

Risarcimento del danno e “abuso” della giurisdizione. Ancora su Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254.

di Alessandro Auletta

“Già si solea con le spade far guerra;/ma or si fa togliendo or qui or quivi/ lo pan che ‘l pio Padre a nessun serra”¹. Si potrebbe ritenere, con una buona dose di sfrontato sarcasmo, che la terzina dantesca appena citata sia idonea a richiamare alla memoria il recente arresto delle S.U. della Corte di Cassazione², ultimo (?) capitolo dell’annosa disputa sulla c.d. pregiudizialità amministrativa³, tendente ad affermare il principio di diritto secondo cui “*proposta al giudice*

¹ Dante Alighieri, *La Divina Commedia, Paradiso*, Canto XVIII, v. 127. La terzina si iscrive nella dura invettiva che Dante rivolge agli uomini di Chiesa, che con il loro comportamento offendono gravemente la giustizia, dimenticando la semplicità e la povertà predicate dal Vangelo. In particolare, il Poeta fa riferimento all’abuso del potere di scomunica (“*lo pan*”, infatti, è il pane eucaristico). Secondo un autorevole insegnamento (E.G. PARODI, *Bull. Soc. Dant.*, XVIII, 73, 1890-91), l’invettiva in questione sarebbe diretta a stigmatizzare l’interdizione comminata da Papa Giovanni XXII ai danni di Cangrande Matteo Visconti e Passerino da Mantova per indurre tali capi ghibellini a rinunciare all’incarico di vicari imperiali ed a togliere l’assedio a Brescia, Mantova e Treviso.

² Cfr. Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *giustamm.it*.

³ La letteratura in argomento è vastissima. Senza alcuna pretesa di esaustività, si ricordano i seguenti contributi: GRECO, in AA. VV., *Diritto Amministrativo*, Monduzzi, Bologna, 2005, 914 e ss.; ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 105 e ss.; ANDREIS, *Giudizio di ottemperanza e sussidiarietà della domanda risarcitoria*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 1764 e ss.; CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo dopo la sentenza 204/2004 della Corte Costituzionale*, Giuffrè, 849 e ss.; CARINGELLA, DE NICTOLIS, GAROFOLI, POLI, *Il riparto di giurisdizione*, Giuffrè, 2005; CARIOLA A., *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it; CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004*, in www.cortecost.org; CINTIOLI, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in www.lexfor.it; CIRILLO, *L’annullamento dell’atto amministrativo e il giudizio sull’antigiuridicità ingiusta dell’esercizio derivante dall’illegittimo esercizio dell’azione amministrativa*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 885 e ss.; COMPORTE, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 280 e ss.; DE FELICE, *Le tecniche di tutela del giudice amministrativo nei confronti dei comportamenti illeciti della p.a.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 869 e ss.; DE LISE, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva*, in www.iudicium.it; DE LISE, *Nuovi profili della giurisdizione amministrativa*, in www.giustizia-amministrativa.it; DI GIANDOMENICO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2003, 2677 e ss.; FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 18 e ss.; GALLO C.E., *L’Adunanza Plenaria si pronuncia sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. e app.*, 2003, 802 e ss.; GALLO C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte Costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2004, 1908 e ss.; GAROFOLI, RACCA, DE PALMA, *Responsabilità della p.a. e risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo*, Giuffrè, 2003; GIULIETTI, *La tutela risarcitoria in forma specifica del giudice amministrativo e l’ipotesi di satisfattività della pronuncia demolitoria*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2002, 2484; LIPARI, *Il risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo. I profili processuali*, in www.lexfor.it; MICARI, *La c.d. pregiudizialità amministrativa in rapporto al diritto sopranazionale, costituzionale, primario interno*, in *Urb. e app.*, 2006, 89 e ss.; PASSONI, *Tutela risarcitoria e Corte Cost. 204/2004: attestazioni di principio e primi (indesiderati) effetti*, in *Urb. e app.*, 2005, 193 e ss.; PETERLE, *Il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi ed i profili del riparto di giurisdizione*, in www.lexitalia.it; SANDULLI A., *Un passo avanti ed uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, 2004, 4 e ss.; SATTÀ, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte n. 204 del 2004*, in *Foro amm.*, C.d.S., 2004, 1908; TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno fra regole di diritto processuale e principi di diritto sostanziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 567

amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme 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 precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento".

In tal modo, la S.C. ha inteso dare corso al "*programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*"⁴, e quindi tenere fede a quanto due anni e mezzo or sono "preannunciato" nelle ordinanze del giugno 2006, ormai note con il suggestivo epiteto di "gemelle"⁵.

Ed è proprio da tali pronunce che pare il caso di prendere le mosse, onde sintetizzare brevemente i passaggi cruciali – del tutto noti ai più - dell'annoso dibattito, che ha visto (che vede) schierati su fronti opposti i giudici delle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa.

Dopo aver dato conto del graduale superamento della regola "pietrificata" della irrisarcibilità degli interessi legittimi, a vantaggio di quella opposta per cui il g.a. "nell'ambito della sua giurisdizione conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche

e ss.; VERDE G., *La pregiudizialità di annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in Dir. Proc. Amm., 2003, 963 e ss.; VIRGA G., *Pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento*, www.giustizia-amministrativa.it. Ed ancora: MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in Dir. proc. amm., 2006, 1005; M.A. SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di comportamenti e sulla c.d. pregiudiziale amministrativa? Tra i due litiganti vince la garanzia di piena tutela? (a primissima lettura in margine a Cass. S.U., 13659, 13660, 13911 del 2006)*, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, 2006, 898 e ss.; MARI, *Osservazioni e prima lettura a margine di Cass. Sez. Un., 15 giugno 2006 n. 13911: la giurisdizione sulle domande proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*, *ibidem*, 905 e ss.; DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" della magistrature supreme*, in Foro amm., 2007, suppl. al n. 7/8, 104 e ss.; M.A. SANDULLI, *Considerazione conclusive*, *ibidem*, 139 e ss.; CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in CHIEPPA, LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 657 e ss. Infine: BARBIERI, *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in giustamm.it; CAPONIGRO, *La pregiudiziale amministrativa tra l'essenza dell'interesse legittimo e l'esigenza di tempestività del giudizio*, in giustamm.it; DE LISE, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo: pregiudiziale, risarcimento, traslatio*, in giustamm.it; DIDONNA, *La pregiudiziale amministrativa, come accertamento non demolitorio (nel risarcimento del danno per equivalente)*, in giustamm.it; STANCANELLI, *Qualche osservazione sulla pregiudiziale amministrativa nel giudizio di risarcimento del danno*, in giustamm.it; VOLPE, *Alcune considerazioni in tema di pregiudiziale amministrativa*, in giustamm.it.

