

CAPITOLO I

La responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione e principio indennitario

SOMMARIO: 1. La responsabilità per atto lecito della pubblica amministrazione nella dottrina pubblicistica più risalente. – 1.1. Le tesi sulla responsabilità da atto lecito elaborate in seguito all'entrata in vigore della Costituzione. – 1.2. Le ragioni del mancato successo delle teorizzazioni volte ad individuare un principio generale indennitario. – 2. Le tesi sull'indennizzabilità delle espropriazioni sostanziali e la loro possibile estensione. – 3. La nozione di indennità nel diritto amministrativo. – 3.1. Indennizzo e risarcimento: un complesso binomio.

1. La responsabilità per atto lecito della pubblica amministrazione nella dottrina pubblicistica più risalente

Dottrina e giurisprudenza sono solite ricondurre nell'espressione responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione le ipotesi nelle quali quest'ultima è tenuta a corrispondere un'indennità "in conseguenza di una sua attività non antiggiuridica che abbia leso una situazione soggettiva altrui protetta nella vita di relazione"¹.

L'interesse della scienza giuridica per questa figura non ha avuto un andamento costante. Sorto alla fine dell'Ottocento ha poi conosciuto una nuova rivitalizzazione nel periodo tra le due guerre mondiali prima e negli anni Sessanta del secolo scorso, poi². Non può sottacersi del fatto che l'attenzione per la tute-

¹ Così P. Troiano, *La c.d. responsabilità della P.A. per atti leciti*, in *Potere amministrativo e responsabilità civile, Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 2004, 177, il quale puntualizza che "con specifico riguardo ai casi di attività provvedimentoale legittima che si inserisca nell'ambito di una condotta lecita della pubblica amministrazione si utilizza anche la formula 'responsabilità per atti legittimi', senza con questo confondere la valutazione di legittimità del provvedimento e quella della condotta".

² Si pensi ad esempio ai contributi di R. Alessi, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1964 e G. Torregrossa, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1964.

la del privato, a fronte dell'attività lecita dell'amministrazione che reca un pregiudizio nella sfera giuridica dell'individuo, si riscontri maggiormente nei periodi storici in cui l'intervento dello Stato nell'economia o nella società diviene più intenso³.

Non stupisce pertanto che la scienza giuridica e la giurisprudenza si siano adoperate, nel silenzio della legislazione, per predisporre strumenti a tutela dell'individuo.

Preme dunque dar conto delle diverse elaborazioni concettuali che si sono susseguite nel tempo.

La riflessione teorica di fine Ottocento sulla responsabilità da atto lecito "rinviene la sua giustificazione nella difficoltà di applicare alla responsabilità della pubblica amministrazione la disciplina civilistica del fatto illecito, basata sulla colpa"⁴. Questa posizione veniva suffragata anche dalla giurisprudenza che affermava l'inapplicabilità dei principi civilistici all'amministrazione non solo sulla base delle tesi erariali⁵, ma anche sulla distinzione tra atti di gestione e atti di imperio, nonché sull'impossibilità di sindacare la discrezionalità (anche tecnica) dell'amministrazione e di accertarne la colpa⁶.

È noto, infatti, che lo schema della responsabilità civile, dettato dall'art. 1151 del Codice civile del 1865, costruito sull'idea dell'illecito, si fondava sul principio "nessuna responsabilità senza colpa", in virtù del quale si poneva al centro la condotta colpevole del danneggiante⁷. Si tratteggiava dunque un modello di responsabilità civile di tipo sanzionatorio, in base al quale il soggetto che colpevolmente cagionava un danno altrui era tenuto a risarcirlo.

La disposizione richiamata "*qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno*", non faceva, peraltro, cenno all'antigiuridicità come elemento costitutivo della responsabilità extracontrattuale, così che questo elemento veniva utilizzato, come argomento a favore, dai sostenitori della teoria della responsabilità da atto lecito⁸.

³ P. Troiano, *ult. op. cit.*, 178.

⁴ E. Scotti, *Liceità legittimità e responsabilità dell'Amministrazione*, Napoli, 2012, 65.

⁵ G. Mantellini, *Lo Stato e il Codice civile*, Firenze, 1880, 19 ss.; G. Saredo, *Lo Stato e la responsabilità degli atti dei pubblici funzionari*, in *La legge*, XXII, 494.

⁶ E. Scotti, *ult. op. cit.*, 65.

⁷ N. Coviello, *Intorno alla risarcibilità dei danni diretti e mediati della colpa aquiliana*, in *Giur. it.*, 1897, I, 23; G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, Milano, 1906, 313.

⁸ In tal senso G. Manfredi, *Indennità e principio indennitario*, Torino, 2003, 21, il quale rileva che analoghi percorsi a sostegno della teoria della responsabilità da atto lecito vengono seguiti anche dalla dottrina civilistica, si veda M. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 439 ss. In argomento E. Casetta, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 16, il quale

Il primo contributo che segna un distacco dalla centralità assunta dalla colpa nel modello di ricostruzione della responsabilità si deve a Vittorio Emanuele Orlando. Egli, dopo aver rilevato che “una delle più difficili e delle più controverse della scienza nostra è la questione della responsabilità diretta dello Stato, quando non rilevando né un’illegalità specificamente commessa dal funzionario, né la formale illegalità di un fatto che è venuto in antitesi col diritto del privato, si riscontri invece un danno patrimoniale che il privato ha sofferto a causa dello Stato, il quale, spiegando l’attività propria per il raggiungimento dei suoi fini, arrecò quel danno” e che la questione assume importanza rilevante, atteso che “da un lato, manca qualsiasi riscontro diretto in un testo di legge positivo, sicché bisogna riferirsene al diritto comune e ai principi generali del diritto sia privato, che pubblico”⁹, procede ad elaborare la figura della responsabilità dello Stato, svincolandola appunto dal suddetto elemento soggettivo e la assimila a quella dei padroni e committenti.

Osserva, inoltre, che anche nel diritto civile è possibile riscontrare tentativi che tendono a ridurre o addirittura a eliminare la colpa, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità civile, poiché questa “ha subito una trasformazione nel sentimento giuridico, a causa delle crescenti esigenze di tutela dei bisogni della collettività”¹⁰.

Se dunque si attenua o si elimina la colpa, quale fondamento della responsabilità, diviene allora possibile procedere a qualificare la responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione come responsabilità oggettiva.

A ben vedere, però, il limite che può essere ascritto a tale ricostruzione va rinvenuto nella circostanza che se pur lo schema della responsabilità oggettiva prescinde dall’accertamento della colpa, esso, tuttavia, richiede comunque la presenza dell’antigiuridicità della condotta che, nel caso dell’attività lecita della

richiama le teorie civilistiche che escludevano che l’ingiustizia del danno fosse requisito della responsabilità per atto lecito.

⁹ V. E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed. riveduta, Firenze, 1910, 384.

¹⁰ V.E. Orlando, *Saggio di una teoria sul fondamento giuridico della responsabilità civile a proposito della responsabilità diretta dello stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1893, 352. In argomento cfr. S. Piscitelli, *Risarcibilità dei danni da opere pubbliche legittimamente eseguite: fondamento giuridico e limiti*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1911, II, 275, l’A., dopo aver sostenuto che l’istituto privatistico della responsabilità ha “recato una grande confusione nello studio e nell’applicazione pratica, quando si è trattato di decidere sulla responsabilità dello Stato” e che “a stregua di quei concetti acquisiti alla coscienza giuridica e fermati negli art. 1151 e seg. cod. civ., spesso le pubbliche amministrazioni sono state considerate e dichiarate irresponsabili, a torto, ovvero, riconosciute responsabili con criteri disparati, che risentono del disagio di volere adattare a forme speciali norme di natura diversa per proteggere il diritto certo del cittadino”, precisa, poi, che “l’ostacolo maggiore, appunto, è presentato dall’elemento della colpa, onde i tentativi da parte di qualche scrittore amministrativo di considerarlo non essenziale anche per l’istituto di diritto privato”.

pubblica amministrazione, manca¹¹, atteso che lo Stato, avendo “agito con perfetta coscienza dell’azione che esso compiva” (...) e “quale tutore (...) degli interessi generali, quell’azione gli era necessariamente imposta dal fine stesso cui è di diritto ordinato”¹².

