



I volumi pubblicano gli atti del convegno «Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri» svoltosi a Lucera il 22 ed il 23 giugno 2018, presso la biblioteca comunale Ruggero Bonghi. Un convegno organizzato per festeggiare i settant'anni del Prof. Enrico Follieri, voluto dai suoi colleghi ed allievi in occasione dell'incontro annuale del gruppo di professori di diritto amministrativo denominato «San Giustino». Le relazioni presentate coprono l'intero spa-

zio del diritto amministrativo contemporaneo, sia sostanziale che processuale.

Vera Fanti, professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Foggia, si è occupata di temi centrali del diritto amministrativo, con particolare riferimento al principio di proporzionalità, alla tutela risarcitoria, al rapporto tra politica e amministrazione.

DUE TOMI INDIVISIBILI

Questo volume, sprovvisto del tagliando a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 160,00



7119023190

DIRITTO E PROCESSO AMMINISTRATIVO
GIORNATE DI STUDIO IN ONORE DI ENRICO FOLLIERI

30



ESI

Diritto e processo amministrativo

Quaderni, 30

Diritto e processo amministrativo

Giornate di studio in onore di Enrico Follieri

Tomo I

a cura di

VERA FANTI

Edizioni Scientifiche Italiane

MARCELLO CLARICH

Riflessioni sul rapporto giuridico statico e dinamico nella ricostruzione di Enrico Follieri*

Vorrei iniziare, data la circostanza, con un brevissimo ricordo personale di Enrico Follieri che oltre trent'anni fa ho avuto modo di conoscere e apprezzare nel modo migliore, cioè attraverso i suoi scritti.

Infatti il mio primo contatto con Enrico, poi tramutatosi in amicizia nel corso degli anni, nasce indirettamente da un libro, che ebbe molta risonanza appena uscito, di Fabio Merusi e Giuseppe Sanviti, sul tema dell'«ingiustizia amministrativa»¹. In questo scritto il mio maestro, Fabio Merusi, affrontava i principali problemi che pesavano all'epoca sul sistema della giustizia amministrativa (oggi in larga parte risolti dal Codice del processo amministrativo del 2010), partendo da quello delle situazioni giuridiche sostanziali e soprattutto delle forme di tutela.

Merusi tentava, come altri maestri di diritto amministrativo, di impostare in modo innovativo il tema della responsabilità per danni da lesione di interessi legittimi.

Con una tesi anticipatoria dei tempi, in primo luogo riteneva che il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo non deriva dalla lesione di una situazione giuridica autonoma ricostruibile come diritto soggettivo. In base alla concezione rimediale, che la giurisprudenza anche costituzionale prima del Codice del processo amministrativo ha fatto propria, la pretesa risarcitoria è una proiezione dell'interesse legittimo. Il risarcimento del danno completa dunque la tutela dell'interesse legittimo che risulterebbe parziale se limitata, in molti casi concreti, al semplice annullamento.

Partendo da questa ricostruzione, il saggio contiene un passaggio, che

* Una prima stesura di questo lavoro partendo dal file audio è stata effettuata da Valentina Pavone alla quale va un mio ringraziamento.

¹ F. MERUSI, G. SANVITI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia: per la riforma del processo amministrativo*, Bologna, 1986.

mi fa piacere riprendere testualmente, in cui Merusi afferma che di fronte a questa situazione di ingiustizia amministrativa dovuta al principio tradizionale della irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi «uno dei più acuti studiosi dell'ultima generazione ha recentemente suggerito che la mancanza di concentrazione in unico giudizio dell'annullamento e del risarcimento del danno potrebbe essere soppressa dalla prosecuzione naturale del giudizio di annullamento nell'ambito del giudizio di ottemperanza nel quale il giudice, statuendo anche nel merito, potrebbe valutare, concedendo, se del caso, un equivalente pecuniario di eventuali effetti non ripristinatori dell'annullamento»².

Così per la prima volta ho visto citato il nome di Enrico Follieri come autore del saggio monografico intitolato «Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi»³, che effettivamente, rispetto anche alla dottrina precedente, opera un passo avanti notevole nell'analisi della dinamica delle situazioni giuridiche soggettive.

Ricordo la fondamentale distinzione tra interessi legittimi oppositivi e interessi legittimi pretensivi, l'idea che l'interesse legittimo oppositivo è in molti casi «oltre modo protetto», secondo un'espressione felice, ripresa poi successivamente molte volte in dottrina. Forse oggi, con l'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, questo «oltre modo protetto» in parte viene meno, ma in quegli anni la rigidità e l'assolutezza del principio dell'annullamento per vizi formali anche in presenza di una situazione nella quale il potere esercitato è nella sostanza legittimo, portava Enrico Follieri a definire questa *sub specie* di interessi legittimi appunto come «oltre modo protetti».

