

Il diritto dell'economia

rivista trimestrale di dottrina,
giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Diretta da:
Elio Casetta, Andrea Comba, Vittorio Gasparini Casari, Guido Greco,
Maurizio Sella, Gustavo Vignocchi †

Presidente del consiglio direttivo:
Franco Bassi

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di economia e commercio
e giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di giurisprudenza; economia e commercio
e scienze bancarie, finanziarie ed assicurative

Università commerciale Luigi Bocconi di Milano
Facoltà di economia e commercio

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di economia e giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di economia e commercio

DIPARTIMENTO
DI
SCIENZE
GIURIDICHE

fascicolo 3/4 - 2004

PER.
CL.4.259

14 APR 2005



Mucchi Editore

Recensioni

ENRICO FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.

Nel contesto delle tutele afferenti il risarcimento del danno conseguente alla lesione di diritti soggettivi, di interessi legittimi e di altri interessi (non di mero fatto) giuridicamente rilevanti, la responsabilità civile – di natura aquiliana – della pubblica amministrazione richiama all'attenzione diverse problematiche sulla relativa qualificazione sostanziale e processuale.

In una fase nella quale i modelli negoziali e contrattuali, nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, tendono sempre più a prendere il posto del cosiddetto modello autoritativo, lo schema normativo di riferimento rimane quello di cui all'articolo 2043 e seguenti del codice civile, alla cui fattispecie legale viene rapportata la pretesa risarcitoria del soggetto danneggiato nell'interesse al bene della vita. E, in linea di principio, ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, la lesione tanto di un diritto soggettivo, quanto di un interesse legittimo sembra rimanere riconducibile al paradigma normativo in parola.

La responsabilità della pubblica amministrazione per illecito aquiliano normalmente si configura in maniera differenziata a seconda che il pregiudizio alla posizione giuridica soggettiva lesa sia correlato all'esercizio di attività materiale o di attività provvedimentale. Perché sia accertata e dichiarata la responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione in relazione alla relativa attività materiale, deve sussistere l'elemento soggettivo dell'imputabilità dell'attività, a titolo di dolo o di colpa, al funzionario agente, con riferimento ai parametri della negligenza o dell'imperizia. La responsabilità conseguente dalla adozione di un atto illegittimo, invece, assume connotazioni del tutto peculiari, rilevato peraltro che la relativa riconducibilità allo schema dell'illecito aquiliano, sempre con maggiore frequenza, viene posta in discussione da coloro che la qualificano come ipotesi di responsabilità precontrattuale o di responsabilità contrattuale. Nello schema aquiliano, in relazione all'attività provvedimentale della pubblica amministrazione determinatasi in atti illegittimi, l'imputazione della responsabilità non può esaurirsi configurarsi in ragione del semplice elemento obiettivo della illegittimità del provvedimento; oltre al dato dell'illegittimità, va infatti individuata ed accertata la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa in relazione violazione della norma, conseguente alla consapevole emanazione o esecuzione del provvedimento, non da parte del funzionario agente, ma da parte dell'amministrazione intesa come apparato, con riferimento dunque alla violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione cui deve conformarsi l'esercizio della funzione amministrativa.

Di regola, fino al recente passato, anche grazie all'impostazione della sentenza n. 500 delle sezioni unite, la tutela giurisdizionale nei confronti dell'attività