Fu così che negli anni successivi si è tentato di ricostruire la responsabilità pubblica e dunque anche quella per atto lecito, secondo criteri diversi da quelli della responsabilità civile, dovendosi avere riguardo soltanto ai danni arrecati ai diritti dei privati dall’azione amministrativa.

Si affermava, dunque, un concetto di responsabilità della pubblica amministrazione di matrice giuspubblicistica che poneva i criteri di equità e di giustizia distributiva a fondamento della responsabilità da atto lecito.

I maggiori esponenti di tale orientamento sono stati Giovanni Vacchelli, Santi Romano e Federico Cammeo, i quali affermavano che ogni sacrificio speciale, imposto al privato, comportava il sorgere di una responsabilità per l’amministrazione¹³.

Queste teorizzazioni si rifacevano al pensiero di Otto Mayer sull’indennità di diritto pubblico¹⁴. Muovendo da due disposizioni del Codice generale prussiano del 1794, cioè i §§ 74 e 75 del *EinLAR*, contenenti il principio giusnaturalista dell’*Aufopferung*, ritenuto vigente quale diritto consuetudinario, nonché dalle leggi sull’espropriazione (*Enteignung*) del XIX secolo, questa dottrina aveva elaborato il principio generale dell’indennizzabilità dei sacrifici speciali (*besonders offer*)¹⁵.

Il principio affermato da Mayer postulava che, se a causa dell’attività pubblica, un individuo sopporta un sacrificio in modo diseguale, rispetto alla generalità dei consociati, ove sia accertato che esso esorbita per eccesso, rispetto ai sacrifici collettivi egualmente imposti ad altri, l’amministrazione deve compensarlo con un’indennità posta a carico della collettività, in modo da trasformare “l’onere diseguale imposto al singolo in un onere uguale e contrario a carico di tutti i beneficiati”¹⁶.

¹¹ Per un’ampia trattazione dell’argomento cfr. A. Amore, *Il dovere di solidarietà nelle dinamiche della responsabilità da attività lecite della pubblica amministrazione*, Napoli, 2023, 13 ss.

¹² Così, V.E. Orlando, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 384.

¹³ E. Scotti, *ult. op. cit.*, 68.

¹⁴ Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1, Leipzig, 1895, 357 (che si v. anche nella traduzione francese), *Le droit administratif allemand*, Paris, I, 1903; II, 1904; III, 1906.

¹⁵ Così G. Micari, P.A., *Danno da ritardo “mero” ed atipicità degli atti legittimi dannosi*, in *Danno e responsabilità*, n. 2, 2007, 123, che puntualizza come tale principio fosse ritenuto operante non soltanto nei casi di attività legittima della pubblica amministrazione, ma anche in casi di attività illegittima, senza che assumesse rilevanza la responsabilità o la colpa del personale.

¹⁶ Idem, 123, il quale evidenzia che trattasi di “un’applicazione combinata del principio di giustizia distributiva e del principio del *dulde und liquidieren* (sopporta e fatti liquidare)”.

Per procedere, tuttavia, alla corresponsione di un'indennità l'intervento pubblico doveva toccare la sfera giuridica dei poteri di un individuo cagionando un pregiudizio immediato a un suo diritto soggettivo, quale, ad esempio, un diritto di proprietà o di libertà. Si richiedeva, inoltre, la sussistenza di un nesso di causalità tra l'attività del soggetto pubblico e il pregiudizio arrecato, il cui ristoro doveva essere parametrato al valore corrente che il bene sacrificato ha di per sé¹⁷.

Sorte, dunque, su questa base comune, le singole posizioni affermatesi in Italia agli inizi del Novecento, si differenziavano sotto alcuni aspetti.

La tesi esposta da Vacchelli riteneva che, dato il legame esistente tra responsabilità di diritto civile e colpa, non fosse possibile ricomprendere la responsabilità da atto lecito nell'ambito degli schemi propri del diritto civile.

In particolare, l'autore – per il quale il fondamento di un principio generale indennitario andava rinvenuto nel principio di giustizia distributiva, tanto da qualificare la funzione sovventiva come dovere sociale – affermava che per potersi configurare la responsabilità in esame fosse sufficiente la presenza di un danno non antiggiuridico da indennizzare sulla base dei richiamati criteri¹⁸. La giustizia distributiva e riparativa, costituisce, infatti “la vera base razionale e sociale della responsabilità della pubblica amministrazione” su cui si costruiscono le fondamenta “di un sistema istituzionale della responsabilità della pubblica amministrazione”¹⁹, il cui modello si avvicina alla “teoria delle prestazioni dello Stato sociale”²⁰.

Su diversi argomenti poggiava invece la teoria elaborata da Santi Romano, il quale rinveniva il presupposto della responsabilità da atto lecito nel conflitto tra diritti.

Egli riteneva che, a fronte di un conflitto tra diritti e ferma la sopravvivenza del diritto di fronte al potere, “anche l'interesse non prevalente fosse provvisto di tutela”, atteso che “la sua soccombenza viene compensata tramite indennizzo”²¹. E invero “l'ente pubblico che, facendo uso di un suo potere, impone a un diritto individuale un particolare sacrificio, che non è compreso nei limiti di es-

¹⁷ M. Carrà, *L'esercizio illecito della funzione pubblica*, Torino, 2005, 54.

¹⁸ G. Vacchelli, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione ed il diritto comune*, Milano, 1892, 152, “il danno recato dalla pubblica amministrazione cessa di essere un danno semplicemente materiale e dà origine e causa ad un compenso, il quale si commisura sempre non alla stregua del danno materiale o del danno civile, ma secondo criteri di giustizia distributiva”.

¹⁹ G. Vacchelli, *ult. op. cit.*, 200.

²⁰ Così E. Scotti, *ult. op. cit.*, 69.

²¹ Santi Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 308, nella teoria del conflitto tra diritti, aveva evidenziato che il diritto più debole viene limitato da quello più forte per effetto di un limite straordinario ed eccezionale. Il sacrificio del diritto più debole va dunque risarcito.

so ... deve risarcirlo, o in altre parole, deve convertirlo con una proporzionata indennità”²².

Il fondamento della categoria in esame risiede pertanto nell'intento di far coesistere diritti inconciliabili con l'esigenza di tutelarli entrambi. In questi casi l'atto o il provvedimento sono conformi al paradigma normativo, ma il danno (non antiggiuridico) da essi prodotto viene preso in considerazione dall'ordinamento facendo sorgere, in capo alla pubblica amministrazione, l'obbligo della sua riparazione.

Si è rilevato che trattasi di un diverso “modo di affrontare il conflitto sociale da quello consueto del nostro ordinamento”²³, dove il conflitto tra le posizioni soggettive si è sempre risolto tramite il binomio lecito e illecito, talché un interesse viene sempre preferito rispetto a quello confliggente.

La conclusione a cui giunge Santi Romano è che la prevalenza del diritto più forte sul più debole è fonte di responsabilità diretta per l'amministrazione, la quale prescinde dalla colpa.

Dalla tesi esposta emerge poi un ulteriore profilo che assume interesse ai nostri fini e cioè la convinzione che questa peculiare forma di responsabilità e conseguentemente il principio indennitario debbano essere riconosciuti anche al di là dei casi previsti dalla legge. Santi Romano, infatti, interpretando in senso estensivo il dettato di cui all'art. 29 dello Statuto Albertino: “*tutte le proprietà sono inviolabili. Tuttavia, ove l'interesse pubblico, legalmente accertato lo esiga si può essere tenuti a cederle in tutto o in parte mediante una giusta indennità conformemente alla legge*”, individua in questa disposizione la norma base che consente di estendere il diritto all'indennizzo (e dunque la responsabilità da atto lecito) non solo alla fattispecie espropriativa, ma anche ai sacrifici speciali arrecati ai diritti patrimoniali e persino ai diritti personali²⁴.

