

FRANCO GAETANO SCOCA

Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici:
la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa *

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. Esposizione del problema.- 3. Il problema si evolve in conflitto.- 4. Gli argomenti della Cassazione. - 5. L'accentuazione del contrasto giurisprudenziale: la forte presa di posizione del Consiglio di Stato.- 6. Gli argomenti nuovi dell'Adunanza plenaria: presunzione di legittimità ed inoppugnabilità come fondamento sostanziale della pregiudizialità.- 7. La decisa «risposta» della Corte di cassazione.- 8. Inammissibilità o infondatezza dell'azione risarcitoria autonoma?- 9. Per una diversa impostazione del problema.- 10. La soluzione legislativa: la pregiudiziale mascherata?- 11. Sulla necessità della impugnazione del provvedimento lesivo.- 12. Conclusioni.

1. Opportunamente nel decreto legislativo di approvazione del Codice della giustizia amministrativa¹, facendo tesoro dell'ampiezza della legge di delega², si è colta l'occasione di porre la parola fine³ a quello che riduttivamente ho definito "dialogo" tra le giurisdizioni, ma che, secondo la sua cruda valutazione, potrebbe definirsi come virulento contrasto tra Corte di cassazione e Consiglio di Stato⁴.

L'interesse per la soluzione del delicato e rilevante problema ha finito, quindi, di essere di teoria (e pratica) del diritto vigente per assumere le vesti di un tema di tenore prevalentemente storico. Per lo meno: ha posto termine al contrasto tra le due alte giurisdizioni; non ha invece risolto tutti i problemi relativi alla tutela risarcitoria dei privati danneggiati dall'attività illegittima dell'amministrazione pubblica. La nuova disposizione⁵, infatti, risulta di non facile interpretazione, ed ha dato luogo a "letture" differenti. Il contrasto tra giudice della giurisdizione e giudice dell'azione risarcitoria si è ammorbido, ha perso di intensità, ma non si è totalmente composto: si è trasferito in dottrina, nella letteratura di commento alle prese di posizione della giurisprudenza del secondo; e non solo.

* L'articolo è destinato agli Studi in memoria di Roberto Marrama.

¹ D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

² Art. 44 l. 18 giugno 2009, n.69.

³ Questa almeno era l'intenzione del legislatore delegato. L'obiettivo non sembra essere stato centrato completamente.

⁴ La delega conferita dal Parlamento al Governo per il "riassetto" del processo dinanzi ai giudici amministrativi consentirà, data la sua ampiezza, di superare il deciso contrasto di vedute tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato in ordine alla c.d. pregiudizialità amministrativa, archiviando lo spinoso problema relativo alla esperibilità dell'azione risarcitoria con o senza il previo o congiunto esperimento dell'azione demolitoria, nel caso in cui il danno derivi da provvedimenti amministrativi illegittimi.

L'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 demanda al Governo di disciplinare "le azioni e le funzioni" del giudice amministrativo, con il compito, tra l'altro, di prevedere "le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa". Non può essere dubbio che nella delega sia compresa la disciplina dei presupposti per l'esperimento delle azioni, e, quindi, per stabilire se l'azione di condanna al risarcimento del danno provocato dall'amministrazione possa essere proposta indipendentemente dall'azione demolitoria, ovvero se essa debba necessariamente essere collegata all'esperimento di quest'ultima.

⁵ Art. 30, co. 3, c.p.a.

E' sotto il profilo storico, e quindi con il distacco proprio degli storici, che intendo ricostruire l'acceso contrasto di orientamenti giurisprudenziali e di opinioni dottrinali; contrasto tra i più intensi e serrati, rilevante più per le nozioni teoriche implicate che per gli effetti concreti derivanti da ciascuna delle soluzioni proposte⁶.

2. Conviene prendere le mosse dal tanto atteso riconoscimento della risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi⁷.

Una volta definitivamente acquisito, allo spirare del secolo appena decorso, il carattere risarcibile dell'interesse legittimo⁸, si sono presentate alcune delicate e difficili questioni, mai affrontate (e nemmeno immaginate) prima. Complice il trasferimento dal giudice ordinario a quello amministrativo della giurisdizione su tali controversie risarcitorie, la questione che, tra le tante, ha appassionato di più le supreme giurisdizioni, e ha visto schierati gli uni contro gli altri i commentatori pratici (avvocati e giudici) e accademici, attiene ai rapporti tra l'azione di impugnazione del provvedimento amministrativo (illegittimo e lesivo di interessi legittimi) e l'azione di risarcimento dei danni cagionati dal provvedimento medesimo.

La questione, sulla quale si sono contrapposte, da un lato, la tesi della piena autonomia delle due azioni e, dall'altro, la tesi che assume la connessione, ed anzi la pregiudizialità, di un'azione (quella di impugnazione, o di annullamento) rispetto all'altra (quella risarcitoria), sembra però che sia stata alimentata, più che dalla passione per astratte dispute di diritto processuale (e anche, come vedremo, di diritto sostanziale) o dalla ricerca del modo migliore (più efficiente, più completo) di rendere giustizia al danneggiato, da ben più concrete ragioni connesse alle implicazioni che l'una e l'altra tesi sembravano comportare, nei reciproci rapporti, fra i due ordini giudiziari, o, con maggiore approssimazione, tra la Corte di cassazione, nella sua veste di giudice regolatore della giurisdizione, e il Consiglio di Stato, quale organo di vertice della giustizia amministrativa.

Sembra opportuno sottolineare come, all'origine del conflitto, vi siano due arresti giurisprudenziali, resi al massimo livello, nei quali, peraltro, non si pone come centrale il tema della pregiudizialità amministrativa. Il riferimento è all'ordinanza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1207 del 26 gennaio 2006, e alla decisione, di pochi giorni successiva, dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2 del 9 febbraio 2006.

