

Cade la pregiudiziale amministrativa? Spunti di riflessione tra pronunce della Cassazione e del Consiglio di Stato.

1. Premessa.

Non si è ancora sopito l'eco delle pronunce del Consiglio di Stato in materia di "pregiudiziale amministrativa"¹ che se ne ritorna a parlare, in modo critico, con la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione in commento.

Un lungo confronto che vede, dalla fine degli anni 90 ad oggi - da ultimo con la rinnovata rimessione della decisione circa la controversia risarcitoria alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ad opera della sez. VI del medesimo Consiglio, con la pronuncia n. 2436/2009 - contrapporsi la giurisprudenza amministrativa a quella civile su un peculiare argomento: la risarcibilità degli interessi legittimi e la conseguente connessione tra azione di annullamento e azione risarcitoria dinanzi al giudice competente *ratione materiae*.

Prima di tentare una ricostruzione sistematica dell'evoluzione giurisprudenziale sull'argomento giova sintetizzare i principi cardini delle ultime decisioni delle SS.UU. Cassazione e del Consiglio di Stato.

a) I principi sanciti dalla sentenza Cass. SS.UU. n. 30254/2008

1. La giurisdizione del giudice amministrativo include una tutela risarcitoria autonoma. Vedasi motivazione della decisione, punto 10.8.: “ *...quando dal giudice amministrativo si afferma che la tutela risarcitoria può essere somministrata da quel giudice, in presenza di atti illegittimi della pubblica amministrazione, solo se gli stessi siano previamente annullati in sede giurisdizionale o di autotutela, si finisce col negare in linea di principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, oltre ad una tutela risarcitoria di complemento....*”.

¹ Da ultimo Cons. Stato, sez. VI, 2007 n. 2136; Adunanza Plenaria Cons. Stato n. 12/2007, Cons. Stato, sez. IV, 2008, n. 1537.

2. E' ammesso il risarcimento dell'interesse legittimo anche senza il preventivo annullamento dell'atto illegittimo. Vedasi motivazione della decisione, punto 14: *“Si può dire in definitiva – nel solco delle ordinanze del 2006 – che la parte, titolare d’una situazione di interesse legittimo, se pretende che questa sia rimasta sacrificata da un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, ha diritto di scegliere tra fare ricorso alla tutela risarcitoria anziché a quella demolitoria e che i presupposti di tale forma di tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo non è quello che l’atto in cui la funzione si è concretata sia stato previamente annullato in sede giurisdizionale o amministrativa”*.

3. E' viziata da violazione di norme sulla giurisdizione la decisione del G.A. che nega tale tutela risarcitoria autonoma. Vedasi da ultimo motivazione della decisione, punto 14: *“il principio che ne discende.....è dunque questo:- proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall’esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norma sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l’illegittimità dell’atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento”*.

b) I principi sanciti dal Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2436/2009.

1. E' ribadita l'esistenza della cosiddetta pregiudiziale amministrativa. Vedasi punto 5: *“ questa sezione ha aderito alla tesi della plenaria (A.P. n. 12/2007)Ne consegue che la domanda di risarcimento del danno derivante dal provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell’atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall’amministrazione in esecuzione dell’atto impugnato”*.

2. E' necessario rispettare il principio di legalità sancito dall'art. 97 della Costituzione.

Vedasi punto 6: *“nel merito, il collegio non può che ribadire ancora una volta la pregiudizialità dell'azione demolitoria rispetto alla domanda risarcitoria, tutte le volte in cui il provvedimento fonte del danno non sia stato altrimenti rimosso in sede non giurisdizionale.....Alle ragioni già compiutamente esposte da numerose pronunce anche dell'Adunanza plenaria può aggiungersi la considerazione che, lasciandosi al privato la scelta tra azione di annullamento e azione per il risarcimento del danno, l'illegittimità del provvedimento amministrativo...verrebbe accettata e per così dire consolidata con irreparabile vulnus del principio di legalità.....e della ragione stessa di tutela dell'interesse legittimo, che riposa sul coincidente perseguimento di quello pubblico mediante l'eliminazione delle patologie nei singoli casi concreti”.*

2. Evoluzioni giurisprudenziali in materia di pregiudiziale.

Il primo passo verso il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo, come è noto, si ha con la sentenza delle SS. UU. Cass. n. 500/99: con essa cade il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo e si afferma al contempo il principio per cui il diritto al risarcimento del danno si configurerebbe quale situazione autonoma e distinta, tutelabile davanti al giudice normalmente competente secondo il criterio della *causa petendi*.

L'art. 2043 del codice civile viene considerato quale norma primaria di per sé sufficiente a fondare la pretesa risarcitoria come forma ordinaria di tutela del diritto alla reintegrazione del patrimonio, affidata al giudice ordinario.

In concreto secondo l'impostazione della Cass. emergono due giudici del risarcimento: il giudice amministrativo quale giudice delle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva e il giudice ordinario per il danno cagionato e sussumibile nella giurisdizione di legittimità dello stesso giudice amministrativo.

Nel primo caso, pertanto, il giudizio è concentrato sia per i profili impugnatori sia per quelli risarcitori in capo ad un unico giudice; nel secondo caso si assiste alla dislocazione presso due giudici del giudizio sull'annullamento dell'atto e di quello sul risarcimento del danno cagionato dal medesimo atto.

La Cass. opta con tale pronuncia in modo inequivocabile per la tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria, svincolata dal giudizio di annullamento del provvedimento.²

² SS. UU. Cass. n. 500/99: *“la questione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi non attiene propriamente alla giurisdizione, bensì costituisce questione di merito. ..Si è infatti affermato che con la proposizione di una domanda di risarcimento la parte istante fa valere un diritto soggettivo, sicché bene la domanda é proposta davanti al giudice ordinario, che, in linea di principio, è giudice dei diritti (a parte i casi di giurisdizione esclusiva), al quale spetta stabilire, giudicando nel merito, sia se tale diritto esista e sia configurabile, sia se la situazione giuridica soggettiva dalla cui lesione la parte sostenga esserle derivato danno sia tale da determinare, a carico dell'autore del comportamento illecito, l'insorgere di una obbligazione risarcitoria (in tal senso: sent. n.10453/97; n. 1096/98; ma già in precedenza, per l'affermazione che si tratta di questione di merito e non di giurisdizione, sent. n.6667/92; n.8836/94; n.5477/95; n.1030/96). Va comunque rilevato che, in forza di tale indirizzo (che appare essenzialmente rivolto a delimitare, restringendoli, i confini del regolamento preventivo, e non già ad incidere sul tema di fondo della risarcibilità degli interessi legittimi), la decisione rimessa al giudice di merito risulta comunque vincolata (e di segno negativo), in ragione della persistente vigenza del principio che vuole limitata la risarcibilità ex art. 2043 c.c. al solo danno da lesione di diritti soggettivi (non espressamente contrastato dalle dette decisioni). 3.3. Può constatarci, quindi, che i due menzionati orientamenti approdano entrambi al medesimo risultato negativo circa la questione della risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione dell'interesse legittimo: a) nel primo caso, è la stessa S.C., in sede di regolamento preventivo, a negare (anticipatamente) l'accesso alla tutela; b) nel secondo, la decisione negativa è soltanto differita, essendo rimessa al giudice del merito l'adozione di una pronuncia dal contenuto già prefigurato. Ed in entrambi i casi, in definitiva, l'ostacolo insormontabile è costituito da una ragione di ordine sostanziale, e cioè dalla tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c., che identifica il "danno ingiusto" con la lesione di un diritto soggettivo. Ora, non può negarsi che dal descritto stato della giurisprudenza deriva una notevole limitazione della responsabilità della P.A. nel caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica che abbia determinato diminuzioni o pregiudizi alla sfera patrimoniale del privato. Ma una siffatta isola di*

Alla regola della pregiudizialità necessaria si sostituisce il potere del giudice ordinario di conoscere *incidenter tantum* della illegittimità dell'azione amministrativa, che costituisce elemento costitutivo della fattispecie ex articolo 2043 del codice civile al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito della P.A.

