

La questione della pregiudizialità amministrativa ed il rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria nella giurisprudenza civile ed amministrativa negli anni 1999-2005. – 3. Il rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 4. Le antitetiche posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato negli anni 2006-2010. – 5. Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità: una soluzione possibile. – 6. La pregiudizialità amministrativa quale argine al progressivo disuso dell'azione di annullamento ed al conseguente affievolimento della tutela dell'interesse legittimo. – 7. Ulteriori evoluzioni del rapporto tra azione di annullamento ed azione di risarcimento alla luce del Codice del processo amministrativo: dalla pregiudizialità processuale alla pregiudizialità causale. – 8. Brevi considerazioni conclusive.

1. Premessa

Da oltre dieci anni, dottrina e giurisprudenza discutono molto animatamente della autonomia dell'azione di risarcimento dei danni derivanti dalla lesione dell'interesse legittimo rispetto all'azione di annullamento dell'atto amministrativo fonte dei danni stessi.

Il tema è stato affrontato con diversità di argomenti di diritto sostanziale e processuale, che, di volta in volta, hanno supportato le tesi utilizzate per sostenere o negare la sussistenza della cd. 'pregiudizialità amministrativa'. Tutti questi sono sembrati più o meno convincenti ed utilmente invocati, senza che però nessuno di essi sia veramente servito a dare risposta ad un problema la cui ritardata soluzione provoca significative conseguenze sulla tutela giurisdizionale del 'frontista' del potere amministrativo¹.

* Ricercatore di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Studi Politici della Seconda Università degli Studi di Napoli.

** Il saggio è maturato nell'ambito della Ricerca di rilevante interesse scientifico e tecnologico, finanziata dalla Seconda Università di Napoli per l'anno 2007, su: *Evoluzione e problemi della tutela (giurisdizionale e non) delle situazioni soggettive negli ordinamenti italiano ed europeo*, ed è in corso di pubblicazione nel volume dallo stesso titolo, a cura di Guido Clemente di San Luca.

¹ Per una analisi completa dei tanti argomenti che dottrina e giurisprudenza hanno utilizzato per affrontare il tema della pregiudizialità amministrativa si v. F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa. Il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo tra diritto sostanziale e diritto processuale*, Padova, 2007.

Invero, la questione della pregiudizialità amministrativa pare potersi proficuamente affrontare soprattutto definendo i tratti fondamentali del rapporto sostanziale che intercorre tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria, in quanto le molteplici questioni di natura processuale connesse al tema e la lettura del dato positivo ‘coinvolto’ si prestano ad interpretazioni troppo diverse a seconda del risultato giuridico cui l’interprete tende.

Lo studio che segue si propone di determinare le ‘fattezze’ del rapporto tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria, al fine di comprendere se l’annullamento dell’atto amministrativo lesivo sia condizione ineludibile per la proposizione/accoglimento della domanda di risarcimento del danno.

In particolare, esso prende le mosse dall’analisi della elaborazione giurisprudenziale del rapporto tra le due forme di tutela in parola, alla luce dei risultati della quale si proverà a verificare se la proposizione/accoglimento dell’azione risarcitoria postuli la preventiva rimozione della condizione rappresentata dall’esperimento della domanda di annullamento dell’atto causa del danno ingiusto, ovvero se l’atto amministrativo illegittimo debba (o quantomeno possa) essere ‘trattato’ «solo come fatto storico»², cosicché la sua cognizione nel giudizio risarcitorio non richieda l’impugnazione.

Tale verifica viene condotta affrontando dapprima il versante processuale del rapporto tra annullamento e risarcimento, al fine di capire se, ed in quali casi, il processo amministrativo risarcitorio senza pregiudizialità rappresenti una soluzione giuridicamente possibile; per poi passare ad indagare il versante sostanziale del rapporto medesimo, per provare a dimostrare la necessità del ‘mantenimento in vita’ della pregiudizialità amministrativa, questa rappresentando un argine (forse l’unico) al progressivo disuso dell’azione di annullamento ed al conseguente ulteriore affievolimento della tutela dell’interesse legittimo.

La riflessione si concentra, infine, sul Codice del processo amministrativo, l’art. 30 del quale, nel disciplinare l’azione di condanna, affronta pure la questione della pregiudizialità amministrativa, fornendo una solu-

² L’espressione è di A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 462.

zione che non appare in grado di spegnere l'acceso contrasto giurisprudenziale tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato.

2. Il rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria nella giurisprudenza civile ed amministrativa negli anni 1999-2005

Svolgere un'indagine sull'elaborazione giurisprudenziale avente ad oggetto il rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria è compito assai complesso, ciò a causa, per un verso, delle numerose significative pronunce intervenute, e, per un altro, della netta antitesi tra le posizioni assunte dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato.

La definizione del rapporto tra le due forme di tutela – come riferito – pare rappresentare il tema fondamentale (certamente più rilevante rispetto ad altre questioni di natura strettamente processuale sulle quali la giurisprudenza ha appuntato la propria attenzione) per comprendere se l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo sia condizione immancabile per la proposizione/accoglimento della domanda di risarcimento del danno.

Nel ricostruire la storia di tale rapporto, ci si avvede che fino al D.Lgs. n. 80/1998 ed alla successiva sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., n. 500/1999, una questione relativa alla dialettica tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria sembra neppure porsi, il previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo (da parte del G.A.) essendo senza dubbio condizione imprescindibile per la proposizione dell'azione risarcitoria (dinanzi al G.O.).

Con la sentenza n. 500/1999, la Suprema Corte di Cassazione sottopone il suddetto orientamento ad una significativa rivisitazione, affermando che ai fini della proposizione dell'azione risarcitoria «non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento [...] in passato costantemente affermata per l'evidente ragione che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo, e quindi all'accesso alla tutela risarcitoria *ex art. 2043 c.c.*, riservata ai soli diritti soggettivi, e non può quindi trovare conferma alla stregua del nuovo orientamento, che svincola la responsabilità aquiliana dal necessario riferimento alla lesione di un diritto soggettivo». Sicchè – prosegue la Corte – qualora l'illegittimità

dell'azione amministrativa «non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.».

La sentenza n. 500/1999 riscrive il rapporto tra declaratoria di illegittimità dell'atto amministrativo e risarcimento del danno: l'idea per cui l'azione di annullamento sia, non solo la principale forma di tutela dell'interesse legittimo, ma anche la condizione necessaria per l'esperimento di quella di risarcitoria, viene travolta. L'azione di risarcimento danni, in altri termini, viene considerata un ulteriore strumento di tutela dell'interesse legittimo, che si aggiunge all'azione di annullamento, entrambe potendo essere autonomamente invocate a tutela del 'frontista' del potere amministrativo.

Tale interpretazione non trova seguito nella giurisprudenza amministrativa, soprattutto a seguito della modifica, ad opera della L. n. 205/2000, dell'art. 7, L. n. 1034/1971³, il quale – ad avviso dell'Adunanza Plenaria n. 4/2003 – «non consente l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio».

Invero, nonostante la concentrazione dinanzi al G.A. della tutela impugnatoria e di quella risarcitoria non sembrerebbe affatto impedire che l'azione di risarcimento del danno venga proposta anche in via autonoma, essa viene ritenuta «ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari»⁴.

³ Per il quale «il Tribunale Amministrativo Regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali». Tale disposizione è stata poi abrogata dal D.Lgs. n. 104/2010, contenente il Codice del processo amministrativo.

⁴ Così ancora Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 4/2003. Non manca comunque qualche isolata decisione che si pone nella scia dell'orientamento delle SS.UU. della Corte di Cassazione. Tra queste si v. TAR Marche - Ancona, n. 67/2004, secondo cui «il risarcimento del danno per equivalente è invero consequenziale all'illegittimità dell'atto e non al suo annullamento, all'"applicazione" e non alla "disapplicazione" sì che la pregiudizialità viene a risiedere

Pressoché coeva alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2003 è la sentenza n. 4538/2003 della sez. II della Cassazione civile, la quale respinge una domanda di risarcimento dei danni causati da un provvedimento amministrativo avverso il quale non è stata spiegata azione di annullamento. La Suprema Corte, uniformandosi alla giurisprudenza amministrativa, fonda la propria decisione sulla considerazione per cui «l'antigiuridicità del provvedimento non può essere accertata in via incidentale e il giudice non può qualificare come fatto illecito una situazione che, non essendo stata rimossa mediante gli specifici rimedi, l'ordinamento riconosce e garantisce come produttiva di effetti»⁵.

Se si esclude tale pronuncia, le strade del G.A. e del G.O. sul tema della pregiudizialità amministrativa si dividono nettamente sin dal 1999.

Il G.A., alla luce dell'art. 7, L. n. 1034/1971, ritiene che la concentrazione di entrambe le forme di tutela nel processo amministrativo, nel quale la tutela demolitoria assume una indiscutibile centralità, non modifica il tradizionale rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria, il cui assetto è influenzato in maniera decisiva dai caratteri storici del processo amministrativo.

La Corte di Cassazione, invece, pone la questione della pregiudizialità amministrativa all'interno di quella più ampia riguardante l'applicabilità della disciplina sulla responsabilità civile a tutte le situazioni giuridiche soggettive qualificate. Essa, muovendo dal presupposto concettuale per cui diritto soggettivo ed interesse legittimo si equivalgono sotto il profilo della tutela risarcitoria, ed al fine di evitare che tale equivalenza sia privata di significativa pregnanza dalla pregiudizialità amministrativa, attraverso cui l'azione di annullamento limita (a volte fatalmente) quella risarcitoria, af-

nell'illegittimità-illiceità di un atto, la cui efficacia, come detto, permane e per ciò stesso è produttrice di un danno patrimoniale risarcibile». Pertanto, «sia in ipotesi di giurisdizione esclusiva (in cui oggetto della cognizione è un rapporto), sia di giurisdizione generale di legittimità, l'azione risarcitoria per equivalente è autonoma rispetto all'azione di annullamento di un provvedimento». Il Collegio fonda il proprio orientamento sulla necessità di fornire una piena ed effettiva tutela al cittadino nei confronti dell'esercizio del potere: infatti afferma che «la pregiudizialità dell'azione di annullamento ha un senso solo se si intende preservare una concezione del sistema di giustizia amministrativa inteso in via prioritaria a preservare l'interesse pubblico, mentre la soddisfazione dell'interesse sostanziale del cittadino viene ad essere un risultato ulteriore e secondario». In merito alla decisione in parola si v. le considerazioni di G. ALPA, *La lezione di interessi legittimi: poche certezze, molti dubbi*, in *Resp. civ.*, 2004, 637 ss.

⁵ Con riguardo alla sentenza si v. il commento di A. TRAVI, in *Foro it.*, 2003, I, 2073 ss.

ferma l'autonomia processuale di quest'ultima, ritenendo che la cognizione sull'atto amministrativo illegittimo ai fini del risarcimento del danno possa svolgersi anche in via incidentale.

3. Il rapporto tra tutela caducatoria e tutela risarcitoria nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Il tentativo di definire i tratti del rapporto tra annullamento dell'atto e risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi può avvalersi anche del contributo della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Nella sentenza n. 204/2004, il Giudice delle leggi, nel deliberare la legittimità costituzionale degli art. 33, co. 1 e 2, e 34, co. 1, del D.Lgs. n. 80/1998, si domanda se la tutela risarcitoria (disciplinata dall'art. 7, L. n. 205/2000, nella parte in cui sostituisce l'art. 35, D.Lgs. n. 80/1998) rappresenti una autonoma materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del G.A., offrendo la seguente risposta: «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». L'attribuzione del potere risarcitorio al G.A. risponderebbe, dunque, all'esigenza di dotare quest'ultimo di adeguati poteri al fine di poter tutelare in maniera piena le situazioni soggettive proprie della sua giurisdizione; attribuzione che sarebbe, per un verso, conforme al criterio di riparto previsto in Costituzione, e, per un altro, utile strumento di attuazione dell'art. 24 Cost.

La Consulta giunge a medesime conclusioni nella sentenza n. 161/2006, con cui dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, co. 1, D.Lgs. n. 325/2001. Anche in questo caso il Giudice delle leggi – nel ritenere conforme ai precetti costituzionali l'attribuzione al G.A. del potere risarcitorio, ciò rispondendo all'«esigenza di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica» – afferma che il risarcimento del danno «non costitui-

sce sotto alcun profilo una nuova ‘materia’ attribuita alla [...] giurisdizione [del G.A.], bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo)», evidentemente posto a completamento dei suoi poteri. La Corte – nel concludere – sostiene poi che tali «principi [...] impongono di escludere che, per ciò solo che la domanda risarcitoria proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competa al giudice ordinario»⁶.

Una parte della giurisprudenza amministrativa ha visto «rafforzato» il proprio orientamento sulla pregiudizialità dalle decisioni della Corte costituzionale, la quale, «nel mantenere ferma la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di risarcimento del danno, ha ritenuto che detta forma di ristoro in altro non consiste se non in una modalità di reintegrazione del pregiudizio subito dall’interesse legittimo leso da provvedimenti amministrativi illegittimi; in altri termini, il risarcimento del danno non può sfuggire ad un preliminare accertamento del provvedimento che si assume lesivo ed alla sua eliminazione dal mondo giuridico»⁷.

A ben vedere, la Consulta, avendo affrontato la questione del rapporto tra azione caducatoria e risarcitoria esclusivamente al fine di verificare la legittimità costituzionale della tecnica di devoluzione alla giurisdizione esclusiva per ccdd. «blocchi di materie», non si spinge ad indagare la natura delle due azioni, né ad interrogarsi sulla sussistenza di una consecuzione (sostanziale e processuale) tra queste.

Nell’economia dei suddetti giudizi di legittimità, essa rinviene il fondamento della attribuzione al G.A. del potere risarcitorio negli artt. 24 e 111 Cost., e, dunque, nella necessità di garantire una «piena ed effettiva» tutela a tutte le situazioni soggettive qualificate⁸. E, proprio al fine di dotare l’interesse legittimo di mezzi di protezione equivalenti a quelli del diritto

⁶ La Consulta conferma il proprio orientamento anche nella successiva sentenza n. 140/2007.

⁷ Così TAR Campania, sez. I, sentenza n. 10694/2005.

⁸ Seguendo un siffatto percorso argomentativo, secondo G. COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2, 2005, 280 ss., «la Corte ha compiuto una vera e propria opera di laicizzazione del risarcimento, che viene ricondotto a quel che è realmente. Non già elemento fondante un innovativo assetto delle giurisdizioni, ma semplicemente azione che affonda le sue radici nella previsione dell’art. 24 Cost. andando ad arricchire i poteri decisori del giudice (anche) amministrativo, ove il medesimo sia peraltro già dotato – secondo i tradizionali criteri – di giurisdizione sulla specifica controversia».

soggettivo, ritiene costituzionalmente legittimo che al G.A. sia riconosciuto, oltre al potere di annullamento, anche quello risarcitorio, il quale viene qualificato come «ulteriore» strumento di tutela, ossia come uno strumento di tutela che si aggiunge a quello storicamente proprio del giudice amministrativo⁹.

Insomma, alla luce di quanto affermato dalla Corte costituzionale può ben dirsi che il titolare dell'interesse legittimo che adisce il G.A. ha facoltà di proporre due domande: di annullamento e di risarcimento. Quale sia la natura delle due azioni ed il loro rapporto non è dato evincerlo dalle parole della Corte: da esse sembra possibile trarre conclusioni solamente in merito alla legittimità costituzionale della concentrazione nel giudizio amministrativo delle tutele caducatoria e risarcitoria¹⁰.