Prima di tali decisioni le posizioni erano comunque già chiaramente differenziate, ma non si era determinato alcun conflitto: la giurisprudenza ordinaria, quando aveva giurisdizione in materia⁹, negava la sussistenza della c.d. pregiudiziale

⁶ Il dibattito, soprattutto in sede dottrinale è egregiamente esposto, in modo critico, da R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 897 ss., ove è reperibile abbondante bibliografia, tra cui alcune opere monografiche. In questa sede interessa la esposizione del contrasto che si è sviluppato, con plurime prese di posizione, tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, la valutazione di quello che è stato chiamato il "duello" tra Sezioni Unite e Adunanza plenaria (F. LUCIANI, *Funzione amministrativa, situazioni soggettive e tecniche giurisdizionali di tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 978 ss., spec. 1031 ss. Le osservazioni che saranno fatte in questa sede sul merito della questione sono dirette a valutare la soluzione che ne è stata data dal legislatore, e quindi, i problemi che essa ha risolto e quelli cui ha invece dato luogo.

⁷ Su cui mi permetto di rinviare al mio *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 13 ss.

⁸ Con Parcinota sent. Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500.

⁹ E cioè fino alla entrata in vigore dell'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, sostituito poi dall'art. 7 della legge 2000, n.205.

amministrativa¹⁰; e la giurisprudenza amministrativa, quando ha ottenuto il potere di decidere, con qualche eccezione, ne affermava tranquillamente l'esistenza¹¹.

3. E' nel giugno 2006 che acquista inedito rilievo, anche nella disputa sul riparto della giurisdizione, il tema del rapporto esistente tra l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo (ritenuto lesivo) e l'azione risarcitoria per i danni da esso cagionati; e ciò ad opera delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, con le ordinanze del 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660, e con la successiva ordinanza del 15 giugno 2006, n. 13911¹².

Cogliendo lo spunto da tre diverse controversie, riguardanti rispettivamente l'illegittima esclusione da un corso di dottorato (ordinanza n. 13659), l'illegittimo diniego di un'autorizzazione all'apertura di un esercizio commerciale (ordinanza n. 13660) e una procedura di occupazione illegittima (ordinanza n. 13911), la Cassazione ha chiarito, oltre al tema centrale del conflitto di giurisdizione (sul "*come dopo la legge n. 205 del 2000, è ripartita tra giudice ordinario e giudice amministrativo la tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della p.a. da attività provvedimento illegittima*"), anche il tema del rapporto tra le azioni, impostandolo, a mo' di quesito, nel modo seguente: "*se la parte si può limitare a chiedere il risarcimento del danno, senza dover anche chiedere l'annullamento, e quale sia il regime di tale diversa forma di tutela giurisdizionale, una volta che la si ammetta*".

Sul primo aspetto le Sezioni Unite affermano (meglio: riconoscono) che spetta alla giurisdizione del giudice amministrativo conoscere della questione relativa al risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere amministrativo. La domanda deve essere formulata al giudice amministrativo, sia nel caso in cui si chieda contestualmente l'annullamento del provvedimento illegittimo, sia nel caso in cui si formuli unicamente una richiesta di tutela risarcitoria.

Sul secondo aspetto (quello che in questa sede interessa) la Cassazione precisa che la domanda risarcitoria deve essere ammessa (e decisa dal giudice amministrativo) anche in mancanza della proposizione (previa o contestuale) dell'azione demolitoria e del conseguente annullamento dell'atto ritenuto lesivo. Tanto da stabilire che il rigetto della domanda risarcitoria, che sia determinata dalla mancata impugnazione del provvedimento, debba essere considerato alla stregua di

¹⁰ Si veda la trattazione del tema nella motivazione della richiamata sent. delle S.U. n. 500 del 1999.

¹¹ Cfr. Ad. plen. 26 marzo 2003, n.4.

¹² Tra i primi commenti alle ordinanze del 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660 ed alla successiva ordinanza del 15 giugno 2006, n. 13911 si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni unite*, in www.giustamm.it; M. C. CAVALLARO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: giurisdizione e pregiudizialità*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 1100 e ss.; A. LAMORGESE, *Riparto della giurisdizione e tutela del cittadino: le sezioni unite non convincono*, in *Urb. e app.*, 2006, 1175 e ss.; M. DIDONA, *Le Sezioni unite recidono la pregiudizialità di annullamento... ma anche la c.d. «pregiudizialità da provvedimento» (impressioni a S.U., ordd. n. 13659, 13660 e 13911)*, in www.giustamm.it; G. MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660*, in www.giustamm.it; M. A. SANDULLI, *Finalmente « definitiva » certezza sul riparto di giurisdizione in tema di «comportamenti» e sulla c.d. «pregiudiziale» amministrativa? Tra i due litiganti vince la «garanzia di piena tutela», primissima lettura a margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660, 13911 del2006*, in www.giustamm.it; C. CONSOLO, A. DI MAJO, A. TRAVI, *La Corte regolatrice della giurisdizione e la tutela del cittadino*, in *Corr. giur.*, 2006, 1041 e ss.; M. ALLENA, *La questione della pregiudizialità amministrativa tra riparto di giurisdizione e nomofilachia*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1182 ss.; S. MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1041 e ss. In dottrina, anche E. PICOZZA - M. G. CARGIONE, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, in *Corr. giur.* 2007, 113-130; P. CARPENTIERI, *Il nuovo riparto della giurisdizione*, in *Foro amm. -T.A.R.*, 2006, 2778-2782; P. PARTISANI, *L'abrogazione della pregiudiziale amministrativa nella responsabilità civile della p.a.*, in *La R e s p. civ.*, n. 2, 163-170, nonché L. TARANTINO, *La pregiudiziale amministrativa alla ricerca di un'improbabile legittimazione sistematica*, in *Giur. mer.* 2007, 205-215 (in nota a T.A.R. Puglia - Lecce, 4 luglio 2006, n. 3710).

rifiuto di esercizio della giurisdizione, con conseguente applicabilità dell'art. 362, primo comma, c.p.c.