La dottrina più attenta³, all'indomani della emanazione della sentenza SS.UU. n. 500/99, ne ha evidenziato alcuni aspetti critici, tra cui il rischio principale di conflitti di giudicati, ovvero la possibilità per il giudice civile di riconoscere il risarcimento del danno da atto amministrativo reputato legittimo dal giudice amministrativo.

immunità e di privilegio, va ancora rilevato, mal si concilia con le più elementari esigenze di giustizia. Queste S.U. ritengono quindi di dover affrontare alla radice il problema, riconsiderando la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c., che identifica il "danno ingiusto" con la lesione di un diritto soggettivo. Interpretazione che, è bene precisarlo subito, pur costantemente riaffermata in termini di principio, è stata poi frequentemente disattesa (o meglio aggirata) da una cospicua giurisprudenza, che ha realizzato, di fatto, un notevole ampliamento dell'area della risarcibilità dei danni ex art. 2043 c.c., ponendo così le premesse per il definitivo abbandono dell'interpretazione tradizionale..." e ancora si legga "..., non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento. Questa è stata infatti in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi all'accesso alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo. E l'autonomia tra le due giurisdizioni risulta ancor più netta ove si consideri il diverso ambito dei giudizi, ed in particolare l'applicazione, da parte del giudice ordinario, ai fini di cui all'art. 2043 c.c., di un criterio di mutazione della responsabilità non correlato alla mera illegittimità del provvedimento, bensì ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento della colpa, dell'azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto. Qualora (in relazione ad un giudizio in corso) l'illegittimità dell'azione amministrativa (a differenza di quanto è avvenuto nel procedimento in esame) non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c. ."

³ Per tutti, vedasi F. Caringella, R. De Nictolis; R. Garofoli; V. Poli, *Trattato di giustizia amministrativa, il riparto di giurisdizione*, seconda edizione, Giuffrè ed., pagg. 1277. e ss.

L'avvertita esigenza di porre rimedio a tale discrasia nell'assetto delle giurisdizioni ha portato il legislatore a riformulare l'articolo 35 del d.lgs. n. 80/98 ad opera della legge 205/2000. Da tale riforma in poi non vi alcun dubbio che l'azione di annullamento dell'atto e l'azione di risarcimento possano essere riuniti dinanzi al medesimo giudice.⁴

Resta tuttavia ancora aperta la questione relativa alla necessità della previa azione di annullamento del provvedimento causativo del danno – pregiudiziale di annullamento – o di accertamento dell'illegittimità dell'inerzia nell'esercizio del potere – implicita nell'esercizio tardivo dello stesso-.

In proposito giova ricordare l'esistenza di tre tesi.

Una prima posizione, tutta “**civilistica**” o “**autonomista**”, sostenuta *in primis* dalle SS.UU.

Cass. con la sentenza sopra richiamata (n. 500/99).

⁴ In tal senso si veda Cons. Stato, sez. IV, n. 2136/2007: “.....Il medesimo art. 35 ha previsto che il giudice amministrativo conosca, sotto ogni profilo e in base al principio di concentrazione, del provvedimento impugnato e delle lesioni da questo arrecate anche tramite la sua esecuzione, ma non contiene alcuna norma incidente sul consolidato principio per il quale l'oggetto principale del giudizio è l'atto lesivo, né su quello per il quale l'inopponibilità dell'atto preclude la verifica della anti giuridicità del danno, in quanto cagionato *secundum ius*.”

Quanto agli interessi pretensivi non aventi un rilievo comunitario, la riforma del 1998 (valutando anche le risorse della finanza pubblica complessivamente disponibili) ha consapevolmente effettuato una scelta innovativa, sul piano processuale e su quello sostanziale:

- *sul piano processuale, ha devoluto al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda risarcitoria (in applicazione dell'art. 103, primo comma, Cost.);*

- *sul piano sostanziale, completando il sistema di tutela risalente alla legge del 1889 e ancora ribadito con la legge n. 1034 del 1971 (per il quale, di regola, il ricorrente otteneva una adeguata tutela con la rimozione del provvedimento lesivo ed il conseguente obbligo di conformazione), ha ammesso che il giudice amministrativo possa sindacare il provvedimento impugnato - impeditivo della nascita del diritto - anche in relazione alla domanda risarcitoria.*

La legge n. 205 del 2000, nel novellare l'art. 35, sul piano della giurisdizione e su quello sostanziale ha esteso il potere del giudice amministrativo di disporre «l'eventuale risarcimento del danno», «nell'ambito della sua giurisdizione», così generalizzando la regola per cui l'interesse legittimo è tutelato in sede giurisdizionale non solo con l'annullamento, ma anche con lo «strumento di tutela ulteriore» del risarcimento (v. le sentenze della Corte Cost. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006).

L'ordinamento consente al giudice amministrativo (nell'ambito della “sua giurisdizione”, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, e dei suoi poteri, attinenti ai limiti interni della giurisdizione: Corte Cost., sent. n. 77 del 2007, § 7) di verificare:

- *se l'accoglimento della domanda principale di annullamento dell'atto impugnato – in sede giurisdizionale o straordinaria - comporti una tutela pienamente soddisfacente;*

- *se sia il caso di disporre, anche in alternativa, la condanna ad un risarcimento, qualora il ricorrente non possa conseguire dall'annullamento – e dalle connesse statuizioni coercibili col giudizio di ottemperanza - una piena tutela (in ragione della irreversibile esecuzione dell'atto), ovvero una effettiva utilità (per un ostacolo derivante dal diritto pubblico, quale l'impossibilità giuridica di emanare un ulteriore provvedimento, emendato dal vizio già riscontrato, o la consolidazione della posizione di un terzo).*

In base a tale posizione la parte che richiede il risarcimento aziona un vero e proprio diritto soggettivo, tutelabile davanti al giudice ordinario. Essa avrebbe la possibilità di scegliere se azionare la tutela del diritto dinanzi al giudice amministrativo, previa l'impugnazione dell'atto nei termini perentori previsti dalla legge, ovvero dinanzi al giudice ordinario in via autonoma nei termini di prescrizione quinquennale e a prescindere dall'impugnazione dell'atto illegittimo. In concreto Le SS.UU. non ravvisano la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento rispetto alla domanda risarcitoria e qualora l'illegittimità dell'azione amministrativa non sia stata previamente accertata dal giudice amministrativo viene riconosciuta la possibilità per il giudice ordinario di svolgere tale accertamento al fine di ritenere sussistente o meno l'illecito, costituendo l'illegittimità dell'atto amministrativo uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'articolo 2043 del c.c.

Alla posizione "civilistica" si contrappone la tesi tutta "**amministrativa**" o "**pregiudizialista**" che trova spunto dalla *ratio* del d.lgs. n. 80/98 e dalla legge n. 205/2000. Con tale riforma secondo la giurisprudenza amministrativa non si è voluto solo concentrare di fronte ad un unico giudice, quello amministrativo, ogni forma di tutela, anche risarcitoria, ma si è voluto affermare il principio per cui anche la tutela risarcitoria presuppone di norma il previo annullamento dell'atto amministrativo da cui è derivata la lesione dell'interesse del privato, non disponendo il giudice amministrativo del potere di disapplicare gli atti illegittimi.⁵

⁵ La previa o contestuale proposizione dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo non costituisce presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria nel caso in cui l'atto sia stato già caducato a seguito di ricorso al Presidente della Repubblica o sia stato rimosso in via amministrativa prima della scadenza del termine di decadenza prescritto per l'impugnazione (autotutela) ovvero nell'ipotesi in cui il danno derivi dall'illegittimità dell'attività della P.A. Se la regola della pregiudizialità tra annullamento e risarcimento è posta a salvaguardia del termine di decadenza e del principio di stabilità dei provvedimenti amministrativi, non se ne vedrebbe più il senso ove la stessa P.A. abbia eliminato il provvedimento, prima o durante il giudizio con una determinazione di autotutela. Ai sensi della tesi prevalente, l'esercizio della autotutela fa venire meno il presupposto di pregiudizialità. Pertanto, laddove l'amministrazione ritiri il provvedimento quando è già decorso il termine di impugnazione, il privato è rimesso in termini ai fini del risarcimento dei danni, potrà proporre l'azione risarcitoria che altrimenti sarebbe inammissibile non essendo stato impugnato nei termini il provvedimento lesivo.