Questa impostazione viene ripresa da Federico Cammeo. L'autore, dopo aver ricostruito unitariamente la categoria della responsabilità, comprensiva del lecito e dell'illecito, afferma che fondamento della responsabilità da atto lecito è “la collisione dei diritti” a cui consegue un obbligo indennitario²⁵. Sulla base di cri-

²² Santi Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1914.

²³ Così G. Manfredi, *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 168.

²⁴ Santi Romano, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari* (1903), in *Scritti minori*, II, Milano 1950 (rist. 1990), 193, qui l'autore sosterrà che anche il danno derivante dalla privazione della libertà personale deve essere riparato.

²⁵ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914 (ristampa del 1960), 1358-1359, afferma che trattasi di “un obbligo di indennità che, già noto al diritto privato, riceve una particolare estensione nel diritto pubblico per i numerosi sacrifici che la collettività è nel suo interesse costretta ad imporre agli individui (espropriazione, servizio pubblico, requisizioni, ecc.). In entrambi i casi l'obbligo della indennità precede al fatto dell'avverarsi di un sacrificio pecuniario speciale ossia disuguale a quello degli altri cittadini, imposto ad un cittadino, ed incombe allo Stato, in ordine al principio che il rischio segue il profitto, in modo pertanto essenzialmente indipendente non solo dalla

teri etici e di equità si giunge pertanto ad affermare che, se il privato, a fronte dell'esercizio del potere dell'amministrazione, viene esposto a un grave sacrificio, questo deve essere indennizzato con il denaro pubblico, ripartendo l'onere su tutta la collettività²⁶.

Cammeo precisa poi che il danno da riparare deve consistere in un sacrificio speciale "imposto al cittadino da un atto discrezionale dell'autorità amministrativa" e che il diritto all'indennizzo deve trovare il proprio fondamento nella legge. Si individuano poi le modalità di determinazione dell'indennità che deve essere calcolata "detraendo i vantaggi che l'azione amministrativa arreca al danneggiato (i.e. se nella costruzione di un canale o di una strada si lede la proprietà confinante il danno è risarcito: ma poi detrae dal risarcimento l'aumento di valore che per effetto del canale o della strada riceve il fondo)"²⁷.

Un *revirement* verso la rilevanza della colpa si trova invece nell'opera monografica del 1912 di Salemi, il quale muove una critica severa a quelle tesi che tendono a svincolare la colpa dalla responsabilità, ritenendo che fonte di quest'ultima è il danno giuridico. "Dove manca la colpa", infatti, "non v'è un danno giuridico prodotto da un soggetto di diritto. V'è soltanto l'opera del caso, per cui nasce non il dovere di rispondere, ma quello di sopportare il danno nei modi voluti dalla legge"²⁸.

colpa, ma anche dalla illegittimità del fatto. Ma se spesso la specialità del sacrificio emerge *ex se* pur essendo il sacrificio legittimo, altre volte la specialità del sacrificio procede dalla sua illegalità. Di qui la suddivisione fra obbligo di indennità per atto lecito o illecito".

Aderisce alla tesi del conflitto dei diritti anche A. Codacci Pisanelli, *Sulla risarcibilità dei danni derivanti da atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1928, IV, 55, "il diritto pubblico moderno nei frequenti conflitti fra lo Stato e i privati non ha esitato a proclamare l'assoluta prevalenza dell'interesse pubblico su quello individuale (...), ma lo stesso diritto pubblico moderno si è anche preoccupato di evitare o di comporre la collisione fra lo Stato e l'individuo, i quali devono coesistere". Conclude infine l'autore che la composizione del conflitto non può che avvenire attraverso la riparazione del danno.

²⁶F. Cammeo, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1905, 107, che invocando i principi di equità e di giustizia distributiva rileva che "l'amministrazione spesso per raggiungere i suoi scopi deve sacrificare nell'interesse collettivo interessi individuali. Quando questi sono lievi si può lasciarne l'onere sull'individuo sacrificato. Quando sono gravi è opportuno indennizzare il sacrificio col pubblico denaro: ossia ripartire l'onere in tutta la collettività donde il pubblico denaro proviene a mezzo dei tributi". A tal riguardo M. Bracci, *Le pensioni di guerra*, I, *Il fondamento giuridico, Contributo allo studio della responsabilità dello Stato*, Roma, 1925, 84 riprende, sviluppandolo, il pensiero di Cammeo: "l'Amministrazione esercitando un'attività legittima, diretta a conseguire un fine pubblico, deve imporre ai cittadini oneri approssimativamente uguali. I cittadini hanno un interesse giuridicamente protetto a che questo dovere sia rispettato dalla pubblica Amministrazione. Tutte le volte che l'Amministrazione riconosce nel caso concreto l'esistenza di questo interesse, la violazione eventualmente avvenuta deve essere risarcita".

²⁷F. Cammeo, *Corso di Diritto amministrativo*, Padova, 1914, ristampa 1992, I, 167.

²⁸G. Salemi, *La così detta Responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912, 58-59.

Se ne arguisce che l'atto amministrativo legittimo non può essere fonte di responsabilità, atteso che il soggetto agente, in quanto opera nell'esecuzione di un precetto normativo, "è privo di colpa", così come è assente il danno "perché il rispetto al dovere è implicitamente rispetto all'interesse altrui riconosciuto dalla norma giuridica come diritto subiettivo". Se la pubblica amministrazione agisce *secundum legem* non può configurarsi né offesa ai diritti soggettivi, né lesione o diminuzione di un bene giuridico. Ne deriva pertanto che "legittimità e responsabilità sono per noi dei termini che si escludono"²⁹.

Pur non condividendo l'idea del conflitto tra diritti, Salemi concorda, però, con la posizione di Santi Romano in merito al principio indennitario, osservando che l'indennità è un mezzo indispensabile per tutte le forme di cessione della proprietà richieste dall'interesse pubblico. Aggiunge altresì che non è necessario che la legge, su cui si fonda l'atto amministrativo che dispone il bene del privato, stabilisca in modo esplicito l'obbligo di pagare un indennizzo, perché questo si intende compreso nella riserva d'indole generale usata dall'atto amministrativo verso i diritti del privato³⁰.

Tale interpretazione, a suo avviso, trova conferma nell'art. 438 del Codice civile del 1865, che consente l'espropriazione della proprietà privata solo "*per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso il pagamento di una giusta indennità*". Concorda sulla portata espansiva dell'art. 29, dello Statuto Albertino, potendosi riconoscere un diritto all'indennizzo anche nei casi non contemplati dalla legge. La norma del Regno Sabauda sancisce infatti "un principio generale e fondamentale, che non ha bisogno di singoli e continui richiami per la sua applicazione. Esso considera l'indennità come un mezzo indispensabile per tutte le forme di cessione della proprietà, richieste dall'interesse pubblico"³¹.

1.1. *Le tesi sulla responsabilità da atto lecito elaborate in seguito all'entrata in vigore della Costituzione*

L'avvento della Repubblica e l'entrata in vigore della Costituzione segnano, rispetto al previgente Stato liberale, un mutamento nei rapporti tra diritto e società³². Vengono infatti recepite le istanze solidaristiche dello Stato sociale, e dunque viene affermata nell'art. 42 Cost.³³, la funzione sociale delle proprietà,

²⁹ Idem, 89.

³⁰ Idem, 176.

³¹ Idem, 176.

³² E. Balboni, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituzione e cultura giuridica*, Bologna, II, 1980, 307.

