrontato i modelli tradizionali di commisurazione dell'indennizzo previsti dalla legge e applicati dalla giurisprudenza - e segnatamente il modello "civilistico" basato sulla considerazione del danno emergente e il modello "espropriativo" fondato sul criterio del valore di mercato - si è inteso approfondire il differente approccio al problema offerto dall'analisi economica del diritto, di matrice dottrinale anglo-americana, al fine di proporre alcune soluzioni in merito alla misura del ristoro indennitario laddove essa non trovi già espressa previsione legislativa e, quindi, l'amministrazione sia dotata di ampio potere discrezionale in merito.

La prospettiva dell'analisi economica del diritto, infatti, consiste in un approccio innovativo ai problemi giuridici, basato sull'applicazione agli istituti di diritto positivo e alle relazioni giuridiche di modelli economici al fine di massimizzare l'efficienza del sistema. Essa ha trovato il suo terreno di sviluppo naturale nel diritto privato e solo di recente tale approccio è stato esteso all'ambito del diritto pubblico.

L'indennizzo, per la sua natura centrale nei rapporti fra cittadino e amministrazione, nonché per il suo contenuto economicamente apprezzabile, rappresenta uno degli istituti cardine su cui si è concentrata la riflessione dell'analisi economica.

L'ultima parte del lavoro ha visto, conseguentemente, l'applicazione dei modelli economici elaborati dall'analisi economica del diritto alle ipotesi indennitarie più rilevanti, al fine di trarne spunti in ordine a differenti problematiche.

Nel campo delle espropriazioni, ad esempio, il contributo dell'analisi economica non è stato valorizzato con riguardo al profilo della quantificazione indennitaria

(essendo quest'ultima già legata dalla legge a parametri oggettivi, come ad esempio il valore di mercato), bensì ad ulteriori profili problematici quali il confine fra conformazione della proprietà ed espropriazione sostanziale (applicando ad essa la teoria dei *takings* di J. SAX) e al profilo della clausola sociale che impone la riduzione dell'indennizzo laddove l'intervento espropriativo riguardi una riforma economica generale (il quale rappresenta un concetto giuridico indeterminato e, pertanto, si è cercato di dare ad esso un contenuto).

Con riguardo alla revoca, l'istituto indennitario è stato studiato, nell'ottica dell'analisi economica e del c.d. *behavioral law*, quale "leva" per incentivare o disincentivare determinati comportamenti dell'attore pubblico, ovvero del soggetto privato. In tal modo, si è ritenuto che la scelta più "efficiente" consista nella quantificazione in misura minore dell'indennizzo laddove la revoca sia resa necessaria dal mutamento della situazione di fatto, al fine di "agevolare" la pubblica amministrazione nella sua missione di adeguamento dei rapporti amministrativi al mutare dell'interesse pubblico e del contesto fattuale in cui essa opera. Diversamente, laddove la revoca sia giustificata sulla base di un ripensamento da parte della pubblica amministrazione, essa andrebbe disincentivata attraverso una commisurazione maggiore, al fine di responsabilizzare l'amministrazione nell'adozione delle proprie scelte.

Lo stesso approccio è stato adottato nel campo diritto dell'ambiente. In particolare, è stato affrontato il problema dell'indennizzabilità e della conseguente (eventuale) quantificazione del ristoro nel caso di modifica delle autorizzazioni ambientali, con riferimento al quale l'analisi economica del diritto può offrire elementi utili per stabilire la ripartizione dei rischi. In questo settore, in applicazione del modello di R.H. COASE (in merito alla necessaria compensazione delle c.d. esternalità negative), oltre che di paradigmi afferenti al diritto comportamentale, si è ritenuto che l'indennizzo debba essere previsto, ma quantificato sulla base di criteri, diffusamente trattati nel penultimo paragrafo, che, senza disincentivare l'investimento, spingano l'imprenditore ad adottare comportamenti virtuosi dal punto di vista ambientale e, nel contempo, non rendano troppo oneroso per l'amministrazione l'adeguamento delle autorizzazioni alle sopravvenienze scientifico-tecnologiche.

