

Interesse legittimo e processo amministrativo di risarcimento (il sindacato sulla funzione oltre la pregiudizialità dell'atto)*

Giancarlo Sorrentino

1. *Premessa sull'indagine.* 2. *La disputa giurisprudenziale sulla pregiudizialità amministrativa.* 3. *Analisi (critica) delle ragioni a sostegno della pregiudizialità amministrativa come esigenza di sistema.* 4. *L'interesse legittimo: natura e vicende.* 5. *Acquiescenza al provvedimento, rinuncia all'impugnazione e (non necessarietà della) pregiudizialità amministrativa.* 6. *La centralità della concreta meritevolezza della situazione giuridica fatta valere nel(l'autonomo) giudizio amministrativo di risarcimento.* 7. *Segue. Il rilievo della "spettanza" sul ruolo di giudice e parti. L'erroneità di decisioni di rigetto fondate sulla non impugnazione dell'atto lesivo e la correttezza di quelle che limitano al quantum il rilievo della "inoppugnabilità".* 8. *La possibile (e auspicata) incidenza del giudizio risarcitorio di spettanza sulle movenze del giudizio di annullamento.*

1. Premessa sull'indagine.

Il tema della pregiudizialità amministrativa da tempo occupa giurisprudenza e dottrina¹, ponendosi quale snodo problematico per l'analisi e la rivisitazione di istituti del diritto amministrativo di natura sia sostanziale, che processuale.

E' indubbio infatti che a seconda che si opti o meno per la pregiudizialità diverso sarà il modo di intendere tanto l'interesse legittimo, quanto il processo amministrativo, cui – per scelta costituzionale - è affidata la (effettività di) tutela di detta situazione giuridica soggettiva.

L'argomento, dunque, pur avendo uno spiccato rilievo di ordine pratico, costituisce occasione per ritornare su istituti classici e verificarne la valenza in un contesto – come quello attuale – da qualche lustro interessato da continue (e, per la verità, non sempre coerenti) innovazioni.

Senza pretese di completezza, può dunque essere utile indagare se – accettata l'assenza di pregiudizialità quale soluzione allo stato assunta come principio di diritto - piuttosto che auspicare interventi di segno contrario del legislatore o della Corte Costituzionale, si possa sostenere *senza eresie* che il superamento della pregiudizialità finisce per favorire e rafforzare una relazione amministrazione – cittadino (solidaristicamente) informata al rispetto reciproco delle rispettive posizioni (finalmente prese sul serio sotto ogni aspetto) e istituzionalmente qualificata dalla centralità dei beni della vita, nell'esercizio di una funzione sempre più esprimibile, ricostruibile e sindacabile anche a prescindere dagli atti che ne costituiscono esercizio e ora sottoposta a responsabilità anche di natura patrimoniale.

* Il lavoro qui pubblicato anticipa taluni aspetti di una riflessione in corso su funzione amministrativa, interesse legittimo e pregiudizialità, riprendendo due contributi destinati agli scritti in memoria dei compianti Maestri, prof. Francesco Pugliese e prof. Roberto Marrama.

¹ Uno approfondito studio monografico sulle intricate tematiche della pregiudizialità amministrativa è stato condotto da F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007. Una significativa ricognizione dei contributi in materia è in G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, pagg. 243-244, nota 5.

A questi fini, l'analisi deve muoversi in una duplice direzione.

Da un lato, occorre innanzitutto esaminare se – indipendentemente dai noti arresti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - la pregiudizialità amministrativa, come ammonisce autorevole dottrina, costituisca esigenza di sistema² e dunque, in quanto tale, si configuri come evenienza irrinunciabile del nostro ordinamento.

Dall'altro, si deve poi valutare se il superamento della pregiudizialità sia compatibile con la natura dell'interesse legittimo, che è appunto la situazione giuridica soggettiva rispetto alla cui (acquisita) risarcibilità si è posto in termini problematici la questione della necessità o meno del previo annullamento dell'atto.

All'esito di tali verifiche, confermata (a possibilità dell)'assenza di pregiudizialità nel nostro sistema di diritto amministrativo, si cercherà di delinearne le implicazioni di ordine processuale nella relazione amministrazione - cittadino.

2. La disputa giurisprudenziale sulla pregiudizialità amministrativa.

I primi anni del nuovo secolo – com'è noto - sono stati interessati da una serrata disputa tra i vertici delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa in ordine alla necessità o meno del previo annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo per accedere alla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo.

Sull'argomento sembrano aver messo la parola fine le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la decisione 23.12.08 n. 30254³, anche se deve darsi atto dell'estremo tentativo della VI Sezione del Consiglio di Stato (21.4.09 n. 2436⁴)

² E' questa l'incisiva espressione adoperata in nota da G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità (dell'atto amministrativo illegittimo)*, in *Dir. Proc. Amm.* 2007 pag. 357 nel suo intenso contributo a sostegno della pregiudizialità amministrativa. Dello stesso Autore, sul tema, si veda anche *Inapplicabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale, (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, pagg. 513 e ss., ora in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, II, pagg. 571 e ss.; nonché *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, nota a Cass. Civ. Sez. Un. 23 dicembre 2008 n. 30254, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/09, pagg. 480 e ss.

³ La sentenza è anche su www.giustamm.it, dove sono pure i commenti di R. 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*, A. ROMANO TASSONE, *Morire per la "pregiudiziale amministrativa"?*, F. SATTA, *Quid novi dopo la sentenza n. 30254/2008 delle Sezioni Unite?*, C. VARRONE, *La pregiudizialità amministrativa: un mito in frantumi*, P. 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)*, G. ABBAMONTE, *Costituzione, legge, giudice nella delimitazione delle giurisdizioni*, R. GISONDI, *La morte della pregiudiziale per un giudice amministrativo. Riflessioni a margine della sentenza 30254/08 delle Sezioni Unite*, P. QUINTO, *Il confronto tra giurisdizioni sine ira et studio (a proposito della sentenza delle Sezioni Unite 23 dicembre 2008 n. 30254)*, L. BARRA CARACCIOLIO, *L'azione risarcitoria autonoma: una costruzione senza riscontro positivo ed il wishful thinking delle Sezioni Unite*.

⁴ Cons. St. 21.4.09 n. 2436 in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/09, pagg. 498 e ss. (con nota di F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. pregiudizialità amministrativa*), che – com'è noto – non condividendo il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite con la decisione del dicembre

di sollecitare per il tramite dell'Adunanza Plenaria l'intervento in materia del Giudice delle leggi.

Non è tuttavia superfluo ripercorrere le tappe salienti della *querelle* e sintetizzare le ragioni poste dai due massimi consessi a base delle opposte conclusioni sulla sussistenza o meno della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto amministrativo produttivo di danno.

Da un lato, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 12 del 22 ottobre 2007⁵ – replicando alle (“minacce” delle) Sezioni Unite della Cassazione del giugno 2006⁶ - ancorché non fosse strettamente pertinente rispetto allo specifico oggetto della lite, ha ritenuto di declinare diffusamente le ragioni a sostegno della indefettibilità della pregiudiziale amministrativa, ravvisandole (in sintesi) nella consequenzialità della tutela risarcitoria rispetto a quella demolitoria prevista (in armonia con gli artt. 103 e 113 comma 3 Cost.) dall'art. 35 d. lgs. 80/98 commi 1, 4 e 5 e agganciata (anche in prospettiva storica) sul “compromesso solidaristico” dal quale origina l'interesse legittimo, che assegna priorità all'azione impugnatoria, attraverso la quale il giudice amministrativo non solo annulla l'atto ma conforma l'azione amministrativa “affinché si realizzi un soddisfacente equilibrio” tra l'interesse privato e gli interessi collettivi; nel carattere eventuale del risarcimento espressamente previsto per la giurisdizione di legittimità secondo la formulazione letterale dell'art. 35 comma 4 d. lgs. 80/98 (testo vigente); nella presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo che “si tramuta” in assoluta nell'ipotesi di omessa impugnazione nel termine di decadenza; nella inconfigurabilità *de iure* di un “danno ingiusto” a fronte di un provvedimento rimasto inoppugnato attesa l'impossibilità di comporre e superare la contraddizione legittimità (da presumersi assoluta per la maturata decadenza) – illiceità. A margine di tali considerazioni sono state poi affermate la sostanziale equivalenza tra giudicato che si esprime in termini di improponibilità della domanda di risarcimento e giudicato che invece la dichiara infondata nel merito per difetto della denunciata illegittimità e, correlatamente, l'impossibilità per il Giudice della giurisdizione di vincolare i Giudici speciali in ordine ai contenuti di

2008 ha investito l'Adunanza Plenaria perché si pronunciasse nuovamente sul problema della pregiudizialità amministrativa, previo esame della compatibilità (anche) costituzionale della soluzione data dal Giudice della giurisdizione.

⁵ Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 22 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2008, III, pagg. 1 e ss. con nota critica di A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*. Tra i tanti commenti, M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2008, pagg. 55 e ss.; R. VILLATA, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa ... ma le Sezioni Unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pagg. 300 e ss.; C.E. GALLO, *Commento* (ad Ad. Plen.), in *Urb. e App.*, n. 3/08, pagg. 346 e ss.

⁶ S.U. Cass. ordd. 13 giugno 2006 nn. 13659 e 13660 in *www.lexitalia.it*, nonché ordd. 15 giugno 2006 n. 13911 e 28 giugno 2006 n. 14842, Cass. Sez. I 17 ottobre 2007 n. 21850 in *www.lexitalia.it* n. 10/07. Sulle tre ordinanze di giugno 2006 cfr. V. FANTI, *La “rivoluzione” operata dalla Corte di Cassazione sulla giurisdizione amministrativa in tema di pregiudiziale in Diritto e processo amministrativo*, 2007, pagg. 145 e ss.; P. CARPENTIERI, *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. Tar*, 2006, pagg. 2760 e ss.

“merito” delle loro decisioni, nonché la necessità di sottoporre a verifica critica l’indirizzo della corte di cassazione secondo il quale l’inoppugnabilità dell’atto amministrativo concernente interessi legittimi non impedirebbe al giudice ordinario di disapplicarlo.

Da altra prospettiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione – abbandonata la condivisione⁷ dell’orientamento emerso in sede di giurisdizione amministrativa all’indomani della scelta del legislatore del 2000 di affidare al giudice amministrativo, nell’ambito della sua giurisdizione, anche la tutela risarcitoria⁸ - hanno escluso la necessità del previo annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo ai fini del risarcimento dei danni causati dall’amministrazione nell’esercizio della funzione, predicando l’incondizionata proponibilità di una domanda giudiziale di risarcimento (non solo temporalmente) sganciata dalla domanda di annullamento del provvedimento amministrativo fonte di danno.

Più in particolare, le Sezioni Unite, con le pronunce del giugno 2006⁹, accettata (sulla scorta della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/04¹⁰) la

⁷ Cass. S.U. 23 gennaio 2006 n. 1207 in *Foro it.*, 2006, I, pagg. 1053 e ss (con osservazioni di E. SCODITTI, *La tutela risarcitoria innanzi al giudice amministrativo come giurisdizione su diritti* e di A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e riparto di giurisdizione: un nuovo intervento della Cassazione*) che ha escluso dalla sua giurisdizione l’azione risarcitoria avente ad oggetto il pregiudizio derivante da un atto amministrativo definitivo per difetto di tempestiva impugnazione, essendo precluso al giudice ordinario il sindacato in via principale sull’atto o sul provvedimento amministrativo. Ancora in termini di pregiudizialità amministrativa si è espressa Cass. II, 27 marzo 2003 n. 4538 in *Foro it.* 2003, I, pagg. 2073 e ss. con nota critica di A. TRAVI, che ha respinto la domanda di risarcimento dei danni causati da un provvedimento illegittimo in mancanza di una sua previa tempestiva impugnazione.

⁸ Il giudice amministrativo, investito in via generale anche della tutela risarcitoria dopo la modifica dell’art. 7 l. 1034/71 ad opera dell’art. 7 l. 205/00, salvo rare ipotesi (Tar Marche 9 aprile 2003 n. 67, in *Guida al diritto*, 2004 n. 15, pagg. 100 e ss.) ha da subito ragionato in termini di pregiudizialità amministrativa, affermandone la sussistenza già in sede di Adunanza Plenaria con la decisione n. 4 del 26 marzo 2003. Qualche (timida) apertura in senso contrario dopo le richiamate ordinanze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del giugno 2006 si rinviene in Cons. St. V, 31 maggio 2007 n. 2822 e in C.G.A. Sicilia 18 maggio 2007 n. 386, entrambe in *Urb. e app.*, 2007 pagg. 963 e ss. con nota di P. LOTTI, *La querelle infinita: pregiudiziale si, pregiudiziale no*, nonché in Cons. St. V, 24 luglio 2007 n. 4136 in www.giustamm.it n. 7/07.

⁹ Le espressioni riportate in seguito nel testo sono appunto riprese da S.U. Cass. ord. n. 13659 del 13 giugno 2006.

¹⁰ Com’è noto, con detta sentenza la Corte Costituzionale, nel dichiarare l’incostituzionalità degli artt. 33 commi 1 e 2 e 34 comma 1 d. lgs. 80/98 (come sostituiti dall’art. 7 lettere a) e b) l. 205/00, ha *ex professo* rilevato che la dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo l’art. 7 lettera c) l. 205/00 (che sostituisce l’art. 35 d. lgs. 80/98) poiché “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova “materia” attribuita alla sua giurisdizione, bensì 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.” Tra i tanti commenti alla sentenza, che – come rileva A. POLICE, *La giurisdizione amministrativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, AA.VV. (a cura di G. DELLA CANANEA e M. DUGATO), Napoli, 2006, pag. 491 - ha fatto dubitare della stessa sopravvivenza della giurisdizione esclusiva - cfr. F.G. COCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale 204*

concentrazione della tutela (demolitoria e risarcitoria) innanzi al giudice amministrativo, dato atto dell'*opinione tutta amministrativa* della necessaria impugnazione dell'atto e della *ricostruzione tutta civilistica* in ordine alla qualificazione della pretesa risarcitoria come diritto soggettivo, hanno affermato che "la conclusione da accogliere è dunque che, dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità – effettiva e non solo dichiarata - dell'interesse legittimo ... il legislatore di fine secolo non ha inteso ridurre la tutela risarcitoria al solo profilo di completamento di quella demolitoria, ma, mentre l'ha riconosciuta con i caratteri propri del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto di affidare la corrispondente tutela giudiziaria al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino."

