

# Rivista trimestrale di diritto pubblico

La *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fondata nel 1951 da Guido Zanolini, è diretta da Giovanni Miele e Massimo Severo Giannini. Vicedirettore Sabino Cassese.

---

La direzione e la redazione della Rivista hanno sede in via Vittoria Colonna, 40 - 00193 Roma - tel. 6869.792 - 6879.938.

Segretaria di redazione: Giovanna Zocchi

---

*Nei prossimi fascicoli*

Cronache amministrative 1987 - Le crisi di governo in Gran Bretagna: 1945-1987 - Le autorità amministrative indipendenti - Natura e disciplina IVA del canone di abbonamento radiotelevisivo. Disciplina attuale e progetti di riforma - I libri di diritto costituzionale e amministrativo, 1987 - La disciplina amministrativa e fiscale dei distributori di carburante.

## SOMMARIO

FASCICOLO N. 2

### Articoli

- SABINO CASSESE, *In onore di Massimo Severo Giannini* . . . . . 303
- PIERNICOLA DE LEONARDIS, *Verso la tutela del paesaggio come situazione oggettiva costituzionale* . . . . . 342
- REINER SCHMIDT, *La responsabilità dello Stato per i danni ai boschi* . . . . . 374
- GIAN CANDIDO DE MARTIN, *Carta europea dell'autonomia locale e limiti dell'ordinamento italiano* . . . . . 386

### Note

- PETER BADURA, *Fondamenti e sistema della responsabilità dello Stato e del risarcimento pubblico nella Repubblica Federale di Germania* . . . . . 399

### Rassegne

- ALDO BIAGINI - SERGIO TREBESCHI, *Il patrimonio immobiliare storico, artistico e culturale dello Stato* . . . . . 413

### Problemi storici

- GIUSEPPE SANVITI - GIAN CLAUDIO SPATTINI, *Alle origini del Ministero della pubblica istruzione nel regno d'Italia. L'amministrazione periferica: nascita e consolidamento di una tradizione burocratica della scuola* . . . . . 459

### Rivista bibliografica

- Opere di *Beatrice Chelli* (Silvio Basile); *Claudio Meoli* (Luigi Fiorentino); *Bruno Bottiglieri* (Pietro Voci); *Tullio De Rose* (Sabino Cassese) . . . . . 513

**Notizie**

Le relazioni della Corte dei conti sui disegni di legge di spesa (*Luigi  
Fiorentino*) . . . . . 531

Un incontro di studi su *Il completamento della riforma della contabilità  
pubblica* . . . . . 533

Un convegno sui problemi giuridici delle concessioni di servizi pubblici  
(*Claudio Franchini*) . . . . . 536

Una nuova rivista la *Rivista Trimestrale* della Scuola di perfezionamento  
per le forze di polizia (*Giulio Vesperini*) . . . . . 537

**Libri ricevuti** . . . . . 538

**Riviste ricevute** . . . . . 540

**Notizie sui collaboratori** . . . . . 545

FONDAMENTI E SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ  
DELLO STATO E DEL RISARCIMENTO PUBBLICO  
NELLA REPUBBLICA FEDERALE DI GERMANIA (\*)

PETER BADURA

1. Quando un pregiudizio o un danno giuridicamente rilevante viene causato dall'*esercizio del potere pubblico*, per il compenso o il risarcimento da parte dello Stato o di un altro soggetto amministrativo valgono particolari regole di diritto pubblico. La responsabilità del pubblico potere per avere arrecato un pregiudizio o un danno giuridicamente rilevante, imputabile alla sfera d'azione dello Stato o di un altro soggetto amministrativo, che è regolata dal diritto privato, viene calcolata in base alle norme generali del diritto civile.

2. Le diverse pretese del danneggiato che vanno tenute in considerazione per l'indennizzo si orientano secondo due *principi fondamentali*:

— qualora venga colpevolmente arrecato un danno ad un terzo, protetto dalla norma violata, tramite un comportamento illecito, imputabile ad un titolare del potere pubblico, questi è responsabile del risarcimento del danno;

— qualora un diritto venga negato o leso a causa di un comportamento legittimo o illegittimo da parte di un titolare del potere pubblico, deve essere garantito il risarcimento per questa «imposizione di sacrificio» di un diritto del privato per il bene comune <sup>(1)</sup>.