Dall'altra parte in relazione agli interessi legittimi pretensivi e ai bisogni di tutela ad essi correlati, sempre nel libro di Enrico Follieri, vi è un riferimento all'azione di adempimento, anch'esso anticipatorio dei tempi e che si pone in un curioso parallelismo temporale con alcuni studi del mio maestro Fabio Merusi, citati in una nota⁴.

Infatti, negli stessi anni Fabio Merusi, nel volume sull'ingiustizia amministrativa citato da Follieri, sosteneva che la proiezione dell'interesse legittimo pretensivo in termini di tutela sostanziale richiede necessariamente quel completamento, solo da pochi anni introdotto prima dalla giurisprudenza poi dal Codice del processo amministrativo: la condanna a un *facere* specifico, cioè appunto la cosiddetta *Verpflichtungsklage* prevista dal secondo dopoguerra nell'ordinamento tedesco.

Ritornando all'analisi di Fabio Merusi, nel sintetizzare la tesi innovativa del libro di Follieri secondo la quale la sede naturale del risarcimento come completamento della tutela è rappresentata dal giudizio di ottempe-

² F. MERUSI, G. SANVITI, *op. cit.*, 37.

³ E. FOLLIERI, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984.

⁴ Cfr. F. MERUSI, G. SANVITI, *op. cit.*, nota n. 277, 142.

ranza, l'autore la compendia, con una frase efficace, nel seguente modo: «è una tesi ingegnosa che ancora una volta fa appello alla fantasia giudiziaria»⁵.

E subito dopo questa citazione Merusi propone *de iure condendo* che il giudice amministrativo già in sede di cognizione possa conoscere sia dell'azione di annullamento sia di quella di risarcimento. Si tratta proprio della soluzione consolidatasi nel Codice del processo amministrativo, dopo l'andirivieni sulla giurisdizione sulle azioni risarcitorie tra giudice amministrativo e giudice ordinario e alla diatriba tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione. Infatti, l'art. 30 del Codice consente ormai pacificamente la proposizione delle azioni risarcitorie innanzi al giudice amministrativo, in via autonoma o unitamente all'azione di annullamento senza attendere la fase del giudizio di ottemperanza.

Questa modalità un po' «libresca» di avvicinarsi a Enrico Follieri e in particolare al suo pensiero in tema di interessi legittimi oppositivi e pretensivi, che si è evoluto nei tempi ma che nella sua concettualizzazione di base è rimasto invariato, è stata per me preziosa tanto da aver lasciato, in modo oggettivo e senza un condizionamento dovuto al senso di amicizia personale⁶, un segno nelle ricerche da me condotte negli anni immediatamente successivi. Di ciò testimoniano le citazioni del suo volume sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi contenute in un mio studio monografico⁷.

In definitiva, la dicotomia tra interessi legittimi oppositivi e interessi legittimi pretensivi, che è così centrale nell'opera di Enrico Follieri, è una di quelle classificazioni fondamentali che condiziona l'inquadramento sistematico di una parte fondamentale del diritto amministrativo. Si pensi banalmente alla distinzione tra procedimenti ad istanza di parte e procedimenti d'ufficio⁸. Si pensi ancora alla tensione dell'interesse legittimo che in un caso è alla conservazione dello *status quo* e nell'altro caso è tesa all'acquisizione di un bene della vita. Si instaura così una dialettica, da un lato, di contrapposizione «costi quel che costi», anche usando mezzi non necessariamente corretti, dall'altro lato, invece, di cooperazione con l'am-

⁵ Cfr. F. MERUSI, G. SANVITI, *op. cit.*, 37.

⁶ La prima volta che incontrai di persona Enrico Follieri fu alla prova orale del concorso da professore associato nel 1987. Follieri era componente e segretario della commissione e aveva il compito, non so quanto gradito, di chiamare i candidati in attesa nel corridoio del ministero a presentarsi alla prova, un compito nel qual Enrico manifestava la sua umanità e bonomia cercando di metterli a proprio agio stemperando con una battuta o un sorriso la tensione.

⁷ Cfr. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, già a nota n. 8 e in note successive come la nota n. 37 nella quale si riprende la nozione di interessi oltre modo protetti.

⁸ Non a caso ho dedicato un intero paragrafo a questa dicotomia in M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, III ed., 2017, 140.

ministrazione per indurla, anche laddove il bene della vita non dovesse spettare, a riconoscerlo in capo al privato con un atto amministrativo favorevole, anche se illegittimo. La dicotomia si riflette anche sulle alle forme di tutela, cioè alle azioni necessarie che, come si è visto, sono diverse nell'uno e nell'altro caso.