Le Sezioni Unite hanno quindi rilevato che, superando la teorica della "degradazione", l'ordinamento si è ora andato evolvendo nel senso che sul piano della tutela risarcitoria non può farsi differenza tra interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento e interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo, con conseguente omologazione del bagaglio delle tutele di diritti soggettivi e interessi legittimi, che evidentemente va assicurato allo stesso modo quale che sia il giudice investito di giurisdizione, "perché nel bilanciamento tra valori rilevanti sul piano costituzionale, è da riconoscere legittimità ad una norma che mentre concentra la tutela giurisdizionale presso il giudice amministrativo, non reca pregiudizio alla tutela sostanziale delle situazioni soggettive sacrificate dall'agire illegittimo della pubblica amministrazione."

Le Sezioni Unite poi, cementando il proprio arresto, con la citata decisione 23.12.08 n. 30254 – nel dichiarare inammissibile proprio il ricorso proposto avverso la predetta decisione della Adunanza Plenaria n. 12/07 – hanno (com'è noto) osservato che "*l'istituto della pregiudizialità amministrativa nei suoi rapporti con la tutela risarcitoria degli interessi legittimi si presenta oggi come questione rilevante e di particolare importanza*" e l'hanno dunque affrontata per enunciare in applicazione dell'art. 363 c.p.c.¹¹ il seguente principio di diritto: "*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 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*

del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura), in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, pagg. 820 e ss., R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, pagg. 832 e ss., L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, pagg. 214 e ss., M. CLARICH, *La tribalizzazione del giudice amministrativo evitata*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, pagg. 969 e ss.

¹¹ Decisamente critico sui presupposti di operatività della citata disposizione è R. VILLATA, *op. cit.*; più in generale, ritiene *erronea sul piano costituzionale e sistematico la posizione delle SS.UU.* L. BARRA CARACCILO, *op. cit.*; severa critica agli argomenti utilizzati dalle Sezioni Unite muove anche G. GRECO, *La Cassazione ... cit.*

presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento."¹²

In particolare, riconosciuta sulla base di una articolata ricostruzione dei principi di unità funzionale della giurisdizione e di effettività della tutela giurisdizionale l'ammissibilità del proprio sindacato quale consentito "per motivi inerenti alla giurisdizione" ex art. 111 ultimo comma Cost., le Sezioni Unite hanno cercato di dare risposta a talune delle obiezioni che dottrina e giurisprudenza avevano sollevato con riferimento al predicato superamento della pregiudizialità amministrativa e a tal fine – affermando che quella risarcitoria costituisce misura *minima* di tutela sia del diritto soggettivo che dell'interesse legittimo - hanno evidenziato che l'ordinamento può prevedere forme diverse di coordinamento tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria (così come accade nel diritto amministrativo europeo, nel diritto societario, nel diritto del lavoro, nei rapporti tra privati e in materia contrattuale), che il legislatore può anche prevedere termini di decadenza per l'azione risarcitoria, ma che ad oggi una disposizione del genere non esiste per l'interesse legittimo. Conseguentemente: sul piano del diritto sostanziale - poiché "*la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*" - la mancata impugnazione dell'atto può al più rilevare come comportamento concorrente alla produzione del danno (non potendosi trasformare l'onere di impugnativa nel proprio interesse in un dovere di collaborazione verso l'amministrazione); sul piano del diritto processuale, invece, esclusa la ricorrenza di un fenomeno di disapplicazione, la pregiudizialità dell'annullamento non può essere desunta dalle caratteristiche intrinseche della giurisdizione amministrativa (e cioè dall'impossibilità per il giudice amministrativo di dichiarare il dovuto modo d'essere del rapporto), poiché è sulla domanda di risarcimento del danno che si forma il giudicato, mentre l'accertamento sui singoli aspetti della situazione di fatto che genera la responsabilità avviene in via incidentale.

Il Giudice amministrativo ha mostrato di non gradire l'enunciato principio di diritto, tanto che quando non ha finto di adeguarvisi¹³ o non vi ha addirittura tratto

¹² Il principio di diritto è stato poi applicato da Cass. S.U., ord. 6 marzo 2009 n. 5464, in www.giustamm.it n. 4/09, che ha annullato (con rinvio della causa al TAR Lazio ex art. 35 l. TAR) la decisione del Consiglio di Stato IV, 8.5.07 n. 2136 che aveva confermato l'inammissibilità (disposta dal giudice di primo grado) delle pretese relative al risarcimento del danno arrecato al ricorrente (dipendente del Ministero dell'Economia e delle Finanze) da "note caratteristiche" redatte nei suoi confronti, in base al rilievo della mancata tempestiva impugnazione delle stesse. In particolare le Sezioni Unite hanno ritenuto manifestamente fondato il motivo di ricorso che censurava la sentenza del giudice amministrativo "per avere negato che possa essere ammesso alla tutela risarcitoria il titolare di interesse legittimo che assume di essere stato danneggiato dall'esercizio non conforme a legge del potere amministrativo mediante atti divenuti inoppugnabili per non essere stato proposto nel termine di decadenza il ricorso per l'annullamento, dovendosi dare risposta affermativa al quesito di diritto formulato nel senso che rifiuta l'esercizio della giurisdizione il giudice amministrativo che ritiene operare tale preclusione per l'accesso alla tutela risarcitoria."

¹³ In quest'ultima direzione si muovono quelle pronunce del giudice amministrativo che estendono il "concorso" di responsabilità del danneggiato di cui all'art. 1227 comma 2 c.c. all'ipotesi di mancata impugnazione dell'atto per affermare in tal modo l'insussistenza di una responsabilità risarcitoria a carico dell'amministrazione: in termini Cons. St. VI, 3 febbraio 2009 n. 578 richiamata da G. GRECO, *La Cassazione ... cit.*, pag. 493, nota 25. Negli stessi termini, già in

elementi per restringere gli ambiti di tutela per il ricorrente,¹⁴ ha richiesto all'Adunanza Plenaria (con la citata decisione della Sesta Sezione dell'aprile scorso) un nuovo pronunciamento anche auspicando (impropriamente)¹⁵ la proposizione da parte di detto Consesso dell'incidente di costituzionalità. Ciò non di meno, almeno allo stato, stante il su richiamato "principio di diritto", si può provare a percorrere il solco tracciato dalle Sezioni Unite,¹⁶ anche al fine di sedimentarlo e renderlo funzionale alle peculiarità della relazione giuridica che esso intercetta.

3. Analisi (critica) delle ragioni a sostegno della pregiudizialità amministrativa come esigenza di sistema.

"risposta" agli arresti delle Sezioni Unite del 2006, Cons. St. VI, 22 ottobre 2008 n. 5183, in www.lexitalia.it n. 11/08, che ha rigettato la pretesa risarcitoria dell'appellante affermando che in sede di azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi proposta innanzi al giudice amministrativo non è applicabile l'orientamento della giurisprudenza civile secondo il quale l'onere che incombe sul danneggiato ai sensi dell'art. 1227 comma 2 c.c. non può estendersi fino all'esperimento di un'iniziativa costosa come l'avvio di una controversia giurisdizionale. In argomento quanto all'operatività dell'art. 1227 comma 2 c.c. in assenza di attivazione della tutela giurisdizionale di annullamento dell'atto fonte di danno cfr. anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 23 settembre 2008 n. 780, in www.giustamm.it n. 10/08, che ha rigettato nel merito la domanda risarcitoria del ricorrente "riformando" la sentenza di primo grado che l'aveva invece dichiarata inammissibile per mancata impugnativa del provvedimento lesivo. La dubbia ammissibilità di decisioni di "merito" che sotto (nemmeno tanto) mentite spoglie facciano riaffiorare la pregiudizialità amministrativa avvalendosi dell'art. 1227 c.c. è affermata dalla stessa decisione con la quale la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza Plenaria di pronunciarsi nuovamente sull'argomento, laddove in essa si rileva la contraddittorietà in cui sarebbe incorsa la sentenza di primo grado (TAR Campania, Napoli, I n. 5922/07) che "dopo aver riconosciuto l'indipendenza della domanda risarcitoria dal previo annullamento del provvedimento amministrativo dal quale, asseritamente, sono derivati i danni lamentati ha poi escluso comunque e sempre che in presenza di un atto non impugnato possa darsi l'ingiustizia del danno." Una singolare applicazione dell'art. 1227 c.c., con riferimento all'incidenza della tutela cautelare ai fini della decorrenza della prescrizione del risarcimento dei danni è data da TAR Veneto, III 14 maggio 2009, in *Urb. e App.*, n. 5/09, pagg. 1365 con commento di S.R. MASERA.

¹⁴ Sintomatica sotto questo aspetto è la decisione del Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 16 settembre 2008 n. 762, in www.giustamm.it, n. 9/08, che ritiene tardiva la domanda di risarcimento del danno avverso un atto amministrativo illegittimo, proposta successivamente all'annullamento dell'atto amministrativo in sede giurisdizionale e prendendo come termine iniziale per la prescrizione dell'azione l'annullamento dell'atto e non l'emanazione dello stesso, avvenuta oltre il termine quinquennale, ritenendo che – in assenza della pregiudizialità amministrativa – detto termine di prescrizione decorre dalla data dell'illecito e non da quella del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento da parte del giudice amministrativo.

¹⁵ Perplexità sul punto per l'uso "sviato" dello strumento del controllo incidentale di costituzionalità sono espresse da F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato ... cit.*, pag. 545.

¹⁶ Pur ritenendo che "l'insieme delle regole che nel nostro ordinamento riguardano la materia porti a concludere che in esso è accolto il criterio della pregiudizialità", G. FALCON, *La responsabilità ... cit.*, pagg. 266 e ss., riconosce che la questione non ha valenza di teoria generale poiché il diritto comparato evidenzia come entrambi i modelli siano possibili.

Quanto alla dottrina, è noto che la pregiudizialità viene autorevolmente configurata come fenomeno connaturato al nostro sistema di diritto amministrativo¹⁷.

In proposito, si rileva che la questione in ordine alla sussistenza o meno della pregiudizialità è per così dire di *merito*, poiché si tratta di stabilire se l'atto precettivo quale titolo legittimante un determinato assetto di interessi che i consociati (e la stessa amministrazione) devono osservare ed eseguire possa escludere ogni illiceità e dunque l'ingiustizia del danno¹⁸ con conseguente inevitabile infondatezza di un'azione risarcitoria per così dire autosufficiente.

In tale prospettiva, è quindi la ricostruzione del provvedimento quale atto precettivo che (ancorché illegittimo) è dall'ordinamento abilitato a porre (e a imporre anche in via esecutiva) la norma del caso concreto e quindi la sintesi e l'assetto degli interessi giuridicamente rilevanti ad impedire la possibile configurazione dell'atto medesimo quale elemento costitutivo del danno ingiusto, non essendo possibile in assenza di annullamento un accertamento dell'illegittimità in via principale, essendo preclusa al giudice amministrativo la disapplicazione dell'atto e non potendosi oltremodo compromettere la stabilità e la certezza dell'azione amministrativa.¹⁹

In altra occasione²⁰ mi è sembrato possibile ritenere che la considerazione di detti profili non conduca alla pregiudizialità amministrativa quale esigenza di sistema e che dunque si possa guardare al superamento della pregiudizialità come a una

¹⁷ G. GRECO, *Op. cit.* alla nota 2. R. VILLATA, *Pregiudizialità amministrativa nell'azione risarcitoria per responsabilità da provvedimento?*, in *Dir. Proc. Amm.* 2007 pagg. ... e ss., che - pur dichiarando di volere solo proporre gli argomenti di analisi senza prendere posizione pro o contro la pregiudiziale - manifesta il suo *favor* per la pregiudizialità anche simpaticamente richiamando i saggi in argomento di G. VERDE (*La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, pagg. 963 e ss.) a sostegno della pregiudizialità rispetto agli interessi pretensivi e di C. CONSOLO, (*Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007 pagg. 632 e ss.) in favore della pregiudizialità con riferimento agli interessi oppositivi (pag. 293). Una appassionata difesa delle ragioni della pregiudizialità è svolta da E.M. BARBIERI, *Funzione del giudice, funzione dell'amministrazione ed interessi individuali del cittadino alla luce della pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pagg. 949 e ss.

¹⁸ Pone autorevolmente in rilievo la problematicità di tali aspetti G. GRECO, *La trasmissione dell'antigiuridicità ... cit.*, pag. 355, segnalando come "l'efficacia del provvedimento non impugnato e inoppugnabile preclude la c.d. trasmissione dell'antigiuridicità (ovvero ... la conversione della illegittimità in illiceità)"; nonché *La Cassazione ... cit.*, pagg. 492 e ss., laddove l'Autore rileva che "la c.d. pregiudiziale amministrativa non può essere superata - a diritto positivo immutato - non perché sia buona o cattiva, ma perché risponde al principio di <<non contraddizione>> dell'ordinamento che è un<< pilastro>> indefettibile per la conservazione di ogni sistema giuridico e, soggiungerei, un canone e un requisito minimo di civiltà giuridica." Richiama il principio di non contraddizione anche L. MARUOTTI, *Il giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno*, in www.giustizia-amministrativa.it, ritenendolo peraltro soddisfatto dalla sottoposizione della (possibile) domanda autonoma di risarcimento allo stesso termine di decadenza della domanda di annullamento.

¹⁹ In tal modo si possono sintetizzare i nodi problematici evidenziati da VILLATA, *Op.ult. cit.*, pag. 292.

²⁰ G. SORRENTINO, *Pregiudizialità amministrativa e processo amministrativo di risarcimento (considerazioni sugli interessi legittimi pretensivi, a margine di TAR Lazio - Roma Sez. I 19.1.07 n. 11330)*, in www.giustamm.it n. 3/08.

evenienza coerente sia con la natura dell'interesse legittimo, che con la peculiarità (almeno allo stato, costituzionalmente rilevante²¹) della giustizia amministrativa.