³³ "La proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

collocando questo diritto nel Titolo III “rapporti economici”³⁴. La proprietà si qualifica dunque sì come situazione giuridica soggettiva indispensabile per garantire la centralità e lo sviluppo della persona, ma “suscettibile di limitazione a tutela del corretto perseguimento dell’interesse pubblico, fermo restando l’obbligo di corrispondere un indennizzo”³⁵.

In questo contesto viene elaborata la tesi di Renato Alessi che riprende l’orientamento di Salemi sulla scissione concettuale tra responsabilità civile, regolata dal diritto privato e c.d. responsabilità per atti legittimi, regolata dal diritto pubblico³⁶: Alessi fonda la propria costruzione sulla teoria della degradazione che lo condurrà poi a rifiutare l’idea del conflitto dei diritti e quella che l’atto legittimo possa dar luogo ad una vera e propria responsabilità, atteso che il sacrificio è concetto distinto dalla violazione.

La responsabilità in questione possiede un fondamento teorico e positivo “del tutto distinto da quello della normale responsabilità, talché solo impropriamente può essere denominata responsabilità”³⁷. In sostanza Alessi ritiene

³⁴C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, II, 1009; S. Rodotà, *Commento all’art. 42 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione* Branca, Bologna-Roma, 1982, 108; S. Rodotà, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, in Id., *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1977, 380 ss. per il quale la funzione sociale della proprietà rappresenta un principio generale “e non già una formula verbale adoperata per indicare sinteticamente un complesso di obblighi speciali sanciti in particolari disposizioni di legge. Infatti, una cosa è dire che la funzione sociale deve trovare nella legge il suo fondamento, altro sarebbe affermare che il profilo funzionale assume rilevanza solo là dove esiste una prescrizione contenuta in una norma speciale”.

³⁵A. Amore, *Il dovere di solidarietà nelle dinamiche della responsabilità da attività lecita della pubblica amministrazione*, cit., 117, che richiama S. Rodotà, voce *Proprietà (dir. vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961, 142.

³⁶Così E. Scotti, *Liceità, legittimità e responsabilità dell’amministrazione*, cit., 82.

³⁷R. Alessi, *L’illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, 1972, 123-134, prosegue affermando che “appunto in vista di questa diversità di fondamento teorico e positivo, nonché della diversità della misura, in conseguenza tra risarcimento e indennità, non si può formare un’unica categoria di responsabilità di diritto pubblico comprendente entrambe le forme, unica categoria che rimarrebbe senza pratica utilità appunto perché subito dopo bisognerebbe scinderne la nozione in due distinte sottocategorie, corrispondente ciascuna ad ognuna delle diverse forme da noi esaminate”. In un altro lavoro il medesimo autore, voce *Responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, 625 precisa che “una violazione di diritti soggettivi (fonte della sanzione responsabilità) non può propriamente derivare da atti legittimi, da atti, cioè, la cui emanazione rientra, formalmente e sostanzialmente, nei limiti della potestà concessa all’ente pubblico; e ciò per la inammissibilità di una interferenza tra due diverse sfere giuridiche, la quale deriva, a sua volta, dalla inammissibilità di un conflitto tra due diverse norme giuridiche, conflitto impossibile a verificarsi per il principio sancito dall’art. 15 delle preleggi, per cui le leggi posteriori abrogano le leggi anteriori con cui sono incompatibili”. A tal proposito si rammenta che G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1947, 267, aveva evidenziato come la figura della responsabilità da atto lecito costituisse una “innegabile contraddizione terminologica”.

che, a fronte dell'attività legittima dell'amministrazione, i diritti soggettivi del privato si affievoliscono in interessi. L'atto legittimo non può dunque ledere diritti, ma solo interessi: l'affievolimento conduce pertanto a collocare "fuori dal giuridicamente rilevante e vincolante i principi base delle norme sugli indennizzi. Sarebbero infatti riconducibili all'etica le ragioni per cui la norma dispone l'indennizzo dell'interesse leso"³⁸.

Sostiene dunque che il fondamento dell'indennità risiede "nel principio di giustizia distributiva per cui l'onere necessario alla produzione di un utile pubblico deve ricadere su tutta la collettività e non su un singolo in particolare"³⁹: il che conduce dunque l'autore a interrogarsi se sia possibile estendere l'indennità al di là dei casi disciplinati dalla legge, rinvenendone il fondamento in qualche principio generale dell'ordinamento.

L'indagine dell'autore, ricalcando la tesi di Salemi che aveva invocato a sostegno della sua teoria l'art. 29 dello Statuto Albertino⁴⁰, muove dall'art. 42, comma 3, Cost. che viene considerato norma generale, dotata di portata espansiva, applicabile oltre i casi normativamente previsti.

Egli sostiene che, quando la disposizione costituzionale parla di proprietà non voglia limitarsi ad alludere ai diritti reali, ma si riferisca in generale ai diritti patrimoniali dell'individuo. L'ordinamento italiano, dunque, riconosce un principio di intangibilità del patrimonio: le ragioni di interesse pubblico sono destinate a prevalere sulla posizione del singolo, ma la compressione di un diritto patrimoniale deve essere compensata con il riconoscimento di una giusta indennità⁴¹.

Per questa via egli perviene ad estendere in via analogica il dettato dell'art.

³⁸ E. Scotti, *ult. op. cit.*, 84.

³⁹ R. Alessi, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, cit., 135.

⁴⁰ G. Salemi, *ult. op. cit.*, afferma, facendo leva sull'art. 29 dello Statuto Albertino, che "l'indennizzo è un mezzo generale e indispensabile per tutte le forme di cessione della proprietà".

⁴¹ R. Alessi, voce *Responsabilità da atti legittimi*, cit., 626. A tal riguardo A. Crismani, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 24, sottolinea come "con questo ragionamento si giustifica l'indennizzo alla presenza di un sacrificio (qualificato) a carico di un soggetto e il beneficio a favore dell'altro soggetto; e il fondamento si rinviene nella norma 'in ragioni di equità'".

Sulla insuscettibilità di un'applicazione analogica dell'art. 42 Cost. al fine di indennizzare posizioni diverse da diritti patrimoniali, cfr. A. Pubusa, *Indennità e indennizzo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, 1993, 228, il quale afferma che al di fuori dell'ambito espropriativo non vi sarebbero diritti suscettibili di essere "soggetti a sacrificio per pubblico interesse" e che "non sono ... assoggettabili a sacrificio per pubblico interesse i diritti più intimamente connessi alla personalità, e, più in generale, i diritti fondamentali (diritto alla vita, all'integrità personale, alla libertà, alla salute, all'ambiente e simili)". Prosegue l'autore che "per essi, d'altronde, non è configurabile il fenomeno della degradazione, trattandosi di diritti il cui regime costituzionale non è modificabile *in pejus* neppure col procedimento di revisione costituzionale. Pertanto, nelle ipotesi di compressione ammesse dalla Carta costituzionale dovrebbe essersi in presenza di limitazioni inerenti al regime giuridico del diritto".

42, comma 3, Cost., anche ai sacrifici dei diritti personali, sempre che il bene leso possieda un valore economico oggettivo e sia utilizzato dall'Amministrazione.

L'indennizzabilità del sacrificio dei diritti a contenuto patrimoniale viene affermata in generale anche da Aldo M. Sandulli. Senza proporre espressamente l'idea del conflitto fra diritti, egli postula la necessità di prevedere un indennizzo oltre i casi previsti dalla legge o dalla Costituzione. Sostiene, infatti, l'operare di un principio generale indennitario di natura equitativa e di rilevanza costituzionale, il cui fondamento si rinviene negli artt. 42, comma 3, 2 e 53, Cost.: "a chiunque sia per legge tenuto, nell'interesse altrui, a sopportare il sacrificio di un proprio diritto, suscettibile di valutazione patrimoniale, compete un indennizzo per il sacrificio apportato"⁴².

