



**L'ETERNO DIBATTITO SULLE GIURISDIZIONI TRA DIRITTI
INCOMPRIMIBILI E LESIONE DELL'AFFIDAMENTO***

di

Filippo Patroni Griffi

*(Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione;
Presidente di Sezione del Consiglio di Stato)*

7 dicembre 2011

Siamo qui chiamati ad affrontare alcune decisioni dei supremi organi di giurisdizione su temi tra loro distinti ma accomunati da un fattore comune: il dibattito tra giurisdizioni tanto più “eterno”, come titola il seminario, se raffrontato con quanto si chiedeva cinque anni fa Maria Alessandra Sandulli, devo dire incautamente perché con un interrogativo retorico a risposta positiva, circa una raggiunta “definitiva” certezza sul riparto, conseguito dalle ordinanze del 2006 della Cassazione. Incauta ma attenta, tanto da virgolettare l’attributo “definitiva”.

In effetti, l’impressione è che, pur a fronte dei noti interventi della Corte e del codice del processo amministrativo, il dibattito possa essere, da una parte, non sicuramente sopito (azione risarcitoria), dall’altra, arricchirsi di altri fronti, per la verità in qualche misura inaspettati.

Vorrei strutturare così la mia riflessione: un commento a caldo sulle pronunce in considerazione, che toccano temi distinti; due considerazioni finali: una sul problema del

* Relazione al convegno su *L’azione risarcitoria nei confronti delle pp.AA. e l’eterno dibattito sulle giurisdizioni* (Università Roma Tre, 11 maggio 2011). In corso di pubblicazione sulla rivista *Il Foro Amministrativo TAR*, nella sezione dedicata all’Osservatorio sulla giustizia amministrativa, a cura di M.A. Sandulli e Marco Lipari, fascicolo 10/2011.

danno in “ambito” rapporto amministrativo; l'altra sulle situazioni giuridiche soggettive nell'ottica del riparto.

Le pronunce pongono tre questioni.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011 pone la questione dell'azione autonoma e si sofferma sull'articolo 30 co. 3 del codice, sul rapporto tra danno risarcibile e omessa attivazione di strumenti di tutela da parte del danneggiato. Considerando la soluzione scelta già ricavabile dal sistema e quindi applicabile anche prima dell'entrata in vigore del codice.

Cass. nn. 6594-5-6 del 2011 affrontano il tema della lesione dell'affidamento subito dal destinatario di un provvedimento favorevole poi annullato, per configurare un autonomo (dall'esercizio del potere) risarcimento del danno da far valere davanti al giudice ordinario.

Cass. n.7186 del 2011 afferma la giurisdizione del giudice ordinario sull'azione proposta da sindacati ex art. 44 d.lg.286/98 (e successive modific.) in relazione alle denunce di atti discriminatori sotto il profilo della cittadinanza, posti in essere da un datore di lavoro pubblico all'atto della stabilizzazione di personale precario. La Cassazione, però, motiva una soluzione, direi condivisibile al limite del pacifico, con argomentazioni che fanno leva sulla antica natura di diritto fondamentale, direttamente “protetto” dalla Costituzione o da fonti comunitarie, del “diritto alla parità”; e richiama anche un suo precedente (Cass. 3670/11) relativo all'applicazione del d.lg. 215 del 2003.

Partiamo dall'ultima pronuncia.

Un'azienda ospedaliera aveva escluso dalle procedure di stabilizzazione i soggetti precari sforniti della cittadinanza italiana. I sindacati avevano proposto ricorso al g.o. contro quest'atto discriminatorio ai sensi dell'art. 44 citato che prevede una procedura ad hoc dinanzi al g.o.,

Non credo che ci fossero dubbi sulla soluzione, sul duplice piano del diritto positivo e di sistema. E ciò, nonostante che “l'accertamento” della condotta discriminatoria fosse stata chiesta in relazione al “conclamato proposito” dell'azienda ospedaliera di tener fuori dalla procedura di stabilizzazione i lavoratori extracomunitari (e quindi sembrerebbe che la procedura di assunzione non fosse nemmeno iniziata).