Ed infatti, in estrema sintesi, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto non può ritenersi precluso qualora il provvedimento non sia stato impugnato nei termini, in quanto detto accertamento quale fatto costitutivo della pretesa risarcitoria e dunque quale oggetto²² dell'autonomo e indipendente giudizio di danni non trova specifici ostacoli, a meno che non si voglia riconnettere alla mancata impugnazione nei termini del provvedimento amministrativo l'effetto estintivo e/o dismissivo dell'interesse legittimo, configurando in tal modo un'acquiescenza del danneggiato non tanto all'atto in sé considerato (che non diviene per ciò stesso legittimo) ma all'assetto di interessi che esso ha determinato che, in quanto "accettato", non può (non solo essere tardivamente messo in discussione, ma) nemmeno essere (criticamente) assunto quale fonte di danno ingiusto.

Tuttavia, tale eventualità – come meglio si dirà oltre - non appare praticabile, poiché quale che sia la nozione di interesse legittimo che si voglia affermare²³, nell'attuale contesto – ancor più dopo gli arresti della Corte Costituzionale del 2004 e del 2006 – è innegabile che detta (composita e complessa) situazione giuridica soggettiva sia anche assistita da tutela risarcitoria e che questa secondo

²¹ E' utile ricordare, in proposito, talune pronunce della Corte Costituzionale e segnatamente la sentenza n. 204/04 che ha tra l'altro posto l'accento sul compito del giudice amministrativo di "assicurare la giustizia nell'amministrazione", la sentenza n. 191/06 che significativamente si riferisce al giudice amministrativo quale "giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica", la sentenza n. 140/07 nella quale emerge la consapevole affermazione del giudice amministrativo quale giudice capace di assicurare piena tutela anche ai diritti fondamentali. Non può però ignorarsi a sostegno dell'unicità della giurisdizione l'ultima opera di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia <<non amministrativa>>*, Milano 2005, sulla quale si vedano i contributi di M. CAMELLI, D. SORACE, G. SILVESTRI, F.G. SCOCA, G. AZZARITI, A. TRAVI, G.U. RESCIGNO, C. MARZUOLI, raccolti in ricordo del Maestro scomparso su *Dir. Pubbl.*, 2006, pagg. 1 e ss.

²² Per le Sezioni Unite (n. 30254/08) "oggetto della domanda di risarcimento del danno è il diritto di ottenerlo e su ciò si forma il giudicato, mentre l'accertamento sui singoli aspetti della situazione di fatto che genera la responsabilità sono accertati in via incidentale."

²³ Fornendo autorevoli rassicurazioni circa la perenne "vitalità" della figura (pagg. 44 e ss.) anche come istituto di teoria generale del diritto (pag. 47, nota 72), F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pub.*, 2000, pag. 14, ricorda che "la dottrina non è mai stata unanime nell'accettazione della figura e si è profondamente frazionata nella sua definizione concettuale; spesso si è divertita a sottolinearne i lati misteriosi piuttosto che a chiarirli". Tra i più recenti contributi sulla figura dell'interesse legittimo cfr. L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, pagg. 936 e ss., che in continuità con i precedenti lavori sul tema pone in risalto "nell'ordinamento repubblicano giunto alla sua piena espansione" il compito dell'amministrazione (libera e autonoma) di provvedere al completamento della protezione e all'effettiva soddisfazione degli interessi legittimi-diritti amministrativi (in part. par. 8); nonché P.L. PORTALURI, *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti-Ranelletti*, in *Urb. e App.*, 2007 pagg. 1463 e ss., che concepisce l'interesse legittimo come sintesi di interessi pubblici e privati, mostrando preoccupazione – a fronte del possibile superamento della pregiudizialità amministrativa – che in prospettiva evolutiva possa all'interesse pubblico toccare in sorte di essere solo "occasionalmente protetto". Di interesse legittimo discorre anche G. FALCON, *La responsabilità ... cit.*, pagg. 245 e ss., che lo identifica – finalisticamente e senza carattere di strumentalità rispetto all'interesse pubblico – nell'interesse a conseguire un provvedimento favorevole (attributivo di un <<bene della vita >>) o ad evitare un provvedimento sfavorevole (soppressivo o diminutivo del bene della vita).

diritto positivo non soggiace a termini di decadenza²⁴ con conseguente inconfigurabilità, sotto tale aspetto, di una acquiescenza correlata al mero decorso del termine per l'impugnazione dell'atto pregiudizievole.

Né vi è inconciliabilità tra efficacia dell'atto e responsabilità per danni, correlata alle guarentigie legislative del provvedimento (artt. 21 *bis*, 21 *ter*, 21 *quater*, 21 *octies* e 21 *nonies* della legge 241/90) e alla conseguente possibilità di ravvisare il fatto illecito e l'ingiustizia del danno solo negando al provvedimento medesimo la funzione di regolazione della fattispecie e dunque necessariamente per il tramite di una disapplicazione non consentita al giudice amministrativo²⁵.

Ed infatti, l'efficacia dell'atto illegittimo non è di per sé incompatibile con la sua illiceità; che anzi – a ben vedere – quest'ultima (in presenza degli ulteriori

²⁴ Com'è noto non mancano in dottrina articolati contributi tesi a sottoporre anche l'azione risarcitoria a un termine breve (anticipando una soluzione *legislativa* che le Sezioni Unite ritengono *de iure condendo* possibile, ma non ancora *iure condito*): A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, pag. 203, nell'ambito di una ricostruzione del problema della responsabilità della pubblica amministrazione per danni derivanti alla lesione di interesse legittimo che lo stesso Autore qualifica di tipo pubblicistico, ritiene che il termine per proporre le azioni a tutela del danno è quello di decadenza fissato in relazione all'interesse legittimo; F. FRANCIOSI, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti all'autonomia dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2007, pagg. 455 e ss., ammette la possibilità di esperire un'azione di risarcimento autonoma in assenza di una previa azione di annullamento purchè la tutela risarcitoria sia proposta nel termine di decadenza; L. MARUOTTI, *Op. cit.*. R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"*, in www.giustizia-amministrativa.it, ravvisando nell'esercizio della delega di cui all'art. 44 l. 69/09 sulla "codificazione" del processo amministrativo l'occasione propizia per un intervento normativo di chiarificazione sulle tematiche sottese alla risarcibilità dell'interesse legittimo, sottolinea l'opportunità di sottoporre a un termine breve di decadenza (non più di sei mesi) la proposizione autonoma della domanda risarcitoria. Nella consapevolezza che – anche ragionando in termini di prescrizione – sia concreta e valida l'esigenza di non esporre per lungo tempo l'amministrazione a pretese risarcitorie in assenza di una previa azione di annullamento, una soluzione praticabile potrebbe essere quella di sottoporre a un termine breve (di prescrizione) la proponibilità dell'azione risarcitoria: termine che potrebbe essere fissato ad esempio in un anno, mutandone la durata dall'art. 2 comma 5 l. 241/90 (come sostituito dall'art. 3 comma 6 bis d.l. 35/05, convertito con modificazioni con l. 80/05), configurandosi detta previsione quale soluzione di chiusura per un equo temperamento tra l'inerzia "pubblica" e quella "privata", che - attribuendo rilievo penalizzante alla mancata attivazione processuale dell'istante nel suddetto termine - può essere assunta come parametro di riferimento anche per contenere i termini di proposizione dell'autonoma azione di risarcimento.

²⁵ Escludono che in merito si possa correttamente parlare di disapplicazione A. TRAVI, *Questioni attuali di responsabilità dell'amministrazione: giurisdizione, risarcimento dei danni, pregiudizialità*, in *Resp. civ. e pen.*, 2003, pag. 663; R. CARANTA, *Ancora sulla pretesa pregiudizialità tra ricorso d'annullamento e ricorso risarcitorio*, in *Urb e App.*, 2007, pag. 86; A. VACCA, *La pregiudizialità amministrativa: un'analisi ontologica*, in *Foro amm. – TAR*, 2006, pag. 4032. Le Sezioni Unite, anche nell'ultimo arresto, hanno decisamente sostenuto che in sede di giudizio risarcitorio il giudice amministrativo "esercita un potere che nulla a che vedere con quello di disapplicazione." In proposito è anche utile dare conto della logica sottesa alla sentenza delle S.U Cass. n. 500/99 (e riproposta nelle successive pronunce che hanno escluso la pregiudizialità) con le efficaci parole di G.D. FALCON (*Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.* 2001, pag. 311, nonché in *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, pag. 241), per il quale "non è la disapplicazione ma al contrario, se si vuol dire così, l'applicazione del provvedimento illegittimo che genera l'illecito."

presupposti) dà luogo al rimedio risarcitorio proprio per l'incapacità di quello costitutivo di incidere in maniera satisfattiva per il ricorrente sul piano degli effetti comunque prodotti dal provvedimento illegittimo.

Ed infatti, quando l'annullamento giurisdizionale del provvedimento amministrativo, attraverso i consolidati contenuti (eliminatorio, ripristinatorio e conformativo) che in esso (potenzialmente) si racchiudono²⁶, non è in grado di assicurare al ricorrente le utilità finali alle quali questi aspira (e cioè il bene della vita da conservare o acquisire), l'accertamento dell'illegittimità non ridonda sul piano degli effetti, che - nonostante la tempestività dell'impugnazione - non saranno né rimossi, né impediti.

Pertanto, se - come anche norme di settore confermano²⁷ - tra efficacia e illiceità dell'atto non vi è indefettibile alternatività, si può ritenere che la decisione favorevole di un ricorso per risarcimento danni da provvedimento amministrativo non impugnato nel termine di decadenza non necessita della disapplicazione dell'atto lesivo, ma semplicemente - per gli aspetti qui considerati (e salva naturalmente la verifica degli ulteriori presupposti costitutivi della fattispecie risarcitoria) - dell'accertamento della sua illegittimità, nella quale finisce per risolversi anche la tutela costitutiva quando l'annullamento dell'atto impugnato - come pure accade - per sopravvenienze di fatto e/o di diritto o per scelta legislativa non è in grado di incidere sugli effetti da questo prodotti e di assicurare al ricorrente il bene della vita irrimediabilmente sacrificato da un assetto di interessi non più modificabile.

L'annullamento, pertanto, non necessariamente sottrae all'atto (che ne sia stato colpito) la regolazione della fattispecie concreta, di modo che non vi è incompatibilità tra efficacia e illiceità, tant'è vero che la tutela risarcitoria

²⁶ Sui quali sono sempre fondamentali gli insegnamenti di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, (a cura di E. CARDI e A. NIGRO), Bologna, 2002, pagg. 311 e ss.. Ancora sugli effetti della sentenza amministrativa cfr. G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento e oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1985, pagg. 3 e ss.; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, pagg. 563 e ss; G. CORSO, *Processo amministrativo di cognizione e tutela esecutiva*, in *Foro it.*, 1989, V, pagg. 421 e ss.; F. PUGLIESE, *Note minime in tema di accertamento e di effetti della decisione amministrativa di accoglimento del ricorso*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, pagg. 645 e ss. In giurisprudenza, una compiuta disamina degli effetti della sentenza di annullamento è in Cons. St. 16 ottobre 2007 n. 5409, in www.giustamm.it n. 10/07; nonché in Cons. St. VI, 22 settembre 2008 n. 4563, in www.giustamm.it n. 9/08.

²⁷ Si veda da ultimo l'art. 20 d.l. 185 del 29.11.08 (convertito con mod. con l. 2/09), il cui comma 8 introduce un rito oltre modo accelerato (una sorta di denegata tutela), nonostante il quale il contratto comunque stipulato risulterà insensibile all'eventuale annullamento e/o sospensione dei provvedimenti impugnati che ne costituiscono presupposto. Sulla disposizione in oggetto si vedano i contributi critici raccolti nell'apposito forum in www.federalismi.it. Va anche ricordato che tale disposizione - soprattutto nella versione emersa in sede di conversione in legge - è stata assunta in dottrina quale conferma dell'opzione legislativa in favore della pregiudizialità (in tal senso, M.A. SANDULLI, *Il legislatore dà nuovi spunti al dibattito sulla <<pregiudizialità>>*, in www.giustamm.it, nonché G. GRECO, *La Cassazione ... cit.*, pag. 486); tuttavia, se così davvero fosse, non potrebbero che accrescersi le ragioni per dubitare della costituzionalità della disposizione medesima, configurandosi in tale evenienza ancor più irragionevole la costrizione temporale cui essa sottopone il diritto di difesa del ricorrente.

costituisce proprio il rimedio che l'ordinamento appresta per far fronte all'impossibilità giuridica e/o materiale di intervenire sulla sintesi degli interessi prodotta dall'atto (e dunque sulla sua efficacia).

Affermata la possibilità dell'accertamento della illegittimità dell'atto non impugnato ed esclusa la necessità della disapplicazione (ammettendo l'ordinamento ipotesi di responsabilità risarcitoria fondata su atti che continuano a regolare l'assetto di interessi), occorre ora affrontare le ragioni che vengono sostenute in favore della pregiudizialità con riferimento alla stabilità e alla certezza dell'azione amministrativa.

In proposito, a sostegno della pregiudizialità, si rappresenta che – in sua assenza – l'amministrazione da un lato verrebbe gravata di un obbligo di annullamento del provvedimento ritenuto illegittimo nell'ambito dell'autonomo giudizio risarcitorio (*sub specie* di obbligo di conformarsi al giudicato), dall'altro vedrebbe minata la certezza del proprio agire per la possibile prolungata esposizione all'eventuale responsabilità risarcitoria.