⁴ Così recita il titolo del commento a prima lettura di VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in giustamm.it; per altri commenti "a caldo", cfr.: CARPENTIERI, *Pregiudiziale amministrativa: la Cassazione approfondisce il tema e ribadisce la sua posizione negativa. Ma apre la strada all'intervento del legislatore, indispensabile per porre condizioni e limiti al risarcimento senza annullamento (nota a Cass. ss.uu., 23 dicembre 2008, n. 30254)*, in giustamm.it; VARRONE, *La pregiudizialità amministrativa: un mito in frantumi*, in giustamm.it; VIRGA, *Il rasoio di Ockham e la teoria della pregiudizialità amministrativa*, in www.lexitalia.it; M.A. SANDULLI *Introduzione a Cass. S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254*, in federalismi.it. Da ultimo, cfr. ROMANO TASSONE, *Morire per la "pregiudiziale amministrativa"?*, in giustamm.it, nonché SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254 delle Sezioni Unite?*, in giustamm.it.

⁵ Si tratta delle ordinanze delle S.U. della Corte di Cassazione emanate in data 13 giugno 2006, nn. 13659, 13660, 13911, reperibili sul portale giustamm.it.

attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali” (art. 7, co. 3, l. TAR, come sostituito dall’art. 35, co. 4, d.lgs. 80/98, a sua volta “riscritto” dall’art. 7 della l. 205/00), la Cassazione passava alla disamina del “*secondo aspetto problematico della tutela del cittadino di fronte all’attività provvedimento illegittima della p.a., ovvero sia la possibilità di domandare la sola tutela risarcitoria*”⁶, individuando – contestandone l’attendibilità – due diverse possibili soluzioni: quella “tutta amministrativa” e quella “tutta civilistica”.

Argomentando dall’esigenza di concentrare la tutela innanzi ad un unico giudice, il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria⁷ ha fatto propria la tesi per cui l’accesso alla tutela risarcitoria sarebbe condizionato all’esercizio, con esito favorevole, dell’azione di annullamento dell’atto illegittimo, soggetta al termine di decadenza, “*ancorché la tutela risarcitoria possa essere richiesta non insieme, ma successivamente*”. Detto altrimenti, l’inutile decorso dei termini concessi al privato per gravare il provvedimento assertivamente illegittimo, e quindi la sua inoppugnabilità, precluderebbero la fruibilità della tutela risarcitoria, sul presupposto che l’atto illegittimo vada riguardato come elemento costitutivo dell’illecito civile ex art. 2043.

In senso opposto si era già orientata la Corte di Cassazione a S.U. quando, nella nota pronuncia n. 500 del 1999⁸, aveva ancorato il superamento della regola della pregiudizialità (affermata, in materia di appalti, dall’art. 13 della l. 142 del 1992: norma abrogata dall’ult. comma dell’art. 35 del d.lgs. 80/98 – divenuto ultimo comma dell’art. 7 della l. 205/00 – in uno con “ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all’annullamento di atti amministrativi”⁹) “*alla natura della situazione*

⁶ Cass. S.U., 13 giugno 2006, n. 13659, *loc. ult. cit.*

⁷ C.d.S., A.P., 26 marzo 2003, n. 4, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 877, sulla quale v. il commento adesivo di BACOSI, *Per l’Adunanza Plenaria, ormai è chiaro: il g.a. non “risarcisce disapplicando”, ma “demolisce risarcendo”,* in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “*piaccia o no il dato normativo menzionato, nel relativo combinarsi, depone nell’unico senso esegetico possibile, ribadito (e non poteva del resto essere altrimenti) dalla Plenaria con la pronuncia in epigrafe: quando il soggetto chiamato ad erogare tutela, anche risarcitoria, è il giudice amministrativo, e c’è di mezzo un atto adottato dall’Amministrazione [...] il ridetto provvedimento va impugnato nei termini potendosi eventualmente (ed al più) ammettere un’azione risarcitoria autonoma solo successivamente a tale tempestivo gravame*”; sempre in senso adesivo: CIRILLO, *L’annullamento dell’atto amministrativo ed il giudizio sull’antigiuridicità ingiusta*, *loc. ult. cit.*

⁸ Cass. S.U., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 832, sulla quale cfr.: FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all’affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro it.*, 1999, c. 3212; SATTÀ, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, II, 3235; MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Giustizia Civile*, 1999, I, 2261; CARANTA, *La pubblica amministrazione nell’età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, 3201; ORSI BATTAGLINI, MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, 489; TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 843; LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 55; SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 13.

⁹ Com’è noto, la norma, adottata in attuazione della direttiva del Consiglio CE, n. 665/89 del 21 dicembre 1989, riconosceva in materia di appalti pubblici la possibilità di ottenere, previo annullamento del provvedimento lesivo da parte del g.a., il risarcimento del danno da parte del giudice ordinario. In un primo momento, il legislatore italiano estese la portata della norma, tanto da ricomprendervi gli appalti dei c.d. settori esclusi (art. 11 l. 489/1992) e gli appalti di servizi (art. 11, lett. i), l. 146/94); nondimeno, già prima della sua formale abrogazione – avvenuta, come ricordato nel testo, ad opera dell’art. 35 del d.lgs. 80/98 – era prevalsa la linea interpretativa tendente ad affermarne la natura di “*norma di settore e non di portata generale*” (in tal senso, cfr., Cass. S.U., 20 aprile 1994, n. 3732, in *Foro it.*, 1994, I,