Da ultimo si è ritenuto opportuno descrivere, anche nella prospettiva di una sua possibile sua valorizzazione *de iure condendo*, l'istituto del c.d. piano *no fault*, derivante dagli studi di analisi economica del diritto, la cui estensione al diritto pubblico può assicurare copertura indennitaria anche alle ipotesi di danno prive di un'imputabilità soggettiva.

L'analisi del fenomeno indennitario ci ha permesso di delineare gli aspetti più rilevanti e problematici di tale istituto. La previsione del ristoro produce conseguenze che si estendendo oltre il confine della mera riparazione del pregiudizio influenzando anche l'esercizio del potere amministrativo e incentivando i soggetti coinvolti ad adottare comportamenti collettivamente più adeguati e virtuosi.

L'ultima considerazione è rivolta quindi al legislatore dal quale ci si attende da ultimo la consacrazione del principio generale indennitario cristallizzato in una norma positiva.

Tale esito permetterebbe -finalmente- il raggiungimento della più ampia tutela che la certezza del diritto conferisce.

BIBLIOGRAFIA

- ALESSI R., *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951.
- ALLEN T., *The autonomous meaning of “possessions” under the European Convention on Human Rights*, in H. COOK, *Modern studies in property law*, Oxford, 2003.
- ALLENA M., *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.
- ALLENA M., *Il social housing: posizioni giuridiche soggettive e forme di tutela tra ordinamento nazionale ed europeo*, Milano, 2014.
- AMORE A., *Il dovere di solidarietà nelle dinamiche della responsabilità da attività lecita della pubblica amministrazione*, in *Quaderni di diritto e processo amministrativo*, Napoli, 2022.
- BARILA' E., *Le indennità di espropriazione*, Milano, 2013.
- BATTINI S., *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998.
- BENVENUTI F., *L'eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975.
- BENVENUTI F., *Autotutela (dir. amm.)* (voce), in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959.
- BERTI N., *La tutela “urbanistica” dell'ambiente: statuto costituzionale e regime amministrativo della proprietà vincolata*, in *Il diritto dell'economia*, 714, vol. 29, n. 91, 2016.
- BERTI N., *La proprietà tra diritto interno e CEDU*, in *Trattato di diritto del territorio*, a cura di F.G. SCOCA, A. STELLA RICHTER, P. URBANI, I, Torino, 2018.
- BERTI N., *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, La responsabilità*, Milano, 1997.

- BREYER S., *Regulation and Its Reform*, Harvard, 1982.
- BUONAURO C., *Responsabilità da atto lecito dannoso*, Milano, 2012.
- CAFAGNO M., *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.*, Bologna, 1992.
- CAFAGNO M., *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in ROSSI G. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008.
- CALABRESI G., *The cost of accidents: A legal and economic analysis*, Yale, 1970.
- CAMMEO F., *L'azione del cittadino contro la pubblica Amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905.
- CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 2003.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005.
- CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2003.
- CASETTA E., *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1963.
- CASETTA E., *L'illecito*, Milano, 2010.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989.
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002.
- CASSESE S., *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992.
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.
- CAVALLO PERIN R., *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2005.
- CAZZETTA G., *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto civilistico (1865 - 1914)*, Milano, 1991.

- CICCARELLO S., *Indennità e indennizzo* (voce) in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1997.
- CICCARELLO S., *Indennità (dir. priv.)* (voce) in *Enc. dir.*, 1971.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.
- COASE R.H., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006.
- COMPORTI G., *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria praticabile*, in *Dir. amm.*, 2009.
- CONTIERI C., *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Milano, 1999.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2005.
- CRISMANI A., *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, 2019.
- D'ANGELO G., *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all' indennizzo*, Napoli, 1963.
- DALLA CANANEA G., FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010.
- DAMONTE V.R., *L'indennità ex art. 15, legge n. 1497 del 1939 non ha funzione risarcitoria, ma costituisce sanzione amministrativa*, Nota a Cons. Stato, sez. VI, 2 giugno 2000, n. 3184, in *Riv. Giur. Edil.*, 2000.
- DI GASPARO G., *Caccia* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, V. Roma, 1988.
- DRIESEN M.D., *Is Emission Trading an economic incentive Program?*, in *Washington and Lee Law Rev.*, Washington, 1998.
- DUNI G., *Lo stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968.
- DUNI G., *Lo stato e la responsabilità patrimoniale'*, Torino, 1998.
- DWORKIN R., *Freedom's Law. The moral Reading of Constitution*, Oxford, 1996.