In contrario, si può però osservare che l'annullamento dell'atto amministrativo inoppugnato del quale sia stata accertata l'illegittimità in sede di giudizio risarcitorio non si presenta come soluzione obbligata (e tanto meno attuativa e/o esecutiva del giudicato risarcitorio), configurandosi eventualmente (secondo le peculiarità delle differenziate fattispecie concrete) come epilogo possibile di un apposito procedimento di autotutela che l'amministrazione intendesse (o dovesse, anche su istanza di terzi) avviare per verificare se oltre alla illegittimità (già accertata in sede di giudizio risarcitorio) sussistano gli ulteriori, noti presupposti per l'annullamento d'ufficio (ora canonizzati nell'art. 21 *nonies* comma 1 l. 241/90)²⁸, poiché il giudicato "risarcitorio", quanto al *petitum*, sarà comunque riferibile soltanto ed esclusivamente alla tutela per equivalente e non anche a quella costitutiva, che l'interessato non ha appunto attivato.²⁹

²⁸ Tra i commenti sulla "nuova" disposizione cfr. D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in AA.VV. (a cura di V. CERULLI IRELLI), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pagg. 393 e ss.; V. ANTONELLI, *Annullamento d'ufficio*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, in AA.VV. (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), Torino, 2005, pagg. 643 e ss.

²⁹ E' noto (A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova 2001, pagg. 410-411) che l'obbligo di conformarsi al giudicato del giudice ordinario ex artt. 4 e 5 l. 20.3.1865 n. 2248 all. E e 27 n. 4 r.d. 26.6.24 n. 1054 venne originariamente concepito come obbligo di annullare l'atto amministrativo che fosse stato disapplicato in quanto ritenuto non conforme a legge da parte del giudice ordinario; tuttavia, ai fini che ci occupano – a parte quanto si è sopra detto in ordine alla non ricorrenza di una ipotesi di disapplicazione - può ritenersi che la scelta del "danneggiato" di optare per la sola tutela risarcitoria possa escludere la configurabilità di un obbligo di annullamento in capo all'amministrazione sulla base delle citate norme, le quali implicano un apposito ricorso che il destinatario del giudicato risarcitorio (in ragione della sua condotta) certamente non potrebbe attivare.

La possibilità di un accertamento dell'illegittimità che non produca caducazione dell'atto è riconosciuta da G. FALCON, *La responsabilità ... cit.*, pag. 270, per il quale "ogni soluzione che comporti declaratoria di illegittimità senza annullamento (come accadrebbe anche nel caso si passasse da una stretta pregiudizialità dell'impugnazione alla semplice rilevanza della non impugnazione) postula che sia chiaro che il dovere dell'amministrazione di conformarsi al giudicato non include l'annullamento del provvedimento, che dovrebbe anzi ritenersi precluso se non per cogenti ragioni di interesse pubblico."

A diversa conclusione non conduce nemmeno l'esigenza di dare all'amministrazione certezza in ordine al proprio operato, poiché – da un lato - la tutela risarcitoria in sé considerata non mina la stabilità dell'assetto degli interessi e anzi la preserva³⁰, dall'altro, la sua presenza – come è stato ben sottolineato - *potrebbe ... innescare un circuito virtuoso rendendo più attenta l'amministrazione al valore della legittimità dei propri provvedimenti.*³¹

L'esame dei nodi problematici affermati in dottrina a sostegno della pregiudizialità (impossibilità di un accertamento autonomo dell'illegittimità, carenza del potere di disapplicazione da parte del giudice amministrativo, compromissione della stabilità e della certezza dell'azione amministrativa) dunque porta ad escludere che questa sia un'esigenza di sistema. Né la "schizofrenia giuridica" che si manifesta nell'ammettere che un determinato assetto di interessi prodotto dal provvedimento amministrativo possa nel contempo, per un verso, essere ritenuto imm modificabile e assistito da guarentigie e, per altro verso, concepito quale fonte di danno è fenomeno connaturato all'assenza di pregiudizialità, poiché esso ricorre anche quando – nonostante l'annullamento del provvedimento – il risarcimento del danno per equivalente costituisca l'unica forma di tutela possibile per il ricorrente, non potendo questi per sopravvenienze di fatto e/o di diritto e/o finanche per scelta legislativa aspirare al bene della vita ormai irrimediabilmente sacrificato da un assetto di interessi non più modificabile.

Del resto, se è vero che per Costituzione al Giudice amministrativo è affidata la tutela dell'interesse legittimo nei confronti della funzione amministrativa (art. 103) è pur vero che la stessa fonte costituzionale all'art. 113 affida alla legge il compito di individuare il Giudice cui compete l'annullamento degli atti amministrativi, in tal modo autorizzando a ritenere che l'annullamento è forma di tutela dell'interesse legittimo non necessaria e nemmeno esclusiva.

In questa prospettiva, è anche utile ricordare che in omaggio alla prevalenza del principio dispositivo il Consiglio di Stato, quale giudice d'appello, è solito prendere atto della rinuncia al ricorso introduttivo della lite e agli effetti favorevoli della sentenza di primo grado di annullamento, senza che si dubiti che ciò possa essere precluso dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto comunque operato dalla decisione di primo grado

Pur ritenendo *de iure condendo* utili soluzioni legislative che sappiano con equilibrio governare il fenomeno del dirompente ingresso delle tematiche della tutela risarcitoria nell'esercizio della funzione amministrativa³², è dunque

³⁰ R. GAROFALI, *La pregiudizialità ... cit.*

³¹ M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativacit.*, pag. 61, che opportunamente rileva ancora come "il giudice amministrativo ... ha tutti gli strumenti (valutazione della colpa, applicazione dell'art. 1227 c.c., prova rigorosa del danno, ecc.) per trovare soluzioni equilibrate nel caso concreto che tutelino l'interesse patrimoniale del privato danneggiato senza aggravare troppo la posizione dell'amministrazione anche in termini di *overdeterrence*."

³² L'occasione è appunto offerta dal citato art. 44 l. 69/09, rispetto al quale non manca però chi (L. BARRA CARACCIOLLO, *L'azione ... cit.*) esclude che il legislatore delegato possa dare ingresso alla domanda autonoma di risarcimento, non trovando la relativa azione corrispondenza in alcuna norma di diritto positivo, di modo che la sua disciplina da parte delle disposizioni delegate sarebbe affetta da illegittimità costituzionale per violazione delle norme di delega.

possibile e opportuno abituarsi all'idea di un'azione autonoma di danni nell'ambito della giurisdizione amministrativa per provare a ricercare e a costruire talune coordinate di riferimento del processo amministrativo strumentale alla tutela risarcitoria da illegittimo esercizio della funzione amministrativa.

Prima di procedere a tanto occorre però verificare (come accennato in premessa) se – a prescindere dai risvolti di ordine processuale - l'assenza di pregiudizialità sia compatibile con la natura dell'interesse legittimo e dunque se per detta situazione giuridica soggettiva la tutela costitutiva (vale a dire l'annullamento dell'atto lesivo) non costituisca *condicio sine qua non* per l'accesso alla tutela risarcitoria.

4. *L'interesse legittimo: natura e vicende.*

Il tema della pregiudizialità va dunque ora affrontato guardando all'interesse legittimo e cioè analizzando i contenuti e le possibili vicende di quella posizione giuridica che notoriamente *dialoga* con la funzione amministrativa e che – secondo insegnamenti autorevoli³³ - quale figura di teoria generale viene in rilievo a fronte dell'esercizio di poteri, siano essi pubblici o anche solo privati.

L'indagine sulla natura e sui contenuti dell'interesse legittimo, se non velleitaria, è quanto meno complessa, poiché mostrano una perenne attualità le riflessioni di Nigro nel noto contributo in cui si interroga su cosa sia detta situazione giuridica soggettiva, "*figura mitologica, che non si può né comprendere né discutere, ma si deve solo accettare nel contesto in cui colloca*".³⁴

Tuttavia, è innegabile l'utilità di rinnovate riflessioni sull'interesse legittimo³⁵, alla luce delle rilevanti innovazioni che da più lustri incidono, e sotto diversificati

³³ Sull'interesse legittimo quale figura che consente al privato di dialogare con l'amministrazione nel procedimento di esercizio del potere e che è pertanto figura di teoria generale cfr. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, pagg. 8-9, 16 (dov'è il richiamo all'opera di SANTI ROMANO, "al quale va il merito di avere conferito all'interesse legittimo rilievo di teoria generale") e 59-60 (dove - richiamati la sfiducia di F. BENVENUTI sugli interessi legittimi quali sintomi di scarsa democraticità del nostro ordinamento e il timore di BERTI che l'interesse legittimo possa offrire l'immagine di una forma minima di tutela – è invece sottolineato, con NIGRO, che *l'interesse legittimo è una figura concettualmente necessaria ogni qualvolta si voglia attribuire a un altro soggetto dell'ordinamento un potere (autoritativo): a fronte del quale l'interesse legittimo si presenta come la "situazione giuridica naturale di protezione dell'interesse del singolo"*). Per L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, pag. 232 non appare del tutto comprensibile l'opinione di chi ha respinto la configurabilità dell'interesse legittimo quale nozione di teoria generale, poiché l'interesse legittimo è anche figura di teoria generale, anche se ciò non aiuta all'individuazione dei suoi elementi essenziali.

³⁴ NIGRO, *Ma che cos'è ... cit.*, pagg. 469 e ss., dove comunque è ben sottolineato (pag. 481) che l'interesse legittimo è situazione giuridica soggettiva di pari dignità rispetto al diritto soggettivo e non è destinato a garantire una tutela di serie B, a patto che il giudice amministrativo si liberi totalmente dal complesso della necessaria considerazione delle ragioni dell'interesse pubblico (considerato in astratto e in generale), acquisti consapevolezza del nuovo modo di essere, dialettico e partecipato, della potestà amministrativa. e riesca a creare nel processo quell'equilibrio tra le contrapposte pretese che costituisce la rappresentazione esistente sul terreno sostanziale.

³⁵ IANNOTTA, *L'interesse legittimo ... cit.*, segnala l'esigenza di *ripensare* l'interesse legittimo dopo le profonde trasformazioni sociali e istituzionali degli ultimi decenni. L'utilità di tornare a discutere dell'interesse legittimo nell'epoca della risarcibilità, anche alla ricerca della sussistenza

profili (normativo, istituzionale, socio-economico, culturale, ecc.), sulla relazione cittadino - pubblica amministrazione che, pur oscillando tra post-moderno e passatismo, si mostra sempre più segnata dalla dimensione di servizio costituzionalmente propria della funzione amministrativa.³⁶

Ai fini che ci occupano, la tutela risarcitoria della quale si discorre è quella che l'ordinamento specificamente riconosce all'interesse legittimo, nel senso che il ristoro rivendicabile per un danno ingiusto (pur potendosi qualificare in termini di diritto al risarcimento) trova fondamento necessario (ancorchè non sufficiente) nella lesione appunto dell'interesse legittimo e dunque di una situazione giuridica che *ex ante* (prima della spendita della discrezionalità) è sì meritevole, ma non ha certezza in ordine alla soddisfazione dell'interesse alla conservazione, ovvero alla acquisizione di un bene della vita.³⁷

Si ritiene, infatti, che la tutela risarcitoria alla quale si è aperto in via generale il nostro ordinamento, muovendo dal noto arresto delle Sezioni Unite del luglio 1999³⁸, sia quella riparatrice di lesioni inferte a posizioni di interesse legittimo, le quali – già risarcibili nei rapporti tra privati³⁹ - lo sono diventate anche a fronte

delle figure tradizionali e dei confini tra le situazioni giuridiche soggettive, è rappresentata da BENVENUTI, *Interpretazione ... cit.*, pagg. 212-213.

³⁶ In termini generali, costituiscono oggi patrimonio comune e condiviso gli insegnamenti di ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954 e di ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Padova, 1996 circa il ruolo dell'amministrazione nella Costituzione al di là del tenore delle singole disposizioni che se ne occupano e di BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966 in ordine all'incidenza dei valori costituzionali anche sui tradizionali istituti processuali. Per gli ulteriori riferimenti dottrinali che hanno progressivamente condotto a una più moderna e adeguata collocazione della funzione amministrativa nell'ambito della Costituzione e con riferimento all'impegnativo compito di *servizio* che questa (quotidianamente) assegna alla Repubblica sia consentito rinviare a G. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*, Napoli, 2003.

³⁷ Con riferimento all'eterogeneità delle ipotesi che confluiscono nella tematica del risarcimento dei danni da parte della pubblica amministrazione F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità*, in www.giustamm.it n. 7/09, discorrendo di *effetti inintenzionali*, rileva come nel dibattito dottrinale e nei precedenti giurisprudenziali il tema del risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo è stato considerato sovente in maniera globale, senza porre distinzioni che viceversa potevano essere cruciali, cosicché all'interno di esso non sempre si sono adeguatamente isolati quei casi nei quali il danno, benché vagamente ed empiricamente collegato ad un procedimento amministrativo, risultava provocato da un comportamento dell'amministrazione e senza che vi fosse una correlazione diretta tra efficacia del provvedimento amministrativo e *deminutio patrimonii*.

³⁸ Corte di Cassazione S.U. 22.7.99 n. 500, in *Guida al diritto*, n. 31, pagg. 36 e ss. Per una dettagliata ricognizione dei numerosissimi commenti a tale fondamentale decisione cfr. CARANTA, *Margini di apprezzamento e responsabilità della pubblica amministrazione*, in *La tutela dell'interesse ... cit.*, pagg. 290-291 nota 2.

³⁹ Sull'interesse legittimo in diritto privato cfr. BIGLIAZZI-GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967. Con riferimento alla sua risarcibilità cfr. PINOTTI, *La risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo di diritto privato*, in *Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi*, Atti del XLIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1998, pagg. 163 e ss., che significativamente ritiene (pag. 222) che l'interesse legittimo in diritto privato possa avere soprattutto in prospettiva un suo valore anche in funzione dell'atto illecito, contribuendo ad arricchire e rendere funzionale ad assetti redistributivi e obiettivi solidaristici, nel rispetto del principio di uguaglianza, l'istituto della responsabilità civile.

dell'esercizio della funzione amministrativa quando questa, pur connotata da discrezionalità, illegittimamente sottrae o non attribuisce beni della vita ai suoi destinatari. Tale prospettiva di indagine ha anche trovato l'avallo della Corte Costituzionale che (sentenza n. 204/04) ha appunto precisato che il risarcimento dei danni affidato, nell'ambito della sua giurisdizione, al giudice amministrativo con la legge n. 205/00 non costituisce una nuova materia di giurisdizione esclusiva, ma completamento delle forme di tutela che oggi l'ordinamento può e deve assicurare (anche) all'interesse legittimo.