⁹ Secondo l'interpretazione fornita da G. COMPORTI, *op. ult. cit.*, 316 ss., l'utilizzo da parte della Consulta dell'aggettivo «ulteriore» potrebbe risultare decisivo per il 'superamento' della pregiudizialità amministrativa. Ad avviso dell'A., se è vero che «l'aggettivo "ulteriore", derivato dal comparativo latino *ulterior-oris*, esprime il significato letterale di ciò "che si aggiunge" ad un precedente, di qualcosa di "altro" e di "nuovo", incorporando in sé una ambivalenza semantica tra una accezione di tipo temporale (un venir dopo) ed una di tipo qualitativo (l'essere altro, diverso), non è meno vero che tale polisemia può essere agevolmente risolta alla luce del termine di comparazione in relazione al quale l'espressione viene impiegata: cioè la tutela "classica" di tipo demolitorio e/o conformativo che connoterebbe la giurisdizione amministrativa unitariamente intesa». Sicchè, rispetto al quadro della giustizia amministrativa, «quell'aggiungersi, evocato dal richiamo ad una vicenda che segue, si specifica ed assume valore positivo proprio perché si tratta di cosa la cui cifra è rappresentata non dal semplice dato temporale del venire dopo [...] ma dal più qualificante dato strutturale rappresentato dal suo essere un qualcosa di nuovo e di altro rispetto al termine di riferimento». L'A. conclude affermando che la Corte costituzionale pare fornire all'interprete l'indicazione per cui «condizione fondamentale per considerare costituzionalmente legittima, alla luce degli artt. 24 e 113 Cost., la attribuzione al giudice amministrativo del potere di risarcire i danni derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione è che tale tecnica di tutela non sia omologata a quella di annullamento e sia, anzi, da essa adeguatamente differenziata quanto a presupposti e condizioni di esercizio». In senso opposto si v., *infra*, alla nota 16, le considerazioni di C.E. Gallo.

¹⁰ Tra le tante interpretazioni delle sentenze della Corte costituzionale merita di essere segnalata quella contenuta nell'ordinanza n. 6745/2005 delle SS.UU. della Corte di Cassazione (poi ribadita nell'ordinanza n. 5464/2009), nella quale il Collegio, domandandosi se «il privato possa richiedere al giudice amministrativo anche il risarcimento del danno, o debba necessariamente farlo, risultandogli preclusa la facoltà di chiedere autonomamente il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario», sostiene che «interpretazioni approdanti al risultato della concorrenza delle giurisdizioni nell'area del risarcimento del danno da esercizio dei poteri amministrativi rischierebbero – come è stato autorevolmente osservato – di rompere l'equilibrio costituzionale delineato nelle decisioni della Corte, introducendo poi inevitabili incertezze, non essendo la formazione del "diritto vivente" in materia affidato all'elaborazione di un unico giudice. Inoltre, tali interpretazioni contrasterebbero con il principio generale che esclude il condizionamento della giurisdizione rispetto a ragioni di connessione, precludendo l'ordinamento che la scelta del giudice possa dipendere dalla strategia processuale della parte che agisce in giudizio; ancor più

4. *Le antitetiche posizioni della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato negli anni 2006-2010*

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ritorna sulla questione della pregiudizialità amministrativa con la decisione n. 2/2006, nella quale, dopo aver premesso che «spetta al giudice amministrativo la controversia per il risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo, anche se la domanda sia stata proposta autonomamente»¹¹, perentoriamente afferma che «condizione necessaria per la domanda di risarcimento del danno cagionato da un provvedimento amministrativo illegittimo è la pronuncia che riconosce l'illegittimità di provvedimenti dalla cui esecuzione sorgono i danni lamentati; è perciò dal passaggio in giudicato della decisione del giudice amministrativo che può avere inizio il decorso del periodo di prescrizione per la proposizione della domanda risarcitoria».

In coerenza con l'orientamento già espresso, il Consiglio di Stato continua ad osservare il rapporto tra azione caducatoria e risarcitoria, definendone di conseguenza le 'fattezze', alla luce dei caratteri del processo amministrativo¹². Diversamente, la Corte di Cassazione, in piena coerenza

perché si rimetterebbe alla volontà delle parti il realizzare o meno quella concentrazione di tutela giudiziaria, la cui ratio è alla base della soluzione legislativa, avallata dal giudice delle leggi, che ha attribuito alla giurisdizione amministrativa anche le controversie risarcitorie».

¹¹ Ad opinione del Collegio il fatto che la domanda risarcitoria sia stata proposta in un momento successivo rispetto a quella demolitoria «non giustifica una diversa competenza giurisdizionale, né sul piano testuale, giacché l'art. 7 l. T.A.R., e l'art. 34, 1° co., d.lg. n. 80 del 1998 non introducono una prescrizione di contestualità fra sindacato di legittimità e cognizione degli effetti di ordine patrimoniale, né sul piano logico-sistematico, perché si mostra inaccettabile, in via di principio, una tesi che lasci al ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che mutino i presupposti di fatto e di diritto sui quali si fondano e, in definitiva, in contraddizione con lo «strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo», riconosciuto dal giudice costituzionale (Corte cost. n. 204 del 2004) a giustificazione della concentrazione nel giudizio amministrativo delle questioni consequenziali di ordine patrimoniale».

¹² Del medesimo avviso è R. CARANTA, *Ancora sulla pretesa pregiudizialità tra ricorso d'annullamento e ricorso risarcitorio*, in *Urb. app.*, n. 1, 2007, 83 ss., 86, che – nel manifestare la propria preferenza per la tesi della Corte di Cassazione – riporta le parole di G. COMPORI, *op. ult. cit.*, 292, per il quale «ragioni di tipo meccanico attinenti al codice genetico del giudice amministrativo, quale giudice dotato di spiccata vocazione demolitoria, e difficoltà pratiche attinenti alla ricerca del bene della vita da tutelare a fronte dell'esercizio di potestà discrezionali,

con i suoi precedenti, seguita ad affrontare il ‘problema’ della pregiudizialità amministrativa all’interno del più generale tema delle forme di tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

Con le ordinanze nn. 13659 e 13660 del giugno del 2006, le SS.UU. si occupano, da un lato, della ‘concorrenza’ delle giurisdizioni ordinaria ed amministrativa sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità della P.A. derivante da attività provvedimento illegittima, e, da un altro, della pregiudizialità amministrativa.

La Corte, dopo aver descritto e ritenuto inadeguate sia la posizione «tutta civilistica», sia quella «tutta amministrativistica» sulla pregiudizialità, e quasi mai soffermandosi sul regime processuale dell’azione di risarcimento, afferma che, se si vuole assicurare tutela piena all’interesse legittimo, sotto il profilo risarcitorio «non si può fare differenza tra interessi che trovano protezione diretta nell’ordinamento e interessi che trovano protezione attraverso l’intermediazione del potere amministrativo». Di talché non sarebbe possibile ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell’atto illegittimo, piuttosto che dal solo accertamento della sua illegittimità, in quanto ciò «significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *verwirkung* amministrativa, tutta italiana»¹³.

In altre parole, al fine di consentire una pregnante attuazione dell’art. 24 Cost., ad avviso della Corte di Cassazione è necessaria una omologazione «quanto al bagaglio delle tutele» tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, discendone che «il giudice amministrativo non possa, allo stato della legislazione, se non esercitare la propria giurisdizione, che le norme gli attribuiscono quanto alla tutela risarcitoria autonoma, prescindendo dalle regole proprie della giurisdizione di annullamento».

più che tassative previsioni di diritto positivo, sono dunque alla radice del regime giurisprudenziale del regime forzoso della tutela sdoppiata».

¹³ Le argomentazioni delle SS.UU. sono sostanzialmente condivise dal Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 2822/2007, il quale, però, precisa che l’azione risarcitoria autonoma è ammissibile solo nel caso in cui il ricorrente domandi il risarcimento per equivalente, mentre «in assenza del tempestivo esperimento del rimedio demolitorio/annullatorio, non [è] possibile contemplare il risarcimento in forma specifica, atteso che ciò integrerebbe una fattispecie, essa sì, elusiva del termine normativamente previsto per l’esperimento dell’azione di annullamento».

La Corte di Cassazione – come visto – affronta il tema della pregiudizialità amministrativa definendo il rapporto tra tutela caducatoria e risarcitoria alla luce, da un lato, delle pronunce della Consulta che interpretano i precetti costituzionali sulla tutela delle situazioni soggettive, e, da un altro, della propria giurisprudenza che, sotto il profilo del risarcimento del danno, mette sullo stesso piano diritto soggettivo ed interesse legittimo, nonostante la loro (indubbiamente) diversa consistenza giuridica. Cosicché, nell’ambito della tutela dell’interesse legittimo, essa riconosce all’azione di risarcimento la medesima ‘dignità’ dell’azione di annullamento, giungendo ad affermarne la sua piena autonomia processuale.

Dal canto suo, l’Adunanza Plenaria, nell’anno successivo, con la decisione n. 12/2007, ribadisce il proprio orientamento sulla pregiudizialità amministrativa, fondandolo, tra l’altro¹⁴, sul carattere «conseguenziale» ed «ulteriore» della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria.

Secondo la ricostruzione del Collegio, la necessità di fornire al G.A. uno ‘strumentario’ adeguato a rimediare pienamente alla lesione dell’interesse legittimo rappresenterebbe il presupposto in base al quale il legislatore, «espressamente ed inequivocabilmente», è «pervenuto a stabilire» nell’art. 35, co. 1 e 4, D.Lgs. n. 80/1998, «il criterio della consequenzialità¹⁵ – evidentemente inteso a confermare le priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell’interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell’agire pubblico e in vista della convenienza, per la col-

¹⁴ A favore della pregiudizialità amministrativa militerebbero altri argomenti, tra cui quelli riguardanti la cd. presunzione di legittimità dell’atto amministrativo – sulla quale si v. le considerazioni di M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2008, 55 ss., 59-61 –, nonché la decadenza e la conseguente inoppugnabilità del provvedimento. In merito a tale decisione si v., tra gli altri, A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss.

¹⁵ Il quale – ad avviso del Collegio – discenderebbe anzitutto dalla «struttura stessa della tutela del giudice amministrativo che [è] articolata [...] nel senso che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale (e non, perciò, il mero comportamento) può essere aggredito e in via impugnatoria, per la sua demolizione, e, “conseguenzialmente” in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell’uno e nell’altro caso, la questione della sua legittimità». Sul carattere consequenziale dell’azione risarcitoria, tra gli altri, si v. i contributi di 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, 300 ss.; e di F. VOLPE, *La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro amm.: C.d.S.*, 2008, 1919 ss.

lettività, dell'esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere – ed il criterio della “eventualità” del risarcimento del danno arrecato all'interesse legittimo, criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti».

In tal modo, l'Adunanza Plenaria rinverdisce la natura impugnatoria del processo amministrativo: in un processo siffatto il privato può accedere al bene della vita solamente attraverso l'azione di annullamento (ed il conseguente riesercizio del potere in senso favorevole), il risarcimento dei danni rappresentando una forma integrativa di tutela dell'interesse legittimo, che completa gli effetti di quella principale di annullamento, consentendo il raggiungimento di un ristoro patrimoniale per il danno ingiustamente sopportato¹⁶.

La decisione in parola è stata impugnata dinanzi alla Corte di Cassazione che, con sentenza delle SS.UU. n. 30254/2008, sovverte ancora una volta il rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria tratteggiato dal G.A.¹⁷ confermando l'orientamento espresso nel 2006 e riaffermando l'autonomia dell'azione risarcitoria¹⁸.

¹⁶ Il percorso argomentativo svolto dall'Adunanza Plenaria è pienamente condiviso da C.E. GALLO, *L'Adunanza Plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa*, in *Urb. app.*, n. 3, 2008, 339 ss., 350, per il quale, infatti, il «sistema complessivo di tutela, che è normalmente organizzato, allorché si faccia questione della lesione di interesse legittimo, intorno all'impugnazione del provvedimento amministrativo, è un sistema che la Corte costituzionale ha ritenuto corretto, e costituzionalmente legittimo, anche in relazione alla garanzia del diritto di azione e del diritto di difesa, e che pertanto l'Adunanza Plenaria bene ha fatto a confermare».

¹⁷ Le SS.UU. della Corte di Cassazione si erano espresse nei medesimi termini su una domanda autonoma di risarcimento proposta al G.O. senza che fosse stato adito previamente il G.A. nell'ordinanza n. 23471/2007. Sulla sentenza n. 30254/2008, tra i tanti, si v. in particolare il commento di F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e pro per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2009, 511 ss.

¹⁸ Il Collegio fornisce addirittura una definizione di «tutela risarcitoria autonoma», per la quale deve intendersi «tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire». Per la Corte un simile «accertamento non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento né il diritto al risarcimento può essere per sé sconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ov-

Il fondamento di tale autonomia – si legge nella sentenza – andrebbe rinvenuto anzitutto nei precetti costituzionali di cui agli art. 24 – dal quale, «perchè dispone che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, non pare sia possibile trarre se non il significato che dei diritti e degli interessi, di cui è titolare, ognuno è arbitro di chiedere tutela e che perciò a ciascuno spetta non solo di scegliere se chiedere tutela giurisdizionale, ma anche di scegliere di quale avvalersi, tra le diverse forme di tutela apprestate dall'ordinamento, per reagire al fatto che l'interesse sostanziale della parte, protetto dall'ordinamento, sia rimasto insoddisfatto» –, e 113, co. 1 e 2 – per i quali «è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giustizia ordinaria o amministrativa e che tale tutela non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione». Il fondamento troverebbe poi conferma nella disciplina di cui alla L. n. 205/2000, nella quale sarebbe stata acquisita la convinzione secondo cui, «se l'ordinamento protegge una situazione di interesse sostanziale, in presenza di condotte che ne impediscono o mancano di consentirne la realizzazione, non può essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo».

Una volta richiamato il dato normativo riguardante la tutela risarcitoria, la Corte di Cassazione affronta *ex professo* il tema del rapporto tra annullamento e risarcimento, ammettendo che è ben possibile che il legislatore preveda termini decadenziali per la domanda di risarcimento, ovvero provveda a coordinare tra loro forme di tutela che concorrono a proteggere un'unica situazione sostanziale. Ciò nondimeno – osserva perentoriamente il Collegio – «una norma siffatta oggi manca», sicchè ai fini della tutela dell'interesse legittimo vanno utilizzati tutti gli strumenti di protezione offerti dall'ordinamento.

Del resto – aggiunge la Corte – «la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa», per cui il fatto che entrambe le

vero la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità».

azioni in parola siano concentrate dinanzi al G.A. non può comportare che la «fruizione concreta» della tutela risarcitoria «sia condizionata da un presupposto che attiene invece alla tutela di annullamento».

Ancora una volta, la Corte di Cassazione tenta di 'attrarre' la questione della pregiudizialità amministrativa al di fuori degli argomenti riguardanti il trattamento processuale delle domande caducatoria e risarcitoria, cercando – con lo spostare l'analisi del loro rapporto all'interno del più generale tema della tutela delle situazioni soggettive – di provare che entrambe concorrono, senza limiti processuali reciproci, a proteggere l'interesse legittimo.