- EHRENZWEIG A.A., *Negligence without tort*, in *California Law review*, San Francisco, 1951.
- EPSTEIN R., *Takings: private property and the power of eminent domain*, Cambridge, 1995.
- FOLLIERI E., *La penalità di mora nell'azione amministrativa*, in *Resp. civ. e prev.*, Roma, 2013.
- FRACCHIA F., *Specialità dell'amministrazione e del diritto amministrativo nelle riflessioni di V.E. Orlando, S. Romano, O. Ranelletti e F. Cammeo in Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia. Amministrativisti e costituzionalisti a confronto*, Padova, 1998.
- GALGANO F., *Il diritto regolatore della responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, Bologna, 2009.
- GIANNINI M.S., in *Basi*, cit., insieme a PREDIERI A., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969.
- GIANNINI M.S., *Provvedimenti ablatori nella legislazione sanitaria*, in *Riv. bim. dir. san.*, 2, 1963.
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.
- GNES N., *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004.
- GRAUSO P., *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007.
- GRECO G., *La responsabilità civile dell'Amministrazione e dei suoi agenti*, Milano, 2005.
- GUARDA P., *Automobilisti danneggiati dalla fauna selvatica: regole di responsabilità e piani di indennizzo no-fault*, in *Danno e resp.*, 2004.
- GUARDA P., *Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica*, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 2009.
- GUASTINI G., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost punto*, 2006.
- HERMALIN B., *An economic analysis of Takings*, in *Journal of Law, Economics Organisation*, Berkeley Economics Press, 1995.

- IMMORDINO M., *Articolo 21-quinquies*, in N. PAOLANTONIO, A. ZITO, A. POLICE (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006.
- IMMORDINO M., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*. In Franco Gaetano Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2015.
- IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.
- IMMORDINO M., *Vincolo paesistico e regime dei beni*, Padova, 1991.
- INGBER S., *Alternative Compensation Schemes and Tort Theory: Rethinking Intangible Injuries: A Focus on Remedy*, in *California Law Review*, San Francisco, 1985.
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013.
- LEWIS T.R, SAPPINGTON D., *Using Markets to Allocate Pollution Permits and Other Scarce Resource Rights Under Limited Information*, in *J. of Public Economics*, 57, 1995.
- LUCIANI M., *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. Cost.*, 1977.
- MAMELI B., *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017.
- MANFREDI G., *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2012.
- MANFREDI G., *Le indennità di autotutela*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2008.
- MANGIAMELI M., *La proprietà privata nella Costituzione*, Milano, 1986.
- MANTELLINI G., *Lo stato e il Codice Civile*, Firenze, 1880.
- MAIORCA S., "Colpa civile (Teoria generale)" (voce) in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1960.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.

- MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht, Das Verwaltungsrechtsinstitut und die Scheidung vom Civilrecht*, I, Duncker un Humboldt, Leipzig, 189.
- MAZZOLA M.A., *Responsabilità civile da atti leciti dannosi*, Milano, 1975.
- MENGOLI G., *Gli accordi amministrativi fra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 2003.
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"*, Milano, 2001.
- MERUSI F., *Affidamento* (voce), *Enc. Dir.*, I, Milano, 2011.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957.
- MOCAVINI G., *Il Prezzo del consenso. Le compensazioni amministrative nel governo dell'ambiente e del territorio*, Milano, 2020.
- MONETA G., *Genesi e sviluppo dei criteri indennitario nell'espropriazione per pubblica utilità*, in *Giur. It.*, 1997.
- MORBIDELLI G., *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di cosiddette espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.*, 1970.
- MORBIDELLI G., *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica: riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1988.
- NAPOLITANO G., *Gli "indennizzi automatici" agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, 1996.
- NAPOLITANO G., *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, n. 1, 1996.
- NAPOLITANO G., *Analisi economica del diritto pubblico*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006.
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009.
- NAPOLITANO G., *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