La Cassazione, in sostanza, si dà carico di demolire quella interpretazione (da essa ritenuta) "tutta amministrativistica"; secondo la quale l'accesso alla tutela risarcitoria sarebbe comunque subordinato alla proposizione, nel termine di decadenza, dell'azione di annullamento, in virtù del principio della c.d. pregiudizialità amministrativa; secondo il quale al giudice amministrativo non sarebbe consentita, in sede di valutazione della domanda risarcitoria (proposta autonomamente), la cognizione incidentale della illegittimità degli atti amministrativi, e, in particolare, del provvedimento causativo del danno.

Le Sezioni Unite non ritengono condivisibile tale impostazione, perché essa comporta di necessità un inscindibile, quanto positivamente inesistente, nesso tra l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo e l'azione risarcitoria del danno da esso cagionato. La Cassazione esclude in definitiva che l'annullamento del provvedimento lesivo possa essere elevato a presupposto processuale dell'azione risarcitoria

Inoltre, e per inciso, la Suprema Corte respinge l'orientamento di gran lunga prevalente nella giurisprudenza amministrativa, e che era stato avallato anche dalla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹³, secondo la quale veniva ad essere ricompresa nell'alveo della giurisdizione amministrativa ogni questione afferente lo svolgimento della funzione pubblica, senza previa verifica della pertinenza ad ipotesi di esercizio in concreto di potere (autoritativo). Secondo la Cassazione tale esercizio "solo consente di riconoscere l'atto come espressione di un potere esistente", e solo in tal caso, quindi, il giudice amministrativo può affermare la sua giurisdizione.

4. La tesi della pregiudizialità amministrativa, intesa come necessaria dipendenza della esperibilità (ammissibilità) dell'azione risarcitoria (e quindi della possibilità di attuazione in giudizio del diritto al risarcimento del danno) dal previo annullamento del provvedimento lesivo, viene dalla Cassazione considerata retaggio del passato: del tempo in cui, da un lato, si escludeva la risarcibilità del pregiudizio sofferto per la lesione di un interesse legittimo, e, dall'altro, era radicato il convincimento della natura sostanzialmente ancillare dell'interesse legittimo rispetto al potere amministrativo, e della sua tutela inferiore rispetto a quella propria del diritto soggettivo; convincimento posto alla base (ed affermato nel diritto vivente per effetto) della teoria della "degradazione".

Ciò posto, la Suprema Corte, in virtù delle conclusioni cui era pervenuta la Corte costituzionale nelle allora recenti pronunce sulla necessità della piena tutela di ogni situazione giuridica soggettiva, e, quindi, alla luce di una lettura coerente con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'art. 24 della Costituzione, argomenta in ordine alla necessità di assicurare al cittadino la piena tutela, anche sul piano risarcitorio, dell'interesse legittimo. A tal fine sancisce il superamento del meccanismo della questione pregiudiziale, attinente all'annullamento dell'atto illegittimo, rispetto alla (ammissibilità della) tutela risarcitoria: *"la conclusione da accogliere - affermano le Sezioni Unite - è dunque che, dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità — effettiva e non solo dichiarata — anche dell'interesse legittimo (...), il legislatore*

¹³ Cons. Stato, Ad. plen. 26 marzo 2003, n. 4.

di fine secolo non ha inteso ridurre la tutela risarcitoria al solo profilo di completamento di quella demolitoria, ma, mentre l'ha riconosciuta con i caratteri propri del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto di affidare la corrispondente tutela giudiziaria al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino”.

In verità, prosegue la Corte, *“la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità, 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”.*

La conclusione cui è pervenuta la Corte di cassazione già nel giugno 2006 va seriamente valutata. Garantire una tutela risarcitoria autonoma (ossia piena ed incondizionata) dell'interesse legittimo consente al privato di tutelare in modo costituzionalmente corretto *“la situazione soggettiva sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo”*; e comporta che il giudice conosca, in via incidentale, della illegittimità di tale esercizio in sede di accertamento del danno ingiusto.

L'accertamento incidentale non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento lesivo, né il diritto al risarcimento può essere di per sé sconosciuto da ciò che, invece, produce (o concorre a produrre) il danno, ovverossia dalla regolazione che il rapporto ha avuto sulla base (e per effetto) del provvedimento e che l'amministrazione ha mantenuto in vita, nonostante la sua (eventuale) illegittimità.

5. La chiara e perentoria presa di posizione delle Sezioni Unite con le ordinanze n. 13659, 13660 e n. 13911 del giugno 2006, in ordine alla questione del riparto di giurisdizione e al disconoscimento, argomentato anche con riferimento a principi costituzionali, della pregiudiziale amministrativa, non ha determinato il superamento (o l'affievolimento) dei contrasti giurisprudenziali. Anzi li ha accentuati, dato che la posizione assunta dal giudice della giurisdizione non è stata condivisa dalla più ampia parte della giurisprudenza amministrativa¹⁴.

