

CAPITOLO III

DAL CREAZIONISMO GIUDIZIARIO ALLA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO PER L'ATTIVITÀ GIUDICANTE

SOMMARIO: 1. *La dialettica tra norma e giudice sul piano diacronico*. 2. *Breve discorso sul metodo: un compromesso tra due soluzioni estreme*. 3. *Dialoghi e antagonismi tra le Corti: il caso della translatio iudicii*. 4. *La c.d. «pregiudiziale amministrativa»: breve cronaca di un conflitto*. 5. *Azione di ottemperanza e codice del processo amministrativo (cenni)*. 6. *Pronunzia di condanna, ottemperanza e termine della P.A. per l'adempimento*. 7. *L'occupazione acquisitiva come espressione della recessività della legge al diritto pretorio*. 8. *Accertamento di conformità e disciplina urbanistica-edilizia*. 9. *Riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa e tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile: riserva di legge e limiti posti alle norme di rango legislativo*. 10. *La matrice giurisprudenziale dell'espansione delle frontiere della giurisdizione contabile: il rapporto di servizio*. 11. *La responsabilità amministrativa di amministratori e sindaci: orientamenti ondivaghi e società in house*. 12. *La responsabilità precontrattuale tra Sezioni unite e Adunanza plenaria (cenni)*. 13. *Prescrizione e transazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile*. 14. *Responsabilità civile dello Stato per attività giudiziaria*. 15. *Omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto dell'Unione*. 16. *Uso e abuso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e omessa conformazione delle giurisdizioni domestiche agli orientamenti della Corte EDU.art. 1117*. *Responsabilità civile dei magistrati e violazione della Convenzione EDU e dei Protocolli addizionali*. 18. *Violazione di legge e violazione «manifesta»: la norma giuridica e le sue possibili interpretazioni*.

1. *La dialettica tra norma e giudice sul piano diacronico.*

Nel mondo occidentale, la storia del diritto, secondo uno schema semplificato, sembra seguire due percorsi inversi: il primo, che segna il passaggio dal mondo antico a quello contemporaneo, è proteso verso l'affermazione del governo della legge, che si affranca dal governo degli uomini; il secondo, relativamente recente, registra la complessiva lievitazione dei poteri conferiti agli organi giudicanti, mediante plurime forme di manifestazione. Anche se l'affermazione di tali poteri risulta non sempre lineare e, spesso, ciascuno ordinamento denota un autonomo sviluppo, divergente, talora, da quello degli altri¹.

Né possono trascurarsi fenomeni di conformazione, contrassegnati da più ampie proporzioni, i quali variano dalla globalizzazione culturale da quella economica a quella giuridica. Al riguardo, un importante fattore di aggregazione è rappresentato dal diritto europeo, dal suo crescente sviluppo e dalla pervasività dei principi che lo presidono. Ciò trova, inoltre, uno strumento di amplificazione nell'amministrazione di tale diritto da parte delle Corti europee e nel loro dialogo con i giudici domestici. Fin qui, si tratta di fenomeni i quali, seppure inediti rispetto al passato, non possono non essere salutati con favore, pur con la necessità di evidenziare gli elementi di criticità che, talora, discendono dall'interazione tra gli ordinamenti.

¹ Come scriveva un Maestro del diritto commerciale, "il giurista prenderà così dalla storia il suo punto di partenza e tornerà a guardare alla storia nel suo punto di arrivo" (T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, Torino, 1960, pp. 107 ss.).

L'interpretazione ("*troublesome word*"²) della norma giuridica e il ruolo che i poteri giudiziari esercitano non appaiono immuni da critiche. Questi ultimi, in particolare, tendono a ritagliarsi spazi crescenti, rispetto al passato anche recente. Ci si deve chiedere, ad esempio, se l'attività interpretativa possa condurre ad un risultato precettivo purchessia, qualunque sia il contenuto semantico della norma giuridica; e se, invece, la formulazione del precetto possa rivelarsi ostativa, rispetto a talune opzioni esegetiche: nel qual caso verrebbe in gioco una violazione della norma definibile come «manifesta», in relazione al significato oggettivamente attribuibile alla disposizione di legge. Questo nel quadro di quelle che vengono denominate "*semantic theories*"³.

Nella lettura dell'art. 101, comma 2, Cost., non soltanto la soggezione del giudice alla legge significa, soprattutto, "*impossibilità di disapplicazione della legge*", ma tale soggezione rappresenta una misura dell'indipendenza del giudice⁴. Se la soggezione del giudice (solamente) alla legge (art. 101, comma 2, Cost.) radica il divieto di disapplicarla, la non applicazione del precetto normativo contravviene a tale regola. L'interpretazione *contra legem* è, per definizione, una non interpretazione, così come lo è, parimenti, l'*interpretatio abrogans*.

Se la violazione assume il rango di «manifesta», ne deriva che il giudicante, attentando al principio della divisione dei poteri, esercita scientemente un ruolo che non gli è proprio, esorbitando dalla propria sfera naturale d'azione. Il che, come si dirà, è in grado di legittimare l'esercizio, nei suoi confronti, della tutela risarcitoria e (congiuntamente o disgiuntamente) di quella disciplinare, in disparte, ovviamente, la configurabilità di una condotta penalmente rilevante.

La violazione manifesta del diritto, comprensivo dei principi generali, può rientrare, talora, in quello che viene definito, secondo una formula corrente, come «creazionismo giudiziario», il quale, però, rappresenta, un fenomeno più ampio. L'attività giudiziaria resta, pur sempre *extra ordinem*, quando, anziché attribuire al precetto normativo un senso contrastante con quello rinvenibile nella disposizione di legge, attenta alla *règle de droit* che impone all'interprete di attribuire alla legge il senso "*fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*" (art. 12, comma 1, disp. prel. c.c.).

Ma, se ciò dà luogo ad una violazione di legge, questo non basta; occorre sapere, ancora, se questa debba (o meno) giudicarsi «manifesta».

Muovendo, poi, dal piano *oggettivo* a quello *soggettivo*, resta il fatto che il creazionismo giudiziario consente ai poteri giudiziari di ritagliarsi una posizione nuova, non soltanto all'interno dei propri territori e, quindi, nelle aule giudiziarie, ma anche al di fuori di esse, mediante una crescente e progressiva espansione nella società civile, così come è prerogativa propria dei corpi liquidi.

² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Bloomsbury, 1986, p. 76.

³ R. DWORKIN, *op. cit.*, pp. 32 ss.

⁴ N. ZANON-F. BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, V ed., Bologna, 2019, pp. 97-100.

Quella riferita costituisce, dunque, una linea di sviluppo molto diffusa, specialmente, nel nostro Paese, come, d'altronde, viene generalmente riconosciuto. In modo più specifico, il sistema denota criticità crescenti, imputabili, almeno in larga misura, all'applicazione della legge, nella quale finisce per rientrare anche la sua disapplicazione.

2. Breve discorso sul metodo: un compromesso tra due soluzioni estreme.

Le pagine che seguono si prefiggono di conferire concretezza a questo ordine di idee, che deriva non già da un approccio prevenuto o, addirittura, ossessivamente persecutorio, ma, molto semplicemente, dall'osservazione della realtà delle cose, condotta, con tutti gli sforzi possibili, con un certo distacco. Il che, peraltro, non è sempre facile. I casi riferiti qui di seguito, che traggono fonte dal diritto pubblico, consentiranno, comunque, al lettore di formarsi una propria opinione.

Gli opposti, sul piano del metodo, sono i seguenti: per un verso, una disamina troppo ristretta potrebbe indurre a pensare che i casi considerati siano stati selezionati ad arte e che le loro caratteristiche non consentano di trarre delle conclusioni sul piano generale; per altro verso, poi, una disamina troppo estesa rischierebbe non soltanto di annoiare il paziente lettore, ma di valorizzare i singoli casi affrontati, a discapito della generalità delle conclusioni alle quali chi scrive si prefigge di approdare.

Tra i due estremi si è optato a favore di una soluzione giudicata di compromesso, la cui valutazione non può non essere riservata al lettore. Anziché, sparare ai passeri con il cannone o, all'opposto, lanciare sassolini ad un carro armato, si è optato a favore della ricerca di uno stile, per quanto possibile, discorsivo. Quanto, poi, ai richiami operati alla letteratura, per lo più giuridica, e alla giurisprudenza, i medesimi seguiranno, in linea di massima, un *test* di proporzionalità⁵.

L'obiettivo prefigurato è (e non può non essere) quello di rimarcare la trasformazione che investe le giurisdizioni, contrassegnata da una tendenza espansiva, diretta alla conquista di nuovi spazi, mediante il crescente ampliamento del raggio d'azione dell'attività giudicante, che, spesso, sconfina in terreni spettanti ad altri poteri e,

⁵ Come è noto, si tratta di un principio di matrice europea che, da circa un ventennio, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento, presiedendo l'esercizio della potestà amministrativa. Esso impone di verificare: a) l'*idoneità* della misura, cioè il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo avuto di mira; b) la sua *necessarietà*, ossia l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo, tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo; c) l'*adeguatezza* della misura, ossia la tollerabilità della restrizione che comporta per il privato (da ult.: *C. Stato, Sez. III*, 26 giugno 2019, n. 4403 *TAR Lazio, Roma-Sez. III*, 16 aprile 2019, n. 4938, in tema di bando di gara e di soccorso istruttorio; *TAR Lazio, Roma-Sez. II*, 4 febbraio 2019, n. 1366, in tema di pianificazione territoriale e di apertura di nuove strutture di vendita; *TAR Lombardia, Milano-Sez. IV*, 12 novembre 2018, n. 2570, in tema di prescrizioni del disciplinare di gara; *TAR Lombardia, Sez. IV-Milano*, 23 novembre 2017, n. 2228. Si confrontino, per la giurisprudenza più recente nel diritto dell'Unione: *CGUE, Grande sezione*, 20 dicembre 2017, causa C-434/15, *Mantovani, Trib. UE, IX Sez. ampl.*, 16 giugno 2019, causa C-307/17; *CGUE, Sez. IV*, 19 giugno 2019, causa C-41/18, *Meca s.r.l.*, in *Urb. a app.*, 2019, p. 774; *CGUE, Grande sezione*, 24 settembre 2019, causa C-136/17, *Google*. Per la dottrina: D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; ID., *Il principio di proporzionalità*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna-F. Saitta, Milano, 2012, pp. 409 ss.; e A.M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzionalità e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 361 ss.

segnatamente, di quello legislativo, ponendone in discussione lo stesso primato, fondante il principio cardine dello Stato di diritto, rappresentato dalla separazione dei poteri.

Ciò impone di mettere mano, ora, ai *dicta*, che modellano l'applicazione e la stessa formazione del diritto, svolgendo, talora, una politica del diritto e, talora, assolvendo, non senza interferenze, ad una funzione sussidiaria nei confronti del *policy maker*, suscettibile di germinare una crescente crisi di legalità. Come si avrà modo di vedere, questa crisi, che investe la stessa calcolabilità delle decisioni giudiziarie, può essere imputata (in larga misura, anche se non esclusivamente) al ruolo che i poteri giudiziari si sono ricuciti in un quadro che può apparire contrassegnato da una diffusa indifferenza.

Si è, così, consumata una rivoluzione silenziosa, all'esito della quale il riparto tra i poteri appare profondamente alterato, a danno, soprattutto, della potestà legislativa. Il risultato più grave, ovviamente, è il *deficit* complessivo che ha investito (ed investe) molti diritti fondamentali e, insieme ad essi, la tutela giurisdizionale e la sua effettività, solennemente garantita (con molta enfasi) sia da norme di rango costituzionale e, specialmente, dal principio del giusto processo regolato da legge (art. 111 Cost.), sia dal diritto europeo (artt. 19 TUE, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 6 e 13 della Convenzione EDU).

3. Dialoghi e antagonismi tra le Corti: il caso della *translatio iudicii*.

Si fa, spesso, menzione del c.d. «dialogo tra le Corti». Talora, però, l'interlocuzione lascia sottotraccia i contrasti, che rischiano di degenerare in una guerra vertente sulla perimetrazione dei rispettivi confini. Non può mancare, neppure, qualche sgarbo, tale da contravvenire a quella leale cooperazione, a cui debbono essere informati i rapporti tra le istituzioni. Si è già fatto cenno, sopra, ai c.d. «controlimiti», alle posizioni assunte da taluni giudici costituzionali degli Stati membri dell'Unione e a quella di segno opposto della Corte di giustizia, così come è avvenuto nel caso *Melloni*⁶. La stessa Corte costituzionale, dopo le c.d. «sentenze gemelle» (2007)⁷, è passata da un atteggiamento improntato alla deferenza ad una sorta di insofferenza, che non ha mancato di determinare la reazione dei giudici di Strasburgo.

Un atteggiamento non dissimile e, anzi, maggiormente lesivo del prestigio e del rispetto istituzionale, del resto, è rinvenibile tra i vertici delle giurisdizioni nazionali e il giudice delle leggi. Possiamo citare, almeno, qualche caso. Si consideri, in proposito, la declaratoria dell'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, «nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione»⁸.

⁶ CGUE, *Grande sezione*, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, §§ 55 ss.

⁷ C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Giur. cost.*, 2007, pp. 3475 e p. 3535, con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze «gemelle»: diritti fondamentali, fonti, giudici*. Tra gli altri: F. SORRENTINO, *Apologia delle «sentenze gemelle» (brevi note a margine delle sentt. nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 213 ss.

⁸ C. cost., 12 marzo 2007, n. 77.

Si tratta, invero, di una pronuncia che ha fatto seguito alla sentenza con cui, meno di un mese prima, le Sezioni unite avevano affermato che, nel caso di ricorso (ordinario o straordinario) per cassazione (artt. 360, n. 1, e 111, ult. comma, Cost.) e di regolamento di giurisdizione (art. 41 c.p.c.), deve potere operare la *translatio iudicii*: questo perché (*verbatim*) “in tal modo si consente al processo, iniziato erroneamente davanti ad un giudice che non ha la giurisdizione indicata, di poter continuare -così come è iniziata- davanti al giudice effettivamente dotato di giurisdizione, onde dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia processuale, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia, costituzionalmente rilevante”⁹.

Nella prospettiva dischiusa dalla Corte regolatrice del diritto, il fatto che la trasmigrazione del processo tra giudice ordinario e giudice speciale non fosse vietata avrebbe consentito di applicare le regole previste in caso di incompetenza. Per converso, secondo i giudici della Consulta, non poteva omettersi di considerare che, da un lato, l’art. 50 del codice di rito prevede la riassunzione del processo solo nel caso di difetto di competenza e non anche di giurisdizione; e, dall’altro lato, l’art. 367 c.p.c., all’esito della proposizione del regolamento di giurisdizione, contempla l’onere della riassunzione dinanzi al giudice ordinario e non dinanzi alle altre giurisdizioni.

Del resto, il giudice remittente aveva sollecitato l’intervento della Corte, lamentando non tanto l’assenza di un meccanismo processuale da consentire la trasmigrazione del processo ad altro giudice fornito di giurisdizione, ma l’impossibilità che, in seguito della declinatoria della giurisdizione, vengano conservati gli effetti prodotti dalla domanda, proposta davanti ad un giudice privo di giurisdizione.

L’argomento risulta dibattuto in dottrina¹⁰ con la contrapposizione di chi ha rimarcato le somiglianze delle rispettive conclusioni, alle quali le due Corti sarebbero pervenute “per strade diverse”¹¹, a chi, convincentemente, ha rimarcato gli antagonismi espressi dalla (e nella) *querelle*¹². Non a caso, un autorevole studioso del processo civile ha collegato il trend in esame “ad un certo altro numero di pronunce (diremmo quasi un «florilegio» di pronunce) che le altre Corti (sia il Consiglio di Stato sia la Corte di Cassazione) sono venute via via dedicando nell’arco degli ultimi anni”: il richiamo è al contrasto giurisprudenziale apertosi in tema di «pregiudiziale amministrativa» della quale si darà brevemente conto nelle pagine che seguono.

4. La c.d. «pregiudiziale amministrativa»: breve cronaca di un conflitto.

⁹ Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

¹⁰ Tra gli altri, C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 1023 ss.; C. CONSOLO, *Evoluzioni processuali tra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 745; C.E. GALLO, *La translatio iudicii nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 910 ss.; R. ORIANI, *E’ possibile la translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1013; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 796 ss.

¹¹ A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1108.

¹² C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni. Il dialogo fra le Corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 632.

Nel primo decennio di questo secolo si è registrato quello che, icasticamente, è stato denominato il “*waltzer delle giurisdizioni*”¹³: una formula che rimarca i contrasti, che, in tema di riparto tra le giurisdizioni, hanno opposto, in “*un catalogo di pronunce*”¹⁴, l’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle Sezioni unite. La questione riguardava la possibilità di adire il giudice ordinario, facendo valere l’azione risarcitoria, laddove il danno evocato discendeva dall’illegittimità dell’esercizio di poteri autoritativi. Tale questione veniva risolta in modo divergente dai due supremi consessi.