amministrativa è stata inquadrata in ambiti nettamente differenziati in relazione alla natura della posizione giuridica soggettiva lesa. Il sistema si è presentato nitidamente radicato sulla dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi, quali posizioni soggettive giustiziabili rispettivamente davanti al giudice ordinario e al giudice amministrativo, con l'eccezione naturalmente delle controversie rientranti nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sicchè, sulla base di questo impianto, la responsabilità civile della pubblica amministrazione ha potuto essere fatta valere dal privato con azione di risarcimento dinanzi al giudice ordinario, quale giudice competente a conoscere le questioni di diritto soggettivo. Alla categoria e all'ambito dei diritti soggettivi, in effetti, è stato ricondotto, per la relativa natura, il diritto al risarcimento del danno (un diritto che è distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione sia fonte di danno ingiusto, la quale può avere appunto, indistintamente, natura di diritto soggettivo, o di interesse legittimo, o di interesse giuridicamente rilevante). La nota pronuncia delle sezioni unite n. 500 del 1999 ha chiarito (specie in punto alla risarcibilità del danno correlato ad una posizione giuridica base di interesse legittimo) che non rileva in misura *determinante* la natura e qualificazione formale della posizione giuridica in capo al soggetto danneggiato. La tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c. è accessibile in ragione della qualificazione del danno come ingiusto e può "pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della pubblica amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della pubblica amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo". Secondo la suprema corte dunque, il giudice ordinario, nel caso di danno per lesione di interessi legittimi, ben può essere autonomamente investito e ben può decidere le questioni risarcitorie, senza che prima debba pronunciarsi il giudice amministrativo, nell'esercizio della relativa giurisdizione generale di legittimità, sull'annullamento dell'atto illegittimo.

Secondo l'impostazione tracciata dalla pronuncia n. 500 e riconsiderata dalle pronunce della suprema corte che sono seguite ad oggi, ai fini della configurabilità della responsabilità aquiliana, in capo all'autore di un fatto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, fatta valere nei confronti della pubblica amministrazione dal soggetto danneggiato dinanzi al giudice ordinario, deve essere verificata nel merito la sussistenza dell'evento dannoso; quindi, deve essere stabilito se l'accertato danno sia qualificabile come danno ingiusto; ancora, deve essere verificata nel merito la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'evento dannoso ed una condotta, positiva od omissiva della pubblica amministrazione; da ultimo, deve essere accertato nel merito se l'evento dannoso sia imputabile, a titolo di dolo o di colpa, alla pubblica amministrazione, non rilevando appunto, ai fini dell'ascrivibilità del danno a quest'ultima, la mera emanazione od esecuzione di un atto illegittimo (tra le altre, cfr. Cass. civ., sez. III, 29 marzo 2004, n. 6199).

Tuttavia, a seguito delle innovazioni introdotte dalla legge n. 205 del 2000, l'assetto delle tutele risarcitorie è stato raccordato ed armonizzato con i mutati ambiti della competenza del giudice amministrativo, in ragione della concentrazione davanti a questo giudice sia della tutela impugnatoria dell'atto illegittimo, che di quella risarcitoria derivante, ancorché (e, come noto, questo punto fermo è stato focalizzato dalla pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 marzo 2003, n. 3) l'azione di annullamento sia pregiudiziale all'azione risarcitoria, che dunque è ammissibile dinanzi al giudice amministrativo a condizione che il provvedimento sia stato impugnato tempestivamente e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento.

Nell'innovato assetto, specie per effetto della chiara scelta del legislatore del 2000 di attribuire al giudice amministrativo (anche nell'ambito della relativa giurisdizione generale di legittimità) la cognizione delle questioni risarcitorie correlate alla lesione di interessi legittimi, la competenza giurisdizionale su tali questioni assume caratteri particolari e non sempre facilmente armonizzabili con il quadro dei principi generali sul riparto di giurisdizione.

A ben vedere, dunque, è necessario verificare se il giudice amministrativo sia oggi provvisto di una giurisdizione generale in "materia" di risarcimento del danno, ovvero (ed è questa la tesi prevalente e forse scontata) se rimanga comunque salva l'azionabilità dinanzi al giudice ordinario delle pretese risarcitorie correlate alla lesione di interessi legittimi nei casi in cui il provvedimento preteso illegittimo non sia stato impugnato, ovvero l'interessato sia decaduto, ovvero, ancora, il provvedimento non sia stato impugnato con successo. La seconda tesi, peraltro, è coerente con la nuova formulazione dell'articolo 7 della legge n. 1034 del 1971, operata dal legislatore del 2000, che indubbiamente sembrerebbe impostare le questioni relative al risarcimento del danno come afferenti i diritti patrimoniali consequenziali all'annullamento dell'atto; la seconda tesi, inoltre, sembra convergere sul percorso, tracciato in materia di risarcibilità degli interessi legittimi dalla suprema corte, in punto al riqualificato rapporto tra il diritto al risarcimento del danno ingiusto e la posizione giuridica soggettiva base o di partenza lesa dall'adozione o dall'esecuzione di un atto illegittimo.