Si dà poi per definitivamente acquisita la natura sostanziale dell'interesse legittimo, poiché – pur riconoscendone (in prospettiva storica) l'utilità garantistica per il privato – possono ritenersi definitivamente superate sia la teorica dell'interesse occasionalmente protetto, sia la dimensione esclusivamente processuale della situazione giuridica di cui si discute⁴⁰.

Del resto, la preesistenza dell'interesse legittimo⁴¹ rispetto al provvedimento e al processo e la sua considerazione diretta e non occasionale nelle norme che si occupano della funzione amministrativa hanno trovato conferma e (per certi versi ancora inespresso) sviluppo nella legge n. 241/90 e nel nuovo modo di fare amministrazione che essa sottende nei suoi diversi capi, che delineano una relazione costante tra amministrazione e persone nella quale la giuridicità delle seconde vive e si esprime indipendentemente dalle procedure e dagli atti posti in essere dalla prima.

In altri termini, in coerenza con l'impianto costituzionale, la giuridicità della persona precede l'esercizio della funzione amministrativa, che solidaristicamente orientata alla soddisfazione dei bisogni si confronta (e scontra) con diritti e interessi (legittimi) ben prima che si materializzi in decisione.

L'interesse legittimo è dunque situazione giuridica sostanziale, proiezione della giuridicità della persona e strumento di *dialogo* con la funzione autoritativa, che si manifesta nel procedimento, al quale comunque logicamente preesiste.

Su queste premesse, si deve innanzitutto rilevare che l'asserita immanenza dell'interesse legittimo alla persona e dunque la sua preesistenza rispetto alla funzione amministrativa consente (almeno in astratto) di affermarne la disponibilità⁴².

SCOCA, *Contributo sulla figura ... cit.*, pag. 48, discorrendo della irrisarcibilità (all'epoca) dell'interesse legittimo, frutto anche della "concezione metafisica dell'autorità", segnala come la giurisprudenza "non dubita della risarcibilità dei danni quando la violazione riguarda non interessi legittimi correlati a poteri pubblici ma interessi legittimi correlati a poteri privati."

⁴⁰ Sulle vicende storiche e sulla evoluzione della figura – definita da NIGRO "uno dei più grossi rompicapo della teoria generale del diritto" e considerata da BERTI, *La responsabilità pubblica. Costituzione e amministrazione*, Padova, 1994, pag. 162, "ambigua, bifronte, ma di forza suggestiva e irrefrenabile" – cfr. SCOCA, *Contributo ... cit.*, pagg. 9 e ss., nonché M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963 (parte I) e 1964 (parte II e III), in part. parte II, pagg. 16 e ss., dove colpisce anche lo stupore manifestato dal insigne Maestro per la fortuna ricevuta dalla teorica dell'interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto.

⁴¹ Sulla natura sostanziale dell'interesse legittimo anche alla luce dell'impianto costituzionale cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa ... cit.*, pagg. 16 e ss.

⁴² Il tema delle rinunciabilità dell'interesse legittimo si è ciclicamente riproposto. Come ricorda MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo*.

Naturalmente, in concreto l'interesse legittimo si manifesta nel corso dell'esercizio della funzione amministrativa e dunque occorre ora occuparsi della sua consistenza per verificare – come ci si propone – se la sua risarcibilità postuli o meno la necessaria attivazione della tutela di annullamento.

Affermata la natura sostanziale dell'interesse legittimo, con la dottrina anche precedente alla legge n. 241/90⁴³ va poi valorizzata la componente relazionale e pretensiva di detta situazione giuridica soggettiva, che ne pone in rilievo la tensione diretta con il bene della vita oggetto di potere, la cui giuridicità è incisivamente segnalata dall'individuazione in capo all'amministrazione di obblighi di comportamento appositamente orientati (non tanto e non solo al rispetto astratto della legge⁴⁴, ma) alla soddisfazione dell'interesse legittimo dello specifico individuo che ne sia titolare.

In tal modo, l'interesse legittimo non si trasforma in diritto soggettivo, poiché la sua soddisfazione non è sempre e necessariamente anche soddisfazione (in termini di conservazione o di acquisizione) del bene della vita coinvolto e interessato dall'esercizio della funzione, ma – anche a prescindere dalla esatta collocazione che a detto bene si dà all'interno della nozione di interesse legittimo⁴⁵ - non

Vicende dell'interesse legittimo, Napoli, 1979, su cui infra, l'irrinunciabilità dell'interesse legittimo è stata sostenuta (SANDULLI) in quanto situazione tutelata anche nell'interesse pubblico, per cui potrebbe essere dismesso solo il diritto, a tale situazione correlato, contro i provvedimenti di essa lesivi. Di recente, l'irrinunciabilità dell'interesse legittimo è stata sostenuta da PAOLANTONIO, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, pagg. 176 e ss., in ragione della sua funzionalizzazione alla legalità risultato.

⁴³ Ci si riferisce a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, pagg. 127-128, per il quale l'interesse legittimo è la posizione di vantaggio fatta a un soggetto dall'ordinamento in ordine a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene; a MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ... cit.*, pag. 93, per il quale l'interesse legittimo è la posizione di vantaggio, attribuita ad un soggetto dall'ordinamento riguardo a un bene oggetto di potere amministrativo e consistente nel conferimento al soggetto stesso di poteri atti ad influire sul corretto esercizio del potere e in particolare sulla adeguata presa in considerazione da parte di quest'ultimo del proprio interesse al bene, in modo da rendere possibile la realizzazione di detto interesse; a IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato giurisdizionale sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, nonché *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989, che (conducendo a ulteriori sviluppi - nella dialettica con il *potere* - la definizione elaborata da NIGRO e incisivamente ripresa da MARRAMA) ha ravvisato nell'interesse legittimo *la situazione di vantaggio riconosciuta al soggetto dall'ordinamento riguardo a un bene oggetto di potere, consistente nella pretesa – cui corrisponde un obbligo specifico gravante sul titolare del potere in correlazione con l'interesse protetto come legittimo – ad una completa e adeguata presa in considerazione dell'interesse in funzione della sua realizzazione*.

⁴⁴ Per la dottrina in argomento, da MIELE a L. FERRARA (al quale si imputa di riproporre la teorica dell'interesse alla legittimità ancorché modernamente riferito al risultato) cfr. PAOLANTONIO, *Contributo ... cit.*, pagg. 179 e ss.

⁴⁵ E' nota in argomento la posizione di COCA, *Risarcibilità ... cit.*, pag. 33, per il quale "sembra più rigoroso escludere che l'interesse al bene della vita possa essere considerato elemento della nozione di interesse legittimo; la sua soddisfazione è piuttosto lo scopo della titolarità e dell'esercizio dell'interesse legittimo, ed è pertanto esterna rispetto alla sua definizione." Particolare attenzione, anche da un punto di vista dogmatico, al ruolo che spetta all'interesse materiale nell'ambito della nozione di interesse legittimo è posta da BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica ... cit.*, che si chiede (pag. 251) come – una volta espunto l'interesse materiale dalla

sfugge l'utilità di poter cogliere uno specifico *rapporto giuridico obbligatorio* tra funzione amministrativa e interesse legittimo e di conservare alla figura quella duttilità necessariamente connessa con la relazione con il "potere" che ne esalta la (collaudata) idoneità a dar fiato e voce ai dettagli della vita.⁴⁶

Su queste basi, occorre ora occuparsi delle vicende dell'interesse legittimo, per verificare se queste postulino una tutela della figura che non ne ammette l'autonoma risarcibilità.

A questo proposito, come in altra occasione rilevato⁴⁷, attuale è il contributo di Marrama che [afferma la natura sostanziale dell'interesse legittimo⁴⁸ e sottolinea la rilevanza dell'interesse materiale (essendo riduttivo il rilievo del mero interesse alla legittimità)⁴⁹] specificamente si è occupato di due vicende dell'interesse legittimo (la rinuncia all'impugnazione e l'acquiescenza al provvedimento amministrativo), pervenendo a conclusioni delle quali è d'uopo sinteticamente dar conto.

Per quel che qui interessa, emerge dallo studio di Marrana: che la rinuncia globale al potere di impugnazione estingue definitivamente qualsiasi possibilità di far valere in sede giurisdizionale la lesione dell'interesse prodotta dall'atto amministrativo⁵⁰; che pertanto la rinuncia globale all'impugnativa di un provvedimento amministrativo si sostanzia in un negozio unilaterale avente ad oggetto il potere di impugnazione che viene da questa estinto ed alla cui estinzione si accompagna il venir meno anche dell'interesse legittimo⁵¹; che l'acquiescenza si differenzia dalla rinuncia al diritto di impugnazione, poichè la prima quale atto di accettazione esprime un intento sostanzialmente adesivo nei

struttura intrinseca dell'interesse legittimo – sia possibile sostenerne ancora la natura sostanziale e ritiene (pag. 256) che dall'esame dell'ordinamento è possibile evincere che l'interesse materiale è elemento della nozione di interesse legittimo, estendendo l'interpretazione ermeneutica dai singoli enunciati al sistema e registrando l'intreccio degli enunciati attributivi del potere con quelli di natura privatistica attributivi di valori e chance, destinate a divenire oggetto di attenzione nell'ipotesi di danno e lesione. Su queste basi, Egli propone (pagg. 268-269) di considerare l'interesse legittimo in un'ottica sostanziale, rimarcando in modo particolare i profili normativi della figura e la stretta relazione con l'interesse materiale, sottolineando come la concezione dell'interesse legittimo fortemente marcata in senso sostanziale postula la centralità dell'interesse materiale, che appartiene (pag. 271) a pieno titolo all'interesse legittimo quale istituto di diritto sostanziale funzionale rispetto all'interesse al corretto esercizio della funzione amministrativa.

⁴⁶ Significativo sotto questo aspetto è quanto evidenzia BENVENUTI, *Interpretazione ... cit.*, pagg. 260-261, per il quale l'identificazione della figura dell'interesse legittimo presuppone una articolata attività interpretativa, che per un verso è il prodotto di una complessa attività valutativa non riducibile alla mera sussunzione di una singola fattispecie in una norma d'azione, per altro verso comporta valutazioni caso per caso, perché l'interesse legittimo non è predeterminabile una volta per tutte.

⁴⁷ G. SORRENTINO, *Vicende dell'interesse legittimo e pregiudizialità amministrativa*, in Studi in memoria del prof. Roberto Marrama in corso di pubblicazione.

⁴⁸ MARRAMA, *Rinuncia ... cit.*, pag. 83 e ss. e in part. pag. 93 dove è sottolineata la centralità dell'interesse al bene in funzione della sua realizzazione.

⁴⁹ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 89

⁵⁰ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 75

⁵¹ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 106

confronti del provvedimento⁵², esplicando una funzione diversa e comunque assorbente rispetto a quella meramente negativa della rinuncia, con una efficacia più estesa della semplice perdita del diritto di impugnazione⁵³; che l'acquiescenza necessita di un pregiudizio⁵⁴ e si configura come accettazione della disciplina sfavorevole del provvedimento, presupponendo in particolare il pregiudizio di un interesse materiale che assurga a interesse legittimo inteso quale interesse alla disciplina favorevole; che conseguentemente l'accettazione dell'atto sfavorevole e cioè l'acquiescenza equivale e si sostanzia nella rinuncia all'interesse legittimo⁵⁵; che in tal modo trova soluzione una importante questione di ordine dogmatico, quella dell'autonoma rinunciabilità della situazione soggettiva di interesse legittimo⁵⁶; che acquiescenza al provvedimento e rinuncia al potere di impugnazione sono figure autonome, pur nell'unitarietà degli effetti: nell'acquiescenza l'intento dismissivo è proiettato in direzione dell'interesse legittimo, rispetto al cui abbandono il venir meno del potere di impugnazione si pone come effetto (meramente) consequenziale, nella rinuncia al potere di impugnazione invece l'intento è proiettato verso quest'ultimo potere di modo che è la perdita dell'interesse legittimo a porsi come effetto mediato e riflesso⁵⁷; che pertanto l'acquiescenza al provvedimento rappresenta l'unica manifestazione possibile di rinuncia all'interesse legittimo⁵⁸

5. Acquiescenza al provvedimento, rinuncia all'impugnazione e (non necessarietà della) pregiudizialità amministrativa.

L'acquiescenza al provvedimento si distingue, dunque, ontologicamente dalla rinuncia all'impugnazione, si sostanzia nell'accettazione del pregiudizio recato dall'atto e costituisce l'unica possibile manifestazione di rinuncia dell'interesse legittimo.

Consequentemente e *a contrario*, la rinuncia all'impugnazione, in sé considerata, non equivale ad accettazione del pregiudizio e non costituisce diretta manifestazione di rinuncia all'interesse legittimo.

⁵² MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 116, dove in nota (19) si ricordano i primi contributi della dottrina (MALINVERNO, LA TORRE, ROEHRSEN) che sul finire degli anni '30 e l'inizio degli anni '40, ripensando all'acquiescenza, ne elaborò la configurazione come atto di adesione al provvedimento.

⁵³ MARRAMA, *Rinuncia ... cit.*, pagg. 118-119, con richiamo a GIANNINI, *Acquiescenza (dir. amm.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. I, Milano, 1958, pagg. 506 e ss., circa l'efficacia più estesa dell'acquiescenza rispetto alla semplice perdita del diritto di impugnazione.

⁵⁴ MARRAMA, *Rinuncia ... cit.*, pag. 129.

⁵⁵ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 134, con richiami in nota (55) alla dottrina (GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, VIRGA, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo*, Palermo, 1948, GIOVENCO, *Notazioni in tema di acquiescenza al provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1959, pagg. 861-862, STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità cit.*) che assume che "l'acquiescenza comporti la rinuncia alla situazione soggettiva sostanziale di cui il privato è titolare nella specie e quindi anche all'interesse legittimo." Per FERRARI, voce *Acquiescenza (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1999, pagg. 78 e ss., si rinviene nell'acquiescenza un elemento attivo ulteriore rispetto alla mera volontà dismissiva propria della rinuncia.

