

## SOLUZIONI ESAME 2017 – ATTI GIUDIZIARI

### Atto giudiziario in materia di diritto civile

Beta è una associazione non riconosciuta che ha per scopo la diffusione della cultura letteraria. Nel settembre del 2015, l'associato, Tizio, agendo in nome dell'associazione, conclude con la società Epsilon un contratto per la consegna, presso l'abitazione del Comune di Alfa, di brochure pubblicitanti una rappresentazione teatrale prevista per il successivo mese di dicembre. Il contratto prevede che l'attività di consegna venga svolta entro la fine del mese di ottobre.

Eseguita regolarmente la prestazione a suo carico nei termini pattuiti, la società Epsilon invia all'associazione Beta, a settembre 2016, la fattura per l'importo concordato di euro 8.000,00. Non avendo, però ottenuto il pagamento del dovuto, nel luglio del 2017 la predetta società, preferendo non rivolgere istanze giudiziarie, contro l'associazione, notifica a Tizio un atto di citazione per l'udienza del 25.01.2018, chiedendo la condanna del convenuto alla corresponsione della somma indicata nella predetta fattura.

Ricevuta la notificazione dell'atto di citazione, Tizio, che fino a quel momento non ha ricevuto alcuna richiesta stragiudiziale di pagamento della predetta somma, si reca dal suo legale di fiducia intenzionato a difendersi dalle avverse pretese. Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto giudiziario ritenuto più utile alla difesa del proprio assistito, facendo valere le opportune ragioni in punto di rito e di merito.

### Commento

L'atto da redigere è la comparsa di costituzione e risposta nell'interesse del sig. Tizio.

Previamente ed in via pregiudiziale si dovrà evidenziare che la traccia afferma che Tizio non ha mai ricevuto da Epsilon alcuna richiesta stragiudiziale della somma e ciò è sufficiente per ritenere che nemmeno sia stato invitato all'esperimento del procedimento di negoziazione assistita.

Ciò è sufficiente per chiedere di dichiarare l'improcedibilità della domanda avversaria per il mancato esperimento del procedimento di negoziazione assistita obbligatorio per le richieste di somme comprese entro i 50.000 euro, sulla base di quanto statuisce l'art. 3 del D.L. n. 132/2014 (secondo il quale "l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale").

Passando poi al merito della questione la traccia indica con precisione alcune date ed effettivamente ciò non avviene per puro scopo narrativo.

Per comprenderlo si deve approfondire la natura della responsabilità di colui che agisce in nome di una associazione non riconosciuta ai sensi dell'art. 38 c.c.

La norma prevede che rispondono delle obbligazioni assunte anche personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione. La previsione trova ragione nel fatto che i creditori, in mancanza di forme di pubblicità, potrebbero essere ignari della reale consistenza del fondo comune della associazione e possono contare così sulla solvibilità di chi ha contrattato con loro. La responsabilità personale e solidale di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta non è collegata alla mera titolarità della rappresentanza dell'associazione, bensì all'attività concretamente svolta di natura negoziale per conto di essa, da cui sia derivata un'obbligazione per l'associazione non riconosciuta (da ultimo Cass. 8752/2017). Per cui chi invoca in giudizio tale responsabilità è gravato dell'onere di provare la concreta attività

svolta in nome e nell'interesse dell'associazione, non essendo sufficiente la prova in ordine alla carica rivestita all'interno dell'ente. Tuttavia nel nostro caso non sembra che si possa porre in dubbio il fatto che Tizio abbia effettivamente contrattato e concluso in prima persona il contratto con la società Epsilon.

Per quanto riguarda la natura della responsabilità, dopo qualche oscillazione (soprattutto in dottrina) dovuta alla configurazione da parte di alcuni autori di una responsabilità concorrente con l'associazione per debito altrui, la giurisprudenza è ormai consolidata nel ritenere che si tratti di responsabilità per debito proprio in quanto la posizione di colui che agisce in nome e per conto dell'associazione è inquadrabile tra le garanzie *ex lege* assimilabili alla fideiussione a favore del terzo creditore (tra le tante Cass. 12508/2015).

