

I chiaroscuri della responsabilità dei funzionari pubblici. Talune implicazioni di Corte costituzionale n. 204 del 2004 e di Cass., S.U., n. 13659 del 2006.

1. La responsabilità dei funzionari è uno di quei temi che intercettano vari profili del diritto pubblico, dal costituzionale all'amministrativo ed ai vari settori di quest'ultimo, interessandone per l'appunto gli aspetti sostanziali generali, ma anche quel particolare settore rappresentato dalla giurisdizione contabile.

Invero, non è possibile prescindere dalla considerazione di quel personale che concretamente fa agire il soggetto giuridico pubblico, *id est* la persona reale dello Stato, per dirla con le parole di Donati, quel Maestro costretto all'esilio dal fascismo e mai più ritornato all'insegnamento ^[1]. E ciò vale sia per l'aspetto costituzionale, in relazione al quale spesso si è fatta notare la rilevanza delle forze politiche per la considerazione medesima dei fini assunti in Costituzione ^[2], sia per l'aspetto amministrativo, nelle cui trattazioni sono consuete le dinamiche sul personale e sulla burocrazia, sino a far definire, per l'appunto, burocratico lo Stato amministrativo sulle orme delle riflessioni di Weber ^[3].

Non è senza rilievo che alla responsabilità dei dipendenti pubblici fu dedicata una delle relazioni di Vincenzo Guelli all'interno dei lavori della Commissione Forti di preparazione alla futura Carta costituzionale ^[4]. Il fatto è che, per l'appunto, il problema della responsabilità dei funzionari è tipicamente di diritto costituzionale, attenendo ai profili di fondamento del sistema. Non è senza rilievo, allora, la circostanza che alla responsabilità dei funzionari sia dedicato l'art. 28 Cost., malgrado i problemi che la sua formulazione ha provocato ^[5].

Invero, oggi pochi si sentirebbero di convenire con il Giannini del 1964 secondo cui la responsabilità personale dei funzionari – pur contemplata dall'art. 28 Cost. – sarebbe azionata solo in quei sporadici casi di motivazioni metagiuridiche, giacché lo strumento sarebbe di quello che fanno molto strepito e poco danno ^[6].

Anzi, sebbene non sia mai stata prospettata esplicitamente, la nota resistenza all'ammissione della risarcibilità degli interessi legittimi trova fondamento e spiegazione – oltre che nella difficoltà di reperimento delle risorse ^[7] – certamente nella consapevolezza che la responsabilità *ex art. 2043 c.c.* (ma il discorso è più generale e vale per tutte le forme di responsabilità, anche quelle *ex 1337 ed ex 1218*) non può certo fermarsi a carico della p.a., senza spostarsi sugli autori materiali dell'illecito, o almeno tentarne l'individuazione.

Quello della responsabilità è, infatti, uno dei caratteri distintivi del pubblico impiego, che non potrebbe essere superato da nessuna riforma all'insegna della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro del personale pubblico. La responsabilità, appunto, accanto all'imparzialità del medesimo personale pubblico ed alla personalizzazione della p.a., sono gli elementi caratterizzanti il pubblico impiego ^[8], in un certo senso ancora più rilevanti del dominio della legge sull'organizzazione amministrativa ai sensi dell'art. 97 Cost.

2. Per il fatto di estendere la responsabilità civile dei dipendenti allo Stato ed agli altri enti pubblici, l'art. 28 Cost. si presta in astratto ad essere utilizzato per risolvere due problemi connessi, sebbene logicamente distinti, come quelli sulla responsabilità, rispettivamente, dell'amministrazione e dei dipendenti. La coincidenza dei due ambiti è apparsa, da questo punto di vista, un esito necessitato, il quale è stato sempre sullo sfondo delle tematiche in questione ^[9]. Invero, responsabilità dell'amministrazione e dei dipendenti si muovono su piani differenti e rispondono a logiche diverse, di modo che sono ben concepibili sistemi dove fosse predisposta ed assicurata solo la prima a tutela delle situazioni giuridiche dei privati lese da attività illecite riconducibili alla p.a. Ciò è quanto, del resto, avviene a proposito della responsabilità dell'impresa produttrice di beni o servizi, che assume i connotati della responsabilità obiettiva e prescinde di per sé dall'imputazione soggettiva del fatto

illecito al lavoratore dipendente [\[10\]](#).

Il fatto è che la responsabilità civile adempie ad una funzione di distribuzione dei danni cagionati dalle attività umane in base a criteri di valutazione sulla meritevolezza degli interessi implicati. Tali criteri risultano definiti da un ordinamento assai complesso e che integra previsioni costituzionali di valore, scelte del legislatore ordinario, decisioni giudiziarie, pressioni culturali. Dalla prospettiva civilistica risulta in un certo senso ineluttabile porre in primo piano la posizione della p.a., perché quest'ultima è il soggetto concretamente solvibile nella vicenda risarcitoria e, soprattutto, perché è il soggetto nel cui interesse è stata svolta l'attività danneggiante (o comunque è il soggetto al quale tale attività va riferita, anche perché non si è impedito l'evento illecito). Ma a questo riguardo il problema non è solo quello di fondare la responsabilità della p.a., quanto quello di "misurarne" l'entità: cioè quello di giudicare delle ipotesi risarcitorie in cui i soggetti pubblici sono trattati in maniera diversa rispetto agli altri. In questa prospettiva il riferimento costituzionale principale è il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., anche nella sua declinazione in termini di ragionevolezza [\[11\]](#).

La responsabilità del dipendente attiene, invece, ad un altro presupposto, che è quello della personalizzazione della p.a.: l'opportunità, cioè, di istituire un controllo *lato sensu* politico su chi esercita i poteri pubblici, che è poi la ricordata notazione di V. Gueli nel suo lavoro del 1946.

2. L'art. 28 Cost. si sta rivelando, però, uno strumento assai duttile, anche quale chiave di lettura di taluni processi di riforma che hanno investito le nostre istituzioni dai primi anni novanta dello scorso secolo. In fondo, personalizzazione della p.a. e responsabilità dei dipendenti vanno di pari passo. Vengono in rilievo a questo proposito una serie di istituti che valorizzano l'organizzazione personale, da quelli relativi alla dirigenza pubblica ai poteri del difensore civico, laddove sia istituito, nei confronti delle strutture burocratiche al fine di far perseguire efficienza e buon andamento all'attività amministrativa. Soprattutto, viene in considerazione la previsione sul responsabile del procedimento e sui rispettivi compiti, intesa, a tutta evidenza, a far risaltare competenze e connesse responsabilità. Anzi, nella prospettiva della personalizzazione della p.a., la disciplina sul procedimento amministrativo appare essere l'attuazione più coerente dell'art. 28 Cost.

Sempre in questa ottica e nel medesimo contesto può ricordarsi che la legge del 1990 fu preceduta da quella sulla responsabilità dei giudici di due anni prima, individuata a quel tempo e presentata come rimedio avverso la giustizia lenta. Anche la legge sulla responsabilità dei giudici ha dovuto non solo e non tanto tipizzare le ipotesi di illecito, quanto porre in primo piano le persone reali dei giudici autori delle attività poste in essere. Si vuol dire che nei più diversi settori responsabilità delle organizzazioni pubbliche e personalizzazione delle relative strutture vanno di pari passo e rispondono al medesimo intento.