risarcibile e non al riparto di giurisdizione, se non nella misura in cui il criterio di riparto fosse appunto da individuare in base alla situazione soggettiva”¹⁰. In altri termini, il presupposto da cui muove la ricostruzione “tutta civilistica” è quello di qualificare come diritto soggettivo la pretesa risarcitoria, negando al contempo rilevanza ai successivi interventi normativi, “i quali non potrebbero scalfire con il mero collegamento processuale, la tutela sostanziale riconosciuta al diritto soggettivo, nei confronti di chiunque azionato”¹¹. Infatti, le riforme del 1998-2000 andrebbero intese nel senso di voler stabilire una concentrazione non necessaria tra azione di annullamento ed azione risarcitoria, potendo quest’ultima essere esperita, indipendentemente dalla prima, davanti al giudice dei diritti soggettivi, cioè il giudice ordinario; né, si rileva, il riconoscimento, in positivo, al g.a. del potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto e di conoscere delle questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, implica, in negativo, la totale sottrazione di eguale potere al g.o. Detto altrimenti, la concentrazione delle diverse questioni innanzi ad un medesimo giudice avrebbe avuto luogo nell’eventualità in cui il cittadino si fosse avvalso della facoltà di richiedere al g.a. la tutela risarcitoria congiuntamente a quella di annullamento.

Nondimeno, i termini della questione sono stati incisivamente segnati dalla sopravvenuta decisione della Corte Costituzionale n. 191 del 2006¹², secondo cui “al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all’annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario «le controversie sul risarcimento del danno conseguente all’annullamento di atti amministrativi» (così l’art. 35, comma 5, del d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall’art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l’art. 35 cit.) 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, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l’illegittimo esercizio della funzione”; ne consegue che la tutela dell’interesse legittimo spetta al giudice amministrativo, sia nelle tecniche della tutela di annullamento, che in quelle della tutela risarcitoria, che “non possono essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione”¹³.

Preso atto di ciò, ed assumendo la piena omologazione degli interessi legittimi ai diritti soggettivi sotto il profilo dell’intensità delle rispettive tutele, la S.C. giungeva peraltro a ritenere che “la parte potrà chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, senza dover osservare allora il termine di decadenza pertinente all’azione di annullamento”. Infatti: a) manca una norma che assoggetti la (sola) azione risarcitoria ad un termine decadenziale, in ipotesi coincidente con quello relativo all’azione di annullamento; b) l’inoppugnabilità dell’atto viziato non

3050).

¹⁰ TORCHIA, *Giustizia amministrativa e risarcimento del danno*, ult. cit., 57.

¹¹ Così, Cass. S.U., 13 giugno 2006, n. 13559, ult. cit.

¹² Corte Cost., 11 giugno 2006, n. 191, in *Guida al diritto*, 2006, 21, 62.

¹³ Ed ancora: “ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia – come si ritiene da alcuni – o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall’illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a questa Corte competeva (e compete) solo di valutare se tale scelta del legislatore – di collegare, cioè, quanto all’attribuzione della giurisdizione, la tutela risarcitoria a quella della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo illegittimo – confligga, o non, con norme costituzionali; ciò che, con la più volte ricordata sentenza n. 204 del 2004, questa Corte ha escluso”.

può precludere l'accertamento sulla spettanza del risarcimento, da fondarsi “sulla regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità”¹⁴.

Ma torniamo alla pronuncia del dicembre 2008. Anzitutto per svolgere alcune considerazioni di carattere processuale in ordine al se la questione della pregiudiziale fosse o meno rilevante per la decisione del caso controverso. Occorrerà allora ricordare che già la pronuncia dell'A.P. del C.d.S. gravata con ricorso per cassazione¹⁵ aveva esplicitamente affermato il carattere “*non pertinente se non per la sua connessione [...] con la questione di giurisdizione*” del problema della pregiudizialità amministrativa. Sicché, come rileva il Villata, “*la lunga analisi svolta dalla Plenaria appare quasi un obiter dictum, ininfluyente ai fini della decisione della controversia*”¹⁶.

Ora, considerazioni analoghe rilevano con riguardo alla pronuncia in commento. Infatti, il punto da cui origina il ragionamento della S.C. è “*se, una volta che la decisione pronunciata dall'Adunanza Plenaria contiene considerazioni sulla questione della pregiudizialità amministrativa e su tali considerazioni è stata anche basata la decisione sulla questione di giurisdizione, spetti o no alle Sezioni Unite verificare se esse hanno o no assunto valore decisorio*”. E la risposta data al quesito è positiva, sul presupposto che, quando sono richieste di pronunciarsi su un ricorso per motivi di giurisdizione, le S.U. devono per prima cosa individuare se la sentenza impugnata presenti il capo – di accoglimento o rigetto di una domanda - che si assume viziato e poi verificare “*se tale decisione sia viziata sotto l'opposto profilo d'aver accordato o rifiutato una tutela estranea od al contrario di competenza di quell'ordine di giudici*”. Tuttavia, attesa l'inammissibilità del ricorso principale, la Cassazione invoca il terzo comma dell'art. 363 c.p.c., trattandosi di questione di particolare importanza, onde enucleare il principio di diritto richiamato in apertura. Sicché, conclusivamente, la lunga e pregevole disamina della questione della pregiudiziale si presenta come un *obiter* sull'*obiter*, attesa la sua irrilevanza con riguardo al caso deciso.

Il che ha indotto un autorevole commentatore¹⁷ ad interrogarsi sulle seguenti questioni: a) se, ai fini dell'applicazione dell'art. 363 c.p.c., l'inammissibilità debba conseguire alla non ricorribilità o non impugnabilità del provvedimento giudiziale – come ritiene la dottrina processualcivilistica¹⁸ – ovvero possa dipendere anche da altre ragioni, quali la tardività, l'omessa precisazione dei quesiti, la violazione del principio di autonomia del ricorso, ecc.; b) se il principio di diritto enucleato a mente dell'art. 363 c.p.c. debba riguardare la fattispecie decisa con la sentenza inammissibilmente gravata in Cassazione, ovvero possa attenersi anche ad una fattispecie diversa, come pare essere nel caso in esame.

Questioni che sembra preferibile risolvere in senso negativo.