Tra le conseguenze principali che derivano da questa ricostruzione vi sono: a) l'applicazione della disposizione di cui all'art. 1944 c.c. con esclusione del beneficio della preventiva escussione (a differenza di quanto disposto dall'art. 6, 2° co., L. 7.12.2000, n. 383, sulle associazioni di promozione sociale, in cui è previsto che i creditori debbano far valere i loro diritti sul patrimonio dell'associazione e possano rivalersi nei confronti di coloro che hanno agito solo in via sussidiaria) in quanto la medesima norma prevede per il creditore solo la possibilità, ma non l'obbligo, di far valere i propri diritti sul fondo comune; b) la necessaria sussistenza, in capo a chi agisce in nome dell'associazione della capacità di agire (in deroga a quanto previsto dall'art. 1936), posto che il rappresentante *ex art.* 38 è obbligato in proprio.

La conseguenza principale per il nostro caso è però l'applicazione dell'art. 1957 c.c. Tale norma, nell'imporre al creditore l'onere di proporre le sue istanze contro il debitore entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione garantita dal fideiussore, a pena di decadenza del suo diritto verso quest'ultimo, tende a far sì che il creditore assuma sollecite iniziative contro il debitore principale per recuperare il proprio credito, in modo che la posizione del garante non resti indefinitamente sospesa. Il termine decorre appunto dalla scadenza dell'obbligazione garantita e ove l'obbligazione sia priva di un termine, esso inizia a decorrere dalla scadenza stabilita dall'art. 1183 c.c. e cioè, immediatamente o meglio non appena la prestazione diventi esigibile. Quanto al termine "istanza" esso si riferisce a tutti i diversi mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito, sia in via di cognizione che di esecuzione, esperibili al fine di conseguire il pagamento, indipendentemente dal loro esito con la precisazione che la decadenza si evita proponendo un'azione giudiziaria e non è perciò sufficiente una semplice costituzione in mora. Pertanto, in sintesi, la responsabilità in capo a chi ha agito per l'ente viene meno se il creditore non ha proposto le sue istanze entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale a causa della maturazione del termine di decadenza ivi stabilito, senza che tale assetto, comportando una sorta di avvalimento di una garanzia personale, menomi alcun diritto, determini un trattamento peggiore per eventuali terzi ovvero - attesa la durata semestrale (e, dunque, non meramente apparente) del termine decadenziale - leda il diritto di azione del creditore (Cass. 12508/2015).

Nel nostro caso la prestazione di Epsilon si è conclusa nell'ottobre 2015 e lo stesso creditore ha inviato la fattura del proprio compenso all'associazione Beta nel settembre del 2016, notificando poi l'atto di citazione a Tizio nel luglio del 2017. Atteso che dall'ottobre 2015 e comunque anche dal settembre 2016 fino alla notifica dell'atto di citazione Epsilon non ha mai esperito alcuna azione giudiziale nei confronti dell'associazione Beta volta al recupero della somma dovuta, si deve concludere che il termine di 6 mesi di cui all'art. 1957 c.c. sia ampiamente scaduto e Epsilon sia decaduta dal diritto alla garanzia di Tizio.

Pertanto nell'atto si dovrà concludere chiedendo preliminarmente e in rito la declaratoria di improcedibilità della domanda di Epsilon per mancato adempimento all'obbligo di svolgere il

procedimento di negoziazione assistita, mentre nel merito si dovrà chiedere di accertare l'avvenuta decadenza dal diritto di garanzia *ex lege* ai sensi dell'art. 38 c.c. in seguito al mancato rispetto del termine dei sei mesi di cui all'art. 1957 c.c. con rigetto delle domande proposte da Epsilon in quanto infondate.

## Atto giudiziario di materia di diritto penale

### (Traccia già assegnata al corso Ius&Law 2015 come prova n. 6 bis)

All'uscita di una discoteca Tizio, già condannato con sentenza irrevocabile per i delitti di rapina aggravata commessa nel 2009 e di furto commesso nel 2015, urta involontariamente Caio che, per tutta risposta reagisce colpendolo al viso. Ne nasce tra i due una violenta colluttazione nel corso della quale Tizio, afferrato all'improvviso un tubo di ferro rinvenuto casualmente a terra, colpisce Caio più volte alla testa.

Caio si accascia a terra privo di sensi, cominciando a perdere molto sangue, mentre Tizio si allontana per andarsi a sedere poco più in là. Trasportati entrambi al più vicino al più vicino nosocomio, mentre a Tizio vengono diagnosticate plurime ecchimosi a Caio vengono diagnosticate alcune ecchimosi, anche una ferita lacerocontusa alla regione temporale sinistra nonché la frattura dell'avambraccio destro e del setto nasale, con prognosi riservata.