Secondo una prima tesi, propugnata dai giudici di palazzo Spada¹⁵ e avallata, con plurimi argomenti, da una consistente parte degli studiosi del diritto amministrativo¹⁶, l’esperimento della tutela risarcitoria imponeva il previo annullamento del provvedimento. In base ad un diverso ordine di idee, invece, il diritto al risarcimento del danno ingiusto spettava al giudice dei diritti, in applicazione dell’art. 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (legge 21 marzo 1865, n. 2248, all. E). Questo pensiero sottolineava, tra l’altro, come, dopo il *revirement* operato dalla Sezioni unite nel 1999¹⁷, non si ponesse più una pregiudizialità in senso tecnico: ad avviso della Corte regolatrice, infatti, il giudice ordinario avrebbe dovuto “*esaminare il provvedimento solo*

¹³ V. CARBONE-C. CONSOLO-A. DI MAJO, *Il «waltzer delle giurisdizioni» rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corr. giur.*, 2004, pp. 1131 ss.

¹⁴ C. CONSOLO, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni etc.*, cit., p. 632.

¹⁵ C. Stato, *Ad. plen.*, 30 agosto 2005, n. 4, in C. Stato, 2005, p. 1189; C. Stato, *Ad. plen.*, 18 aprile 2014, n. 10, vi, p. 2021, con nota di M. CECCHINI, *La domanda risarcitoria si propone al medesimo giudice, anche in caso di domanda autonoma*. Si veda, ancora, C. Stato, *Ad. plen.*, 9 febbraio 2006, n. 2, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 1008, e C. Stato, *Ad. plen.*, 30 luglio 2007, n. 10.

¹⁶ Tra gli altri: «G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale note a difesa della c.d. «pregiudizialità amministrativa»*», in RIDPC, 2006, pp. 513 ss.; ID., *La trasmissione dell’antigiuridicità (e dell’atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 326 ss.; V. GASPARINI CASARI, *Annullamento dell’atto e risarcimento del danno*, in *Dir. econ.*, 2006, pp. 600 ss.; R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell’azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 261 ss. e, specialmente, pp. 283 ss.; ID., *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, ivi, 2009, pp. 897 ss.; ID., *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, ivi, pp. 236 ss.; F.G. COCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 1 ss.

¹⁷ Il riferimento è a *Cass.*, *Sez. un.*, 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487, e in RIDPC, 1999, p. 1108, che ha reinterpretato la nozione di «danno ingiusto». “*Non ha più rilievo la qualificazione formale della situazione giuridica del danneggiato in termini di diritto soggettivo, ma è sufficiente che sia riscontrabile la «lesione di un interesse giuridicamente rilevante»*” (M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 294). Occorre appurare, cioè, mediante un giudizio prognostico, se, per effetto del provvedimento illegittimo, il pretendente fosse titolare di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, ovvero un oggettivo affidamento sulla favorevole conclusione del procedimento, in presenza di una situazione giuridicamente protetta, in relazione ad un bene della vita, con particolare riguardo alla titolarità del danneggiato e alla lesione da questo subita. La responsabilità della P.A. nel *leading case* citato era configurato come discendente dal divieto generale di *neminem laedere* (art. 2043 c.c.), “*più congeniale al principio di autorità*” (*Cass.*, *Sez. I*, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Corr. giur.*, 2003, p. 586). Da ult., sul punto, V. NERI, *Ripensare la sentenza n. 500/1999 a vent’anni dalla sua pubblicazione*, in *App. e urb.*, 2019, pp. 610 ss. La sentenza richiamata si colloca in un filone nel quale la Suprema Corte ci ha abituati, in misura crescente, a scrivere *dicta* i quali, anziché affrontare partitamente la controversia devoluta alla cognizione dei giudicanti, tendono a redigere un breve trattato sulla materia, costellato da richiami alla propria giurisprudenza. Non diversamente avviene per l’Adunanza plenaria, che ha utilizzato lo stesso metodo in molti casi, come, solamente ad esempio, quelli, citati più innanzi, della c.d. «pregiudiziale amministrativa» o, ancora, della responsabilità precontrattuale delle amministrazioni pubbliche. Questo «stile», marcatamente autoreferenziale, codifica il creazionismo giudiziario e il ruolo che le giurisdizioni si sono arrogati.

come fatto, come elemento costitutivo dell'illecito"¹⁸. Merita ricordare anche come tre pronunce gemelle della Suprema Corte avessero affidato a molti argomenti il riconoscimento della proponibilità dell'azione risarcitoria, ancorché il provvedimento illegittimo non risultasse (impugnato dal danneggiato ed) annullato dal giudice amministrativo¹⁹.

La vicenda sembra avere, ormai, perso attualità, in quanto, sul piano processuale, l'azione risarcitoria rientra nella giurisdizione amministrativa (art. 7, comma 4, c.p.a.) e la pregiudiziale amministrativa è stata eliminata dall'art. 30 c.p.a. Anche se resta il fatto, così come si è sottolineato, "che ciò che lascia a dir poco perplessi è il continuo braccio di ferro in atto tra le due giurisdizioni": sul piano istituzionale, lo scontro non può, di certo, non rappresentare un «incidente»; quanto, poi, alla funzione, esso "va tutto a discapito della certezza del diritto e delle garanzie degli interessati", con il rischio che dalla "endemica competizione esistente tra le giurisdizioni" la radicalizzazione delle rispettive posizioni possa oltrepassare "la semplice (e fisiologica) dialettica tra Giudici"²⁰.

Anche se il c.d. «waltzer delle giurisdizioni» ha perso di intensità, ha lasciato degli strascichi dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo²¹. Colpi di coda della *querelle* riferita sono rinvenibili in altre tre «sentenze gemelle», che le Sezioni unite hanno adottato nel 2011, laddove il danno era imputato all'affidamento incolpevole generato dal provvedimento favorevole, successivamente annullato: in questo caso, ad avviso della medesima Corte, verrebbe in gioco un fatto illecito, anziché un provvedimento, con il corollario che la giurisdizione spetterebbe all'autorità giudiziaria²².

¹⁸ Cass., Sez. un., ord. 13 giugno 2006, n. 13659, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 1007. Condividendo questa tesi, tra gli altri, M. ALLENA, *La questione della pregiudizialità amministrativa, riparto di giurisdizione e nomofilachia*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 1041 ss. Dubitativamente, invece, V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronunzia delle Sezioni unite*, in *Giust. amm.*, 2006, pp. 569 ss.

¹⁹ Cass., Sez. un., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660, e 16 giugno 2006, n. 13911.

²⁰ Così, S. MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria: in particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 1056-1057.

²¹ E' il caso, ad esempio, dell'affidamento incolpevole ingenerato da una concessione edilizia ritenuta valida ed efficace, in base alla quale il destinatario aveva dato inizio alle opere edilizie: tale affidamento viene compromesso qualora tale provvedimento, in seguito, venga (legittimamente) annullato mediante autotutela o in sede giurisdizionale (in accoglimento del ricorso proposto dai vicini); non diversamente hanno giudicato le Sezioni unite nel caso in cui veniva lamentata la lesione dell'affidamento riposto sulla legittimità di una concessione di costruzione di un'opera insistente su area demaniale marittima: il previo annullamento in sede giurisdizionale ha implicato la tutela risarcitoria al giudice ordinario (Cass., Sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 547, con nota critica di C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*).

²² Ciò a differenza di quanto avviene nel caso della revoca del provvedimento favorevole, laddove si versa in un comportamento lecito della P.A., con l'effetto che è previsto un indennizzo (art. 21 *quinquies* Legge 7 agosto 1990, n. 241), la cui cognizione compete alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa (art. 133, comma 1, lett. a), c.p.a.). Sull'argomento, si vedano: M. GIGANTE, *Il principio del legittimo affidamento*, Milano, 2011; A. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo e giudice competente*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 915 ss.; R. DI PACE, *La giurisdizione sul danno da provvedimento favorevole*, Milano, 2012, *passim*; G.P. CIRILLO, *La giurisdizione sull'azione risarcitoria autonoma a tutela dell'affidamento sul provvedimento favorevole annullato e l'interesse alla stabilità dell'atto amministrativo*, in *Foro amm.*, 2016, pp. 1991 ss.

Tale interpretazione permane avversata da molti studiosi del diritto amministrativo²³. Essa tende a rivalutare, in controtendenza, proprio quella dualità delle situazioni soggettive che la citata sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite, quanto meno, aveva depotenziato²⁴. Ma, soprattutto, nei casi in esame, verrebbe, pur sempre, in gioco l'azione autoritativa, dalla quale discende la condotta integrante il fatto illecito. In terzo luogo, l'orientamento in esame contravverrebbe alla tecnica della concentrazione delle tutele, attuata dall'art. 30 c.p.a. ed integrante un parametro dell'effettività della tutela non soltanto nell'ambito del processo amministrativo (artt. 1 e 7 comma 7), ma del diritto europeo (artt. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 6 e 13 della Convenzione EDU).

Da una parte, l'art. 7, comma 4, c.p.a., estende i confini della giurisdizione amministrativa al "*risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi*"; dall'altra parte, poi, nel caso di danno derivante da provvedimento favorevole questa lesione va esclusa *in nuce*, presupponendosi la legittimità degli atti autoritativi: a qualunque tra le due contrapposte opinioni si intenda accedere, resta il fatto che permangono sottotraccia le ferite inferte da una guerra, il cui bersaglio, almeno apparente, era unicamente quello di distribuire lo *ius dicere* tra le due giurisdizioni, perimetrandone i mobili confini.

5. Azione di ottemperanza e codice del processo amministrativo (cenni).

Il ruolo esercitato dai poteri giudiziari può essere declinato non soltanto sul piano *soggettivo*, avendosi riguardo alle giurisdizioni e ai loro rapporti. Un profilo anche più rilevante, che investe direttamente la funzione, riguarda l'interpretazione della norma giuridica. Si tratta, cioè, di analizzare i vincoli che essa è in grado di produrre, avendosi riguardo al suo contenuto e, segnatamente, al significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore nella loro connessione, nonché al sistema nel quale la norma si inquadra. "*Calcolabilità significa rifiuto del soggettivismo interpretativo, rispetto del contenuto linguistico della legge. Incalcolabile è il diritto consegnato all'emotività del giudicante, all'arbitraria scelta degli interessi ... Corrono in dottrina, e si affacciano nella giurisprudenza, le ardite tesi circa la «invenzione» o «creatività» del giudice che attingerebbe il criterio della decisione da propri «valori» di vita*"²⁵. Gli orientamenti contribuiscono ad incrementare la calcolabilità del diritto (*Berechenbarkeit des Recht*) nel pensiero di Max Weber. Tuttavia, non scongiurano la possibilità che l'applicazione del diritto contravvenga alla semantica o al sistema, mediante la sostituzione di valori propri dei giudicanti a quelli posti alla base delle scelte legislative. Con il corollario che la separazione dei poteri

²³ Ex aliis, M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 899 ss.; R. VILLATA, *Spigolature "stravaganti" sul nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 866 ss.; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo (Storia e teoria)*, Torino, 2017, pp. 462 ss.

²⁴ Come si è osservato, "*il legislatore pare decisamente orientato ad accogliere una concezione dell'illecito, che configura l'art. 2043 del codice civile come norma secondaria e non primaria: si tratterebbe dunque di un'ulteriore tutela dell'interesse legittimo*" (AA.VV., *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, *Parte generale, Lezioni*, a cura di G. Greco, III ed., Milano, 2017, p. 438).

²⁵ N. IRTI, *Il nuovo processo civile. Calcolabilità e brevità sono i nodi da scegliere*, in *Il Sole 24 Ore*, 4 agosto 2020, p. 20.

diviene, ormai, niente più che un feticcio, smentito, troppo spesso, dai *dicta* resi dai plessi giudiziari.

Si consideri, ad esempio, l'esecuzione della sentenza emessa dal giudice amministrativo, integrante un dovere che grava sulle amministrazioni pubbliche. Ciò è attestato, tra l'altro, dall'art. 88, comma 1, c.p.a, secondo cui la sentenza amministrativa deve contenere "*l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa*". La norma evidenzia una regola di tipo istituzionale, chiamata a presiedere i rapporti tra giurisdizione amministrativa e *public bodies*.

Lo strumentario di pronunce del giudice amministrativo, un tempo circoscritto alla tutela di annullamento, si è progressivamente ampliato, fino a ricomprendere una panoplia di azioni. Se si tratta di una pronuncia di condanna, la sentenza amministrativa è titolo esecutivo e può fondare l'esercizio dell'azione di espropriazione forzata (art. 115, commi 1 e 2, c.p.a.). Il creditore è legittimato anche a proporre, a tutela del credito riconosciuto dalla sentenza²⁶, il giudizio di ottemperanza (artt. 112 ss. c.p.a.)²⁷, nel quale l'esecuzione del pagamento dovuto può essere effettuata da un commissario «*ad acta*» (art. 114 c.p.a)²⁸, che il codice vigente, all'art. 21, qualifica come ausiliario del giudice (art. 21 c.p.a.).

In passato, l'art. 90, comma 2, del r.d. 17 agosto 1907, n. 642, disponeva che l'azione di ottemperanza era esperibile non prima di trenta giorni da quello in cui l'autorità amministrativa era stata "*messa in mora di provvedere*". La Commissione che ha redatto il codice, invece, ha optato per l'esclusione di tale atto. Il risultato è che l'art. 114, comma 1, c.p.a, esordisce disponendo che "*l'azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso notificato*". Si tratta, dunque, di una scelta di rottura rispetto all'intervento del codice, che, peraltro, almeno in linea generale, si è limitato a svolgere un'azione manutentiva intesa a riallineare l'ordito normativo, senza arrestare il ruolo creativo che si è arrogata la giurisprudenza amministrativa²⁹.

L'ormai risalente "*messa in mora di provvedere*" è ridondante, specie se si considera che l'obbligo di adempimento trae direttamente fonte dal *decisum*. Sicché, l'espressa eliminazione ("*anche senza previa diffida*") di un adempimento formale di carattere gravatorio era intesa ad assolvere ad intenti semplificatori ed acceleratori. E' dubbio, però, che tale obiettivo possa considerarsi conseguito, almeno quando l'ottemperanza ha ad oggetto l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria. Il venir meno della "*previa diffida*", mediante l'immediata notifica del ricorso all'amministrazione e alle eventuali

²⁶ Infatti, "*dopo la riforma l'azione di ottemperanza vede consacrato, ormai, il suo ruolo ancillare rispetto all'azione esecutiva*" (M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1299).

²⁷ Sul quale, prima dell'adozione del codice del processo amministrativo, si rinvia, per tutti, a C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2008, pp. 818 ss., e a M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 523 ss.; con riguardo al modello contenuto nella legge processuale vigente, invece: M. CLARICH-G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 1700 ss.; M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014; S. CASTRO, *Il giudizio di ottemperanza amministrativa*, Milano, 2012; A. MAZZA LABOCCETTA, *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo e ed effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2012.

²⁸ Tale nomina potrebbe avvenire anche in sede di cognizione, in virtù dell'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.

²⁹ Così, L. TORCHIA, *I principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 117 ss.

altre parti, dovrebbe presupporre l'esclusione dell'assolvimento di qualsiasi altra prescrizione, richiesta a pena di inammissibilità dell'azione³⁰. Del resto, gli adempimenti preordinati all'azione giurisdizionale andrebbero considerati di stretta applicazione, contravvenendo alla regola generale della libertà delle forme. Ma la giurisprudenza amministrativa appare orientata diversamente, con il risultato di pervenire ad una *interpretatio abrogans* della formula contenuta nell'incipit dell'art. 114, comma 1, c.p.a. Vediamo, ora, perché.

6. Pronunzia di condanna, ottemperanza e termine della P.A. per l'adempimento.

L'art. 14 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito dalla legge 28 febbraio 1997, n. 30, ha introdotto un regime speciale, che presiede l'esecuzione forzata nei confronti delle pubbliche amministrazioni. In base al I alinea di tale disposizione, le procedure di spesa per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali muniti dell'esecutorietà, che comportano l'obbligo di pagamento di somme di danaro, avvengono *"entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo"*. L'incipit del comma successiva prevede che, *"prima di tale termine il creditore non può procedere ad esecuzione forzata, né alla notifica di atto di precetto"*.

Ancora, il comma 1-bis è costellato da riferimenti, dal significato inequivocabile, ad atti come il sequestro, il pignoramento e il precetto, disciplinati dalla legge processuale generale, nonché alla figura del giudice dell'esecuzione e ai suoi provvedimenti. Inoltre, nella disposizione in oggetto non è rinvenibile alcun riferimento al giudizio di ottemperanza. Sicché, la notifica del titolo esecutivo (artt. 474 e 475 c.p.c.) dovrebbe implicare un adempimento necessario per agire in via esecutiva nei confronti degli enti pubblici, ma non per proporre il ricorso per ottemperanza; e non diversamente dicasi per l'osservanza del termine dilatorio di centoventi giorni decorrenti dalla notifica³¹.