⁵⁶ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 135.

⁵⁷ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 137.

⁵⁸ MARRAMA, *Op. cit.*, pag. 148.

Tali assunti teorici assumono rilievo per affermare in termini di dogmatica se sia o meno possibile l'attivazione della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo in assenza della domanda di annullamento.

E' infatti evidente che se la mancata impugnazione del provvedimento lesivo non costituisce accettazione del pregiudizio da questo prodotto e non comporta rinuncia all'interesse legittimo, deve coerentemente ritenersi che la mancata richiesta di tutela costitutiva in sé considerata non impedisce l'autonoma attivazione della tutela risarcitoria, non avendo il suo titolare né rinunciato all'interesse legittimo, né accettato il pregiudizio subito per la sua lesione.

Tale conclusione non è tuttavia ancora risolutiva della verifica che ci si è proposti, dovendosi tener conto anche dell'altro assunto emergente dal lavoro di Marrama, secondo il quale la rinuncia al potere di impugnazione, ancorché in via mediata, determina comunque il venir meno dell'interesse legittimo; secondo tale evenienza infatti sarebbe (altrettanto) agevole ritenere che se l'interesse legittimo (ancorché non rinunciato) viene in ogni caso meno in conseguenza della mancata impugnazione del provvedimento lesivo se ne deve escludere la possibilità di una autonoma tutela risarcitoria, contrastata appunto dalla negata ultrattività della posizione giuridica oggetto di ristoro.

In altri termini, se l'interesse legittimo viene meno a causa della rinuncia al potere di impugnazione, finisce per essere nella natura stessa di detta situazione giuridica che la richiesta di tutela costitutiva si atteggi a *condicio sine qua non* per l'accesso alla tutela risarcitoria per equivalente.

Senonché, se è vero che acquiescenza all'atto e rinuncia all'impugnazione sono figure ontologicamente distinte, oggi che l'interesse legittimo certamente usufruisce (anche) di tutela risarcitoria può dubitarsi del venir meno dell'interesse legittimo per effetto della mera rinuncia al potere di impugnazione.

Ed infatti, la rinuncia all'impugnazione, estinguendo in via diretta il potere di impugnazione (e non altro) produrrà certamente il venir meno della possibilità di ottenere in sede giurisdizionale quelle utilità relative al bene della vita oggetto di potere amministrativo che il titolare dell'interesse legittimo avrebbe potuto conseguire attraverso l'impugnazione dell'atto e dunque con l'attivazione della tutela costitutiva alla quale ha rinunciato. Essa, però, in via diretta non produce l'estinzione dell'interesse legittimo, che nell'attuale contesto ordinamentale è assistito (in presenza di determinate condizioni, sulla quali qui non occorre indugiare) anche di tutela risarcitoria, rispetto alla quale è solo l'acquiescenza che è in grado di determinare la rinuncia dell'interesse legittimo.

In altri termini, ammessa la risarcibilità dell'interesse legittimo, rinuncia all'impugnazione e acquiescenza al provvedimento si presentano come categorie distinte non solo ontologicamente, ma anche sul piano degli effetti, poiché mentre la seconda (acquiescenza) costituisce manifestazione di rinuncia all'interesse legittimo e – quale accettazione del pregiudizio – produce il venir meno tanto della tutela costitutiva, quanto di quella risarcitoria, la prima (rinuncia all'impugnazione) determina soltanto l'estinzione del potere di impugnazione e con esso della tutela costitutiva e lascia (quantomeno nell'*an*) immutata la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, poiché a detta situazione giuridica (sostanziale) di vantaggio - in assenza di accettazione del pregiudizio – non si è

rinunciato ed è dunque ancora consentita quella forma di tutela per equivalente (e appunto risarcitoria) diversa e ulteriore rispetto alla tutela di annullamento.

Pertanto, l'analisi delle vicende dell'interesse legittimo consente di ritenere che la natura di detta situazione giuridica sostanziale di vantaggio non impone di configurare la (richiesta di) tutela costitutiva quale *condicio sine qua non* della tutela risarcitoria, potendo il titolare dell'interesse legittimo tanto attivare la tutela costitutiva e con (o dopo di) essa quella risarcitoria, tanto decidere – dopo la rinuncia all'impugnazione (e in assenza di rinuncia all'interesse legittimo che consegue solo all'accettazione del pregiudizio) – di attivare nei termini, che allo stato sembrano essere quelli di prescrizione⁵⁹, la sola tutela risarcitoria.

6. *La centralità della concreta meritevolezza della situazione giuridica fatta valere nel(l'autonomo) giudizio amministrativo di risarcimento.*

Le considerazioni fin qui svolte consentono dunque di ritenere che la pregiudizialità amministrativa non è esigenza di sistema e non è nemmeno corollario necessario della natura dell'interesse legittimo.

Tale conclusione - assunta dalle Sezioni Unite a rango di principio di diritto – finisce per avere interessanti implicazioni di ordine processuale, aprendo la strada a un giudizio di risarcimento che trova significativo momento di qualificazione nella verifica della concreta meritevolezza della posizione giuridica che pretende tutela a fronte dell'esercizio della funzione amministrativa⁶⁰, e ciò sia con riferimento agli interessi legittimi pretesivi, sia in relazione agli interessi legittimi oppositivi. E segnatamente:

a. Giudizio di risarcimento e interessi legittimi pretesivi. Con riferimento agli interessi legittimi pretesivi la costruzione del giudizio risarcitorio quale processo direttamente teso alla tutela di beni della vita coinvolti nell'esercizio della funzione amministrativa si radica già nella nota decisione dell'Adunanza Plenaria

⁵⁹ In tal senso – per quanto specificamente riferita al *diritto* al risarcimento del danno per inosservanza del termine di conclusione del procedimento – depone anche la recentissima previsione introdotta con l'art. 2 bis l. 241/90 che fissa appunto in 5 anni il termine (espressamente qualificato) di prescrizione per far valere il risarcimento dei danni. In giurisprudenza anche di recente (Tar Puglia – Bari, III, 13.5.09 n. 1139, in www.giustizia-amministrativa.it) si è affermata la natura contrattuale (*da contatto* sociale qualificato) della responsabilità dell'amministrazione, alla quale dovrebbe conseguire la possibilità per il danneggiato di avvalersi del termine di prescrizione decennale.

⁶⁰ Tale verifica appare tanto più opportuna nell'attuale contesto, nel quale - convivendo innanzi al giudice amministrativo tecniche di tutela differenziate (il rito abbreviato di cognizione, i riti accelerati ex art. 23 bis l. TAR ed ex art. 20 d.l. 185/08, il rito speciale sul silenzio, quello in materia di accesso, il giudizio in materia di operazioni elettorali) – si avverte l'esigenza (testimoniata anche dalla delega di cui al citato art. 44 l. 69/09) di ritrovare e affermare elementi di sintesi per il giudice *naturale* di una funzione amministrativa, che – come il suo processo - pur conservando la sua specificità istituzionale, con sempre maggiore difficoltà si identifica con un'immagine unificante di amministrazione pubblica. F. CINTIOLI, *Il processo ... cit.*, nel delineare i caratteri del processo amministrativo risarcitorio in assenza di pregiudizialità, ravvisandone il fondamento positivo negli artt. 4 e 5 della legge 2248/1865 all. E, ritiene invece che detto processo non darà luogo a un giudizio sulla funzione e/o sul potere amministrativo.

del Consiglio di Stato n. 7 del 2005⁶¹, che ha elevato la spettanza del bene della vita a *condicio sine qua non* ai fini della ricorrenza dell'ingiustizia del danno.

Orbene, in un siffatto giudizio, in assenza di pregiudizialità amministrativa, la stessa amministrazione, chiamata a rispondere del danno ingiusto procurato al ricorrente, per escludere la fondatezza della posizione alla quale resiste potrebbe mettere in discussione le sue precedenti determinazioni senza ritenersi a queste ineluttabilmente vincolata.

Come in altra occasione osservato, si pensi all'ipotesi in cui una ditta, illegittimamente ammessa a una gara, si sia classificata seconda in graduatoria e, lamentando l'illegittimità dell'aggiudicazione ad altra ditta, abbia chiamato in giudizio l'amministrazione per il ristoro dei danni che essa assume di aver subito a causa della mancata aggiudicazione in suo favore. In tale evenienza, nella logica della pregiudizialità necessaria, intervenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, nel correlato giudizio risarcitorio non sembra ragionevolmente possibile mettere in discussione (la legittimità del)l'ammissione alla gara. Diversamente, in assenza di pregiudizialità, i singoli atti (ammissione, non aggiudicazione, ecc.) ancorché inoppugnati non definiscono in maniera irretrattabile⁶² specifici assetti di interessi e dunque – assumendo specifico rilievo nel giudizio risarcitorio il grado di fondatezza delle aspettative e delle correlative pretese che costituiscono la materia dello specifico rapporto di diritto amministrativo *sub iudice* - deve ammettersi che la stessa amministrazione possa difendersi e resistere alla pretesa risarcitoria anche contestando la legittimità del proprio precedente operato con riferimento all'ammissione alla gara della ditta che lamenta l'ingiustizia del danno.

Secondo questa prospettazione, dunque, l'atto da un lato non sbarrò il passo all'esigenza – ben presente nei giudizi risarcitori e del resto implicitamente testimoniata anche dalla “rete di contenimento” *tessuta* in questi anni – che il giudice amministrativo possa e debba apprezzare tutti gli aspetti del *rapporto controverso* per valutare la spettanza del bene della vita (e con essa la sussistenza dell'ingiustizia del danno nella quale va ravvisato l'elemento costitutivo fondamentale dell'illecito); dall'altro non vincola irrimediabilmente l'amministrazione e non impedisce a questa di avvalersi di tutte le possibilità di difesa utilizzabili secondo le peculiarità delle singole fattispecie concrete.

b. Giudizio di risarcimento e interessi legittimi oppositivi.

⁶¹ Ad Plen. Cons. St. 15 settembre 2005 n. 7 in *Foro it.*, III, pagg. 1 e ss. con nota di G. SIGISMONDI; l'indispensabilità di una favorevole prognosi in termini di spettanza del bene della vita “risarcito” per equivalente con riferimento agli interessi pretensivi è stata di recente significativamente ribadita sia da Ad. Plen Cons. St. n. 13 del 3 dicembre 2008, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/09, pagg. 147 e ss., con nota di F. DE LEONARDIS, *Sui presupposti del risarcimento del danno per lesione di interesse pretensivo*, che vede in detta pronuncia (laddove richiede la probabilità della spettanza del bene e non già la certezza) un avanzamento nella direzione dell'estensione dell'area del danno risarcibile; sia da Cass. civ. Sez. I, 6 febbraio 2009 n. 2991, in www.lexitalia.it, n. 3/09.

⁶² Salva naturalmente la possibilità di autotutela, il cui esercizio sarebbe tuttavia quantomeno sospetto, oltre che verosimilmente inutile, se correlato al tentativo dell'amministrazione di sottrarsi alla responsabilità per danni

Tali considerazioni mostrano una loro consistenza anche con riferimento agli interessi legittimi oppostivi.

Benvero, con riferimento a questi ultimi⁶³ sembrano sussistere almeno due distinte controindicazioni che rendono problematica l'evoluzione in termini di spettanza del relativo giudizio risarcitorio e incerto l'abbandono della pregiudizialità amministrativa.

Sotto il primo aspetto viene in rilievo la possibilità di prescindere ai fini della loro tutela (anche risarcitoria) dal giudizio prognostico di meritevolezza in ordine alla spettanza del bene della vita, in ragione della sua previa appartenenza al ricorrente medesimo.

Quanto al secondo profilo, va invece considerato il possibile configurarsi della pregiudizialità – come sostenuto da dottrina autorevole⁶⁴ - quale *condicio sine qua non* perché possa riemergere il diritto possibile oggetto di tutela risarcitoria.

A me pare tuttavia che l'uno e l'altro aspetto non impediscano di estendere al giudizio di risarcimento (per equivalente) a tutela di interessi oppostivi la predicata rilevanza (giuridica) del giudizio prognostico circa la meritevolezza della situazione giuridica soggettiva oggetto di tutela.

Ed infatti, per quanto gli interessi oppostivi siano caratterizzati dalla previa appartenenza del bene al ricorrente e dunque aspirino alla sua conservazione in capo a un soggetto che è già in grado di disporne e di fruirne, rispetto all'esercizio della funzione amministrativa quale *servizio* finalisticamente e costituzionalmente orientato alla distribuzione di beni e utilità concrete⁶⁵ interesse legittimo

⁶³ Diversa – com'è noto – è la posizione della giurisprudenza (sia amministrativa che ordinaria) con riferimento agli interessi oppostivi, in relazione ai quali l'insuperabilità allo stato di una diversità di tutela rispetto agli interessi legittimi pretensivi è evidenziata da E. FOLLIERI, *La diversa tutela risarcitoria degli interessi legittimi oppostivi e pretensivi*, nota a Cass. III, 10 febbraio 2005 n. 2705, in *Urb. e app.*, 2005, pagg. 922 e ss., (ma si veda anche *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, pagg. 18 e ss.). E' tuttavia utile ricordare che già all'indomani della sentenza n. 500/99 (che pure sottolinea la differenza di tutela risarcitoria tra interessi oppostivi e pretensivi) F.G. COCA, *Risarcibilità ... cit.*, pagg. 18 e 37 non mancava di evidenziare il mutamento di prospettiva comunque sotteso a quella sentenza in ordine alla risarcibilità non già del diritto soggettivo risorto ma direttamente dell'interesse legittimo oppostivo. Dell'illustre Autore si veda tuttavia il recente saggio *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, pagg. 1 e ss., nel quale l'azione risarcitoria viene collegata direttamente a garanzia e tutela del diritto colpito dal provvedimento illegittimo, non venendo in rilievo alcun interesse legittimo e configurandosi quella del giudice amministrativo – a dispetto di corte cost. 204/04 – quale nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva giustificata dalla necessità, costituzionalmente fondata e apprezzabile, della concentrazione della tutela.