Sottoposto a procedimento penale, Tizio viene condannato per il delitto di tentato omicidio con recidiva specifica reiterata infraquinquennale alla pena di anni 15 di reclusione così ottenuta: pena base anni 9 aumentata di anni 6 per la recidiva.

Il candidato assume le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto di appello avverso la sentenza di condanna

### Commento

Dall'esame del fatto come riferito dalla traccia pare che il primo motivo di impugnazione debba avere per oggetto la errata qualificazione giuridica dello stesso come tentato omicidio.

Se è certo vero che Tizio ha colpito più volte Caio alla testa; tuttavia occorre considerare le circostanze in cui si sono svolti i fatti, che hanno visto quest'ultimo aggredire per futili motivi il suo interlocutore, aggressione da cui è nata una colluttazione.

Da rimarcare inoltre la circostanza secondo la quale – dopo che Caio ha perso i sensi – Tizio ha cessato a sua volta di colpirlo «*per andarsi a sedere un po' più in là*».

Sebbene non possa escludersi del tutto la correttezza di un eventuale motivo circa la possibile derubricazione del fatto in lesioni colpose attraverso il riconoscimento della legittima difesa i cui limiti - in tesi- sarebbero stati colposamente ecceduti da Tizio, pare sicuramente più corretto impostare l'atto di impugnazione attraverso la messa in discussione del tentativo di omicidio sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Appare difficilmente sostenibile, infatti, che Tizio possa aver ecceduto i limiti della scriminante della legittima difesa a causa di un errore inescusabile e non già – come sembra nel caso di specie – volontariamente (percuotendo Caio alla testa con un tubo).

Al contempo però, nemmeno pare potersi affermare che Tizio abbia inteso provocare la morte del suo avversario come conseguenza immediata e diretta del proprio agire. Di qui il motivo principale di impugnazione.

Come noto, l'art. 56 del codice penale, il quale disciplina la fattispecie del tentativo, punisce chiunque compia atti idonei – ma soprattutto - «univocamente diretti» a commettere un reato. Il tenore letterale della norma sembra dunque richiedere che in mancanza di consumazione, gli atti debbono comunque denotare oggettivamente la volontà dell'agente, la sua intenzione criminosa.

Dagli atti compiuti, insomma, deve emergere la volontà di questi di realizzare la condotta o l'evento previsto dalla fattispecie consumata.

Il punto che occorre affrontare attiene dunque alla possibilità che tale volontà possa atteggiarsi in termini di dolo eventuale. Il dolo eventuale si caratterizza infatti non già per la volontà dell'evento ma proprio per la mancanza di tale volontà, nel senso che l'agente non deve volere l'evento - pur rappresentandoselo come possibile - ma deve invece agire «accettando il rischio» del suo realizzarsi. Il tema della astratta compatibilità del dolo eventuale con la fattispecie tentata ha dato vita nel corso degli anni ad un acceso dibattito tra fautori della compatibilità e fautori della incompatibilità tra le due fattispecie.

Secondo una prima tesi, assai risalente ed alla quale ha fatto riferimento evidentemente il Tribunale, il tentativo non rappresenterebbe una fattispecie autonoma di reato (il reato tentato) bensì la riproposizione della stessa fattispecie consumata che però presenta un *quid minus*: o l'evento mancante oppure l'azione che non si è compiuta. Se così è, se insomma non vi è alcuna differenza ontologica tra fattispecie consumata e tentata, medesima saranno anche gli elementi psicologici configurabili, ivi compreso il dolo eventuale, la cui generalità applicativa non trova nessuna smentita nel codice (Così si esprime Cass. pen. S.U, 18 giugno 1983).

Secondo un'altra tesi, più recente e ormai assolutamente consolidata, l'approccio dogmatico con la fattispecie tentata dev'essere radicalmente diverso. Il tentativo, infatti, non è un'entità solo quantitativamente diversa dalla fattispecie consumata (un reato cui manca un pezzo) ma ha una sua dignità autonoma, la cui essenza consiste nel rappresentare un *aliud* e non un *quid minus* rispetto al reato consumato e dunque dotato di un'oggettività giuridica propria.