Segnatamente, a seguito di una indagine interdisciplinare¹⁹, le SS.UU. affermano che la mancanza di una norma che espressamente subordini l'azione risarcitoria all'annullamento dell'atto amministrativo rende insostenibile, oltre che non conforme al sistema di giustizia previsto in Costituzione, l'assunto per cui il risarcimento del danno troverebbe come ineludibile presupposto l'accoglimento dell'azione impugnatoria per il solo fatto che entrambe le azioni siano proponibili dinanzi al G.A. E, ponendo mente al principio di legalità, la conclusione appare difficilmente non condivisibile.

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

A seguito della sentenza n. 30254/2008 della Corte di Cassazione, la sez. VI del Consiglio di Stato, al fine di evitare una decisione che definisce «suicida», si è vista costretta a rimettere nuovamente all'Adunanza Plenaria la questione della pregiudizialità amministrativa²⁰.

Il Collegio conferma il proprio orientamento secondo cui la struttura del processo amministrativo (e la tutela attraverso essa ottenibile) richiede

¹⁹ Avente ad oggetto il diritto societario ed il diritto del lavoro.

²⁰ Ordinanza n. 2436/2009.

la ‘primarietà’ della tutela demolitoria rispetto alla conseguenziale ed eventuale tutela risarcitoria, così «come inequivocabilmente stabilito dall’art. 35, co. 1, 4 e 5, d.lgs. n. 80 del 1998».

Il G.A., dunque, continua a ritenere che il rapporto tra le due forme di tutela in parola sia caratterizzato dalla consequenzialità del diritto al risarcimento rispetto all’azione di annullamento, in quanto il primo «dipende da un assunto principale che deve essere dimostrato. Quindi non può darsi che una conseguenza possa conoscersi dal giudice amministrativo, quando non sia stata chiesta ed ottenuta in via principale la dichiarazione di illegittimità dalla quale essa deve derivare».

Peraltro, secondo l’opinione del Collegio, «lasciandosi al privato la scelta tra l’azione di annullamento e azione per il risarcimento del danno, l’illegittimità del provvedimento amministrativo, che ha valenza conformativa dell’ordinamento, verrebbe accettata e per così dire consolidata (oltre che monetizzata), con irreparabile vulnus del principio di legalità espresso dall’art. 97 della Costituzione e della ragione stessa di tutela dell’interesse legittimo, che riposa sul coincidente perseguimento di quello pubblico mediante l’eliminazione delle patologie nei singoli casi concreti». E, sviluppando ulteriormente tale ultima considerazione, la Sez. VI manifesta altresì il timore che la costruzione del rapporto tra tutela caducatoria e risarcitoria in termini di reciproca autonomia possa consentire un utilizzo improprio della reintegrazione in forma specifica, attraverso la quale il privato potrebbe ottenere «forme di ristoro del tutto identiche a quelle demolitorie dell’annullamento», così violandosi «il principio della intangibilità, ad opera del giudice, e dopo lo spirare del termine per impugnare, dell’atto che si assume illegittimo»²¹.

L’Adunanza Plenaria, fino all’entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, non si è più espressa sulla questione in parola, ed il G.A. è rimasto coerente con la propria, ormai consolidata, posizione, se si esclude una decisione del Consiglio di Giustizia amministrativa, il quale «ritiene di non porre in discussione» l’orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui «l’ammissibilità della domanda risarcitoria riguardante

²¹ Sul rapporto tra domanda di annullamento e domanda di reintegrazione in forma specifica si v. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 2822/2007, cit., *retro*, alla nota 13.

la lesione derivante da un provvedimento di cui si assume l'illegittimità, non è condizionata dalla tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo», tale domanda essendo «sottoposta al solo termine prescrizione»²².

5. Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità: una soluzione possibile

La descrizione della elaborazione giurisprudenziale sulla pregiudizialità amministrativa mostra in tutta la sua complessità l'acceso dibattito, tutt'ora in corso, tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato su numerosi temi di diritto sostanziale e processuale in qualche misura connessi con la autonoma proponibilità della domanda risarcitoria nel processo amministrativo.

Tenendo sullo sfondo tale disputa giurisprudenziale, attraverso la definizione dei tratti fondamentali del rapporto intercorrente tra azione di annullamento ed azione di risarcimento, si tratta ora di provare a comprendere se, ed in quali casi, rappresenti una soluzione giuridicamente possibile il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità.

Anzitutto, è necessario domandarsi se nel regime giuridico proprio della tutela risarcitoria sia rinvenibile un limite che ne impedisca l'autonomo esperimento e che, conseguentemente, imponga la coesistenza con altra forma di tutela.

Invero, osservando gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito civile contenuti nell'art. 2043 c.c., pare potersi rilevare l'assenza di qualsiasi forma di condizione – che nel processo amministrativo sarebbe rappresentata dalla proposizione e dal successivo accoglimento della domanda di annullamento – alla rimozione della quale è subordinato il ricorso alla tutela risarcitoria: a medesima conclusione giunge – come già visto – pure la Corte di Cassazione sia nelle ordinanze nn. 13659 e 13660 del 2006, sia nella sentenza 30254/2008.

Pertanto, benché non sia revocabile in dubbio che nel processo amministrativo la domanda principale resti quella di annullamento dell'atto illegittimo, non pare possa sostenersi convintamente che la proposizione della

²² Consiglio di Giustizia amministrativa, sentenza n. 38/2010.

relativa azione sia – per così dire – obbligatoria, tanto da concludere che in sua mancanza non possano autonomamente spiegarsi altre azioni giurisdizionali²³.

Atteso che il regime giuridico del risarcimento di diritto comune non sembra recare ‘impedimenti’ all’autonomo esperimento della relativa azione a tutela dell’interesse legittimo, sempre al fine di verificare la ‘sostenibilità’ del processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità, è necessario capire altresì se l’annullamento dell’atto rappresenti un ‘elemento costitutivo’ del diritto soggettivo alla proposizione della domanda di risarcimento.

A ben riflettere, elemento costitutivo del diritto ad agire in giudizio per il risarcimento del danno sembra essere il ‘contatto’ tra il privato e la P.A., in quanto è da questo che originano le due situazioni giuridiche soggettive connesse all’esercizio della funzione giurisdizionale: il diritto soggettivo ad agire in giudizio, e l’interesse legittimo a che il giudice esamini e decida favorevolmente al ricorrente la vicenda oggetto del processo²⁴. L’annullamento del provvedimento esito del ‘contatto’ con la P.A., ma anche la sola verifica della sua illegittimità senza che da questa discenda un giudicato, sembrano essere più che altro elementi per valutare la fondatezza della domanda risarcitoria, non rilevando, invece, ai fini della proposizione della stessa²⁵.

²³ In merito G. VERDE, *La pregiudizialità dell’annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2003, 963 ss., ritiene che il legislatore, con l’art. 7, L. n. 205/2000, «ha dato riconoscimento normativo a quelle che fino ad allora erano un’opinione dottrinale e una soluzione giurisprudenziale: essere, cioè, il diritto al risarcimento un diritto autonomo e non dipendente dalla natura della situazione giuridica violata» (966). Ciò nondimeno, per F. CORTESE, *op. ult. cit.*, 549, è «convinzione radicata» quella della «impossibilità di un accoglimento totale della regola operativa dell’autonomia dell’azione risarcitoria, essendo, invece, ricorrente il richiamo all’esistenza di principi volti a garantire l’efficacia delle determinazioni del potere pubblico e la prevalenza tendenziale dei rimedi specifici voluti dal legislatore per la tutela delle situazioni soggettive che da quel potere sono intrinsecamente condizionate».

²⁴ Per A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo cit.*, 252, «la posizione del privato, nei confronti dell’esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda la disciplina di questa, in relazione al presupposto, in presenza del quale può e deve avvenire, si scinde in due distinte situazioni giuridiche soggettive: il potere di porre in essere tale presupposto (potere astratto di ricorso), e l’interesse legittimo a che tale esplicazione della funzione giurisdizionale avvenga, una volta posto in essere il presupposto suddetto».

²⁵ La tesi sembra trovare conferma nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2819/2010, che, richiamando la precedente decisione della Sez. VI, n. 5776/2009, afferma che «in sede di

Chiarito – sebbene in estrema sintesi – lo scenario più generale (del regime giuridico dell’azione risarcitoria) in cui si iscrive il fenomeno della pregiudizialità amministrativa, bisogna verificare se la disciplina riguardante le questioni pregiudiziali funga da ostacolo all’autonomo esperimento dell’azione risarcitoria nel processo amministrativo.

È noto che si qualifica come pregiudiziale la questione la cui soluzione condiziona la decisione della questione cd. ‘pregiudicata’, cui è legata da un «rapporto di antecedenza logica»²⁶.

La disciplina del processo amministrativo – già prima dell’entrata in vigore del Codice del 2010 – non è priva di riferimenti al fenomeno della pregiudizialità: l’art. 28 del D.P.R. n. 1054/1924 prevedeva che, «nelle materie in cui il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale non ha competenza esclusiva [...], esso è autorizzato a decidere di tutte le *questioni pregiudiziali* od incidentali relative a diritti la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale di sua competenza»²⁷. Tale norma, però, non è utile ai fini della presente analisi, riguardando la questione della pregiudizialità «solo da un punto di vista ben individuato: quello che attiene alla determinazione del giudice competente a risolvere le questioni pregiudiziali» relative «a diritti soggettivi perfetti, le quali siano sorte nel corso del processo amministrativo»²⁸.

Del resto, la questione della pregiudizialità amministrativa così come impostata dal G.A., ad avviso del quale l’oggetto principale del giudizio amministrativo resta la verifica della illegittimità dell’atto impugnato²⁹, pa-

esame di una domanda di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, la mera adozione di un atto amministrativo illegittimo, nel caso di sentenza che non riconosca direttamente il “bene della vita” al quale il ricorrente aspira, rappresenta solo uno degli elementi costitutivi di una fattispecie a formazione progressiva, che colloca il diritto al risarcimento del danno al momento in cui, dopo la rinnovazione del procedimento annullato, l’Amministrazione abbia adottato, spontaneamente o a seguito del giudizio di ottemperanza, un provvedimento favorevole all’interessato».

²⁶ L’espressione è di A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 19.

²⁷ Il co. 2 dell’art. 28 prevedeva altresì che «su dette questioni pregiudiziali e incidentali, tuttavia, la efficacia della cosa giudicata rimane limitata alla questione principale decisa nel caso». I cui contenuti dell’art. 28 oggi si rinvengono nell’art. 8, D.Lgs. n. 104/2010. Corsivo di chi scrive.

²⁸ Le parole sono ancora di A. ROMANO, *op. cit.*, pp. 2-3.

²⁹ Così come ritiene L. MARUOTTI, *Il giudice amministrativo come giudice del risarcimento del danno*, in *www.federalismi.it*, 8, ad opinione del quale «non sembra che possa essere superata la ‘tradizionale’ centralità del provvedimento lesivo: la domanda risarcitoria autonoma può essere

re rientrare nell'ambito di applicazione di nessuna disposizione riguardante le questioni pregiudiziali, essa, in realtà, non sembrando rappresentare una vera e propria questione pregiudiziale. Se è vero, infatti, che «la fase iniziale di ogni tentativo di tracciare il limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo (come, del resto, in ogni tipo di processo) è costituita [dall']individuare il contenuto»³⁰ dell'oggetto del giudizio, e «l'oggetto del giudizio amministrativo, nel processo amministrativo, è costituito dalla questione di legittimità dell'atto impugnato»³¹, ebbene, allora, la pregiudizialità amministrativa non può qualificarsi come una questione pregiudiziale, in quanto l'oggetto di quest'ultima non può essere il medesimo di quello del processo³².

accolta solo se risultino fondate le censure di legittimità avverso di esso». Di opinione contraria è F. FRANCIOSI, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti dell'autonomia dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2007, 441 ss., il quale, affrontando il problema del termine decadenziale, prende in considerazione l'ipotesi della proposizione della sola azione risarcitoria nel termine di decadenza senza la contemporanea domanda di annullamento dell'atto. In un caso siffatto «ciò che manca è la domanda di annullamento, ma non mi pare che questa possa essere imposta per il fatto che il giudice (amministrativo) ha il potere di pronunciare sentenze che potrebbero accogliere tale domanda. Non si può cioè osservare in contrario che poiché il giudice amministrativo ha il potere di annullare, il *petitum* del ricorso amministrativo è obbligatorio all'annullamento» (455). Sicché è «possibile affermare/ampliare l'autonomia dell'azione risarcitoria, negandone la subordinazione alla previa proposizione del giudizio di annullamento, consentendone l'autonoma proposizione entro il termine di decadenza» (457).

³⁰ A. ROMANO, *op. cit.*, pp. 217-218.

³¹ A. ROMANO, *op. cit.*, p. 221, il quale ricorda che vi è in dottrina chi sostiene che «l'oggetto del giudizio sarebbe viceversa costituito dalla questione di violazione dell'interesse legittimo del ricorrente, interesse legittimo che avrebbe la consistenza di una situazione giuridica soggettiva sostanziale». L'A. però, a seguito di una articolata descrizione delle definizioni di interesse legittimo in allora fornite dalla dottrina, conclude sostenendo che l'accoglimento di una tesi piuttosto che di un'altra sul contenuto dell'oggetto del giudizio amministrativo «non incid[e] troppo sulla determinazione del limite finale della pregiudiziale», a meno che non si aderisca alla tesi per cui l'oggetto del giudizio amministrativo «sarebbe costituito dal potere del privato di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato» (229). In tal caso «l'illegittimità dell'atto impugnato si dovrebbe porre [...] come il fatto costitutivo o, quantomeno, come la condizione di esercizio, del potere di provocare l'annullamento dell'atto stesso». Per cui – conclude l'A. – «la soluzione della questione che costituirebbe l'oggetto del giudizio, ossia la questione relativa all'esistenza del potere predetto, dipenderebbe dalla soluzione della questione di legittimità dell'atto impugnato; in altri termini, la seconda sarebbe pregiudiziale alla prima» (229-230).

³² A conclusione diversa potrebbe giungersi, ad esempio, assumendo che il processo amministrativo abbia ad oggetto la verifica della legittimità/liceità del 'contatto' tra p.a. e privato, che in tal modo fungerebbe da cosa pregiudicata, cosicché la legittimità dell'atto impugnato rappresenterebbe la relativa questione pregiudiziale.

Insomma, alla mancanza di una disposizione che espressamente disciplini la pregiudizialità amministrativa, si aggiunge il fatto che questa non pare essere una questione pregiudiziale: e ciò non solo se si consideri l'illegittimità del provvedimento come l'oggetto del giudizio, ma anche laddove si ritenga che essa costituisca solo uno degli elementi per apprezzare la fondatezza della domanda risarcitoria, in tale ultimo caso la sua cognizione rappresentando più che una questione pregiudiziale, una questione preliminare.

In dottrina si ritiene che la questione pregiudiziale «è una questione di merito, avente per oggetto un distinto rapporto, o situazione giuridica, che si definisce appunto pregiudiziale, perché dalla sua esistenza dipende l'esistenza del diritto controverso». Sicché la risoluzione del rapporto pregiudiziale serve a «dichiarare l'esistenza, od inesistenza, del diritto oggetto della domanda dell'attore»³³.