Sotto una prima angolazione, le regole esaminate possono apparire come un ingiustificato, quanto odioso, privilegio attribuito all'autorità amministrativa, lesivo della tutela giurisdizionale; in un'ottica contrapposta, invece, l'istituto si prefigge di assicurare la continuità dell'esercizio dei poteri pubblici, scongiurando interruzioni che potrebbero derivare dall'apposizione di vincoli sui beni delle amministrazioni e, specialmente, sulle somme liquide (art. 97, comma 2, *olim* 1, Cost.). La seconda tesi, che sembra imporsi alla stregua di un'interpretazione costituzionalmente orientata, trova avallo anche nel comma 2 del citato art. 14, il quale si occupa di regole di contabilità pubblica; e l'azione del commissario, che è ausiliario del giudice, non può, davvero, risultare disallineata dall'applicazione di tali regole.

Sennonché, un orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, pur considerando che il citato art. 14 si riferisce espressamente all'esecuzione forzata, identifica un'identità di *ratio* dell'azione di ottemperanza con l'azione esecutiva. Il che

³⁰ Secondo *C. Stato, Sez. VI*, 22 ottobre 2018, n. 6017, *"a fronte della comprovata persistente inadempienza dell'Amministrazione nel dare attuazione alle statuizioni della sentenza d'appello, la domanda di ottemperanza -per la cui 6) proposizione a norma dell'art. 114, comma 1, cod. proc. amm., non occorre una previa diffida- deve essere accolta"*.

³¹ Ulteriori limitazioni, poi, sono previste da altre norme, come, ad esempio, quelle contenute negli artt. 11 e 159 TUEL, mentre il termine di centoventi giorni è elevato, in alcuni casi, a centottanta.

non può essere solo che si abbia riguardo al fatto che la prima ha un raggio più ampio della seconda e, anzi, normalmente si prefigge di assolvere ad un ruolo complementare all'annullamento giurisdizionale degli atti autoritativi.

Questa tesi, in particolare, appare disancorata dalla disciplina positiva dell'istituto e dal contenuto delle disposizioni esaminate, omettendo di considerare che proprio il riconoscimento del concorso dell'azione di ottemperanza con quella esecutiva, scongiurando una "doppia tutela"³², non può non presupporre l'alterità dei due rimedi. L'indirizzo in esame estende, ben poco persuasivamente, il termine dilatorio previsto al giudizio di ottemperanza: e tale violazione può implicare, alternativamente, l'inammissibilità dell'azione³³; oppure, secondo un'altra opinione, l'improcedibilità del ricorso³⁴. In ogni caso, in disparte l'osservanza di ulteriori adempimenti formali³⁵, resta il fatto che la giurisprudenza dei giudici amministrativi, da una parte, impone l'osservanza di un termine dilatorio che, in base alla legge, condiziona il solo esperimento della procedura di espropriazione forzata; e, dall'altro, tradisce i lodevoli intenti semplificatori od acceleratori perseguiti dall'art. 114, I alinea, della legge processuale amministrativa.

7. L'occupazione acquisitiva come espressione della recessività della legge al diritto pretorio.

Non può omettersi, a questo punto, di segnalare un caso nel quale la sostituzione del giudice alla legge non potrebbe essere più evidente. La creatività della giurisprudenza, infatti, ha manipolato il sistema, elaborando propri istituti giuridici, non soltanto destituiti di qualsiasi ancoraggio al tessuto normativo, ma, anzi, che contravvengono ad esso. Si consideri, in proposito, l'occupazione acquisitiva, definita anche come accessione invertita, in ragione del sovvertimento del principio di matrice romanistica *superficies solo cedit*, in base a cui: "Qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo appartiene al proprietario di questo ..." (art. 934 c.c.).

Ebbene, tale *regula iuris* è stata letteralmente capovolta da un indirizzo inaugurato, negli anni '80, dalla Suprema Corte. La materia di riferimento è costituita dall'espropriazione per pubblica utilità. I casi sono quelli in cui, al fine del perseguimento di un'utilità pubblica, un ente pubblico trasformava *sine titulo* il bene

³² Così, ad es., TAR Lombardia, Milano-Sez. III, 8 febbraio 2017, n. 308.

³³ *Ex multis*: TAR Campania, Napoli-Sez. VIII, 3 marzo 2020, n. 977; TAR Basilicata, Potenza-Sez. I, 1° giugno 2019, n. 455; TAR Basilicata, Potenza-Sez. I, 27 febbraio 2019, n. 214; TAR Campania, Salerno-Sez. I, 1° aprile 2019, n. 521; TAR Campania, Napoli-Sez. VII, 21 dicembre 2018, n. 7299; TAR Lombardia, Milano-Sez. II, 5 ottobre 2018, n. 2224; TAR Campania, Napoli-Sez. VI, 2 ottobre 2018, n. 5742; TAR Campania, Napoli-Sez. VI, 10 settembre 2018, n. 5446; TAR Lazio, Roma-Sez. I, 20 dicembre 2017, n. 12531, precisando che la maturazione degli interessi decorre una volta che sia trascorso il lasso temporale di centoventi giorni; TAR Campania, Napoli-Sez. VII, 3 marzo 2016, n. 1161.

³⁴ Si confrontino: C. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2019, n. 2958; TAR Lombardia, Milano-Sez. III, 18 aprile 2019, n. 892; C. Stato, Sez. V, 13 aprile 2017, n. 1766; TAR Lazio, Roma-Sez. II, 7 marzo 2016, n. 2978.

³⁵ La giurisprudenza amministrativa richiede che la notifica della messa in mora, al fine dell'esperimento del giudizio di ottemperanza, deve avvenire presso la sede dell'amministrazione, assicurandosi una conoscenza effettiva, mentre quella all'Avvocatura dello Stato non può essere utilmente considerata (per tutte: TAR Lazio, Roma-Sez. II, 9 dicembre 2019, n. 14069).

di proprietà del privato: vuoi perché il procedimento ablatorio era illegittimo; vuoi perché mancava il provvedimento di espropriazione; vuoi perché difettava (o era venuta meno) la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

In tutti questi casi -è bene rimarcarlo- si registrava una condotta illecita imputabile al soggetto pubblico o ad un suo concessionario. Uno dei presupposti dell'istituto dell'occupazione acquisitiva era costituito dall'«irreversibile trasformazione» del bene del privato, in ragione del suo impiego per il soddisfacimento di interessi generali. L'opera realizzata, anche se non ultimata, doveva risultare strutturalmente nuova e, come tale, del tutto incompatibile con l'autonoma sopravvivenza del fondo inglobato³⁶. Tale illecito legittimava il privato a richiedere il risarcimento del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento del valore che il fondo aveva in quel momento³⁷.

L'istituto pretorio aveva ricevuto, persino, l'avallo del giudice delle leggi³⁸, ma non quello della Corte di Strasburgo, la quale rimarcava, tra l'altro, la mancanza di quella base legale che dovrebbe essere preposta all'esercizio dei poteri pubblici, i quali trarrebbero beneficio dal proprio comportamento illegale³⁹. Vale ricordare, al riguardo, che la protezione della proprietà è assicurata dal Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione e che analoga previsione è contenuta nell'art. 17, § 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Era rilevante non tanto la deroga apportata alla regola di diritto comune (art. 934 c.c.), quanto il fatto che l'esorbitanza riconosciuta alla *puissance publique* derivasse non già da una disposizione di legge, ma da una creazione pretoria della Corte regolatrice del diritto.

Sennonché, anziché bandire un istituto *extra-ordinem*, che configurava la «sanatoria» di una condotta *contra ius*, il legislatore italiano, ancora una volta, ha inteso manifestare una deferenza ai poteri giudiziari che si colora di sudditanza. Ciò ha fatto codificando l'accessione invertita, al fine di conferire base legale all'istituto, mediante l'art. 43 DPR 8 giugno 2001, n. 327 (*“Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità”*), entrato in vigore il 30 giugno 2003. Anche se -è bene sottolinearlo- la Corte EDU ha riaffermato la contrarietà dell'istituto, consolidando il proprio orientamento⁴⁰.

³⁶ Cass., Sez. I, 16 marzo 1994, n. 2507.

³⁷ Cass., Sez. un., 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, c. 626, e in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 674; Cass., Sez. un., 10 giugno 1988, n. 3940; e Cass., Sez. un., 25 novembre 1992, n. 12546.

³⁸ C. cost., 23 maggio 1995, n. 188.

³⁹ Corte EDU, 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura c. Italia*, §§ 62-73, e Corte EDU, 30 maggio 2000, *Belvedere alberghiera s.r.l. c. Italia*, §§ 56-63. Secondo la medesima Corte, nella nozione di legge rientra anche quella non scritta, formata dalla giurisprudenza (Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times (n. 1) c. Regno Unito*, § 47) ovvero quella interpretata dai giudici (Corte EDU, 10 novembre 2005, *Leyla Sabın c. Turchia*, § 88). Del resto, anche la Corte costituzionale è solita riferirsi al *“diritto vivente”*, espresso da un orientamento consolidato (*ex aliis*, C. cost., 23 luglio 2014, n. 208, § 2, in fondo).

⁴⁰ Corte EDU, 12 gennaio 2006, *Sciarretta e altri c. Italia*, ricorso n. 14793/02. Più ampiamente, sulla tematica: V. ZAGREBELSKY-R. CHENAL-L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Bologna, 2020, pp. 397 ss.

Vero è che l'art. 43, sopra citato, non ha superato il vaglio di costituzionalità per eccesso di delega⁴¹. Tuttavia, il successivo art. 42-*bis* del medesimo Testo unico, introdotto dall'art. 34, comma 1, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, è stato ritenuto costituzionalmente legittimo⁴². La più recente giurisprudenza amministrativa, ancora, ha rimarcato la base legale acquisita dall'istituto, in osservanza ai principi di imparzialità e di buon andamento, e la legittimazione esclusiva dell'autorità amministrativa (che esclude tale esercizio da parte del giudice amministrativo) a decidere se acquisire (o restituire) il bene da essa occupato (e utilizzato) *sine titulo*⁴³.

E' anche vero, così come ha rimarcato il giudice delle leggi, che, nel citato art. 42-*bis*, grava sull'amministrazione l'obbligo di motivazione rafforzato⁴⁴; ed è vero, del pari, che essa è tenuta a provvedere, *ex art. 2 legge 7 agosto 1990, n. 241*, sull'istanza del proprietario, volta a sollecitare l'opzione tra acquisizione o restituzione del bene⁴⁵. Sebbene abbia acquisito, ormai, una base legale, l'accessione invertita consente alla P.A., responsabile di un fatto illecito, di decidere se «sanare» gli effetti della propria condotta, in un quadro nel quale permangono le perplessità espresse dalla Corte EDU, le quali, non da ultimo, pongono l'istituto in esame in una posizione disallineata dal diritto europeo e dai suoi principi.

8. Accertamento di conformità e disciplina urbanistica-edilizia

Un settore contiguo a quello dell'espropriazione per utilità è quello del governo del territorio, costituente materia in cui la legislazione delle Regioni è concorrente con quella dello Stato (art. 117, comma 3, Cost.). Attualmente, l'attività edilizia è disciplinata dal D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*). Si tratta di un Testo unico che *"contiene i principi fondamentali e generali"*, che governano l'attività edilizia (art. 1, comma 1) e presiedono l'esercizio della potestà legislativa delle Regioni (art. 2).

Nell'ambito della vigilanza sull'attività urbanistica-edilizia (artt. 27 ss.) e delle sanzioni comminate dalla legge (artt. 30 ss.), si colloca uno strumento accordato ai proprietari dei beni sui quali sono realizzati interventi senza titolo o in difformità da esso (artt. 36-37)⁴⁶. Costoro sono legittimati ad ottenere la sanatoria dell'abuso se l'intervento risulti

⁴¹ C. cost., 8 ottobre 2010, n. 293.

⁴² C. cost., 30 aprile 2015, n. 71.

⁴³ Per tutte: TAR Lazio, Roma-Sez. II, 2 marzo 2020, n. 2679; C. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 4; C. Stato, Ad. plen., 20 gennaio 2020, n. 2.

⁴⁴ C. cost., n. 71/2015, cit., § 6.5., secondo cui *"la norma censurata impone uno specifico obbligo motivazionale «rafforzato» in capo alla pubblica amministrazione procedente, che deve indicare le circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio.*

La motivazione, in particolare, deve esibire le «attuali ed eccezionali» ragioni di interesse pubblico che giustificano l'emanazione dell'atto, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati, e deve, altresì, evidenziare l'assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione".

⁴⁵ Si tratta di un orientamento consolidato richiamato nella nota che precede.

⁴⁶ I casi sono due: in uno l'intervento è realizzato in assenza di permesso di costruire o in difformità da esso (art. 36); nell'altro, l'intervento risulta eseguito in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività (art. 37).

conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente, sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

Si tratta dell'istituto dell'«*accertamento di conformità*» ovvero, secondo un'espressione corrente, della c.d. «doppia conformità»⁴⁷. Il suo regime, previsto dall'art. 13 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, è confluito nel Testo unico in vigore. La «doppia conformità» è stata investita da numerose censure, in riferimento tanto al quadro normativo preesistente, quanto a quello attuale. Il giudice delle leggi, prima, ha «salvato» l'accertamento di conformità⁴⁸; poi, quando lo ha affrontato di nuovo, è giunta a configurarlo, in alcune recenti pronunzie, come «*l'espressione di un principio fondamentale nella materia del territorio*»⁴⁹, dichiarandolo del tutto estraneo alla figura del c.d. «condono edilizio»⁵⁰.

Non di meno, l'istituto denota, tuttora, profonde criticità, le quali si riflettono tanto sull'esercizio dei poteri autoritativi, quanto sul piano della tutela giurisdizionale. Infatti, si contendono il campo tre contrapposte tesi, le quali hanno ispirato degli orientamenti contrastanti tra i giudici amministrativi. Due di esse, sebbene supportate da un impianto argomentativo raffinato, sono improntate ad una spiccata creatività, in quanto denotano una palese carenza di ancoraggio al quadro normativo di riferimento. In base ad un primo indirizzo, all'istanza di sanatoria proposta risultano conferiti tre concorrenti effetti: il provvedimento repressivo adottato diviene inefficace; sull'autorità adita viene a gravare l'obbligo di pronunziarsi sulla domanda; il ricorso giurisdizionale amministrativo, proposto avverso la misura, viene giudicato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere⁵¹.

⁴⁷ In argomento, tra gli altri: A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere edilizie: un istituto che non convince*, in *Urb. e app.*, 2007, III, 339; A. PAGANO, *L'accertamento di conformità: alcune considerazioni eretiche sulla giurisprudenza dominante*, in *Urb. e app.*, 2009, III, 362; 3) V. PARISIO, *Art. 146 d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in R. FERRARA-G.F. FERRARI (a cura di), *Commentario breve alle leggi in materia urbanistica ed edilizia*, Padova, II ed., 2015, 1006 (sul divieto in sanatoria e autorizzazione postuma, nonché sugli artt. 146 e 167 T.U.); F. SAITTA, *Art. 36*, in AA.VV., *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2015, 862; S. VACCARI, *Ordinanza di demolizione e procedimento di sanatoria: alcuni risvolti di ordine processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 1158 (per un'analisi della giurisprudenza in tema di sanatoria edilizia, aderendo criticamente alla tesi prevalente); M. TRIMARCHI, *Il contrasto tra abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, I, 67.

⁴⁸ *C. cost.*, 31 marzo 1988, n. 370, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2424.

⁴⁹ *C. cost.*, 5 aprile 2018, n. 68.

⁵⁰ *C. cost.*, 10 marzo 2017, n. 17, *C. cost.*, 4 aprile 2017, n. 107, *C. cost.*, 8 novembre 2017, n. 232, e *C. cost.*, 9 gennaio 2019, n. 2.

⁵¹ Tra le tante: *TAR Lombardia, Milano-Sez. II*, 11 giugno 2019, n. 1319, anche in merito alla c.d. autorizzazione postuma, ex art. 167, comma 4, del D.P.R. 22 gennaio 2004, n. 42 («*Codice dei beni culturali e del paesaggio*»); *C. Stato, Sez. VI*, 15 aprile 2019, n. 2438, secondo cui la richiesta di concessione in sanatoria determina la sopravvenuta carenza d'interesse all'annullamento dell'atto sanzionatorio, in relazione al quale tale domanda è stata presentata, con la traslazione dell'interesse a ricorrere sul futuro provvedimento che, eventualmente, respinga la domanda medesima e disponga nuovamente la demolizione dell'opera abusiva; *TAR Sardegna, Sez. II*, 15 marzo 2017, n. 189, configurando un coordinamento tra il procedimento repressivo e quello di sanatoria, in quanto, quando la domanda di accertamento di conformità sia stata presentata dall'interessato prima dell'adozione dell'ordinanza di demolizione, la pendenza del procedimento per la definizione della sanabilità, o meno, delle opere, realizzate in assenza del titolo o in difformità da esso, comporta l'obbligo dell'amministrazione di pronunziarsi espressamente sulla stessa, prima di dare ulteriore corso al procedimento repressivo.