Nondimeno, il punto nodale della decisione in rassegna è un altro. Ed attiene alla nozione di giurisdizione che, secondo i giudici della Cassazione, trova accoglimento nel testo della

¹⁴ Cfr., Cass. S.U., 13 giugno 2006, n. 13559, *loc. ult. cit.*

¹⁵ Si tratta com'è noto di C.d.S. A.P., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro amm.*, C.d.S., 2007, 2756.

¹⁶ VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione*, *loc. ult. cit.*

¹⁷ VILLATA, *op. ult. cit.*

¹⁸ Cfr., per tutti, VERDE, *Le modifiche del codice di procedura civile (appendice di aggiornamento ai volumi Profili del processo civile)*, Napoli, 2006, 19 e ss.; TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2006, 03, 755.

Costituzione¹⁹. Infatti, per giurisdizione deve intendersi la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, comprensiva delle diverse tecniche attribuite ai vari ordini di giudici, onde assicurarne l'effettività. Detto diversamente, *“se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio”*.

Delimitato in questi termini il concetto di giurisdizione, il passo successivo svolto dalla S.C. è facilmente intuibile, e può essere riassunto nel seguente sillogismo:

- a) la giurisdizione “piena” del giudice amministrativo, quale risulta dal complesso delle riforme del biennio 1998/2000 e dall'interpretazione costituzionalmente orientata di tale normativa contenuta nelle note pronunce n. 204 del 2004 e 191 del 2006²⁰, include il potere di questo giudice di disporre, anche in forma specifica, il risarcimento del danno²¹;
- b) tale potere del g.a. è esercitabile non solo nel caso di domanda risarcitoria promossa contestualmente (o, al più, successivamente) a quella di annullamento, ma anche in caso di c.d. domanda autonoma, siccome il dettato costituzionale (“tutti possono agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”: art. 24 Cost.) non potrebbe che essere inteso nel senso *“che ognuno è arbitro di chiedere tutela e che perciò a ciascuno spetta non solo di scegliere se chiedere tutela giurisdizionale, ma anche di scegliere di quale avvalersi, tra le diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento, per reagire al fatto che l'interesse sostanziale della parte, protetto dall'ordinamento, sia rimasto insoddisfatto”*;
- c) tanto presupposto, il rigetto della domanda risarcitoria autonoma da parte del g.a. si risolve nel rifiuto di erogare la tutela di cui questi è tributario in base alle norme costituzionali²²;

¹⁹ Circa la centralità della nozione ampia di giurisdizione nel ragionamento delle S.U., v. ROMANO TASSONE, *Morire per la “pregiudizialità amministrativa”?*, loc. ult. cit., ad avviso del quale *“più ancora che gli elementi addotti contro la pregiudiziale, quel che in essa [nella pronuncia in oggetto, nds] (mi) colpisce è infatti lo sviluppo e l'approfondimento delle tesi, già prospettate nelle note ordinanze del 2006, che avevano inquadrato la questione tra quelle attinenti alla giurisdizione”*. Nondimeno, per tale A. *“attestarsi a difesa della pregiudiziale, quasi si trattasse dell'ultimo baluardo dell'interesse collettivo, mi parrebbe francamente fuori luogo”*. Il rischio prospettato – ed evidenziato con una metafora bellica – è che *“le sorti della grande battaglia vengano decise da una scaramuccia locale, e che vadano sprecate nella conquista di una posizione di scarso peso strategico forze che andrebbero invece opportunamente gettate nel vivo della mischia”*. Di qui la conclusione che *“la difesa ad oltranza della pregiudiziale non sia necessaria, o comunque che essa vada adeguatamente predisposta con la piena consapevolezza del limitato valore che essa presenta [...]”*.

²⁰ Si tratta di Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Dir Proc. Amm.*, 2004, 799, con nota di CERULLI IRELLI, nonché *Ibidem*, 2005, 214, con nota di MAZZAROLLI; cfr., inoltre, *ex multis*, POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, 979, e di Corte Cost., 11 giugno 2006, n. 191, loc. ult. cit.

²¹ Si veda altresì, Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro amm.*, C.d.S., 2007, 1109, secondo cui il potere di risarcire il danno ingiusto non costituisce una nuova materia attribuita alla cognizione del giudice amministrativo, ma uno *“strumento di tutela ulteriore”* rispetto a quello demolitorio, strumento che, in armonia con l'art. 24 Cost., ne completa i poteri *“non soltanto per effetto della esigenza di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera protezione del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica, ma anche perché quel giudice è idoneo ad offrire piena tutela”* oltre che agli interessi legittimi *“ai diritti soggettivi, anche costituzionalmente garantiti coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa”*.

²² In senso contrario, v. SATTA, *Quid novi*, op. cit., per il quale *“sembra difficile condividere l'idea che respingere una domanda di risarcimento del danno perché il provvedimento lesivo non era stato impugnato ed annullato costituisca diniego di esercizio della giurisdizione”*. Si tratterebbe, infatti, di un profilo attinente al merito.

- d) profilo, questo, suscettibile di ricorso per motivi di giurisdizione (art. 111, ult. comma, Cost.), il quale può riguardare altresì la decisione che neghi la giurisdizione del giudice adito.

Epperò la nozione di giurisdizione da cui prende le mosse il ragionamento della Cassazione pare non collimante con quella indicata dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza sulla c.d. *traslatio iudicii*: infatti, “*perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, 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*”²³.

Tutto ciò sempre che non si voglia ritenere, più radicalmente, che la questione della pregiudiziale amministrativa attenga al profilo della fondatezza della domanda risarcitoria, non rilevando quale presupposto dell’esercizio del potere giurisdizionale conferito al giudice: detto altrimenti, in mancanza del previo (o contestuale) annullamento del provvedimento lesivo, il g.a. “*non rifiuta affatto la tutela risarcitoria dell’interesse legittimo ma semplicemente rigetta nello specifico caso la domanda per difetto di un elemento costitutivo del fatto illecito*”²⁴.