Non sono mancate, nella giurisprudenza amministrativa, pronunce di segno opposto¹⁵, secondo cui sarebbe stato preferibile fare *“applicazione del recentissimo arresto delle Sezione Unite della Corte di Cassazione (nn. 13659 e 13660/06), secondo cui*

¹⁴ Tra le varie pronunce si richiamano quelle del Tar Puglia, sez. Lecce, 4 luglio 2006, n. 3710, in www.giustamm.it; Tar Abruzzo del 11 luglio 2006, n. 581, in www.giustamm.it; Tar Palermo 7 giugno 2007, n. 1629, in www.giustamm.it. In particolare, il Tar Campania, sez. Salerno, con la sentenza del 2 novembre 2006, n. 1953, in www.giustamm.it, ha rilevato che: *“l'azione di risarcimento del danno, proposta unitamente all'azione di annullamento o in via autonoma, è ammissibile e resta procedibile solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento che si assuma illegittimo, e sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, essendo necessario e vincolante in sede di decisione sulla domanda di risarcimento un previo e contestuale accertamento circa l'illegittimità dell'atto operato dal giudice amministrativo in sede di giudizio di impugnazione”.* Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4297, in www.giustamm.it, secondo il quale, *“il richiamato art. 35 consente al giudice amministrativo di verificare se l'accoglimento della domanda principale di annullamento dell'atto impugnato comporti una tutela pienamente soddisfacente e se sia il caso di disporre, anche in alternativa, la condanna ad un risarcimento, qualora il ricorrente non possa conseguire dall'annullamento una piena tutela ovvero una effettiva utilità (...). Da un lato, rileva la precisazione (Corte Cost. 11 maggio 2006, n. 191, cit.; Id. 2004, n. 204) per cui il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto costituisce uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia nei confronti della pubblica amministrazione. Dall'altro, può osservarsi che una fondata domanda di risarcimento è proponibile solo dopo l'annullamento disposto in sede giurisdizionale, quando l'ingiustizia del danno sussiste non per la mera emanazione del provvedimento illegittimo poi annullato, ma proprio perché si verifica la mancata o ritardata esecuzione delle statuizioni, che può assumere un proprio carattere di rimproverabilità”.* In tal senso anche Cons. Stato, Sezione V, del 25 luglio 2006, n. 4645, in www.giustamm.it.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, in www.giustamm.it, con nota di G. PELLEGRINO, *Pregiudiziale: il G.A. non abbia paura. La quinta sezione apre alle SSUU*. In tal senso, anche il C.G.A., Sez. Giur., 18 maggio 2007, n. 386; Tar Lazio, Sez. I-quater, 17 aprile 2007, n. 3315, in *Giurisd. Amm.* 2007, II, p. 909 e ss. Già prima si era pronunciato contro la pregiudiziale amministrativa, tra gli altri, il Tar di Ancona.

l'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo è proponibile: - innanzi al Giudice Amministrativo (e non innanzi al Giudice Ordinario, come pure si era in passato ritenuto da parte delle medesime S.S.UU.); - e anche a prescindere dall'utile previo esperimento della domanda di annullamento”.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si è però data carico di ritornare sul tema con la decisione n. 12 del 22 ottobre 2007¹⁶, e di restituire dignità alla tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa. E che si trattasse di una questione di dignità (della tesi e, forse, ancor più dei suoi sostenitori) è provato dal fatto che l'Adunanza plenaria abbia sentito la necessità di affrontare il tema in un *obiter dictum*, riconoscendo espressamente che la questione non era connessa con l'oggetto della causa, e che “*non (era) pertinente se non per la sua connessione, già richiamata dalla Corte di cassazione, con la questione della giurisdizione*”¹⁷.

Tralasciando in questa sede la questione relativa alla dignità (che giustamente preoccupava anche autorevoli magistrati amministrativi¹⁸), pare utile soffermarsi sull'apparato argomentativo utilizzato dal Consiglio di Stato.

Con la decisione appena rammentata l'Adunanza plenaria ha proposto una serie di osservazioni (in buona parte nuove) a sostegno della tesi della pregiudizialità; le quali osservazioni, sebbene vengano presentate come "profili problematici", sono in realtà veri e propri argomenti posti a dimostrazione della fondatezza del meccanismo (processuale e sostanziale) teso a subordinare l'azione di risarcimento del danno al previo annullamento del provvedimento lesivo illegittimo¹⁹.

¹⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a F. G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1-13.

Per un approfondimento: A. SPEZZATI, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato* (n.d.r.: commento a Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 22 ottobre 2007, n. 12), in *Dir. proc. amm.* 2008, 553-607; G. DE MARZO, *Superamento della pregiudiziale di annullamento e controversie sorte prima del mutamento di giurisprudenza della Cassazione* (n.d.r.: commento a Cass., S.U., 8 aprile 2008, n. 9040), in *Urb. e app.*, 2008, 831-842; G. VERDE, *L'adunanza plenaria n. 12/2007 dal punto di vista del processualista*, in *Corr. giur.*, 2008, 879-883; F. ELEFANTE, *Un conflitto di attribuzione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 305-340; A. ATTANASIO, *Contrasti giurisprudenziali in tema di pregiudiziale amministrativa. Rapporto di pregiudizialità tra la tutela risarcitoria e quella demolitoria* (n.d.r.: commento a Tar Calabria, Reggio Calabria, 12 maggio 2008, n. 248), in *Il merito*, 2008, 81-87; 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, 300-308; E.M. BARBIERI, *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in www.giustamm.it (pubbl. il 9 aprile 2008); M. STECCANELLA, *La "pregiudizialità amministrativa" rispetto alla domanda di risarcimento del danno ingiusto è stata riaffermata (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n.12)*, in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2008, 51-56; G. SORRENTINO, *Pregiudizialità amministrativa e processo amministrativo di risarcimento (considerazioni sugli interessi legittimi pretensivi, a margine di Tar Lazio-Roma, Sez. I, 19 novembre 2007, n. 11330)*, in www.giustamm.it (pubbl. il 26 marzo 2008); G. NAIMO, *La pregiudiziale ed il risarcimento del danno (aspetti sostanziali e procedurali)*, in *Lexitalia.it*; C.E. GALLO, *L'adunanza plenaria conferma la pregiudizialità amministrativa* (n.d.r.: commento a Cons. Stato, Ad. plen. 22 ottobre 2007, n.12), in *Urb. e app.*, 2008, 339-350; G. PELLEGRINO, *Giurisdizione e pregiudiziale: luci ed ombre di una sentenza che fa discutere*, in *Corr. giur.*, 2008, 267-276; A. DI MAJO, *Tutela di annullamento e risarcitoria contro gli atti della P.A.: l'acquis civilistico*, in *Corr. giur.*, 2008, 261-266; A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro ital.*, 2008, III, 3-9; M. CLARICH, *La pregiudizialità amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 55-62; L. GAROFALO, *Eventualità del risarcimento del danno e pregiudiziale amministrativa*, in www.giustamm.it (pubbl. il 29 gennaio 2008).