Appunto la presenza dell'art. 28 Cost. induce a guardare con sospetto a quelle previsioni che limitano o addirittura esonerano da responsabilità i dipendenti: il riferimento è alle norme dei contratti collettivi che tendono a tenere indenne il funzionario di quanto lo stesso sia stato costretto a pagare a terzi in conseguenza di fatti illeciti riconducibili alle mansioni espletate [\[12\]](#). In realtà, la responsabilità civile della p.a. si trasforma tendenzialmente in responsabilità erariale a carico di amministratori e funzionari. Sul punto va, anzi, ricordato che la giurisprudenza contabile si è mostrata assai poco incline a riconoscere la legittimità di atti che addossino all'ente pubblico i costi per l'assicurazione della responsabilità erariale dei soggetti pubblici, ritenuta assolutamente personale [\[13\]](#).

D'altra parte, di troppa responsabilità la p.a. potrebbe anche soffocare [\[14\]](#): l'esposizione a responsabilità produrrebbe alla fine legalismo, inerzia ed inefficacia, oltre ad incentivare il ricorso a diffusi strumenti di assicurazione.

Preoccupazione diversa, ma non meno incisiva, è che l'affermazione di una forte responsabilità a carico dei funzionari finisca per tutelare gli interessi forti a scapito di quelli più deboli o di quelli adespoti o diffusi, quali sono tipicamente quelli ambientali, i quali non hanno abbastanza vigore per imporsi di fronte agli interessi di derivazione imprenditoriale (con i noti riflessi, oltretutto, su quelli occupazionali).

3. A questo punto possono considerarsi due esempi di responsabilità del personale pubblico. Le

ipotesi riportate, infatti, non sembrano valere solo di per sé, ma paiono avere riflessi importanti sui rapporti sostanziali tra p.a. e soggetti privati, giacché introducono elementi di considerazione che poco hanno a che fare con il tema della responsabilità personale dei funzionari, ma al contrario inducono a ripensare al più complesso tema della posizione attribuita all'amministrazione nel nostro ordinamento.

Il primo esempio è preso dalla legislazione sugli enti locali. Come è noto, a seguito di uno sviluppo normativo piuttosto complesso, gli artt. 191 e 194 t.u.e.l. dispongono che «nel caso in cui vi [sia] stata l'acquisizione di beni e servizi in violazione» degli obblighi procedurali indicati in precedenza, «il rapporto obbligatorio intercorre, ai fini della controprestazione e per la parte non riconoscibile ai sensi dell'art. 194, comma 1, lettera e), tra il privato fornitore e l'amministratore, funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura» (art. 191). Con deliberazione consiliare si può procedere al riconoscimento fuori bilancio del debito derivante dall'acquisizione «di beni e servizi, in violazione degli obblighi [indicati], nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza» (art. 194). L'esigenza di impedire contabilità fuori controllo negli enti locali (ma solo in questi) ha indotto ad intervenire sulla dinamica contrattuale, attraverso una creativa manipolazione legislativa del rapporto contrattuale, che fa gravare sul terzo oneri di informazione eccessiva (ad esempio sulle competenze interne dell'ente locale) rispetto al modello civilistico. Ne è prova la circostanza che risultano oggetto di applicazione particolare i «lavori pubblici di somma urgenza, cagionati dal verificarsi di un evento eccezionale o imprevedibile» (art. 191, comma 3), passibili di regolarizzazione, ma appunto per questo fonti di obblighi a carico dell'ente locale come dell'esecutore. In ordine a tali lavori, cioè, 'ritorna' la regola del rapporto tra soggetto pubblico e privato contraente anche in assenza degli obblighi procedurali la cui osservanza è altrimenti anche a carico di quest'ultimo (per l'individuazione legislativa di un diverso soggetto debitore non sempre solvibile). In maniera paradossale al privato è richiesto di individuare le ragioni di urgenza e di eccezionalità che giustificano i lavori: si sposta, cioè a dire, sul soggetto privato un onere di verifica sul rispetto delle regole pubblicistiche da parte dell'altro contraente (solo perché pubblico) che appare sproporzionato rispetto ad ogni altra fattispecie di rapporto negoziale.

Si tratta con evidenza di una normativa stabilita per porre l'accento sulla responsabilità dei funzionari locali. Al tempo stesso si rivela una tipica soluzione di compromesso: lo manifesta la sentenza della Corte costituzionale che si era occupata della previsione normativa al suo primo apparire, e che ha ammesso la sussistenza dell'arricchimento senza causa a favore dell'ente locale in una vicenda di lavori di somma urgenza ^[15]. Infatti, per la Corte «sussistono in favore del funzionario (o amministratore) le condizioni affinché egli possa esercitare l'azione ex 2041 cod. civ. verso l'ente nei limiti dell'arricchimento da questo conseguito; dall'altro, e per conseguenza, il contraente privato è legittimato, *utendo iuribus* del funzionario (o amministratore) suo debitore, ad agire contro la pubblica amministrazione - anche contestualmente alla proposizione della domanda per il pagamento del prezzo nei confronti di costui - in via surrogatoria ex art. 2900 cod. civ. "per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni" quando il patrimonio del funzionario (o amministratore) non offra adeguata garanzia». L'argomento è pienamente adoperabile ancora oggi a proposito della disciplina contenuta nel t.u.e.l. Ma ciò significa che l'arricchimento dell'ente pubblico è sempre sullo sfondo, e l'arricchimento porta con sé un obbligo di restituzione del vantaggio e/o di reintegrazione della sfera patrimoniale altrui. La responsabilità personale dell'amministratore o del funzionario è solo – e non può essere diversamente – uno strumento tecnico, per così dire, per intercettare comunque la responsabilità dell'ente pubblico. Del resto, a ammettere l'ispirazione solidaristica di talune letture della responsabilità civile, così come non si accettano ipotesi di danno che non siano in qualche maniera coperte (risarcite o indennizzate: si pensi alle fattispecie in materia di vaccinazioni obbligatorie o solo incentivate dal soggetto pubblico, o alle più recenti affermazioni sulla responsabilità da fumo, *id est* per le mancate previsioni da parte del legislatore di obblighi di informazione sui danni da fumo) ^[16]; allo stesso modo, risultano difficilmente accettabili nella coscienza sociale (e, quindi, nella medesima cultura giuridica) ipotesi di vantaggio a favore dell'ente pubblico non 'coperte' da controprestazioni da parte di quest'ultimo.