Né paiono convincenti gli argomenti che la S.C. utilizza *ad adiuvandum*, onde coonestare la fondatezza dei propri asserti. Partendo dal presupposto che l’ordinamento “*così come assoggetta con norme di diritto sostanziale l’esercizio dei diritti a termini di prescrizione o di decadenza, così dispone con norme di diritto processuale circa i tempi di accesso alla tutela giurisdizionale*”, è ben possibile che:

- c) con riguardo ad una particolare fattispecie, il legislatore attribuisca ad una certa situazione giuridica soggettiva una soltanto tra le forme di tutela invece riconosciute generalmente a situazioni dello stesso tipo. Vengono richiamate le ipotesi, tratte dal diritto societario, in cui, essendo negata la legittimazione all’azione di annullamento ed essendo data l’azione di danni (art. 2377, quarto comma c.c.), si prevede che il termine per proporre la domanda di risarcimento non è diverso da quello dell’azione di impugnazione (art. 2377, sesto comma, c.c.) ovvero quelle in cui non è possibile pronunciare l’invalidità di una delibera, ma la si può accertare in funzione della condanna al risarcimento del danno, unica forma di tutela prevista nei riguardi dell’atto viziato (artt. 2377, penultimo comma, 2379-ter, secondo comma, e 2504-quater, secondo comma, c.c.);
- b) qualora sia riscontrabile il concorso tra diverse forme di tutela, siano determinate le regole di coordinamento nell’atto di farle valere. A tal proposito viene riportato l’esempio, tratto dal diritto del lavoro, dei rapporti tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria, in caso di impugnazione del licenziamento (artt. 6 e 8 della l. 604/1966, nonché art. 18 della l.

È assai interessante la questione – prospettata da tale A. - se il giudice speciale abusi della sua giurisdizione non in negativo – come sarebbe nel caso in esame – bensì in positivo. Il riferimento è alla nozione di “colpa grave” come “*presupposto della giurisdizione e fondamento della responsabilità [del funzionario pubblico per danno erariale, nds]*”, con riguardo ai poteri di condanna della Corte dei conti. Rileva l’A. che la S.C. si è costantemente orientata nel senso di ritenere che la delimitazione di tale concetto attenga ai limiti interni e non a quelli esterni – sindacabili innanzi alle S.U. – della giurisdizione; di qui la conclusione che, vero il principio di diritto enunciato in ordine alla questione della pregiudiziale nella sentenza che si annota, “*il prossimo passo non potrà che essere il sindacato sulla sussistenza della colpa grave, quale limite esterno della giurisdizione contabile*”.

²³ Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *giustamm.it*.

²⁴ VILLATA, *La Corte di Cassazione, op. ult. cit.*

300/1970): in tale ipotesi, la giurisprudenza della Cassazione²⁵ si è orientata nel senso di ritenere che la mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro, sicché l'inoppugnabilità preclude sì al lavoratore – oltre alla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro – di fruire della tutela risarcitoria in relazione al danno costituito dalla mancata percezione degli emolumenti altrimenti spettanti, ma non gli impedisce di dedurre la illegittimità del licenziamento come componente di una più ampia condotta lesiva, quando si è prodotto un danno, diverso da quello patrimoniale, in conseguenza della perdita degli emolumenti medesimi²⁶.

Ora, la mancanza di una simile scelta del legislatore in materia di rapporti tra azione di annullamento dell'atto illegittimo ed azione risarcitoria provverebbe, secondo l'autorevole avviso delle S.U., l'esperibilità dell'azione autonoma di risarcimento. Già nelle ricordate ordinanze del giugno 2006, la Cassazione aveva ritenuto essere nella disponibilità del legislatore una disciplina che assoggettasse l'esercizio dell'azione di danni ad un termine di decadenza, epperò “*si è anche osservato che una norma siffatta oggi manca*”. Infatti, non potrebbe essere interpretato in tal senso l'art. 35 del d.lgs. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della l. 205 del 2000, sul presupposto che il risarcimento v'è detto “eventuale” ed è considerato tra i “diritti patrimoniali consequenziali”. In senso contrario, infatti, la S.C. rileva che “*se il significato da attribuire alla disposizione fosse questo, la replica sarebbe allora che la norma ha tratto alla tutela risarcitoria che completa quella di annullamento e non alla tutela risarcitoria autonoma*”. L'erogazione della quale non può essere assoggettata alla condizione che ricorra un presupposto attinente, invece, alla tutela demolitoria.

Aderendo a tale ordine di idee, quindi, la tutela risarcitoria per equivalente potrebbe essere accordata indipendentemente dal previo annullamento dell'atto illegittimo causativo del danno, da domandarsi entro il termine di decadenza. Detto altrimenti, la tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo verrebbe a coincidere (*rectius*: potrebbe venire a coincidere) con il solo profilo risarcitorio.

Affermazione forte, che mal si concilia con il carattere di questa posizione giuridica soggettiva e, correlativamente – ed ancor più – con quelli della funzione amministrativa con cui interloquisce. Al riguardo sembra rilevante il recente arresto della Corte Costituzionale²⁷, la quale, in materia di

²⁵ Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 12 ottobre 2006, n. 21833, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 10.

²⁶ L'esempio svolto dalla Cassazione a sostegno della propria tesi sembra piuttosto dimostrare il contrario. V., infatti, CARPENTIERI, *Pregiudiziale amministrativa: la Cassazione approfondisce il tema e ribadisce la sua posizione negativa*, op. ult. cit., secondo cui “*anche qui par di capire che la regola sia una sostanziale pregiudiziale di annullamento del licenziamento*”. L'A. richiama poi l'esempio “*molto semplice e chiaro*” – e tuttavia non riportato nella parte motiva dalle S.U. – della delibera dell'assemblea di condominio, in ordine alla quale è data azione di impugnazione nel termine breve di trenta giorni senza che nulla sia detto in ordine ai rapporti con una azione risarcitoria, eventualmente autonoma. Tuttavia, “*questo silenzio della legge civile non pare che sia interpretato nel senso dell'ammissibilità di un'autonoma azione di risarcimento del condomino dissenziente che abbia omesso la tempestiva impugnativa*”.