Appare piuttosto evidente che l'accertamento della illegittimità dell'atto amministrativo non sia idoneo a 'costituire' il diritto al risarcimento, sia che per esso si intenda il diritto ad agire in giudizio per il risarcimento, il quale – come si è visto – preesiste a detto accertamento per il solo fatto che ci sia stato un 'contatto' tra la P.A. ed il privato, sia che si intenda il diritto ad ottenere il risarcimento, il quale postula la ricorrenza anche di altri elementi (dolo o colpa grave, ingiustizia del danno, effettiva spettanza del bene della vita)³⁴. Non a caso, la mancata declaratoria di illegittimità

³³ Le parole sono di E. GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, 1987, 69 ss., 71. Che la pregiudizialità amministrativa di cui si discute non sia qualificabile come una pregiudizialità in senso tecnico pare desumersi anche dalle parole di S. MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, 1995, 1 ss., per il quale si ha «pregiudizialità amministrativa quante volte atti o provvedimenti della pubblica amministrazione, o meglio i loro effetti, assumano valore riguardo alla fattispecie di un diritto soggettivo, corrente tra privati o tra un privato e la pubblica amministrazione, determinandone l'esistenza o l'inesistenza, il contenuto o la misura» (2).

³⁴ Da ultimo si è molto discusso se ai fini della condanna della p.a. al risarcimento il Giudice debba accertare la sussistenza della colpa. In merito la Cassazione civile, sez. I, sentenza n. 2122/2010, ritiene che «la responsabilità della P.A., ai sensi dell'art. 2043 c.c., non è configurabile sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa in quanto attività di esecuzione volontaria di un atto amministrativo illegittimo e, quindi, il relativo accertamento non può limitarsi alla constatazione dell'illegittimità dell'atto, giacché ciò si risolverebbe in una inammissibile presunzione di colpa. L'imputazione della responsabilità, da parte del giudice ordinario che del relativo giudizio sia investito, deve invece avvenire in base ad una più complessa valutazione, estesa all'accertamento della colpa e della connotazione dell'azione amministrativa denunciata come fonte di danno ingiusto, desumibile sia dai principi costituzio-

dell'atto non porta il G.A. a dichiarare la inesistenza del diritto fatto valere in giudizio, ma semplicemente la infondatezza della domanda.

Quella in parola, più che altro, pare essere una questione preliminare di merito, ossia una questione che «esorbita dal quadro della fattispecie costitutiva del diritto processualmente fatto valere dall'attore», la decisione sulla quale «ha un valore puramente preparatorio e strumentale rispetto alla decisione della causa, poiché l'accoglimento della relativa eccezione si risolve nella esclusione degli effetti giuridici, propri della fattispecie prospettata dall'attore con la sua domanda e dei quali, altrimenti, potrebbe essere dichiarata l'esistenza»³⁵.

Tuttavia, il fatto che la pregiudizialità amministrativa sia da qualificare come questione, non pregiudiziale, bensì preliminare, ad avviso della dottrina, non è il «vero problema», questo essendo rappresentato dalla necessità «di comprendere *veramente* se l'ammissione dell'azione autonoma non conduca il giudice competente [...] a svolgere, materialmente, la cognizione principale di una situazione sostanziale di cui l'ordinamento, tradizionalmente e normalmente, non permette l'accertamento»³⁶.

A tal proposito pare particolarmente significativo considerare che l'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento – come è stato osservato – rende quest'ultimo «la regola del caso concreto»; e proprio alla luce di ciò «il significato della formula di cui all'art. 7 della legge TAR («diritto pa-

nali in punto di imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in punto di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, in punto di ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza (Cass. 6005/2007; 2705/2007, 15259/2006; 20358/2005)». L'impostazione della Suprema Corte è pienamente condivisa dal G.A. (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 4522/2010, e TAR Lombardia – Milano, sez. IV, sentenza n. 858/2011), nonostante la Corte di Giustizia, con la sentenza n. C-314/2009 del 30 settembre 2010, abbia affermato che «la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata».

³⁵ Così E. GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, 74-75, il quale ritiene che «fra le questioni preliminari di merito rientrano, ad esempio, le questioni che si riallacciano alle eccezioni di prescrizione, di decadenza, d'incapacità a contrattare».

³⁶ Così, 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» cit.*, 539.

trimoniale consequenziale”) contribuisce a chiarire meglio i termini della questione, poiché in essa vi è espressa l’idea che il risarcimento andrebbe compreso “nell’ambito della giurisdizione” del giudice amministrativo e delle regole che ne caratterizzano e ne limitano il sindacato»³⁷.

In effetti, tanto le questioni pregiudiziali di merito, quanto quelle preliminari di merito, rappresentano passaggi obbligati per la decisione sulla domanda principale; per cui, sempre al fine di verificare la ‘praticabilità’ del processo amministrativo risarcitorio senza pregiudizialità, la domanda cui dare risposta è se tali questioni (tanto preliminari, quanto pregiudiziali) possano essere risolte con un accertamento incidentale, vale a dire senza che la cognizione sull’atto amministrativo debba terminare con un giudicato, cosicché essa non richiederebbe l’impugnazione dell’atto stesso³⁸.

³⁷ Così, ancora, F. CORTESE, *op. ult. cit.*, 540-541.

³⁸ Una siffatta conclusione presuppone una nozione molto ampia di questione pregiudiziale, capace di ricomprendere ogni questione potenzialmente idonea a definire il giudizio. In merito, V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali. Diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, vol. XIV, 1957, 675 ss., sostiene che «il legislatore sembra aver considerato come pregiudiziale ogni questione che non solo debba essere (come si esprime[va] l’art. 124 C. Civ.) “preventivamente giudicata”, ma che possa costituire oggetto di autonoma pronuncia (e quindi dar luogo a “parte” o a “capo” di sentenza), in quanto la sua soluzione è potenzialmente idonea a definire il giudizio. Ciò è vero tanto per le questioni processuali che per le questioni di merito». Diversa è la tesi di S. MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali* cit., 1-2, ad opinione del quale «l’art. 34 c.p.c. indica chiaramente che sono *questioni pregiudiziali di merito* quelle che potrebbero “formare oggetto di un giudizio autonomo e dare luogo in questo caso a cosa giudicata”; esse debbono essere tenute distinte dalle *questioni preliminari di merito* (o *pregiudiziali in senso stretto*) che, pur concernendo al pari delle prime la fondatezza o meno della domanda, non hanno per oggetto un elemento in grado di costituire da sé solo il contenuto di un autonomo processo, idoneo, di conseguenza, a fornire materia per il giudicato sostanziale». E – prosegue l’A. – «l’“accertamento incidentale”, proprio perché suppone la *decisione con efficacia di giudicato* dell’elemento accertato, non può all’evidenza che riguardare le sole “questioni pregiudiziali di merito”, non essendo le questioni di rito e quelle preliminari di merito in grado di fornire contenuto ad un’autonoma domanda giudiziale e di determinare, conseguentemente, la produzione del giudicato sostanziale». Più di recente, ancora V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civile*, vol. XVI, 1997, 158 ss., 159, ha ribadito che la «tesi per cui sarebbero questioni pregiudiziali in senso tecnico soltanto quelle idonee a dar luogo ad accertamento incidentale [...], e quindi a costituire oggetto di un autonomo giudizio, suscita, di per se stessa, non poche perplessità». Ad opinione dell’A. una tesi siffatta, da un lato, «porta ad escludere dal novero delle questioni pregiudiziali proprio quelle che il legislatore ha testualmente definito tali, ossia le questioni processuali (art. 279 n. 2), dal momento che le stesse non possono essere poste autonomamente ad oggetto di una controversia»; dall’altro, «urta sotto altro aspetto con la disciplina vigente», non potendosi «trascurare che nella sistematica del codice, l’autonomia delle decisioni di questioni preliminari di merito (alle quali non può essere di certo negato il carattere di “pregiudizialità” in senso tecnico) non presuppone necessariamente l’idoneità delle questioni stesse a costituire oggetto di un diverso ed autonomo processo». Ad esempio, si pensi alla questione della prescrizione, la quale – continua l’A. – «indubbiamente è tra quelle contemplate dai nn. 2 e 4 del citato art. 279 e la

A ben riflettere, stante la perdurante incertezza concettuale riguardante il fenomeno della pregiudizialità amministrativa, non pare peregrino ritenere che tra la pretesa risarcitoria e l'accertamento della illegittimità del provvedimento, piuttosto che un rapporto tra cosa pregiudicata e cosa pregiudiziale, si possa configurare semplicemente un rapporto di natura – a dir così – tecnico-processuale, il quale, ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, richiederebbe solo che venisse deliberata la legittimità dell'atto impugnato senza che si formi un giudicato. Da un rapporto siffatto discenderebbe, infatti, l'applicazione dell'art. 34 c.p.c.³⁹, che, appunto, consentirebbe al G.A. di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo senza la sua impugnazione; atto che, quindi, nel processo amministrativo risarcitorio senza pregiudizialità rileverebbe «solo come fatto storico»⁴⁰, la cognizione incidentale avendo «sempre una portata di mero accertamento [che] dunque non può toccare né l'atto (come l'annullamento) né i suoi effetti (come la disapplicazione)»⁴¹.

In dottrina si è sostenuto che l'art. 34 c.p.c. prevede come regola l'accertamento incidentale della questione processualmente presupposta, il Giudice potendo così conoscere, senza efficacia di giudicato, di tutte le

cui decisione, quindi, è “capo” o “parte” di sentenza, pur non potendo la questione stessa costituire autonomo oggetto di un'autonoma controversia».

³⁹ Per il quale «il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui». In merito all'applicabilità nel processo amministrativo delle disposizioni contenute nel codice di procedura civile, l'art. 39 del Codice del processo amministrativo, rubricato «rinvio esterno», prevede che «per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

⁴⁰ L'espressione è – come riferito, *retro*, alla nota 2 – di A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 462. L'A. non rinviene preclusioni al sindacato in via incidentale del G.A. anche nel caso in cui tra due atti amministrativi vi sia un «nesso di carattere sostanziale» e non di «pregiudizialità processuale», così come avviene nell'ipotesi in cui «si impugni un provvedimento di annullamento d'ufficio di altro atto amministrativo, e il motivo di ricorso sia costituito dalla carenza di presupposto, in quanto questo secondo atto sarebbe stato pienamente legittimo; in questo caso, la illegittimità di questo atto, è condizione di legittimità del provvedimento del suo annullamento». In tal caso – continua l'A. – il G.A. potrà «pienamente sindacare la legittimità dell'atto diverso da quello impugnato, senza incontrare preclusioni, a meno che la valutazione di tale legittimità non abbia già costituito oggetto di un autonomo giudizio, conclusosi con una decisione passata in giudicato» (460-461).

⁴¹ I. PAGNI, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno: il nuovo volto dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela demolitoria*, in *Dir. pubbl.*, 2008, n. 3, 779 ss., 811.

questioni che si pongono come antecedente logico alla decisione finale⁴². Non a caso, tanto le questioni preliminari, quanto quelle pregiudiziali, sono rilevabili d'ufficio: un ulteriore argomento che milita in favore della non necessaria previa impugnazione dell'atto amministrativo lesivo.

A dire il vero, la giurisprudenza maggioritaria⁴³ e parte della dottrina⁴⁴ non concordano con tale interpretazione, per lo più ritenendosi che la cosa giudicata «ricomprende anche la decisione degli elementi pregiudiziali, che costituiscono il presupposto logico-necessario della statuizione finale»⁴⁵.

Tuttavia – è stato obiettato –, ove si tratti di una delle ipotesi di cd. 'pregiudizialità tecnica', le quali ricorrono nel caso in cui un «rapporto sostanziale (o meglio un suo effetto) è fatto costitutivo di un altro ed autonomo rapporto materiale, ontologicamente differenziato rispetto al primo», è «pressoché pacifico il principio in forza del quale [esse] fuoriescono dall'oggetto del processo e rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 34 c.p.c.»⁴⁶. E ascrivere la pregiudizialità amministrativa tra i casi di pregiudizialità tecnica è operazione che pare potersi condividere: nel giudizio risarcitorio la situazione soggettiva azionata è un diritto soggettivo di credito⁴⁷, ed il suo oggetto è il ristoro patrimoniale del danno subito ad opera della P.A., sicchè la cognizione sulla legittimità del provvedimento – il quale rappresenta l'espressione finale di un rapporto non 'gravato' dalla (se

⁴² Cfr. S. SATTA, voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 1958, 242 ss., 243.

⁴³ Cfr., tra quelle più significative, Cassazione civile, sez. II, sentenza n. 1564/1988.

⁴⁴ Tra gli altri cfr. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, 1969, 866 ss.

⁴⁵ Così S. MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali* cit., il quale conclude sostenendo che ove si accedesse però a tale orientamento l'oggetto del processo (e del giudicato) sarebbe «notevolmente dilatato in danno della pregiudizialità, della quale è difficile comprendere quale sia il residuo spazio applicativo» (9).

⁴⁶ Alla ipotesi della pregiudizialità tecnica si contrappone quella della pregiudizialità logica, che si configura quando «un effetto giuridico è soltanto parte di un più ampio rapporto sostanziale, con la conseguenza che si è in presenza di una relazione non tra due entità distinte, ma tra il tutto e la sua frazione». Tale fenomeno «fuoriesce» dall'ambito di applicazione dell'art. 34 c.p.c., «in quanto, allorché è fatto valere in causa l'effetto giuridico semplice, l'oggetto del processo (e del giudicato) è rappresentato non soltanto da questo, ma anche dal più ampio rapporto complesso che lo ha originato», così ancora S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 9.

⁴⁷ Secondo F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità*, in www.giustamm.it, il quale richiama le considerazioni svolte da A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, n. 1, è questa la situazione giuridica soggettiva che «indubbiamente» fonda la domanda risarcitoria.

pur sostanzialmente connesso alla) domanda risarcitoria – ben potrebbe essere solamente funzionale a valutare la fondatezza della domanda medesima⁴⁸.

Parrebbe fuor di dubbio che, sebbene sembri ‘praticabile’ la strada di un giudizio risarcitorio senza pregiudizialità, il ricorrente, avendone l’interesse, possa chiedere l’annullamento dell’atto, che, come ovvio, dovrà essere tempestivamente impugnato. Di contro, ove il ricorrente non manifesti tale esigenza, almeno sotto il profilo processuale, pare possibile che il giudicato si formi solo sulla domanda risarcitoria, mentre la sussistenza degli elementi per accoglierla, ovvero rigettarla, verrà accertata in via meramente incidentale⁴⁹.

In definitiva, il processo amministrativo risarcitorio, se pur con qualche residua riserva, sembra rappresentare una soluzione normativamente e processualmente sostenibile.

⁴⁸ Che tale interpretazione non sia del tutto peregrina sembra essere confermato dalle recenti ordinanze delle SS.UU. della Corte di Cassazione, nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, pronunciate su regolamenti di giurisdizione riguardanti azioni risarcitorie proposte per la lesione del legittimo affidamento che si sarebbe formato sulla scorta di provvedimenti amministrativi inizialmente favorevoli e poi annullati. La Corte ha ritenuto sussistere la giurisdizione ordinaria, in quanto la domanda risarcitoria aveva come *causa petendi* la violazione del legittimo affidamento, mentre l’esercizio del potere che avrebbe provocato la lesione non era stato ‘portato’ in giudizio, ciò impedendo il radicarsi della giurisdizione amministrativa. In merito a tali ordinanze si v. le considerazioni svolte nel par. 7.