A tale tesi ha aderito la giurisprudenza amministrativa. Punto di partenza a sostegno di tale posizione deve considerarsi l'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 4/2003**.

L'Adunanza Plenaria ha con forza sostenuto la tesi della pregiudiziale amministrativa, ponendo a fondamento del suo ragionamento i seguenti capisaldi: la proposizione di una autonoma azione risarcitoria determinerebbe l'elusione dei termini decadenziali previsti per la proposizione del ricorso davanti al GA, con lesione dei principi di celerità e stabilità delle posizioni giuridiche connesse all'*agere* pubblico; il GA non può disapplicare il provvedimento amministrativo di cui può conoscerne la illegittimità solo in via principale; il legame tra annullamento e risarcimento sarebbe determinata dalla stessa lettera della normativa che riporta nella competenza del GA anche la cognizione sui diritti patrimoniali consequenziali.⁶

Nel caso concreto, l'Adunanza Plenaria dà per scontato il fatto di trovarsi di fronte ad un provvedimento adottato in carenza relativa di potere e in quanto tale annullabile. Il mancato annullamento dell'atto viziato da incompetenza impedirebbe l'esame della questione risarcitoria, riconoscendo implicitamente la necessità della previa impugnazione dell'atto lesivo.⁷

⁶ Vedasi Cons. di Stato, Adunanza Plenaria n. 4/03 *“va considerato se tale atto del Comune, per altro contenente una serie di disposizioni di sua indiscutibile (ed indiscussa) competenza, sia da considerare nullo e cioè inesistente, ovvero semplicemente emanato da organo in parte incompetente e quindi, qualora questa incompetenza fosse realmente accertata, semplicemente annullabile e perciò produttivo di effetti giuridici sino alla pronuncia di annullamento, pregiudiziale rispetto alla richiesta di risarcimento del danno, secondo un indirizzo consolidato di questo Consiglio che ora va ribadito, riconoscendosene la fondatezza per la sua piena aderenza alla ratio della riforma, culminata con la legge 205 del 2000 che ha portato il legislatore ad attribuire al giudice amministrativo in via generale la cognizione anche sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva.*

Si è infatti osservato in una recente elaborata decisione della VI Sezione 18 giugno 2002 n. 3338 – che richiama quella anteriore della IV Sezione 15 febbraio 2002, n. 952 - che una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari.”

⁷ Per una ampia disamina della sentenza Adunanza plenaria Cons.di Stato n. 4/2003 vedasi G.P. Cirillo, *L'annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/cirillo_adu.htm.

Tra la posizione civilistica e quella amministrativa si pone la **posizione mediana** assunte dalle recenti ordinanze delle SS.UU. della Cassazione nn. **13659, 13660, 13911** del **2006**.

Secondo le SS.UU. entrambe le tesi su esposte porterebbero ad una possibile diminuzione dell'effettività della tutela del cittadino, in violazione dei principi derivanti dall'art. 24 della Cost.

La tesi civilistica perché finisce per frammentare o moltiplicare le sedi e i tempi di tutela giurisdizionale; quella amministrativa perché rischia di assicurare all'interesse legittimo una protezione che comprime l'ambito della tutela risarcitoria riducendone per modalità o contenuti la portata. Peraltro essa finisce per l'estendere l'area della giurisdizione al di là della connessione con l'esercizio in concreto del potere pubblico.

La conclusione da accogliere è dunque che 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 al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino.

In sintesi, secondo la posizione assunta dalle SS.UU. con le pronunce del 2006, spetta al giudice amministrativo disporre le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere, e tra queste forme di tutela rientra il risarcimento del danno.

Qualora il giudice amministrativo rifiutasse di esercitare la sua giurisdizione perché il privato non ha tempestivamente richiesto l'annullamento dell'atto illegittimo causativo del danno, la sentenza potrebbe essere cassata dalle SS.UU., quale giudice del riparto della giurisdizione, ai sensi dell'art. 362, comma 1, del c.p.c.⁸

⁸ Parte della dottrina concorda con la posizione assunta dalle SS.UU. Cass. Vedasi F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo, Percorsi*, III edizione, Giuffrè, pag. 216 e ss.

Nonostante le posizioni assunte dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato non sono mancate ulteriori pronunce, ora a sostegno dell'una posizione, ora a sostegno dell'altra, senza tuttavia pervenire ad una risoluzione definitiva della questione in esame.

In specie, la giurisprudenza maggioritaria dei TAR ha continuato a sostenere la tesi avvalorata dal Consiglio di Stato.

Vedasi a titolo esemplificativo la posizione del Tar Puglia, sez. Lecce,⁹ laddove statuisce al punto 5.4 dei *considerata* in diritto che *“se la pretesa risarcitoria è collegata all'interesse alla validità dell'atto che disciplina l'interesse di base, la regola è costituita dalla subordinazione dell'azione volta alla tutela della pretesa risarcitoria rispetto all'azione volta alla tutela dell'interesse di base.....Nell'ambito della tutela accordata dall'ordinamento avverso gli atti amministrativi non sussistono eccezioni alla esperibilità dell'azione impugnatoria, come quella individuata nel campo della disciplina societaria. Se il principio della fisiologica subordinazione dell'azione risarcitoria rispetto all'azione impugnatoria è valido nel campo societario, in funzione del bilanciamento collettivi e individuali, non c'è alcuna ragione per negarne l'applicazione quanto alla tutela accordata nel campo dell'attività amministrativa, nel quale il bilanciamento degli interessi pubblici e privati assume la configurazione della sintesi”*.

Vedasi ancora la posizione assunta dal Tar Sicilia, sez. Catania,¹⁰ che, aderendo totalmente ai principi sanciti dalla Plenaria n. 4/03, dal Tar Piemonte con sentenza n. 4130 del 2006 e dal Tar Puglia, sez. Lecce sopra citata, aggiunge *a fortiori* il richiamo ad altri profili messi in luce dalla giurisprudenza, in particolare la necessità di evitare che, in difetto della preventiva impugnazione del provvedimento, venga a consentirsi una pratica elusione del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi. Secondo il collegio catanese *“l'immediata tempestiva impugnazione dei provvedimenti illegittimi implica la possibilità per il privato di conseguire il bene della vita, o il risarcimento in forma specifica,*

⁹ Sentenza n. 37210/06, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁰ Sentenza 651/07, in www.giustizia-amministrativa.it

con vantaggio per il privato stesso e per l'amministrazione, che evita esborsi di ingenti somme a titolo risarcitorio..... Consentire che l'azione risarcitoria sia del tutto svincolata dalla previa demolizione di atti illegittimi significa trasferire le conseguenze dell'illegittimità dallo stato – apparato alla stato-comunità, che quindi sopporterà la sanzione risarcitoria, ovvero la monetizzazione del bene della vita che il privato non ha potuto ottenere o conservare...Al privato si lascerebbe la scelta di lasciare consolidare atti illegittimi, per chiedere poi entro il termine prescrizione il risarcimento, ovvero di reagire all'illegittimità tentando, innanzitutto, di conseguire o conservare il bene della vita sotteso....”