Sandulli rammenta che la questione della configurabilità di tale principio equitativo/indennitario come principio generale del nostro ordinamento ha interrogato a lungo la dottrina. Afferma poi che "la coscienza sociale è talmente penetrata di tale principio, che esso ha avuto nel campo del diritto pubblico, per quanto riguarda il ristoro, da parte dello Stato, dei sacrifici imposti ai privati", come è dato evincere dalle vistose applicazioni legislative (segnatamente il citato art. 46 legge espropriazione) che contemplano l'indennizzo⁴³. L'accesso a quest'ultimo richiede però, ad avviso di Sandulli, la compresenza di una pluralità di elementi: 1) l'interesse protetto deve presentare i caratteri del diritto soggettivo e cioè la tutela a esso accordata dall'ordinamento deve essere piena e diretta⁴⁴; 2) al privato deve essere imposto un sacrificio ad opera della pubblica amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico; 3) al sacrificio si deve essere tenuti per legge; 4) il sacrificio deve essere imposto nell'interesse altrui, o almeno prevalentemente altrui⁴⁵; 5) l'interesse tutelato deve essere suscettibile di valutazione patrimoniale.

⁴² A.M. Sandulli, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, LXX, 940. Egli qui evidenzia che "quello che comunemente viene indicato come principio a base dell'indennizzo dei danni per atti legittimi dell'amministrazione – il principio cioè di giustizia distributiva – in fondo più che un principio giuridico, è un principio di politica e di etica legislativa, il quale, intanto può assurgere a principio giuridico, in quanto trovi la sua conferma nelle norme positive: a ogni modo, sul piano strettamente giuridico esso viene a essere pienamente assorbito dal principio or ora enunciato".

⁴³ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, 1163-1164.

⁴⁴ A.M. Sandulli, *ult. op. cit.*, 941, e invero, sostiene l'autore, "sia in relazione agli interessi semplici (...), sia in relazione ai meri interessi legittimi, sia in relazione a quell'aspetto dei diritti affievoliti, in ordine al quale la tutela del titolare non è piena e diretta, vale a dire in relazione a quell'aspetto sotto il quale essi si comportano come meri interessi legittimi, non può essere questione di danno giuridico e quindi di diritto all'indennizzo".

⁴⁵ A.M. Sandulli, *ult. op. cit.*, 942 "non importa se tale interesse si risolva nel ricevere un vantaggio (p.es. Espropriazione per la costruzione di una ferrovia), o nell'evitare un danno (p.es. svuotamento di un bacino idrico per scongiurare allagamenti)".

Con riguardo, infine, all'entità dell'indennizzo del danno non antigiuridico l'autore afferma che essa – a differenza del risarcimento dei danni – non viene generalmente commisurata dalle leggi al sacrificio sopportato, ma viene di volta in volta determinata in maniera diversa. Solo raramente essa raggiunge il valore oggettivo e cioè estrinseco del diritto sacrificato (ciò accade in particolare per le indennità di espropriazione e di requisizione, nonché ai sensi dell'art. 46, legge esprop. per i danni derivanti dall'esecuzione di opere pubbliche).

In tempi a noi più prossimi la dottrina ha affermato che la responsabilità da atto lecito è espressione di un diritto amministrativo paritario, poiché “in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico”⁴⁶. A questa posizione ha fatto seguito quella tesi che ha ricondotto il problema della responsabilità da atto lecito al principio di affidamento, in base al quale sarebbe possibile applicare in senso estensivo l'art. 42 Cost.⁴⁷. Nell'ipotesi, infatti, in cui una legge o un provvedimento amministrativo ingenerino un affidamento in capo al privato, e, in un secondo tempo, detto affidamento, in nome di un preminente interesse pubblico, sia stato sacrificato a causa di una legge⁴⁸ o da

⁴⁶F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova, 1975, 3223 ss., nel quale si postula un superamento di quella concezione in base alla quale si riteneva “che il potere dell'amministrazione potesse prevalere sulla posizione del cittadino, argomentando dalla necessità di armonizzare (...), l'interesse privato con l'interesse pubblico, senza por mente al fatto che in un ordinamento democratico non è con l'indiscriminato sacrificio degli interessi privati che si attua nel modo migliore l'interesse pubblico. Anzi ... le ostilità del cittadino nei confronti dell'amministrazione, la profonda sfiducia che caratterizza i rapporti tra privati e pubblici poteri, da un lato, come, dall'altro, la prevaricazione di questi ultimi e perciò la qualità scadente, perché non mediata, dell'attività amministrativa, dipendono proprio dal fatto che così come il cittadino si sente, nella sostanza, non protetto, allo stesso modo l'autorità si sente sciolta da ogni responsabilità”.

⁴⁷F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, 81. Sarebbe l'affidamento a consentire l'applicazione estensiva dell'art. 42 Cost. “alle ipotesi in cui una legge o un provvedimento amministrativo abbiano creato un affidamento e tale affidamento sia stato sacrificato, in nome di un interesse pubblico ritenuto prevalente. È indubbio che il soggetto nei cui confronti l'affidamento è stato generato finisce per subire un danno. Si pensi all'ipotesi classica del titolare di una concessione edilizia che abbia iniziato i lavori di costruzione e che si veda annullare d'ufficio la concessione; oppure all'ipotesi dell'operatore economico che apra uno stabilimento in una zona depressa allo scopo di ottenere le sovvenzioni previste da una legge di incentivazione in seguito abrogata. Ebbene in siffatte ipotesi c'è un danno evidente, ma per definizione non si può configurare una fattispecie di responsabilità, poiché si è in presenza di atti legittimi. Più che di responsabilità per atto legittimo si può parlare in queste ipotesi ... di espropriazione, sia pure *sui generis*”.

⁴⁸Sul punto cfr. A. Giannelli, *Indennizzi da attività illecite delle pubbliche amministrazioni: una nuova “rete di contenimento”?*, in *Dir. e soc.*, n. 3, 2020, 510, che rileva che le modalità attraverso cui il legittimo esercizio del potere può tradursi nella lesione dell'affidamento sono numerose ed

un provvedimento successivo, è evidente che il privato subisca un pregiudizio che deve essere riparato⁴⁹.

È noto che l'attenzione riservata al principio dell'affidamento ha in seguito condotto a prevedere, in una delle fattispecie tipizzate dal legislatore di responsabilità da atto lecito, *id est* la revoca del provvedimento, la previsione di un indennizzo (art. 21 *quinquies*, legge n. 241/1990)⁵⁰.

1.2. Le ragioni del mancato successo delle teorizzazioni volte ad individuare un principio generale indennitario

Le teorie richiamate, tese ad individuare nel nostro ordinamento una fattispecie generale di responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione, vengono rigettate dalla dottrina oggi prevalente per diversi motivi.

L'argomento equitativo è stato accantonato, perché è stato ritenuto fondato su argomentazioni metagiuridiche⁵¹.

Si è osservato in particolare che un principio generale indennitario, basato sui principi equitativi e di giustizia distributiva/riparativa, svincolato dal dato positivo, si sarebbe posto "in contraddizione con l'idea stessa della norma giuridica ... (la quale) ... quando interviene nell'assetto della realtà sociale che i consociati di una organizzazione hanno realizzato, opera una discriminazione fra i

eterogenee e che "tra queste in una posizione particolare si collocano le ipotesi in cui la lesione si produca per effetto dell'esercizio del potere legislativo. Se, infatti, rispetto ad un provvedimento amministrativo che frustra l'affidamento si può ragionare – anche in termini critici – sulla inquadribilità della fattispecie nei termini della legittimità/illegittimità dell'atto, molto più difficile risulta trasportare questo tipo di approccio nel terreno delle decisioni assunte in via legislativa". L'A. nella sua ricostruzione ha evidenziato come la previsione di indennizzi in caso di lesione provocata per fatto della legge può ingenerare il problema della compatibilità tra indennizzo e tenuta dei conti pubblici. In argomento anche A. Travi, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Riv. reg. merc.*, n. 2, 2016, 6 ss. dove si affronta il tema della scelta del legislatore di ridimensionare l'entità di determinati incentivi economici che nel tempo erano stati erogati facendo maturare un affidamento nei beneficiari.