In base ad un contrapposto orientamento, invece, la domanda di sanatoria non è in grado di paralizzare la sanzione adottata; in caso di inerzia dell'amministrazione, si forma il silenzio-diniego (o silenzio-rigetto); il ricorso proposto avverso la misura gravata è ritenuto procedibile, permanendo la titolarità, in capo al ricorrente, la titolarità di un interesse immediato, concreto ed attuale⁵².

Infine, una tesi intermedia, ibridando le altre due o, quanto meno, costituendo una variante della seconda, ritiene che l'istanza del privato determini non già l'inefficacia della sanzione amministrativa, ma la mera sospensione: in attesa che l'autorità adita statuisca sulla domanda del privato, si registrerebbe la momentanea ineseguibilità del provvedimento repressivo, in presenza di un momentaneo stato di quiescenza⁵³.

La prima soluzione (ma, in misura minore, anche la terza) identifica tra attività repressiva e domanda di sanatoria, un particolare coordinamento tra due procedimenti paralleli, che risulta del tutto assente nel Testo unico: perché nessuna norma di legge commina l'inefficacia (e, neppure, la sospensione dell'efficacia) della misura, a fronte della richiesta di accertamento della conformità dell'opera⁵⁴; si è convincentemente osservato, infatti, *"come la semplice istanza del privato non posseda alcun potere di far decadere e, quindi, privare di efficacia pro futuro l'originaria manifestazione di volontà dell'ordinanza di demolizione"*⁵⁵.

In secondo luogo, sul piano *processuale*, non pare fuori luogo osservare come la permanente procedibilità del ricorso giurisdizionale amministrativo, gravante l'ordine di demolizione, appaia meglio allineato ai principi di efficacia della tutela (artt. 111 Cost., 6 CEDU, 47 della Carta, 1 c.p.a.), di economia processuale, di buona amministrazione e di non aggravamento (artt. 97 Cost., 41 della Carta e 1 legge 7 agosto 1990, n. 241).

In terzo luogo, esiste un dato testuale, di carattere assorbente, che non pare suscettibile di dare adito a dubbi⁵⁶. Il III alinea dell'art. 36 del citato D.P.R. n. 380/2001 dispone che se, l'amministrazione municipale non si pronuncia sull'istanza di premesso, decorsi sessanta giorni, *"la richiesta si intende rifiutata"*. L'inerzia integra, pertanto, un'ipotesi di silenzio-rigetto, anziché di silenzio-inadempimento. Ciò con tutte le conseguenze processuali che ne discendono: l'assolvimento, a pena di decadenza, dell'onere di

⁵² Ad es., *C. Stato, Sez. VI*, 6 giugno 2018, n. 3417, sottolineando la permanente efficacia dei provvedimenti repressivi, in caso di presentazione di domanda di accertamento di conformità, in assenza di un effetto sospensivo, che non è previsto da alcuna disposizione di legge; *TAR Campania, Napoli-Sez. III*, 2 marzo 2018, n. 1352, riaffermando la tesi secondo cui l'efficacia dell'ordine di demolizione non è compromessa dalla presentazione di una domanda di accertamento di conformità delle opere, in carenza di un titolo abilitativo, con la precisazione che i provvedimenti in questione sono di competenza del dirigente e non del Sindaco.

⁵³ Così, *C. Stato, Sez. VI*, 1° marzo 2019, n. 1435, *TAR Lazio, Roma-Sez. II*, 10 settembre 2019, n. 9218, evocando *"uno stato di temporanea quiescenza"*, e *TAR Lazio, Roma-Sez. II*, 1° agosto 2019, n. 10204.

⁵⁴ Come si è scritto, *"non v'è nell'ordinamento e, più specificamente, nel d.P.R. n. 380/2001 (c.d. T.U. in materia edilizia) alcuna disposizione che fondi giuridicamente la (pretesa) capacità «caducante» dell'istanza di sanatoria sul provvedimento amministrativo di demolizione"* (così, S. VACCARI, *Ordinanza di demolizione e procedimento di sanatoria: alcuni risvolti di ordine processuale*, cit., p. 1170).

⁵⁵ Ancora, S. VACCARI, *op. cit.*, p. 1178.

⁵⁶ Diversamente, tuttavia, S. VACCARI, *op. cit.*, p. 1180, identifica la ragione dirimente nel regime decadenziale entro cui proporre ricorso, il quale verrebbe «riaperto», in dipendenza della (presunta) capacità «paralizzante» della domanda in sanatoria.

impugnazione del provvedimento tacito di rigetto e l'applicazione del rito speciale (artt. 31 e 117 c.p.a.)⁵⁷.

Vero è che il comma 3 dell'art. 36, con poca coerenza, dopo avere imposto un obbligo rafforzato di motivazione (in quanto il "*competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione*"), conferisce ad una condotta, il silenzio, la valenza e gli effetti di un provvedimento di rigetto della domanda. Il che, tra l'altro, risulta in controtendenza, rispetto ai più recenti interventi legislativi. Ma non può omettersi di considerare come il silenzio-diniego si riveli ostativo alla paralisi del procedimento repressivo, in dipendenza di quello di sanatoria. La violazione dell'obbligo di provvedere, infatti, prevede come conseguenza un effetto incompatibile con quella dell'inefficacia dell'ordine di demolizione.

Per cui, la soluzione "*maggiormente in linea con il «sistema»*" sembra quella propugnata dalla seconda tra le tre linee interpretative considerate. Piuttosto, va salutato con favore anche il fatto che essa, oltre a costituire espressione di un orientamento maggioritario, risulta allineata al quadro normativo di riferimento⁵⁸ e, come tale, immune da pericolose suggestioni di tipo «creazionista».

9. Riparto tra giurisdizione ordinaria e amministrativa e tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile: riserva di legge e limiti posti alle norme di rango legislativo.

Nelle pagine che precedono è venuta in considerazione la distribuzione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Esiste, però, un altro versante, che investe il riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile⁵⁹. I

⁵⁷ Si vedano, specialmente, *C. Stato, Sez. VI*, 1° marzo 2019, n. 1435, che esclude la formazione del silenzio-inadempimento, non sussistendo un obbligo di provvedere, atteso che l'art. 36, comma 3, del Testo unico, secondo cui, decorsi 60 giorni, "*la richiesta si intende rifiutata*", e *C. Stato, Sez. VI*, 11 giugno 2018, n. 3556, che dichiara, tra l'altro, l'inammissibilità di un ricorso, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., nei confronti dell'inerzia serbata da un'amministrazione, in seguito alla proposizione di una domanda di accertamento di conformità edilizia.

⁵⁸ Si veda, specialmente, *C. Stato, Sez. VI*, n. 3417/2018, *cit.*, secondo cui l'art. 36 citato non conferisce alla domanda in sanatoria la capacità di determinare l'inefficacia, né la sospensione dell'efficacia della misura ripristinatoria adottata.

⁵⁹ Sull'argomento esiste una letteratura sterminata. La bibliografia richiamata, pertanto, è solamente parziale e limitata ai contributi pubblicati nell'ultimo ventennio: L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema a un decennio dalla riforma*, Milano, 2003; ID., *Responsabilità contabile*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, pp. 5097 ss.; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005; F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*. Atti del Convegno di studi, Varenna, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, pp. 105 ss.; F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, ivi pp. 1 ss.; D. SORACE, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adottabilità o esaurimento del ruolo?*, ivi, pp. 457 ss.; L. VENTURINI, *Il giudizio di responsabilità amministrativa a carico dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pp. 967 ss.; F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp.669 ss.; F. TIGANO, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Torino, 2008; G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Enc. dir., Annali*, vol. X, Milano, 2017, pp. 756 ss.; AA.VV., *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, a cura di V. Tenore, Milano, 2018; AA.VV., *La Corte dei Conti. Controllo e Giurisdizione. Contabilità pubblica*, a cura di F. Garri, Milano, 2019; V. TENORE-A. NAPOLI, *Studio sulla responsabilità amministrativo-contabile davanti alla Corte dei Conti. Raccolta sui temi più attuali innanzi alla Corte dei Conti*, Napoli, 2019.

commi 1 e 2 dell'art. 103 Cost. devolvono la giurisdizione, rispettivamente, "agli organi di giustizia amministrativa per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"; e alla Corte dei conti "nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge". Secondo il giudice delle leggi, il citato I alinea "non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva": in questa lettura (ancorata ad una visione, forse, un po' datata della giurisdizione amministrativa) le "materie indicate dalla legge" (le quali soggiacciono alla riserva di legge⁶⁰) sono "particolari", perché partecipano alla natura della giurisdizione di legittimità, "che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo"⁶¹.

Diversamente avviene, invece, per la giurisdizione contabile, la cui identificazione permane sottoposta alla riserva di legge, all'interno della quale la Costituzione conferisce al legislatore una discrezionalità molto maggiore; in realtà, la "materia contabile" non viene, neppure, riservata alla Corte dei conti, alla quale è devoluta solamente in via tendenziale, in virtù dell'*interpositio legislatoris*⁶². E' sempre la legge (ordinaria) a identificare le materie devolute alla giurisdizione contabile: anzi, queste materie sono definite "particolari", venendo sottratte alla cognizione dell'autorità giudiziaria, con il corollario che, in assenza di una norma attributiva della giurisdizione, rimarrebbero entro il perimetro della giurisdizione ordinaria.

Senonché, una simile conclusione viene smentita dai plessi giudiziari, con l'effetto di travisare il contenuto del II alinea dell'art. 103, Cost., finendo per sterilizzare la riserva di legge che esso contiene: si passa, così, dall'*interpositio legislatoris* all'*interpositio iudicis*. In questo caso la creatività dei giudicanti è, ancor più, censurabile, proprio perché essa contravviene ad una norma di rango costituzionale, che riserva al legislatore il potere di identificare in quali materie le controversie sono decise dalla giurisdizione contabile: infatti, tale riserva preclude ai poteri giudiziari di distribuire la giurisdizione. Non di

⁶⁰ "Il deperimento del ruolo del Parlamento ha travolto tutta la narrativa che aveva sorretto il nostro fondamento costituzionale della legalità: irrisa la riserva di legge ..." (G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, p. 88).

⁶¹ *C. cost.*, 6 luglio 2004, n. 204, in *Foro amm.-CdS*, II, 2004, pp. 1895 e 2475. Non diversamente, *C. cost.*, 11 maggio 2006, n. 191, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1831.

⁶² *C. cost.*, 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988 I, c. 694, nel senso della non definibilità oggettiva della contabilità pubblica. In argomento, F.G. SCOCA, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*. *Atti del LI convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero, 15-17 settembre 2005, Milano, 2006, p. 48. Secondo una tesi autorevole, l'art. 103, comma 2, Cost., essendo destituito di immediata precettività, "non configura riserve di legge, ma ha valore di norma organizzativa della giurisdizione". Così, M.S. GIANNINI, *Spunti sulla giurisdizione contabile e sui consigli di prefettura*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 165, in nota a *C. cost.*, 31 marzo 1965, n. 17, ivi, p. 176. Diversamente, invece, E. CANNADA BARTOLI, *Materie di contabilità pubblica e giurisdizione della Corte dei conti*, in nota a *Cass., Sez. un.*, 30 novembre 1966, n. 2811, in *Foro amm.*, 1967, pp. 61 ss. Si confrontino anche, sul tema, D. SORACE, *In tema di giurisdizione della Corte dei conti «nelle materie» di contabilità pubblica*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 1956 ss.; e, da ult., G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, cit., p. 760. In conclusione, la definizione dei confini tra autorità giudiziaria e giustizia contabile viene delineata dal legislatore con una relativa libertà (M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano 2008, p. 52).

meno, la giurisprudenza ha favorito un processo espansivo delle procure contabili, la quali hanno ampliato il proprio raggio di azione, erodendo, in misura corrispondente, il perimetro della giurisdizione ordinaria. Cosicché, i confini tra le giurisdizioni sono divenuti sempre più mobili e rimessi alla discrezione dei giudici contabili e delle Sezioni unite. Alla base del fenomeno si pone un inammissibile straripamento, a discapito del potere legislativo, che si iscrive nella più ampia cornice di quella separazione dei poteri alla quale attenta, in misura crescente, l'espansione giudiziaria. Vediamo come nelle pagine che seguono.

10. La matrice giurisprudenziale dell'espansione delle frontiere della giurisdizione contabile: il rapporto di servizio.

L'espansione ricordata rappresenta una tendenza ad ampio raggio, che investe anche l'identificazione dei soggetti sottoposti all'azione della Procura erariale. In proposito, si impone qualche richiamo al quadro normativo di riferimento. A partire dagli artt. 82, comma 1, e 83, comma 1, l. cont. St. (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), i quali tra i soggetti legittimati passivamente ricomprendono solamente l'"impiegato" e i "funzionari" pubblici. Non diversamente l'art. 13, comma 1, T.U. C. conti (r.d. 12 luglio 1934, n. 1214) menziona i "pubblici funzionari". Anche gli artt. 18 e 19 del «T.U. del pubblico impiego» (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3) risultano del medesimo tenore. In particolare, l'art. 18, comma 1, dispone che è l'impiegato pubblico ad essere "tenuto a risarcire alle amministrazioni ... i danni derivanti da violazioni di obblighi di servizio". Il I alinea dell'art. 19 del T.U. appena citato sottopone "l'impiegato per la responsabilità di cui al precedente articolo" alla giurisdizione contabile. Il fatto illecito è, dunque, costituito da "violazioni di servizio" del pubblico impiegato. Nessun elemento utile, a tale riguardo, può essere ricavato dall'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, il quale, quanto all'azione di responsabilità, si limita a fare riferimento ai "soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica".

Secondo la legge, pertanto, è l'immedesimazione organica di quest'ultimo nel plesso organizzativo in cui opera ad esporlo alla responsabilità amministrativa. Né questa conclusione sembra trovare una smentita nell'art. 1, comma 4, della citata legge n. 20/1994, che si occupa del danno "cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza". Può configurare, al più, una responsabilità di natura *extracontrattuale*, nei confronti di soggetti pubblici a cui il responsabile, secondo la terminologia utilizzata dal legislatore, non «appartiene». Resta pur sempre il fatto, come attesta il medesimo comma 4, che la Corte giudica "sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici". Quindi, tale responsabilità, che, appunto, è «amministrativa», si applica quando esiste un rapporto di pubblico impiego: con l'ente di appartenenza o con altro ente.

Ciò non ostante, la giurisprudenza contabile ha dilatato a dismisura il proprio perimetro nel quale ha ricomprendendo soggetti non facenti parte dell'organizzazione amministrativa. Accanto ad una nozione *soggettiva*, ancorata al tessuto normativo, ha accolto una nozione di tipo *oggettivo*, facendo leva sul «rapporto di servizio», il

fondamento del quale viene affidato all'art. 52, comma 1, T.U. C. conti, che si riferisce (oltre che a pubblici impiegati e funzionari) agli "agenti civili"⁶³. In questa prospettiva, diviene recessiva l'appartenenza all'organizzazione pubblica, nel quadro di una connotazione di tipo *funzionale*⁶⁴.

Senonché, tale responsabilità, applicabile agli impiegati pubblici che hanno contravvenuto agli obblighi aventi fonte in tale rapporto ha esteso il proprio perimetro, giungendo a ricomprendere, a dismisura, soggetti esterni all'amministrazione pubblica⁶⁵. Superandosi il rapporto organico, che lega il dipendente pubblico all'ente di appartenenza, si è costruita una nozione *bonne à tout faire*. In assenza di qualsiasi intervento legislativo, un *passé-partout* di matrice pretoria è divenuto un corpo liquido multiforme. Ovviamente, esso non poteva non esondare, stante l'evanescenza della relazione configurabile tra autorità pubblica e soggetto responsabile.

I colori sfumati del rapporto di servizio, infatti, consentono di sottoporre a responsabilità un soggetto il quale, pur non essendo inserito nell'organizzazione amministrativa, partecipa alla sua azione. Così come avviene, ad esempio, nel caso del concessionario, che esercita funzioni amministrative, quale organo indiretto⁶⁶. Frequentemente, si è evocato il rapporto di servizio per assoggettare alla responsabilità amministrativa direttori dei lavori, progettisti, medici convenzionati e farmacisti⁶⁷.

Questa dilatazione pretoria ("senza limiti precisi"⁶⁸) del perimetro dell'illecito contabile è stata convincentemente censurata da studiosi sia del diritto privato, che del diritto pubblico⁶⁹. Non sottacendosi, soprattutto, che la questione di giurisdizione rappresenta anche una questione di diritto sostanziale, stante il rapporto di alterità configurabile tra illecito contabile, di carattere sanzionatorio, e illecito civile, che si prefigge finalità prevalentemente reintegrative e ripristinatorie: sicché, la scelta del giudice implica non solo il regime del processo, ma quello (sostanziale) della responsabilità.