Laddove tali scelte fossero imposte da una previsione normativa sarebbero esse stesse sospettabili di incostituzionalità per violazione dei principi di buon andamento dell'amministrazione di cui all'articolo 97 della Costituzione, nonché del principio di ragionevolezza, di cui all'articolo 3 della stessa.

Vedasi infine per tutti la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/07, fermamente ancorata al principio del necessario previo annullamento del provvedimento amministrativo, sulla base dei seguenti argomenti:

1) struttura della tutela dinanzi al giudice amministrativo, che si caratterizza per una tutela principale demolitoria ed una tutela consequenziale risarcitoria. *“Il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito e in via impugnatoria, per la sua demolizione, e consequenzialmente in via risarcitoria per i suoi effetti lesivi ponendosi nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità. Il carattere consequenziale ed ulteriore della tutela risarcitoria espressamente ed inequivocabilmente posto, in armonia con gli artt. 103 e 113 co. 3 Cost, dall'art. 35 com. 1 e 4 del d.lg.vo 31 marzo 1998, n. 80 e confermato dal successivo co. 5 che comunque abroga ogni disposizione che prevede la devoluzione al go delle controversie sul risarcimento del danno ancora una volta visto come conseguente all'annullamento di atti amministrativi, sembra incontestabile...”*

2) Presunzione di legittimità dell'atto amministrativo che si trasforma da relativa in assoluta, a seguito del decorso del termine impugnatorio... *“alla c.d. presunzione di legittimità, che mentre involge radicati poteri della pubblica amministrazione e positivi caratteri dei suoi provvedimenti, come la efficacia e la esecutorietà, emergenti da una legislazione costante nel tempo, si tramuta da relativa in assoluta allorché, nel termine di decadenza- certamente eluso in ipotesi di vanificazione della pregiudiziale – siasi omessa impugnazione ovvero finché in presenza di discrezionale apprezzamento, non sia intervenuto annullamento d'ufficio”* .

3) Impossibilità di considerare illegittimo un atto che abbia raggiunto per decorso del termine decadenziale una presunzione assoluta di legittimità... *“...il danno ingiusto fatto, o, come sembra preferibile, fattispecie, esso non può essere configurato a fronte di una illegittimità del provvedimento che, per l'assolutezza della cennata presunzione, è, de jure, irreclamabile”*.

4) Impossibilità di accertare l'ingiustizia del danno a seguito del decorso del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto amministrativo.... *“alla incidenza della lamentata decadenza che attiene, a ben vedere, all'azione impugnatoria invece che all'azione risarcitoria, impedita, piuttosto che dalla decadenza, dalla non configurabilità, in presenza di un provvedimento inoppugnabile così come in presenza di un provvedimento inutilmente impugnato, di una sua condizione che la contraddizione legittimità - illiceità rende essenziale, la formale inesistenza, cioè, della ingiustizia del danno che è nucleo essenziale, anche se non sufficiente, della illiceità..”*

5) Improponibilità dell'azione risarcitoria, formatosi il giudicato amministrativo che abbia accertato l'assenza di illegittimità dell'atto amministrativo....*“alla concreta equivalenza del giudicato che, rilevando immediatamente al inesistenza della appena ricordata condizione, dichiara la improponibilità della domanda con giudicato che, pronunciandosi, come si pretende, nel merito dichiara infondata – e questa volta con pronuncia inequivocabilmente*

sottratta a verifica ex art. 362 cod.prc.civ – la domanda per difetto della denunciata illegittimità...”.

6) Vincolabilità della pronuncia della Cass. nei confronti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti solo in ordine alla sussistenza della giurisdizione e non in relazione al merito della richiesta...“ *la Corte di Cassazione con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell’art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione...”.*

7) Disapplicabilità da parte del G.O. dell’atto amministrativo...“*l’inoppugnabilità dell’atto amministrativo, siccome relativa agli interessi legittimi, non impedirebbe in nessun caso al giudice ordinario di disapplicarlo...”.*

Sulla stessa scia della pronuncia suindicata vedasi da ultimo la pronuncia del TAR Campania¹¹ per cui la pregiudiziale amministrativa è necessaria in quanto attiene alla stessa natura dell’interesse legittimo ed è espressione di un sistema che tutela l’interesse pubblico attraverso la soddisfazione di quello privato e a tal fine attribuisce la presunzione di legittimità e il carattere definitivo agli atti amministrativi oltre il breve termine decadenziale. In sostanza secondo il G.A. la tesi della pregiudiziale amministrativa trova conforto nel connotato essenziale della nozione di interesse legittimo. Quest’ultimo consiste in una posizione di vantaggio la quale non attribuisce direttamente il bene, ma riconosce poteri idonei a realizzare l’interesse al bene in via indiretta e mediata, tramite la tutela dell’interesse pubblico e il conseguente corretto esercizio dell’azione amministrativa. La violazione dell’interesse legittimo non può che essere contestata nel breve termine di decadenza previsto dall’ordinamento quale precipitato della generale regola della certezza dei rapporti di diritto pubblico, in forza della quale il superamento della decadenza implica che la decisione

¹¹ TAR Campania – sez. staccata Salerno 6 novembre- 4 dicembre 2008, n. 3999, in Guida al diritto, n. 5, 31 gennaio 2009, ed. ilsole24ore.

dell'amministrazione diviene inoppugnabile. Ne consegue che l'abbandono del principio di pregiudizialità sarebbe incompatibile con la stessa natura dell'interesse legittimo.

Non sono mancate, peraltro, anche tra i giudici amministrativi pronunce contrarie al principio della necessaria pregiudizialità amministrativa.

Vedasi per tutti la pronuncia del TAR Marche ¹² che si colloca nel solco della tesi minoritaria secondo la quale non sarebbe necessaria la preventiva impugnazione dell'atto amministrativo per accedere alla tutela risarcitoria.

In concreto il TAR Marche disconosce la nozione di interesse legittimo quale diritto degradato, affermando, al contrario, la totale autonomia tra il diritto soggettivo al risarcimento e l'interesse legittimo. Il fatto di pervenire all'acquiescenza del provvedimento amministrativo per la mancata impugnazione dei termini decadenziali prescritti, non sempre e non necessariamente deve corrispondere alla rinuncia da parte del privato danneggiato ad ottenere una tutela risarcitoria.

“Un nesso di consequenzialità tra le due azioni è ancor meno accettabile ove si abbia riguardo al fatto che impropriamente ed in contrasto con le conclusioni cui sono pervenute le SS.UU. si è parlato, e si parla, di risarcibilità degli interessi legittimi e correlativamente di nascita del diritto al risarcimento, in via eventuale, solo dopo l'annullamento giurisdizionale del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo. Una tale tesi rimane ancorata alla concezione che intende l'interesse legittimo come diritto degradato, riconducibile alle primitive forme, solo da una pronuncia di annullamento”.