Qui, per affermare la giurisdizione ordinaria, sarebbe stato esatto e sufficiente dire quanto, secondo la sentenza, argomentato dalla parte resistente al regolamento: trattasi “di azione civile promossa contro il datore di lavoro che ha compiuto un atto o un comportamento che

produce un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza a una cittadinanza”; sicché il diritto oggetto di tutela “non andava individuato nel preteso diritto ad accedere al pubblico impiego, ma in quello a non subire una discriminazione per una ragione vietata. Ne conseguiva la necessità di distinguere tra il rapporto sostanziale sottostante, che può appartenere all’una o all’altra giurisdizione, e la disparità di trattamento per ragioni vietate, per la cui lesione la giurisdizione appartiene al g.o.”.

Questa sarebbe stata motivazione ineccepibile e, soprattutto, sufficiente. Si fonda sul principio della domanda, e dell’azione prescelta dal ricorrente, in ipotesi, ammessa che ci sia, di un concorso di azioni a tutela di situazioni soggettive tutte rapportabili a una medesima vicenda. Ragionamento non molto diverso da quello che si è fatto in passato per l’azione ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori, che oggi viceversa impone la giurisdizione ordinaria per tutte le controversie a quel titolo azionate, sia che incidano su prerogative sindacali, sia che riguardino la posizione di singoli lavoratori (Cass. n. 20161/10)

E una tale motivazione terrebbe correttamente distinta la tutela azionata dal rapporto sottostante, che può dar luogo anche ad altre e distinte, se pur in ipotesi parzialmente coincidenti, tutele. In tale ipotesi, per esempio, se fosse stato emanato un bando e ci si fosse mossi nell’ambito di una procedura concorsuale pubblica, a nessuno, si spera, sarebbe venuto in mente di negare la legittimazione del lavoratore a impugnare quel bando dinanzi al giudice amministrativo e di far valere, come vizio di legittimità, anche la violazione della normativa antidiscriminatoria. Non credo che qualcuno avrebbe prospettato che quel vizio fosse da estrapolare e da far valere unicamente dinanzi al giudice ordinario come giudice indefettibile e naturale dei diritti fondamentali.

Ed è questo il passaggio, tanto inutile nell’economia della decisione, quanto poco convincente, pur nella sua ambiguità, che desta perplessità nella pronuncia della Corte di cassazione: la giurisdizione sarebbe del giudice ordinario anche (non si capisce se si tratti di soluzione quasi costituzionalmente imposta) perché si tratta di tutelare un diritto fondamentale che trova la sua protezione nella Costituzione e nella normativa comunitaria.

Questa impostazione non convince, a mio avviso, per ragioni che richiamerò solo schematicamente:

- 1) qualcuno dovrebbe spiegare, con la certezza imposta dall’assumere un criterio di riparto, quali sono *nominatim* i diritti fondamentali e quali no (le riflessioni sul tema dei diritti fondamentali, tra le tante, svolte in un bell’articolo del 2002 da Ferrajoli, non delineano una categoria a individuazione certa);

- 2) non vi è alcun principio o norma del nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario –escludendone il giudice amministrativo- la tutela dei diritti costituzionalmente protetti: leggo, testualmente, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 140 del 2007;
- 3) e così dispiacerà essere smentito, tra i tanti, a Nino Paolantonio, che, in un saggio sul potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione, vede, sulla scorta di Cass. n. 2656/08, “il definitivo abbandono (senza punto interrogativo e senza virgolette) di un’altra figura pretoria priva di fondamento teorico e di diritto positivo (quella dei cc.dd. diritti incompressibili)” .