Passando ora, con un salto di trent'anni, ai lavori più recenti di Enrico Follieri, vorrei in questa seconda parte dell'intervento svolgere qualche riflessione su uno degli ultimi saggi di Enrico avente ad oggetto il rapporto giuridico amministrativo dinamico⁹.

Anche questo saggio apre un'altra prospettiva di ampio respiro e può rappresentare una base di partenza per ulteriori analisi e concettualizzazioni dei rapporti tra interesse legittimo, del quale è titolare il privato, e la pubblica amministrazione, titolare del potere.

Il rapporto giuridico amministrativo è una nozione che ormai è entrata nel lessico della giurisprudenza (anche costituzionale¹⁰) ed è stato oggetto di studi monografici negli anni recenti¹¹.

Enrico Follieri elabora la distinzione tra rapporto giuridico statico e dinamico che consente di ben inquadrare la relazione, anche di lungo periodo, tra privato e la pubblica amministrazione.

Il rapporto giuridico dinamico, secondo Enrico Follieri, attiene ai contatti preliminari, cioè a una fase assimilabile alle trattative private negoziali. C'è un parallelismo infatti tra le trattative tra le parti private, che sfociano eventualmente in un contratto fonte di diritti e degli obblighi, e il procedimento amministrativo all'interno di un rapporto giuridico dinamico nel quale le relazioni variegiate tra le parti riproducono in parte la stessa dinamica delle trattative negoziali: in fondo in entrambi i casi il risultato è un atto giuridico, negozio/contratto, da un lato, atto amministrativo, dall'altro, entrambi fonti di obblighi e diritti per le parti. La differenza più rilevante è che il rapporto giuridico amministrativo dinamico trova una regolamentazione molto più minuta nelle regole della legge n. 241/1990, nelle discipline speciali e anche in principi generali. L'autore richiama il principio di correttezza e buona fede, da ultimo valorizzato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2018¹², come principio fondamentale che regola, al di là delle norme puntuali della legge n. 241/90, il rapporto giuridico amministrativo di tipo dinamico.

Sul punto, già il saggio monografico di Follieri dal quale sono partito

⁹ E. FOLLIERI, *Il Rapporto giuridico amministrativo dinamico*, in www.giustamm.it, 12/2017.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. 4 maggio 2017, n. 94.

¹¹ Cfr. M. PROTTO, *Il rapporto giuridico amministrativo*, Milano, 2008.

¹² Il saggio di Follieri cita l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria.

contiene una nota bibliografica che rinvia a una relazione in un famoso convegno di Napoli sull'interesse legittimo dei primi anni Sessanta in cui Giannini fondava la responsabilità della pubblica amministrazione proprio sul principio di correttezza e buona fede¹³. Si tratta di un'anticipazione, anche in questo caso di molti decenni rispetto al punto di arrivo del Consiglio di Stato, prefigurato anche da Enrico Follieri.

La nozione di rapporto giuridico dinamico è innovativa perché rappresenta la cornice entro la quale si fronteggiano, in modo talora contrapposto talora collaborativo, la pubblica amministrazione titolare del potere, da un lato, e il soggetto privato titolare dell'interesse legittimo, dall'altro. Per entrambi, e questa è una notazione molto acuta, il risultato non è garantito. Infatti, per quanto riguarda l'interesse del privato, ove sussista un potere discrezionale, l'acquisizione o la conservazione del bene della vita dipende da valutazioni della pubblica amministrazione che il privato non è in grado di prefigurare *ex ante*. Ma neppure l'interesse pubblico curato dall'amministrazione nell'ambito di un rapporto dinamico ha una garanzia di risultato. Potrebbe infatti accadere che la pubblica amministrazione nell'ambito dello svolgimento del rapporto dinamico, per una serie di ragioni, decida di non provvedere, decida cioè di astenersi dall'emanazione di un provvedimento che in astratto, *ex ante*, avrebbe potuto essere emanato per la cura di quell'interesse pubblico, ma che nello svolgimento procedimento, acquisiti altri interessi pubblici e privati allineati o contrapposti, può far giungere la pubblica amministrazione, in sede di ponderazione conclusiva, alla determinazione di non esercitare il potere emanando il provvedimento.

Una volta emanato il provvedimento interviene quello che Follieri chiama il rapporto giuridico statico. Dal provvedimento, così come dal contratto, sorgono una serie di diritti e di obblighi reciproci, che variano a seconda della varia tipologia di atti.