11. La responsabilità amministrativa di amministratori e sindaci: orientamenti ondivaghi e società in house.

Il trend espansivo della giurisdizione contabile, che sembra trovare una giustificazione nella natura erariale del danno, costituisce un fenomeno più ampio, identificabile nella responsabilità dell'organo amministrativo e di quello di vigilanza delle società in mano pubblica. La giurisprudenza delle Sezioni unite, sul punto, è apparsa ondivaga. Un primo orientamento, inaugurato nel 1982, attribuiva alla giurisdizione ordinaria le

⁶³ Così, Cass., Sez. un., 4 dicembre 2009, n. 25495, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 278. Si veda, in proposito, G. BOTTINO, *Responsabilità amministrativa per danno all'erario*, cit., p. 766.

⁶⁴ P. MADDALENA, *La responsabilità amministrativa degli amministratori degli enti pubblici ed economici e delle s.p.a. a prevalente partecipazione pubblica*, in *Riv. amm.*, 1996, I, pp. 445 ss.

⁶⁵ M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 303.

⁶⁶ C. conti, Sez. II giur. centr. app., 20 marzo 2006, n. 125, in *Cons. St.*, 2006, p. 1043, con nota di E. SANTORO, *Rapporto di servizio derivato e rapporto professionale*, ivi, p. 1045.

⁶⁷ Da ult., per la giurisprudenza delle Sezioni unite: Cass., Sez. un., 15 aprile 2020, n. 7838; Cass., Sez. un., 1° aprile 20120, nn. 7645 e 7640; Cass., Sez. un., 7 gennaio 2020, n. 111; Cass., sez. un., 5 dicembre 2019, n. 31755.

⁶⁸ F.G. SCOCA, *ult. op. cit.*, p. 52. Da ult., G. BOTTINO, *op. cit.*, pp. 765 ss.

⁶⁹ C. IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in AA.VV., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile*, cit., 304.

controversie promosse nei confronti di amministratori, direttori e sindaci delle società in quota pubblica⁷⁰. Il successivo corso, invece, avviato nel 2003, ha devoluto tale cognizione alla giurisdizione contabile⁷¹; e, dopo essersi progressivamente consolidato⁷², è stato ribaltato alla fine del 2009, con la riaffermazione della tesi precedente⁷³.

Non di meno, le Sezioni unite hanno derogato a tale approdo, laddove hanno identificato profili di specialità, tali da devolvere l'azione di responsabilità alla procura erariale⁷⁴. In particolare, all'interno della galassia delle società pubbliche, un caso di deroga alla giurisdizione ordinaria va individuato in un *grand-arrêt* reso dalle Sezioni unite nel 2013⁷⁵, il cui indirizzo, in seguito, si è assestato⁷⁶. La pronuncia affrontava la questione della responsabilità degli amministratori e dei sindaci della società *in house*, che risulta affidataria diretta di affidamenti pubblici, in assenza di ricorso a procedure selettive⁷⁷. Questo orientamento inquadra la società *in house* in una relazione di tipo *interorganico* (anziché di tipo *intersoggettivo*) con l'amministrazione pubblica di appartenenza. Ma la società *in house* non difetta di un'autonoma soggettività, in particolare, il controllo analogo esercitato dall'ente di appartenenza implica solamente

⁷⁰ Cass., Sez. un., 2 marzo 1982, n. 1282, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1443. Si vedano anche, nello stesso senso, Cass., Sez. un., 21 ottobre 1983, n. 6179, in *Giur. it.*, 1984, III, c. 295, e Cass., Sez. un., 22 maggio 1991, n. 5792, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1987; Cass., Sez. un., 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro it.*, 1999, I, c. 575; Cass., Sez. un., 11 febbraio 2002, n. 1945/0, ivi, 2002, I, c. 1408.

⁷¹ Cass., Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667/0.

⁷² Cass., Sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Giur. it.*, 2004, p. 1946, Cass., Sez. un., 1° marzo 2006, n. 4511, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 969, Cass., Sez. un., 20 giugno 2006, n. 141010, in *Foro it.*, 2007, I, c. 486.

⁷³ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26809. Si vedano in seguito, del medesimo tenore, tra le tante, Cass., Sez. un., 5 luglio 2011, n. 14655, Cass., Sez. un., 12 ottobre 2011, n. 20941, in *Foro it.*, 2012, c. 831, Cass., Sez. un., 9 marzo 2012, n. 3692, Cass., Sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177. In argomento, tra gli altri: L. TORCHIA, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa: un nuovo equilibrio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pp. 323 ss.; M. ANTONIOLI, *Analisi e riflessioni in tema di responsabilità amministrativa, società a partecipazione pubblica e riparto tra le giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 835 ss. Dopo l'entrata in vigore del TUSPP, Cass., Sez. un., 5 dicembre 2019, n. 31755, e Cass., Sez. un., 11 settembre 2019, n. 22712.

⁷⁴ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro amm.-CdS*, 2010, I, p. 67. Si veda, in senso critico, A. PACE, *La Corte di Cassazione, ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai come "ente pubblico"*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 4036 ss.

⁷⁵ Cass., Sez. un., 23 novembre 2013, n. 26283, in *Giur. it.*, 2013, p. 1990, con nota adesiva di A. BARTOLINI, *La società in house perde il corporate veil: un ritorno all'organo impresa*, ivi, pp. 1995 ss.

⁷⁶ Cass., Sez. un., 26 marzo 2014, n. 7177; Cass., Sez. un., 24 marzo 2015, n. 5848. Per la giurisprudenza di merito, *Trib. Milano, Sez. spec. impr.*, 14 luglio 2015, n. 8697. In senso critico, tra gli altri, R. URSI, *Il cammino disorientato della c.d. società in house*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 558 ss.

⁷⁷ Esistendo, sull'argomento una vasta letteratura, si reputa sufficiente rinviare a AA.VV., *Le società in house*, Napoli, 2020. La legittimità dell'autoproduzione degli enti pubblici, come è noto, discende dal filone giurisprudenziale aperto dalla Corte di Lussemburgo, nel 1999, mediante la sentenza *Teckal*: la figura in esame ricorre nel caso in un ente pubblico eserciti un «controllo analogo» su quello realizzato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano. Per la giurisprudenza si confrontino: *CGCE*, 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, in *RIDPC*, 2000, p. 1393; non diversamente: *CGCE*, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, ivi, 2005, p. 992; *CGCE*, 13 ottobre 2005, C-458/03; *Parking Brixen*, ivi, p. 1907; *CGCE*, 6 aprile 2006, C-410/04, *Anav*; *CGCE*, 1° maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*; *CGCE*, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA*; *CGCE*, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*; *CGUE, Sez. III*, 9 novembre 2012, cause riunite C-182/11 e 183/11, *Econord S.p.A.*, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 762; *CGUE, Sez. VIII*, 8 maggio 2014, C-15/13, *Datenlotsen Informations Systeme*; *CGUE, Sez. IV*, 8 dicembre 2016, C-533/15, *Undis Servizi c/ Comune di Sulmona*.

l'esercizio d'un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della controllata⁷⁸.

A sostegno di questa conclusione milita anche la presenza di partecipazioni frazionate⁷⁹: se la società presta la propria attività per conto di una pluralità di enti pubblici, il ricorso alla figura della relazione interorganica, tra enti partecipanti e società partecipata, diviene una petizione di principio, atteso che tale società non appare in grado di essere, al tempo stesso, organo di ciascun socio di riferimento. Inoltre, la tesi delle Sezioni contravveniva all'art. 4, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, dimenticando che "la fuoriuscita codicistica deve avvenire in virtù di un'espressa disposizione legislativa che denoti la singolarità dello statuto della società"⁸⁰. Ancora, contravveniva anche alle disposizioni contenute negli artt. 2380-bis e 2468, comma 3, c.c., aventi ad oggetto i poteri spettanti agli amministratori delle società per azioni e a responsabilità limitata. Della violazione, non certo ultimo, in ordine di importanza, dell'art. 103, comma 2, Cost., si è già detto nelle pagine che precedono.

En d'autres mots, la giurisdizione è stata devoluta alla Corte dei conti, senza che lo imponesse il diritto dell'Unione, che si occupa degli appalti pubblici e non, certo, delle giurisdizioni domestiche. Il *droit prétorien* delle Sezioni unite è risultato non soltanto lesivo della riserva di legge, posta dalla norma appena citata, ma in palese contrasto con il quadro normativo di riferimento. La calcolabilità della decisione altro non è più che una chimera, dinanzi ad un'interpretazione che può apparire, persino, eversiva. Più grave, ancora, è che il legislatore, nel riordino delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche contenuto nel d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TUSPP)⁸¹ abbia recepito nell'art. 12 un'interpretazione *contra legem*, manifestando un'ingiustificabile deferenza nei confronti dei poteri giudiziari: le politiche del diritto, ormai, non competono più agli organi legislativi; i corpi giudiziari si arrogano anche il ruolo di *policy maker*.

12. La responsabilità precontrattuale tra Sezioni unite e Adunanza plenaria (cenni).

Il nostro ordinamento è improntato al pluralismo delle giurisdizioni. Queste, talora, fanno applicazione dei medesimi istituti, la cui base giuridica può essere la medesima. Non di meno, la loro applicazione può denotare vistose asimmetrie. Come avviene, ad esempio, per istituti di teoria generale, come la colpa, la prescrizione e la transazione. Si consideri, in proposito, la responsabilità civile, che occupa non soltanto il giudice

⁷⁸ M. ANTONIOLI, *I requisiti necessari per gli affidamenti in house. Il controllo analogo: natura, modalità e limiti (dal codice dei contratti al testo unico delle società pubbliche)*, in AA.VV., *Le società in house*, Napoli, 2020, pp. 75 ss.

⁷⁹ CGCE, Sez. II, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo*, §§ 56-61; CGCE, Sez. III, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant S.A.*, C-324/07, §§ 47 e 50; CGCE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea s.r.l.*, §§ 54-65; CGUE, Sez. III, 29 novembre 2012, cause nn.182-183/11, *Econord S.p.A.*, §§ 28-31, in *Giur. comm.*, 2014, II, p. 762, con nota di V. DONATIVI.

⁸⁰ R. URSI, *op. cit.*

⁸¹ Dopo l'adozione del Testo unico le Sezioni unite hanno riconosciuto la concorrenza tra le giurisdizioni, laddove il curatore fallimentare aveva proposto un'azione sociale di responsabilità, nei confronti degli amministratori di una società *in house* dichiarata fallita (da ult., *Cass., Sez. un.*, 10 aprile 2019, n. 10019). Le medesime Sezioni unite hanno contravvenuto alla tesi espressa da *Cass., Sez. un.*, n. 26809/2009, *cit.*, riaffermata dalla giurisprudenza successiva (*Cass., Sez. un.*, n. 14655/2011, *cit.*).

ordinario, ma anche quello amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. Quest'ultimo ha anche rimarcato, in alcune pronunzie, come gli istituti regolati dal diritto civile siano immanenti e generali nell'ordinamento giuridico⁸².

In una prospettiva non dissimile l'Adunanza plenaria, occupandosi, di recente, della responsabilità precontrattuale (artt. 1337-1338 c.c.) delle amministrazioni pubbliche⁸³, si è allineata ai più recenti approdi della Corte regolatrice del diritto⁸⁴: vero è che i giudici di palazzo Spada hanno omesso di prendere posizione sulla natura di tale responsabilità (se di natura aquiliana per violazione del divieto di *neminem laedere* oppure di natura contrattuale, in presenza di un contatto qualificato)⁸⁵; non di meno, hanno distinto tra regole di validità e regole di condotta, ovvero tra responsabilità da comportamento e responsabilità da provvedimento: sotto questa angolazione, in particolare, la responsabilità civile può essere configurata anche nell'ipotesi di attività amministrativa legittima⁸⁶.

⁸² Così, ad es., *TAR Lazio*, Sez. III, 5 giugno 2014, n. 6007.

⁸³ *C. Stato*, Ad. plen., 5 maggio 2018, n. 5, in *Foro it.*, 2018, III, c. 458. Da ult., *C. Stato*, Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 1314. Conformemente, tra le altre, *TAR Campania*, Sez. III, 19 febbraio 2020, 790, e *TAR Lazio*, Sez. III, 10 febbraio 2020, n. 1777. All'orientamento richiamato fa espresso riferimento, condividendone l'angolazione, *Cass.*, Sez. un., 18 aprile 2020, n. 8236.

⁸⁴ Più in generale, sui doveri di correttezza, l'Adunanza plenaria ha seguito la costruzione affermata da *Cass.*, Sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236, *Cass.*, Sez. III, 22 luglio 2019, n. 18748, *Cass.*, Sez. I, 13 novembre 2017, n. 26725, e *Cass.*, Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro amm.*, 2016, p. 2100, secondo cui: "In tema di contratti conclusi con la P.A., l'eventuale responsabilità di quest'ultima, in pendenza dell'approvazione ministeriale, deve qualificarsi come precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., ed è inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ex art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione sancito dall'art. 2946 c.c.". Più in particolare, sui rapporti tra responsabilità precontrattuale e poteri autoritativi nelle gare pubbliche, i giudici di palazzo Spada si sono conformati a *Cass.*, Sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, e a *Cass.*, Sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

⁸⁵ "Si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal «contatto sociale» qualificato. La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di remissione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento" (*C. Stato*, Ad. plen., n. 5/2018, cit., § 26, ult. parte). Sul punto, per la tesi della natura precontrattuale della responsabilità precontrattuale, si confrontino, tra gli altri, anche per i richiami alla letteratura sull'argomento, A. ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 1129 ss.; C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, ivi, 2011, pp. 55 ss. In giurisprudenza, per la tesi della natura contrattuale, *Cass.*, Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1227, mentre per la tesi opposta, *Cass.*, Sez. II, 3 ottobre 2019, n. 24738. *TAR Lombardia*, Milano-Sez. II, 3 dicembre 2013, n. 2681, aderisce al prevalente orientamento giurisprudenziale, che inquadra la responsabilità delle amministrazioni in quella *extracontrattuale*, con particolare riguardo a quello che qualifica come "illecito provvedimento", con la conseguenza che incombe sulla parte danneggiata l'onere di dimostrare l'esistenza del pregiudizio subito, la sua riconducibilità eziologica all'adozione del provvedimento illegittimo, oltre alla misura del danno sofferto (§ 6.3.1). In senso analogo anche, *C. Stato*, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058, e *TAR Lombardia*, Milano-Sez. III, 16 ottobre 2018, n. 2309, §§ 21-22. Tra gli studiosi del diritto amministrativo si è affermato che "la giurisprudenza amministrativa si è, dopo qualche oscillazione, ... consolidata nel qualificare come aquiliana la responsabilità dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi ... Secondo il «diritto vivente», quindi, la disciplina applicabile è quella della responsabilità *extracontrattuale*" (F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 317, in nota).

⁸⁶ Anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare, oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale

In altri casi, ancora, istituti trasversali di diritto comune⁸⁷ vengono applicati in modo non coincidente. A questo ci ha abituati, specialmente, la Corte dei conti⁸⁸, così come avviene per la prescrizione del fatto illecito. In base all'art. 1, comma 2, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, la prescrizione quinquennale⁸⁹ decorre (anziché dalla data in cui si è verificato il fatto) dalla sua scoperta, *“in caso di occultamento doloso del danno”*. Tale previsione evoca quella contenuta nell'art. 2941, n. 8, c.c., secondo cui *“la prescrizione rimane sospesa tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito e il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto”*.

In questi casi il *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione (art. 2935 c.c.) decorre da un momento successivo all'azione o all'omissione, il quale può risultare incerto: nell'ambito della giurisdizione ordinaria, la Suprema Corte ritiene che *“l'operatività della causa di sospensione della prescrizione, di cui all'art. 2941, n. 8, c.c., ricorre quando sia posta in essere dal debitore una condotta tale da comportare per il creditore una vera e propria impossibilità di agire, e non una mera difficoltà di accertamento del credito, e, quindi, quando sia posto in essere dal debitore un comportamento intenzionalmente diretto ad occultare al creditore l'esistenza dell'obbligazione”*⁹⁰.

13. Prescrizione e transazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione contabile.

Va soggiunto che la giurisprudenza contabile coniuga la previsione speciale contenuta nel citato art. 1, comma 2, diversamente rispetto a quanto avviene nell'ambito della giurisdizione ordinaria. Si assiste, così, ad un *arc en ciel* di soluzioni. Il *“doloso occultamento”*, talora, finisce per coincidere con quello propugnato dall'autorità giudiziaria⁹¹; più spesso, però, viene declinato in modo differente. E' come se, a fronte di un danno di natura erariale, l'occultamento fosse *in re ipsa*. Molta giurisprudenza contabile è orientata a ritenere che il *dies a quo* debba coincidere con la richiesta di rinvio

responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), quelle generali dell'ordinamento civile, che impongono di agire con lealtà e correttezza: la loro violazione è in grado di germinare una responsabilità da comportamento scorretto, incidente non già sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali: e, cioè, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza.