⁴⁹ È questa la conclusione cui «da cultore del diritto processuale generale» giunge I. PAGNI, *op. cit.*, 815, la quale aggiunge che «non vi è dubbio che, *ratione materiae*, dovranno essere gli studiosi del diritto amministrativo a valutare la relazione che corre tra il diritto all’annullamento dell’atto e il diritto al risarcimento del danno, e se il secondo possa considerarsi la proiezione principale, o fondamentale, o centrale del primo (come la rivendica lo è del diritto di proprietà), nel qual caso soltanto sarà corretto negare al giudice amministrativo la possibilità di una cognizione meramente incidentale della legittimità dell’atto amministrativo» (814-815). Diversa è l’opinione di G. VERDE, *La pregiudizialità dell’annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno* cit., 973, il quale ritiene «meritevole di attenta riflessione [...] l’argomentazione del giudice civile, secondo la quale il giudice per accertare l’illecito, che ha provocato il danno, non deve disapplicare alcun atto amministrativo, ma deve accertare la sua illegittimità e ciò può fare soltanto *principaliter* e quindi con efficacia di giudicato». Invero, «in un giudizio risarcitorio che abbia come fondamento la violazione di una aspettativa rilevante (o di un interesse legittimo in senso stretto), l’accertamento dell’illegittimità dell’azione amministrativa viene in rilievo non come presupposto della condotta (fatto), ma come elemento che qualifica (atto) la posizione soggettiva, sulla base di un giudizio riservato alla giurisdizione (necessaria) del giudice amministrativo» (978). Tale accertamento – conclude l’A. – «non può costituire oggetto di una questione pregiudiziale da decidere con efficacia endoprocessuale, ma riguarda un elemento della fattispecie da accertare con efficacia di giudicato» (978).

La sua effettiva praticabilità, però, è subordinata all'ampliamento della cognizione del giudice, che andrebbe estesa dall'atto all'attività amministrativa⁵⁰, nella cui trama il Giudice deve trovare gli elementi per condannare a risarcire il danno. È dunque anzitutto necessario un mutamento di prospettiva, «un'apertura processuale alla domanda di accertamento di un fatto illecito complesso ascrivibile all'amministrazione, cui è connessa la domanda di condanna», che darebbe definitivamente il via libera al sopraggiungere di un giudizio risarcitorio «puro, perché non tratta il danno da risarcire solo come *conseguenziale* all'annullamento»⁵¹.

Del resto, una siffatta evoluzione del processo amministrativo – come sostenuto dalla dottrina in parola – avrebbe pure un significativo (quanto risalente) aggancio di diritto positivo, rappresentato dagli artt. 4 e 5 della L. n. 2248, All. E, del 1865⁵², i quali affidano al giudice (ordinario) «una funzione riparatoria dei danni mediante la ponderazione (anche) della conformità a legge del provvedimento, conoscendo dei suoi effetti *in relazione all'oggetto dedotto in giudizio*»⁵³.

Ed è proprio tale dato normativo, vieppiù se letto in combinato disposto con l'art. 103 Cost., che rende immediatamente percepibile la necessità di chiarire se una mera azione risarcitoria, la cui utilità finale consiste nella riparazione in forma patrimoniale del torto subito dal privato che aziona il proprio diritto soggettivo di credito, debba essere proposta al Giudice ordinario ovvero a quello amministrativo.

In merito, l'art. 7, L. n. 1034/1971, prevedendo che «il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali-

⁵⁰ Sul significato da attribuire a tale espressione si v. F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, VI, 2002, 75 ss., nonché M.S. GIANNINI, voce *b) Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, 1958, 988 ss.

⁵¹ Così F. CINTIOLI, *Il processo amministrativo risarcitorio* cit.

⁵² I quali rispettivamente prevedono che «quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso» (art. 4); e che nel caso di cui all'art. 4 «le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi» (art. 5).

⁵³ F. CINTIOLI, *op. cit.*

li consequenziali», sembrava fornire una risposta nient'affatto equivoca, tanto da essere diffusa in dottrina l'idea che, con tale disposizione, il legislatore avesse creato «una giurisdizione esclusiva di nuovo conio e di incerta conformità alla Costituzione – perché relativa a un settore in cui sono per definizione individuabili soltanto questioni di diritto soggettivo – del giudice amministrativo, sulle controversie nascenti dal diritto soggettivo al risarcimento del danno, quando sia violata una situazione giuridica che rientri nella sua generale giurisdizione di legittimità»⁵⁴.

D'altro canto, sulla scorta dell'art. 7, la Corte di Cassazione, nel ribadire che compete al ricorrente scegliere l'azione da spiegare al fine di ottenere il ristoro del pregiudizio subito, afferma che «spetta al giudice amministrativo conoscere della pretesa avanzata per ottenere la sola tutela risarcitoria dei pregiudizi che assume cagionatigli dall'esercizio della funzione amministrativa»⁵⁵.

Ed anche la Corte costituzionale sembra essersi al riguardo già pronunciata, ritenendo che, giusta l'impianto normativo fissato dalla L. n. 205/2000, si deve «escludere che, per ciò solo che la domanda proposta dal cittadino abbia ad oggetto esclusivo il risarcimento del danno, la giurisdizione competeva al giudice ordinario».

Invero – prosegue la Corte – «al precedente sistema che, in considerazione della natura intrinseca di diritto soggettivo della situazione giuridica conseguente all'annullamento del provvedimento amministrativo, attribuiva al giudice ordinario “le controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi” (così l'art. 35, comma 5, del d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera c della legge n. 205 del 2000), il legislatore ha sostituito (appunto con l'art. 35 cit.) un sistema che riconosce esclusivamente al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica poteri idonei ad assicurare piena tutela, e quindi anche il potere di risarcire, sia per equivalente sia in forma specifica, il danno sofferto per l'illegittimo esercizio della funzione». Sicchè, «ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la prete-

⁵⁴ Così G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno* cit., 967.

⁵⁵ Cassazione civile, SS.UU., ordinanza n. 5464/2009 cit., nonché, più di recente, ordinanza n. 15689/2010.

sa risarcitoria abbia – come si ritiene da alcuni –, o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo: avendo la legge, a questi fini, inequivocabilmente privilegiato la considerazione della situazione soggettiva incisa dall’illegittimo esercizio della funzione amministrativa, a questa Corte competeva (e compete) solo di valutare se tale scelta del legislatore – di collegare, cioè, quanto all’attribuzione della giurisdizione, la tutela risarcitoria a quella della situazione soggettiva incisa dal provvedimento amministrativo illegittimo – confligga, o non, con norme costituzionali; ciò che, con la più volte ricordata sentenza n. 204 del 2004, questa Corte ha escluso»⁵⁶.

In altri termini, la Consulta, pur «non prendendo posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria», tuttavia ribadisce «che laddove la legge – come fa l’art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998 – costruisce il risarcimento del danno, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, come strumento di tutela affermandone – come è stato detto – il carattere “rimediale”, essa non viola alcun precetto costituzionale e, anzi, costituisce attuazione del precetto dell’art. 24 Cost. laddove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva e sia resa in tempi ragionevoli»⁵⁷.

⁵⁶ L’orientamento giurisprudenziale in parola consente di ritenere conformi alla Costituzione una serie di casi di giurisdizione esclusiva della cui legittimità costituzionale, invece, si può quantomeno dubitare. Tra questi, ad esempio, vi è la devoluzione alla giurisdizione esclusiva delle controversie «relative a procedure di affidamento lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative» (art. 133, co. 1, lett. e), n. 1) del Codice del processo amministrativo, che ha abrogato l’art. 244, D.Lgs. n. 163/2006, il quale a sua volta era stato riformato dal D.Lgs. n. 53/2010 a seguito del recepimento della Direttiva dell’11/12/2007), su cui sia consentito rinviare ad A. DE SIANO - F. RINALDI, *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. “Direttiva ricorsi”*, in *www.giustamm.it*, n. 7, 2009, 1 ss., spec. 12 ss.

⁵⁷ Da tale interpretazione del riparto di giurisdizione, orientata a dare effettiva attuazione al diritto di difesa ed al principio della concentrazione del processo, discende – ad opinione di G. COMPORTELLI, *op. cit.*, 320 – che «i rapporti tra azione di annullamento e di risarcimento assumono nuovamente una articolazione tale da corrispondere in pieno al concreto interesse perseguito dalla parte lesa, come del resto prescrive il principio processuale della domanda». In tal modo verrebbe «recuperato il senso autentico della logica della cd. concentrazione delle tutele che “costituisce null’altro che attuazione del precetto costituzionale di cui all’art. 24 Cost.”, nella misura in cui consente – in negativo [...] – il superamento del necessario meccanismo del doppio giudizio e svincola, dunque, la concreta azionabilità delle pretese soggettive da presunti blocchi o limiti operativi».

In merito non può non rilevarsi che la Corte fornisce tale interpretazione nell'ambito di un giudizio su una materia di giurisdizione esclusiva: ben potrebbe ritenersi, perciò, che le conclusioni cui essa giunge «nessun argomento apportano a sostegno della tesi [...] di una generalizzata attribuzione al giudice amministrativo delle controversie sul risarcimento dei danni derivanti dall'esercizio anche mediato del potere, al di fuori della giurisdizione esclusiva»⁵⁸.

In effetti, se il percorso argomentativo della Corte costituzionale appare condivisibile con riguardo alla giurisdizione esclusiva, esso non persuade affatto se riferito alla giurisdizione generale di legittimità, per incardinare un giudizio nella quale deve per forza sussistere la lesione di un interesse legittimo. In altri termini, l'affermazione per cui «ai fini del riparto di giurisdizione, è irrilevante la circostanza che la pretesa risarcitoria abbia – come si ritiene da alcuni –, o non abbia, intrinseca natura di diritto soggettivo», alla luce della quale ai fini della individuazione del Giudice da adire rilevarebbe la fonte del danno ingiusto piuttosto che la situazione soggettiva lesa⁵⁹, pare difficilmente estendibile alla giurisdizione di legittimità, sembrando 'funzionare' solo per le materie di giurisdizione esclusiva.

Sembra potersi concludere, pertanto, che l'azione di risarcimento non preceduta da quella caducatoria debba essere incardinata dinanzi al G.O., tranne che nelle materie di giurisdizione esclusiva⁶⁰. Del resto, venendo meno la doppia azione (quella per l'annullamento e quella per il risarcimento), che richiederebbe la concentrazione del giudizio dinanzi ad un solo Giudice, verrebbe pure a mancare la ragione (forse l'unica) sulla scorta della quale – secondo l'avviso espresso dalla Corte Costituzionale nei giudizi

⁵⁸ A. LAMORGESE, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite «creano» una nuova giurisdizione esclusiva*, in *Foro it.*, 2007, I, 3187 ss., 3189.

⁵⁹ Peraltro, secondo A. LAMORGESE, *op. ult. cit.*, è dubbio che la fonte del danno possa essere rappresentata dall'esercizio del potere, visto che «quando il potere è esercitato in modo illegittimo, il danno subito dal privato non può essere considerato, in senso giuridico, una conseguenza del potere, per la semplice ragione che, secondo il principio di legalità, esso non è più riconoscibile come tale: ci si trova di fronte ad un illecito di diritto comune e la pubblica amministrazione non può invocare le prerogative (anche giurisdizionali) che l'ordinamento riconosce al pubblico potere (legittimo)» (3189-3190).

⁶⁰ A tale conclusione giunge pure la Corte di Cassazione, per la quale le mere azioni risarcitorie sono quelle dove la lesione del patrimonio del privato «sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato» e la cui cognizione spetta al G.O. (SS.UU., sentenza n. 7160/2010).

aventi ad oggetto la giurisdizione esclusiva – sarebbe «irrilevante», ai fini della individuazione del Giudice da adire, la natura della situazione giuridica soggettiva lesa.

Diversamente opinando, si finirebbe per riconoscere al risarcimento del danno una sorta di immunità dal riparto di giurisdizione costituzionalmente previsto in ragione del fatto che parte in causa è l'amministrazione⁶¹.

6. La pregiudizialità amministrativa quale argine al progressivo disuso dell'azione di annullamento ed al conseguente affievolimento della tutela dell'interesse legittimo

Nel tentativo di definire il rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria sembra assumere un non marginale valore interpretativo la sentenza della Corte costituzionale n. 351/2008, poiché fornisce lo spunto per affrontare il tema della pregiudizialità amministrativa da un diverso angolo prospettico rispetto a quelli utilizzati dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato.

In tale pronuncia la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dei co. 1 e 2 dell'art. 1, L.R. Lazio n. 8/2007, i quali rispettivamente stabilivano: «La Giunta regionale, nei confronti dei componenti di organi istituzionali degli enti pubblici dipendenti, i quali siano decaduti dalla carica ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime a seguito di sentenze della Corte costituzionale, con conseguente risoluzione dei contratti di diritto privato disciplinanti i relativi rapporti di lavoro, è autorizzata a deliberare in via alternativa: a) il reintegro nelle cariche e il ripristino dei relativi rapporti di lavoro; b) un'offerta di equo indennizzo» (co. 1); «La soluzione di cui al comma 1, lettera b), è comunque adottata

⁶¹ Anche per G. COMPARTI, *op. cit.*, 315, «il trasferimento dell'azione civile nel processo amministrativo viene [...] consentito, in deroga ai criteri di riparto delle giurisdizioni». Della legittimità costituzionale di tale trasferimento dubita A. LAMORGESE, *op. ult. cit.*, 3189, secondo il quale consentire al G.A. di conoscere della domanda risarcitoria a prescindere dall'impugnazione dell'atto lesivo e al di fuori delle «particolari materie» di giurisdizione esclusiva comporta che «di fatto [venga] aggirata la *ratio* [dell'art. 103 Cost.] che consente al giudice amministrativo di conoscere dei diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione solo in “particolari materie” anche (e soprattutto) quando eserciti un potere e cioè nelle situazioni in cui i diritti sono intrecciati agli interessi legittimi».

qualora il rapporto di lavoro sia stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi» (co. 2).

La controversia posta all'attenzione del giudice *a quo* riguarda la dichiarazione di decadenza di un dirigente generale di una ASL alla luce del fenomeno dello *spoil system*. A seguito della sentenza n. 104/2007 della Consulta, che aveva annullato la disciplina legislativa regionale sullo *spoil system*, la Regione Lazio approvava la L.R. n. 8/2007, la quale – come riferito – autorizzava la Giunta regionale a scegliere se provvedere al reintegro dei dirigenti nelle originarie cariche ed al ripristino dei relativi rapporti di lavoro, ovvero offrire loro un equo indennizzo.

Chiamata a decidere sulla legittimità di tale disciplina, la Corte costituzionale, ritenendo che l'effettività della tutela del dirigente non potesse essere assicurata attraverso il rimedio risarcitorio, afferma che «sul piano degli strumenti di tutela, forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica [...] non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi». Sicchè – conclude la Consulta – il ristoro economico destinato al dipendente pubblico rimosso senza alcuna valutazione dell'attività svolta ed in assenza di contraddittorio «non attenua in alcun modo il pregiudizio» da questi subito.