3. Su questa base si è sviluppato fino ad arrivare all'emanazione della legge sulla responsabilità dello Stato del 26 giugno 1981 <sup>(2)</sup> il se-

---

(\*) Traduzione di Giuseppe Sanviti e Ute Spanrad.

<sup>(1)</sup> V., per le radici storiche, §§ 74, 75 dell'Introduzione dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794.

<sup>(2)</sup> *Staatshaftungsgesetz*.

guente *sistema di prestazioni risarcitorie da parte dello Stato*, che ancora oggi è in vigore:

1) Responsabilità per il risarcimento del danno;

a) Responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio<sup>(3)</sup>: responsabilità da delitto per un danno arrecato nell'esecuzione di un dovere d'ufficio che sussiste nei confronti del danneggiato, tramite colpevole violazione di tale dovere;

b) Responsabilità contrattuale o quasi-contrattuale<sup>(4)</sup>: danno arrecato mediante colpevole violazione di doveri derivanti da un contratto di diritto pubblico o da un rapporto di natura pubblicistica di scambio o di prestazione.

2) Risarcimento per imposizione di sacrificio (*Aufopferung*);

a) Espropriazione: un diritto di natura patrimoniale è oggetto di ablazione o subisce limiti onde permettere una azione concreta rivolta al bene comune;

b) Pretesa in caso d'imposizione di sacrificio: pregiudizio in ordine alla vita o alla salute mediante un comportamento illegittimo o come effetto secondario dell'esercizio legittimo del potere pubblico;

c) Risarcimento secondo i principi dell'espropriazione (principi dell'imposizione del sacrificio): intervento espropriativo (*enteignender*) o simile all'espropriazione (*enteignungsgleicher Eingriff*) che dà luogo ad un sacrificio speciale a carico di un diritto di natura patrimoniale.

4. In ordine a 1) a) occorre precisare: la responsabilità per *violazione di doveri d'ufficio* concerne principalmente l'autorità amministrativa il cui dipendente ha causato il danno. Soltanto all'inizio del secolo e dopo l'entrata in vigore del BGG — che regolava solamente la responsabilità degli impiegati — la responsabilità dello Stato ha preso il posto di quella degli impiegati in forza di particolari disposizioni legislative, della legge sulla responsabilità dell'impero per i suoi impiegati del 22 maggio 1910 e di una serie di leggi dei *Länder*. Secondo queste disposizioni la responsabilità definita nel § 839 del BGG o altrove è dello Stato o di altro ente competente invece che del dipendente, a condizione che il

---

<sup>(3)</sup> § 839 del Bürgerliches Gesetzbuch in relazione all'art. 34 del Grundgesetz del 1949 (legge sulla responsabilità dell'impero per i suoi impiegati del 22 febbraio 1910; art. 131 della Costituzione di Weimar).

<sup>(4)</sup> V. in via analogica i §§ 276, 278 del Bürgerliches Gesetzbuch.

comportamento in contrasto col dovere avvenga in esecuzione del potere pubblico affidato al dipendente — e non quindi dell'attività di diritto privato.

L'introduzione generalizzata e coerente della responsabilità dello Stato al posto di quella del dipendente avvenne poi attraverso l'art. 131 della Costituzione di Weimar. Tale disposizione è il modello per l'art. 34 Gg. La norma costituzionale dell'art. 34 Gg è un principio di diritto amministrativo conforme allo stato di diritto e con ciò una garanzia per il privato che nel contempo protegge il dipendente. Con il riconoscimento generalizzato del principio della responsabilità dello Stato per l'ambito di attività pubblicistica di questo o di un altro ente competente a svolgere un'attività di diritto pubblico, la necessità di rispondere giuridicamente è stata svincolata dal presupposto che un dipendente (nel senso del diritto pubblico) possa aver causato il danno.

Il rapporto interno con lo Stato o con un altro ente della persona che pone in essere la fattispecie dannosa, sia un rapporto di pubblico impiego, di lavoro o di altro genere, non ha alcuna importanza ai fini di un intervento della responsabilità dello Stato. Tale responsabilità ha luogo invece di quella del dipendente e non insieme ad essa. Comprende la responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio secondo il § 839 del BcB e anche la responsabilità per presunta colpa del conducente di autoveicoli secondo il § 18 dello *Straßenverkehrsgesetz* <sup>(5)</sup>. Il « trasferimento della responsabilità » secondo l'art. 34 Gg rappresenta una assunzione *ex lege* di responsabilità con efficacia liberatoria <sup>(6)</sup>.