¹⁷ A tal proposito, in dottrina, cfr. G. VERDE, *L'adunanza plenaria n. 12/2007*, cit., 879-883.

¹⁸ È stato osservato che la decisione “*si caratterizza per espressioni per nulla «aperte» ad un confronto tutt'ora in corso e per la scelta di un metodo in cui il dialogo ha lasciato il posto alla contrapposizione perdendo così un'occasione propizia per smentire il rimprovero talvolta rivolto al Giudice amministrativo di autocratica tendenza all'autonferenzialità*” (P. DE LISE, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo: pregiudiziale, risarcimento, translatio*, in www.giustamm.it, nella Postilla alla Relazione introduttiva ad un Convegno promosso dall'A.I.G.A. a Lecce nei giorni 12 e 13 ottobre 2007).

¹⁹ L'Adunanza Plenaria ha elencato, in modo assertivo, sette ragioni per cui non potrebbe che concludersi per la sussistenza della pregiudizialità amministrativa.

I sette argomenti possono essere così sintetizzati: a) la natura esclusivamente "conseguenziale" che avrebbe la tutela risarcitoria rispetto alla tutela annullatoria; b) la presunzione di legittimità che assiste gli atti amministrativi, che diverrebbe assoluta in assenza di impugnazione tempestiva ovvero di esercizio di autotutela; c) la conseguente preclusione a ritenere

In primo luogo, l'Adunanza plenaria utilizza un argomento testuale²⁰: mette in luce come la lettera delle disposizioni legislative (art. 35, d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7 della l. n. 205 del 2000) attribuisca carattere “conseguenziale” ed “ulteriore” alla tutela risarcitoria rispetto alla tutela di annullamento. In tal modo il giudice amministrativo di vertice ritiene di poter ribadire il convincimento, secondo il quale la tutela offerta dal processo amministrativo non può essere altro che di tipo costitutivo (demolitorio); cosicché ne risulterebbe necessariamente condizionata la (diversa) tutela risarcitoria. Il meccanismo della pregiudizialità troverebbe la sua ragion d'essere nella architettura stessa della tutela assicurata al cittadino, ossia nei caratteri fondamentali del processo amministrativo, centrato (soprattutto allora) sulla impugnazione del provvedimento amministrativo illegittimo; conseguentemente, argomenta l'Adunanza plenaria, soltanto a seguito dell' annullamento del provvedimento lesivo, la tutela può estendersi alla *restitutio in integrum* della situazione giuridica soggettiva violata.

Il carattere “conseguenziale” ed “ulteriore” della tutela risarcitoria rispetto alla tutela costitutiva di annullamento emergerebbe chiaramente, ad avviso dell'Adunanza plenaria, dal testo dell'art. 35, commi 1 e 4, d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e sarebbe confermato dal successivo comma 5, che comunque abroga “ogni disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno”; risarcimento del danno ancora una volta visto come “conseguente all'annullamento di atti amministrativi”. I termini “conseguenziale”²¹ ed “eventuale”²², utilizzati dal legislatore, vengono interpretati dal Consiglio di Stato come se il risarcimento del danno presupponga, non già il semplice accertamento dell'illegittimità del provvedimento (o, meglio, della illiceità della condotta complessiva, nella quale il provvedimento si colloca), quanto piuttosto il suo annullamento, la sua effettiva eliminazione dal mondo del diritto.

Va peraltro rilevato che il Consiglio di Stato ha sottovalutato, nella propria riflessione, che le norme richiamate riguardano direttamente soltanto l'attribuzione di poteri cognitori e decisorii al giudice amministrativo, impregiudicata restando

«ingiusto» e come tale risarcibile un danno causato da un provvedimento ormai da presumersi indiscutibilmente legittimo; d) la correlativa conseguenza che la domanda risarcitoria troverebbe preclusione, più che nella mancata proposizione della domanda impugnatoria, nella impossibilità di allegare un danno ingiusto; e) l'equivalenza di una decisione che su tali basi rigetti la domanda risarcitoria rispetto a quella, contestata dalle Sezioni Unite, che la ritenga inammissibile per ragioni sostanzialmente identiche; f) l'inammissibilità di una pronuncia delle sezioni Unite che censuri per profili di giurisdizione una decisione del giudice amministrativo che abbia disatteso la domanda risarcitoria per le richiamate ragioni; g) i limiti di un orientamento delle Sezioni Unite secondo cui sarebbe sempre disapplicabile l'atto amministrativo, anche se inoppugnato.