Secondo la posizione del TAR Marche *“il diritto soggettivo al risarcimento nasce con l'emanazione di un atto contra legem ed è posizione sostanziale del tutto distinta dall'interesse legittimo, pur esso compromesso e facente capo al medesimo soggetto. Fonte di tale diritto è l'illegittimo esercizio della funzione pubblica, in quanto lesivo, non tanto dell'interesse legittimo, ma del diritto all'integrità, latu sensu, patrimoniale del soggetto*

¹² TAR Marche, 23 febbraio 2004, n. 67, in www.giustamm.it, rivista di diritto pubblico, articoli e note, n. 5/2005.

inciso. L'azione di annullamento e l'azione di risarcimento per equivalente si basano, invero, su differenti presupposti sostanziali. Quello che in realtà viene risarcito resta sempre e in ogni caso un diritto, leso da un provvedimento illegittimo, e tale dichiarato su impulso di un soggetto il cui bene della vita, perseguito attraverso uno specifico mezzo approntato dall'ordinamento (l'azione di risarcimento per equivalente) non è più l'annullamento e la restituito in integrum conseguente, ma il ristoro economico e la soddisfazione patrimoniale. La pregiudizialità dell'azione d'annullamento ha un senso solo se s'intende preservare una concezione di un sistema di giustizia amministrativa inteso in via prioritaria a preservare l'interesse pubblico, mentre la soddisfazione dell'interesse sostanziale del cittadino viene ad essere un risultato ulteriore e concettualmente secondario. Tale concezione ignora che la funzione amministrativa non si esaurisce con l'emanazione di un atto, ma si conserva anche successivamente attraverso l'autotutela, il riesame e l'eventuale ulteriore intervento avente ad oggetto il nuovo assetto d'interessi illegittimamente determinato. La scelta, sia dell'Amministrazione che del ricorrente, può essere anche quella di mantenere, in ragione d'interessi pubblici sopravvenuti, o di ragioni private di convenienza, la situazione in essere, frutto di un atto efficace, benché viziato. Ciò non di meno, di tale eventualità non può venirne a soffrire il ricorrente, che ha diritto ad esercitare nei termini di prescrizione (e non di decadenza) l'azione risarcitoria (per equivalente), ove non intenda anche caducare l'atto lesivo recuperando le eventuali posizioni giuridiche preesistenti..All'acquiescenza al provvedimento amministrativo ed ad una rinuncia ad ottenerne l'annullamento e l'eliminazione dei suoi effetti, non necessariamente si accompagna la rinuncia del privato leso ad ottenere tutela risarcitoria, essendo due i mezzi processuali offertigli dall'ordinamento a tutela di posizioni giuridiche distinte (la prima d'interesse legittimo, la seconda di diritto soggettivo) e per il perseguimento di differenti beni della vita (la reintegrazione della situazione preesistente, mediante la rimozione dell'attività illegittima,

ovvero, qualora l'evoluzione fattuale la renda impossibile per il principio factum infectum fieri nequit, la quantificazione in denaro del pregiudizio subito)".

In definitiva, per il TAR Marche il cittadino danneggiato avrà a disposizione due alternative: la possibilità di chiedere l'annullamento dell'atto entro il termine di decadenza (risarcimento in forma specifica) oppure, quando non sia più possibile il risarcimento del danno (risarcimento per equivalente) nel termine prescrizione di cinque anni, fermo restando che l'atto amministrativo fonte del danno sarà valutato unicamente per verificare l'esistenza del requisito dell'ingiustizia del danno.¹³

Lo scontro tra le posizioni civilistiche e amministrative sembrava essersi sopito con l'emanazione della pronuncia delle SS.UU., n. 30254/2008, i cui principi sono stati citati in premessa.

Le SS.UU. confermano con la suddetta pronuncia l'orientamento già espresso con le ordinanze n. 13659, 13660 e 13911 del 2006. In specie la corte tiene conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nell'interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo; l'ampliarsi della fattispecie di giurisdizione esclusiva e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alla Suprema Corte, inteso normalmente a livello di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta alla stregua del diritto oggettivo.

Giusto quanto statuito dalla Carta Costituzionale, articoli 24, 111 e 113, il termine "giurisdizione" deve essere inteso quale tutela giurisdizionale di diritti e interessi, nel senso che deve comprendere le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per

¹³Aderisce all'orientamento tracciato dalla Cassazione anche il CGA Sicilia con la pronuncia n. 780/08, non ritenendo necessaria, ai fini del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, la pregiudiziale impugnazione del provvedimento lesivo.

assicurare l'effettività dell'ordinamento. Per tale motivo rientrerebbe nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione, rimesso alle Sezioni unite, l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela onde verificare se il giudice amministrativo, giusto quanto statuito dall'art. 111, comma 8 Cost., la eroghi concretamente. Peraltro, le SS.UU. ritengono che la teoria della pregiudizialità affonda del resto la sua origine in presupposti che l'attuale stadio di evoluzione della tutela giurisdizionale degli interessi mostra non essere più riferibili all'intero spettro di questa.

Secondo le SS.UU. Cass. diversi indici normativi testimoniano la trasformazione in atto del giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento in giudizio sul rapporto. In specie, vedasi articolo 21, comma 1, della legge 1034/71, così come novellato dall'art. 1 della legge 205/2000¹⁴ ; vedasi art. 21 octies, comma 1, della legge 241/90 e s.m.i.¹⁵; vedasi art. 2, comma 5, della legge 241/90 e s.m.i. ¹⁶.

Con le parole delle SS.UU. *“si può dire che la parte titolare d'una situazione di interesse legittimo, se pretende che questa sia rimasta sacrificata da un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, ha diritto di scegliere tra fare ricorso alla tutela risarcitoria anziché a quella demolitoria e che tra i presupposti di tale forma di tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo non è quello che l'atto in cui la funzione si è concretata sia stato previamente annullato in sede giurisdizionale o amministrativa”*.

Proposta la domanda risarcitoria autonoma davanti al giudice amministrativo, intesa quale condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, deve intendersi viziata da violazione di norme sulla giurisdizione la decisione del G.A. che neghi la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di

¹⁴ Con riferimento all'impugnazione con motivi aggiunti dei provvedimenti adottati in pendenza dei ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso.

¹⁵ Con riferimento al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

¹⁶ Con riferimento al potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio.

annullamento, ed è pertanto soggetta a cassazione per motivi inerenti la giurisdizione ex art. 362, comma 1, c.p.c..¹⁷

Tuttavia, era illusorio sperare che tale pronuncia chiudesse la *querelle* tra posizioni civilistiche e amministrative. Infatti, dapprima con sentenza n. 1917/2009, la sez. IV del Consiglio di Stato ha ribadito l'esigenza della pregiudiziale; con altrettanta diffusa argomentata decisione, emessa lo scorso aprile, la VI sez. dello stesso Consesso ha rimesso alla Plenaria l'esigenza di ribadire una forte affermazione del principio della pregiudiziale.

“Il Collegio¹⁸ non ritiene di doversi discostare dal principio della sussistenza della c.d. pregiudiziale amministrativa, affermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.....e dai propri recenti precedenti specifici con i quali questo consiglio in relazione alle contrarie pronunce della Cassazione, ha già rilevato che l'applicazione del principio della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento.”....E ancora in riferimento al termine decadenziale di impugnazione del provvedimento amministrativo il Consiglio ribadisce che *“la pregiudiziale amministrativa è strettamente connessa al principio di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione..... Non appare condivisibile la tesi contraria, secondo cui il termine decadenziale non rileva ai fini del risarcimento del danno, trattandosi di un termine previsto per garantire in breve tempo la certezza dell'intangibilità alla fattispecie provvedimentale, mentre la regolazione degli interessi in gioco non verrebbe posta in discussione da un'azione solo risarcitoria, nella*

¹⁷Sulla scia della posizione della Cass. si pone parte della dottrina più attenta a tali tematiche. Per tutti vedasi Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. Giuffrè, 2008. Secondo l'autore partendo dal diritto sostanziale è possibile giungere a confutare la tesi dei sostenitori della teoria della pregiudiziale. Punto di partenza per tale confutazione è la seguente domanda “è giusto risarcire il pregiudizio che il privato si è in qualche modo procurato non impugnando il provvedimento dannoso?”. Secondo Caringella occorre partire dal combinato disposto delle coordinate comparate, civilistiche e amministrativistiche, dalle quali si evince il principio comune per cui l'omessa impugnazione piuttosto che fungere da fattore di preclusione processuale della domanda risarcitoria rileva come condotta colposa che impedisce il risarcimento dei danni che l'impugnazione avrebbe evitato, mentre è neutra con i danni che si sarebbero prodotti comunque, rispetto ai quali detta condotta omissiva è eziologicamente muta.