⁶⁴ In tal senso C. CONSOLO, *Piccolo discorso ... cit.*, pagg. 660 e ss., che ritiene ineluttabile la pregiudizialità amministrativa con riferimento agli interessi oppostivi, in relazione ai quali l'Autore, riproponendo in argomento l'impostazione dei grandi processualisti degli anni cinquanta, ritiene si sia in presenza di una *azione costitutiva di annullamento*, il cui mancato esercizio nel termine di decadenza determina l'impossibilità della tutela risarcitoria per l'assenza della "resurrezione" del diritto "affievolito".

⁶⁵ Funzione la cui missione, anche costituzionale, è innanzitutto quella di assicurare a ciascuno ciò che effettivamente spetta (per tutti, L. IANNOTTA, da ultimo in *L'interesse legittimo ... cit.*) nell'esercizio quotidiano di una solidarietà che se, da un lato, esalta e non affievolisce l'interesse legittimo, dall'altro, ragionevolmente induce alla massima cautela allorquando la protezione della

oppositivo e interesse legittimo pretensivo, per la loro piena e integrale tutela, richiedono entrambi un giudizio prognostico in termini di meritevolezza circa la spettanza o meno (sub specie di conservazione, ovvero di acquisizione) di uno specifico bene della vita.

E se ciò trova riscontro normativo nel giudizio c.d. di legittimità, nel quale la previsione di cui al comma 2 dell'art. 21 octies l. 241/90 mostra potenzialità applicative indipendentemente dalla tipologia dell'interesse legittimo, è utile sottolineare che - come confermano anche talune pronunce del giudice amministrativo - è proprio nel giudizio risarcitorio che la necessità del riferito giudizio prognostico di meritevolezza (anche degli interessi oppositivi) può dar luogo a utili applicazioni.

Come in altra occasione osservato⁶⁶, si pensi al caso deciso dal TAR Campania IV, con sentenza 12 aprile 2005 n. 3780⁶⁷, con riferimento ad un'ordinanza di demolizione di opera abusiva emanata dal sindaco e non dal dirigente: annullato per incompetenza l'atto impugnato, il TAR - richiamando l'interessante precedente della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 1261/04 - ha significativamente rigettato la domanda di risarcimento in ragione della correttezza sostanziale del provvedimento pur annullato, affermando (sull'espresso presupposto che il dirigente avrebbe potuto emanare *ora per allora* una nuova ordinanza di demolizione di contenuto analogo a quella annullata per incompetenza del sindaco) che anche rispetto agli interessi oppositivi il danno può definirsi ingiusto, e quindi risarcibile, solo quando l'interesse al bene risulti in concreto meritevole di tutela.

Anche ai fini del giudizio di risarcimento di interessi legittimi oppositivi dunque la prognosi sulla (meritevolezza della conservazione e dunque sulla) spettanza del bene *sub iudice* costituisce elemento processuale essenziale che finisce per orientare tanto il giudice quanto le parti.⁶⁸

tutela c.d. di base (sub specie di conservazione o di acquisizione di beni della vita) si converte in tutela per equivalente pecuniario, condividendosi in proposito le perplessità espresse da F. LIGUORI, *Caratteri della funzione amministrativa e norme sulla responsabilità*, in *Dir. e soc.*, 2004, pag. 492 con riferimento alle posizioni di coloro [G.D. COMPORI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona e Amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni.*, AA.VV. (a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE), Torino, 2004 pag. 41, F.P. LUISO, *Pretese risarcitorie verso la pubblica amministrazione tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, pag. 53] che sembrano facilmente abituarsi alla "monetizzazione" dell'esercizio della funzione amministrativa.

⁶⁶ G. SORRENTINO, *Appunti sul giudizio risarcitorio di spettanza (il rilievo della funzione oltre la pregiudizialità dell'atto)*, in *Studi in memoria del prof. Francesco Pugliese* in corso di pubblicazione.

⁶⁷ In TAR 2005, pagg. 361 e ss., nonché in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/05, pagg. 1070 e ss., con nota di A. PIOGGIA, *La strumentalità della domanda di annullamento rispetto al risarcimento e vizio di incompetenza*.

⁶⁸ Significativa sotto questo aspetto è anche la recente sentenza 14 gennaio 2009 n. 48 del TAR Puglia Bari Sez. III, in www.lexitalia.it, secondo la quale non può essere accolta una domanda di risarcimento dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi e in particolare dall'annullamento d'ufficio disposto dalla Regione di una concessione edilizia rilasciata per la realizzazione di un impianto produttivo, dalla mancata realizzazione dell'impianto nel termine previsto, e dalla perdita, per tale ragione, delle relative incentivazioni economiche pubbliche, nel caso in cui, pur in presenza dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di autotutela per tardività dello

Ed infatti, nonostante la previa appartenenza del bene al ricorrente, l'ingiustizia del danno e quindi l'elemento costitutivo dell'illecito non si correla alla mera sottrazione del bene mediante un atto in ipotesi illegittimo, ma - nella logica di una funzione che non si esaurisce nei suoi singoli atti - deve correlarsi alla meritevolezza o meno della spettanza del bene medesimo in capo al ricorrente in termini di conservazione e dunque alla (verifica della) impossibilità per l'amministrazione di privarne legittimamente il titolare (anche a prescindere dai contenuti specifici degli atti in concreto emanati).

Si pensi ad esempio all'ipotesi - invero ancora frequente - di annullamento giurisdizionale per difetto di motivazione⁶⁹ di provvedimenti che incidono su interessi oppositivi, nella quale - com'è noto - l'amministrazione normalmente conserva il potere di rideterminarsi legittimamente e dunque di sottrarre al ricorrente il bene della vita coinvolto nell'esercizio della funzione; in tale evenienza, se la responsabilità patrimoniale dell'amministrazione - secondo l'orientamento allo stato prevalente - viene collegata alla indebita compromissione di posizioni giuridiche meritevoli, piuttosto che alla inosservanza di regole e obblighi formali (per i quali più appropriata appare la soluzione indennitaria a *forfait*⁷⁰) può e deve ammettersi che, pur in presenza di un annullamento giurisdizionale (fermi gli effetti eliminatorio e ripristinatorio della sentenza), l'accertamento della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione per la sottrazione del bene nelle more intervenuta richieda, ai fini della verifica dell'ingiustizia del danno, un accertamento specifico in ordine all'impossibilità per l'amministrazione medesima di acquisire il bene anche emendando il vizio di motivazione e dunque postula una pronuncia direttamente orientata a decidere

stesso, il danno subito dall'istante sia causalmente determinato da un comportamento ascrivibile unicamente al soggetto danneggiato e cioè alla decisione di tale soggetto di ubicare l'impianto in zona urbanisticamente incompatibile secondo il p.r.g. e ciò in forza del principio secondo cui colui che si pone volontariamente in una situazione illecita si deve far carico delle conseguenze che da essa derivano. Nella fattispecie infatti il ricorrente ha ottenuto l'annullamento del provvedimento di autotutela della concessione edilizia (e dunque vedeva conformata la propria posizione da un titolo edilizio non caducato), ma l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di autotutela, disposto per tardività rispetto al termine di legge, non ha precluso l'accertamento della legittimità del predetto titolo e dunque non ha impedito al giudice amministrativo di negare il risarcimento per mancanza del nesso di causalità, dovendosi imputare innanzitutto al ricorrente medesimo (che ha individuato per l'iniziativa un'area urbanisticamente incompatibile) l'accertata illegittimità della pur non caducata concessione edilizia. Testimonia ancora l'avvertita esigenza del giudice amministrativo di spingersi all'esame dell'intero rapporto portato alla sua cognizione in sede di giudizio di risarcimento Cons. St. V, 7 ottobre 2008 n. 4812, in www.giustamm.it n. 10/08, che nel delibare (per poi escludere) la sussistenza della responsabilità dell'amministrazione ha proceduto all'esame anche delle doglianze dichiarate assorbite dal giudice di primo grado e all'uopo riproposte dall'appellante a maggiore dimostrazione della sussistenza dell'elemento psicologico dell'(asserito) illecito.

⁶⁹ Sulla rilevanza "processuale" della motivazione, della sua mancanza e dei suoi vizi, cfr. G. TROPEA, *La c.d. motivazione successiva tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.* 2003, pagg. 531 e ss. che propone una interessante ricognizione dello stato dell'arte nell'assetto legislativo precedente alla l. 15/05.

⁷⁰ Secondo quanto previsto dall'art. 17 comma 1 lett. f) l. 59/97, che tuttavia - com'è noto - è rimasto inattuato per mancato esercizio della delega legislativa.

sulla meritevolezza intrinseca della posizione giuridica oggetto di tutela a prescindere da quanto espresso nei singoli atti amministrativi.

E così si immagini una procedura espropriativa legittimamente condotta quanto alla dichiarazione di pubblica utilità sulla quale si innesta un procedimento di occupazione emanato in assenza della previa comunicazione di avvio dello specifico procedimento di occupazione; in questa ipotesi – secondo quanto appena detto – si può ritenere che l’annullamento giurisdizionale del provvedimento di occupazione non produce alcuna certezza in ordine all’ingiustizia del danno, la quale – a mio avviso – ricorre solo se (secondo prudente valutazione⁷¹) può ragionevolmente ritenersi che l’amministrazione si sarebbe dovuta astenere dall’emanare il provvedimento di occupazione se si fosse aperta al confronto previo con il titolare dell’interesse legittimo oppositivo.

Si badi, ciò non significa libertà di violare le regole formali e gli obblighi procedurali, poiché – come insegna Jhering - la forma è garanzia irrinunciabile (essendo “sorella gemella della libertà”); tuttavia deve ammettersi che il piano della legittimità e quello della responsabilità, per quanto connessi e complementari, non necessariamente coincidono e/o si assorbono vicendevolmente, di modo che – convivendo nella funzione amministrativa atti, comportamenti e fini – può accadere non solo che l’atto sia legittimo e l’amministrazione responsabile⁷², ma anche che l’atto sia illegittimo e non vi sia responsabilità risarcitoria e tanto per il sol fatto che la funzione si esercita (anche in forme silenziose), indipendentemente dalla natura (oppositiva o pretensiva) della posizione giuridica da questa intercettata.

E’ dunque possibile affermare che la previa appartenenza del bene non impedisce di costruire in termini di spettanza (sub specie di necessaria verifica della meritevolezza di conservazione del bene pur in presenza di esercizio illegittimo della funzione) anche il giudizio risarcitorio a tutela di interessi legittimi oppositivi.

Tale conclusione costituisce valida opzione per dare risposta anche all’altro profilo problematico sopra evidenziato, relativo alla necessità della pregiudizialità amministrativa con riferimento agli interessi oppositivi, quale *condicio sine qua non* per la riemersione del diritto oggetto di risarcimento.

Ed infatti, se anche con riferimento agli interessi oppositivi è la spettanza del bene (piuttosto che la sua appartenenza) che rileva rispetto all’esercizio della funzione, il diritto in sé considerato (nel quale si esprime appunto l’appartenenza) non sembra assumere rilievo decisivo ai fini della sussistenza o meno della responsabilità risarcitoria dell’amministrazione, nel senso che – impregiudicati gli aspetti relativi al *quantum* - anche in assenza di domanda di annullamento (e

⁷¹ Necessariamente rimessa al giudice del risarcimento, qualora nel giudizio di annullamento nulla si sia detto in merito.

⁷² Per una recente interessante decisione in tal senso, a proposito di provvedimento di autotutela per eccessiva onerosità di un’aggiudicazione che esponeva l’ente a impegni di spesa palesemente sproporzionati e in quanto tali lesivi dei canoni di efficienza e buona amministrazione cfr. Cons. St. V, 14 gennaio 2009, in www.lexitalia.it n.1/09, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di autotutela attesa la validità *sostanziale* delle ragioni che l’hanno determinato e ha invece affermato la responsabilità dell’ente per il comportamento ambiguo tenuto nelle more della sua adozione.

dunque in presenza di sostanziale rinuncia al riespandersi del diritto), in coerenza con la pienezza di tutela assicurata dalla Costituzione, deve potersi ammettere la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo oppositivo (tendente alla dimostrazione della meritevolezza della conservazione del bene della vita coinvolto nell'esercizio della funzione), al fine di consentire al soggetto che si ritenga leso dall'amministrazione di dimostrare in giudizio la spettanza (sub specie di meritevole conservazione) di quel bene e di rivendicare il ristoro patrimoniale del pregiudizio in tal modo subito.

In questa ipotesi certo (ex art. 1227 comma 2 c.c.) la quantificazione del pregiudizio sarà inevitabilmente influenzata dal fatto che lo stesso danneggiato non si è avvalso dello specifico strumento che l'ordinamento gli appresta per riappropriarsi del bene sottrattogli, ma è evidente che tale circostanza incide sul *quantum* e non sull'*an* della tutela risarcitoria e dunque non può impedire al soggetto di chiedere il ristoro patrimoniale del proprio interesse legittimo oppositivo quale interesse alla *meritevole* conservazione del bene della vita oggetto dell'(illegittimo) esercizio della funzione amministrativa, la cui lesione del resto (ove naturalmente sussistente, secondo la logica sostanziale qui sottesa) anche cronologicamente si consuma prima della "rinuncia" alla riemersione del diritto al bene.

Tale conclusione è coerente anche con le considerazioni sopra svolte circa la "sopravvivenza" dell'interesse legittimo alla mancata impugnazione dell'atto fonte di danno, poiché – assunta anche sul piano dogmatico la differenza tra acquiescenza e rinuncia all'impugnazione – in assenza della prima (e cioè dell'accettazione del pregiudizio recato dall'atto lesivo), la mancata attivazione della tutela costitutiva impedirà certamente la produzione dell'effetto eliminatorio (e dunque la riemersione del diritto al bene), ma non condiziona (almeno nell'*an*) la possibilità per il titolare dell'interesse legittimo oppositivo di aspirare al risarcimento per equivalente della lesione subita da detta posizione. Ed infatti, pur riconoscendo che sul piano effettuale acquiescenza all'atto lesivo e rinuncia all'impugnazione determinano entrambe l'impossibilità della riemersione del diritto al bene, anche rispetto agli interessi oppositivi è solo l'acquiescenza (unica "vicenda" qualificata dall'accettazione del pregiudizio) che determina la rinuncia all'interesse legittimo e che quindi produce sul piano sostanziale il venir meno anche della pretesa alla tutela risarcitoria per equivalente.