²⁷ Cfr. Corte Cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in *giustamm.it*, in relazione alla quale v. la nota di FORLENZA, *Una forma onerosa di spoils system che aggrava l'originario pregiudizio*, in *Guida al diritto*, 2008, 44, 97. Tale pronuncia si pone in linea di continuità con la recente giurisprudenza della Consulta in materia di dirigenza pubblica: cfr., Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 103, in *Foro it.*, 2007, 6, 1631, con nota di DALFINO, nonché Corte Cost., 23 marzo 2007, n. 104, in *Foro amm.*, C.d.S., 2007, 3, 785 (s.m.), ed in *Lav. nelle p.a.*, 2007, 2, 496 (s.m.) con nota di NICOSIA, *Guida al diritto*, 2007, 14, 82, con nota di FORLENZA, *Riv. it. Dir. lav.*, 2008, 1, 422 (s.m.) con nota di FONTANA. Orientamento da ultimo confermato, con riguardo agli incarichi dirigenziali esterni, da Corte Cost., 20 maggio 2008, n. 161, in *Lav. nelle p.a.*, 2008, 2, 361 (s.m.) con nota di FERRETTI ed in relazione alla quale si v. altresì FORLENZA, *La cessazione ex lege del rapporto di lavoro non dà continuità all'azione amministrativa*, in *Guida al diritto*, 2008, 25, 101, e, con riferimento al

spoil system, ha dichiarato l'incostituzionalità di una normativa regionale (art. 1, commi 1 e 2, l. R. Lazio n. 8/07) che, con riferimento all'ipotesi di rimozione diretta e senza contraddittorio di dirigenti ASL, prospettava per essi l'alternativa tra la reintegra e la liquidazione di un equo indennizzo²⁸ - alternativa, beninteso, nella disponibilità degli organi regionali e non del lavoratore danneggiato dallo *spoil system* – “puntando” senz'altro su tale ultima soluzione “qualora la durata del rapporto di lavoro sia scaduta”. Tuttavia, secondo la Consulta, diversamente da quanto accade nel settore del lavoro privato, nel settore pubblico “*il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi*”. Ché, a tacer d'altro, la reintroduzione di un “*sistema oneroso di spoil system*”²⁹ determinerebbe a carico della collettività un costo aggiuntivo in termini finanziari: infatti, all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dirigenti sanitari, nominati in sostituzione di quelli automaticamente decaduti, si aggiungerebbe quello di corrispondere a questi ultimi un ristoro economico.

Trasponendo tale ordine di considerazioni su di un piano prospettico più ampio – come pare possibile, siccome l'art. 97 Cost. ed i principi in esso consacrati riguardano la funzione pubblica nel suo complesso³⁰, nonché, mediamente, la tutela giurisdizionale avverso le sue deviazioni patologiche – si potrebbe avanzare la tesi per cui l'esclusione della tutela in natura, con riguardo ai casi in cui il privato lamenti un danno a causa dell'illegittimità dell'*agere* amministrativo, si pone in contrasto con il dettato costituzionale. Detto altrimenti, la tutela “piena” dell'interesse legittimo deve attuarsi in forme compatibili con l'esigenza di assicurare che vengano rispettati i canoni del buon andamento e dell'imparzialità, cioè con i caratteri specifici del potere amministrativo. Rispetto allo svolgimento del quale, si pone non solo la necessità di tutelare colui che abbia subito un danno a causa del provvedimento illegittimo, ma anche di salvaguardare gli interessi dell'intera collettività.

Similmente, l'idea della priorità della tutela in forma specifica sembra collimare con quella, che più specificamente pertiene al tema in oggetto, della necessaria pregiudizialità dell'annullamento del provvedimento lesivo rispetto alla (eventuale) condanna della p.a. al risarcimento del danno. Infatti, l'attribuzione dell'*utilitas* al privato che vi aspira impone di necessità che l'indagine del giudice circa l'illegittimità del provvedimento sia condotta *principaliter* e non in via incidentale, come avverrebbe nel caso in cui si ammetta la tutela per equivalente avverso il danno prodotto da un provvedimento divenuto inoppugnabile. Il che suggerisce di ritenere che tale valutazione “di spettanza” debba aver luogo contestualmente a quella diretta alla rimozione dell'atto assertivamente illegittimo, sul presupposto che la tutela demolitoria non sia da sola pienamente soddisfattiva per il ricorrente vittorioso. Detto altrimenti, l'affermazione del carattere prioritario della reintegrazione in forma specifica lega a doppio filo il giudizio sulla legittimità dell'operato della p.a. a quello relativo

sistema dello *spoil system* per i componenti dei collegi sindacali, da Corte cost., 19-28 novembre 2008, n. 390, in *Guida al diritto*, 2008, 49, 94.

²⁸ La normativa riguardata dalla pronuncia di incostituzionalità è stata, nelle more del procedimento, modificata: in particolare, alla locuzione “liquidazione di un equo indennizzo” è stata sostituita quella che fa *tout court* riferimento al “risarcimento del danno”: cfr. l. R. Lazio, 21 ottobre 2008, n. 18.

²⁹ Così l'ordinanza di rimessione, C.d.S., Sez. V, 19 febbraio 2008, n. 569, in *giustamm.it*.

³⁰ In tal senso, si v. LIGUORI, *Sul rapporto tra tutela specifica e tutela risarcitoria nella materia dei contratti pubblici*, in *Scritti in memoria di Pugliese*, in corso di pubblicazione, nt. 57.

alla sussistenza degli elementi dell'illecito, tali da fondare la responsabilità dell'apparato. Solo pronunciandosi in via costitutiva sulla illegittimità dell'atto lesivo il g.a. può contestualmente – ed ove ne ricorrano tutti gli altri presupposti: cfr. art. 2058 c.c. – dare a chi spetta il bene cui ambisce, in sede di cognizione e con una pronuncia contenente l'ordine ad un *facere* specifico. In tal senso deporrebbe, quindi, una lettura “costituzionalmente orientata” dell'art. 7 l. TAR e ss. mm. Non sembra possibile argomentare diversamente senza negare *au fond* l'asserto di partenza di tale ipotesi interpretativa, cioè che la tutela in natura sia un *prius* rispetto a quella per equivalente. D'altronde, non è facile immaginare in cosa possa consistere una reintegrazione in forma specifica “autonoma”, diversamente da quanto in astratto è predicabile con riguardo al risarcimento monetario.