4. L'altro esempio relativo alla responsabilità personale del funzionario è tratto dall'ipotesi di

occupazione illegittima, nella specie di occupazione appropriativa. Sull'annosa vicenda la giurisprudenza costituzionale ha avuto essenzialmente riguardo alla misura dell'indennità. Trale tante decisioni sul tema la sentenza n. 369 del 1996 ^[17] va ricordata per un passaggio, e precisamente quello secondo cui «sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca (ex art. 3 Costituzione), poiché nella occupazione appropriativa l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la parificazione del quantum risarcitorio [disposto dall'art. 5-bis, d.l. n. 333 del 1992, come convertito dalla l. n. 359 del 1992] alla misura dell'indennità si prospetta come un di più che sbilancia eccessivamente il temperamento tra i contrapposti interessi, pubblico e privato, in eccessivo favore del primo. Con le ulteriori negative incidenze, ben poste in luce dalle varie autorità rimettenti, che un tale "privilegio" a favore dell'amministrazione pubblica può comportare, anche sul piano del buon andamento e legalità dell'attività amministrativa e sul principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato». In sede di rimessione, infatti, la Corte di appello di Napoli aveva notato che «se dalla violazione del diritto soggettivo di proprietà attraverso l'occupazione appropriativa non derivano conseguenze diverse da quelle tipiche dell'ablazione secondo le procedure di legge, il pubblico funzionario non potrà essere chiamato a rispondere di alcun illecito sostanziale, avendo la stessa norma dichiarato irrilevante l'illecito formale. Dal che appunto, il paventato *vulnus* del principio della diretta responsabilità dei pubblici funzionari» prevista dall'art. 28 Cost.

La decisione conteneva uno spunto – forse solo un accenno – alla possibilità di ritenere la piena responsabilità del funzionario per l'intero danno procurato al privato illegittimamente espropriato, del danno cioè corrispondente alla perdita del bene stimato secondo il suo valore di mercato. L'estensione della responsabilità all'ente pubblico ex art. 28 Cost. avrebbe potuto condurre ad addossare all'amministrazione tale danno, eludendo la normativa in tema di indennizzo.

Il richiamo alla responsabilità dei funzionari fu ripreso nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Lecce nel giudizio che fu, poi, definito con la sentenza n. 148 del 1999 ^[18]. In quell'occasione, oggetto del rinvio era l'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, che modificava l'art. 5-bis del d.l. n. 333 del 1992, sempre per le ipotesi di occupazione acquisitiva venute in essere prima del 30 settembre 1996. Anche in quella vicenda uno dei parametri costituzionali invocati era l'art. 28 Cost., ma questa volta solo perché si sarebbe prodotto l'esonero della responsabilità contabile dei funzionari in contrasto con la norma richiamata. Ma la Corte costituzionale 'salvò' la disciplina impugnata. Riferita alla responsabilità amministrativo-contabile la Corte ebbe buon gioco nel ritenere che «egualmente deve essere escluso che dalla norma denunciata possano derivare esoneri o limitazioni di responsabilità per i pubblici funzionari, i quali continueranno a rispondere secondo le regole ordinarie per i danni che abbiano arrecato alla pubblica amministrazione con il loro comportamento negligente che abbia determinato l'illegittimità della procedura espropriativa, danno che non si esaurisce solo nelle somme maggiori che l'amministrazione è tenuta a corrispondere per gli indennizzi, ma anche per i ritardi nel compimento dell'opera pubblica e per l'aggravio di lavoro che il contenzioso arreca quasi sempre alla pubblica amministrazione. Del resto la vastità del fenomeno delle occupazioni acquisitive e la abnorme frequenza di mancata conclusione regolare delle procedure espropriative in alcune zone e regioni deve indurre gli organi titolari delle azioni di responsabilità, nelle diverse sedi, a verificare la sussistenza di ipotesi di dolo. Ciò induce a ritenere infondati, oltre ai profili relativi all'art. 28 della Costituzione, anche quelli riferiti all'art. 97 della Costituzione, in quanto non sono certamente l'entità dell'indennizzo, o la responsabilità conseguente, ad incidere sul buon andamento dell'amministrazione. Questo non deriva, se non in misura marginale, dall'affermazione di responsabilità patrimoniale più o meno estesa a carico dei funzionari, ma piuttosto dai sistemi di controlli sulla legalità dell'azione dei singoli organi, dall'esercizio dei poteri disciplinari di fronte alla colpevole negligenza nel condurre le procedure di espropriazione e nell'esercizio dei poteri-doveri di denuncia e di rapporto rispetto a comportamenti a carattere doloso, profili che nulla hanno in comune con la norma denunciata».

In altri termini, come anticipato, la sentenza n. 369 del 1996 conteneva uno spunto per affermare la responsabilità dei funzionari per l'intera misura del danno sofferto dai privati in occasione di espropriazioni illegittime. Ad approfondire quello spunto ed a portarlo alle sue conseguenze applicative la sentenza profilava l'azione diretta del danneggiato nei confronti del funzionario autore dell'atto di espropriazione illegittimo o, comunque, autore di un'immissione in possesso poi

riconosciuta illecita. Una volta affermata, poi, tale forma di responsabilità e la sua estensione, la presenza dell'art. 28 Cost. avrebbe consentito di estendere la responsabilità all'ente pubblico: il risarcimento dell'intero danno sofferto (e non il semplice indennizzo) era dietro l'angolo, per così dire. E si sarebbe trattato di un risarcimento integrale, giacché sulla base dei principi generali – ed in assenza di diversa disciplina al riguardo – la misura della rifusione da riconoscere al privato per il danno sofferto non avrebbe potuta essere che piena.

I tempi futuri mostreranno se lo strumentario indicato avrà possibilità di realizzarsi: ancora una volta, però, la responsabilità dei funzionari è solo un 'espediente tecnico' per il raggiungimento di un risultato che graverebbe sulla p.a.

In questa prospettiva anche le limitazioni di una nota giurisprudenza che sempre in ipotesi di occupazione illegittima ha limitato il risarcimento alle possibilità legali di edificazione [\[19\]](#), potrebbero essere superate se solo si pensa (non solo ai tanti condoni edilizi intervenuti nel nostro Paese, i quali hanno premiato l'uso distorto del territorio ed arricchito chi ha costruito abusivamente prescindendo dalla qualificazione legale dell'area, ma anche) alla necessità che il danno sia risarcito in tutte le sue manifestazioni – sempre a qualificarlo ingiusto ed a poterlo provare [\[20\]](#).

Del resto, il vizio originale dell'occupazione acquisitiva, per così dire, è dato dall'idea che il legislatore possa disporre liberamente delle qualificazioni sul danno e della misura del risarcimento dovuto, specie quando i soggetti debitori siano pubblici, ovvero che possa disciplinare i tempi di adempimento dell'obbligazione risarcitoria. Le osservazioni sui tempi dell'intervento legislativo contenute nella sentenza n. 148 del 1999 suonano, da questo punto di vista, quasi beffarde dell'interesse dei privati: «Innanzitutto la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sentenze n. 369 del 1996; n. 132 del 1985). In casi eccezionali il legislatore può ritenere equa e conveniente una limitazione al risarcimento del danno: nel caso delle occupazioni appropriate "sussistono in astratto gli estremi giustificativi di un intervento normativo ragionevolmente riduttivo della misura della riparazione dovuta dalla pubblica amministrazione al proprietario dell'immobile che sia venuto ad essere così incorporato nell'opera pubblica" (sentenza n. 369 del 1996). L'eccezionalità del caso appare giustificata nella fattispecie soprattutto dal carattere temporaneo della norma denunciata, che rimane inserita in un testo normativo con le caratteristiche, da un lato, della dichiarata temporaneità, collegata alla emanazione di una nuova disciplina organica per tutte le espropriazioni preordinate alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, dall'altro, della finalità egualmente temporanea e di emergenza, rivolta a regolare situazioni passate».