5. La responsabilità si ricollega alla tutela dei terzi attraverso i doveri d'ufficio esistenti che si riferiscono a funzioni amministrative da svolgere *sul piano del diritto pubblico*. L'attività dannosa deve avere avuto luogo nell'esercizio di attività amministrativa regolata dal diritto pubblico, oppure deve essere riconducibile ad una funzione amministrativa disciplinata in tal modo, in forza di connessioni interne ed esterne. L'effetto dannoso dell'attività di un'istituzione pubblica ai danni di un terzo estraneo è percepita come funzione inerente all'ufficio anche se il rapporto con gli utenti è configurato in termini privatistici <sup>(7)</sup>. La viola-

<sup>(5)</sup> Bundesgerichtshof DVBl. 1983, 1061 - incidente di un veicolo comunale per l'asportazione di rifiuti.

<sup>(6)</sup> Bundesgerichtshof DVBl. 1987, 519 - uso di armi da fuoco da parte della polizia.

<sup>(7)</sup> Bundesgerichtshof DVBl. 1983, 1061 - asportazione di rifiuti a carico del comune.

zione del dovere di salvaguardare la sicurezza stradale comporta la responsabilità per violazione di un dovere d'ufficio soltanto se questo, con legge o «atto di organizzazione» di altro genere, è configurato come dovere d'ufficio da esercitare sul piano del diritto pubblico, come succede in modo particolare per le strade pubbliche<sup>(8)</sup>. Il dovere, cui sottosta il titolare dell'autorità preposta alla costruzione di strade, di salvaguardare la sicurezza stradale per quanto concerne le strade pubbliche, deve essere distinto dai doveri dell'autorità preposta alla circolazione stradale per la regolazione del traffico secondo la *Straßenverkehrsordnung*; in seguito alla violazione di tali doveri può infatti venire parimenti in rilievo una responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio<sup>(9)</sup>. Il dovere di garantire la sicurezza delle vie d'acqua è di natura privatistica<sup>(10)</sup>.

6. Il dovere d'ufficio violato deve esistere non soltanto per quanto riguarda l'interesse generale, bensì *nei riguardi della parte lesa*, quindi deve servire solo o anche per la sua tutela<sup>(11)</sup>. Criterio fondamentale della riferibilità a terzi del dovere d'ufficio è la sua finalità di tutela<sup>(12)</sup>. Se l'amministrazione gestisce un impianto che deve essere consentito da una autorizzazione oppure da una determinazione del piano e se con tale impianto viene svolto un compito di natura pubblicistica dell'amministrazione, questa ha nei confronti del vicino o del terzo altrimenti danneggiato, il dovere d'ufficio di osservare i vincoli che proteggono il vicino oppure il terzo e che sono contenuti nell'autorizzazione o nel piano<sup>(12-bis)</sup>. Lo Stato non risponde, a causa di lacune nella normazione o di deficit nell'esecuzione, per danni a vaste aree boschive provocati dall'inquinamento atmosferico<sup>(12-ter)</sup>.

7. Nel caso di una violazione colpevole dei doveri d'ufficio, la relativa responsabilità è *sussidiaria* rispetto ad altre possibilità di risarci-

<sup>(8)</sup> Art. 72 del Bayerisches Straßen-und Wegegesetz.

<sup>(9)</sup> Bundesgerichtshof VersR. 1985, 835 - mancanza di segnali all'uscita di distributori di benzina.

<sup>(10)</sup> Bundesgerichtshof JZ 1983, 857 con nota di P.-Chr. Müller-Graff - non viabilità di un canale laterale dell'Elba per rottura della diga.

<sup>(11)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 69, 128 - sciopero di piloti; Bundesgerichtshof NJW 1979, 1879 - controllo su banche; Bundesgerichtshof JZ 1984 1110 - difesa della polizia da pericoli.

<sup>(12)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 93, 91.

<sup>(12-bis)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 93, 91.

