

Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite

di Vincenzo Cerulli Irelli

Pubblicato in “ASTRID – Rassegna” n. 33 del 2006

La Cassazione con ordinanza 13.6.2006 n. 13659, a Sezioni Unite, ha affrontato e risolto una serie di questioni fondamentali in ordine al sistema di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo nell’ambito delle controversie di diritto pubblico (controversie che la Suprema Corte individua come quelle derivanti da attività provvedimentale illegittima della pubblica amministrazione e dei soggetti ad essa equiparati); con riferimento a quelle risarcitorie. La decisione, cui sono seguite altre del medesimo tenore, deve essere letta in connessione con la recente sentenza della Corte Costituzionale in data 11.5.2006 n. 191 relativa alle controversie relative ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati (art. 53 d.l.vo. n. 325/01 in materia di espropriazione per pubblica utilità), sentenza questa che a sua volta va a chiudere un itinerario della giurisprudenza costituzionale la cui principale espressione fu rappresentata dalla notissima sentenza in data 6.7.2004 n. 204 (che dichiarò la parziale illegittimità costituzionale degli artt. 33 e 34 del d.lvo n. 80/98 come sostituiti dall’art. 7 della l. n. 205/00).

Mentre l’orientamento che la recente ordinanza inaugura, e che sembra destinato a stabilizzarsi, si pone in parziale contrasto con la precedente sentenza delle stesse S. U. in data 23.1.2006 n. 1207, anch’essa concernente, come l’ultima ordinanza, questioni di giurisdizione relative all’esercizio di azioni risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione.

L’ordinanza del giugno 2006 affronta il problema della giurisdizione in ordine alle controversie in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione (e dei soggetti ad essa equiparati) connessa ad attività provvedimentale. Essa correttamente

distingue la problematica in oggetto in due ordini di questioni: a) come è ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo la tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della pubblica amministrazione per danni prodotti da attività provvedimento illegittima; b) se l'attore (la parte ricorrente) si può limitare a chiedere il risarcimento del danno senza dover chiedere anche l'annullamento del provvedimento lesivo presunto illegittimo, e quale sia il regime di tale diversa forma di tutela giurisdizionale, una volta che la si ammetta.

Al fine di risolvere i due ordini di questioni la Corte compie una ampia ed approfondita analisi della nostra giurisprudenza quale si è venuta evolvendo negli ultimi decenni sulla base delle due antiche leggi fondamentali del 1865 e del 1889 e successivamente dei principi costituzionali.

La giurisdizione civile generale a tutela dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione ai sensi della legge del 1865 viene confermata nel contenuto che essa è venuta assumendo nella evoluzione della giurisprudenza. “Se la legge è uguale per tutti, anche per la p.a., il cittadino che ha subito il pregiudizio ad un suo diritto, può rivolgersi al giudice ordinario e il giudice si limiterà a conoscere gli effetti dannosi dell'atto amministrativo senza sindacare le scelte discrezionali, del tutto autonome, della p.a.”. La giurisdizione a tutela dei diritti è affidata al giudice amministrativo nelle particolari materie di giurisdizione esclusiva, da circoscrivere nei sensi indicati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204/04 che la Corte Suprema fa propri. In sostanza, controversie nelle quali si tratta pur sempre di sindacare la legittimità dell'esercizio di un potere amministrativo che viene ad investire diritti soggettivi.

E la Suprema Corte conferma altresì, e fa propria si direbbe (contraddicendo sue precedenti impostazioni), l'impostazione della Corte Costituzionale circa il carattere “rimediale” dello strumento di tutela dell'interesse legittimo rappresentato dalla azione risarcitoria, una volta affermata la risarcibilità anche di queste situazioni soggettive.

La Suprema Corte fissa il punto di arrivo della evoluzione giurisprudenziale circa le complesse questioni del riparto nel modo seguente.

La tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della p.a. resta affidato 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 p.a.

non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto” .