Tra le conseguenze di questa sua natura vi è anche l'identità autonoma dell'elemento soggettivo rispetto a quello corrispettivo della fattispecie consumata. Ciò comporta che l'atteggiamento interiore del tentativo non può non essere quanto meno il dolo diretto, seppur nella sua forma di *dolo alternativo* dovendo coincidere con l'aspetto materiale degli atti diretti in modo non equivoco alla realizzazione di un delitto. Alla base di tale ricostruzione risiede una interpretazione manifestamente soggettiva del concetto di univocità: l'atto non equivoco è quello che è in grado di fotografare con assoluta fedeltà e certezza la diretta intenzionalità del soggetto verso l'obiettivo illecito.

Pertanto per la configurabilità del tentativo è richiesto il dolo diretto (anche nella sua forma alternativa) mentre non è sufficiente il dolo eventuale, che come si è detto si configura quando l'agente, ponendo in essere una condotta rivolta ad altri scopi, si rappresenti la concreta possibilità del verificarsi di una diversa conseguenza della propria condotta e, ciononostante, agisca accettando il rischio di cagionarla. In tale ipotesi, infatti, la previsione meramente eventuale è di per sé incompatibile con la direzione univoca degli atti compiuti (Cass. pen. n. 14034/12 e Cass. pen. sent. n. 47257/2012 e da ultimo Cass. Pen. 14554/2014 e Cass. Pen. 35091/2017)

È chiaro che l'atto di appello dovrà perciò anzitutto tendere ad ottenere la riqualificazione giuridica del fatto con derubricazione nella fattispecie di lesioni volontarie aggravate dall'uso dello strumento (il tubo di ferro) oltre che, vi è da desumere, dalle conseguenze patite da Caio (prognosi riservata) con tutto ciò che da ciò consegue in termini di pena.

Il secondo motivo di impugnazione attiene al mancato riconoscimento dell'attenuante della provocazione con conseguenti ricadute in punto di pena e ciò indipendentemente dalla qualificazione giuridica del fatto.

In via preliminare occorre osservare che Tizio è stato condannato per il delitto di tentato omicidio alla pena di anni 15 di reclusione. Il calcolo è stato effettuato partendo da una pena base di anni 9, aumentata per la recidiva - contestata in forma specifica, reiterata ed infraquinquennale - di due terzi (anni 6).

In particolare, la recidiva è specifica nel caso di chi dopo essere stato condannato per un delitto non colposo ne commette un altro della stessa indole (l'aumento è fino alla metà della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo, ex art. 99, comma 2, n. 1, c.p.).

La recidiva è, invece, infraquinquennale nel caso di chi dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commette un altro nei cinque anni dalla condanna precedente (l'aumento è fino alla metà della pena da infliggere per il nuovo delitto non colposo, ex art. art. 99, comma 2, n. 2, c.p.)

La recidiva reiterata viene contestata al soggetto, già recidivo, che commette un altro delitto non colposo (in tal caso l'Ordinamento prevede l'applicazione di un aumento della pena pari a due terzi, ex art. 99, comma 4, c.p.).

Nel caso in esame, pare possa anzitutto escludersi la recidiva specifica. Ai sensi dell'art. 101 c.p., infatti, "reati della stessa indole", non sono soltanto quelli che violano una medesima disposizione di legge ma anche quelli che, pur essendo previsti da testi normativi diversi, per la natura dei fatti che li costituiscono o dei motivi che li hanno determinati, presentano, nei casi concreti, caratteri fondamentali comuni. Alla stregua di tale criterio, i reati commessi da Tizio non possono considerarsi omogenei proprio per la mancanza della comunanza di quei caratteri fondamentali richiesti dalla norma ora citata.

La contestazione della recidiva reiterata ed infraquinquennale, al contrario, sembra esatta: Tizio, infatti, è stato condannato con sentenza irrevocabile per i delitti di rapina aggravata commessa nel 2009 e di furto commesso nel 2015. Pertanto, anche qualora si escludesse la recidiva specifica, l'aumento di due terzi effettuato dal primo giudice sembrerebbe corretto.

Se così è, allora, sarebbe più efficace – al fine di ottenere una diminuzione della pena – evindenziare l'eventuale configurabilità dell'attenuante della provocazione.

Attenua il reato la circostanza dell'aver agito in stato di ira, determinato da un fatto ingiusto altrui (c.d. provocazione), ex art. 62 n. 2 c.p. Tale circostanza attenuante opera al ricorrere di due requisiti: lo stato d'ira e l'altrui fatto ingiusto.