⁸⁷ In argomento, *TAR Lazio, Roma-Sez. II*, 5 giugno 2014, n. 6007.

⁸⁸ Sulla tematica, per tutti, G. BOTTINO, *op.cit.*, pp. 756 ss.

⁸⁹ Riaffermata, da ult., dall'art. 66, comma 1, del d. lgs. 26 agosto 2016, n. 174 («Codice di giustizia contabile»). Sul nuovo processo contabile, tra gli altri, AA.VV., *Il nuovo processo davanti alla Corte dei conti. Commento sistematico al codice della giustizia contabile (D.Lgs. n. 174/2016)*, Milano, 2017.

⁹⁰ *Cass., Sez. lav.*, 27 febbraio 2020, n. 413. Non diversamente, *Cass., Sez. lav.*, 13 ottobre 2014, n. 21567.

⁹¹ *C. conti, Sez. reg. giur. Liguria*, 22 ottobre 2016, n. 83, secondo cui affinché si configuri il «doloso occultamento», necessario al differimento del termine quinquennale di prescrizione dell'azione di responsabilità amministrativa al momento della scoperta del fatto dannoso (anziché della sua verifica), è necessario che il soggetto responsabile abbia posto in essere un comportamento che includa atti specificamente volti a prevenire il disvelamento del danno, ancora in fieri, oppure a nascondere un danno già prodotto. In questa ottica, quindi, non basta la commissione dolosa del fatto dannoso, ma è necessaria un'attività intesa a determinare una falsa rappresentazione della realtà, con una modificazione volontaria e intenzionale dello stato dei fatti, non essendo sufficiente un mero comportamento omissivo.

a giudizio dell'imputato e la conseguente acquisizione da parte della Procura erariale degli atti di indagine, suscettibili di rendere palese e conoscibile il fatto illecito⁹².

Si consideri, in proposito, il passaggio argomentativo contenuto in una decisione dei giudici contabili⁹³: *“L'art. 1, comma 2 della legge n. 20/1994 stabilisce che il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso. Il Collegio è consapevole che un problema costantemente vagliato dalla giurisprudenza è quello del dies a quo del termine prescrizione, problema che indubbiamente scaturisce dal fatto che il dato testuale lo fa coincidere con la «verificazione» del fatto dannoso. Tuttavia, a seguito dell'intervento delle Sezioni Riunite (sentenza n. 62/A del 25.10.1996) la giurisprudenza contabile è unanime nel ritenere che, qualora la condotta illecita e l'effetto dannoso siano distanziati nel tempo, è questo secondo momento che rileva, in quanto prima di esso il Procuratore non avrebbe alcun interesse ad agire”*. Detto altrimenti: il dato testuale fa coincidere il *dies a quo* con la «verificazione» del fatto dannoso, ma le Sezioni riunite della Corte dei conti hanno deciso che tale verifica non può fare decorrere il termine di prescrizione: come si vede, dunque, l'orientamento evocato risulta manipolativo della norma di legge citata, la quale identifica con chiarezza il momento della decorrenza del termine con un elemento oggettivo, rappresentato dal fatto (commissivo o omissivo)⁹⁴.

Un caso non dissimile è quello della transazione. Si tratta di un istituto di teoria generale, disciplinato dal codice civile (artt. 1965 ss. c.c.). Secondo talune pronunzie della giurisdizione contabile, la transazione, implicando il riconoscimento dell'altrui pretesa, determina, ai sensi dell'art. 2944 c.c., l'interruzione del decorso della prescrizione, al fine della proposizione dell'azione erariale. Ancora, la transazione intercorsa tra l'ente danneggiato e il responsabile del danno non soltanto non preclude al procuratore contabile di proporre l'azione di responsabilità⁹⁵, ma *“costituisce solo implicita ricognizione di debito che non incide sulla pienezza dei poteri di impulso processuale attribuiti al procuratore della Corte dei conti”*⁹⁶.

Eppure, la Corte regolatrice del diritto è tetragona nell'affermare che le ammissioni, contenute nell'atto di transazione, non hanno natura *confessoria*, avendo natura di dichiarazioni di scienza destituite di *animus confitendi*, rese a fronte di reciproche concessioni delle parti⁹⁷: come si vede, dunque, giurisdizione ordinaria e giurisdizione

⁹² Si vedano, tra le tante, *C. conti, Sez. I giur. centr. app* 22 giugno 2014, n. 712; e *C. conti, Sez. reg. giur. Calabria*, 20 dicembre 2017, n. 372, secondo cui *“la decorrenza del termine di prescrizione deve essere individuata nel momento in cui la condotta viene scoperta in tutte le sue componenti, oggettive e soggettive, e quindi a seguito della convalida del sequestro preventivo (5.10.2010)”* da parte del GIP.

⁹³ *C. conti, Sez. reg. giur. Calabria*, n. 372/2017, *cit.*

⁹⁴ Così, *C. conti, Sez. reg. giur. Calabria*, n. 372/2017, *cit.*

⁹⁵ Secondo lo *ius receptum* della Corte dei conti, l'azione erariale è non soltanto di esclusiva titolarità del pubblico ministero contabile, ma è indisponibile, perché è posta a tutela dell'interesse generale alla conservazione e alla corretta gestione dei beni e dei mezzi economici pubblici.

⁹⁶ *C. conti, Sez. I centr. giur.*, 29 ottobre 2008, n. 458. Si veda anche *C. conti, Sez. I centr. giur.*, 23 ottobre 2017, n. 745.

⁹⁷ *Ex plurimis, Cass., Sez. III*, 19 giugno 2015, n. 12691, precisando, *“quanto alla pretesa equivalenza alla confessione delle ammissioni contenute nell'atto di transazione”*, essa *“non integra una dichiarazione di scienza che sia fine a se stessa, ma s'inserisce nel contenuto del contratto transattivo ed è strumentale rispetto al raggiungimento dello scopo di questo, il che fa venir*

contabile interpretano ed applicano in modo non coincidente istituti generali come la prescrizione e la transazione.

Da un lato, quanto alla prescrizione, tanto l'art. 1, comma 2, legge n. 20/1994, quanto l'art. 2941, n. 8, c.c., dispongono che l'occultamento doloso, rispettivamente, del danno e dell'esistenza del debito non consentono la decorrenza del termine di prescrizione. Dall'altro lato, nel caso della transazione, la disciplina contabilistica pur non derogando la normativa codicistica, la considera un atto di natura confessoria. E, ancora, si potrebbe aggiungere che l'apprezzamento, da parte della giurisdizione contabile, dei requisiti generali della tutela cautelare, come il *periculum in mora* e il *fumus boni iuris*, risulta divergente da quello generalmente operato dall'autorità giudiziaria. Quello che va rimarcato, nell'economia di queste pagine, è come, non ostante la sostanziale omogeneità del quadro normativo di riferimento, identici o analoghi istituti vengano applicati, denotando dissonanze di tali proporzioni, da attestare come, in base al principio di non contraddizione, almeno una delle (due) giurisdizioni interessate eserciti un ruolo disallineato, rispetto a quello di esecutore della legge.

14. Responsabilità civile dello Stato per attività giudiziaria.

Come è noto, gli Stati membri sono responsabili nei confronti dell'Unione europea, per violazione del diritto di questa, con la conseguente "estensione dei principi sulla responsabilità a tutte le funzioni dello Stato"⁹⁸. Ciò avviene in tre distinte ipotesi⁹⁹: quella dello Stato legislatore per avere recepito in modo non corretto il diritto dell'Unione¹⁰⁰; quello dello Stato amministratore, quando derivano delle conseguenze dall'azione dei poteri autoritativi per avere violato il medesimo diritto¹⁰¹; e, infine, quale ultimo punto di approdo, quello dello Stato giudice per la non applicazione (ovvero la falsa applicazione) delle norme europee¹⁰². Occorre, a tale riguardo, che il giudice domestico

meno, nella rappresentazione interna che l'autore si forma della propria dichiarazione, la basilare caratteristica che alle confessioni conferisce forza probante".

⁹⁸ Per tutti, a M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011 ed., Milano, 2018, p. 475.

⁹⁹ Per tutti, a M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 473-474.

¹⁰⁰ CGCE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame III*.

¹⁰¹ CGCE, 23 maggio 1996, C-5/94, *Lomas*.

¹⁰² CGCE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, e CGCE, 13 maggio 2006, C173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, CGUE, 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*: le prime due pronunzie sono state adottate in sede di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, mentre la terza citata è derivata da un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea, in base all'art. 258 TFUE. In argomento, ampiamente, M.P. CHITI, *op. cit.*, pp. 483 ss.; E. SCODITTI, "Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 4; G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari»*. A proposito del caso *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, pp. 4 ss.; A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 419; G. STROZZI, *Responsabilità degli stati membri per fatto del giudice interno e violazione del diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, pp. 881 ss.; A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4731; R. CONTI, *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corr. giur.*, 2012, pp. 185 ss.; F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Dir. un. eur.*, 2015, pp.

abbia manifestamente ignorato l'obbligo di rinvio alla Corte; che la norma dell'Unione sia preordinata a conferire diritti ai singoli; e, infine, che sussista il nesso di causalità¹⁰³. La Corte di Lussemburgo ha anche dichiarato contrario al diritto dell'Unione l'art. 2 della legge 13 aprile 1988, concernente la responsabilità civile dei magistrati n. 117 (c.d. «Legge Vassalli»): secondo la medesima Corte, infatti, la limitazione della responsabilità (dello Stato per l'attività) dei magistrati ai soli di casi di dolo e colpa grave non risulta conforme all'*higher law*¹⁰⁴.

In seguito, la legge 27 febbraio 2015, n. 18¹⁰⁵, ha modificato la citata «legge Vassalli», in quanto è stata giudicata non compatibile con il diritto eurounitario. Attualmente, una forma particolare di responsabilità dei poteri giudiziari investe *“la violazione manifesta della legge, nonché del diritto dell'Unione europea”*, considerandosi, a tale riguardo, il *“grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza”*. Pertanto, l'omessa (o la non corretta) percezione della portata semantica del precetto normativo, che abbia determinato un danno ingiusto con dolo o colpa grave, obbliga lo Stato a risarcirlo (art. 2, comma 3 *bis*).

Il cambio di passo nella legge n. 117/1988, dopo la recente novella, sembra molto netto. Il legislatore ha posto l'attenzione sul significato linguistico della disposizione di legge, che il giudice non può (più) ignorare. Si tratta di una linea di sviluppo che trova, tra l'altro, un riferimento in alcune pronunzie del giudice delle leggi, come quelle sopra richiamate¹⁰⁶ in cui ha reagito ad orientamenti come quelli in cui, le Sezioni unite, a legislazione invariata, avevano ammesso la *translatio iudicii*¹⁰⁷ e l'Adunanza plenaria aveva invocato i «controlimiti» al fine di negare la rimessione della controversia dinanzi alla Corte di Lussemburgo¹⁰⁸.

Ancora, il comportamento omissivo della giurisdizione domestica potrebbe integrare la violazione del diritto fondamentale ad un equo processo, in riferimento all'art. 6, § 1, della Convenzione EDU¹⁰⁹. Se la nostra giurisprudenza¹¹⁰ tende ad escludere la configurabilità di un diritto ad adire, in via pregiudiziale, la Corte di Lussemburgo, resta il fatto che le magistrature di ultimo grado vanno considerate sottoposte

589 ss.; ID., *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 138 ss.

¹⁰³ F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, cit., 154.

¹⁰⁴ CGUE, 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*, cit.

¹⁰⁵ Tra gli altri, F. BONACCORSI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato per illecito del magistrato*, in *Danno e resp.*, 2015, pp. 445 ss., e E. SCODITTI, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Questione giustizia*, 2015, pp. 445 ss. Anteriormente alla novella del 2015, in senso critico sulla responsabilità civile dei magistrati, G. SCARSELLI, *Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice*, in *Giusto processo*, 2013, pp. 1044 ss., escludendo che la cosa giudicata, nell'ordinamento dello Stato, possa costituire la fonte di un fatto illecito.

¹⁰⁶ *C. cost.*, n. 77/2007, cit.

¹⁰⁷ *Cass.*, *Sez. un.*, n. 4109/2007, cit.

¹⁰⁸ *C. Stato*, *Sez. V*, n. 4207/2005 (*Federfarma*); *contra*, *C. cost.*, ord. n. 454/2006. Si veda anche *C. Stato*, *Ad. plen.*, 27 luglio 2016, n. 19, in *Foro it.*, 2017, III, c. 309, con nota di S. GAMBINO.

¹⁰⁹ Così, A. DI STASI, *Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio alla Corte giust. da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *federalismi*, n. 3/2016, e F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale*, cit., p. 158.

¹¹⁰ *Cass.*, *Sez. un.*, ord. 2 dicembre 2005, n. 26228.

all'obbligo di esplicitare le ragioni addotte a fronte del rigetto dell'istanza di rinvio per l'interpretazione del diritto eurounitario, come è orientata a ritenere la Corte di Strasburgo¹¹¹.

Esiste, comunque, un argine posto alla creatività dell'interpretazione: sul punto, il dettato della legge sembra chiaro. Anche se è verosimile che la giurisprudenza contribuisca a rendere evanescente la recente novella della disciplina della responsabilità dei magistrati. Si tratta di un pericolo concreto, specie se dovesse prevalere la tendenza di quella giurisprudenza che, permeata di conservatorismo, è protesa, in modo autoreferenziale, ad un rigido mantenimento dello *status quo*.

15. Omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione del diritto dell'Unione.

L'obiettivo di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione appare molto chiaro nell'art. 2 della legge n. 117/1988, che intende scongiurare letture creative, contrassegnate da soggettivismi, tali da accelerare fughe centrifughe da un'ortodossa conformazione del giudice domestico agli orientamenti della Corte di giustizia, imposto dal principio di leale cooperazione (art. 4, § 3, TUE). Il "*grado di chiarezza e precisione delle norme violate*" (art. 2, comma 3) integra, pertanto, un parametro utilizzato, di consueto e da tempo risalente, dalla giurisprudenza della medesima Corte¹¹².

Come puntualizza l'art. 2, comma 3, della medesima legge, in caso di violazione manifesta del diritto eurounitario, "*si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*". Sicché, gli organi giurisdizionali di ultimo grado versano in una posizione particolare, in conseguenza del fatto che, non potendosi gravare le loro decisioni, tali organi sono tenuti a rivolgersi alla Corte (art. 267, § 3, TFUE)¹¹³.

Eppure, non ostante l'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, al giudice di ultima istanza è consentito astenersi dal rimettere il procedimento dinanzi ai giudici di Lussemburgo (solamente) in alcune limitate ipotesi: qualora la questione venga giudicata non rilevante; qualora la corretta applicazione del diritto dell'Unione appaia

¹¹¹ Corte EDU, 21 luglio 2015, *Schipani c. Italia*, e Corte EDU, 20 settembre 2011, *Ullens De Schooten e Rezabek c. Belgio*. Tuttavia, nel senso che la motivazione del rifiuto può ricavarci anche implicitamente, si veda Corte EDU, 8 settembre 2015, *Wind Telecomunicazioni S.p.A. c. Italia*.

¹¹² Si richiamano, in proposito, le sentenze capostipiti della responsabilità dei legislatori nazionale per violazione del diritto dell'Unione: CGCE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franconich*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 145; CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pecheur e Factortame III*, cit. Da ult., Cass., Sez. III, ord. 32 gennaio 2019, n. 2964, che ha rimesso alla Corte di giustizia la questione delle conseguenze del tardivo e incompleto recepimento della direttiva in materia di indennizzo per le vittime transfrontaliere di reati violenti in relazione alla situazione di intempestivo (e/o incompleto) recepimento della Direttiva 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004. Se confronti, specialmente, la citata sentenza *Köbler*.

¹¹³ In argomento, per tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012.

evidente, senza dare adito a dubbi (teoria del c.d. *acte clair*); qualora, infine, la questione in esame sia già stata oggetto di interpretazione da parte della Corte¹¹⁴.

Come si è osservato, *“le pronunce della Corte di Giustizia hanno un valore generale e vincolano tutti i giudici nazionali, recando una sorta di interpretazione autentica della norma euro-unitaria che con essa si salda”*¹¹⁵. E' anche stato paventato il pericolo che la previsione richiamata possa legittimare un utilizzo «difensivo» del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultimo grado¹¹⁶. Si tratta di un'opinione comprensibile, che paventa, tra l'altro, come il giudice interno possa fare un utilizzo «atipico» dell'istituto, che ne diverrebbe «destrutturato»¹¹⁷. In altri casi, ancora, è stata messa in risalto come il giudice abusi del rinvio pregiudiziale *“in modo strumentale alla messa in discussione della funzione nomofilattica, come organizzata nel nostro ordinamento”*¹¹⁸; o, ancora, allo scopo di *“rinvenire nel diritto dell'Unione uno scudo alle frequenti azioni di responsabilità del giudice per violazione del diritto comunitario per mancanza rilevanza dei profili di rinvio”*¹¹⁹.