Mentre la giurisdizione del giudice amministrativo “resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l’esercizio del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall’ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento”. Questo collegamento, secondo la Corte, non si verifica (e perciò resta ferma la giurisdizione ordinaria nelle controversie di diritto pubblico) in alcune categorie di casi, peraltro ben noti nella nostra esperienza giurisprudenziale: laddove l’amministrazione agisce in posizione di parità con i soggetti privati ovvero attraverso mera attività materiale (*jure privatorum* cioè, e in tal caso si tratta di controversie che fuoriescono dall’ambito di quelle di diritto pubblico); in caso di lesione di diritti “incomprimibili” come la salute o l’integrità personale (S. U. n. 8681/95, n. 1187/97); in caso di controversie meramente risarcitorie già previste dall’art. 33, 2° co., d.l.vo n. 80/98 dichiarato costituzionalmente illegittimo (S. U. n. 6719/03, n. 15916/05, a proposito di azioni risarcitorie da parte di investitori nei confronti della Consob); nel caso di occupazioni usurpative per mancanza di dichiarazione di pubblica utilità ovvero in presenza di decreto di espropriazione adottato a termini scaduti. Su quest’ultimo punto la Corte riprende la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 191/06 precisandone il dispositivo.

Viceversa, laddove la situazione soggettiva lesa si presenta come interesse legittimo (e perciò al di fuori di tali casi) la tutela giurisdizionale spetta al giudice amministrativo ed in essa è compresa anche la tutela risarcitoria, che, appunto, “va chiesta al giudice amministrativo”. Ciò si verifica anche laddove si tratta di lesione postulata come conseguenza di un comportamento inerte (come in caso di ritardo nella emissione di un provvedimento favorevole ovvero in caso di silenzio), comportamento che “si risolve nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato all’esercizio del potere e perciò nella lesione di un interesse legittimo pretensivo (come esattamente rilevato dal Cons. St, ad. pl., n. 7/2005)”. Allo stesso modo, sono attratte secondo la Corte, nella giurisdizione amministrativa, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale, le controversie circa le cd. occupazioni appropriate, distinte dalle usurpative, anche se non incardinate in una domanda di annullamento, in considerazione

della presenza, anche qui, “di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere: quel potere, in particolare che si è manifestato nella dichiarazione di pubblica utilità”.

In tal modo, la Corte Suprema risolve le questioni poste sub a): la giurisdizione viene cioè ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo nelle controversie di diritto pubblico affidandola *in toto* (nell’esercizio cioè di tutte le azioni ammissibili ivi comprese quelle risarcitorie) al giudice amministrativo come giudice degli interessi legittimi, interessi che vengono perciò identificati, secondo la nota e da più parti criticata dottrina della degradazione (che trova qui tuttavia definitiva conferma) nelle situazioni soggettive che si concretizzano nel rapporto con l’esercizio di un potere da parte della p.a. o di soggetti equiparati.

La tutela giurisdizionale di diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione e dei soggetti equiparati resta perciò confinata nella esigua area (risultante dagli sviluppi della giurisprudenza negli ultimi decenni, qui confermata) rappresentata dalle categorie di controversie sopra indicate, nelle quali cioè, per usare la colorita espressione della Corte, il diritto soggettivo resterebbe “incomprimibile” come situazione soggettiva che per suoi caratteri sostanziali ovvero perché aggredita dalla p.a. non avendone il potere, “non sopporta compressione per effetto dell’esercizio del potere”.

In tal modo, viene dunque superata dalla Suprema Corte sia l’impostazione recentemente seguita dalla stessa Corte con la citata sentenza n. 1207/06 che aveva stabilito la giurisdizione ordinaria in ordine ad azioni risarcitorie esperite a seguito di atti amministrativi illegittimi una volta annullati in sede giurisdizionale o comunque revocati o rimossi; sia l’orientamento affacciato in dottrina circa un eventuale ritorno alla impostazione originaria della legge del 1865, così da consentire al giudice ordinario la cognizione delle azioni risarcitorie, esperite a tutela di diritti soggettivi (e non di interessi legittimi) lesi da provvedimenti amministrativi a carattere ablativo (orientamento questo, che avrebbe comportato il superamento della dottrina della degradazione).