Ai fini della sua configurabilità è, altresì, necessario che il fatto di reato sia causalmente riferibile alla provocazione e, cioè, che sussista un rapporto di immediatezza tra la provocazione e la reazione criminosa. Per invocare la circostanza in esame è, in ogni caso, necessario che sussista un rapporto di proporzionalità tra il fatto ingiusto ed il reato commesso.

Nel caso in esame, sembrerebbe sussistere sia il fattore scatenante, giustificativo della condotta del soggetto provocato (fattore che si individua nella condotta di Caio che aggredisce Tizio nonostante quest'ultimo lo abbia urtato involontariamente), sia quel rapporto di immediatezza tra la provocazione (aggressione di Caio dettata da futili motivi) e la reazione criminosa, avvenuta tempestivamente e proprio in occasione dell'attacco ingiustamente subito.

Se, dunque, la circostanza attenuante della provocazione pare invocarsi, occorre precisare che - nel bilanciamento tra circostanze aggravanti ed attenuanti operato dal giudice in sede di commisurazione della pena, è vietata dall'art. 69 quarto comma c.p., la prevalenza delle circostanze attenuanti sulla aggravante della recidiva reiterata, prevista dall'art. 99 comma 4 c.p..

In altre parole, in relazione alla circostanza della recidiva reiterata (così come contestata a Tizio) è preclusa la dichiarazione di prevalenza (ma non di equivalenza) delle circostanze attenuanti concorrenti.

Si insisterà dunque nella concessione della attenuante della provocazione di cui al n. 2 dell'art. 62 c.p., da considerarsi equivalente alla contestata recidiva. E ciò, come si diceva, indipendentemente dalla qualificazione giuridica del fatto, ed anzi, nell'ipotesi di riqualificazione giuridica nel reato di lesioni volontarie, ai fini del bilanciamento con la recidiva e con le risultanti aggravanti dipendenti dalla derubricazione.

## **Atto giudiziario di materia di diritto amministrativo**

In data 9.6.15 il comune di Alfa rilascia a Tizio, sulla base delle dichiarazioni dello stesso rese nella domanda e nella documentazione allegata, il permesso di costruire per la realizzazione di una piscina a sfioro da interrare nel proprio giardino.

Tizio acquista tutti i materiali per la realizzazione della piscina, sostenendo una spesa pari a 27 mila euro.

In data 25.6.16, su ricorso di Caio, proprietario di un immobile confinante, il Tar di Beta annulla il predetto permesso di costruire, rilevando all'esito di una più apprezzabile istruttoria e sulla scorta di un ctu, l'illegittimità del titolo abitativo emesso in favore di Tizio. la sentenza passa in giudicato.

A questo punto Tizio, con ricorso presentato dinnanzi al medesimo Tar, chiede la condanna del comune di Alfa al risarcimento del danno patito in conseguenza dell'annullamento del citato provvedimento abitativo a se favorevole.

Ricevuta la notifica del ricorso, la giunta del comune di Alfa, delibera di resistere in giudizio conferendo l'incarico ad un avvocato del libero foro.

Il candidato, assunto le vesti del legale del comune di Alfa, rediga memoria di costituzione in giudizio facendo valere le ragioni del proprio assistito in punto sia di giurisdizione sia di merito

### Commento

L'atto da redigere è una memoria di costituzione e difesa per il Comune resistente, vertente su due questioni giuridiche: da un lato, il riparto di giurisdizione sulla domanda risarcitoria da provvedimento amministrativo favorevole successivamente annullato (art. 7 e 30 cpa) e, dall'altro lato, l'incidenza della condotta del soggetto danneggiato (art. 1227 c.c.) che ben può assumere valore recidente del nesso causale tra l'atto annullato ed il pregiudizio lamentato (art. 2043 c.c.).

Il candidato dovrà innanzitutto sollevare eccezione pregiudiziale di rito circa il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria da provvedimento favorevole annullato.

Come noto, l'art. 7 c.p.a. prevede che siano devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie riguardanti gli interessi legittimi e che, nelle particolari materie indicate dalla legge, il G.A. possa conoscere dei diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti, riconducibili anche mediamente, all'esercizio di tale potere.

Sono inoltre, attribuite alla giurisdizione amministrativa le controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo conosce anche ai fini risarcitori, delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

Nella giurisdizione esclusiva del G.A., l'art. 133 comma 1 lett. F del c.p.a. colloca anche le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti in materia urbanistica e edilizia.

Ciò che caratterizza la giurisdizione amministrativa è il fatto che la P.A. abbia esercitato poteri autoritativi, sia attraverso l'emanazione di atti che per mezzo di comportamenti.