A questa ricostruzione va opposto che proprio nei casi eccezionali ogni giudice – compreso quello costituzionale – dovrebbero esercitare uno *strict scrutiny*. Anche se apprezzata ed individuata dal legislatore, l'eccezionalità interviene pur sempre su un assetto di interessi sociali che reclamano un trattamento eguale anche in ordine ai tempi. Da questo punto di vista non può convenirsi sul riconoscimento di una piena discrezionalità del legislatore nel 'misurare' l'entità del risarcimento dovuto ovvero di definire il periodo temporale che funga da criterio di discriminazione tra l'una e l'altra fattispecie. Non si comprende, in altri termini, perché l'espropriazione illegittima avvenuta prima di una data produca effetti risarcitori diversi da quella intervenuta successivamente. Alla giurisprudenza costituzionale si richiedeva per questo di elaborare criteri di sindacato più intensi che non si limitassero all'accettazione di una sorta di autoqualificazione del legislatore circa la sussistenza delle cause di eccezionalità e si spingessero, invece, sino ad apprezzare il *quantum* del risarcimento dovuto. Nella medesima prospettiva, sotto un profilo generale, la garanzia di un giusto indennizzo ex art. 42 Cost. che si avvicini al valore di mercato del bene espropriato, non sta nel riferimento alla situazione normativa preesistente all'entrata in vigore della Costituzione [\[21\]](#), ma nell'impossibilità del legislatore di intervenire nel mercato a qualificare gli 'acquisti' dei soggetti pubblici (per non parlare dei 'suoi' illeciti) in maniera diversa rispetto a tutti gli altri soggetti. Che l'indennizzo sia nella misura del risarcimento - *rectius* della perdita del bene espropriato e, quindi, del suo valore di mercato - si fonda sul principio di eguaglianza, per il quale il singolo non può essere privato della sua proprietà se non dietro corresponsione di un ristoro equivalente, giacché altrimenti verrebbe ad essere leso il diritto del soggetto ad essere trattato in maniera eguale; ed ancora si sostanzia del principio di solidarietà (che non è certo l'obbligo di sentirsi solidali, ma al contrario) esige che sia l'intera collettività a farsi carico del sacrificio richiesto al singolo.

Da tempo, del resto, si è notato che solo a tali condizioni potrebbe rendersi neutrale l'intervento pubblico di pianificazione urbanistica ed evitare di trattare la proprietà immobiliare in maniera diversa dalle altre forme di ricchezza [\[22\]](#).

5. L'affermazione di responsabilità per lesione di interessi legittimi al termine di una annosa evoluzione sta proponendo questioni processuali e sostanziali piuttosto intricate, al limite artificiali nel senso, almeno, che per taluni versi appaiono il frutto del nostro impianto di giustizia amministrativa e dei suoi sviluppi [\[23\]](#), specie a seguito delle sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 [\[24\]](#).

Sotto il profilo della responsabilità personale dei funzionari, la concentrazione al giudice amministrativo della cognizione ad opera della l. n. 205 del 2000 avrebbe dovuto condurre alla giurisdizione amministrativa l'azione svolta ai sensi dell'art. 28 Cost. L'assegnazione della giurisdizione secondo il criterio del blocco per materie avrebbe dovuto indurre a riconoscere la giurisdizione amministrativa anche nelle ipotesi di azione intentata contro il dipendente.

La Cassazione, nell'ordinanza n. 13659 del 2006, ha però accolto una soluzione assai diversa. Le SS.UU. hanno ripercorso le ragioni dell'attribuzione di giurisdizione al giudice ordinario o a quello amministrativo, quasi a sviluppare ed a razionalizzare gli esiti della pronuncia della Corte costituzionale intervenuta a 'bocciare' il criterio del blocco per materie [\[25\]](#).

Il rifiuto della c.d. pregiudiziale amministrativa in nome dell'art. 24 Cost. ha portato a ritenere che «il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il giudice amministrativo avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene».

Questo è un primo passaggio dell'ordinanza assolutamente fondamentale: il rifiuto di tutela ad opera del giudice amministrativo conduce, infatti, a far assumere alla Corte di Cassazione il ruolo di assicurare la tutela giudiziaria, e di conseguenza quello di farsi garante in concreto del rispetto degli artt. 24, 111 (nuovo testo), 113 e – sullo sfondo, ovviamente, del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 [\[26\]](#).

Un secondo passaggio dell'ordinanza delle Sezioni Unite attiene alla responsabilità dei funzionari.

La Cassazione è stata netta nell'affermare «la giurisdizione ordinaria sulla controversia promossa nei confronti del» dipendente pubblico. Poiché «l'azione risarcitoria è proposta nei confronti del funzionario in proprio, e, quindi, nei confronti di un soggetto privato, distinto dall'amministrazione, con la quale, al più, può risultare solidalmente obbligato (art. 28 Cost)», «la questione di giurisdizione ... va risolta esclusivamente sulla base dell'art. 103 Cost., che non consente di ritenere che il giudice amministrativo possa conoscere di controversie di cui non sia parte una pubblica amministrazione, o soggetti ad essa equiparati» [\[27\]](#).

La soluzione non appare convincente: è vero che l'art. 28 Cost. aggiunge uno strumento di tutela a quanto già previsto dall'ordinamento, ma l'idea che ci si rivolga a giudici diversi per lo stesso fatto e che la solidarietà civilistica ivi disposta tra dipendente e p.a. non si traduca in obbligo di (connessione e di) riunione non pare soddisfare quell'esigenza di razionalizzazione che è condizione del buon andamento, che l'art. 97 Cost. prescrive per ogni organizzazione pubblica, ivi compresa l'amministrazione della giustizia [\[28\]](#).

Tranne a ritenere che la responsabilità dei funzionari sia una sorta di cavallo di Troia per limitare e contenere la giurisdizione amministrativa, giacché al giudizio (ordinario) si porta quel medesimo fatto della vita che è oggetto in astratto della giurisdizione amministrativa. E' vero che il giudice ordinario non potrebbe tuttora modificare o revocare l'atto amministrativo ai sensi dell'art. 4, l. 2248 [\[29\]](#), ma è pur vero che lo strumento risarcitorio – a carico dei soggetti che concretamente fanno agire l'ente pubblico – è ben più di uno strumento di conformazione e di indirizzo sulle scelte dei soggetti che pongono in essere attività economiche [\[30\]](#). Anzi, si individuerebbe una funzione ulteriore e diversa della responsabilità civile rispetto a quelle sino adesso indicate: sanzionatoria, di redistribuzione dei beni, di prevenzione, ecc. [\[31\]](#). In altri termini, assegnare al giudice ordinario di conoscere della

responsabilità dei funzionari amministrativi significa di fatto attribuirgli la compiuta cognizione sulla responsabilità civile della p.a., ed individuare uno strumento surrogatorio dell'impugnazione e manipolativo negli esiti che consentirebbe al privato di scegliersi di volta in volta la giurisdizione. In realtà, la conseguenza della decisione accolta dalle Sezioni Unite è quella di spezzare la giurisdizione su un fatto di vita – fonte di responsabilità civile a carico dei dipendenti e della p.a. – in dipendenza dei soggetti coinvolti: ma ciò significa puramente e semplicemente reintrodurre l'immagine di un giudice amministrativo speciale *ratione subiecti*: non più un giudice della funzione pubblica, ma un giudice della p.a. intesa, per l'appunto, come soggetto e come apparato.