- NICOLINI U., *Espropriazione per pubblica utilità* (voce) in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966.
- OGUS A.L., *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Oxford, 1994.
- ØREN SCHÖNBERG A., *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford, 2000.
- ORLANDO V.E., *Primo trattato Completo di Diritto amministrativo italiano*, Lodi, 1897.
- PADELLETTI M.L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003.
- PERNA R., *Alla ricerca della regulation economicamente perfetta. Dalla teoria all'analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003.
- POLICE A., *Principi e azione amministrativa*, Torino, 2008.
- POLICE A., *Il principio di responsabilità*, in *studi sui principi del diritto amministrativo*, Roma, 2003.
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.
- POPELIER P., *Legitimate expectations and the law-maker in the case law of the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, 2006.
- POSNER R.A., *Cost-Benefit Analysis as a Solution to a Principal-Agent Problem*, in *Administrative Law Rev.*, 53, New York, 2001.
- POSNER R.A., *The Effects of Deregulation on Competition: The Experience of The United States*, in *Fordham International Law J.*, 23, 2000.
- POSNER R.A., *The Rise and Fall of Administrative Law*, in *Chicago-Kent Law Rev.*, 72, 1997.
- RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005.
- RENNA M., *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Diritto dell'economia*, 4, 2005.
- REVESZ L., *Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the Race-to-the-Bottom Rationale for Federal Environmental Regulation*, in *New York University Law*.

- ROLLA G., *La disciplina costituzionale della proprietà privata in Italia*, Milano, 2006.
- ROMAGNOSI G.D., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, ristampa ISAP per il XXV della fondazione, Milano, 1985.
- ROMANO A., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, 1983.
- ROMANO S., *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, II ed., Padova, 1932.
- SALEMI G., *La così detta responsabilità per atti legittimi della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1995.
- SALERNO G.C., *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014.
- SALVIA F., BEVILACQUA C., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2016.
- SANDULLI A.M., *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, 1969.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 1988.
- SANDULLI A.M., *Riforma dell'impresa e riforma dello Stato (1977)*, in *Scritti generali*, II, Diritto costituzionale, Napoli, 1977.
- SANDULLI A.M., *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Fori it.*, 1947.
- SANTORO PASSARELLI F., *Proprietà privata e costituzione*, in *Studi in memoria di D. Petitti*, Milano, 1973.
- SAX J.L., *Takings, private Property and Public Rights*, in *Yale Law Journal*, 1971, ; ID., *Takings and the Police Power*, in *Yale Law Journal*, 1964.
- SCOCA F.G., *Gli accordi*, in M.S. GIANNINI (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1970.
- SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, Milano, 1999.
- SCOCA F.G., *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir.*

Amm., Torino, 2006

- SCOGNAMIGLIO R., *Indennità* (voce), in *Nss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1969.
- SERMET A., *The European Convention on Human Rights and Property Rights*, Strasburgo, 1990.
- SIGRON M., *Legitimate expectations under article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, Cambridge, 2014.
- SILVESTRI M., *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021.
- SORACE D., *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, Milano, 1974.
- SORACE D., *Espropriazione*, Milano, 1926.
- SORRENTINO G., *Diritti e partecipazione dell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003.
- SPAGNUOLO VIGORITA A., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1961.
- SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.
- STICCHI DAMIANI G., *La revoca dopo la l.n. 15 del 2005*, in *Foro amm. TAR*, fasc.4, 2006.
- TORREGROSSA G., *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano.
- TORREGROSSA G., *Il problema*, Milano, 1964.
- TRIMARCHI M., *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*. Pisa, 2013
- TRIMARCHI BANFI F., *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.
- TRAVI A., *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, *Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, 2006.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016.

- TREBILCOCK M.J., *Incentive issues in the design of No Fault compensation schemes*, in S. LEVMORE, *Foundation of Tort Law*, Oxford, Oxford University press, 1994
- TULUMELLO G., *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*, in *Contr. e impr.*, 1, 1999.
- VACCA' C., *Il conflitto del Golfo e dei contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi*, Milano, 1992.
- VACCHELLI G., *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892.
- VAN DEN BROEK P., *The protection of property rights under the European Convention of Human Rights*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 1986.
- VETTORI G., *Danno risarcibile*, Padova, 2004.
- VITTA C., *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti*, in *Giur. It*, 1929.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo, I, Principi generali*, Milano, 1954.