La realtà è che, già sul piano dogmatico, la presenza di un diritto -nella nostra esperienza, che non è quella tedesca che pure andrebbe approfondita -perfino di un diritto di libertà (come notò Giannini), non segna il limite (ma meglio si direbbe: non delimita il campo) del potere: la garanzia costituzionale opera, a vari livelli, con il combinato disposto della riserva di legge (che nega spazio al potere normativo secondario), della tipicità dei provvedimenti (che richiede il fondamento legislativo del potere) e dei vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere). Il resto non c’è. Non c’è, sul piano positivo, un ambito di diritti sottratto a ogni ingerenza del potere. Se così fosse, vi sarebbe giurisdizione (necessariamente) ordinaria anche sulla localizzazione di una centrale nucleare o di un impianto di smaltimento dei rifiuti, perché *in sé* (potenzialmente) lesiva del diritto alla salute.

E passiamo alla sentenza n. 3 del 2011 dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Questa decisione si occupa di risarcimento del danno e di azione risarcitoria autonoma. Quindi al co. 3 dell’art. 30 del codice del processo, disposizione che la sentenza, dopo averne sottolineato il carattere di compromesso tra le opposte tesi sulla pregiudizialità, ricava dal sistema e quindi applica anche alle situazioni pregresse.

La sentenza, senz’altro equilibrata su un terreno scivoloso, sembra essere anche aderente al dato normativo (indipendentemente da quanto piaccia questo dato). Non si sofferma, perché non ne ha motivo, sul punto delicato del termine di decadenza e soprattutto della durata del termine. Affronta invece l’altro tema dibattuto dell’esclusione della risarcibilità per quei danni che si sarebbero potuti evitare con il ricorso agli ordinari strumenti di tutela, fornendo *in iure condito* utili indicazioni applicative.

Qui il passaggio rilevante mi sembra l’affermazione, consapevolmente opinabile nella decisione, dell’esigibilità dal creditore dell’azionamento degli strumenti di tutela. E l’argomentazione pregnante è, da una parte, che tali strumenti sono dei più disparati (e tra

questi il cd. invito all'autotutela), dall'altra, che la gravosità per il ricorrente va valutata anche "comparativamente", alla luce del fatto che egli propone comunque un'azione giudiziaria (quella risarcitoria) mediamente più complessa di quella demolitoria che gli veniva offerta tradizionalmente dall'ordinamento. Così si salva l'autonomia dell'azione risarcitoria nel sistema delle tutele, ma si evitano comportamenti opportunistici (il ricorrente aveva azionato l'azione risarcitoria a distanza di qualche anno dal fatto) e situazioni in cui la pubblica amministrazione potrebbe anche non avere contezza dell'illecito in atto (a fronte di situazioni particolarmente complesse e dubbie, rispetto alle quali il ricorrente mai si sia "lamentato" con l'amministrazione, magari anche "dolosamente", come l'esperienza della legge Pinto, dovrebbe aver insegnato).

E veniamo all'ultimo e più complicato caso. Quello del danno chiesto all'amministrazione dal soggetto *beneficiario* di un provvedimento amministrativo, a seguito del suo annullamento (in via giurisdizionale o di autotutela), a ragione dell'affidamento riposto nel provvedimento medesimo. Si badi che il caso può presentarsi nell'ambito della giurisdizione esclusiva (concessione edilizia, appalti) o di legittimità (autorizzazione all'esercizio di un commercio). Le ordinanze della Corte seguono, a sostegno della ritenuta giurisdizione ordinaria, questo iter argomentativo:

- a) la parte che invoca la tutela risarcitoria non postula un illegittimo uso del potere consumato nei suoi confronti con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale;
- b) il provvedimento favorevole poi annullato rileva come mero comportamento (o mero fatto);
- c) non vi è alcun atto da impugnare rispetto al quale la tutela risarcitoria possa essere consequenziale, "uno strumento di tutela ulteriore e di complemento rispetto a quella demolitoria" e quindi attribuita al giudice amministrativo;
- d) il (diritto al risarcimento del) danno da lesione dell'affidamento costituisce esso stesso, o si riferisce a, un diritto soggettivo (sembrerebbe che la Corte configuri un diritto all'affidamento e alla correttezza dell'azione amministrativa o forse un diritto a fare affidamento sulla legittimità e sulla correttezza);
- e) (solo n. 6594) vi è giurisdizione esclusiva solo se e in quanto "il danno patito dal soggetto che ha proceduto all'impugnazione dell'atto, sia conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.) della illegittimità dell'atto impugnato".