<sup>(12-ter)</sup> Oberlandesgericht di Monaco JZ 1987, 88 con nota di J. Schwabe.



mento (<sup>12-quater</sup>). Questo vale ad esempio per l'assicurazione automobilistica obbligatoria per la responsabilità di un altro danneggiante che venga comunque coinvolto, non però per le prestazioni della mutua per l'assicurazione delle malattie (sia quella legislativamente prevista sia quelle private) (<sup>13</sup>) dell'assicurazione (legislativamente prevista) per incidenti (<sup>14</sup>) e dell'assicurazione contro tutti i rischi (<sup>15</sup>). La clausola di sussidiarietà viene meno, qualora il titolare di un ufficio pubblico prenda parte per motivi di servizio al traffico stradale ordinario, in forza del principio della parità di trattamento in materia di responsabilità di coloro che prendono parte al traffico stradale (<sup>16</sup>), non però se si fanno valere i diritti speciali previsti dal § 35 comma 1 della *Straßenverkehrsordnung* (<sup>17</sup>). Anche quando viene violato il dovere di garantire la sicurezza stradale viene meno il « privilegio di rinvio ad altre possibilità » (<sup>18</sup>). Per i compiti della polizia che devono essere svolti in via autoritativa, il privilegio di rinvio ad altre possibilità vale come prima (<sup>19</sup>).

8. Con la clausola che la responsabilità dello Stato subentra « in via principale », la garanzia di carattere costituzionale dell'art. 34 Gg permette che vengano previste per legge o in base a legge *limitazioni della responsabilità*, come succede per il servizio postale (<sup>20</sup>). La responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio nei confronti degli stranieri secondo il § 7 della legge del 1910 sulla responsabilità dell'impero per i suoi impiegati presuppone che la reciprocità sia garantita (<sup>21</sup>).

9. In ordine a 1) b) occorre precisare: il principale campo di applicazione della *responsabilità contrattuale/quasi contrattuale* sono i rapporti relativi all'utilizzazione di impianti (<sup>22</sup>). Pretese che derivano da un con-

---

(<sup>12-quater</sup>) § 839 comma 1 proposizione 2 del Bürgerliches Gesetzbuch - « privilegio di rinvio ad altre possibilità ».

(<sup>13</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 79, 26 e 35.

(<sup>14</sup>) Bundesgerichtshof *JuS* 1983, 959.

(<sup>15</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 85, 230.

(<sup>16</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 68, 217.

(<sup>17</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 85, 225.

(<sup>18</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 75, 134.

(<sup>19</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 91, 48.

(<sup>20</sup>) §§ 11 ss. del Postgesetz del 1969.

(<sup>21</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 76, 387 - scio-pero di piloti; Bundesgerichtshof DVBl. 1987, 519 con nota di J. Berkemann - uso di armi da fuoco da parte della polizia.

(<sup>22</sup>) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 59, 303 - acque-

tratto devono essere fatte valere davanti al giudice amministrativo, pretese basate su un quasi contratto in via di giustizia ordinaria<sup>(23)</sup>. Per una pretesa di risarcimento del danno che viene fatta valere per non avere adempiuto tempestivamente ad una promessa, la via della giustizia amministrativa può essere percorsa soltanto se la promessa è il contenuto di un contratto di diritto pubblico<sup>(24)</sup>.

10. In ordine a 2) a): L'espropriazione può avvenire per atto amministrativo in base ad una autorizzazione legislativa (espropriazione in via amministrativa) oppure — eccezionalmente<sup>(25)</sup> — per legge (espropriazione in via legislativa). Essa presuppone nel caso singolo che l'ablazione o il pregiudizio altrimenti recato al diritto soggettivo siano oggettivamente e in quel dato tempo necessari per realizzare un obiettivo concreto e utile al bene della collettività, che l'ablazione o il pregiudizio altrimenti recato al diritto soggettivo per modalità, dimensione e momento prescelto siano proporzionati allo scopo e che per la perdita del diritto venga garantito un risarcimento regolato per legge per quanto riguarda modalità e misura in quel dato momento in cui la legge dà luogo o permette la espropriazione<sup>(26)</sup>. Secondo l'art. 14 comma 3 Gg vige il principio di legalità dell'espropriazione<sup>(27)</sup>. La legge bavarese per l'espropriazione che comporta risarcimento<sup>(28)</sup> nel testo promulgato il 25 luglio 1978 contiene disposizioni generali e sussidiarie. Particolari autorizzazioni per l'espropriazione contengono ad esempio il § 85 del Baugesetzbuch del 1987 e il § 19 del *Bundesfernstraßengesetz*. A favore di una ditta privata l'espropriazione è ammissibile soltanto se il suo motivo è una duratura