7. Segue. Il rilievo della "spettanza" sul ruolo di giudice e parti. L'erroneità di decisioni di rigetto fondate sulla non impugnazione dell'atto lesivo e la correttezza di quelle che limitano al quantum il rilievo della "inoppugnabilità".

In ragione della rilevata identità rispetto all'esercizio della funzione amministrativa tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi è dunque possibile delineare un giudizio risarcitorio, nel quale il giudice amministrativo - quale giudice *naturale* (della legittimità) della funzione – da un lato e le parti dall'altro sono chiamati a costruire e ricucire lo svolgimento di uno specifico rapporto amministrativo affinché, all'occorrenza mediante prognosi, possa stabilirsi se al suo interno siano riscontrabili gli elementi costitutivi della pretesa risarcitoria,

primo fra tutti l'ingiustizia del danno *sub specie* di spettanza (anche in termini di conservazione) del bene della vita.

Ci si apre in tal modo a un processo amministrativo risarcitorio decisamente costruito sull'analisi del rapporto⁷³ che inevitabilmente si ripercuote sul ruolo del giudice e delle parti.

Quanto al giudice, la necessità di una compiuta ricerca (non condizionata dalla inoppugnabilità degli atti intervenuti nel rapporto controverso) in ordine alla effettiva e meritevole "spettanza" in capo al ricorrente del bene della vita rivendicato per equivalente e la centralità nel relativo giudizio dell'elemento costitutivo fondamentale dell'illecito (e dunque della fondatezza della pretesa azionata), gli consentono di conoscere e decidere la lite anche attraverso la prudente attivazione d'ufficio di poteri istruttori⁷⁴ e di spingersi con collaudata esperienza verso un sindacato pieno della funzione non (definitivamente) condizionato dalla stabilità e dal contenuto dei singoli atti di esercizio della stessa.

⁷⁵

Con riferimento alle parti, innanzitutto il ricorrente – anche in ragione dei "poteri officiosi" esercitabili in merito dal giudice amministrativo - prudentemente, non dovrebbe riporre completo affidamento in pregresse determinazioni a lui

⁷³ Significativo in tal senso è anche il seguente passo della sentenza delle Sezioni Unite n. 30254/08: *"La più diffusa esperienza giurisprudenziale sull'argomento si è avuta riguardo al confronto tra la giurisdizione del giudice ordinario, che è una giurisdizione sul rapporto, e quella del giudice amministrativo, che, nata come giurisdizione sull'atto, nel quadro non più di una giurisdizione speciale, si va anch'essa trasformando in una giurisdizione sul rapporto, specie sotto il profilo della tutela risarcitoria, dopo il crollo del muro della irrisarcibilità dell'interesse legittimo."*

⁷⁴ L'incisività dei poteri istruttori in sede di giudizio risarcitorio è efficacemente sottolineata da TAR Lazio, Sez. I 19 novembre 2007 n. 11330, in www.giustamm.it n. 11/07, secondo la quale poiché *"l'oggetto del giudizio è costituito dall'accertamento di una pretesa al risarcimento del danno derivante da lesione di un interesse legittimo pretensivo e dall'eventuale conseguente condanna dell'amministrazione, il potere di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie deve estendersi alla verifica della effettiva spettanza del bene della vita, il che può avvenire in qualunque modo, anche con l'eventuale esercizio di poteri istruttori attivabili d'ufficio, indipendentemente dalle deduzioni formulate dalle parti."*

⁷⁵ Proprio nel giudizio risarcitorio, quindi, possono trovare fertile terreno di sperimentazione quei tratti evolutivi del compito del giudice amministrativo, che ne esaltano il ruolo istituzionale di «grande educatore», «medico della sostanza sociale» messo in luce - come ricorda A. PAJNO, *Le norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 1994, pag. 433 - da M. NIGRO già nel 1978, con riferimento (all'epoca) alla tutela costitutiva. E in questa prospettiva rivelano una sorprendente attualità le autorevoli riflessioni sull'intreccio sinergico tra giurisdizione oggettiva e giurisdizione soggettiva di ABBAMONTE-LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, XX volume del *Trattato di diritto amministrativo* diretto da SANTANIELLO, che guardano alla giustizia amministrativa quale *giurisdizione della funzione pubblica* (pag. 52) e danno risalto alla funzione di «composizione» del giudice amministrativo nella quale vedono sintetizzarsi *«la stessa alternativa tra giurisdizione di diritto soggettivo e oggettivo»* (pag. 120) e di F. PUGLIESE, *L'opposizione di terzo. Riflessi sul processo e sulla funzione*, Convegno di studi, Padova, 24-25 maggio 1996, (ora) in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, pagg. 535 e ss.), che dà suggestivamente conto del «ritorno» in forme assolutamente nuove e peculiari, potremmo dire «soggettive», della giurisdizione oggettiva quale *"passaggio da una giurisdizione di legittimità ad una giurisdizione di merito, sub specie di sindacato di legittimità, la quale ora consiste nella valutazione della corretta composizione degli interessi"*, che (ancor più) nel giudizio risarcitorio può e deve compiersi sulla funzione, *oltre* gli atti che (più o meno legittimamente) la esprimono.

favorevoli assunte dall'amministrazione nell'ambito del rapporto controverso, ma, consapevole del più ampio oggetto del giudizio risarcitorio (incentrato sulla effettiva spettanza, anche in termini di meritevole conservazione, del bene della vita), dovrebbe mostrarsi pronto a fornire adeguata prova contraria laddove per iniziativa del giudice (o della stessa amministrazione) venga messa in discussione l'assolutezza e l'irretrattabilità di pregresse determinazioni amministrative comunque ricomprese nella fattispecie risarcitoria.

Quanto alla amministrazione, in coerenza con i poteri officiosi riconoscibili al giudice, essa stessa in un siffatto giudizio risarcitorio, da un lato, potrà difendersi anche dubitando della legittimità di sue pregresse determinazioni ove queste siano dal ricorrente assunte a presupposto e fondamento (anche implicito) della domanda di risarcimento danni, dall'altro dovrà tener conto che dette determinazioni quand'anche rimaste inoppugnate non costituiscono sufficiente schermo per sfuggire a ogni responsabilità.

I rilevati (possibili) sviluppi di un autonomo processo amministrativo di risarcimento non solo non trovano particolari ostacoli nella natura dell'interesse legittimo, ma ricevono avallo dall'analisi delle possibili vicende di detta situazione giuridica, che pure concorre a individuare utili coordinate in materia.

Ed infatti, esclusa la possibilità di configurare *sic et simpliciter* la rinuncia al potere di impugnazione come rinuncia all'interesse legittimo, appare dogmaticamente incoerente quella giurisprudenza che (adeguandosi apparentemente ai *dicta* delle Sezioni Unite) non ritiene più inammissibile, ma rigetta per così dire nel merito la domanda di risarcimento dei danni per lesione dell'interesse legittimo in ragione della mancata impugnazione del provvedimento lesivo. Ed invero, se – come si è visto – la rinuncia all'impugnativa non comporta rinuncia all'interesse legittimo, la domanda risarcitoria proposta in via autonoma non può ritenersi infondata sol perché l'atto che ha prodotto il danno è rimasto inoppugnato, dovendosi invece accertare se quell'interesse legittimo al quale non si è rinunciato abbia o meno subito un pregiudizio ristorabile.

L'attenzione teorica posta sull'interesse legittimo e sulle sue (possibili) vicende porta dunque a ritenere che la mancata impugnazione del provvedimento lesivo, nel(l'autonomo) giudizio risarcitorio, in sé considerata, non possa validamente condurre al rigetto della domanda risarcitoria.

Sotto un diverso, ma concomitante, profilo è poi utile segnalare che l'analisi della predetta situazione giuridica dà anche conto della correttezza di quelle pronunce che – anche tenendo conto delle implicazioni ricavabili dal precetto solidaristico sotteso all'art. 1227 c.c. - danno rilievo alla mancata impugnazione del provvedimento soltanto ai fini della quantificazione del pregiudizio ristorabile.

Tale orientamento infatti si mostra coerente con la circostanza che la rinuncia al potere di impugnazione, pur non producendo l'estinzione dell'interesse legittimo, comporta per il suo titolare l'abbandono dello specifico strumento processuale a disposizione per conseguire le utilità ottenibili solo attraverso la tutela costitutiva, di modo che il ristoro rivendicabile nell'autonomo giudizio risarcitorio non potrebbe non essere condizionato nel *quantum* dalla giusta considerazione dell'intento dismissivo (della forma di tutela giurisdizionale prevista per il

conseguimento) di quelle utilità manifestato dal titolare dell'interesse legittimo con la mancata impugnazione del provvedimento che le avesse negate o sottratte.

La rinuncia all'impugnazione può, dunque, rilevare solo con riferimento al *quantum* del risarcimento, poiché essa, si ripete, di per sé non costituisce rinuncia all'interesse legittimo, che – come si è visto - residua alla dismissione di uno soltanto dei mezzi di tutela giurisdizionale da cui è assistito.

Di conseguenza, l'interesse legittimo quale situazione giuridica sostanziale, in assenza di accettazione del pregiudizio prodotto dall'atto rimasto inoppugnato, può essere meritevole di ristoro, ancorché *equitativamente* contenuto per il rilievo che assume sulla fattispecie risarcitoria, secondo il prudente apprezzamento del giudice, la rinuncia fatta dal suo titolare allo strumento processuale appositamente finalizzato alla tutela costitutiva.

8. *La possibile (e auspicata) incidenza del giudizio risarcitorio di spettanza sulle movenze del giudizio di annullamento.*

Come in altre occasioni osservato, il venir meno della pregiudizialità amministrativa può dunque anche essere vissuto senza traumi: sia perché non necessariamente si traduce in minori garanzie e maggiori rischi per l'amministrazione (privando – come si è visto – anche il ricorrente dello schermo *protettivo* di eventuali atti pregressi assunti a presupposto della pretesa risarcitoria); sia soprattutto perché, in assenza di pregiudizialità, viene più agevolmente in rilievo quella “relazione di durata”, anche solo procedimentale, tra i soggetti dei rapporti di diritto amministrativo, nella quale – al di là e anche oltre l'atto – può e deve cogliersi e apprezzarsi lo svolgimento della funzione⁷⁶, sulla quale – anche solo in chiave risarcitoria – è chiamato a pronunciarsi, con equilibrio e cautela ma con cognizione piena, il suo giudice *naturale*.

Ed infatti, ammessa la possibilità di illegittimità senza annullamento e sganciato l'accertamento della prima dall'infettibile osservanza di termini di decadenza, nel giudizio risarcitorio per danni da esercizio illegittimo della funzione costruito in termini di spettanza (anche – come si è detto – sub specie di meritevole conservazione) del bene della vita, l'accertamento delle illegittimità deve potersi spingere (anche su impulso della stessa amministrazione) fino a coinvolgere tutti gli atti e i comportamenti della relazione *amministrativa* che assumono (sia in termini favorevoli che pregiudizievoli per il ricorrente) rilevanza causale nella fattispecie risarcitoria.

E' dunque possibile cogliere una trasformazione evolutiva del processo amministrativo di risarcimento, che (proprio perché tale) tende sempre più a porsi

⁷⁶ Su funzione e procedimento è sempre fondamentale l'intenso contributo di G. BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pagg. 782 e ss. 1975, che autorevolmente ammonisce come “la voce nuova che è dentro all'idea di funzione è stata ascoltata molto di lontano e con poca attenzione”, poiché “la funzione è un elemento obiettivo ... significa che l'attività non è necessariamente schiava dell'organizzazione, che le esigenze dell'organizzazione, il peso e l'autorità dell'organizzazione pubblica ... non dominano il rapporto tra il pubblico e il privato ... significa, inoltre, che la produzione dell'atto non è interamente legata dalle esigenze della relazione legge-soggetto o legge-organizzazione: c'è spazio per una rielaborazione del contenuto normativo mediante un confronto tra interessi.”

quale strumento di tutela della parte che ha ragione per garantire a questa tutto ciò (ma solo ciò) che effettivamente (secondo diritto) le spetta⁷⁷, in coerenza con la sostanzializzazione dei rapporti amministrativi presente nella più recente legislazione.

In tal modo, invero, processo amministrativo di annullamento e processo amministrativo di risarcimento tendono a modellarsi e svilupparsi secondo diversificate coordinate, in ragione (nel secondo) della peculiare incidenza sulla condotta di giudice e parti della predicata centralità dell'analisi diretta del rapporto amministrativo oggetto di contenzioso; tuttavia, proprio il processo amministrativo ha conosciuto importanti trasformazioni favorite dalla coesistenza di giurisdizione esclusiva e giurisdizione di legittimità (e dunque di forme diversificate di tutela), di modo che si può pure ipotizzare che l'affermazione di un processo amministrativo di risarcimento centrato sul *rapporto* possa condizionare anche le movenze e i contenuti del processo di annullamento, in relazione al quale del resto non mancano previsioni di diritto positivo⁷⁸ che inducono le parti ad andare oltre la legittimità formale dei singoli atti per concentrarsi sulla correttezza sostanziale delle decisioni e degli assetti di interessi che queste determinano.

⁷⁷ Secondo il noto principio chiovendiano [G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912 (ristampa 1965), pag. 81], richiamato da M. CLARICH, *tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, pag. 582, a sostegno del principio di atipicità delle forme di tutela quale corollario del principio di effettività della tutela processuale. Per una ricostruzione anche in chiave storica della strumentalità del processo al diritto sostanziale, A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari su rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, pagg. 1 e ss.

⁷⁸ Il riferimento è al comma 2 dell'art. 21 *octies* l. 241/90, che al secondo alinea – com'è noto – con riferimento al vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento (finendo per dettare una regola certamente non priva di potenzialità espansive) faculta l'amministrazione a dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso anche se il ricorrente avesse avuto la possibilità di partecipare al procedimento prima dell'assunzione della decisione amministrativa oggetto della domanda di annullamento.