Questo saggio non sviluppa molto il rapporto giuridico statico, mentre si concentra più sul rapporto dinamico. Tuttavia nel prosieguo degli approfondimenti che la dottrina potrebbe svolgere, anche il rapporto giuridico statico meriterà un'analisi più strutturata sulla falsariga delle elaborazioni della dottrina privatistica. Sarebbe, per esempio, opportuno porre la distinzione tra rapporto statico istantaneo e di durata, quest'ultimo con una proiezione temporale più o meno lunga. E la stessa distinzione che troviamo nel diritto privato, nel quale le regole di un rapporto di durata sono diverse da quelle di un rapporto che si risolve nella produzione di

¹³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Intervento*, in *Atti del Convegno Nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 519 ss.

un effetto giuridico che esaurisce la relazione tra le parti. In ambito pubblicistico è ben diverso, per esempio, il rilascio di una concessione per la gestione di un servizio pubblico per trent'anni che instaura un rapporto nel quale il concedente e il concessionario interagiscono su base continuativa, rispetto al permesso a costruire. Infatti, in quest'ultimo caso, una volta realizzato l'edificio si esaurisce la relazione tra pubblica amministrazione e cittadino, fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela che, come si vedrà, presuppone peraltro l'instaurazione di un nuovo e diverso rapporto giuridico dinamico.

Continuando nell'analisi del concetto di rapporto giuridico amministrativo, sia statico che dinamico, si dovrebbero poi analizzare in modo più strutturato i mutamenti soggettivi e oggettivi del rapporto. Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, ad esempio, possono intervenire delle modifiche soggettive dei partecipanti a un raggruppamento temporaneo di imprese nel corso del procedimento di evidenza pubblica e alle modifiche delle prestazioni in sede di esecuzione del contratto per esigenze sopravvenute. Nelle trattazioni di diritto civile è ormai d'uso porre in rilievo come il rapporto obbligatorio può cambiare, a certe condizioni, sotto il profilo soggettivo o oggettivo nel corso del suo svolgimento.

In ogni caso lo schema concettuale proposto nel saggio di Enrico Follieri offre molti spunti per intraprendere ricerche volte a razionalizzare sempre più il momento di incontro e/o scontro tra l'amministrazione pubblica, titolare del potere, e il soggetto privato titolare di un interesse legittimo collegato ad un bene della vita ma anche, come ci spiega Follieri, di una pluralità di situazioni strumentali che sono collegate con il rapporto principale.

Forse si potrebbe addirittura ipotizzare di accorpare in una macro-categoria di livello più generale il rapporto giuridico statico e il rapporto giuridico dinamico, in modo da conglobare in un'unica struttura concettuale tutte le variegate modalità di relazione tra il privato e la pubblica amministrazione.

Dal punto di vista analitico la dicotomia rapporto dinamico e statico ha, come si è visto, una sua ragion d'essere. Tuttavia nel caso degli interessi legittimi pretendenti la distinzione tra fase dell'acquisizione del bene della vita all'esito del procedimento (rapporto dinamico) e fase successiva all'emanazione del provvedimento favorevole di godimento di un bene della vita (rapporto dinamico) ineriscono a un'unica vicenda sostanziale.

Dunque, nel caso degli interessi legittimi pretendenti il rapporto dinamico è strumentale al rapporto statico. Il momento di acquisizione e il momento di godimento del bene della vita appartengono a una sequenza unitaria nella quale il rapporto giuridico statico può avere, in realtà, anche elementi di dinamismo. Si pensi al potere di autotutela incombente sul rapporto statico che secondo Follieri richiede l'apertura di un altro

procedimento e dunque l'insorgere di un nuovo rapporto giuridico amministrativo dinamico. Tuttavia, da un punto di vista sostanziale la vicenda è unitaria, perché si tratta del complesso dei momenti di contatto tra il privato e la pubblica amministrazione che attengono alle sorti di un medesimo bene della vita (acquisizione, godimento, privazione).

Anche nel caso degli interessi legittimi oppositivi, in particolare nell'espropriazione, esaurito il rapporto dinamico con l'acquisizione da parte della pubblica amministrazione del bene della vita in precedenza afferente alla titolarità del soggetto privato, non è da escludersi l'evenienza che quest'ultimo ne possa recuperare la titolarità (nell'esempio, con la retrocessione del bene espropriato).

In definitiva, pur conservando la distinzione «follieriana» tra rapporto giuridico dinamico e rapporto giuridico statico, potrebbe essere individuato a monte un meta-rapporto giuridico nel quale si facciano confluire tutte le variegate situazioni relazionali tra il cittadino e la pubblica amministrazione nell'ambito di una vicenda che, come detto, sul piano sostanziale si presenta unitaria.