---

dotto inquinato; *Entscheidungen, des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 61, 7 - tori uccisi nel macello; Bundesgerichtshof NJW 1977, 197 - difettosa pianificazione di un impianto di scarico d'acqua; Bundesgerichtshof DVBl. 1979, 230 - trattoria nella regione alluvionata del Reno; Bundesgerichtshof DVBl. 1983, 1062 - danni dovuti all'umidità a causa di allacciamento difettoso della canalizzazione.

<sup>(23)</sup> Bundesgerichtshof DVBl. 1978, 108; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 87, 9.

<sup>(24)</sup> Verwaltungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg DVBl., 1981, 265.

<sup>(25)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* 24, 367.

<sup>(26)</sup> Art. 14 comma 3 del Grundgesetz.

<sup>(27)</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 58, 300 - estrazione di ghiaia umida.

<sup>(28)</sup> Bayerisches Gesetz über die entschädigungspflichtige Enteignung.

garanzia dello scopo pubblico della espropriazione<sup>(29)</sup>. L'espropriazione per uno scopo che sia *illegittimo* è inammissibile, senza riguardo alla circostanza se le norme violate siano volte o meno alla tutela dei terzi<sup>(30)</sup>.

11. In ordine a 2) b): Un'imposizione di sacrificio viene in rilievo se la vita o la salute sono state danneggiate da un comportamento illegittimo o dagli effetti collaterali di un comportamento legittimo. Regolati in modo particolare sono i danni causati da vaccinazione<sup>(31)</sup> e il risarcimento di chi non turba la quiete pubblica, specialmente nello stato di emergenza per motivi di ordine pubblico<sup>(32)</sup>. Semplici situazioni di pericolo non comportano risarcimento<sup>(33)</sup>.

12. In ordine a 2) c): *Il risarcimento in base ai principi dell'espropriazione* (principi relativi all'«imposizione di sacrificio») viene in rilievo se un diritto di natura patrimoniale viene leso in modo tangibile da un «intervento del potere pubblico» e se con ciò viene richiesto all'avente diritto un sacrificio speciale, non esigibile nel senso della comune uguaglianza degli oneri<sup>(34)</sup>. Le figure dell'intervento autoritativo «simile all'espropriazione» ed «espropriativo», sviluppatesi sulla base del concetto generale di «imposizione di sacrificio»<sup>(35)</sup>, si distinguono a seconda che il diritto patrimoniale in causa sia stato leso da un intervento illegittimo o che una misura autoritativa di per sé legittima, nei confronti del destinatario, abbia avuto, come effetto collaterale, la lesione di un diritto che rappresenti un sacrificio speciale inesigibile. Il principio di legalità dell'espropriazione vale soltanto per l'espropriazione in senso tecnico<sup>(36)</sup> e non impedisce un risarcimento secondo i principi dell'espropriazione malgrado la mancanza di uno specifico fondamento legislativo

---

(29) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* 66, 248; Bundesverfassungsgericht NJW 1987, 1251 - Boxberg.

(30) Principio di legalità dell'espropriazione (Bundesverwaltungsgericht DVBl. 1987, 901).

(31) § 51 del Bundesseuchengesetz.

(32) Art. 49 del Bayerisches Polizeiaufgabengesetz.

(33) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, 47, 327 - lezione di educazione fisica, «pericolo di morte»; Bundesgerichtshof NJW 1973, 1322 - carcerazione preventiva.

(34) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 6, 270 e 7, 296.

(35) V. già *Entscheidungen des Rechtsgerichts in Zivilsachen* 140, 276.

(36) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht* 58, 300.

della pretesa <sup>(37)</sup>. Per quanto riguarda la richiesta di risarcimento per intervento uguale all'espropriazione è però da tenere in considerazione che il danneggiato non ha una « possibilità di scelta » tra opporsi all'intervento illegittimo e far valere la pretesa al risarcimento. Se egli omette colpevolmente di opporsi all'intervento autoritativo con i mezzi legali consentiti, non può di regola, conformemente al criterio che risulta dai §§ 254, 839 comma 3 BGB, pretendere un risarcimento per gli svantaggi che avrebbero potuto essere evitati con l'uso di tali mezzi giuridici <sup>(38)</sup>. Nello stesso modo la pretesa di risarcimento in ordine ad un intervento espropriativo è esclusa nella misura in cui il danneggiato non deve sopportare l'effetto collaterale lesivo ed ha omesso colpevolmente di opporsi, avvalendosi del diritto di contestare tale intervento.