Conclusivamente, assumendo l'attendibilità delle coordinate ricostruttive indicate autorevolmente dalla Corte Costituzionale, nonché la loro validità da un punto di vista generale, il potere di condannare al risarcimento del danno - attribuito al g.a. “nell'ambito della sua giurisdizione” - deve essere diretto non solo a soddisfare puramente e semplicemente l'interesse del ricorrente danneggiato, dovendo quest'ultimo essere bilanciato con quelli della collettività, segnatamente con riferimento all'esigenza di scongiurare costi finanziari aggiuntivi – se è ancora possibile attribuire il bene - e di garantire la certezza delle statuizioni provvedimentali della pubblica amministrazione, una volta elaso inutilmente il termine decadenziale attorno alla cui previsione ruota, secondo un principio di ordine secolare, la protezione giuridica dell'interesse legittimo³¹.

Per le ragioni dianzi precisate, non sembra del tutto convincente l'opinione di chi ritiene che, ad argomentare in termini favorevoli alla pregiudiziale, non sarebbe chiara “*la ragione per la quale il danneggiato illegittimamente dall'operato della p.a. debba ricevere un trattamento deteriore rispetto a quello riservato a coloro che subiscono danni da parte dell'amministrazione allorché agisce iure privatorum*”³² sul presupposto che in entrambi i casi (cioè anche quando la p.a. agisce secondo moduli pubblicistici) il diritto fatto valere è di natura paritetica e quindi da azionare nei termini di prescrizione e non in quelli di decadenza.

Detto altrimenti, di fronte alle manifestazioni del potere sembra difficile riconoscere natura *sic et simpliciter* compensativa – e non anche, e forse soprattutto, conformativa³³ – all'interesse di cui è titolare il privato che assume di essere stato leso dall'illegittimo esercizio della funzione³⁴.

³¹ Secondo la Consulta, “*forme di riparazione economica, quali, ad esempio il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi. In particolare, la circostanza che il direttore generale di azienda sanitaria locale, rimosso automaticamente e senza contraddittoria, riceva [...] un ristoro economico non attenuata in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità ed al buon andamento della pubblica amministrazione*”. In tal senso, Corte Cost., 24 ottobre 2008, n. 351, *loc. ult. cit.*

³² VARRONE, *La pregiudiziale amministrativa: un mito in frantumi*, *loc. ult. cit.*, per il quale, invece, “*la disciplina positiva dettata per l'illecito non può essere ignorata dall'interprete in nome del superiore interesse pubblico [...]*”.

³³ Si può ripetere l'autorevole insegnamento di Pugliese, per cui “*il rimedio risarcitorio non è attribuito in sé e per sé, ma quale surrogato della tutela in forma specifica*”, qualora questa non sia più possibile nella concreta situazione di fatto. Ciò che, in materia di appalti, impone di considerare come oggetto di tutela “*non già il diritto della reintegrazione patrimoniale, bensì una pretesa del ricorrente alla adeguata e completa considerazione e valutazione in sede di gara della sua offerta in funzione dell'aggiudicazione*”. Cfr., PUGLIESE, *Appalti di lavori, forniture e servizi: nel processo cautelare e nelle recenti disposizioni sul contenzioso*, in *Scritti recenti sull'amministrazione consensuale: nuove regole, nuove responsabilità*, Napoli, 1997, 150 e ss.

Secondo tale ordine di idee, dunque, la reintegrazione in forma specifica “è idonea a svolgere la funzione di consentire l’acquisizione di ciò che sarebbe spettato al danneggiato se vi fosse stata cooperazione da parte del danneggiante [...], nel qual caso non si tratta di restituire o ripristinare un bene già esistente bensì di dar forma a un bene nuovo oggetto della prestazione non adempiuta ovvero di provvedere all’approntamento dello stato di cose ipotetico³⁵”: essa quindi è la forma di tutela da privilegiare non soltanto con riferimento agli interessi di carattere oppositivo, ma anche con riguardo a quelli di pretesa³⁶. Ciò quanto meno nei casi in cui l’assentimento dell’*utilitas* al privato che vi aspira consegue ad un procedimento a risultato certo, ove manca la “vera” discrezionalità (perché la disposizione in ordine all’interesse pubblico è stata consumata “a monte”, nella legge o negli atti di spendita della discrezionalità stessa). Ove si aderisse a tale ragionamento –

³⁴ Si ricordi, a tal proposito, la fondamentale pronuncia della Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204, *loc. ult. cit.*, secondo cui il risarcimento del danno costituisce “uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”. Sia quindi consentito, senza alcuna pretesa di esaurire, nemmeno per sommi capi, le complesse questioni relative al tema, richiamare l’avviso della dottrina favorevole alla individuazione, se non di un *tertium genus* – da sommare ai modelli civilistici della responsabilità extracontrattuale e contrattuale – quanto meno di un sottosistema di “responsabilità amministrativa di diritto pubblico”. In tal senso, v. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi*, *op. cit.*, secondo il quale “il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, liberatosi dalle problematiche legate al riparto di giurisdizioni in conseguenza dell’attribuzione al giudice amministrativo del relativo potere di condanna, necessita di una disciplina propria che sia modellata sulle caratteristiche proprie di questa responsabilità”; ne consegue che “la situazione [di interesse legittimo, nds] può essere risarcita solo in via eventuale, quando l’effetto ripristinatorio dell’annullamento non ha modo di dispiegarsi completamente”, così rendendo vana l’aspirazione del ricorrente al “bene della vita”. Detto diversamente, la pretesa “compensativa”, da attuarsi - per le ragioni esposte, seppure in punta di penna, nel testo - preferibilmente nelle forme della riparazione in natura, sarebbe ancillare e subordinata rispetto a quella “conformativa”, che ancora costituisce la “pietra angolare” della tutela del cittadino avverso l’illegittimo esercizio del potere.

³⁵ LIGUORI, *Caratteri della funzione amministrativa e norme sulla responsabilità*, in *Dir. e società*, 2004, 4, 503.