16. Uso e abuso del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e omessa conformazione delle giurisdizioni domestiche agli orientamenti della Corte EDU.

Va segnalata anche l'evenienza di un uso distorto dell'istituto. E' il caso in cui il giudice remittente, specie se di ultimo grado, formula dei quesiti intesi ad orientare l'interpretazione in direzione di una determinata soluzione, non considerando la giurisprudenza della Corte di giustizia e, specialmente, il contenuto delle norme di riferimento. Anche in tal modo lo *ius dicere* tende ad arrogarsi un ruolo creativo, forse, solo meno diretto e spiccato.

Un simile tentativo sembra identificabile nell'ordinanza di rinvio con cui l'Adunanza plenaria aveva rimesso alla Corte l'interpretazione dei principi dell'Unione in materia ambientale, previsti dall'art. 191, § 2, TFUE, e dalla Direttiva 2004/2035/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, con riguardo ai Considerando 13 e 24, nonché agli artt. 1 e 8, § 3¹²⁰. La medesima ordinanza è giunta, persino, ad

¹¹⁴ CGUE, 6 ottobre 1982, C.283/81, *Soc. Cilfit e altri c. Ministero della Sanità*, in *Foro it.*, 1983, IV, c. 63, con nota di A. TIZZANO. Il *decisum* ha anche precisato che *“la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità”* (§ 21). In argomento, F. SPITALERI, *Facoltà e obbligo di rinvio pregiudiziale*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro-C. Iannone, Torino, 2020, pp. 122 ss.

¹¹⁵ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Legge 13 aprile 1988, n. 117, Articolo 2. Responsabilità per dolo o colpa grave*, in AA.VV., *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, a cura di F. Auletta-S. Boccagna-N. Rascio, Bologna, 2017, p. 116.

¹¹⁶ M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 520.

¹¹⁷ M.P. CHITI, *op. cit.*, pp. 518-519. L'Autore considera, in proposito, la tendenza di una parte della giurisprudenza amministrativa di *“mettere in discussione il ruolo dell'Adunanza plenaria e dei principi da essa espressi”* (ivi, p. 517), con riguardo all'art. 99, comma 3, c.p.a. Si vedano, in proposito, CGUE, 10 maggio 2017, C-131/16, *Archus*; CGUE, 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Fransson*, §§ 45-47; CGUE, 2 giugno 2016, C-27/15, *Pippo Pizzozzo*; CGUE, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*.

¹¹⁸ M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 517. Sulla funzione nomofilattica e sull'art. 95, comma 5, c.p.a., specialmente, S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011.

¹¹⁹ M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 517.

¹²⁰ C. Stato, *Ad. plen.*, ord. 25 settembre 2013, n. 21, in *Riv. giur. amb.*, 2014, p. 62, con nota di E. MASCHIETTO. con nLa questione è stata risolta da CGUE, *Sez. III*, 4 marzo 2015, causa C-534/13, in *RIDPC*, 2015, pp. 946.

affermare che il nesso eziologico non sarebbe, neppure, necessario come elemento costitutivo della responsabilità ambientale dell'operatore¹²¹. Eppure, il riferimento al danno «causato» alle specie e agli *habitats* naturali era espressamente da plurime previsioni contenute nella predetta Direttiva¹²². Sicché, l'Avvocato generale ha definito "sorprendente" ipotizzare che la causazione dell'evento non sia richiesta per fare sorgere la responsabilità¹²³.

Ed è sotto la prospettiva in esame che va considerato il tentativo di investire le Sezioni unite dei dinieghi opposti dal Consiglio di Stato, quale giudice di ultimo grado, al rinvio pregiudiziale. A giudizio della Corte, non rientra nello schema previsto dall'art. 111, comma 8, Cost., non individuando i limiti esterni alla giurisdizione amministrativa, "il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori in iudicando o in procedendo per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, estrema, in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo"¹²⁴.

¹²¹ M. ANTONIOLI, *Il principio "Chi inquina paga" all'esame della Corte di Giustizia: proprietario "incolpevole" e obbligo di prevenzione, di ripristino e di messa in sicurezza dei siti contaminati*, in RIDPC, 2015, p. 964; ID., *Lessons on Sustainable Development in EU Law*, Roma, 2020, pp. 42-43.

¹²² L'art. 3, § 1, della Direttiva citata viene dichiarata applicabile "al danno etc. ... causato ..."; in base all'art. 4, § 5, la Direttiva "si applica al danno ambientale o alla minaccia di tale danno causati da inquinamento di carattere diffuso unicamente quando sia possibile accertare un nesso causale tra il danno e le attività dei singoli operatori"; infine, l'art. 8, § 3, lett. a), esclude che gravino sull'operatore i costi delle azioni di prevenzione e riparazione, se questi può provare che il danno (o la sua minaccia) "è stato causato da un terzo". Tra l'altro, come ha rilevato la Corte (§ 44), in base all'art. 30 della Direttiva e al Considerando n. 17, la medesima Direttiva "si applica unicamente al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi il 30 aprile 2007 o dopo tale data quando tale danno derivi vuoi da attività svolte in tale data o successivamente ad essa, vuoi da attività svolte precedentemente a tale data, ma non terminate prima di essa". Nel caso esaminato dal giudice remittente il danno si era verificato anteriormente a tale data, come aveva eccepito l'Avv. gen. J. Kokott nelle proprie Conclusioni (§ 28). Tuttavia, la Corte ha mantenuto il proprio *self-restraint*, devolvendo tale verifica al giudice *a quo* (§§ 45-47).

¹²³ Avv. gen. J. Kokott, Conclusioni, § 30. Sulla necessità di un nesso causale, al fine dell'applicazione della Direttiva 2004/35/CE, si veda già CGUE, *Grande Sezione*, 9 marzo 2010, *Erg.*, C-378/08, §§ 52-59, in *Riv. giur. amb.*, 2010, p. 957, con nota di L. PRATI.

¹²⁴ Così, *Cass., Sez. un.*, 8 luglio 2016, n. 14042. Nello stesso senso, *Cass., Sez. un.*, 6 febbraio 2015, n. 2242. Più di recente: *Cass., Sez. un.*, 28 settembre 2020, n. 20443, sebbene dichiarando l'inammissibilità del ricorso anche sotto il profilo, risultato concorrente, dell'omessa impugnazione di una delle ragioni sufficienti a giustificare la decisione adottata; *Cass., Sez. un.*, 6 marzo 2020, n. 6460, riaffermando che il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omissso dal Consiglio di Stato, non può essere disposto, sulla medesima questione, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte innanzi alle quali sia stata impugnata la corrispondente decisione, spettando ad esse solo di vagliare il rispetto, da parte del primo, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi. Ancora: *Cass., Sez. un.*, 15 novembre 2018, n. 29391, affermando che "la violazione dell'obbligo di remissione alla Corte di giustizia delle questioni relative all'interpretazione delle norme dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E., non integra infatti una questione inerente alla giurisdizione né secondo l'accezione tradizionale, come riparto tra ordini giudiziari, perché le norme sul riparto di giurisdizione, tipiche ed esclusive dell'ordinamento nazionale italiano, non contemplano la Corte di giustizia dell'Unione Europea tra i destinatari del riparto; né secondo l'accezione funzionale indicata da *Cass. Sez. U.* 30254/2008, dato che non è la Corte di giustizia ad erogare la tutela giurisdizionale nel caso concreto, bensì il giudice di rinvio, ossia il giudice nazionale (cfr. *Cass. Sez. U.* 31226/2017, in motivazione, e ivi ulteriori riferimenti)". Tale orientamento trova avallo in *C. cost.*, 18 gennaio 2018, n. 6, in *Foro it.*, 2018, 2, I, c. 373, secondo cui: "l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di remissione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo". In argomento, tra gli altri, M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le*

Resta sul tappeto, ancora, la questione degli effetti della omessa conformazione delle giurisdizioni domestiche agli orientamenti della Corte EDU. Un'opinione¹²⁵ ipotizza che possa adattarsi a questo caso l'ipotesi della violazione manifesta di un diritto sancito dalla Convenzione, precisando, peraltro, che, secondo i giudici della Consulta, occorre che l'orientamento della Corte di Strasburgo possa considerarsi «consolidato»¹²⁶. Permane il fatto, in ogni caso, che le sentenze della Corte EDU, a differenza di quelle della Corte di giustizia, risultano destituite di effetti diretti¹²⁷: in base all'art. 46, § 1, della Convenzione, gli Stati contraenti “si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”¹²⁸; non di meno, il vincolo di conformazione agli obblighi convenzionali grava su giudici, amministrazioni e legislatore degli Stati che aderiscono alla Convenzione¹²⁹.

Se la norma convenzionale, nell'interpretazione propugnata dai giudici di Strasburgo, contravviene alla norma interna, sorge un'antinomia che permane riservata al sindacato accentrato di costituzionalità. Si tratta, invero, di una conclusione che permane valida anche in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la quale prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione (art. 6, § 2, TUE). Secondo il giudice delle leggi, infatti, tale innovazione non ha “comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la concezione delle norme interposte”¹³⁰. Anche se l'interprete deve ricercare una soluzione conforme alla Convenzione (art. 117, comma 1, Cost.), in quanto il giudice remittente, a pena di inammissibilità dell'ordinanza, è tenuto a ricercare l'esperimento di un'interpretazione costituzionalmente conforme dalla disposizione censurata¹³¹.

decisioni del Consiglio di Stato, Padova, 2005; G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione. Appunti per un dibattito*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 367 ss.; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *RTDPC*, 2018, pp. 587 ss.

¹²⁵ F. DE SANTIS DI NICOLA, *Legge 13 aprile 1988, n. 117, Articolo 2*, cit., pp. 131 ss.

¹²⁶ *C. cost.*, 26 marzo 2015, n. 49. In senso critico, tra gli altri, censurando il tentativo di “pesare la forza dei precedenti” per non essere “rilevante una giurisprudenza consolidata” (*une jurisprudence bien-établie*), AA.VV., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., pp. 58-59.

¹²⁷ In questo senso, sotto differenti profili: *Cass., Sez. lav.*, 30 gennaio 2018, n. 2286; *C. Stato, Sez. IV*, 11 giugno 2015, n. 2866, in *Giur. it.*, 2015, p. 1495; *Cass., Sez. un.*, 16 maggio 2013, n. 11826; *Cass., Sez. lav.*, 19 dicembre 2013, n. 4049; *CGUE, Grande sezione*, 24 aprile 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj*. Si veda anche AA.VV., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., pp. 500 ss.

¹²⁸ Sicché, la non conformazione, integrante una precisa «obbligazione giuridica», implica una violazione del diritto convenzionale, attentando alla tutela multilivello di quelli che costituiscono diritti fondamentali della persona, molti dei quali rientrano nella cognizione delle nostre giurisdizioni e di quella amministrativa. Tra l'altro, la Corte regolatrice del diritto ha affermato che “il giudice nazionale, se ha il dovere, nell'ambito della cognizione del singolo caso, di applicare i principi enunciati dalla Corte europea sulla base della Convenzione e dei relativi Protocolli, non ha invece giurisdizione al fine di stabilire se sia stata esattamente adempiuta dallo Stato italiano una specifica sentenza della Corte di Strasburgo, involgendo tale profilo necessariamente l'interpretazione del singolo «dictum»”. Sicché, “le questioni concernenti l'interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo esulano dalle attribuzioni giurisdizionali del giudice nazionale, spettando l'attività di interpretazione di tali decisioni, in forza degli artt. 32 e 46 della Convenzione, nonché dell'art. 79 del Regolamento della Corte, in via esclusiva e definitiva alla stessa Corte” (*Cass., Sez. un.*, n. 11826/2013, cit.).

¹²⁹ AA.VV., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 61.

¹³⁰ *C. cost.*, 11 marzo 2011, n. 80.

¹³¹ *Ex plurimis*, *C. cost.*, 23 giugno 2020, n.123, e *C. cost.*, 12 novembre 2018, n. 197.

17. Responsabilità civile dei magistrati e violazione della Convenzione EDU e dei Protocolli addizionali.

Ferma restando la vincolatività delle norme convenzionali e della giurisprudenza della Corte EDU, in caso di antinomia tra norme convenzionali e norme interne, è fatto divieto di disapplicare la norma interna contrastante con la norma avente fonte nella Convenzione e nei Protocolli aggiuntivi, i quali permangono subordinati alla Costituzione italiana¹³². Ci si può chiedere, ancora, se l'inosservanza dell'obbligo di diligenza del giudicante possa legittimare "un più ampio tasso di scusabilità" e quali conseguenze possano derivare, "se il giudice non solleva la questione e decide senza osservare la norma CEDU"¹³³, qualora non abbia ricercato (o, comunque, trovato) un'interpretazione adeguatrice alla Convenzione della norma di rango legislativo¹³⁴.

Il legislatore non ha affrontato, almeno espressamente, una simile evenienza. E' intervenuto, soprattutto, per fronteggiare una situazione che la Corte di Lussemburgo considerava non conforme agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione. In particolare, l'art. 2, comma 3, della legge n. 117/1988 esordisce che "costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea". Sicché, il paradigma della responsabilità civile del giudice ricomprende "la violazione manifesta (non solo del diritto dell'Unione europea, ma anche) delle norme di diritto nazionale"¹³⁵.

Si consideri, intanto, che, se le violazioni del diritto convenzionale sono riprodotte nella Carta, l'art. 52 § 3 della medesima dispone che il significato e la portata dei diritti riconosciuti non possono non essere uguali. Infatti, "la Carta deve essere interpretata conformemente alla Convenzione, oppure, in modo da garantire un innalzamento del livello di protezione offerto da quest'ultima, e non mai un abbassamento"¹³⁶. In questa evenienza, i diritti fondamentali trovano diretta copertura nel quadro delle fonti primarie "del diritto dell'Unione Europea"¹³⁷, ai sensi dei commi 3 e 3 bis della legge n. 117/1988¹³⁸, che il comma che precede fa espressamente salvi, collocandoli al di fuori della regola in base a cui l'interpretazione di norme di diritto, nell'ambito delle funzioni giudiziarie, "non può dar luogo a responsabilità".

La "violazione manifesta" di tali diritti, dunque, rappresenta l'indice sintomatico di un comportamento contrassegnato da colpa grave, suscettibile, come tale, di configurare

¹³² Così, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Costituzione italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 955 ss. Si vedano anche: D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012; A. GUAZZAROTTI, *La Cedu e l'Italia: sui rischi delle ibridazioni delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, pp. 3567 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 688 ss.; E.F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo)*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 392 ss.; S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015.

¹³³ F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. cit.*, pp. 134-135.

¹³⁴ Sulla necessità di una interpretazione convenzionalmente (e costituzionalmente) orientata, tra le altre, *Cass.*, Sez. VI, 10 gennaio 2017, n. 395, e *Cass.*, Sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024.

¹³⁵ F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. cit.*, p. 79.

¹³⁶ AA.VV., *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., p. 89.

¹³⁷ CGUE, *Grande Sezione*, 20 marzo 2018, C-524/15, *Menci*; C-537/16, *Garlsson Real Estate e a.*; C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Zecca*.

¹³⁸ Commi inseriti dall'articolo 2, comma 1, lettere a) e c), della legge 27 febbraio 2015, n. 18.

un fatto illecito: sempre il III alinea dell'art. 3 colloca, accanto alla violazione del diritto dell'Unione, "la violazione manifesta della legge", a fronte della quale vi è colpa grave¹³⁹. Come si è osservato, il legislatore italiano non si è limitato a conformarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma, nel modificare la legge n. 117/1988, ha ampliato i confini della responsabilità civile per danni da attività giudiziaria¹⁴⁰.

Ciò trova conferma, tra l'altro, nei raccordi contenuti negli artt. 7, 8 e 9, che, nei confronti del magistrato, prevedono, in ogni caso, la proposizione dell'azione disciplinare e, in caso di risarcimento, l'esercizio dell'azione di rivalsa, la quale risulta esperibile dinanzi all'autorità giudiziaria. In proposito, va rilevato, per un verso, che tale azione, nel pubblico impiego (art. 22, comma 2, legge 10 gennaio 1957, n. 3), viene promossa dinanzi alla giurisdizione contabile¹⁴¹; per altro verso, che l'azione risarcitoria risulta sempre devoluta all'autorità giudiziaria, anche laddove l'attività giudiziaria (costituente fonte dell'illecito) risulti imputabile alla giurisdizione amministrativa o a quella contabile.