13. Sotto il profilo dell'espropriazione sono *tutelate* solo le situazioni soggettive esistenti e giuridicamente concretizzate, ad esempio la proprietà della terra nella sua concreta fruibilità garantita dal diritto, oppure nella sua utilizzazione effettuata nei modi consentiti, oppure l'esercizio di una azienda già impiantata e in attività <sup>(39)</sup>; non è invece tutelato il semplice valore di un diritto o di una cosa e neanche le semplici prospettive di guadagno o le possibilità di fruizione <sup>(40)</sup>. *L'esercizio di azienda* già impiantata e in attività è « proprietà » soltanto nel senso di una protezione dell'esistente, non nel senso della protezione di ciò che è possibile acquisire. Ampliamenti aziendali progettati ma non ancora realizzati non godono della protezione che viene accordata a ciò che già esiste. Protetto come proprietà è soltanto il diritto alla continuazione dell'azienda nelle dimensioni già esistenti e secondo i principi aziendali già stabiliti. L'utilizzazione di terreni rientra in quegli aspetti dell'esercizio dell'azienda che sono tutelati in quanto già esistenti soltanto se il terreno svolge già un compito produttivo nell'azienda, non già se esso è utilizzabile da que-

---

<sup>(37)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 90, 17 e 91, 20; Bundesverwaltungsgericht NJW 1984, 1876; H.-J. PAPIER, *JuS* 1985, 184.

<sup>(38)</sup> Bundesgerichtshof VersR. 1985, 492 - danni causati ad una coltura di alberi da inondazione provocata da un ampliamento della rete idrica.

<sup>(39)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 48, 58 - trattoria in riva al Reno; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 76, 387 - sciopero di piloti; Bundesgerichtshof JZ 1983, 857 con nota di P.-Chr. Müller-Graff - non navigabilità del canale laterale dell'Elba per rottura di una diga, non raggiungibilità di un esercizio adiacente.

<sup>(40)</sup> Bundesgerichtshof *DÖV* 1979, 867 - diniego illegittimo di un'autorizzazione di costruzione.

sta e il suo futuro impiego è stato programmato<sup>(41)</sup>. Fanno parte della *proprietà di beni immobili* così tutelata soltanto le facoltà di utilizzazione che sussistono in conformità al « vincolo alla situazione » dell'appezzamento di terreno<sup>(42)</sup>.

14. La caratteristica dell'« *intervento* » contraddistingue un rapporto di imputabilità nel senso di un effetto immediato, non nel senso di un comportamento amministrativo rivolto ad uno scopo (« finalizzato »). Il diretto rapporto tra provvedimento e conseguenza dell'intervento che ne è il presupposto viene anche definito come segue: il sacrificio speciale imposto al singolo deve rappresentare una conseguenza necessaria dovuta alle caratteristiche della misura autoritativa<sup>(43)</sup>. Lo Stato non è tenuto a risarcire i proprietari di boschi, a causa di lacune nella normazione o di deficit nell'esecuzione, per danni *a vaste aree boschive* provocati dall'inquinamento atmosferico<sup>(44)</sup>. Semplici *situazioni di pericolo* non creano un rapporto d'imputabilità sufficiente<sup>(45)</sup>. L'emissione da parte di un *semaforo* di segnali luminosi che si contraddicono reciprocamente (c.d. « verde ingannevole ») può rappresentare una misura illegittima nei con-

---

(41) Bundesgerichtshof NJW 1987, 1256 - divieto di ampliamento di una azienda di estrazione di basalto su aree confinanti.

(42) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 23, 30 - registro delle aree verdi; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 60, 126 - affioramento di acqua sotterranea in seguito ad asportazione di ghiaia; Bundesverwaltungsgericht DVBl. 1976, 211 - difesa della natura contro lo sfruttamento della lava spugnosa; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 87, 66 - allargamento del Reno; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 90, 17 - sequestro temporaneo secondo il diritto ambientale. Per la garanzia del rispetto del piano (*Plangewährleistung*) in caso di « zonizzazione peggiorativa » di un terreno v. il § 44 del Baugesetzbuch.