³⁶ Com’è noto, l’istituto della r.f.s. è stato, fin dalla sua introduzione nell’ordinamento ex art. 35 d.lgs. 80/98 e ss. mm., il crocevia di opinioni discordanti, sia in dottrina che in giurisprudenza. Quest’ultima si era inizialmente orientata nel senso dell’equivalenza tra r.f.s. ed annullamento. In tal senso, si vedano: TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 6 novembre 1999, n. 753, in *Foro amm.*, 2000, 1949; TAR Lombardia, Sez. II, 15 aprile 1999, n. 1190, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1999, 1133; TAR Lombardia, Brescia, 30 luglio 1998, n. 721 in *Foro amm.*, 2001, 111. In termini, anche: C.d.S., Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281, in *Studium Juris*, 2002, 671, secondo cui “la domanda di annullamento di un atto amministrativo contiene in sé, implicita, la domanda di r.s.f., mediante il rinnovo legittimo dell’atto impugnato”. In dottrina, tale orientamento è stato espressamente stigmatizzato come “opportunistica” da CARANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la legge 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2001, 186. Secondo LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2002, “nessuno dubita che si possano dare casi di <<assorbimento>> della r.f.s. nell’annullamento [...], ma questo non significa che vi sia una relazione di corrispondenza biunivoca tra i due rimedi, che esprimono esigenze differenti, sono basate su presupposti giuridici distinti e subordinati a condizioni di operatività pratica non omogenee”. Successivamente, è prevalso l’orientamento favorevole ad una lettura “civilistica” del rimedio in parola: cfr., in *primis*, C.d.S., Sez. VI, 28 giugno 2002, n. 3338, in *Rep. Civ. prev.* 2002, 1086, nonché C.d.S., Sez. IV, 23 ottobre 2007, n. 5562, in *Foro amm.*, C.d.S., 2007, 2870, con la precisazione che esso troverebbe applicazione solo con riguardo agli interessi oppositivi. In tal senso, da ultimo, C.d.S., Sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622, in *Foro amm.*, C.d.S., 2008, 2176, con nota di GOTTI.

In dottrina, invece, alcuni A. hanno inteso ricostruire il rimedio in questione sulla falsariga dell’azione di adempimento disciplinata dal diritto tedesco. Si v.: TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000; COMPORI, *Torto e contratto nella responsabilità civile delle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2003; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull’effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2004, 586; PROTO PISANI, *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro it.*, 2002, V, 169; VAIANO, *Pretesa di provvedimento e processo amministrativo*, Milano, 2002; ZITO, *Risarcimento del danno e reintegrazione in*

priorità della tutela specifica, quanto meno con riguardo ai casi di attività vincolata - la reintegrazione in forma specifica sarebbe il rimedio idoneo ad assicurare già in sede di giudizio di cognizione (sempre che ne ricorra il presupposto della non eccessiva onerosità di cui all'art. 2058 c.c.) le medesime utilità che il ricorrente vittorioso potrebbe ottenere in sede di ottemperanza: ciò che comporterebbe altresì la riduzione dei tempi processuali occorrenti a realizzare la soddisfazione dell'interesse del ricorrente, in concomitanza con le esigenze di una tutela rapida ed effettiva affermate, oltre che a livello costituzionale, anche dal diritto comunitario³⁷ e dalla CEDU.

Così intesa, la tutela "restitutoria" dell'interesse legittimo - da erogare *ex natura rerum* in sede di giurisdizione di legittimità³⁸ - si risolverebbe nel dare a chi spetta il bene cui ambisce, al contempo evitando costi aggiuntivi a carico della finanza pubblica³⁹ - quali conseguirebbero dalla necessaria monetizzazione del danno cagionato dall'esercizio illegittimo della funzione, in concomitanza con l'ammissione di un'azione autonoma di risarcimento⁴⁰ - e quindi salvaguardando l'interesse dell'intera collettività, in linea con i canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, che, come detto, impongono di fornire alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive riguardate dal potere una dimensione "solidaristica". La quale, invece, nell'ambito del diritto privato, non si pone come esigenza irrinunciabile, attesa la dimensione "individuale" degli interessi ivi fatti oggetto di tutela.

forma specifica nel sistema amministrativo dopo la l. n. 205/2000, in ZITO-DE CAROLIS (a cura di), *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica*, Milano, 2003, 170.

In senso contrario, cfr.: TRAVI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento ed azione risarcitoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 222; VILLATA, *Tre anni dopo*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo, Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, a cura di SASSANI e VILLATA.

Secondo altra parte della dottrina, poi, la questione relativa all'ammissibilità di un ordine di *facere* impartito all'amministrazione dal giudice amministrativo, quanto meno nei casi in cui non residuano spazi di "vera" discrezionalità in capo alla p.a., può essere risolta positivamente non solo ricostruendo la r.f.s. come azione di adempimento. In tal senso, v.: LIGUORI, *I caratteri della funzione*, *op. ult. cit.*, 505.

³⁷ Circa la priorità della tutela specifica rispetto a quella per equivalente nella recente direttiva CE 66/2007, cfr., LIGUORI, *Sul rapporto*, *loc. ult. cit.*, nonché GRECO, *Illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *giustamm.it* e LIPARI, *Annulamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *giustamm.it*

³⁸ Nel senso che la priorità della tutela specifica sia "nella natura delle cose", cfr. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 615, nonché LIGUORI, *Caratteri della funzione*, *loc. ult. cit.*

³⁹ Tale esigenza si pone con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici, nell'ambito del quale, ove si aderisse all'idea della "normalità" del risarcimento per equivalente, la p.a. sarebbe tenuta a pagare l'aggiudicatario "sbagliato" per l'esecuzione della commessa ed a risarcire quello illegittimamente pretermesso per il danno subito. Per alcune riflessioni sul tema della priorità della tutela specifica si v.: LIGUORI, *Sul rapporto*, *op. ult. cit.* Inoltre, sia consentito rinviare a LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il "dialogo" tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è (annotazioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 9/08)*, in *giustamm.it*

⁴⁰ Il che, oltretutto, porterebbe ad avallare "la logica - inammissibile per le aa.pp. - della libertà di violare la legge pagandone il prezzo". V. LIGUORI, *Caratteri*, *op. cit.*