La Corte conferma viceversa questa dottrina e quindi riconosce la giurisdizione amministrativa in ordine a tutte le controversie che vertono sulla legittimità dell’esercizio del potere (salvi i casi marginali, invero, sopra ricordati) estendendo

questa giurisdizione, secondo l'impostazione del Legislatore del 2000, riconosciuta legittima dalla Corte Costituzionale, alla cognizione di tutte le azioni esperibili.

Circa il secondo ordine di questioni (sub b) (nella sostanza, circa la fondatezza della cd. dottrina della pregiudizialità amministrativa, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo) la Corte si pronuncia dopo una ampia disamina delle due principali ricostruzioni della tematica emerse in giurisprudenza: quella che essa denomina "tutta civilistica" (la cui impostazione fondamentale risale alla nota decisione S. U. n. 500/99) e quella "tutta amministrativa" (la quale trova la sua decisione cardine in Ad. pl. n. 4/06).

Secondo la prima ricostruzione, come è noto, il cittadino leso da un atto della p.a. produttivo di danno nell'ambito di una situazione giuridicamente protetta (diritto o interesse legittimo che sia) può adire il giudice ordinario mediante azione risarcitoria secondo la disciplina del codice (e direi, della legge del 1865). In questa ricostruzione perciò non si pone alcun onere di previa impugnazione dell'atto amministrativo lesivo al fine di adire il giudice (ordinario) mediante l'esercizio di azione risarcitoria.

Il giudice è chiamato a conoscere della legittimità dell'atto lesivo e nel caso lo riscontri siccome illegittimo lo disapplica con riferimento al caso deciso e condanna l'amministrazione al risarcimento dei danni.

Secondo l'altra ricostruzione, viceversa, l'esperimento dell'azione risarcitoria (davanti al giudice amministrativo secondo la l. n. 205/00) non può avvenire se non previo esperimento dell'azione di annullamento dell'atto lesivo, azione che deve avvenire come è noto negli stretti termini di decadenza previsti dalla legge.

Questa seconda ricostruzione, sinora dominante nella giurisprudenza amministrativa, condurrebbe ad una evidente diminuzione di tutela delle pretese risarcitorie nei confronti della p.a. (e segnatamente, si rilevano le pretese a tutela di diritti lesi da atti ablativi dato l'operare della dottrina della degradazione) poiché l'esperimento dell'azione, sia pure indirettamente, verrebbe condizionato dall'esercizio dell'azione di annullamento nei termini di decadenza.

Sul punto, nota la Corte: "se la tutela di annullamento non è richiesta nel termine per l'impugnazione del provvedimento, questo diviene inoppugnabile, precludendo l'accesso non solo alla tutela risarcitoria erogabile dal giudice amministrativo ma anche a quella che potesse essere richiesta al giudice ordinario facendo valere l'atto illegittimo

come elemento costitutivo dell'illecito civile". Salvi i casi in cui lo stesso giudice amministrativo ammette l'azione risarcitoria come domanda autonoma, come nei casi di danno da ritardo, o nei casi in cui l'annullamento del provvedimento vi fosse già stato in altra sede.

La Corte, ponendosi sulla scia della giurisprudenza della Corte Costituzionale, (che "indirizza la scelta verso la concentrazione della tutela risarcitoria verso il giudice amministrativo") risolve la questione "del trattamento processuale della tutela risarcitoria" rimasto impregiudicato nella giurisprudenza della Corte costituzionale mediante il superamento della dottrina della c.d. pregiudiziale amministrativa.

Secondo la Corte, la tutela risarcitoria come quella attraverso la quale si pretende non l'annullamento dell'atto bensì l'accertamento della illiceità della situazione determinata dalla adozione ed esecuzione dell'atto stesso, può essere esperita a prescindere dall'esercizio dell'azione di annullamento: "dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità, effettiva e non solo dichiarata, anche dell'interesse legittimo, il Legislatore non ha inteso ridurre la tutela risarcitoria al solo profilo di completamento di quella demolitoria, ma, mentre l'ha riconosciuta con i caratteri propri del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto di affidare la corrispondente tutela giudiziaria al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino". Ciò la Corte afferma, facendo espressamente propri "il valore di effettività e di concentrazione delle tutele sottesi all'art. 111 Cost. e in particolare al principio della ragionevole durata dei processi".