¹⁸Vedasi in diritto pronuncia C .d. Stato 1917/200 9, in www.federalismi.it, n. 7/2009.

quale la verifica della legittimità dell'atto è operata incidentalmente. Infatti, dal complessivo assetto degli interessi regolato da un atto non impugnato fa parte anche la componente economica, sui cui influisce il risarcimento del danno ed, inoltre, in presenza di una decisione del giudice di accertamento dell'illegittimità di un provvedimento ai soli fini dell'esame della domanda risarcitoria, l'obbligo di conformazione al giudicato dovrebbe implicare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, con conseguente elusione del termine decadenziale. Rispetto alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, cui il termine breve di impugnazione è funzionale, risulta di difficile compatibilità una fattispecie in cui il privato dopo essere rimasto silente dopo l'emanazione di un provvedimento amministrativo a lui sfavorevole agisca in via giurisdizionale nel più ampio termine prescrizione di cinque anni, chiedendo il risarcimento del danno.”

Ancora, la sez. VI del Consiglio di Stato ha nuovamente rimesso alla Plenaria l'esigenza di riconfermare tutti gli elementi che porterebbero ad una espressa riaffermazione della pregiudiziale, cogliendo altresì una contraddizione tra le pronunce della Cass., avendo la stessa manifestato un orientamento diverso in materia tributaria.

In specie, giusto quanto richiamato in premessa, la sezione VI aderisce a pieno alla tesi prospettata dalla plenaria n. 12/2007, i cui principi sono stati ampiamente esposti nel corso della presente trattazione. La sezione VI, peraltro, ha apportato ulteriori puntualizzazioni in relazione al contrario orientamento della Corte di cassazione.

In primo luogo riafferma il principio per cui l'irricevibilità dell'azione di annullamento condurrebbe alla reiezione della domanda di risarcimento del danno, avendo già rilevato che l'applicazione della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento.

“La domanda di risarcimento del danno derivante dal provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata

impugnazione dell'atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecito la condotta tenuta dall'amministrazione in esecuzione dell'atto impugnato..... Il principio della pregiudiziale non si fonda quindi sull'impossibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ; in sostanza ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza ecc.) i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere respinta nel merito perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito".¹⁹

La sez. VI, quali ulteriori elementi a suffragio della tesi della pregiudizialità, elenca la correlazione con il principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, atteso anche che del complessivo assetto degli interessi regolato da un atto non impugnato fa parte anche la componente economica, su cui influisce il risarcimento del danno; l'obbligo di conformazione al giudicato che incombe all'amministrazione e che, in presenza di una decisione del giudice di accertamento dell'illegittimità di un provvedimento ai soli fini dell'esame di una domanda risarcitoria, dovrebbe implicare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, con conseguente elusione del termine decadenziale; le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, alle quali il breve termine di impugnazione è funzionale, e che non appare compatibile con il comportamento del privato, rimasto inerme nei confronti di un provvedimento amministrativo a lui sfavorevole, e che

¹⁹ Vedasi in diritto sentenza 2436/2009, citata in premessa, pubblicata in www.federalismi.it cit.

agisca in via giurisdizionale nel più ampio termine di prescrizione di cinque anni, chiedendo il risarcimento del danno.

In specie, la sez. VI ricorda che *“l’ordinamento conosce altre situazioni in cui, confrontandosi l’interesse del singolo con le esigenze poste a presidio di interessi più ampi, la tutela del primo sconta la rimozione della determinazione che ha costituito la fonte del danno”²⁰..... tutti i casi elencati sono espressione di un principio generale: quello che, quando è stabilito un termine di decadenza per instaurare in quelle situazioni una contestazione in sede giurisdizionale, lo spirare del termine non consente di far valere né quel diritto, né le conseguenze che seguirebbero se fosse fondata la pretesa”*.²¹

La sez. VI del Consiglio di Stato, nel ribadire la pregiudizialità dell’azione demolitoria rispetto alla domanda risarcitoria tutte le volte in cui il provvedimento, fonte del danno, non sia stato altrimenti rimosso in sede non giurisdizionale, evidenzia come la scelta del privato, tra azione di annullamento e azione per il risarcimento del danno, potrebbe determinare la consolidazione dell’illegittimità del provvedimento amministrativo, con conseguente vulnus del principio di legittimità espresso dall’art. 97 della Cost. e della ragione stessa di tutela dell’interesse legittimo, che trova la sua radice sul coincidente perseguimento di quello pubblico mediante l’eliminazione della patologie nei singoli casi concreti.

²⁰ E quindi, non è possibile domandare il risarcimento del danno per essere stati assoggettati illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza-ingiunzione non impugnata *ex lege* 689/8; il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno senza impugnare il recesso secondo quanto prescritto dalla legge 604/66; non può essere richiesto il risarcimento del danno in assenza di impugnativa di delibere condominiali o societarie, che hanno costituito la fonte del danno, giusto quanto statuito dall’art. 2377 c.c. comma 6; non può, ancora, essere richiesto il ristoro di diritti patrimoniali lesi da un accertamento tributario illegittimo non impugnato tempestivamente. Vedasi *a fortiori* anche gli articoli 1107 e 1109 in materia di deliberazioni dei comproprietari di ogni comunione di beni, l’art. 1137 per le deliberazioni condominiali; l’art. 135 del d.lgs. 30/2005 in materia di brevetti e marchi.

²¹ Le disposizioni ivi indicate sono richiamate dalla dottrina più attenta, si segnala in specie un recentissimo contributo pubblicato in www.federalismi.it, n. 21/2009, Maruotti L., *il giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno*. In particolare l’autore evidenzia l’esistenza di un “principio di non contraddizione” insito nel nostro ordinamento per cui la tutela va chiesta nel termine di decadenza, scaduto il quale vi è un titolo inoppugnabile che rende non anti-giuridica la lesione. Nel diritto amministrativo, per il principio di contraddizione, si può affermare che anche per la tutela risarcitoria vada rispettato il termine di decadenza per la contestazione dell’atto lesivo.

Invoca altresì, a sostegno della pregiudiziale, ulteriori elementi esegetici, desumibili dalle disposizioni in vigore nel nostro ordinamento giuridico, nonché nell'ordinamento comunitario.

In specie, invoca l'articolo 20 del d.l. 29 novembre 2008 n. 185, così come modificato dalla legge n. 2 del 28 gennaio 2009 laddove statuisce che *“in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente”*, per sottolineare che il risarcimento del danno viene ancorato al previo annullamento dell'atto e dunque alla sua tempestiva impugnazione, principio peraltro riconfermato con la legge di conversione del decreto legge, entrata in vigore dopo la pronuncia delle SS.UU. Cass. 2008.

Ancora, ulteriore elemento a suffragio della pregiudiziale si rinviene nella Direttiva 66/2007/CE che *“nell'uniformare la tutela processuale in materia di pubblici appalti nei singoli Stati membri, tiene conto dei differenti sistemi processuali, e segnatamente di quello italiano, riconoscendo necessari, per esigenze di certezza dell'agire amministrativo, brevi termini di impugnazione, e ammettendo sistemi in cui il risarcimento possa essere accordato solo previo annullamento del provvedimento illegittimo.....Tali dati esegetici confermano che un sistema processuale ancorato alla previa impugnazione del provvedimento amministrativo, al fine di conseguire il risarcimento del danno risponde al principio di effettività della tutela giurisdizionale, e rientra nella scelta discrezionale del legislatore. Non è dunque condivisibile l'assunto secondo cui il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale postulerebbe ancora che sia rimessa ai singoli la scelta tra azione impugnatoria e azione risarcitoria, prescindendo dagli oneri conseguenti, ex art. 113 co. 3 Cost., alla mediazione della legge ordinaria.”*

Leggasi ancora *“elemento centrale della impostazione normativa sulla cognizione del giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno è che questo si configura, nel testo della legge che lo prevede, come un diritto patrimoniale consequenziale, vale a dire dipendente da*

un assunto principale che deve essere dimostrato. Quindi non può darsi che una conseguenza possa conoscersi dal giudice amministrativo, quando non sia stata chiesta ed ottenuta in via principale la dichiarazione di illegittimità dalla quale essa deve derivare”.