Tali profili, dunque, non richiamano soltanto all'attenzione le problematiche di carattere generale relative al rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento nella giurisdizione del giudice amministrativo e del giudice ordinario, ma anche, nell'ambito della giurisdizione di quest'ultimo, quelle relative alla disapplicazione dell'atto amministrativo.

Benché attualmente il sistema di riparto di giurisdizione sia ancora in una fase di assestamento, va tuttavia evidenziato che la corte costituzionale, con la recente pronuncia 6 luglio 2004, n. 204, ha voluto ribadire la legittimità costituzionale delle norme che attribuiscono al giudice amministrativo, anche nell'esercizio della sua giurisdizione di legittimità, le questioni risarcitorie. La pronuncia in parola ha "riscritto" le disposizioni degli articoli 33 e 34 del d. lgs. n. 80 del 1998 (che devolvono alla giurisdizione esclusiva tutte le controversie in materia di pubblici servizi e di edilizia e urbanistica) e conseguentemente ha sancito il superamento del cosiddetto criterio dei blocchi di materie che, nell'impostazione delle

ultime legislazione in materia, aveva decisamente scavalcato il criterio di riparto della giurisdizione aderente all'impianto costituzionale e radicato sulla dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi. Sennonché, la corte ha affermato che la declaratoria di incostituzionalità non investe le disposizioni dell'articolo 7 della legge n. 205 del 2000 nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'articolo 35 del d. lgs. n. 80 del 1998 (che a propria volta aveva introdotto il comma terzo dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei TAR). Secondo il giudice delle leggi, "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione", in piena coerenza con quanto disposto dall'articolo 24 della costituzione.

L'opera collettanea in epigrafe risistema queste tematiche e dedica anche un'attenzione speciale a qualificare, nell'ambito della giurisdizione sia del giudice amministrativo che del giudice ordinario, l'illegittimità amministrativa in relazione all'individuazione dell'ingiustizia, della colpa e del danno e, in particolare, del danno ingiusto e di quello risarcibile.

Le finalità sistematiche dell'opera, specie attraverso una lucida disamina del quadro normativo e delle relative letture interpretative fornite dalla suprema corte di cassazione e dal consiglio di stato, sono assicurate dalla consistenza ed organicità dei singoli contributi, presentati dalla lucida ricostruzione introduttiva di E. FOLLIERI.

I primi due contributi vengono dedicati alla ricostruzione delle principali tematiche processuali nel mutato assetto. F. CANGELLI (*Il rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria nella giurisdizione del giudice amministrativo*) fissa lucidamente le tappe che hanno condotto alla svolta della legge n. 205 e all'attuale riparto di giurisdizione in "materia" risarcitoria, con speciale rilievo alle problematiche del risarcimento e degli "altri diritti patrimoniali consequenziali". L'Autrice si sofferma sulle problematiche della pregiudizialità, specie ove si determinino ipotesi di elusione del termine di decadenza, o di persistenza in vita di provvedimenti amministrativi illegittimi, o ancora di contrasto di giudicati; V. FANTI (*L'annullamento e la disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio di risarcimento dei danni innanzi al giudice ordinario*) ripercorre l'istituto della disapplicazione alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della suprema corte, dalla sentenza delle sezioni unite n. 500 alla sentenza della sezione seconda 27 marzo 2003, n. 4538, la quale ha affermato che l'antigiuridicità di un provvedimento autoritativo, quale dato essenziale per determinare l'applicabilità del paradigma dell'articolo 2043 c.c., non può essere accertata in via incidentale, ma deve essere accertata in via principale, atteso che al giudice amministrativo non è dato il potere di disapplicare atti amministrativi non regolamentari. Come sottolinea l'Autrice, in relazione al profilo della duplicità dei processi, i più recenti orientamenti della sezione semplice hanno in parte disatteso l'impostazione della sentenza n. 500 del 1999, che aveva superato il limite della pregiudizialità amministrativa per accertare davanti al giu-

