

***Le Sezioni Unite recidono la pregiudizialità di annullamento..., ma anche la cd. “pregiudizialità da provvedimento” (impressioni a S.U., Ordd., nn. 13559, 13660 e 13991 del 2006) di Michele Didonna.***

Con tre distinte ordinanze, contestuali<sup>1</sup>, le Sezioni Unite della Cassazione rivoluzionano, radicalmente, l'attuale indirizzo interpretativo ravvisato dal Consiglio di Stato e, più in generale, dalla giurisprudenza amministrativa, con riguardo alla tematica della “pregiudizialità necessaria” dell'annullamento del provvedimento lesivo della P.A. per la coltivazione con successo dell'azione di risarcimento del danno innanzi il G.A., autorevolmente inaugurato dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 27 marzo 2003, n. 4.

1. In sintesi, le affermazioni in cui si compendia il *révirement* sono le seguenti:

a) In un sistema di *civil law*, quale il nostro, il riconoscimento della posizione soggettiva da tutelare è cristallizzata dalla previsione costituzionale e deve precedere la tutela giurisdizionale.

b) Ai sensi degli artt. 24 e 113 della Costituzione, è riconosciuta all'interesse legittimo, al pari del diritto soggettivo, un'autonoma protezione di diritto sostanziale (l'interesse legittimo preesiste al processo amministrativo, n.d.r.).

c) Dopo la caduta del dogma della irrisarcibilità dell'interesse legittimo, è conseguente al riferito postulato giuridico, che esso acceda alla medesima tutela, piena ed effettiva, garantita dalla Costituzione al pieno diritto.

d) Siffatta tutela è apprestata per l'interesse legittimo dal suo “giudice naturale” che è, ai sensi delle citate norme costituzionali, il Giudice amministrativo; pertanto, la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo non va più assunta quale mero completamento di quella demolitoria, ma va riconosciuto, con caratteri propri, il diritto al risarcimento del danno di cui la sola Autorità giudiziaria competente è quella amministrativa.

e) Tanto anche nel rispetto - tradizionale - del riparto costituzionale di giurisdizione tra posizioni soggettive ed, altresì (argomento nuovo), in ossequio dell'art. 111 della Costituzione, quale “criterio guida” dell'interpretazione delle norme additato, in materia di giustizia, dalla Corte costituzionale. Il principio fondamentale della ragionevole durata dei processi è, nel descritto crinale, riguardato nel senso che il Giudice amministrativo per assegnare protezione all'interesse legittimo deve apprestare i rimedi più agevoli e di immediata e tempestiva fruizione da parte del cittadino.

f) Non vi è alcuna *quæstio* per il risarcimento del danno recato all'interesse legittimo, ove esso consegua all'annullamento dell'atto o del provvedimento amministrativo.

Il problema si manifesta per l'azione di risarcimento “autonoma”.

g) Le Sezioni Unite stabiliscono, strizzando l'occhio alle decisioni di C. Cost. nn. 204/2004 e 191/2006, la cognizione del Giudice amministrativo là dove la controversia involge atti ovvero comportamenti della P.A. che, comunque, si evincono come manifestazione di esercizio del potere amministrativo; solo

---

<sup>1</sup> Nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 e n. 13911 del 15 giugno 2006, in questa *Rivista*. Si osservi che, benché contemporanee ed a contenuto motivazionale pressoché identico, le ordinanze presentano Collegi differenti per Presidente ed Estensori, quasi a suggellare, in senso rafforzativo, la convinta fermezza del nuovo orientamento.

nell'ipotesi di diritti inviolabili cd. "di prima fascia" (*l'habeas corpus*) il potere pubblico non riesce a selezionare la cognizione del G.A..

h) Ammettono, indi, le S.U., senza limiti, l'azione "autonoma" di risarcimento del danno inflitto all'interesse legittimo, prescindente dal previo annullamento dell'atto o del provvedimento pretesi come incisivi.

A quest'ultimo proposito, la Corte regolatrice si spinge, con palpabile audacia, ancora oltre, sancendo testualmente l'«abbandono di un approccio di tipo tradizionale» e, per l'effetto, persuade che l'azione singola risarcitoria dell'interesse legittimo può essere promossa anche senza la preventiva pronuncia costitutiva e - ancora - oltre i termini di decadenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo. Tanto può accadere in quanto il Giudice amministrativo può esercitare la propria giurisdizione sulla tutela risarcitoria prescindendo dalle regole proprie della giurisdizione di annullamento; il G.A. così non disapplicerà l'atto amministrativo, ma conoscerà la sua illegittimità quale elemento costitutivo della più complessa fattispecie risarcitoria.

i) Sottolineano, conseguentemente, le Sezioni Unite che quest'ultimo accertamento dell'illegittimità non può perciò attentare all'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento, né il diritto al risarcimento può essere per sé disconosciuto da ciò che, invece, concorre a determinare il danno, ovverosia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento che la P.A. ha mantenuto nonostante la sua illegittimità.