(43) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 37, 44 - esercizi di tiro; Bundesgerichtshof DÖV 1965, 203 - crepe nei muri a causa di costruzioni stradali; Bundesgerichtshof DVBl. 1976, 532 - costruzione di metropolitana; Bundesgerichtshof NJW 1980, 770 - gabbiani e cornacchie attirati da un deposito di rifiuti; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 76, 387 - sciopero di piloti; *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 91, 243 - danno ai boschi appartenenti a privati per avere stabilito ad un livello eccessivamente basso il numero dei capi di selvaggina che era possibile abbattere ai cacciatori dei vicini distretti.

(44) Oberlandesgericht di Monaco JZ 1987, 88 con nota di J. Schwabe.

(45) Bundesgerichtshof NJW 1971, 607 - rottura di un tubo dell'acqua.

fronti degli utenti della strada e dare luogo quindi ad un dovere di risarcimento <sup>(46)</sup>.

15. La caratteristica del *sacrificio speciale* descrive il limite del sacrificio, la misura di ciò che può essere preteso senza risarcimento <sup>(47)</sup>. Le c.d. « teorie » per la limitazione degli effetti espropriativi, da sopportare senza risarcimento, costituiti dalla determinazione del contenuto e dalla fissazione dei limiti della proprietà possono — quando manchino criteri più adeguati — essere di aiuto per la determinazione del « limite del sacrificio ». Danni illegittimi costituiscono sempre un sacrificio speciale <sup>(48)</sup>.

16. Se l'agire dell'amministrazione, ad esempio il diniego di una autorizzazione l'illegittimità del quale si sostiene essere il fondamento dell'obbligo di risarcimento, è stato oggetto di un *giudizio amministrativo*, l'autorità di cosa giudicata, propria del rigetto del ricorso, riguarda anche — e in modo vincolante per il giudice ordinario — il problema dell'illegittimità sostanziale <sup>(49)</sup>. In caso del genere la pretesa di risarcimento non può essere motivata in base alla circostanza che il comportamento dell'amministrazione è materialmente illegittimo, ad esempio che sul piano del diritto sostanziale sussiste un diritto al rilascio dell'autorizzazione che è stata negata. Ad un atto amministrativo, divenuto efficace senza una decisione del giudice amministrativo, ma solo *sulla base di un procedimento amministrativo di diritto sostanziale*, non spetta una efficacia di tal genere, in grado di vincolare anche il giudice ordinario. Tale giudice deve piuttosto decidere autonomamente in ordine alla que-

---

<sup>(46)</sup> Bundesgerichtshof JZ 1987, 822 con nota di F.-J. Peine - abbandono delle tesi espresse in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 54, 332 - semplice situazione di pericolo.

<sup>(47)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen*, 48, 98 - produzione di polvere nel caso di costruzioni stradali (§ 906 del Bürgerliches Gesetzbuch); Bundesgerichtshof JuS 1979, 591 - scavo nella strada che danneggia la stabilità di una casa (§§ 906, 909 del Bürgerliches Gesetzbuch); *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 64, 220 - « soglia del rumore » del traffico stradale (§ 42 del Bundes - Immissionsschutzgesetz); Bundesgerichtshof NJW 1984, 1867 - disturbo derivante da odori che devono essere sopportati per il « diritto di vicinato » (§ 906 del Bürgerliches Gesetzbuch).

<sup>(48)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 32, 208 - divieto di esercizio di azienda industriale; Bundesgerichtshof DÖV 1979, 867 - illegittimo diniego di un permesso di costruzione.

<sup>(49)</sup> Bundesgerichtshofs DVBl. 1984, 381; Bundesgerichtshof DVBl. 1985, 1133.

stione della legittimità dell'atto amministrativo, senza essere vincolato al fatto che esso è già efficace. Tale valutazione circa l'illegittimità dell'atto amministrativo, valutazione che ricade nella competenza del giudice ordinario a informarsi adeguatamente, lascia impregiudicate l'efficacia e la forza vincolante del provvedimento <sup>(50)</sup>.