Se si dovesse leggere l'attuale stato di sviluppo del nostro ordinamento – come ricostruito dalla citata ordinanza delle Sezioni Unite - alla stregua delle sentenze costituzionali n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, al funzionario dovrebbe sempre essere ascrivibili comportamenti e mai atti. Il dipendente risponde dei primi, la p.a. dei secondi. A tutta evidenza si tratta di un'ipocrisia istituzionale. Per quanto si è già notato, il sistema non reggerebbe più giacché prevederebbe due giudici per lo stesso fatto, a seconda dei soggetti coinvolti, su decisione dell'attore-soggetto privato. Poiché l'art. 28 Cost. consente in ogni caso l'ingresso nel giudizio civile dell'ente pubblico, la giurisdizione sarebbe di fatto alternativa, nel senso che l'attore privato potrebbe benissimo scegliere quella ordinaria o quella amministrativa.

6. Soprattutto, la tesi secondo cui il rifiuto di tutela significa non solo cattivo esercizio dei poteri di cognizione, ma integra una questione di giurisdizione, sindacabile in Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., implica talune conseguenze idonee a modificare intensamente l'attuale assetto delle giurisdizioni.

L'idea di giurisdizione è sempre stata legata a quella di una 'grande' attribuzione. A dir meglio: nei rapporti tra i diversi organi giudiziari la giurisdizione – frutto della situazione giuridica fatta valere – era l'equivalente della nozione di attribuzione utilizzata in contrapposto alla competenza per spiegare le grandi articolazioni dell'amministrazione ministeriale [32]. Non è un caso che in molte trattazioni istituzionali spesso la giurisdizione non è definita in positivo, ma quasi presupposta ed oggetto di intuizione [33]. Ma se nelle trattazioni del primo Novecento era abbastanza agevole riferirsi ai giudici amministrativi 'speciali' sulla base della caratterizzazione del soggetto che ne era parte e della considerazione prestata alla sua attività, se in altri termini poteva ammettersi la concezione di giudici speciali in ragione dei soggetti coinvolti, ciò non è più possibile dopo la Costituzione, giacché quello amministrativo non è affatto – né lo può mai essere – un giudice minore rispetto a quello ordinario [34].

In realtà, l'idea che l'affermazione della pregiudizialità amministrativa integri un problema di giurisdizione ai sensi dell'art. 111 Cost. sotto il profilo del difetto di tutela significa che vi sono limiti interni della medesima giurisdizione, che nulla hanno più a che fare con la giurisdizione come la si conosceva e come la si è sinora comunemente concepita e spiegata. Per un verso, in realtà, il più recente svolgimento si pone sulla stessa linea del consolidato orientamento che individua problemi di giurisdizione ex art. 111 Cost. nei difetti di costituzione del giudice amministrativo [35]: anche nelle fattispecie venute in esame il problema all'attenzione della Cassazione era in fondo quello di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva davanti ad un giudice terzo ed imparziale, e non semplicemente quello di assicurare il rispetto delle funzioni in astratto assegnate all'ufficio giudiziario. In tale prospettiva potrebbe anche chiedersi se non possa prefigurarsi un'ipotesi di responsabilità civile a carico del soggetto che abbia continuato ad esercitare le funzioni di giudice dopo la cessazione dal mandato e se ad una vicenda del genere debba applicarsi la l. n. 117 del 1988 con le limitazioni ivi disposte.

Per il resto, il sistema di riparto tra le giurisdizioni ha raggiunto caratteristiche così elevate di complessità [36], da lasciarsi sullo sfondo la tradizionale distinzione tra diritto ed interesse.

A coglierne le implicazioni, l'ordinanza 13659 del 2006 dice molto di più, e cioè che le volte in cui al giudice amministrativo fosse addebitabile un errore riconducibile ad un vuoto o ad un difetto di tutela, si porrebbe un problema di giurisdizione ai sensi dell'art. 111 Cost. e che la Cassazione sarebbe disponibile a censurare l'errore e probabilmente a rimettere la decisione sul merito di nuovo al giudice amministrativo. Dalla giurisdizione quale limite esterno, nozione omologa – lo si ripete –

all'attribuzione del diritto amministrativo sostanziale, si passerebbe ad una nozione di giurisdizione quale limite interno relativo al corretto esercizio dei poteri di cognizione. Inoltre, dalla possibilità del solo annullamento della decisione viziata per errori sulla giurisdizione si dovrebbe accedere all'idea di utilizzare lo strumento del rinvio ex artt. 383-384 c.p.c., con l'indicazione del punto di diritto che il giudice amministrativo dovrebbe applicare. In evenienze del tipo prefigurato dalla pronuncia, infatti, l'annullamento della sentenza amministrativa ai sensi dell'art. 382, u.c., c.p.c., non ha motivo di essere giacché non soddisferebbe l'esigenza di tutela giurisdizionale: bisognerebbe sempre rivolgersi al giudice amministrativo per ottenere il risarcimento dovuto. Ciò apre la strada a fare della Cassazione il giudice della legittimità delle decisioni adottate da tutti i giudici presenti nel nostro ordinamento, 'unificando' verso l'alto le giurisdizioni molto più di quanto la lettura tralatizia dell'art. 111 Cost. ha sinora permesso di fare. Il modello originario del giudizio per Cassazione, inteso ad assicurare la legittimità delle sentenze dei giudici di merito, cioè a dire il corretto uso dei poteri giudiziari, avrebbe una forza propria assolutamente capace di ridurre ad unità l'intero assetto delle giurisdizioni.

Inoltre, le applicazioni del principio indicato dalla Cassazione, secondo cui il rifiuto di tutela sarebbe sindacabile attraverso il ricorso ex art. 111 Cost., potrebbero continuare.

Un caso ormai sempre più frequente potrebbe essere dato dal rifiuto del giudice amministrativo di sollevare questione di pregiudizialità comunitaria ai sensi dell'art. 234 Tratt. Cee. Sul punto la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ha progressivamente esteso la sua capacità di presa sugli ordinamenti giudiziari statali [\[37\]](#). Se la sentenza *Cilfit* del 1982 [\[38\]](#) la Corte di giustizia riteneva pressoché insindacabile la decisione del giudice di sollevare la questione, la più recente sentenza *Traghetti del Mediterraneo* [\[39\]](#) ha ritenuto che integri una violazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale la mancata sollevazione della questione di pregiudizialità in uno con il mancato rispetto delle previsioni comunitarie nell'esercizio dell'attività interpretativa. Ciò sotto il profilo comunitario; sotto il profilo interno la decisione del giudice amministrativo che non promovesse la questione di pregiudizialità al Tribunale del Lussemburgo, sarebbe sindacabile in Cassazione per rifiuto della giurisdizione e si individuierebbe in tal modo un livello ulteriore di controllo.