Il Giudice delle leggi afferma che il bene della vita cui tende il privato, e la cui attribuzione spetta alla P.A., non è raggiungibile attraverso l'azione risarcitoria. Non ne può discendere altro che quest'ultima, rispetto a quel bene posto 'al di là' del potere amministrativo, rappresenti uno strumento di tutela che – a dir così – sussidia quello demolitorio, il quale nel processo amministrativo è l'unico mezzo idoneo a consentire al frontista della P.A. di perseguire quell'utilità cui originariamente aspirava.

Alla luce di tale conclusione occorre riprendere ad indagare sul ruolo da attribuire all'azione demolitoria ed a quella risarcitoria nel sistema di tutela dell'interesse legittimo.

A ben guardare, l'orientamento (affermato dalla Corte di Cassazione) che riconduce annullamento e risarcimento ad una sostanziale equivalenza in vista di una tutela dell'interesse legittimo non difforme da quella prevista per il diritto soggettivo non appare convincente, questo sembrando 'sacrifi-

care' l'aspetto riguardante la diversità delle utilità (il bene della vita e il ristoro patrimoniale) che attraverso di esse il privato intende raggiungere⁶².

Invero, se l'oggetto della tutela è l'interesse legittimo, e questo rappresenta la situazione soggettiva che 'dialoga' con il potere per conservare o acquisire il bene della vita, ebbene la relativa azione giurisdizionale non può che essere anzitutto funzionalizzata al raggiungimento dell'utilità illegittimamente negata.

E ai fini di una siffatta ricostruzione resta indifferente il fatto che l'oggetto dell'interesse legittimo sia il bene della vita ovvero il provvedimento amministrativo⁶³. Anzi, in questo secondo caso, essa pare 'funzionare' ancora di più: infatti, se – come autorevolmente affermato – l'oggetto dell'interesse legittimo è «il provvedimento amministrativo [...] o, forse, meglio l'assetto di interessi che il provvedimento realizza», e «l'utilità specifica (il bene) verso il quale la situazione soggettiva interesse legittimo propriamente si indirizza è il comportamento dell'amministrazione»⁶⁴, la sua tutela non può che realizzarsi (se non totalmente, quantomeno soprattutto) attraverso l'annullamento dell'atto che ha 'regolato' (illegittimamente) il caso concreto pregiudicando il 'frontista' della P.A.

Non v'è dubbio che, per assicurare una protezione ampia ed effettiva dell'interesse legittimo, sia spesso necessaria una duplice azione, una principale, l'altra complementare: l'integrazione tra loro, infatti, 'esalta' la tutela della situazione soggettiva inautonoma, che, invece, «non si appalesa necessaria solo ove la posizione del privato abbia consistenza di diritto soggettivo e non sia cioè situazione "conformabile" dal pubblico potere e ciò sia nella giurisdizione esclusiva come di quella ordinaria»⁶⁵.

⁶² In merito alla diversità delle due azioni in parola quanto all'utilità finale cui il privato aspira, si v. A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, 127 ss., 128, secondo il quale per tutela specifica si intende «quella tutela diretta a far conseguire al titolare del diritto quelle stesse utilità garantitegli dalla legge (o dal contratto) e non utilità equivalenti»; per tutela risarcitoria, invece, «si indica quella tutela diretta a far conseguire al titolare del diritto non la stessa utilità garantitagli dalla legge (o dal contratto) ma solo utilità equivalenti; non l'utilità o il bene dovuto in natura ma solo il suo equivalente monetario».

⁶³ La tesi secondo cui il bene della vita «sarebbe elemento esterno alla situazione soggettiva, al quale quest'ultima, cioè l'interesse legittimo, si collega strumentalmente» è di F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 28.

⁶⁴ Così F.G. SCOCA, *Contributo cit.*, 29.

⁶⁵ Così A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 243 ss., 264, per il quale la coesistenza tra tutela ripristinatoria e risarcitoria può «rendere persino

La forma di tutela principale resta quella caducatoria: essa consente al privato di giungere al bene della vita, o, più precisamente, di rimuovere l'atto illegittimo che gli impedisce di raggiungerlo. La forma di tutela complementare è quella risarcitoria: essa si pone, appunto, a completamento di quella principale così da permettere il raggiungimento effettivo della utilità (a mezzo della reintegrazione in forma specifica), ovvero da accordare un ristoro patrimoniale ove il bene della vita cui si aspirava sia divenuto irraggiungibile⁶⁶.

In altre parole, la tutela dell'interesse legittimo non può che 'passare' attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo. La tutela caducatoria può essere affiancata, ma non sostituita, da quella compensativa del danno, perché il ristoro patrimoniale che quest'ultima consente consiste in una utilità differente rispetto a quella cui il privato aspirava, che, senza l'annullamento dell'atto illegittimo, resterebbe irraggiungibile: invero, evitando l'azione di annullamento ed optando per quella meramente risarcitoria, il privato otterrebbe tutt'al più una monetizzazione della lesione, ma non l'eliminazione

non necessaria la rimozione dell'atto, ove la soddisfazione dell'interessato possa aver luogo per altra via (ad es. risarcitoria). Conseguenza, questa, che potrà apparire anomala, com'è apparsa, ove un risarcimento sia destinato a convivere con un assetto amm.vo non più rimuovibile e quindi in astratto (divenuto) legittimo. Ma dovrà apparire meno anomala ove si assume che appunto la forma di tutela è unitaria ed arbitro di garantire la coesistenza tra interesse pubblico e interesse privato resta il giudice amm.vo, pur nella sede del giudizio risarcitorio» (263).

⁶⁶ Un tale assetto del sistema di tutela dell'interesse legittimo è pienamente conforme alla «configurazione "tipologica"» del rimedio risarcitorio, che, secondo A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria* cit., «ha la funzione di compensare, in termini pecuniari, la perdita in valori economici che il soggetto ha subito. Il risarcimento, si insegna, ha funzione *compensativa* del danno prodotto, tende a rimuovere in termini pecuniari il peso del danno, addossandolo al soggetto che si definisce, in base a diversi criteri (soggettive od oggettivi), responsabile» (245). L'impostazione qui proposta è condivisa dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 1047/2005, nella quale, ribadendo che la L. n. 205/2000 ha «generalizza[to] la regola per cui l'interesse legittimo è tutelato in sede giurisdizionale non solo con l'annullamento, ma anche con lo "strumento di tutela ulteriore" del risarcimento (Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204)», si afferma che «l'ordinamento consente al giudice amministrativo di verificare: se l'accoglimento della domanda principale di annullamento dell'atto impugnato – in sede giurisdizionale o straordinaria – comporti una tutela pienamente soddisfacente; se sia il caso di disporre, anche in via alternativa, la condanna ad un risarcimento, qualora il ricorrente non possa conseguire dall'annullamento – e dalle connesse statuizioni coercibili col giudizio di ottemperanza – una piena tutela (in ragione della irreversibile esecuzione dell'atto), ovvero una effettiva utilità (per un ostacolo derivante dal diritto pubblico, quale l'impossibilità giuridica di emanare un ulteriore provvedimento, emendato dal vizio già riscontrato, o la consolidazione della posizione di un terzo)».

della stessa, l'utilità che originariamente intendeva ottenere restandogli preclusa⁶⁷.

Insomma, la piena tutela dell'interesse legittimo pare raggiungibile soprattutto (e in alcuni casi solo) attraverso la 'cooperazione' di rimedi ripristinatori e risarcitori, viepiù se usati dinanzi allo stesso Giudice. Ove dovesse essere utilizzato solo lo strumento caducatorio, la domanda di giustizia potrebbe restare senza soddisfazione concreta, in quanto l'utilità cui il privato aspirava potrebbe non essere raggiungibile con un mero annulla-

⁶⁷ Del resto, affinché il ricorrente possa raggiungere un 'risultato' favorevole in giudizio, proporre l'azione di annullamento pare quantomeno opportuno, visto che la domanda di risarcimento dei danni per la lesione degli interessi legittimi pretesivi resta di difficile accoglimento. Accoglimento che, per una parte della dottrina – tra gli altri, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Appunti di Diritto Amministrativo*, Napoli, 2005, 216 ss. –, è addirittura impossibile, data la loro ontologica irrisarcibilità. Di diverso avviso è la giurisprudenza, per la quale, però, la natura sostanziale dell'interesse legittimo pretensivo richiede comunque l'impiego di una tecnica di accertamento del danno che rende obiettivamente difficile dimostrare la fondatezza della domanda risarcitoria. Invero, mentre per gli interessi oppositivi la tutela risarcitoria «è sempre ammessa in presenza di un atto amministrativo illegittimo che abbia compresso la posizione di vantaggio del privato, non essendo necessaria una prognosi sull'esito favorevole delle aspettative dell'interessato, in quanto il collegamento con il bene della vita si è già consolidato in virtù di un precedente provvedimento, e tanto basta a pretendere la riparazione delle conseguenze patrimoniali sfavorevoli dell'illegittimità dell'azione amministrativa» (così Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 7586/2009), «il favorevole vaglio di una domanda di risarcimento per lesione di un interesse legittimo pretensivo», invece, «presuppone che il soggetto che si assume danneggiato abbia adempiuto all'onere di fornire una prova, ancorché prognostica, della spettanza del bene della vita dichiaratamente leso»; e la prova da fornire non riguarda l'astratta titolarità dell'interesse legittimo, bensì «la virtuale spettanza e pure il contenuto sostanziale di siffatta situazione giuridica soggettiva». In una fattispecie avente ad oggetto l'illegittima reiterazione di vincoli espropriativi, il G.A. ha ritenuto non essere sufficiente ai fini del risarcimento del danno che gli appellanti deducessero la pregressa impossibilità di utilizzare un terreno a fini edificatori, il preteso danneggiato essendo «chiamato a sottoporre al giudicante una sufficiente dimostrazione, quand'anche fondata su elementi indiziari gravi, precisi e concordanti (art. 2729 c.c.), della natura e della consistenza dell'aspettativa di diritto ingiustamente conculcata dall'illegittimo esercizio della discrezionalità amministrativa e della sua reiterata riedizione». Da ciò discende – ad avviso del Collegio – che gli appellanti «invece di limitarsi alla allegazione di un possibile e generico uso edificatorio delle loro aree, avrebbero dovuto prospettare, non già la mera aspettativa di una diversa e più favorevole destinazione urbanistica dei loro lotti, ma la ragionevole probabilità, sulla base della disciplina applicabile alla fattispecie e secondo un criterio di normalità, dell'esito favorevole di una loro istanza di assenso edilizio». Segnatamente, essi «avrebbero dovuto offrire un'esatta indicazione dell'oggetto del *jus aedificandi* asseritamente leso, ovverosia avrebbero avuto l'onere di dimostrare in che cosa si sarebbe concretato l'esercizio della loro facoltà edificatoria qualora non si fosse frapposta, rispetto alla realizzazione del bene-interesse perseguito, l'illegittima intermediazione amministrativa. Soltanto tale correlazione, immediata e diretta, tra la violazione commessa dalla pubblica amministrazione e il programma realizzativo del titolare dello specifico interesse pretensivo rende possibile, difatti, l'attivazione dei poteri giurisdizionali di accertamento e di liquidazione del danno effettivamente patito» (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6038/2009).

mento. All'opposto, qualora il privato utilizzi solo la tutela risarcitoria, egli potrà ottenere tutt'al più la compensazione patrimoniale del danno subito, ma mai l'utilità cui tendeva, in quanto la composizione degli interessi avvenuta all'interno del provvedimento divenuto ormai inoppugnabile resterà così senza possibilità di modifica.

In definitiva, nella dinamica della tutela dell'interesse legittimo l'azione caducatoria e quella risarcitoria ricoprono ruoli ben differenti, perché le situazioni soggettive che attraverso di esse si proteggono, e le utilità che con esse si conseguono, sono diverse. Se il privato è intenzionato a tutelare l'interesse legittimo, non potrà che scegliere l'azione giurisdizionale che gli consente di giungere a quella utilità che gli è stata negata dalla P.A., non potendo che optare, quindi, per quella caducatoria. Viceversa, il risarcimento del danno reca, per un verso, un diritto soggettivo di credito come situazione giuridica presupposta, e, per un altro, la compensazione patrimoniale del danno come pretesa finale dell'azione giurisdizionale, di talché esso è uno strumento che può solo concorrere (insieme all'annullamento dell'atto) alla protezione dell'interesse legittimo.

Sebbene non possa che ammettersi che entrambe le azioni servono a rendere effettivo il precetto di cui all'art. 24 Cost., e che sono autonome l'una dall'altra (nel senso che sono disgiuntamente proponibili e in termini diversi), resta il fatto, tutt'altro che insignificante, che non entrambe hanno la vocazione/capacità di riparare la lesione che il privato subisce in ordine al mancato raggiungimento del bene della vita, vocazione/capacità che è propria solo dell'azione caducatoria.

Tale conclusione non serve di certo a dirimere tutte le questioni riguardanti la domanda risarcitoria quando la fonte del danno è rinvenibile in un atto amministrativo, sebbene, alla luce di essa, molte di queste potrebbero perdere parte del loro rilievo: se, infatti, oggetto della tutela è l'interesse legittimo, non si vede come l'azione risarcitoria possa essere 'slegata' da quella caducatoria, la prima tutt'al più servendo a completare il 'lavoro' svolto dalla seconda.

Vista in tale prospettiva, la pregiudizialità amministrativa sembra costituire, dunque, un efficace strumento di attuazione dell'art. 24 e degli artt. 103 e 113 Cost., in quanto la propedeutica proposizione dell'azione cadu-

catoria (rispetto alla – solo eventuale – azione risarcitoria) non pare affatto comportare una attenuazione della tutela giurisdizionale del privato, risolvendosi, al contrario, nell'accordare preferenza al necessario esperimento dell'unico rimedio in grado di dare effettiva soddisfazione alla pretesa sostanziale collegata all'interesse legittimo.

Invero, la inadeguatezza del sistema delle azioni volte ad assicurare una effettiva protezione dell'interesse legittimo non sembra ragione sufficiente per 'accantonare' la pregiudizialità amministrativa, la quale, invece, rappresenta un argine (forse l'unico) al progressivo disuso dell'azione di annullamento ed al conseguente (ulteriore) affievolimento della tutela dell'interesse legittimo.

Anzi, a ben riflettere, proprio perché la peculiare consistenza giuridica dell'interesse legittimo non è motivo – come sostiene la Corte di Cassazione sin dalla sentenza n. 500/1999 – per assicurargli un grado di protezione inferiore rispetto al diritto soggettivo, è necessario individuare quelle forme di tutela (semmai 'imponendo' una propedeuticità tra di esse) che siano effettivamente in grado di tutelarlo. Ed il risarcimento del danno, almeno da solo, non è tra queste, in qualche modo imponendosi la cooperazione con l'azione di annullamento, la quale resta l'unico specifico strumento giurisdizionale di tutela dell'interesse legittimo⁶⁸.