Il G.A., così, nell'opinione del Collegio della giurisdizione, non può rifiutarsi di conoscere la domanda autonoma di risarcimento del danno nell'ipotesi in cui, nei termini di decadenza, non sia stato chiesto l'annullamento dell'atto assunto come compressivo della posizione giuridicamente protetta del privato con la conseguente rimozione dei suoi effetti.

2. Le tre controversie che hanno dato origine ai rispettivi regolamenti di giurisdizione, e dunque alle ordinanze in esame, hanno avuto ad oggetto vicende affatto differenti: le due del 13 giugno, hanno deciso, rispettivamente, l'esclusione di un aspirante da un dottorato di ricerca presso un'Università e l'azione autonoma di risarcimento del danno conseguente al diniego di rilascio di un'autorizzazione commerciale per l'apertura di esercizio per la vendita di alimenti e bevande; l'altra, ha riguardato una fattispecie di occupazione illegittima:

2.1 Orbene, sembra assolutamente condivisibile l'orientamento che esclude la pronuncia pregiudiziale di annullamento, anche oltre i termini di decadenza da parte del Giudice amministrativo per ottenere il risarcimento del danno, nell'ipotesi di controversie relative ad occupazioni illegittime, vertendosi, in siffatte evenienze, della promozione risarcitoria di un interesse legittimo di tipo oppositivo.

2.2 Dubbi possono ricorrere nelle altre due fattispecie ove gli interessi legittimi per cui si è promossa l'azione risarcitoria presentano indole pretensiva e concorsuale<sup>2</sup>.

Per quanto concerne il risarcimento dell'interesse legittimo pretensivo è ben evidente che le Sezioni Unite hanno eliso non soltanto la necessità della pregiudizialità necessaria di annullamento, ma anche la "pregiudizialità da provvedimento": è possibile che il Giudice amministrativo, in siffatto scenario

---

<sup>2</sup> E' da rimarcare che le S.U., diversamente dall'esperienza della sentenza n. 500/1999, ammettono odiernamente la risarcibilità dell'interesse legittimo *tout court*, mentre fino ad oggi la prevedevano solo per quello correlato o sottostante ad un "bene della vita".

ricostruttivo, si occupi della cognizione dell'azione risarcitoria a prescindere dal rilascio del provvedimento ampliativo sperato dal privato. Tanto, però, è il caso di precisare, è assolutamente in sintonia con l'orientamento avviato con la decisione n. 500 del 1999, la quale, come è noto, ancorò la risarcibilità dell'interesse pretensivo a un giudizio prognostico sulla fondatezza dell'istanza ampliativa avanzata dal privato, sull'esito favorevole di quell'istanza, a "legislazione vigente": in relazione alla regolamentazione esistente al momento della proposizione dell'istanza.

Le perplessità sorgono dalla constatazione per cui espungere dal sistema dell'interesse pretensivo – le stesse considerazioni valgono per quello concorsuale<sup>3</sup> - il pregiudiziale rilascio del provvedimento ampliativo, introduce nel sistema la tutela risarcitoria dell'interesse pretensivo sul veicolo di un danno da "mero" ritardo. Dal pregiudizio per il ritardo nel rilascio del provvedimento, si passa ad pronuncia del G.A. prescindente dall'avvenuto ampliamento della sua sfera giuridica; ampliamento che, peraltro, potrebbe non riscuotere sostegno nella legge<sup>4</sup>. L'impugnazione del semplice diniego, può portare ai seguenti effetti aberranti:

a) uno non giuridico, dell'ingolfamento degli uffici giudiziari del Giudice amministrativo, perché ogni diniego della P.A. porterà, in linea astratta, all'azione risarcitoria autonoma (pur su finalità strumentali) anche su atti negativi con ogni evidenza fondati<sup>5</sup>;

b) l'altro (lo si poteva già rilevare dopo il pronunciamento della 500) di giustapporre il convincimento del Giudice amministrativo, al di fuori della cd. area di "attività vincolata" della P.A., alla valutazione discrezionale pubblica circa il riconoscimento o meno del provvedimento amministrativo.

Le Sezioni Unite non hanno precisato due ulteriori aspetti:

a) se la non necessità di una pregiudiziale pronuncia demolitoria del provvedimento lesivo sia applicabile anche alla giurisdizione di sola legittimità;

b) se la non necessità della pregiudizialità necessaria sia praticabile anche per la reintegrazione in forma specifica.