Ulteriori casi in cui la sentenza amministrativa (o del giudice contabile) sarebbe censurabile in Cassazione - sempre secondo il modello di un cattivo esercizio dei poteri di cognizione che si rifletta e trasmodi in rifiuto di giurisdizione e/o di tutela - potrebbero essere dati dalle ipotesi di violazione del contraddittorio. La regola del contraddittorio è oggi consacrata dall'art. 111 Cost. e dà fondamento ai vizi di ultrapetizione ed extrapetizione della sentenza, che pure sono molto più frequenti delle ipotesi di scuola, e che manifestano una profonda violazione dell'art. 24 Cost., giacché nessuno può difendersi nei confronti di ciò che passa nella mente del decidente e non è sottoposto al contraddittorio processuale. In fondo, la ricorrenza dei casi in cui è infranto il principio del contraddittorio mostra la scarsa cultura del processo che tuttora alligna nel nostro ordinamento e dell'ignoranza che copre le implicazioni applicative che discendono dall'art. 6 Cedu. A proposito del processo amministrativo, poi, andrebbe verificata la compatibilità con il principio del contraddittorio inteso in senso sostanziale del c.d. criterio acquisitivo che consente un ampio utilizzo di poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice [\[40\]](#).

Comunque, anche a proposito di tutti questi profili si porrebbero problemi di corretto uso dei poteri e di legittimità della decisione, che trapasserebbero in problemi di giurisdizione sindacabili in Cassazione.

7. Questi sono in parte gli effetti della sentenza n. 204 del 2004, anche se probabilmente si tratta di esiti non previsti e certamente non voluti da una decisione così legata alla volontà di assicurare perdurante rispetto all'intenzione originaria del Costituente e di salvaguardare la distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Alla Corte costituzionale può essere rimproverato di essere andata alla ricerca e di voler imporre una nozione di teoria generale di potere, di atti e di comportamenti, trascurando che il legislatore ha certo la possibilità di ridefinirne continuamente i confini e che, poi, è l'interprete a leggere e rileggere di continuo fattispecie normative e fattispecie di fatto. Già in sede di teoria generale si fa comunemente notare che a far diventare atto il fatto esistenziale è la scelta dell'ordinamento che dà rilievo all'elemento volontaristico. Analogamente, a proposito della

distinzione delle fonti in fatti ed atti, si è spiegato che ogni ordinamento definisce le proprie fonti dando risalto all'elemento soggettivo [\[41\]](#).

Ancora: appare difficile individuare la natura del potere e distinguere quello esercitato in ambito privato [\[42\]](#) da quello pubblico o da quello sociale [\[43\]](#), che pure ha connotazioni sostanzialmente pubblicistiche.

Oggi, poi, è il diritto sopranazionale a rendere avvertiti nei confronti delle distinzioni operate dal diritto statale, specie quelle di pretesa teoria generale. Si vuol dire che sembra affermarsi un modello in cui si avverte con forza la valorizzazione del fatto e del suo giudice.

Questo è, del resto, il modello della Corte di Strasburgo, ove si mette in evidenza il fatto, cioè a dire la violazione del diritto, e non la regola astratta. Ciò che importa, infatti, è l'episodio che ha dato vita alla violazione del diritto garantito dalla Convenzione, a prescindere dalla circostanza che l'infrazione discenda dalla legge, da una sentenza o da un comportamento materiale di un agente amministrativo. E' vero che l'efficacia delle decisioni della Corte europea è dichiarativa ed il relativo contenuto è solo risarcitorio; è vero pure che possono verificarsi ipotesi in cui le sentenze adottate dagli organi giurisdizionali statali rimangono ferme a regolare i rapporti giuridici, specie dopo che l'illecito da parte dello Stato si è verificato; oppure che la misura dell'indennizzo non è sempre rapportata al risarcimento del danno subito, come in tema di ragionevole durata del processo. Ma è altrettanto vero che, pur nella sua 'rozzezza', il modello mostra di funzionare, anzi risulta particolarmente aggressivo.

Non a caso, sembra di scoprire una sua diretta influenza sullo stesso Tribunale del Lussemburgo, tutte le volte in cui quest'ultimo riduce a fatto (la mancata applicazione del diritto comunitario, che di per sé costituisce un illecito) ogni genere di evento che possa portare a tale esito, ancora una volta senza prestare rilievo al caso che ciò sia imputabile al legislatore, all'amministrazione o al giudice, come nel caso *Köbler* [\[44\]](#) in cui la violazione del diritto comunitario era addebitabile all'interpretazione giudiziaria del diritto, o come nel caso *Turner* [\[45\]](#), ove sono stati ritenuti incompatibili con il sistema comunitario le medesime procedure giudiziarie.

In tutti questi casi, ma più in generale nel modello di giudizio, rileva il fatto e non la previsione normativa in astratto. A fatto è ridotta, persino, la disciplina costituzionale, come nel caso *Kreil* [\[46\]](#), (che potrebbe definirsi la risposta del Tribunale del Lussemburgo alla *Maastrichtsurteil* del *Bundesverfassungsgericht*) [\[47\]](#), in cui è venuta in discussione la regola posta dall'art. 12a del *Grundgesetz* circa il servizio militare armato per i soli uomini, e che si è concluso con la dichiarazione che la direttiva 76/207 sulla parità di trattamento tra lavoratori di sesso maschile e femminile «osta all'applicazione di disposizioni nazionali, come quelle del diritto tedesco, che escludano le donne dagli impieghi militari».

Una vicenda che ha interessato il nostro Paese è piuttosto recente e riguarda anche in questo caso norme costituzionali, nella specie l'obbligo del concorso per l'accesso ai pubblici uffici. Va ricordato che la distinzione tra impiego pubblico e privato sembra talvolta acquistare nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana natura quasi ontologica [\[48\]](#), come nelle decisioni che hanno avuto ad oggetto l'esclusione dell'indennità giudiziaria per le donne magistrato durante il periodo di congedo legale per maternità [\[49\]](#). Ora, siffatta differenza non ha alcun senso in ambito comunitario, giacché in tale contesto si tratta solo di valutare se al lavoratore vadano accordate le garanzie assicurate dal Trattato istitutivo e dal diritto derivato. Ne ha fatto, appunto, una recente applicazione la stessa Corte di giustizia [\[50\]](#), che ha affermato la violazione del diritto comunitario da parte della Repubblica italiana, la quale si era rifiutata di «riconoscere l'esperienza professionale e l'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga presso un'amministrazione pubblica di un altro Stato membro da cittadini comunitari successivamente impiegati nel settore pubblico italiano, con la motivazione che i detti cittadini non avrebbero superato alcun concorso prima di esercitare la loro attività nel settore pubblico di tale altro Stato». In altri termini, la Repubblica italiana ha preteso fondarsi sull'art. 97 Cost. e sulla regola lì disposta del concorso per l'accesso ai pubblici uffici. La Corte di giustizia, invece, ha accolto la richiesta della Commissione [\[51\]](#) ed ha riconosciuto «che il rifiuto [opposto

dall'Italia] ... non può essere ammesso dato che ... non tutti gli Stati membri assumono i dipendenti del loro settore pubblico in questo solo modo. La discriminazione può essere evitata solo tenendo conto dei periodi di attività analoga svolta nel settore pubblico di un altro Stato membro da una persona assunta conformemente alle condizioni locali».