⁶⁸ L'utilità della integrazione tra tutela reale e risarcitoria ai fini di una piena protezione dell'interesse legittimo – resa necessaria dalla ontologia sia delle due forme di tutela, sia della situazione soggettiva in parola –, è avvertita già da P. GASPARRI, *Sulla risarcibilità dei danni subiti con la lesione di interessi legittimi*, in *Atti del Convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, Milano, 1965, 175 ss., per il quale «se l'annullamento sopraggiunge prima che il comando indebitamente ma efficacemente emanato, ha già avuto esecuzione, si è cioè tradotto in una modificazione della realtà naturale, la pronuncia annullativa basta, di per sé, a ristabilire lo *status quo ante*. Se invece l'annullamento sopraggiunge quando il comando indebitamente ma efficacemente emanato ha già avuto esecuzione, l'annullamento giuridico avrà una rilevanza pratica se e nei limiti in cui possa essere eseguito dalla eliminazione degli effetti naturali posti in essere in esecuzione di esso». Altrimenti vi sarà la sola possibilità del risarcimento per equivalente, che «può sostituire quello specifico, qualora questo non sia tecnicamente possibile, e verrebbe a risultare eccessivamente costoso. E ben può darsi che il risarcimento per equivalente si accompagni a quello specifico per integrarlo se, e nei limiti in cui, quest'ultimo risulti insufficiente a riequilibrare i rapporti economici che il comportamento illecito ha turbato, rispetto al modello legislativo» (178-179).

7. Ulteriori evoluzioni del rapporto tra azione di annullamento ed azione di risarcimento alla luce del Codice del processo amministrativo: dalla pregiudizialità processuale alla pregiudizialità causale.

In esercizio della delega contenuta nell'art. 44 della L. n. 69/2009, con il D.Lgs. n. 104/2010 è stato approvato il primo Codice del processo amministrativo, il quale, nella sua articolata composizione, attraverso la definizione dei principali tratti del rapporto tra l'azione di annullamento e quella di condanna al risarcimento dei danni, si occupa anche della questione della pregiudizialità amministrativa.

Mentre l'art. 29, senza alcuna novità rispetto al tradizionale assetto del processo amministrativo, prevede che «l'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni», l'art. 30, nel dettare la disciplina dell'azione di condanna (non solo al risarcimento del danno), dispone anzitutto che essa «può essere proposta contestualmente ad altra azione, o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, in via autonoma» (co. 1).

L'autonomia processuale dell'azione di condanna rispetto a quella di annullamento è anticipata già dall'art. 7, co. 4, il quale prevede che le controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, nonché agli altri diritti patrimoniali consequenziali, possono essere «introdotte in via autonoma»; e poi confermata nell'art. 34, il quale, in primo luogo, considera il giudizio risarcitorio autonomo l'eccezione al generale divieto per il G.A. «di conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento» (co. 2); e, in secondo luogo, dispone che «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori» (co. 3)⁶⁹.

Il Codice, inoltre, amplia il termine decadenziale di proposizione dell'azione di condanna, diversificando peraltro il momento della sua de-

⁶⁹ Tra le prime decisioni riguardanti quest'ultima disposizione cfr. TAR Lazio – Roma, sez. III, sentenza n. 41/2011, nonché TAR Marche, sez. I, sentenza n. 2/2011.

correnza: se la domanda di condanna al risarcimento è esperita in via autonoma, essa «è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo» (co. 3); se, invece, «sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza» (co. 5).

Dopo aver affermato l'autonomia dell'azione di condanna, il legislatore – intendendo sgombrare il campo dai dubbi circa la residua esistenza della 'concorrenza' delle giurisdizioni ordinaria ed amministrativa sulla tutela risarcitoria – chiarisce che dell'azione di risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi, «conosce *esclusivamente* il giudice amministrativo» (co. 6)

⁷⁰.

Orbene, ad una prima lettura la disciplina appena descritta potrebbe apparire in grado di porre fine alle dispute, da un lato, sul Giudice da adire per la proposizione dell'azione risarcitoria, e, dall'altro, sulla pregiudizialità amministrativa: la domanda di risarcimento dei danni è proponibile in via autonoma da quella caducatoria e deve essere proposta, se si lamenta la lesione di un interesse legittimo ovvero, in materia di giurisdizione esclusiva, di un diritto soggettivo, «esclusivamente» al G.A. Ciò nondimeno, l'assetto tra rimedi ripristinatori e risarcitori raggiunto dal Codice è tutt'altro che esente dal destare perplessità, anzitutto per quel che riguarda l'individuazione del Giudice competente a conoscere dell'azione autonoma di risarcimento del danno derivante da lesione di interesse legittimo.

Come si è già avuto modo di osservare, l'azione risarcitoria 'pura' reca come situazione giuridica soggettiva presupposta un diritto soggettivo di credito ed è finalizzata alla reintegrazione della sfera patrimoniale del danneggiato; cosicché nel relativo giudizio, per un verso, il provvedimento amministrativo rappresenta solamente un elemento costitutivo dell'illecito la cui legittimità deve essere accertata in via incidentale, e, per un altro, l'interesse legittimo non è oggetto della tutela domandata dal ricorrente. Di

⁷⁰ Corsivo di chi scrive.

qui viene allora di domandarsi come sia possibile che l'azione risarcitoria autonoma venga devoluta «esclusivamente» al G.A. piuttosto che al G.O.

Nonostante l'art. 7, co. 4, iscriva il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi (anche quello proposto in via autonoma) nella giurisdizione generale di legittimità, pare evidente che il legislatore abbia costruito una riserva di giurisdizione a favore del G.A., per adire il quale in sede risarcitoria sembra irrilevante la situazione soggettiva dedotta in giudizio e determinante il fatto che il danno ingiusto sia «derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria». In altri termini, nonostante nell'azione risarcitoria 'pura' siano individuabili soltanto questioni di diritto soggettivo, il legislatore ne attribuisce la cognizione «esclusivamente» al G.A., così sottraendo alla giurisdizione del G.O. il risarcimento del danno che trova fonte nell'azione o nell'omissione dell'amministrazione.

Un siffatta riserva di giurisdizione a favore del G.A. – la quale appare una ipotesi mascherata di giurisdizione esclusiva⁷¹ –, è di incerta conformità alla Costituzione, alla luce della quale l'azione risarcitoria autonoma dovrebbe essere conosciuta dal G.O. Proprio al fine di evitarlo, il legislatore 'costruisce' il risarcimento dei danni che trovano fonte nell'attività amministrativa come una vera e propria 'materia' da sottoporre «esclusivamente» alla cognizione del G.A., il quale, considerato il crescente squilibrio del rapporto tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa nelle controversie in cui la P.A. è parte in causa, finisce per essere sempre di più il giudice 'dell'amministrazione'.

Le perplessità appena manifestate sembrano trovare conferma nelle recenti ordinanze delle SS.UU nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, dove la giurisdizione del G.A., tanto quella esclusiva, quanto quella di legittimità, è stata esclusa in giudizi aventi ad oggetto la sola domanda risarcitoria.

In tali decisioni la Corte è stata chiamata ad individuare il Giudice dotato di giurisdizione su azioni risarcitorie per la lesione del legittimo af-

⁷¹ Benché l'art. 30, co. 6, preveda che il G.A. conosca «esclusivamente» di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi, l'azione di condanna al risarcimento non è inserita nell'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva, di cui è parte solamente quella di «risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo» (art. 133, co. 1, lett. a), n. 1).

fidamento che si sarebbe formato sulla scorta di provvedimenti amministrativi inizialmente favorevoli e poi annullati. Sicchè, ad avviso della Suprema Corte, in mancanza di un atto impugnabile, chi si è visto annullare il provvedimento amministrativo favorevole «ha l'esclusiva possibilità di invocare un'unica tutela risarcitoria, che, non essendo legata alla impugnabilità di un atto, non può essere attratta nell'ambito di operatività della giurisdizione esclusiva e può trovare fondamento unicamente nell'affidamento riposto nel provvedimento»⁷².

Invero, la giurisdizione amministrativa «postula una controversia sulla legittimità o no dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione», solo così la tutela risarcitoria essendo «conseguenziale» e, dunque, comportando «la concentrazione della fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa e quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, dinanzi all'unico giudice amministrativo»⁷³.

In altri termini, secondo l'impostazione delle SS.UU., la giurisdizione amministrativa è «ordinata ad apprestare tutela – cautelare, cognitoria ed esecutiva – contro l'agire della pubblica amministrazione, manifestazione di poteri pubblici, quale si è concretato nei confronti della parte, che in conseguenza del modo in cui il potere è stato esercitato ha visto illegittimamente impedita la realizzazione del proprio interesse sostanziale o la sua fruizione». Ne discende, viceversa, che v'è giurisdizione ordinaria se «la parte che invoca la tutela risarcitoria non postula [...] un esercizio illegittimo del potere, consumato in suo confronto con sacrificio del corrispondente interesse sostanziale, ma la colpa che connota un comportamento costituito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronuncia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legit-

⁷² Così l'ordinanza n. 6595/2011. Il Collegio, nell'ordinanza n. 6594/2011, estende gli esiti del proprio ragionamento pure alla giurisdizione di legittimità, affermando che la possibilità della sola tutela risarcitoria «porta ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, invocata dalle controparti in applicazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000, non solo, ma anche quella generale di legittimità, stante la consistenza di diritto soggettivo della situazione, nel caso di specie, fatta valere».

⁷³ Ordinanza n. 6594/2011. Le SS.UU., sulla scorta delle sentenze della Corte costituzionale n. 292/2000 e 281/2004 sull'art. 35, D.Lgs. 80/1998, nella medesima ordinanza ricordano che «il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova materia attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma esclusivamente uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

timità e orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare»⁷⁴.

Sebbene le SS.UU. emettano le suddette ordinanze sulla scorta di un paradigma normativo diverso da quello attuale (facendo applicazione dell'art. 7, L. n. 205/2000, e non delle norme del Codice), pare che le conclusioni cui essa giunge rispetto a fattispecie in cui non vi erano atti da impugnare siano estendibili ai casi in cui, nonostante vi fosse la possibilità di impugnare l'atto lesivo, il privato volontariamente abbia scelto di proporre solo l'azione risarcitoria. Invero, sembra ininfluyente il fatto che il ricorrente non possa impugnare il provvedimento lesivo (ad esempio, perchè già da altri impugnato ed annullato), ovvero scelga di non farlo, rilevando solo che la controversia non abbia ad oggetto anche l'esercizio del potere, in tal caso – secondo la ricostruzione della Corte – non essendovi spazio per l'intervento del G.A. Se l'interpretazione qui offerta delle ordinanze delle SS.UU. fosse corretta e l'orientamento manifestato venisse confermato, l'art. 7, co. 4, e l'art. 30, co. 6, del Codice, con ogni probabilità, hanno nel loro destino il vaglio della Corte costituzionale.

Mettendo da parte lo scivoloso tema della giurisdizione e focalizzando l'attenzione sul controverso rapporto tra l'azione caducatoria e l'azione risarcitoria, la riconosciuta facoltà del privato di spiegarle in maniera processualmente indipendente l'una dall'altra potrebbe apparire sufficiente a superare la questione della pregiudizialità amministrativa.

A ben vedere, però, sebbene l'azione risarcitoria sia esercitabile in via autonoma, la pregiudizialità amministrativa pare tutt'altro che scompar-

⁷⁴ Ancora ordinanza n. 6595/2011. Per M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS.UU., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in www.federalismi.it, la Corte offre una lettura «riduttiva del legame potere/risarcimento. Il provvedimento favorevole giustamente annullato è comunque espressione del potere pubblico e coerentemente la lesione che esso arreca deve essere ricondotta, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, alla cognizione del giudice amministrativo: tanto più se esso ha già conosciuto in sede cognitoria della sua legittimità». In effetti, la tesi delle SS.UU. lascia un pò perplessi per la radicale esclusione della possibilità di proporre l'azione risarcitoria autonoma anche in ipotesi di giurisdizione esclusiva: a ben riflettere, nulla osta al fatto che il legislatore, seguendo le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 204/2004, possa individuare «particolari materie» da attribuire alla giurisdizione esclusiva del G.A., in cui questi possa conoscere anche dell'azione risarcitoria autonoma.

sa: infatti, il co. 3 dell'art. 30 del Codice, con riguardo alla domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi, prevede che «nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti *e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*»⁷⁵.

La seconda parte della disposizione in parola, ispirata all'art. 1227, co. 2, c.c.⁷⁶, introduce una causa di esclusione della responsabilità della P.A., la quale si configura nel caso in cui il comportamento diligente del danneggiato avrebbe potuto evitare il verificarsi del danno. Comportamento diligente che può concretizzarsi «anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti», che, nel caso in cui il danno lamentato derivi da un provvedimento amministrativo, non possono che essere rappresentati dalla domanda (giurisdizionale o amministrativa) di annullamento⁷⁷.

Invero, che la proposizione dell'azione giurisdizionale da parte del creditore potesse considerarsi una causa di esclusione della responsabilità del debitore è stato sempre negato dalla Corte di Cassazione, la quale, ancora di recente, interpretando il co. 2 dell'art. 1227 c.c., ha sostenuto che «la norma, nel porre come condizione per il risarcimento dei danni l'inevitabilità degli stessi da parte del creditore, impone a quest'ultimo un dovere di cooperazione che si deve estrinsecare in un comportamento certamente operoso, improntato all'ordinaria diligenza, che non può però comprendere, per sua stessa definizione, attività tali da comportare sacrifici, esborsi, o assunzione di rischi, quale può essere l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicitazione di una mera facoltà, dall'esito non certo»⁷⁸.

⁷⁵ Corsivo di chi scrive.

⁷⁶ Per il quale, appunto, «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

⁷⁷ Della medesima opinione è G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa*, in www.giustamm.it, per il quale tra «gli strumenti di tutela previsti» «sicuramente rientra l'impugnazione dell'atto, in sede di giurisdizione o di ricorso amministrativo, superando anche sotto questo profilo quel consolidato orientamento della giurisprudenza civile, che ha sempre escluso che la tutela giurisdizionale fosse da ricomprendere tra i comportamenti normalmente esigibili dal danneggiato, anche per i costi e i rischi che un'iniziativa di tal fatta comporta».

⁷⁸ Cassazione civile, sez. I, sentenza n. 10895/2010, che richiama tra i numerosi precedenti le sentenze nn. 10684/2009, 14853/2007, 19139/2005.

Ma quel che in questa sede più rileva è che una disposizione siffatta finisce per svuotare di effettiva pregnanza l'autonomia processuale dell'azione risarcitoria, in quanto la facoltà del privato di scegliere se proporre o meno l'azione caducatoria è fortemente depotenziata, ai fini risarcitori tale facoltà di fatto (verrebbe da dire:) trasformandosi in un 'obbligo'. Appare piuttosto evidente che molto spesso l'annullamento dell'atto, soprattutto se preceduto dall'accoglimento della domanda cautelare, sarebbe potenzialmente in grado di impedire il verificarsi (o quantomeno di consentire il contenimento) dei danni. Sicchè, ogni volta in cui l'annullamento dell'atto avrebbe potuto, anche solo in via presuntiva, impedire il danno, ma la relativa azione non è stata esperita dal privato, che, invece, ha preferito spiegare l'azione risarcitoria 'pura', questa andrebbe rigettata⁷⁹.

Il che significa affermare che azione caducatoria ed azione risarcitoria sono legate da un rapporto pregiudiziale. Tale pregiudizialità non ha natura processuale, il Codice avendo inequivocamente riconosciuto che la domanda di condanna possa essere avanzata in via autonoma. È invece una pregiudizialità sostanziale di natura causale, essa 'agendo' sul nesso di causalità tra la fonte del danno ed il danno stesso: la domanda di annullamento non proposta, se ritenuta dal Giudice del processo risarcitorio 'puro' idonea ad impedire che il danno si realizzasse ovvero ampliasse, escluderebbe che all'amministrazione possa ascriversi (in tutto o in parte) un apporto causale nel verificarsi del pregiudizio, questo dovendo addebitarsi (in tutto o in parte) all'inattività giustiziale e/o processuale del privato.