dice on
strativa
come u
blemati
to succe
tica rim
mente, se
Co
questior
particol
dimenta
interessi
meramen
dell'azion
mente p
sfatti dal
all'eserci
ricevono
legge n.
zione giu
soggettiv
queste ul
L'ir
tivo e su
BERTI (
guente a pr
ca ammini
(La prova
GOLO (C
nell'art. 35
risarcimen
del thema
strano cor
gnatorio e
incompati
Non
Francia: M
in Inghilterr
nistrazione 1

dice ordinario le questioni risarcitorie correlate all'illegittimità dell'azione amministrativa e, dunque, alla lesione di un interesse legittimo. Il contrasto va registrato come un elemento negativo e d'instabilità del sistema. A prescindere dalla problematica sulle relazioni tra un pronunciato delle sezioni unite con un pronunciato successivo contrastante delle sezioni semplici, va riconosciuto che la problematica rimane aperta, ed è auspicabile che *l'evoluzione giurisprudenziale avvenga, naturalmente, senza salti in avanti o fughe all'indietro, oppure sincronicamente, a macchia di leopardo*.

Centrale, nell'opera collettanea, è l'attenzione dedicata al rapporto tra le questioni risarcitorie e la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive, in particolare di interesse giuridicamente rilevante e di interesse meramente procedimentale, grazie ai contributi di R. SALERNI (*Il risarcimento dei danni per lesione di interessi giuridicamente rilevanti*) e di E. FOLLIERI (*La tutela risarcitoria degli interessi meramente procedurali e il riparto di giurisdizione, conseguente alla pregiudizialità dell'azione di annullamento affermata dal consiglio di stato*). I cosiddetti interessi meramente procedurali vengono lucidamente definiti come quegli interessi "soddisfatti dal rispetto, da parte della pubblica amministrazione, delle regole imposte all'esercizio della funzione amministrativa e, in caso di violazione di tali norme, ricevono tutela in forma specifica (è il caso della disciplina di cui all'art. 22 della legge n. 241 del 1990), a prescindere dal loro rapporto strumentale con la situazione giuridica legata con il bene materiale della vita (interesse legittimo o diritto soggettivo) che può anche esservi e, in questo caso, si aggiunge la tutela propria di queste ultime situazioni giuridiche soggettive".

L'indagine ricognitoria dell'opera si sofferma, quindi, sull'elemento soggettivo e sulla selezione del danno attraverso vari interessanti contributi: O. CILIBERTI (*L'elemento soggettivo nella responsabilità civile della pubblica amministrazione conseguente a provvedimenti illegittimi*); G.G. INFANTINI (*La responsabilità civile della pubblica amministrazione per danni causati nell'esercizio di attività pericolose*); O. CILIBERTI (*La prova della quantificazione del danno risarcibile nel processo amministrativo*); L. MURGOLLO (*Condanna generica, accordo delle parti e ottemperanza per il risarcimento del danno, nell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998*); O. CILIBERTI (*Le forme possibili della domanda di risarcimento dei danni nel processo amministrativo. Tra azione riconvenzionale e ampliamento del thema decidendum*). Si tratta di tematiche e problematiche complesse, che mostrano come la natura del processo amministrativo, improntato al modello impugnatorio e del sindacato della legittimità dell'azione amministrativa, risulti talora incompatibile con l'accertamento e la quantificazione del danno.

Non manca, da ultimo, uno sguardo alle esperienze di Gran Bretagna e Francia: M.S. GIUSTO DE GUIDO (*La responsabilità della pubblica amministrazione in Inghilterra*); V.V. CUOCCI (*Tutela dei singoli e responsabilità civile della pubblica amministrazione nell'esperienza francese*).

FABRIZIO FIORINI