I dubbi in questa materia (inevitabilmente trasformati in certezze dalla Cassazione) hanno certamente ragion d'essere, ma la soluzione, almeno per la giurisdizione esclusiva, pone interrogativi.

Si parta dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 204 del 2004 e 191 del 2006.

E' vero che la Corte afferma che il risarcimento del danno non è una materia, anche se si dovrebbe tener conto del fatto che la Corte usa l'affermazione per contrastare, in punto di giurisdizione, il convincimento, assai diffuso nella giurisdizione ordinaria, secondo cui il risarcimento del danno costituirebbe un diritto autonomo, svincolato dalla posizione sostanziale come tale devoluto al giudice dei diritti; la Corte costituzionale introduce il concetto di rimedio, cioè del risarcimento come strumento di tutela di una posizione sostanziale.

In positivo, la Corte fonda la giurisdizione amministrativa sull'inerenza a una vicenda in cui l'amministrazione agisca come autorità, sì che il giudice amministrativo possa essere considerato come giudice dei pubblici poteri (o della funzione pubblica, come precisa C.C. 140/97) e non come mero giudice dell'amministrazione o giudice delle controversie in cui sia coinvolto un interesse pubblico. E questa peculiarità della giurisdizione è collegata alla situazione sostanziale ordinariamente tutelata, cioè l'interesse legittimo, che continua a sorreggere –nell'ottica della Corte- la devoluzione di diritti in “particolari materie” nella giurisdizione esclusiva.

Il criterio fondamentale di riparto sembra quindi essere quello della necessaria inerenza dell'azione amministrativa all'esercizio di un potere pubblico. In tale contesto, dice la Corte, l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo della tutela risarcitoria si fonda sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica e, per contro, non si giustifica (solo) quando la pubblica amministrazione non abbia in concreto esercitato il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblico; ponendo “un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione” (191/06).

Rispetto alla sentenza della Corte, due norme del codice del processo –qui non ci preoccupiamo della loro applicabilità *ratione temporis* ai casi esaminati dalla Cassazione- vengono in rilievo: l'articolo 7, che devolve al giudice amministrativo le controversie

“concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo riguardanti atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all’esercizio di tale potere”; l’art. 30, co. 5., secondo cui il giudice amministrativo conosce “esclusivamente” (che sta per “soltanto” e si poteva anche non scrivere) di *ogni* domanda al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materia di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi”. E non mi sembra che tali disposizioni contrastino con la Carta o con la Corte costituzionale.

In questo contesto ci si può porre una serie di domande cui si deve rispondere:

1: Siamo certi che la Corte costituzionale abbia voluto concentrare la giurisdizione nel giudice amministrativo solo nell’ipotesi in cui il danno sia subito dal destinatario di un provvedimento sfavorevole e non anche nell’ipotesi in cui l’esercizio della funzione –tanto illegittimo da portare all’annullamento giurisdizionale o in autotutela del relativo provvedimento- causi un danno all’originario beneficiario dello stesso?

In altri termini, il danno devoluto al giudice amministrativo è solo quello che consegue a un provvedimento sfavorevole, proprio come strumento di tutela ulteriore necessariamente agganciata a una tutela demolitoria sia pure in ipotesi non esercitata? O basta che un provvedimento sia illegittimo e causi un danno, ancorché da incolpevole affidamento, per radicare la responsabilità della pubblica amministrazione?