La sentenza è significativa ai fini qui in rilievo giacché conferma la tesi che la natura pubblica o privata del rapporto di lavoro non esplica alcuna influenza al fine di stabilire se si è di fronte ad una violazione del Trattato CEE. L'eventuale presenza di disposizioni costituzionali non fa modificare posizione alla Corte di giustizia. Anzi, il diritto comunitario induce a sminuire il peso specifico di talune previsioni costituzionali, cui non può essere assegnato rango assiologico idoneo a farle configurare quali controlimiti alle cessioni di sovranità. Invero, tutto l'impianto comunitario induce ormai a ripensare alle categorie giuridiche nazionali anche in tema di situazioni giuridiche protette, assetti giurisdizionali, fondamento e misura delle responsabilità da riconoscere ai soggetti di un ordinamento sempre più integrato. L'attenzione prestata all'esigenza di assicurare tutela ai diritti – quali riconosciuti dalle carte costituzionali, dalle convenzioni sopranazionali, dagli orientamenti giurisprudenziali - induce a guardare ai vari strumenti adoperati come a mezzi utili per il raggiungimento di siffatta tutela con sufficiente grado di effettività, ma al tempo stesso come a soluzioni contingenti, da 'misurare' alla stregua delle finalità assunte. La responsabilità dei funzionari è, appunto, uno strumento, non il fine.

[1] D. DONATI, *La persona reale dello Stato*, 1921, poi in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, II, 229 ss.

[2] Da F. LASSALLE, *Ueber Verfassungswesen*, 1862, in *Gesamtwerke*, Leipzig, I, 40 ss., trad. it. *Delle Costituzioni*, Roma, 1902, 6 ss., ove l'intuizione che la «costituzione forma le legge fondamentale di un paese» e che questa alluda agli «effettivi rapporti delle forze che sussistono in una determinata società»; a C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, 1928, trad. it., Milano, 1984, 38 ss.; a C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milano 1940, 83 ss., poi Milano 1998, 70 ss.

[3] Così C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, trad. it. in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 215 ss.

[4] In *Relazione all'Assemblea Costituente*, Roma, 1946, I, 421 ss. Da ricordare che lo stesso V. Guelli si interessò nell'occasione anche delle forme di garanzia costituzionale, proponendo un giudizio di legittimità in via diffusa e quasi precorrendo esperienze e problematiche molto più recenti, in G. D'Alessio, a cura di, *Alle origini della Costituzione italiana*, Bologna, 1980, 757 ss.

[5] Sull'art. 28 v. F. MERUSI, M. CLARICH, in *Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna – Roma, 1991, 356 ss.

[6] M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964, 34.

[7] Così, icasticamente M. NIGRO, in *Foro amm.*, 1982, 1671 ss.

[8] Così già A. CARIOLA, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 147 ss.

[9] Secondo l'impostazione di E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 234 ss.

[10] Cfr. P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano 1967, 151 s.; ID., *Istituzioni di diritto privato*¹⁶, Milano, 2005, 129 ss. Va ricordato, comunque, che l'individuazione delle responsabilità personali degli operatori dipendenti è spesso ricercata anche nelle organizzazioni imprenditoriali private: si pensi alla colpa medica dei sanitari presenti all'interno di una clinica privata, destinatari di azioni di responsabilità in solido con la struttura di appartenenza.

[11] Per tale fondamento della responsabilità civile dell'amministrazione, oggetto di una vastissima bibliografia, di rinnovato interesse dopo l'ordinanza di Cass., S.U. n. 500 del 1999, e la l. n. 205 del 2000, v. almeno F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.; F. SATTA, *I soggetti dell'ordinamento. Per una teoria della responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di S. Satta*, Padova, 1980, I, 1517 ss.; A. CARIOLA, *La nozione costituzionale*, cit., 222 s.; ID., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in A. Cariola, G. D'Allura, F. Florio, a cura di, *La tutela aquiliana degli interessi legittimi*, Catania, 2005, 19 ss.

[12] A. CARIOLA, *La nozione costituzionale*, cit., 234.

[13] Tra le tante Corte conti, Friuli-Venezia Giulia, 19 ottobre 2000, n. 489; Corte conti, Lombardia, 9 maggio 2002, n. 942; Corte conti, Umbria, 10 dicembre 2002, n. 553; Corte conti, Puglia, 7 febbraio 2004, n. 95; Corte conti, Sicilia, 25 ottobre 2006, n. 3054.

[14] Cfr. sul punto G. CORSO, *Il responsabile del procedimento*, in F. Trimarchi, a cura di, *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 64.

[15] La sentenza della Corte costituzionale, n. 446 del 1995, est. Granata, si occupò infatti dell'art. 23, comma 4, d.l. 2

marzo 1989, n. 66, conv. in l. 24 aprile 1989, n. 144, la cui disciplina è rifluita poi con talune modifiche nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

[16] Cfr. Appello Roma, 7 marzo 2005, n. 1015.

[17] Rel. Granata.

[18] Rel. Chieppa.

[19] Cfr., *ex multis*, Cass., I, 5 dicembre 2002, n. 17252, ove si legge che «la valutazione del mercato si fonda, infatti, innanzitutto, sul criterio della edificabilità legale, sulle facoltà – cioè – di utilizzazione economica dell'area date al proprietario dalla disciplina che il piano regolatore generale detta per le differenziate zone territoriali omogenee, così conformando il contenuto del diritto di proprietà dei suoli (non potendo il subito pregiudizio essere apprezzato con riguardo ad una utilizzazione del bene vietata al proprietario e che costituisce perciò un illecito perfino penalmente sanzionato)».

[20] Così A. CARIOLA, in *Regolazione e giurisdizione: la prospettiva europea e italiana*, in *Jus*, 2005, 481 ss.

[21] Secondo il criterio della pietrificazione, S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, 49 ss.

[22] L'esigenza che il risarcimento sia pieno sta derivando, del resto, dal livello sopranazionale: di recente Cass. 19 ottobre 2006, n. 22357, in *Guida al diritto*, 2006, 44, 16, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis d.l. n. 333 del 1992, per contrasto con gli artt. 111 e 117 Cost., anche in rapporto all'art. 6 Cedu ed all'art. 1, Primo protocollo Cedu, nella parte in cui la disposizione prevede un ristoro non serio per il proprietario privato del bene, oltretutto con effetti retroattivi. L'ordinanza ripropone il problema che la giurisprudenza costituzionale citata nel testo aveva voluto trascurare in nome delle esigenze finanziarie pubbliche, cioè a dire, del debitore, legittimato però a farsi la regola di giudizio.

[23] Sullo sviluppo del nostro sistema di giustizia amministrativa A. ROMANO, *Premessa*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*², Padova, 2001, XXXI ss.

[24] Su queste sentenze cfr. D. MESSINEO, *Osservazioni in tema di giurisdizione e potere pubblico*, paper.

[25] Vale la pena riportare il passaggio centrale della decisione citata: «la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto. A questo fine, si ritiene che vada richiamato il principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza 204 del 2004, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento. Il che non si verifica quando l'amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda. Esemplicando, l'amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l'azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute (Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187; 8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172) o l'integrità personale. Deve ancora essere convenuta davanti al giudice ordinario, quante volte la lesione del patrimonio del privato sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato (Cass. 29 luglio 2005 n. 15916; 2 maggio 2003 n. 6719): qui si è nell'ambito delle controversie meramente risarcitorie già contemplate nell'art. 33, comma 2, d. lgs. 80 del 1998, nel testo anteriore alla riformulazione attuata con la sentenza 204 del 2004, la cui previsione non è più necessaria, nella misura in cui in esse è ravvisabile, più in generale, la reazione a meri comportamenti lesivi dell'amministrazione. Nel settore delle occupazioni illegittime, sono poi chiaramente ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione "usurpativa", caratterizzate dal tratto, che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca affatto. E alla stessa conclusione si deve pervenire nel caso in cui il decreto di espropriazione è pur stato emesso, e però in relazione a bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia. Dove per contro la situazione soggettiva, nei termini che si sono indicati, si presenta come interesse legittimo, la tutela risarcitoria va chiesta al giudice amministrativo».