Peraltro, nella consapevolezza che una decisione di riaffermazione della pregiudiziale si esporrebbe alla preannunciata cassazione del giudice della giurisdizione, la sez. VI ha chiesto alla Plenaria di tornare ad aderire alla richiamata prospettazione, ovvero di sollevare in subordine questione di costituzionalità a carico delle norme che avrebbero introdotto l'autonoma tutela risarcitoria affermata dalle SS.UU. Cass.²²

Tuttavia, la lunga diatriba tra Cassazione e Consiglio di Stato non sembra trovare pace.

Infatti nelle more del deposito di tale pronuncia, le Sezioni Unite della Cassazione sono intervenute con l'ordinanza depositata in cancelleria il 6 marzo scorso, con la quale hanno dichiarato la manifesta fondatezza del ricorso per cassazione, sotto il profilo del diniego di giurisdizione, proposto contro la sentenza del Consiglio di Stato (8 maggio 2007 n. 2136) che in nome della pregiudiziale aveva negato l'ammissibilità dell'azione risarcitoria autonoma da quella di annullamento.²³

²² Vedasi punto VII in diritto sentenza C.d.S. n. 2436/2009 “L'eventuale pronuncia che seguisse la tesi della pregiudizialità, che il Collegio, per le ragioni più volte esposte, ritiene l'unica percorribile, incorrerebbe tuttavia nel contrario giudizio della Corte di cassazione, che ha già avvertito che una pronuncia di inammissibilità dell'azione risarcitoria per mancata previa impugnazione dell'atto amministrativo verrà considerata un diniego di giurisdizione. In realtà quella in discorso è questione che in nessun modo configura diniego di giurisdizione e questa, anzi, presuppone. Essa riguarda le condizioni e la ritualità dell'azione ovvero la fondatezza della domanda (a seconda che il previo annullamento dell'atto illegittimo venga compreso tra le condizioni di ammissibilità della domanda risarcitoria ovvero tra gli elementi integrativi del diritto), ed è quindi sottratta all'esame della Corte ai sensi dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 386 cod. proc.civ.Sembra quindi che l'alternativa che rimane al giudice amministrativo sia quella di accettare una soluzione che non condivide /e che ritiene sospetta di incostituzionalità) ovvero di pronunciare una sentenza “suicida”; al fine di sfuggire a tale alternativa, che non è accettabile, il Collegio ritiene necessario investire della questione l'Adunanza Plenaria perché si pronunci nuovamente sul problema della pregiudizialità amministrativa, previo esame della compatibilità della soluzione data dalla Corte di cassazione, e, quindi, nella lettura da questa datane, dell'art. 7 legge n. 1034 del 1971 come novellato dalla legge n. 205 del 2000, e con il principio di ragionevolezza anche sistematica, e con i principi costituzionali sopra considerati, e con le seguenti norme costituzionali, e di trarre le necessarie conseguenze.”.

²³ Ordinanza SS.UU. Cass, pubblicata in www.federalismi.it, n.7/2009: “...il giudizio di manifesta fondatezza del secondo motivo del ricorso principale si fonda sull'applicazione alla controversia del principio di diritto, di recente enunciato dalle Sezioni unite della Corte, nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363 c.p.c e così ufficialmente massimato: a) ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione – dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella

3. Spunti di riflessione.

A conclusione dell'*escursus* dinanzi prospettato, che vede chiaramente contrapposte correnti dottrinali e orientamenti giurisprudenziali sulla *vexata quaestio* in esame, appare doveroso prospettare alcuni spunti di riflessione, pur nella consapevolezza che sia ormai necessaria e auspicabile una soluzione definitiva e sostanziale del problema.

Riflessioni che inducono chi scrive a sostenere la tesi a favore della conservazione del principio della necessaria pregiudizialità nel nostro ordinamento.

Punto di partenza indubbiamente devono considerarsi due argomenti tradizionali ed enunciati dalla Plenaria del Consiglio di Stato n. 4/03, citata al paragrafo 2 del presente lavoro, quali il pericolo di **elusione del termine di decadenza e l'impossibilità di disapplicare** il provvedimento amministrativo non regolamentare da parte del giudice amministrativo.

Non meno importanti peraltro appaiono le argomentazioni formulate dal Consiglio di Stato con la Plenaria n. 12/07²⁴, ma si ritiene opportuno, avallando così la posizione di una parte della dottrina più attenta alla tematica *de qua*²⁵ prospettare un'argomentazione di carattere sistematico, che rende non accettabile la tesi dell'autonomia tra tutela demolitoria e tutela

interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina.....e della conseguente mutazione de giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, ...ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi che comprende dunque le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento.....Infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca”.

²⁴ Testualmente “il provvedimento amministrativo lesivo di un diritto sostanziale (e non, perciò, il mero comportamento) può essere aggredito e in via impugnatoria, per la sua demolizione, e “conseguenzialmente” in via risarcitoria , per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità. Il carattere “conseguenziale” ed “ulteriore” della tutela risarcitoria, espressamente ed inequivocabilmente posto, in armonia con gli artt. 103 e 113 co 3 Cost., dall'art. 35 co. 1 e 4 del D.lg.vo 31 marzo 1988, n. 80 e confermato dal successivo co. 5sembra invero incontestabile...”

²⁵ Vedasi posizione assunta da Sticchi Damiani E., *Danno da ritardo e pregiudiziale amministrativa*, in Foro Amministrativo: TAR 2007, Rassegne, articoli e documentazione, pagg. 3329 ss. ; Barbieri E.M. *Considerazione sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in Giustizia Amministrativa, gennaio-marzo, 2008, ed. Istituto poligrafico e zecca dello Stato; Gasparini Casari V. *In tema di pregiudizialità*, in Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli, diritto processuale amministrativo, 2007, ed. CEDAM; Caponigro R., *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione; Pellegrino G., *Pregiudiziale e contratto:un nuovo concordato tra SSUU e CDS*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi-contributi/2009.

risarcitoria in quanto frutto di una tendenza tipica della giurisprudenza ordinaria alla svalutazione dell'atto amministrativo e del connesso potere della P.A..

Gli articoli 103 e 113 della Costituzione hanno espressamente riconosciuto l'esistenza di un giudice *ad hoc*, la cui funzione primaria si concretizza nell'annullamento del provvedimento amministrativo.

La costituzionalizzazione dello strumento attraverso il quale procedere al suo annullamento assume un'importanza centrale per la tenuta del sistema di giustizia amministrativa.

Di Converso il possibile accoglimento di una azione risarcitoria senza l'eliminazione dell'atto amministrativo che ha determinato il danno determinerebbe una "intima contraddizione" dell'ordinamento. Si lascerebbe in concreto fermo un provvedimento dotato di imperatività accanto ad una statuizione giurisprudenziale sulla illiceità dell'azione amministrativa, lesiva degli interessi amministrati dall'atto stesso.

Ciò, inoltre, lascerebbe nelle sole mani del privato la scelta se perseguire una tutela in forma specifica, tramite l'annullamento dell'atto amministrativo, ovvero una tutela per equivalente.