In caso di comportamenti, bisogna stabilire se la P.A. abbia agito con modalità autoritative o meno, distinguendo così, quelle che concretizzano comportamenti in senso stretto, sottratti alla cognizione

del giudice amministrativo e comportamenti autoritativi, ossia condotte che, pur non sfociando nell'adozione di un atto, sono legate all'esercizio del potere della P.A.

Complessa è l'analisi attorno al profilo della giurisdizione sulle domande aventi ad oggetto il danno derivante dalla lesione dell'affidamento incolpevole del privato, nella apparente validità di un provvedimento favorevole poi annullato dal giudice amministrativo.

Su tale questione è sorto un contrasto in giurisprudenza che ha tuttavia oggi trovato composizione nel principio di diritto espresso dalla Suprema Corte, nell'esercizio della sua funzione nomofilattica. Una tesi minoritaria, abbracciata dal ricorrente, affermerebbe la giurisdizione del giudice amministrativo dando prevalenza e decisività all'aspetto inerente la natura dell'atto da cui è poi derivato il pregiudizio, ed ancorando per tale via alla giurisdizione del G.A. tutte le questioni derivanti da un provvedimento annullato, espressione di un potere autoritario della P.A., ivi comprese quella risarcitoria. L'affidamento in tal caso verrebbe visto come un elemento che arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti parti di un rapporto giuridico; sicché, ove i termini di tale rapporto evidenzino il potere autoritativo della P.A. e l'interesse legittimo del privato, dovrebbe seguirsi la regola dell'attrazione della domanda risarcitoria alla giurisdizione amministrativa, anche in ossequio al principio di concentrazione delle tutele. In buona sostanza, secondo tale erronea ricostruzione, quando i termini del rapporto giuridico sono il potere autoritativo da una parte e l'interesse legittimo dall'altra, la lesione dell'affidamento determinatasi per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'atto favorevole, e produttiva di danno, dovrebbe pur sempre ricondursi alla giurisdizione amministrativa, facendo valere l'esercizio scorretto del potere amministrativo, in quanto ad essere leso sarebbe l'interesse legittimo (pretensivo).

In tal senso, TAR Milano 17/05/2013 n. 1307.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario confuta tale tesi, come peraltro oggi comprovato dall'arresto della Suprema Corte, a Sezioni Unite.

Infatti la legittimità o meno del provvedimento è estranea al contenuto dell'interesse vantato dal privato, in punto di legittimo affidamento, e degli effetti dell'asserita sua lesione conseguente all'annullamento dell'atto successivamente pronunciata dal GA.

Il solo fatto che rilevi l'agire della P.A. che ha portato all'atto favorevole poi dichiarato illegittimo non giustifica che la lesione che si manifesta nel beneficiario dell'atto annullato sia riferibile all'interesse legittimo che il beneficiario aveva in relazione a quell'agire, e ciò in quanto quell'interesse pretensivo non era già l'interesse all'agire legittimo della P.A., bensì quello all'emanazione del provvedimento ampliativo, che è stato, sia pure illegittimamente, soddisfatto. Ciò che viene in rilievo successivamente all'annullamento è piuttosto il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale, con conseguente giurisdizione del G.O. (art. 2043 c.c.).

Con la domanda risarcitoria per lesione dell'affidamento, infatti, si rimprovera soltanto alla PA la colpa consistita nell'aver indotto il beneficiario dell'atto favorevole poi dichiarato illegittimo a sostenere spese nel ragionevole convincimento del riconoscimento in suo favore del bene della vita cui aspirava.

Dunque deve ritenersi rientrante nella giurisdizione ordinaria la domanda risarcitoria proposta nei confronti della P.A. per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su un provvedimento ampliativo illegittimo, poiché l'esercizio del potere amministrativo in tale fattispecie non rileva in sé, ma per l'efficacia causale del danno – evento da affidamento incolpevole.

Si tratta dunque della contestazione, ai fini risarcitori, di un comportamento in senso stretto della P.A., dal momento che a fronte di un provvedimento autoritativo favorevole successivamente annullato, il privato denuncia la lesione di un diritto soggettivo consistente nel diritto alla

conservazione dell'integrità del suo patrimonio, che è lesa ove esso sopporti delle perdite e dei mancati guadagni a causa dell'agire della P.A.