Se il precetto della Convenzione e dei Protocolli è contrassegnato da chiarezza e precisione, specialmente alla luce di un orientamento consolidato o, quanto meno, prevalente, della Corte EDU¹⁴², la tesi più convincente è che possa configurarsi la "violazione manifesta della legge", prevista, dal III alinea dell'art. 2, legge n. 117/1988, nella sua vigente formulazione. La giurisprudenza della medesima Corte, come è noto, è, per lo più, casistica¹⁴³. Se il caso esaminato dal giudice dello Stato aderente alla Convenzione è conforme o, comunque, analogo a quello risolto dai giudici di Lussemburgo, è verosimile che la violazione della legge, comprensiva del diritto convenzionale, possa essere giudicata manifesta. Perché una lettura contrastante con il diritto convenzionale implica il conseguimento di un significato non compatibile con tale diritto. La soluzione di un caso analogo a quello già deciso è cosa ben diversa, ovviamente, dall'interpretazione di quello che i giuristi anglosassoni definiscono "the open texture of law"¹⁴⁴. E' a questa evenienza che sembra riferirsi, appunto, l'art. 2,

¹³⁹ Secondo F. FERRARO, *Le conseguenze derivanti etc.*, cit., p. 153, "la forte preoccupazione dei giudici nazionali di essere esposti ad un numero elevato di azioni risarcitorie sembra discendere principalmente dalla scorsa comprensione dello strumento pregiudiziale".

¹⁴⁰ F. DE SANTIS DI NICOLA, *op. cit.*, p. 73, anche per i richiami ivi contenuti in nota.

¹⁴¹ Ad es., C. conti, Sez. reg. giur. Lombardia, 29 giugno 2008, n.135, precisando che "non spetta all'amministrazione esercitare l'azione di danno derivante da comportamento illegittimo, doloso o colposo, posto in essere nell'ambito del rapporto di pubblico servizio e non è consentita l'azione di rivalsa nei confronti del dipendente responsabile del fatto in dipendenza del quale vi è stata condanna al risarcimento del danno, poiché la relativa controversia rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti".

¹⁴² "La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli ...".

¹⁴³ Uno degli elementi caratterizzanti dell'esperienza giuridica del nostro tempo viene generalmente considerata "la sua progressiva giurisdizionalizzazione, intesa come spostamento del punto focale dell'analisi dell'origine all'uso delle norme in funzione di quella che è stata definita la legalità del caso". Così, N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in RTDPC, 2019, p. 2. Si veda anche G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato?*, in RIDPC, 2017, pp. 869 ss. e, specialmente, pp. 876 ss., secondo cui "il decadimento e l'eclisse del diritto civile sono determinati ... da tre fattori in particolare: l'irrompere delle norme costituzionali, il protagonismo dei giudici e il diritto europeo" (ivi, p. 877). Analogamente, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, pp. 290 ss. Sullo spostamento della normazione processuale dalla legislazione alla giurisprudenza, criticamente, G. COSTANTINO, *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, pp. 1418 ss.

¹⁴⁴ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Third Edition, Clarendon Law Series, 2012, pp. 124 ss.

comma 2, della citata legge n. 117/1988, laddove dispone, in disparte i commi 3 e 3-bis, che “nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto ...”.

18. Violazione di legge e violazione «manifesta»: la norma giuridica e le sue possibili interpretazioni.

Così, i giudici di palazzo Spada¹⁴⁵, confermando l'orientamento condiviso dai giudici di primo grado¹⁴⁶, hanno ritenuto che il ritiro e il diniego del rilascio del passaporto, in applicazione dell'art. 3, lett. b), e 12 della legge 21 novembre 1967, n. 1185 (“Norme sui passaporti”), non contravvenga al diritto europeo¹⁴⁷. Eppure, in un caso del tutto analogo la Corte di Strasburgo ha affermato che la Repubblica italiana aveva violato l'art. 2 del Protocollo 4 della Convenzione, nonché l'art. 8 della medesima, gravando il destinatario della misura restrittiva di un sacrificio del tutto sproporzionato¹⁴⁸. Sicché, il giudicante non ha ricercato un'interpretazione adeguatrice del diritto interno applicabile, né ha sollevato, dinanzi ai giudici della Consulta, una questione di legittimità per violazione della norma costituzionale interposta (art. 117, comma 1, Cost.)¹⁴⁹.

Va soggiunto, ancora, che un'eventuale condanna della Repubblica italiana, da parte della Corte EDU, non potrà risolvere gli effetti del giudicato amministrativo, stante la preclusione del ricorso al rimedio revocatorio. Il pregiudizio derivante da tale giudicato potrà trovare un ristoro solamente parziale nell'equa soddisfazione che i giudici di Strasburgo riterranno di accordare. Gli effetti prodotti dalla cosa giudicata extrapenale, lesiva delle norme della Convenzione e di quelle ad essa equiparate, in mancanza di *restitutio in integrum*, legittimeranno il ricorso all'azione risarcitoria per attività giudiziaria esperibile nei confronti dello Stato.

Si tratta di una conclusione che consegue, come corollario, se si conviene sul fatto che la conclamata violazione del diritto convenzionale, a fronte di un precedente di segno (e di contenuto) analogo, sia idonea a determinare una violazione della legge ritenuta «manifesta». Detta violazione deve avere ad oggetto norme di legge non soltanto adeguatamente caratterizzate e precise (e, quindi, non in presenza di un'*open texture*),

¹⁴⁵ C. Stato, Sez. III, 14 marzo 2018, n. 1622.

¹⁴⁶ Tra le altre, TAR Piemonte, Sez. II, 22 agosto 2018, n. 969, e TAR Lombardia, Milano-Sez. I, 20 settembre 2018, n. 2112.

¹⁴⁷ In argomento, più ampiamente, M. ANTONIOLI, *L'autorità di pubblica sicurezza può limitare la circolazione del coniuge con prole su istanza dell'altro genitore?*, in RIDPC, 2019, pp. 1 ss.

¹⁴⁸ Corte EDU, 2 dicembre 2014, *Battista c. Italia*, ricorso n. 43978/09. “Tale limitazione, infatti, va giudicata: a) visibilmente inidonea alla tutela dell'assolvimento degli obblighi di mantenimento della prole; b) non necessaria a tale scopo, in presenza, come si è detto, di specifici mezzi a ciò destinati, previsti dalle Convenzioni internazionali; c) inadeguata e in contrasto con la proporzionalità in senso stretto, per gravare sul destinatario in maniera eccessiva, risultando intollerabile” (M. ANTONIOLI, *L'autorità di pubblica sicurezza etc.*, cit., p. 8).

¹⁴⁹ Si consideri anche che il rispetto della vita familiare di cui all'art. 8 della Convenzione EDU trova una previsione di corrispondente tenore nell'art. 7 della Carta e, quindi, trova cittadinanza anche nel diritto dell'Unione. Non diversamente avviene per le norme contenute nei Trattati (art. 20 TFUE), per il diritto derivato (art. 27 della Direttiva 2004/38/CE) e l'art. 45, § 1, della Carta, che contemplano la libertà di libera circolazione e di stabilimento.

ma attributive di situazioni sostantive tutelate, con l'effetto di determinare il danno nel quadro di un rapporto eziologico.

Merita precisare che, nella prospettiva dischiusa dall'art 2 della «legge Vassalli», il carattere «manifesto» della violazione integra una nozione differente e più ristretta del paradigma della violazione di legge di cui all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. L'obiettivo non può non essere quello di non compromettere, del tutto comprensibilmente, la formazione del libero convincimento, anche alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata¹⁵⁰.

Ciò tiene conto della necessità di operare un bilanciamento tra contrapposti interessi, da un lato, salvaguardando l'autonomia e l'indipendenza del giudice; e, dall'altro, rispettando due principi concorrenti: quello di *effettività* della tutela (artt. 19 TUE, 47 CDFUE, 6 e 13 Convenzione EDU e 1 c.p.a.)¹⁵¹, che impone al diritto interno di predisporre meccanismi di tutela tali da rendere del tutto pletorica la possibilità di ottenere il risarcimento; e quello «di equivalenza», coniato dai giudici di Lussemburgo, secondo cui le condizioni stabilite dalle legislazioni degli stati membri, in materia di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato, a fronte della violazione del diritto europeo da parte dei plessi giurisdizionali, non possono essere deteriori rispetto a quelle riguardanti analoghi reclami di natura interna in altre materie¹⁵².

In un caso come quello appena considerato l'azione di responsabilità, nei confronti dello Stato, sarebbe la sola esperibile per conseguire (in via indiretta) il ristoro del pregiudizio economico subito. Si tratta di una conseguenza del fatto che, nelle cause civili e amministrative, l'accertamento della violazione del diritto convenzionale, da parte della Corte, non consente il ricorso al rimedio revocatorio¹⁵³.

¹⁵⁰ Si consideri, in proposito, la giurisprudenza in materia dei giudici del palazzo della Consulta: *C. cost.*, 14 marzo 1968, n. 2, *C. cost.*, 3 febbraio 1987, n. 26, *C. cost.*, 18 gennaio 1989, n. 18; *C. cost.*, 22 ottobre 1990, n. 468. Le censure di costituzionalità proposte nei confronti delle nuove disposizioni, contenute nella legge n. 117/1988, sono state dichiarate, in parte, inammissibili e, in parte, infondate da *C. cost.*, 12 luglio 2017, n. 164. La Corte, in particolare, ha fugato i dubbi sollevati in relazione all'art. 3 Cost., «*sulla base della ritenuta irragionevolezza intrinseca della soppressione del filtro di ammissibilità e della violazione del principio di eguaglianza, rispetto alle «pronunce semplificate di inammissibilità» introdotte dal legislatore in rapporto alle impugnazioni ordinarie*».

¹⁵¹ Sulla quale, tra gli altri, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 28 febbraio 2018.

¹⁵² In argomento, da ult., *C. cost.*, n. 164/2017, cit. Ciò significa anche che la violazione è manifesta e sufficientemente caratterizzata, quando ha ad oggetto il diritto dell'Unione, riceve una connotazione oggettiva e risulta disancorata dall'elemento soggettivo del dolo o della colpa: l'adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello comunitario, del resto, riguarda la responsabilità dello Stato e non quella personale del magistrato. Sul principio «di equivalenza», si confronti, tra gli altri, L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, 2006. Per l'applicazione del principio si veda, da ult., *C. cost.*, 4 maggio 2017, n. 94, § 8, respingendo le eccezioni di incostituzionalità, sollevate nei confronti dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

¹⁵³ Sul punto, merita ricordare che, nel caso in cui la Corte EDU riscontri la violazione della Convenzione o dei Protocolli addizionali, può essere accordata alla parte ricorrente un'equa soddisfazione, ai sensi dell'art. 41 della medesima Convenzione. Ma la condanna dello Stato contraente può estendersi all'obbligo di adottare misure generali o speciali per porre termine all'infrazione accertata. Nella quale evenienza è previsto un obbligo di quella *restitutio in integrum*, mediante la conformazione al *decisum* reso dalla Corte, costituisce la soluzione più soddisfacente per conseguire la tutela dei diritti violati. Anche se, quest'ultima è solita affermare che non spetta ad essa indicare le misure da adottare per conseguire l'adeguamento della situazione di fatto a

La Corte costituzionale ha giudicato legittima questa conclusione, disattendendo le censure di costituzionalità sollevate nelle ordinanze di remissione¹⁵⁴. Del resto, come pure si è osservato, “il sistema proprio del ricorso alla Corte di Strasburgo, a differenza da quello che caratterizza il diritto comunitario, rende evenienza normale che a fronte della decisione resa dalla Corte vi sia un giudicato nazionale contrastante”¹⁵⁵.

Forse, la riforma della disciplina della responsabilità del giudice, dando attuazione agli artt. 28, 97, 101 e 113 Cost., potrebbe essere un’occasione per recitare il *de profundis* nei confronti dei furori giuspositivisti, che, nelle ultime decadi, hanno trovato un fertile *humus* in norme suscettibili di plurime letture, in clausole generali, in principi generali non correttamente intesi o in una saga costellata da leggi cornice, da leggi episodiche e, persino, a suggello di un processo degenerativo, da leggi-provvedimento.

E’, dunque, l’*higher law* a promuovere l’impiego di un’*accountability* più rigorosa, gravante sul paradigma dei poteri pubblici, tale da ricomprendere anche quelli giudiziari. L’obiettivo perseguito non può non essere anche quello di accrescere il

quella di diritto, restando gli Stati liberi di esercitare il proprio margine di apprezzamento. Ma l’efficacia di tale rimedio viene sottolineata anche dalla “*Raccomandazione n. R (2000) 2*”, adottata dal Comitato dei Ministri. In argomento, tra gli altri, R.G. CONTI, *L’esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penali dopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consulta Online*, fasc. II (estratto), 29 giugno 2017.

¹⁵⁴ C. cost., 26 maggio 2017, n. 123. Diversamente, invece, C. cost., 7 aprile 2011, n. 113, in materia penale. Merita osservare come C. cost., n. 123/2017, abbia speso tre concorrenti argomenti: in base al primo, nei processi extra-penali difetterebbe “un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale” (§ 17); in base al secondo, nel processo amministrativo sarebbe frequente la partecipazione di amministrazioni diverse dallo Stato ovvero di soggetti privati, affidatari di un *munus* pubblico; in base al terzo, alla stregua di un precedente del 2013 (C. cost., 18 luglio 2013, n. 210), nei processi civili ed amministrativi, ove non è in gioco la libertà personale, la riapertura del processo, anche se rappresenta il mezzo più appropriato per operare la *restitutio in integrum*, non risulta imposto dall’art. 46 della Convenzione (Corte EDU, *Grande Camera*, 5 febbraio 2015, *Bochan c. Ucraina*). Si ricorda anche che C. cost., ord. 2 febbraio 2018, n. 19, e C. cost., 27 aprile 2018, n. 93, hanno confermato la precedente conclusione, richiamando la sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* (Corte EDU, *Grande Camera*, 11 luglio 2017: “*the Convention does not guarantee a right to have a terminated case reopened*”, § 60, a), con cui la Grande Camera della Corte ha ribadito la tesi esposta nella precedente pronuncia *Bochan c. Ucraina*. Non può omettersi di segnalare, però, come la sentenza *Moreira Ferreira c. Portogallo* sia stata decisa con la maggioranza di 9 giudici contro otto (“*a slim majority of only one vote*”), Dissenting Opinion of Judge Kuris, § 20, p. 75, i quali, ai sensi dell’art. 45, § 2, della Convenzione e dell’art. 74, § 2, del regolamento della Corte, hanno espresso il proprio dissenso. La *dissenting opinion* espressa dal Giudice Pinto de Albuquerque, alla quale hanno aderito molti altri giudici dissenzienti, ha rilevato la violazione dell’art. 6 della Convenzione, rimarcando la sostanziale “*frustrazione*” derivante dal fatto che la soluzione adottata attenta all’*effettività* della tutela convenzionale: con il che ha imputato alla maggioranza della Grande Camera di avere equiparato le sentenze della Corte e la loro interpretazione al diritto interno, ponendosi sul suo stesso livello (§ 55, p. 67). Ma non solo. Perché il dissenso espresso è stato solidamente ancorato (anche) a due disposizioni convenzionali: all’art. 46, § 3, introdotto dal Protocollo 14, secondo cui la Corte può essere adita, se il Comitato dei Ministri ritenga che l’esecuzione di una sentenza definitiva sia ostacolata “da una difficoltà di interpretazione della sentenza”; e all’art. 4, § 2, del Protocollo n. 4 (“*Ne bis in idem*”), secondo cui il processo nazionale può essere riaperto, conformemente alla legge dello Stato contraente, se fatti sopravvenuti o un vizio fondamentale della procedura sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. Questa disposizione, del resto, trova un riconoscimento in numerosi Stati aderenti, come in Germania, in Francia (*Loi n° 2016/1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice de XXIe siècle*) e in Spagna, i quali, come ricorda la stessa Consulta (sentenza n. 123/2017, § 16), consentono la riapertura del processo extra-penale laddove ciò sia necessario al fine di assicurare la conformazione alla sentenza definitiva resa dalla Corte EDU.

¹⁵⁵ A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell’intangibilità del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 527.

grado di prevedibilità delle decisioni¹⁵⁶ e la stabilità dei relativi effetti, con un complessivo accrescimento della stessa certezza del diritto. Senza, però, vulnerare gli imprescindibili margini di apprezzamento suscettibili di coinvolgere il ruolo rivestito dai giudicanti, il nuovo quadro normativo contribuisce ad una più efficiente organizzazione del rischio. Ma, come è noto, *l'enfer est pavé de bonnes intentions*.

¹⁵⁶ Tra gli altri, G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in RTDPC, 2016, pp. 1227 ss. Secondo la Corte di Strasburgo, l'equità del processo (art. 6 Convenzione EDU) sarebbe esclusa in assenza di una ragionevole *prevedibilità* dell'applicazione della legge (Corte EDU, 30 luglio 2015, *Ferreira Santos Pardal c. Portogallo*, §§ 42-51).