Così facendo si finirebbe per negare la stessa *ratio* costituzionale che è sottesa alla istituzione del giudice amministrativo, la cui funzione principale è quella di esercitare un controllo di legittimità sul provvedimento amministrativo al fine del suo annullamento giurisdizionale.²⁶

Alla luce del dettame costituzionale sembra palese che eludere il passaggio del previo giudizio di annullamento dell'atto amministrativo, consentendo l'esperimento in via autonoma dell'azione risarcitoria, avrebbe l'effetto di diminuire forza e credibilità del potere amministrativo e la funzione di controllo dell'*agere publicum* che è proprio del giudice e del giudizio amministrativo. Non bisogna sottovalutare infatti la particolare natura dell'interesse legittimo, quale posizione soggettiva strutturalmente connessa e correlata all'interesse

²⁶ La stessa Corte Cost. con la pronuncia 204/04 ha evidenziato come il ruolo del giudice amministrativo sia quello di assicurare la giustizia nell'amministrazione. A supporto di tale assunto autorevole dottrina (M.A. Sandulli) ha evidenziato il fatto che consentire al privato di scegliere tra agire contro l'atto illegittimo o lasciarlo divenire inoppugnabile per ottenere poi il risarcimento del danno esporrebbe la collettività al doppio danno della permanenza in vita di un atto illegittimo e la spesa per il risarcimento del danno connesso.

pubblico. In concreto si traduce nell'interesse al conseguimento e conservazione di un bene della vita tramite il corretto esercizio del pubblico potere da parte della pubblica amministrazione e, quindi, nella pretesa al rispetto da parte della stessa dei principi e delle norme che disciplinano il suo potere, nonché, di converso, nella pretesa all'annullamento degli atti posti in essere in violazione di tali norme. La tutela dell'interesse privato non può non comportare la piena ed effettiva tutela dell'interesse pubblico al quale la prima è strettamente e strutturalmente correlata.

Pertanto, la funzionalizzazione dell'attività amministrativa e il perseguimento dell'interesse pubblico si porrebbero come ostacoli insormontabili all'attribuzione al privato della facoltà di scelta alternativa tra azione di annullamento e azione risarcitoria, in quanto esercitando solo la seconda azione l'interesse legittimo verrebbe tutelato nel solo interesse privato, trascurando l'interesse pubblico che in esso convive.

Peraltro, la subordinazione dell'azione di risarcimento dei danni alla previa impugnazione di un atto è previsto anche nel diritto privato, laddove vi sia concorrenza di interessi individuali ed interessi che trascendono il riferimento meramente individuale, pur non avendo l'ampiezza di interesse pubblico.

Vedasi a titolo esemplificativo gli articoli 2377 e 1137 del codice civile per cui è preclusa al socio o al condomino dissenziente di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da una delibera societaria o condominiale non impugnata nei termini previsti dalle suddette norme.

Vedasi ancora la riforma del diritto societario, che prevede la possibilità di scelta in favore della sola azione risarcitoria purché sia rispettato il termine di decadenza previsto per la contestazione dei poteri privati, oltre il quale non è ammesso agire in via risarcitoria nel termine più ampio di prescrizione.

Ciò detto per il diritto privato, sembra ancor più plausibile l'applicazione di tale principio nel diritto pubblico, in virtù del fatto che nell'attività amministrativa il bilanciamento tra gli interessi pubblici e privati assume la configurazione della sintesi.

Come ampiamente documentato dalla lettura delle sentenze richiamate nel secondo paragrafo del presente lavoro, la tutela risarcitoria non può porsi sullo stesso piano della tutela demolitoria/conformativa, tale da porsi come una alternativa attivabile a scelta dal privato. Costituisce, di converso, un completamento di tale tutela attivabile qualora la sola tutela demolitoria non sia in grado di soddisfare nella sua interezza la posizione di interesse legittimo sacrificata dall'agire dell'amministrazione.

Lo stesso Legislatore ha avallato tale impostazione, seppur intervenendo settorialmente, dapprima con l'art. 13 della legge 142/92²⁷, oggi con l'art. 246 del d.lgs. 163/2006, (codice degli appalti pubblici) in cui si prevede che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento di infrastrutture e insediamenti produttivi non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Anche in tale caso il legislatore ha voluto subordinare la domanda risarcitoria alla previa impugnazione del provvedimento lesivo. La mancata impugnazione del provvedimento nei termini di decadenza rende l'atto inoppugnabile e assistito da presunzione di legittimità.

In definitiva, la tutela dell'interesse legittimo è assicurata in primo luogo dall'efficacia demolitoria e ripristinatoria della sentenza di annullamento dell'atto, idonea a tutelare contemporaneamente la finalità privatistica e pubblicistica di cui l'interesse legittimo è sintesi; in via residuale dal risarcimento per equivalente eventualmente conseguibile dall'attivazione dell'azione risarcitoria.

Dalle considerazioni esposte la tutela risarcitoria deve considerarsi ulteriore e sussidiaria rispetto alla tutela demolitoria/impugnatoria, peraltro gli spazi di emersione della suddetta tutela devono considerarsi ampi qualora l'interessato non possa conseguire dall'annullamento e dalle conseguenti statuizioni una tutela piena in ragione dell'irreversibile esecuzione dell'atto.

²⁷ In base a tale articolo di ispirazione comunitaria, oggi peraltro abrogato, chi ha subito una lesione a causa di atti posti in essere in violazione di diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme interne di recepimento, può proporre l'azione risarcitoria davanti al G.O. solo dopo il previo esperimento dell'azione di annullamento dell'atto lesivo dinanzi al G.A.

La domanda risarcitoria può essere proposta unitamente all'azione impugnatoria ovvero successivamente a quest'ultima, nel rispetto del termine di prescrizione. E invero, appare più plausibile, nei casi concreti, un esercizio successivo dell'azione risarcitoria, in quanto nella maggiore delle situazioni non coincidono i momenti di attualizzazione della lesività dell'atto, che normalmente si verifica con l'emanazione del medesimo, e di produzione del danno risarcibile nel patrimonio giuridico del soggetto interessato dall'atto emanato dall'amministrazione. In questi casi, proprio per evitare che l'esperimento dell'azione risarcitoria si traduca in un mero esercizio di stile al fine di impedire la decadenza della relativa azione, appare preferibile e più consona all'attuale sistema l'assoggettamento dell'azione di risarcimento danni al termine prescrizione di cinque anni, o diverso e più ampio, *de iure condendo*, rispetto al termine di impugnazione dell'atto.²⁸

Peraltro, in considerazione del continuo altalenarsi di pronunce ancorate a principi diversi e opposti²⁹, tenuto conto altresì dell'instancabile intervento dell'operatore del diritto, pronto a sostenere ora la posizione delle SS.UU. della Cassazione, ora la tesi del Consiglio di Stato³⁰, si auspica un intervento risolutivo, definitivo e sostanziale del problema ad opera del Legislatore, sempre nel rispetto del ruolo della tutela dell'interesse pubblico e della buona amministrazione, affidata dal nostro ordinamento al giudice amministrativo.

Dr.ssa Barbara Spatola

²⁸ Non mancano sul punto posizioni discordanti, vedasi, in merito al termine di esercizio dell'azione risarcitoria, per tutti Pellegrino G., *Pregiudiziale e contratto: un nuovo concordato tra SSUU e CdS*, cit. che sostiene per la proposizione dell'azione risarcitoria un termine di decadenza, anziché di prescrizione.

²⁹ Si è ancor in attesa della pronuncia della Plenaria, il cui contenuto, considerate le precedenti pronunce in merito, è facilmente prevedibile, come del resto è successo con l'ultima ordinanza delle SS.UU. Cass., emessa dopo la pronuncia del 2008.

³⁰ Come evidenziato nel corso della trattazione non sono mancati interventi della dottrina volti a sostenere la tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria, da ultimo vedasi Maruotti. L., *Il giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno*, in www.federalismi.it, n. 21/2009. Tale autore si fa portavoce della teoria dell'autonomia dell'azione risarcitoria nel rispetto del "principio di non contraddizione", azione da esercitare nel termine di decadenza per la contestazione dell'atto lesivo.