Tale linea interpretativa è in larga parte condivisa dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, la quale anzitutto afferma che «la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti dal provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si at-

⁷⁹ Anche per G. GRECO, *op. cit.*, «occorre chiedersi quali siano i danni da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa, che una tempestiva impugnazione dell'atto non avrebbe potuto evitare», vieppiù «se tra i comportamenti esigibili del soggetto leso si dovesse ricomprendere anche l'azione cautelare». L'A. conclude domandandosi «se la pregiudizialità amministrativa sia stata veramente eliminata, così come è formalmente statuito dall'art. 30, c. 1 del Codice, o non si sia piuttosto (sostanzialmente) rafforzata, per la circostanza che la necessità dell'esperimento dei mezzi di tutela (impugnatoria) è ora espressamente prevista dalla legge e non scaturisce soltanto da esigenze di sistema».

teggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato».

Ciò nondimeno – sostiene il Collegio – lo stesso Codice, «pur negando la sussistenza di una *pregiudizialità di rito*, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la *rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione* come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso»⁸⁰. E, facendosi espressamente interprete dell'art. 30, co. 3, aggiunge che la norma «afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile».

Sicchè, ad avviso dell'Adunanza Plenaria «il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui *la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva*, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che *consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati* secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del “*più probabilmente che non*” : Cass., sezioni unite, 11 gennaio 1008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), *recide, in tutto o in parte, il nesso casuale* che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predispo-

⁸⁰ Corsivi di chi scrive.

sto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi»⁸¹.

Il Supremo consesso amministrativo, dunque, pare accedere quasi *in toto* alla lettura qui suggerita dell'art. 30, co. 3, mostrando un diverso avviso solo con riguardo all'interpretazione della espressione «strumenti di tutela previsti», tra i quali – diversamente dall'avviso manifestato da chi scrive – il Collegio ritiene doversi ricomprendere pure «l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa»⁸².

⁸¹ Corsivi di chi scrive. L'Adunanza Plenaria si intrattiene a lungo sulle modalità di verifica della rilevanza causale dell'omessa impugnazione, premettendo allo svolgimento del proprio percorso argomentativo che l'orientamento della Corte di Cassazione sul tema «meriti rivisitazione». Essa – preliminarmente elaborando la figura «dell'abuso del processo», consistente nell'esercizio «improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa» – afferma che «la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (comparativamente) complessa che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile». A diversa conclusione – continua – «si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione». Per il Supremo consesso amministrativo la rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e di condotte da parte del privato «va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia [...] del comportamento complessivo della parte in seno al quale detta omissione processuale si colloca». A tal fine – conclude il Collegio – «un rilievo significativo è destinato ad assumere l'utilizzo del mezzo di prova delle presunzioni ex artt. 2727 e seguenti del codice civile, che consente di valutare se l'apprezzamento dell'illegittimità dell'atto operato in sede risarcitoria avrebbe portato anche all'annullamento dello stesso – dato, questo, in linea generale presumibile, vista l'identità dell'oggetto delle valutazioni – in modo da impedire, alla luce anche delle misure provvisorie adottabili in corso di giudizio o *ante causam*, di mitigare o ridurre il danno».

⁸² Parzialmente diversa è la lettura della sez. VI del Consiglio di Stato, che, nella sentenza n. 1983/2011, afferma che «il danneggiato da un atto amministrativo illegittimo, per accampare il risarcimento dei danni che ne derivano, ha l'onere di tempestivamente attivarsi fino a domandarne l'annullamento giudiziale. Non bastano ad integrare un suo comportamento attivo di ordinaria diligenza, l'invito e la messa in guardia dell'Amministrazione sull'ingiustizia dei danni che l'atto causa; né basta esperire un rimedio amministrativo interno, come un ricorso gerarchico, se poi viene respinto [...]. Occorre una vera e propria domanda di giustizia disponibile contro l'atto amministrativo illegittimo per ottenerne l'annullamento e dunque la cessazione della produzione degli effetti dannosi». Il Collegio aggiunge però che «l'onere si limita all'impugnazione ed è indipendente da qualsiasi esito di quell'azione». Tale ultima affermazione, da un lato, conferma l'importanza della domanda cautelare, in quanto, a differenza della domanda di annullamento, sospendendo l'efficacia del provvedimento lesivo è la sola davvero in grado di evitare il verificarsi o l'amplificarsi del danno; dall'altro, chiarisce la differenza interpretativa con l'Adunanza Plenaria sul contenuto della condotta richiesta al danneggiato. Ad avviso della sez. VI il danneggiato può considerarsi 'ordinariamente diligente' solo se abbia

Il Consiglio di Stato, interpretando l'art. 30, per un verso, ritiene ormai superato il 'modello processuale' della pregiudizialità amministrativa, ma, per un altro, rileva l'avvento di una pregiudizialità sostanziale 'costruita' sulla «rilevanza causale dell'omessa impugnazione tempestiva che abbia consentito la consolidazione dell'atto e dei suoi effetti dannosi».

Ebbene non pare peregrino sostenere che il modello che esita dalla interpretazione dell'Adunanza Plenaria sia sostanzialmente inalterato rispetto a quello proposto dal G.A. nella giurisprudenza precedente al Codice, con la significativa differenza, però, che tale modello è questa volta fondato su una scelta legislativa che appare piuttosto inequivoca: rendere autonome le due forme di tutela in parola sotto il profilo processuale, ma 'legarle' sotto quello sostanziale. Il che – a ben riflettere – sembra rafforzare ancor di più il rapporto pregiudiziale tra annullamento e risarcimento.

Tale conclusione è confermata da una decisione che segue di appena qualche giorno quella dell'Adunanza Plenaria, dove si afferma che «la previa operosa impugnazione giustiziale dell'atto illegittimo è presupposto dell'utilità e del fondamento stesso dell'azione risarcitoria», derivandone che «il risarcimento non è dovuto dalla p.a. in caso di mancata impugnazione dell'atto illegittimo foriero di danno»⁸³. Ciò – continua il Collegio, riproponendo la propria tradizionale lettura dell'azione risarcitoria come

proposto un'azione che gli consenta la «cessazione della produzione degli effetti dannosi». Sicché nella condotta richiesta al danneggiato rientra non il semplice onere di proporre un'azione di annullamento, bensì l'onere di proporre un'azione di annullamento che, indipendentemente dall'esito del relativo giudizio, comporti la «cessazione della produzione degli effetti dannosi»: tale onere può essere assolto solo spiegando ricorso giurisdizionale ovvero straordinario al Presidente della Repubblica.

⁸³ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 1983/2011 cit., nella quale comunque il Collegio non disconosce il fatto che «questo approccio presenta aspetti critici», da un lato, perché «la presentazione di una domanda di tutela giustiziale è comportamento che implica – per il costo e l'alea del giudizio – un apprezzabile sacrificio a carico del danneggiato; sicché per taluno non può essere ricondotta al canone dell'ordinaria diligenza' e si tratta piuttosto di attività di straordinaria diligenza, ovvero gravosa od eccezionale (sul punto, Corte cost., 4 luglio 1999, n. 308; Cass., 22 marzo 1991, n. 3101; 14 gennaio 1992, n. 320); da un altro, perché «così si reintrodurrebbe in via surrettizia una sorta di pregiudiziale di annullamento, ormai abbandonata, e si negherebbe di fatto l'autonomia dell'azione risarcitoria (l'impugnazione giurisdizionale quale previo onere per l'attivazione della domanda risarcitoria equivarrebbe in pratica a un nuovo nesso di *pregiudizialità necessaria* fra l'azione di impugnazione dell'atto e l'utile esperibilità dell'azione risarcitoria stessa)».

strumento di tutela che si aggiunge, in quanto consequenziale, all'annullamento – non pone in dubbio l'autonomia dell'azione risarcitoria, la quale «non ne è negata, perché a ben vedere qui si fa questione non dell'esperibilità dell'azione (la quale è ammissibile anche in assenza della previa azione di annullamento) ma, in termini sostanziali, del diritto al risarcimento del danno come ulteriore strumento di soddisfazione, stavolta per equivalente dell'interesse dell'amministrato, che è oggetto di quell'azione, rispetto a quella classica demolitoria»⁸⁴.

In definitiva, pare indubbio che l'azione di risarcimento del danno ingiusto «derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria» disciplinata dal Codice abbia una serie di 'specialità': essa è sempre e solo di cognizione del G.A.; è soggetta a termini decadenziali piuttosto brevi (con diversa decorrenza a seconda che l'azione sia proposta da sola, ovvero conseguentemente a quella di annullamento); la responsabilità dell'amministrazione è esclusa se il privato avrebbe potuto scongiurare il verificarsi del danno (in tutto o in parte) attraverso l'azione di annullamento e quella cautelare.

Non sembra potersi negare che nella disciplina dell'azione di condanna si rinvenga qualche tratto della trasformazione – da tempo auspicata da gran parte della dottrina – del processo amministrativo da giudizio incentrato sulla delibazione della legittimità dell'atto a giudizio sulla verifica della sussistenza, nelle maglie dell'azione amministrativa, del fatto illecito cui è connessa la domanda di condanna: la individuazione della fonte del danno non nel provvedimento amministrativo, bensì nella «attività amministrativa», sembra rappresentarne una prova.

Ciò nondimeno, il Codice non introduce affatto un giudizio risarcitorio puro, la persistenza del rapporto pregiudiziale tra annullamento e risar-

⁸⁴ Il Collegio, appena dopo, è sul punto ancor più preciso, affermando che «il risarcimento dei danni da atto amministrativo illegittimo ha la finalità di rendere piena e completa, ma non già di duplicare, e a discrezione, la tutela giurisdizionale restitutoria o satisfatoria dell'interessato. La duplicazione di offerta di azioni, perciò, sarebbe di suo irrazionale se non fosse che la tutela risarcitoria (cioè per equivalente) va assunta come sussidiaria rispetto a quella demolitoria (preferenziale perché specifica, direttamente satisfativa e costituzionalmente prevista *ad hoc*: art. 113 Cost.): cioè come volta a riparare le conseguenze patrimoniali negative non eliminabili con la rimozione giustiziale degli atti».

cimento essendo difficilmente discutibile. Tale scelta legislativa ha quantomeno il merito di tamponare il progressivo disuso dell'azione annullamento e, conseguentemente, l'affievolimento della tutela (già di per sé poco intensa data la consistenza giuridica) dell'interesse legittimo, che sarebbero conseguiti in modo massiccio alla previsione di una domanda risarcitoria pienamente autonoma. Infatti, nonostante rechi con sé 'difficoltà' probatorie e non permetta al ricorrente di giungere al bene della vita che aspirava di mantenere o acquisire, l'azione risarcitoria si lascia preferire rispetto all'azione caducatoria posta a tutela dell'interesse legittimo, essa 'permettendo' un ristoro, per un verso, più immediato e, per un altro, di natura patrimoniale, che, soprattutto in un momento di crisi economica tanto acuta, non lascia per nulla indifferente il privato⁸⁵.

8. *Brevi considerazioni conclusive*

La definizione del rapporto sostanziale tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria rappresenta la chiave di lettura fondamentale del tema della pregiudizialità amministrativa. La giurisprudenza e la dottrina, infatti, non sono mancate nel tentativo di individuarne i tratti fondamentali, sebbene non siano approdate a risultati – a dir così – risolutivi. E ciò, con ogni probabilità, è da ascrivere soprattutto alla difficoltà di individuare strumenti di tutela che abbiano la vocazione/capacità di riparare effettivamente la lesione che il privato subisce in ordine al mancato conseguimento del bene della vita⁸⁶.

⁸⁵ L'argomento è pienamente condiviso dal Consiglio di Stato, il quale si mostra quasi – a dir così – costretto ad interpretare il rapporto tra annullamento e risarcimento nella maniera descritta, diversamente dovendosi «ammettere l'indifferenza - per un ordinamento che a tutela del cittadino appronta tramite la giustizia amministrativa l'eccezionale e specifica tutela demolitoria degli atti - dell'azione demolitoria stessa e dell'azione risarcitoria. Il che non solo causerebbe irragionevolmente una duplicazione di offerta di tutele a fronte di un atto illegittimo, alternative o concorrenti a piacimento e con scelta rimessa alla mera scelta di convenienza del destinatario dell'atto (consentita fino al malizioso lucro di utilità ulteriori, rispetto alla corretta soddisfazione circa il bene della vita; o fino a dar spazio a indebite disposizioni dell'interessato con terzi, in frode della p.a.), ma innalzerebbe l'azione risarcitoria a rimedio facilmente prescelto per neutralizzare gli effetti di un atto lesivo, svilendo così lo strumento preminente di tutela contro le illegittimità amministrative, che è l'apposita azione di annullamento».

⁸⁶ L'inadeguatezza del sistema di tutela dell'interesse legittimo porta F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo* cit., 59, a chiedersi se «una ragione o una giustificazione» di ciò «risieda proprio nella utilizzazione, come base e fondamento della tutela, della figura

Proprio l'assenza di una definitiva sistemazione concettuale dell'interesse legittimo e la (conseguente) mancata determinazione di un sistema di protezione 'soddisfacente', richiederebbero – ad avviso di chi scrive – il 'mantenimento in vita' della pregiudizialità amministrativa, questa indubbiamente consentendo di evitare l'indebolimento della tutela, per un verso, dell'interesse legittimo, e, per un altro, del privato che 'dialoga' con il potere.

In conclusione, non può non appuntarsi l'attenzione, se pur in punta di penna, sulla disputa tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato, i quali, con ripetuti veri e propri scontri (non solo sull'argomento della pregiudizialità amministrativa), stanno contribuendo ad accentuare lo stato di confusione (già da tempo persistente) nella giustizia italiana.

L'assenza di comunicazione tra le Corti superiori è stata stigmatizzata anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 77/2007), ad opinione della quale «il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi – comprensibile in altri momenti storici quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell'aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo) all'unità della giurisdizione, determinata dall'emergere di organi che si conquistavano competenze giurisdizionali – è certamente incompatibile, nel momento attuale, con fondamentali valori costituzionali. Se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi».

dell'interesse legittimo». L'A., nel ribadire che «l'interesse legittimo è una figura concettualmente necessaria ogni qualvolta si voglia attribuire ad 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”», sostiene che «della arretratezza del sistema delle tutele non è [...] responsabile l'interesse legittimo», considerato che «se al posto dell'interesse legittimo si collocasse il diritto soggettivo, le lacune e le inefficienze di tutela nei confronti del comportamento (commissivo e omissivo) dell'amministrazione resterebbero integralmente» (60).

Il funzionamento di un sistema di giustizia basato su un duplice ordine di giudici – che, come autorevolmente sostenuto, «si limitano fatalmente a vicenda»⁸⁷ – dipende in larga parte dal dialogo tra loro, in difetto del quale le conseguenze negative sulla effettività della tutela garantita al cittadino saranno ben superiori rispetto a quelle prodotte (ammettendo che ne abbia davvero prodotte) dalla pregiudizialità amministrativa.

⁸⁷ M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, 1970, vol. XIX, 229 ss., 294.