2 – Probabilmente bisogna chiarirsi se Corte costituzionale, ai fini della giurisdizione amministrativa, nel richiedere l’inerenza all’esercizio di un potere, richieda un nesso di causalità diretta e immediata con la fattispecie costitutiva del danno (che, forse ma solo forse, nella specie potrebbe non esserci) o si limiti a richiedere un collegamento della lesione con l’esercizio, ovviamente in forme tipiche, di un potere pubblico.

Il punto nodale è: la lesione dell’affidamento inerisce a una vicenda complessa in cui l’amministrazione ha agito illegittimamente come autorità. Si può scorporare questa illegittimità dal suo giudice per dire che tale lesione acquista totale autonomia (cioè assenza di collegamento) dall’esercizio di un potere pubblico?

Vediamo i due casi:

a) annullamento di concessione edilizia. Qui mi sembra difficile negare che ci si trovi di fronte a una medesima vicenda amministrativa nella quale la pubblica amministrazione agisce come autorità: e ciò, oltre che quando nega illegittimamente un provvedimento all’istante, sia quando emana un provvedimento illegittimo sfavorevole, sia quando illegittimamente rilascia un provvedimento favorevole. Questo è sempre lo stesso: favorevole a uno e sfavorevole all’altro, così come unico è il provvedimento di annullamento di quel medesimo

provvedimento. E' giusto, e coerente con il principio di concentrazione e semplificazione delle tutele, che, a seconda di chi sia la parte che chiede i danni si cambi il giudice? Quello che è vero è che cambia il titolo del risarcimento, la *causa petendi*: nel nostro caso è la lesione dell'affidamento. Ma basta questa diversità di *causa petendi* a rescindere ogni nesso con l'esercizio di una funzione pubblica?

Complessi anche i profili processuali: nella tesi della Cassazione, che valore acquista il giudicato di annullamento del provvedimento (quindi nel caso di annullamento giurisdizionale)? Le parti del rapporto ci sono tutte. Ma se la concessione annullata è un mero fatto, come dice la Cassazione, il *dictum* del giudice amministrativo rileva? E se era impugnato dal beneficiario l'annullamento in autotutela e il giudice amministrativo ha rigettato, il giudicato opera, ancorché di rigetto, tra le parti? E in che misura?

Problemi si creano anche dinanzi al giudice amministrativo: la parte che subisca l'impugnazione della concessione, può, oltre che resistere, nella qualità di controinteressato, richiedere in quel giudizio i danni da lesione dell'affidamento alla pubblica amministrazione in caso di annullamento del provvedimento a lei favorevole? E se invece agisce per l'annullamento dell'autotutela, può chiedere in via alternativa e subordinata i danni da lesione dell'affidamento? Forse oggi il codice del processo, strutturato come giudizio a pluralità di azioni, lo consente.

b) annullamento di aggiudicazione – Il discorso non cambia, ma con un chiarimento in fatto. La prassi della giurisprudenza amministrativa ha sempre consentito all'interessato, in caso di diniego dell'aggiudicazione di una gara vinta (per omessa copertura finanziaria o per offerta unica non conveniente) di chiedere e ottenere un danno da lesione dell'affidamento in caso di rigetto della domanda. Difficile sostenere che l'ipotesi sia diversa da quella dell'annullamento dell'aggiudicazione. Anche con riferimento a quest'ipotesi, peraltro, è difficile sottrarsi ai dubbi sopra esposti.

Qualche considerazione finale. Le prime due sentenze non sembra diano luogo a problemi particolari (salvo il passaggio motivazionale sui diritti non degradabili).

Più delicate le questioni poste dalle tre ordinanze.

Queste, in punto di diritto, non convincono per i casi di giurisdizione esclusiva: la lesione dell'affidamento –configurato come lesione di un diritto- non sembrerebbe idonea a spostare la giurisdizione dal giudice del rapporto amministrativo al giudice ordinario, come se la lesione fosse avvenuta in forza di un comportamento scollegato dall'esercizio del potere: questo rilascio illegittimo di un medesimo provvedimento che nei confronti di un soggetto

gioca come espressione di potere autoritativo e nei confronti di un altro come mero fatto nell'ambito dello stesso rapporto a tre lascia, per la verità, perplessi.