Il risarcimento del danno da provvedimento favorevole non è, alla luce di tale ricostruzione, dunque, riconducibile nell'ambito della giurisdizione generale del giudice amministrativo.

Tale giurisdizione è da escludere anche in ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Infatti, la giurisdizione esclusiva è estesa, in particolari materie, a diritti soggettivi, ma essi devono risultare connessi, seppur indirettamente con il potere pubblicistico della P.A.

Ove il privato richieda il risarcimento del danno da provvedimento favorevole successivamente annullato, manca qualsiasi collegamento, anche mediato, con l'esercizio del potere pubblico.

Si deve pertanto concludere che il danno da provvedimento favorevole spetti alla giurisdizione ordinaria, contestando il privato la lesione del diritto soggettivo all'integrità patrimoniale ex art. 2043 c.c., frutto non dell'esercizio diretto di un potere della P.A., ma di una condotta della medesima inquadrabile nell'alveo dei meri comportamenti, rilevanti ai fini della valutazione sulla lesione dell'affidamento.

Tale principio è confermato da Cassazione Sez. Un. 04/09/2015 n. 17586.

Nel caso di specie, il TAR adito dovrà pertanto declinare la propria giurisdizione, ex art. 9 e 11 c.p.a.

In via subordinata e nel merito, occorrerà affrontare la questione del concorso del fatto colposo del danneggiato.

Com'è noto, l'art. 1227 cod. civ. codifica il principio del concorso di colpa del danneggiato, a fondamento del quale sta l'esigenza di evitare il risarcimento di danni che il creditore stesso ha causato o alla cui causazione ha contribuito con la propria condotta colposa.

Tale norma è recepita anche nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., ove si stabilisce che il G.A., nel determinare il risarcimento, valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Ebbene, nella domanda risarcitoria da provvedimento favorevole illegittimamente emesso, innanzitutto il preteso danneggiato dovrà provare di aver versato in affidamento incolpevole sulla legittimità del provvedimento, allegando le ragioni per cui l'agire della P.A. abbia avuto efficacia causale nell'ingenerare tale affidamento, tale da indurlo a compiere attività e spese incidenti sul suo patrimonio.

In secondo luogo, le disposizioni concernenti il concorso di colpa del danneggiato possono portare alla esclusione, in tutto o in parte, del risarcimento, quando risulti che il comportamento del danneggiato sia stato tale da rendere del tutto irrilevante la condotta del danneggiante.

Tale principio è da applicarsi anche alle ipotesi di i danni provocati dalla P.A. laddove, accogliendo l'istanza della privato, l'Amministrazione abbia rilasciato un provvedimento illegittimo poi annullato, quantomeno quando gli elementi di illegittimità siano agevolmente percepibili dall'interessato sin dal momento di presentazione dell'istanza stessa e siano altresì ricompresi nella sfera di controllo dell'istante medesimo.

In queste ipotesi, infatti, il danno che consegue dall'esercizio scorretto del potere è causalmente riconducibile allo stesso danneggiante che, con la propria istanza volta a conseguire un proprio interesse, ha indotto il rilascio di un provvedimento illegittimo, in seguito per tale ragione rimosso o annullato.

Infatti, chi presenta un progetto edilizio, avvalendosi per giunta dell'opera di qualificati professionisti, ha per primo l'onere di verificarne la conformità alla normativa vigente, e non può pretendere di addossare all'Amministrazione, che non abbia rilevato profili di contrasto con la normativa di settore, gli effetti dannosi, risentiti in proprio, da lui stesso voluti.

A conferma, si veda Cons. Stato, sez. V, 17/01/2014 n. 183.

Nel caso di specie, è stata proprio la domanda di titolo abilitativo proposta da Tizio ad essere viziata e contrastante con la normativa urbanistico-edilizia, ingenerando l'errore in cui è incorso il Comune. I vizi della domanda di permesso di costruire costituivano elemento percepibile dal richiedente (e soprattutto dal progettista di cui Tizio si è avvalso); né v'è dubbio che l'azione causativa del danno rientri nella sua sfera di controllo, trattandosi di dar corso ad un intervento edilizio progettato ed attuato dallo stesso istante, ancorché previo rilascio del titolo *ex lege* necessario.

Tale circostanza implica anche la sussistenza di una ingiustificabile colpa in capo a Tizio, che assorbe e rende irrilevante, sotto il profilo causale, il comportamento, pur se anch'esso non scevro da negligenza, del Comune.