⁴⁹ F. Merusi, *ult. op. cit.*, 82.

⁵⁰ Sul punto sia consentito rinviare ad A. Gualdani, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016.

⁵¹ Tra i principi di natura metagiuridica vennero ricondotti i principi generali quali la giustizia, l'equità, l'equa ripartizione delle risorse. A proposito dell'equità cfr. R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, 189, afferma "la ragione dell'istituto risiede in un principio di giustizia distributiva in base al quale l'onere collegato alla produzione di un'utilità collettiva va proporzionalmente distribuito tra tutti i membri della collettività. È dunque ben chiaro che la responsabilità per atti leciti trova il proprio fondamento nella sfera dell'equità".

vari interessi di cui i soggetti sono portatori, nel senso di approvarne alcuni, ri-provarne altri e ritenerne irrilevanti altri ancora”⁵².

Si è poi rilevato che l’adesione alle tesi ricordate configura la ricerca del fon-damento di questa forma di responsabilità alla stregua di un’indagine meramen-te sociologica⁵³.

Sul fronte dell’individuazione di un principio generale della responsabilità da atto lecito all’interno della Carta costituzionale, si è ritenuto che esso non possa essere rinvenuto nell’art. 42, a meno di non voler operare un’inammissibile for-zatura dei contenuti di questa disposizione⁵⁴.

In particolare, riconducendo l’istituto nell’ambito dei doveri etici, si è ritenu-to che alla base del principio indennitario non possa porsi l’art. 42 Cost. Se que-sta disposizione, infatti, può trovare applicazione nelle ipotesi in cui si debba ristabilire un equilibrio patrimoniale (ad esempio in tutti i casi di provvedimen-to ablativo), essa non può essere parimenti invocata quando al decremento del privato non corrisponda un vantaggio economico per l’amministrazione⁵⁵.

La dottrina più recente, dopo aver ricordato che nella risalente concezione della responsabilità da atto lecito era ritenuto indennizzabile il solo diritto di proprietà e comunque in genere i soli diritti soggettivi (patrimoniali), ha osser-vato che un’interpretazione estensiva dell’art. 42, comma 3, Cost., avrebbe con-dotto a considerare “indennizzabile non solo ogni diritto soggettivo, ma ogni situazione soggettiva giuridicamente rilevante che viene ritenuta risarcibile”⁵⁶.

Poiché, infatti, la rilevanza di tutte le situazioni soggettive in genere (non so-lo i diritti soggettivi e gli interessi legittimi) è costruita sull’alternativa tra lecito e illecito, in seguito alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 500/1999, che ha affermato la risarcibilità per lesione degli interessi legittimi, la

⁵² Sul punto cfr. G. Torregrossa, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 168.

⁵³ A. Amore, *Il dovere di solidarietà nelle dinamiche della responsabilità da attività lecita della pubblica amministrazione*, cit., 16.

⁵⁴ Durante i lavori preparatori della Costituzione non si tradusse in norma la proposta di inse-rire un diritto dei cittadini “ad ottenere il risarcimento dei danni ogni qual volta questi siano sot-toposti a una limitazione o privazione di diritti che non tocchi la generalità”, così E. Balboni, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituzione e cultura giuridica*, cit., 307. Sul punto cfr. D. Sorace, *Espropriazione della proprietà e misura dell’indennizzo*, Milano, 1974 e in particolare, l’Appendice, *I lavori preparatori nell’art. 42 Cost.*, 365 ss. In argomento cfr. E. Casetta, *L’illecito degli enti pub-blici*, cit., 105, il quale ha ritenuto che il principio indennitario debba applicarsi solo in caso di provvedimento ablatorio.

⁵⁵ E. Casetta, *ult. op. cit.*, 123, poiché il danno e la lesione ai beni protetti “non si verifica lad-dove una situazione di diritto soggettivo viene strutturalmente condizionata nella sua stessa esi-stenza al permanere di un pubblico interesse non ad essa contrario”.

⁵⁶ G. Manfredi, *Le indennità di autotutela*, cit., 163.

configurazione della categoria generale della responsabilità da atto lecito avrebbe comportato, come diretta conseguenza, l'estensione dell'area delle situazioni soggettive indennizzabili anche agli interessi legittimi.

Si è così affermato che “mentre l'illecito extracontrattuale è atipico e, come tale, di portata generale, l'indennizzo per atto legittimo è nel nostro ordinamento tipico, e, dunque applicabile solo alle specifiche fattispecie previste dalla legge”⁵⁷. Il nostro ordinamento, infatti, non conosce, oggi, un principio generale indennitario, ma piuttosto ipotesi particolari tassativamente tipizzate.

Non può tuttavia sottacersi del fatto che negli ultimi anni si è assistito a un ampliamento del ricorso alla categoria della responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione per l'incidenza più penetrante dei principi costituzionali sull'attività amministrativa⁵⁸ e per la tendenza della giurisprudenza della Corte costituzionale ad espandere l'area delle fattispecie indennizzabili.

2. Le tesi sull'indennizzabilità delle espropriazioni sostanziali e la loro possibile estensione

Come ricordato in premessa, la finalità del presente lavoro è quella di verificare se, al di là delle ipotesi individuate dalla legge, sia possibile ricavare, nel nostro ordinamento, un principio generale indennitario che consenta di ristorare i sacrifici imposti dal potere pubblico ai diritti fondamentali dell'individuo.

Per rispondere all'interrogativo sollevato ci si è chiesti se sia possibile attingere, oggi, a quelle elaborazioni concettuali che nel tempo hanno esteso l'indennizzo oltre l'espropriazione.

La tendenza a espandere l'area delle fattispecie indennizzabili ha origine risalente, perché inizia con l'art. 46, comma 1, della legge n. 2359/1865, sulle “*Espropriazioni per causa pubblica*”, in base alla quale: “è dovuta una indennità ai proprietari dei fondi, i quali dall'esecuzione dell'opera di pubblica utilità vengano gravati di servitù, o vengano a soffrire un danno permanente derivante dalla perdita o dalla diminuzione di un diritto”⁵⁹.

Questa disposizione è stata considerata come tipica ipotesi di responsabilità

⁵⁷ G. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. Mazzaroli-G. Pericu-A. Romano-F. Roversi Monaco-F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, 1762.

⁵⁸ Così G. Corso, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, 203 ss.

⁵⁹ Trattasi del caso delle c.d. espropriazioni larvate, adesso disciplinate dall'art. 44 del d.P.R. n. 327/2001, c.d. Testo Unico dell'espropriazione di pubblica utilità.

da atto lecito, poiché si riteneva che “fosse impossibile riscontrarvi un caso di responsabilità da atto illecito che a sua volta era il portato delle ormai remote teorie sull’immunità dell’amministrazione dalla responsabilità extracontrattuale”⁶⁰.

Come è stato affermato, non è un caso che la giurisprudenza, dopo aver puntualizzato che l’azione di responsabilità aquiliana, *ex art. 2043 c.c.*, si differenzia da quella della responsabilità per atti legittimi, *ex art. 46, legge n. 2359/1865* sia per il *petitum*, sia per la *causa petendi*, abbia evidenziato che quest’ultima disposizione “prevede a favore dei privati che hanno subito pregiudizi permanenti dall’esecuzione di opere pubbliche una indennità che va corrisposta indipendentemente dall’accertamento di una colpa nell’operato della pubblica amministrazione” e che pertanto “tale indennità non può essere qualificata come risarcimento del danno, il quale presuppone una responsabilità derivante da violazione di diritti soggettivi e ha il suo limite nel profitto che la collettività ha tratto dall’esecuzione dell’opera”⁶¹.