[26] La configurazione della Corte di Cassazione quale garante in concreto della tutela giurisdizionale tende a far assumere in prospettiva al rispettivo giudizio un ruolo assai simile quanto agli effetti all'azione diretta del singolo a tutela dei propri diritti, tipica del giudizio di *amparo* o della *Verfassungsbeschwerde* tedesca.

[27] La decisione prosegue che «al riguardo, la giurisprudenza delle sezioni unite si è espressa in modo univoco nel ritenere essenziale, perché possa prospettarsi l'appartenenza della controversia alla giurisdizione amministrativa, che sia proposta nei confronti di soggetti titolari di poteri amministrativi (Cass. S.u. 22494/2004, 2560/2005, 7800/2005). Il principio ha trovato specifica applicazione per il caso di pretesa risarcitoria avanzata nei confronti del funzionario cui era imputata l'adozione di provvedimento illegittimo (Cass. S.u. 3357/1992) ed ulteriormente precisato nel senso che la controversia va devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto fondata sulla deduzione di un fatto illecito

extracontrattuale e intercorrente tra privati, non ostando a ciò la proposizione della domanda anche nei confronti dell'ente pubblico sotto il profilo della responsabilità solidale dello stesso, attenendo al merito l'effettiva riferibilità all'ente dei comportamenti dei funzionari (Cass. S.u. 4591/2006). Va aggiunto che, in linea generale, la giurisdizione è inderogabile per ragioni di connessione (salva diversa, specifica, previsione normativa) e che il coordinamento tra le giurisdizioni su rapporti diversi ma interdipendenti può trovare soluzione secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato (Cass. S.u. 3508/2003)».

[28] Sull'applicabilità dell'art. 97 all'organizzazione giudiziaria M. NOBILI, *Rapporti civili, sub art. 25*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, cit.,

[29] Sul punto, se si vuole, A. CARIOLA, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, partic. 222 s., ove si prospettava la tesi dichiaratamente provocatoria che l'ultimo comma dell'art. 113 Cost. attenda ancora la disciplina di attuazione, con la conseguenza che nel frattempo per la necessità di tutelare le situazioni giuridiche protette ogni giudice – compreso quello ordinario – potesse annullare gli atti amministrativi.

[30] Sul punto, per tutti, S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

[31] Sul profilo G. SANVITI, *La responsabilità civile come controllo della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, II, 655 ss.

[32] La distinzione tra attribuzione e competenza nel diritto amministrativo sostanziale sembra ora avere anche un fondamento legislativo con gli artt. 21-septies e 21-octies, l. 7 agosto 1990, n. 241, introdotti dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15.

[33] Si v., ad esempio, D. MAJORANA, *Le giurisdizioni amministrative e la Corte Suprema di Cassazione*, Roma, 1904; ma il rilievo vale per molti corsi di procedura civile e giustizia amministrativa.

[34] Né può sostenersi che il giudice amministrativo tuteli gli interessi pubblici perseguiti dall'amministrazione, giacché siffatta configurazione minerebbe alla radice la concezione medesima di un giudice terzo ed imparziale.

[35] Cfr. Cass., S.U., 12 luglio 2002, n. 10167, ed ancora di recente Cass., S.U., 7 dicembre 2006, n. 26180.

[36] Cfr. ancora A. ROMANO, *Premessa*, cit.

[37] Sull'argomento G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 253 ss.

[38] Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, in causa C-283/81.

[39] Corte di giustizia, 13 giugno 2006, in causa C-173/03.

[40] Sull'argomento A. CARIOLA, *Il giudice amministrativo e la prova. Una provocazione a tesi su processo e politica*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1 ss.; A. CHIZZINI, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d.lgs. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, ivi, 2001, 872 ss.

[41] Così l'autorevole insegnamento di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. I. Introduzione al diritto costituzionale*, Padova, 1970, 45 s.; ID., *Le fonti normative*, a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993, 38 ss.

[42] Sull'argomento, per tutti, M.C. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977.

[43] E' stata l'avvertenza di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

[44] Corte di giustizia, 30 settembre 2003, in causa C-224/01.

[45] Corte di giustizia, 27 aprile 2004, in causa C-159/02.

[46] Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, in causa C-285/98.

[47] Sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca, G. U. RESCIGNO, *Il tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. cost.*, 1994, 3115 ss.

[48] L'argomento richiederebbe più spazio, ma sinteticamente può ricordarsi che Corte costituzionale, sent. n. 68 del 1980, est. Elia, ha ritenuto «che la disciplina del lavoro è pur sempre strumentale, mediamente o immediatamente, rispetto alle finalità istituzionali assegnate agli uffici in cui si articola la pubblica amministrazione. Ad ogni modo, la disciplina pubblicistica di questi rapporti di lavoro [di pubblico impiego] si presenta tuttora come un dato che soltanto il legislatore può immutare. Ed anche se si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubbliche, dovrebbero pur sempre essere conservati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti, cui tale esercizio è o potrebbe essere affidato». In linea generale può concludersi che la Corte ha di norma giustificato le soluzioni predisposte dal legislatore: cfr. a proposito della legittimità della c.d. privatizzazione dle pubblico impiego sent. n. 309 del 1997, est. Ruperto.

[49] Da ultimo sent. n. 287 del 2006 e ord. n. 290 del 2006, ed in precedenza sent. n. 238 del 1990; 407 del 1996; ord. n. 106 del 1997; ord. n. 479 del 2000. L'indennità giudiziaria in questione è quella contemplata dall'art. 3, l. 19 febbraio 1981, n. 27.

[50] Corte di giustizia, II, 26 ottobre 2006, in causa C-371/04.

[51] Si trattava, infatti, di un ricorso per inadempimento ex art. 226 Tratt. Cee, e la Commissione si era riferita «alle

sentenze 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou (Racc. pag. I-47); 12 marzo causa C-187/96, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-1095); 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund (Racc. pag. I-10497), e 12 maggio 2005, causa C-278/03, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3747), ... [facendo] valere che il principio della parità di trattamento dei lavoratori comunitari, che deriva dagli artt. 39 CE e 7, n. 1, del regolamento, osta a che i periodi di impiego svolti da uno di tali lavoratori in un analogo settore di attività in uno Stato membro non siano presi in considerazione dall'amministrazione di un altro Stato membro nella determinazione delle condizioni d'esercizio dell'attività lavorativa, quali la retribuzione, il grado o la carriera, mentre si tenga conto dell'esperienza maturata nel pubblico impiego di quest'ultimo Stato. Alla luce di tale giurisprudenza, ... la Repubblica italiana avrebbe violato le disposizioni in questione non avendo tenuto conto dell'esperienza e dell'anzianità acquisite in altri Stati membri da lavoratori dipendenti nel settore del pubblico impiego italiano, in particolare nei settori pubblici dell'istruzione e della sanità».