²⁰ Già valorizzato da L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1 ss.

²¹ Il termine “conseguenziale”, come l'altro (“eventuale”, sul quale v. la nota seguente) sono in realtà utilizzati nel co. 4, ma non nel co. 1 dell'art. 35.

²² Testualmente, al punto VII delle considerazioni in diritto, l'Adunanza plenaria n. 12 del 2007 espone quanto segue: “non si trascuri che il risarcimento del danno, oltre che «conseguenziale» è previsto, nell'ambito della processualmente qualificante giurisdizione di legittimità, anche come «eventuale» con un attributo, cioè, che mentre è di regola oggetto di ingiustificata pretermissione, riassume e sottopone alla consapevolezza del giudice i travagli che le relative norme hanno inteso risolvere e che, in dottrina, hanno perfino indotto a configurare come «speciale» la figura in discorso”. A mio avviso, l'aggettivo “eventuale”, riferito al risarcimento, indica semplicemente che quest'ultimo non deriva unicamente dalla (accertata) illegittimità dell'azione amministrativa, ma anche da elementi ulteriori, quali il danno, la colpa e il nesso di causalità.

Si veda però, per una diversa (e altrettanto valida) interpretazione, L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione*, cit., spec. 41 ss.

ogni valutazione in ordine agli elementi strutturali dell'illecito²³, di cui si rende responsabile l'amministrazione.

6. La decisione dell'Adunanza plenaria non si limita, peraltro, ad esporre l'argomento formale (o testuale); argomento che, a mio avviso, può essere agevolmente contraddetto: se infatti si indaga rispetto a che cosa il diritto²⁴ al risarcimento debba essere considerato consequenziale, si può ben ritenere che, nel pieno rispetto della formula legislativa, esso sia consequenziale, non alla *vicenda* dell'annullamento, ma alla *qualità* della illegittimità del provvedimento, riguardato questo come "componente" della condotta (illecita) dell'amministrazione. In ogni caso non sembra possibile ritenere che, in ordine ad un problema che implica il rispetto di principi costituzionali, la lettera (dal significato non univoco) di una disposizione legislativa, avente diversa finalità (o destinazione), possa considerarsi di per sé sola determinante.

La parte più consistente e più interessante (e innovativa) della motivazione affronta profili di ordine sostanziale; ma è proprio con riguardo a questi profili che possono avanzarsi forti obiezioni.

Ad iniziare dalla distinzione che la decisione illustra (e recepisce) tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo: esatte o inesatte che siano (e a mio parere non sono condivisibili) le considerazioni sulla tutela "*piena e diretta*" del primo e sul coinvolgimento del secondo "*nell'interesse della collettività*", non si vede come da tali premesse possa derivare che la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo sia (anzi, debba essere) soltanto condizionata, consequenziale e di mero completamento della tutela demolitoria²⁵.

Non appare inoltre in alcun modo condivisibile l'idea che soltanto nell'ambito dell'azione di annullamento sia possibile valutare compiutamente la legittimità del provvedimento: è incomprendibile che la medesima questione non possa essere vagliata altrettanto bene in sede di giudizio avente ad oggetto il diritto al risarcimento²⁶. E' impossibile, a mio avviso, intravedere un qualsiasi maggiore o minore approfondimento della valutazione di legittimità di un provvedimento sulla base dell'oggetto o del tipo o della finalità dell'azione promossa dinanzi al giudice; anche considerando che tale valutazione va compiuta nei limiti segnati dai motivi dedotti con il ricorso.

Una ulteriore argomentazione, che viene utilizzata nella motivazione della decisione, lascia profondamente perplessi. Partendo dal postulato, secondo il quale la presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo si rafforzerebbe,

²³ Inoltre, l'interpretazione accolta dall'Adunanza plenaria non prende in considerazione che un provvedimento illegittimo può anche non generare alcun danno; viceversa, l'inerzia dell'amministrazione rispetto all'adempimento degli obblighi di legge, può cagionare, in assenza (e per l'assenza) di provvedimenti, ingenti danni ai cittadini; danni dei quali l'amministrazione è comunque responsabile, in virtù "*del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost. e ancor prima di cui all'art. 28 Cost.*". In tal senso, A. SPEZZATI, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato* (n.d.r.: commento a Cons. Stato, Ad. plen. 22 ottobre 2007, n. 12), in *Dir. proc. amm.*, 2008, 553-607.

²⁴ Che il legislatore abbia inteso il risarcimento come oggetto di un diritto (e non di un interesse legittimo) si ricava dal suo collegamento agli "altri" diritti patrimoniali consequenziali.

²⁵ Allo stesso modo non si comprende il collegamento tra la tesi relativa all'oggetto del giudizio, individuato nel rapporto amministrativo, e il disconoscimento della natura impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo. Né risulta chiaro l'ulteriore collegamento tra la suddetta natura impugnatoria (dell'azione di annullamento) e il carattere consequenziale della tutela risarcitoria.

²⁶ E' interessante rinviare alle tesi sostenute dal Consiglio di Stato dopo l'approvazione del codice del processo amministrativo e ad alcuni commenti aventi ad oggetto tali tesi. Si veda oltre nel testo e in nota.

evolvendo da relativa in assoluta, in forza della (sopravvenuta) inoppugnabilità del provvedimento stesso, l'Adunanza plenaria ne deduce che l'impedimento alla proposizione dell'azione risarcitoria (in assenza del previo esperimento dell'azione impugnatoria), piuttosto che da una ipotesi di decadenza (*“che attiene, a ben vedere, all'azione impugnatoria”*), deriverebbe *“dalla non configurabilità, in presenza di un provvedimento inoppugnabile, così come in presenza di un provvedimento inutilmente impugnato, di una sua condizione che la contraddizione legittimità-illiceità rende essenziale, la formale inesistenza, cioè, della ingiustizia del danno che è nucleo essenziale, anche se non sufficiente, della illiceità”*²⁷.