È noto che l’art. 46 della legge sulle espropriazioni – oggi ripreso nell’art. 44, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità: “È dovuta una indennità al proprietario del fondo che, dalla esecuzione dell’opera pubblica o di pubblica utilità, sia gravato da una servitù o subisca una permanente diminuzione di valore per la perdita o la ridotta possibilità di esercizio del diritto di proprietà” – è stato nel tempo applicato in senso estensivo sino a ricomprendervi tutti i pregiudizi derivanti dalla costruzione e manutenzione di opere pubbliche, ivi compresi quelli prodotti in assenza di un procedimento espropriativo⁶².

⁶⁰ Così G. Torregrossa, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, cit., 68, In argomento cfr. A. Crismani, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., 25, l’A. rammenta che i fattori che determinarono l’assimilazione tra indennità per danni derivanti da esecuzione di opere pubbliche, all’indennità per espropriazione per pubblica utilità, all’indennità per distruzione di viti con filosa e in genere a tutte le ipotesi in cui si riscontrasse un potere legittimo della pubblica Amministrazione di incidere sui diritti dei privati si rinvenivano “nel pregiudizio contro l’ammissibilità di una responsabilità della pubblica Amministrazione per atto illecito, nonché nella tendenza della dottrina dell’epoca di riscontrare un fondamento razionale comune della normativa sulle espropriazioni e di tutte le ipotesi di soggezione dell’interesse privato all’interesse pubblico consistente in un principio di giustizia distributiva, per cui il sacrificio imposto ad un soggetto a favore della collettività deve essere da tutti proporzionalmente sopportato”.

⁶¹ Così F. Garri, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Torino, 1994, 30 ss. e ivi ampia giurisprudenza. Sull’art. 46 della legge n. 2359/1865 cfr. G. Abbamonte, *L’art. 46 della legge sulle espropriazioni per p.u. e l’art. 2043 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 464 ss.

⁶² Sul punto M.S. Giannini, *Sul fondamento giuridico della responsabilità dello stato per i danni prodotti dall’esecuzione di opere pubbliche*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, *Diritto amministrativo*, Padova, 1940, 175 ss. e ivi la giurisprudenza sul tema. Sul punto cfr. Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 13368; Id., sez. I, 3 luglio 2013, n. 16619 che hanno affermato che l’indennizzo di cui all’art. 44, d.P.R. n. 327/2001 spetta se l’opera pubblica abbia realizzato una significativa compressione del diritto di proprietà, conseguente alla riduzione della capacità abitativa, che può veri-

È opportuno dunque dar conto del dibattito volto a stabilire quali limitazioni della proprietà privata fossero riconducibili allo schema espropriativo e dunque in quanto tali indennizzabili.

Sotto la lente di osservazione erano finite quelle fattispecie nelle quali la proprietà privata veniva assoggettata a restrizioni, tali da concretizzare, nella sostanza, un provvedimento ablatorio, senza, tuttavia, comportare un mutamento nella titolarità del bene.

Sulla questione si sono fronteggiati due schieramenti contrapposti⁶³.

Il primo orientamento si deve a coloro che hanno valorizzato la portata del potere conformativo della proprietà privata contenuto nell'art. 42, comma 2, Cost.⁶⁴ e che di conseguenza hanno negato che tali compressioni del diritto di proprietà potessero dare luogo ad espropriazioni⁶⁵.

La tesi opposta recepisce invece l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza tedesche che hanno interpretato estensivamente il concetto di espropriazione⁶⁶.

ficarsi sia per effetto di immissioni intollerabili di rumori, vibrazioni, gas di scarico ed altre esalazioni direttamente provenienti dall'infrastruttura, sia in tutti i casi in cui il bene privato subisca un'oggettiva ed apprezzabile riduzione della luminosità, panoramicità e godibilità, purché idonea a tradursi in una altrettanto oggettiva riduzione del suo valore economico.

⁶³ Le diverse posizioni sul tema sono riportate da G. Manfredi, *Indennità e principio indennitario nel diritto amministrativo*, cit., 54, che, con riguardo al primo orientamento, sottolinea come questo avesse evidenziato che "la nozione tradizionale di espropriazione comporti sempre un trasferimento del diritto di proprietà, che invece manca nelle mere limitazioni" e come esso si esponga a critiche in ragione del fatto che questa tesi se spinta alle estreme conseguenze rischia di "svuotare interamente il diritto dominicale (...) e lasciarne in capo al titolare un'apparenza meramente formale". In argomento, cfr. anche G. Morbidelli, *Note sulla giurisprudenza costituzionale in tema di cosiddette espropriazioni sostanziali*, in *Foro amm.*, 1970, III, 316.

⁶⁴ Cioè il potere di fissare per via normativa o amministrativa i limiti del diritto di proprietà al fine di assicurarne la funzione sociale.

⁶⁵ Così M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971; A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969; G. Cugurra, *Contributo allo studio delle c.d. espropriazioni anomale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, 577 ss.; D. Sorace, *Espropriazione della proprietà e misura dell'indennizzo*, cit., 307 ss.

⁶⁶ Per un'esposizione della dogmatica tedesca cfr. G. D'Angelo, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963 e A. Crismani, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., 85, il quale rileva come "il problema di stabilire quando un provvedimento della pubblica Amministrazione possa considerarsi incisivo sulle facoltà inerenti il diritto di proprietà, come configurato dalla legge per quella categoria di beni, aveva trovato soluzione nelle teorie della dottrina tedesca a cavallo tra le due Guerre mondiali" e che tra di esse prevalse quella c.d. materiale oggettiva (poi fatta propria dalla giurisprudenza federale) la quale affermava che: "qualunque atto individuale o generale, che provochi una diminuzione della sostanza della proprietà ovvero della sua funzione economica necessaria alla sua esistenza, sarà considerato di natura espropriativa". L'A. evidenzia come questa teorizzazione distingua il contenuto essenziale (*Wesensgehalt*) del diritto di proprietà, cioè le facoltà inerenti al diritto alla proprietà, intesa come istituto (il potere di alienazione), dalla

Secondo la Corte federale, infatti va considerata espropriazione “ogni intervento coatto statale sulla proprietà, legalmente autorizzato, sia sotto forma di evizione, che di peso che colpisce in modo speciale i singoli o i gruppi ... e li costringe ad uno speciale sacrificio in favore della collettività, che non si pretende da altri, e precisamente ad un sacrificio che non fissa contenuto e limiti della specie di diritto colpita in forma generale e unitaria, ma colpisce in forma speciale ... con violazione della norma sull’eguaglianza. Contraddistingue la espropriazione la violazione della norma sull’eguaglianza”⁶⁷.

Questo secondo indirizzo ha così ricondotto all’espropriazione tutte quelle limitazioni che, pur non comportando il trasferimento del diritto di proprietà, impediscono, di fatto, il pieno utilizzo e la disponibilità del bene, ossia le cosiddette espropriazioni larvate o sostanziali, affermando l’obbligo, per l’ordinamento, di predisporre l’indennizzo⁶⁸. Come è stato osservato “è ancora da dimostrare come sia possibile negare l’esistenza di una garanzia costituzionale della proprietà privata e quindi come si possa ritenere conservata l’appartenenza del bene al proprietario, qualora a questi ne sia del tutto precluso l’essenziale godimento. Bisognerebbe poi spiegare che senso può avere – trattandosi di norme costituzionali – la garanzia sovraordinata della proprietà formale e – in tal caso – che senso avrebbe, a sua volta, il comma 3 dell’art. 42 Cost., in virtù del quale ogni espropriazione di proprietà dà diritto all’indennizzo; è la perdita della sostanza della proprietà che comporta il maggior sacrificio economico del proprietario e sarebbe quindi veramente illogico che la corresponsione di un ristoro economico fosse condizionata al fatto formale della sottrazione della titolarità del diritto”⁶⁹.

sostanza che si identifica nel diritto nucleare (*Kerngehalt*) che è “l’insieme delle facoltà che la legge riconosce al proprietario in relazione ad ogni categoria di beni”.

⁶⁷ Sul punto cfr. G. Duni, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1965, 548.