Quanto al primo profilo la risposta dovrebbe essere positiva, anche in considerazione della circostanza per cui una delle tre controversie, segnatamente quella che ha condotto all'ordinanza n. 13660 del 13 giugno 2006, ha riguardato una *querelle* vertente su di un'autorizzazione commerciale, che non rientra in materia sottoposta a giurisdizione esclusiva del G.A.<sup>6</sup>.

Quanto al secondo aspetto sembra che la risposta debba essere negativa in quanto sarebbe necessario, come si è già appurato in altra sede<sup>7</sup>, che per far luogo alla

---

<sup>3</sup> S'ipotizzi il provvedimento di esclusione di un operatore economico da una procedura di appalto assegnata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ovvero di un aspirante che prende parte ad un concorso per la copertura di un posto di lavoro pubblico.

<sup>4</sup> Benché le S.U. si sono occupate esclusivamente della questione di giurisdizione, afferendo i rilievi sopra esposti a profili vantabili dal G.A. in sede di merito.

<sup>5</sup> Si pensi anche all'impugnazione "risarcitoria" dei silenzi della P.A. sullo sconfinato orizzonte delle istanze pretensive dei cittadini.

<sup>6</sup> Benché nella sede di legittimità, sussistendo posizioni di solo interesse legittimo del privato, esso dovrebbe sottostare alle logiche, e quindi alla regolazione propria, del processo di annullamento.

<sup>7</sup> Mi permetto il rinvio al mio, *La Tutela Civile del G.A.*, Milano, 2005, 109 e ss., in cui si precisa che:

"In conclusione, è il caso di isolare la non secondaria considerazione per cui in tutte le suddette ipotesi, non si farebbe luogo ad una disapplicazione di atti o attività amministrativi, come tale

reintegrazione in forma specifica sia, in ogni caso, necessario che il provvedimento che ha compreso la situazione giuridica del privato, venga effettivamente cancellato dal mondo giuridico.

---

istituzionalmente inibita al G.A. in quanto non contemplata dal diritto positivo, bensì l'accertamento pregiudiziale – anche non costitutivo – di (non) conformità alla legge dell'attività amministrativa (provvedimentale e comportamentale), nell'universo della giurisdizione del G.A., rivestirebbe una differente funzione di *sostegno* e *completamento* della cognizione risarcitoria versata al cospetto del medesimo.

Con tutta evidenza, l'introduzione *recisa* ed improvvisa del potere risarcitorio nello strumentario del G.A., dovrebbe giocoforza comportare un temperamento ed una rimeditazione della tradizionale impostazione per cui il giudice amministrativo potrebbe soltanto annullare i provvedimenti della P.A. ad esso sottoposti e non anche *conoscerli*, quali semplici antecedenti (logico-giuridici) di *fatto*, ad altre differenti finalità, come identificare gli *elementi costitutivi* dell'articolata fattispecie risarcitoria che si sta analizzando; e, dunque, non necessariamente disapplicarli.

Il G.A., in altre parole, dovrebbe conoscere non già il provvedimento amministrativo in sé, ma la sua *sola* non conformità alla legge e la propria sensibilità cognitiva traslarsi dal momento demolitorio provvedimentale, alla concreta sostenibilità – in termini d'idoneità – del nesso eziologico corrente tra l'accertata illegittimità dell'attività pubblica ed il pregiudizio *non jure* inferto al privato.

Potrebbe disporre la condanna al risarcimento del danno in favore dell'interessato, laddove appuri che l'atto (tempestivamente o tardivamente) impugnato è illegittimo e per tal esclusiva ragione ha idoneità ad infliggere in concreto un pregiudizio alla sua sfera giuridica; in ragione di tanto, l'interessato promuoverà (tempestivamente) un processo demolitorio e risarcitorio, ovvero, nella giurisdizione esclusiva, (tardivamente) solo risarcitorio per equivalente; in entrambe le situazioni, per la reintegrazione monetaria, il percorso conoscitivo e dispositivo del G.A., non sarà dissimile, seppur nell'un caso annullerà l'atto, nell'altro ricaverà dall'accertamento della sua illegittimità un elemento costitutivo per la favorevole sostenibilità dell'azione risarcitoria.

Vi sarebbe del resto una traccia testuale, che comproverebbe quanto si afferma, nell'odierna conformazione, ai sensi dell'art. 7, comma 3°, della legge T.A.R., dei "diritti patrimoniali consequenziali", nei quali rientra il risarcimento del danno, che risultano scissi da ogni pronunciamento di legittimità del G.A. sull'atto, essendo correlati generalmente soltanto al potere decisorio di quest'ultimo.

Diversamente, per l'azione di danno in forma specifica, non potrà essere pretermesso, in ogni sede cognitiva, l'incidente di annullamento del provvedimento nei termini contestato, poiché, per la sua perseguibilità sarà strutturalmente imprescindibile l'eliminazione *recisa* dell'atto o del comportamento dal mondo giuridico."