In altri termini, secondo questa argomentazione, l'inoppugnabilità del provvedimento, consolidandone la legittimità, eliminerebbe l'ingiustizia del danno. Con il che l'azione risarcitoria non sarebbe impedita da ragioni formali, che ne giustificerebbero l'inammissibilità, ma da ragioni sostanziali, che ne determinerebbero la infondatezza nel merito²⁸.

Si tratta di una tesi profondamente diversa e totalmente autonoma rispetto a quella di stampo testuale (o formale), basata, quest'ultima, sulla interpretazione dell'art. 35, d.lgs. n. 80 del 1998.

L'argomentazione di diritto sostanziale, utilizzata dall'Adunanza plenaria, tuttavia non è, a mio avviso, in alcun modo condivisibile, dato che non sembra possibile ritenere che la inoppugnabilità possa determinare la presunzione assoluta (e, quindi, insuperabile) di legittimità del provvedimento; e ciò anche se si accettasse (il che è, quanto meno, assai problematico) che, nella disciplina attuale dell'azione amministrativa, trovi ancora posto (come forse lo trovava molti decenni orsono) la presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo²⁹.

Una volta affermata la responsabilità risarcitoria dell'amministrazione per lesione di interessi legittimi, e una volta qualificata la stessa in termini di responsabilità aquiliana (*ex* art. 2043 c.c.), secondo l'orientamento del giudice

²⁷ La c.d. presunzione di legittimità dei provvedimenti amministrativi si tramuterebbe, secondo la decisione in commento, da relativa in assoluta all'inutile scadenza del termine per la loro impugnazione.

A prescindere dal richiamo di un istituto da tempo ritenuto teoricamente inammissibile, e comunque considerato non più in vigore, ciò che colpisce è la trasformazione della presunzione da relativa in assoluta. Questo implica che l'inoppugnabilità assuma il valore di accertamento della legittimità del provvedimento, o comunque abbia lo stesso effetto; il che è da escludere, non soltanto perché l'amministrazione può comunque valutare la legittimità del provvedimento in sede di autotutela, ma anche perché il giudice civile e il giudice penale non sono impediti dalla inoppugnabilità in sede di valutazione, nei casi in cui spetta loro di occuparsene, della legittimità dei provvedimenti amministrativi. Anche il giudice contabile non tiene conto della inoppugnabilità dei provvedimenti amministrativi.

Si aggiunga che nemmeno il rigetto del ricorso proposto per l'annullamento ha il valore di accertamento della legittimità del provvedimento impugnato: il rigetto riguarda, infatti, i motivi di ricorso; i quali possono essere infondati, anche se il provvedimento inutilmente impugnato sia per altri motivi (non dedotti) illegittimo.

²⁸ Secondo il ragionamento condotto dall'Adunanza Plenaria, nel caso di mancata rimozione dell'atto illegittimo, la relativa domanda risarcitoria sarebbe comunque infondata *“per difetto della denunciata illegittimità”*. La sentenza in esame, al punto VII della motivazione in diritto, evidenzia come il provvedimento non impugnato, e quindi *“consolidato”*, non potrebbe, per definizione, essere considerato illegittimo-illecito: sicché la domanda di risarcimento, che dovesse essere proposta senza essere stata preceduta da una domanda di annullamento, andrebbe respinta per difetto di quella «ingiustizia» del danno, che si richiede per l'accoglimento di una domanda fondata sull'art. 2043 c.c. L'azione risarcitoria, pertanto, risulterebbe impedita nel merito dalla mancanza di una condizione essenziale, ossia l'ingiustizia del danno; mancanza derivante da un evento formale, la decadenza dall'azione impugnatoria, e non, come è corretto ritenere, dalla liceità della condotta della amministrazione. Per quanto riguarda il binomio *“presunzione di legittimità”* e *“inoppugnabilità”* del provvedimento amministrativo, cfr. F. CORTESI, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007, 351 ss.

²⁹ A fini meramente dialettici, va poi rilevato che la tesi contraria alla pregiudiziale amministrativa esclude di per sé (e necessariamente) che la intervenuta inoppugnabilità del provvedimento illegittimo abbia una qualche rilevanza ai fini della esperibilità dell'azione risarcitoria; né può ritenersi che un tale modo di vedere infranga alcuna norma generale o alcun principio.

amministrativo, l'unica conseguenza, in mancanza di chiare disposizioni derogatorie, dovrebbe essere l'applicazione a tutto tondo della disciplina generale; pertanto, il carattere consequenziale del (l'azione diretta al) risarcimento del danno dovrebbe dipendere esclusivamente dalla sua compatibilità con tale disciplina; così come il (diritto al) risarcimento dovrebbe raccordarsi esclusivamente alla sussistenza degli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana (condotta illecita, colpa o dolo, nesso di causalità, danno), senza che la impugnabilità o la inoppugnabilità del provvedimento possa modificare la richiamata disciplina sostanziale generale.

E' convincimento unanime della dottrina, ma seguitissimo anche in giurisprudenza, che il provvedimento illegittimo resti tale anche dopo che sia divenuto inoppugnabile: in altri termini la inoppugnabilità è un istituto (avente rilievo) processuale e non sostanziale: determina la irricevibilità del ricorso ma non la sopravvenuta legittimità del provvedimento (nato illegittimo).