In conseguenza, la tutela giurisdizionale affidata al giudice amministrativo (laddove cioè "si sia in presenza di atti riferibili ad una pubblica amministrazione e a soggetti equiparati e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti perché il potere non incontra ostacoli in diritti incompressibili della persona") comprende la tutela demolitoria "e insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa". Ma la parte potrà chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, "senza dover osservare allora il termine di decadenza pertinente alla azione di annullamento".

Una tutela risarcitoria autonoma, dunque, dell'interesse legittimo, che spetta "per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo", ciò che richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire; accertamento che "non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del

provvedimento, né il diritto al risarcimento può esser per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovverosia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la p.a ha mantenuto nonostante la sua illegittimità”.

Una sorta di disapplicazione dell’atto lesivo, che il giudice amministrativo accerta siccome illegittimo al fine dell’accoglimento dell’azione risarcitoria.

La caduta della dottrina della cd. pregiudizialità amministrativa apre una serie di problemi di non facile soluzione che dovranno essere affrontati dalla giurisprudenza. Anzitutto, il giudizio amministrativo con oggetto l’accertamento della illegittimità dell’esercizio del potere (e quindi degli atti nei quali il potere si esprime) non è più precluso dalla avvenuta inoppugnabilità dell’atto amministrativo lesivo per scadenza dei termini. L’illegittimità dell’atto può essere conosciuta successivamente in sede di cognizione dell’azione risarcitoria. Nell’ambito di questo giudizio l’illegittimità dell’atto lesivo viene accertata dal giudice, è da ritenere, sulla base dei motivi dedotti dal ricorrente. Quindi abbiamo una azione risarcitoria la quale presenta anche i caratteri di una azione di impugnazione.

Ma invero, dice la Corte che oggetto di questo giudizio non è direttamente l’illegittimità dell’atto amministrativo lesivo ma è la situazione che si è venuta a verificare per effetto della sua esecuzione. L’atto illegittimo che non è stato impugnato ha prodotto i suoi effetti, ha avuto esecuzione, e questo fatto ha prodotto danni in capo al ricorrente, che possono risultare ingiusti laddove l’atto lesivo risulti illegittimo. Quindi, al fine di valutare la situazione che si è venuta a verificare al fine dell’accoglimento dell’azione risarcitoria, il giudice amministrativo necessariamente dovrà valutare l’illegittimità dell’atto lesivo.

Sul punto si porrà un delicato problema del valore di questo accertamento, se su di esso si formi giudicato (di accoglimento) tale da precludere che la questione della illegittimità dell’atto lesivo si possa successivamente riproporre.

Si pone ancora la questione se possa trovare applicazione nell’ambito di questo giudizio risarcitorio il principio di cui all’art. 1227, 2° co., cod.civ., secondo il quale, come è noto, “il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza”. Invero, l’esecuzione dell’atto illegittimo è il fatto nel quale si concretizza il danno di cui viene chiesto il risarcimento. Ma questo fatto si

produce non solo per colpa dell'amministrazione (la quale appunto esegue un atto che avrebbe dovuto riconoscere come illegittimo) ma anche, in ipotesi, per colpa del soggetto nei cui confronti gli effetti dell'atto si producono. Egli infatti avrebbe potuto impugnarlo (avrebbe avuto l'onere di impugnarlo), e chiederne al giudice amministrativo la sospensione e l'annullamento. Ciò non ha fatto ed in conseguenza si sono prodotti i danni. Se avesse usato, in ipotesi, l'ordinaria diligenza (ad esempio l'atto è giunto alla sua conoscenza, gli effetti si producono nella sua sfera soggettiva di diretta cognizione) impugnandolo, il danno non si sarebbe prodotto. E in tal caso, il risarcimento non sarebbe dovuto.