Più difficile addivenire alla soluzione della concentrazione al di fuori della giurisdizione esclusiva (per esempio, in caso di lesione dell'affidamento in un'autorizzazione commerciale).

Qui, se si costruisce l'affidamento come diritto soggettivo, il richiamo al principio di concentrazione probabilmente non è sufficiente a radicare la giurisdizione nel giudice amministrativo; anche se, anche in questo caso, il risarcimento segue all'acclarata illegittimità di un provvedimento amministrativo, in qualche modo plurioffensivo.

Si è allora a una domanda finale. E' proprio incontrovertibile che l'affidamento sia un diritto soggettivo (o un interesse legittimo)? O meglio, è sicuro che esista un diritto all'affidamento o un diritto alla correttezza dell'azione amministrativa svincolato dalla vicenda amministrativa autoritativa? Cioè si è sicuri che la lesione dell'affidamento e la violazione della correttezza - che resta uno dei vizi di legittimità del procedimento amministrativo da tempi "sandulliani" e quindi costituisce un "parametro" del sindacato- diano invece luogo a posizioni soggettive autonome svincolate dalla vicenda sostanziale cui si riferiscono e idonee a essere riparate da un giudice diverso da quello della vicenda sostanziale? Cioè, si possono scorporare correttezza, non discriminazione, buon andamento, ecc. dal procedimento amministrativo e quindi dal luogo tipico di esercizio della funzione e di composizione tra interessi contrapposti? (Non si sottovaluti la normale trilateralità delle vicende sostanziali in esame e la potenziale plurioffensività dell'unica manifestazione del potere che si rinviene in esse). O piuttosto il giudice "ordinario" e naturale della funzione pubblica dovrebbe conoscere anche di quelle lesioni e di quelle violazioni provocate nell'esercizio del potere pubblico nell'ambito di una medesima vicenda sostanziale?

La soluzione esatta dei casi in rassegna è opinabile. Una cosa però andrebbe detta. Non se ne può più con ragionamenti ancora incentrati, solo per stabilire chi giudica e non chi ha ragione, su affievolimenti, degradazioni, riespansioni; su diritti che si affievoliscono (che dà l'idea di situazioni soggettive "mosce", quando non degradate). La dottrina amministrativistica, da decenni, ragiona in modo diverso. Questi schemi vanno ancora abbastanza bene, forse, nel caso di provvedimenti ablatori della proprietà. Ma sono del tutto inadeguati in tutti quei casi in cui il pubblico potere esercita una funzione conformativa di interessi privati talora in contrapposizione tra loro; in casi, addirittura, in cui la decisione amministrativa incide direttamente su rapporti tra soggetti privati.

Forse si dovrebbe imparare sempre più a ragionare in termini di sfere giuridiche, che si compongono di diritti e interessi, lesi dall'esercizio di un potere autoritativo o meno. Al tempo stesso, le tecniche risarcitorie, e la stessa emersione di situazioni risarcibili, richiedono quell'esperienza e quella consapevolezza della storicità delle fattispecie di illecito che ha caratterizzato l'evoluzione giurisprudenziale in materia di danno (un po' come avvenuto per l'emersione degli interessi legittimi dinanzi al giudice amministrativo, secondo l'arguta considerazione di Mario Nigro).

Forse i giudici, ogni giudice per la parte che gli compete, dovrebbero riflettere sull'evoluzione dei fenomeni giuridici e sulle tecniche di tutela: il giudice ordinario dovrebbe assumere consapevolezza della profonda trasformazione del diritto amministrativo da Zanobini in poi; il giudice amministrativo dovrebbe approfondire tematiche e tecniche delle azioni risarcitorie. Il tutto per rendere meno duro per il cittadino il ricorso al giudice.