⁶⁸ Così A.M. Sandulli, *Natura ed effetti dell’imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 832 ss.; A.M. Sandulli, *Riforma dell’impresa e riforma dello Stato* (1977), in *Scritti giuridici*, II, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, 189, secondo il quale il nucleo essenziale del diritto di proprietà troverebbe garanzia nell’art. 42 Cost.; V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1960, 226; G. Santiello, *Espropriazione per pubblica utilità (espropriazioni anomale)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 899.

In argomento, cfr. Cass., sez. VI, 22 novembre 2017, n. 27863, l’indennità da c.d. espropriazione larvata – al pari di quella da espropriazione diretta – non spetta qualora l’immobile oggetto di pregiudizio sia urbanisticamente irregolare, per dimensioni o per destinazione d’uso, o comunque non sia ancora stato sanato, ovvero sia abusivo, salvo soltanto il caso in cui si lamenti un danno generico alla proprietà del fondo inedificato. Ugualmente, onde scongiurare facili tentazioni di un utilizzo improprio e strumentale del beneficio, esso è negato per le costruzioni realizzate dopo l’approvazione del progetto di opera pubblica, dalla cui realizzazione il proprietario abbia ragione di temere la compressione delle proprie facoltà dominicali (cfr. ancora Cass., sez. VI, n. 27863/2017).

⁶⁹ G. D’Angelo, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all’indennizzo*, cit., 71.

In queste ipotesi – quando cioè concretizza la diminuzione di valore di un immobile o la limitazione di un diritto a seguito della realizzazione di un’opera pubblica – pur non sottacendo le difficoltà derivanti dalla concezione sociale che domina la nostra Carta costituzionale⁷⁰, si è affermata la necessità di individuare il contenuto essenziale o minimo del diritto dominicale (inteso come valore patrimoniale del bene), cioè di quello “zoccolo duro della proprietà che non può essere scalfito e quindi intangibile dalle leggi che in particolare mirano alla sua conformazione”⁷¹.

Si è ritenuto dunque di poter così stabilire la soglia, oltre la quale il diritto viene compromesso irrimediabilmente, talché la limitazione si trasforma, nella sostanza, in espropriazione.

Questa teorizzazione non è andata esente da critiche, in particolare da chi, muovendo dalla constatazione che la nostra Costituzione (a differenza di quella tedesca) non colloca la proprietà tra i diritti fondamentali⁷² (bensì la inserisce tra i rapporti economici), ha ritenuto che non fosse possibile, in questo caso, riscontrare una garanzia del contenuto essenziale⁷³.

È noto che il secondo orientamento, ha poi ricevuto l’avallo del giudice delle leggi, con la sentenza n. 6/1966.

In questa pronuncia, la Consulta – nel rammentare che compete alla legge ordinaria apporre limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale della proprietà – ha evidenziato come, accanto ai vincoli impositivi di servitù che non importano espropriazioni, vi sono limiti che, in ragione del sacrificio che impongono, hanno un carattere sostanziale di espropriazione. Essi, infatti, svuotano “di contenuto il diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso o determinandone il venir meno o una penetrante incisione sul suo valore di scambio”⁷⁴.

⁷⁰ A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 53 sottolinea come la concezione sociale presente in Costituzione e nel pensiero degli interpreti abbiano limitato tale visione.

⁷¹ P. Urbani, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà nella pianificazione urbanistica*, in *Giust. amm.*, 2008, 335-347.

⁷² Anche il diritto europeo colloca la proprietà tra i diritti fondamentali del cittadino e in quanto tale non più assistita dal carattere della inviolabilità. A. Pizzorusso, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, 1145-1146.

⁷³ Così A. Crismani, *ult. op. cit.*, 85, il quale sottolinea come nella Costituzione tedesca la proprietà “trova aggancio costituzionale con il contenuto essenziale dei diritti fondamentali che è intangibile”. L’A. sottolinea poi che l’art. 42 Cost. si limita “a riconoscere e garantire l’istituto della proprietà, senza far riferimento a un nucleo di proprietà che dovrebbe spettare al proprietario”.

⁷⁴ Reperibile in *Giur. cost.*, 1966, 72 ss. La pronuncia affronta in sostanza il tema se il legislatore, nell’apporre limiti alla proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale, possa o meno arrivare allo svuotamento del suo contenuto.

Sicché, in sostanza, quando l'amministrazione adotta provvedimenti che in concreto svuotano i diritti del loro contenuto, esso deve essere indennizzato⁷⁵.

D'altra parte, prosegue la Consulta, da tempo risalente (anteriore, cioè all'approvazione della nostra Carta fondamentale) si è ammesso l'indennizzo, in presenza di casi in cui non si realizza il trasferimento della proprietà, ma piuttosto una diminuzione del suo godimento e ciò a prescindere dalla loro riconduzione o meno all'istituto dell'espropriazione⁷⁶.

Questo orientamento ha avuto un ulteriore sviluppo con le sentenze gemelle del 29 maggio 1968, n. 55 e 56⁷⁷.

La Corte costituzionale (sentenza n. 55) ha, infatti, dichiarato l'illegittimità degli artt. 7, nn. 2, 3, 4 e 40 della legge n. 1150/1942, con riferimento all'art. 42, comma 3, Cost., poiché essi non prevedevano un indennizzo per l'imposizione di limitazioni operanti immediatamente e a tempo indeterminato, ravvisando nelle stesse un contenuto espropriativo (si tratta dunque delle cosiddette "limitazioni espropriative").

Nell'affrontare la questione, il giudice delle leggi rileva come, secondo i concetti di solidarietà sociale, resta escluso che il diritto di proprietà possa venire inteso come dominio assoluto e illimitato sui beni propri. Anzi, questo diritto si

⁷⁵ Sul punto cfr. G. D'Angelo, *ult. op. cit.*, 129 "non si potrebbe, infatti, logicamente riconoscere la volontà dei Costituenti – inequivocabilmente affermata nei lavori preparatori della Costituzione e chiaramente manifestata nei primi due commi dell'art. 42 Cost. – di conservare la sostanza dell'istituto della proprietà, e ammettere, nello stesso tempo, che il terzo comma del medesimo articolo stabilisca l'obbligo di indennizzo solo nei casi di espropriazione in senso stretto, cioè assicurati, inderogabilmente soltanto una garanzia formale della proprietà".

⁷⁶ M.S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 25, la decisione della Corte fu criticata dal Maestro che ebbe ad evidenziare la distinzione tra imposizione dei vincoli ed espropriazione affermando che "con buona pace dell'ambigua sentenza della Corte Costituzionale, siamo totalmente fuori dal modello dell'espropriazione".

⁷⁷ La sentenza n. 56/1968 ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 15, della legge provinciale di Bolzano 24 luglio 1957, n. 8, che esclude l'indennizzo per l'imposizione di vincolo preordinato alla tutela delle bellezze naturali, in quanto esse costituiscono una categoria di beni che è, in base alla legge, tutta di interesse pubblico. E invero i beni immobili qualificati di bellezza naturale hanno valore paesistico per una circostanza che dipende dalla loro locazione e dalla loro inserzione in un complesso che ha in modo coesistente le qualità indicate dalla legge. Costituiscono cioè, una categoria che originariamente è di interesse pubblico, e l'amministrazione, operando nei modi descritti dalla legge rispetto ai beni che la compongono, non ne modifica la situazione preesistente, ma acclara la corrispondenza delle concrete sue qualità alla prescrizione normativa. Individua il bene che essenzialmente è soggetto al controllo amministrativo del suo uso, in modo che si fissi in esso il contrassegno giuridico espresso dalla sua natura e il bene assuma l'indice che ne rivela all'esterno le qualità; e in modo che sia specificata la maniera di incidenza di tali qualità sull'uso del bene medesimo. Ne deriva, pertanto che l'atto amministrativo che acclara la situazione dei beni naturalmente paesistici non è accostabile ad un atto espropriativo e non pone perciò in essere la garanzia di indennizzo apprestata dall'art. 42, comma 3, Cost.