17. Per gli effetti dannosi di una *legge* incostituzionale e della sua esecuzione il pubblico potere non risponde a titolo di intervento simile all'espropriazione pubblica. Manca la legittimazione sufficiente perché il giudice possa intervenire e configurare la responsabilità dello Stato per le conseguenze dannose delle leggi incostituzionali. La regolazione di tale materia, dell'«*ingiustizia legislativa*», deve rimanere riservata al legislatore <sup>(51)</sup>.

18. La *legge sulla responsabilità dello Stato* è stata dichiarata nulla dal *Bundesverfassungsgericht* per mancanza di competenza a legiferare da parte del *Bund* <sup>(52)</sup>. Essa era rivolta a disciplinare la responsabilità del pubblico potere per comportamenti illegittimi, nei casi in cui non esistessero disposizioni specifiche. Essa sarebbe quindi subentrata in luogo della responsabilità per violazione dei doveri d'ufficio, del risarcimento secondo i principi dell'espropriazione e dell'imposizione illegittima del sacrificio di diritti non valutabili patrimonialmente. La sua fattispecie fondamentale era la violazione di un dovere pubblicistico a tutela dei terzi da parte dello Stato o di altri eventuali titolari del potere pubblico.

19. Indicazioni bibliografiche essenziali e attuali:

E. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, §§ 17, 19; H. MAURER, *Allgem. Verwaltungsrecht*, 5. ediz., 1986, p. 497 ss.; B. BENDER, *Staatshaftungsrecht*, 3. ediz., 1981; F. OSSENBUHL, *Staatshaftungsrecht*, 3. ediz., 1983; A. SCHÄFER-H. J. BONK, *Staatshaftungsgesetz*, 1982; H.-J. PAPIER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 2. ediz., § 839 (1985); K. NÜßGENS - K. BOUJONG, *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, 1987; B. BENDER, *Die Rechtsprechung des BGH zum Staatshaftungsrecht*, 1984/85, *JZ* 1986, 838, 888.

---

<sup>(50)</sup> *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* 90, 17; Bundesgerichtshof *DVBl.* 1985, 1133.

<sup>(51)</sup> Bundesgerichtshof *JZ* 1987, 1024 con nota di F. Ossenbühl - prezzo vincolato nell'affitto di orticelli di periferia.

<sup>(52)</sup> *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 61, 149.

## APPENDICE

## I. Introduzione all'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794.

§ 74. Einzelne Rechte und Vortheile der Mitglieder des Staats müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.

§ 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesen aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten.

## II.

§ 839. BGB. (1) Verletzt ein Beamte vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zuerlangen vermag.

(2) Verletzt ein Beamter beidem Urteil zu einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung ein Straftat besteht. Aut eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

§ 906 BGB. (1) Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zeführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch, Erschütterungen und ähnliche von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.

(2) Das gleiche gilt insoweit, als eine wesentliche Beeinträchtigung durch eine ortsübliche Benetzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird und nicht durch Maßnahmen verhindert werden kann, die Benutzern dieser Art wirtschaftlich zumutbar sind. Hat der Eigentümer hiernach eine Einwirkung zu dulden, so kann er von dem Benutzer des anderen Grundstücks eine angemessenen Ausgleich in Gel verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benetzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beinträchtigt.

(3) Die Zuführung durch eine besondere Leitung ist unzulässig.



## III.

Art. 131 della Costituzione di Weimar.

(1) Verletzt ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst der Beamte steht. Der Rückgriff gegen den Beamten bleibt vorbehalten. Der ordentliche Rechtsweg darf nicht ausgeschlossen werden.

(2) Die nähere Regelung liegt der zuständigen Gesetzgebung ob.

Art. 153. (1) Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen.

(2) Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignungen durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen.

(3) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.

## IV.

Art. 14 GG. (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

Art. 34 GG. Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortung grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

## V.

§ 40 della Verwaltungsgerichtsordnung del 1960.

(1) Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht

durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Öffentlichrechtliche Streitigkeiten auf dem Gebiete des Landesrechts können einem anderen Gericht auch durch Landesgesetz zugewiesen werden.

(2) Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlich-rechtlicher Verwaltung sowie für Schadenersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlichrechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Die besonderen Vorschriften des Beamtenrechts sowie über den Rechtsweg bei Ausleich von Vermögensnachteilen wegen Rücknahmen rechtswidrig Verwaltungsakte bleiben unberührt.