Come altrove si è notato, i presupposti per l'esperimento dell'azione risarcitoria non possono identificarsi con quelli propri dell'azione demolitoria. Nel caso di risarcimento del danno, infatti, non si tratta di verificare (in via principale) il modo (legittimo o illegittimo) in cui è stato esercitato il potere, ma si tratta di stabilire se il comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione (ed in primo luogo l'attività costituente esecuzione del provvedimento) sia illecito e produttivo di danno. Oggetto della controversia risarcitoria è infatti l'accertamento della condotta illecita, che può risultare tale anche se, in ipotesi astratta, il provvedimento, singolarmente preso (enucleato da un più ampio contesto), risulti legittimo. La cognizione della illegittimità del provvedimento è in ogni caso solo una frazione della cognizione relativa alla illiceità della condotta³⁰.

Pertanto, intendendo la inoppugnabilità nel modo che si è illustrato (e che risulta essere l'unico modo giuridicamente possibile e costituzionalmente corretto), non risulta condivisibile (e nemmeno ipotizzabile) l'argomento, secondo cui la presunzione di legittimità (di per sé da rifiutare) verrebbe "*certamente elusa in ipotesi di vanificazione della pregiudiziale*"³¹.

Non bisogna dimenticare che la inoppugnabilità deriva dalla mancata tempestiva impugnazione del provvedimento, ossia dalla scadenza di un termine, da una vicenda che attiene, quindi, all'atteggiamento del singolo interessato nei confronti del provvedimento per lui sfavorevole, e che, in questo senso, ha effetti valutabili soggettivamente (la perdita del potere di chiedere giudizialmente l'annullamento del provvedimento), e non oggettivamente. Stante la scadenza del termine, il provvedimento diviene incontestabile in sede di azione impugnatoria; ma non per questo si possono condividere le conclusioni del Consiglio di Stato in ordine alla pretesa (sopravvenuta) legittimità del provvedimento semplicemente per essere diventato inoppugnabile; né condividere le conseguenze che esso ne trae,

³⁰ Sia consentito il rinvio a F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 13.

³¹ In dottrina è stato messo in luce come il Consiglio di Stato, con la sentenza in esame, "*non fa altro che rispolverare antiche categorie dogmatiche, esasperandone tuttavia l'ambito di applicazione: da nozione di natura squisitamente processuale, la presunzione di legittimità derivante dalla inoppugnabilità pare essere trasformata dal Consiglio di Stato in un elemento sostanziale della fattispecie, acquistando dunque una correlativa funzione sostanziale*". Cfr. A. SPEZZATI, *L'adunanza plenaria n. 12 del 2007*, cit., 585 ss.

assumendo che, divenuto legittimo il provvedimento, non vi sarebbe (più) l'ingiustizia del danno, e svanirebbe quindi il diritto al risarcimento³².

Il Consiglio di Stato considera allo stesso modo il provvedimento divenuto inoppugnabile per la decorrenza dei termini di decadenza ed il provvedimento impugnato nei termini, ma non annullato dal giudice amministrativo: in entrambi i casi la presunzione di legittimità si tramuterebbe da relativa in assoluta ed implicherebbe comunque l'inesistenza di un danno ingiusto.

Tale assunto è però contraddetto dalla facoltà dell'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento "*entro un termine ragionevole*" (art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990), quindi non entro il termine di decadenza per la proposizione dell'azione di annullamento, nonché dal potere del giudice ordinario di disapplicare il provvedimento illegittimo, senza limiti temporali (art. 5, l. sull'abolizione dei tribunali del contenzioso amministrativo)³³.

Non si può fare a meno di rilevare, da ultimo, che il fondamento teorico sul quale si basa la "presunzione di legittimità" dell'atto amministrativo non è stato mai pienamente condiviso in dottrina, mancando, a tal proposito, un principio generale o una disposizione legislativa espressa che lo preveda, e che consenta di ricondurlo al modello delle presunzioni legali di cui agli artt. 2727 e ss. del codice civile³⁴.

La sua giustificazione teorica è stata a suo tempo individuata, volta a volta, nella provenienza dell'atto amministrativo da un organo sovrano, nelle garanzie offerte dalla scelta dei funzionari pubblici, nell'esigenza di assicurare un andamento regolare e sollecito dell'amministrazione. In sede di ricostruzione storica della dicotomia pubblico-privato si è osservato, in particolare, che la presunzione di conformità al diritto degli atti pubblici è nient'altro che "*un dogma travestito sotto panni teorici, ma in realtà di retroterra giusnaturalistico*"³⁵.

L'idea della presunzione di legittimità deve considerarsi abbandonata da lungo tempo dalla dottrina e non appariva nemmeno in giurisprudenza da decenni: essa confligge decisamente con lo statuto disciplinare dell'azione amministrativa, e con i principi costituzionali che vi sono implicati. Desta pertanto stupore che tale idea sia stata ripescata per sostenere la tesi della pregiudizialità amministrativa: rischia di essere un sostegno assai precario, se non controproducente.

La tesi della legittimità come effetto derivante dalla inoppugnabilità rende conto dello sforzo dialettico del giudice amministrativo per fornire, creando addirittura una nuova forma di legittimità-liceità, un nuovo fondamento, questa volta di diritto sostanziale, alla pregiudizialità amministrativa, che si aggiunga,

³² In questa affermazione è possibile cogliere un richiamo implicito ad una giurisprudenza minoritaria della Corte di cassazione che, per un verso, ammette che l'inoppugnabilità dell'atto abbia una valenza solo processuale e non incida sulla condizione giuridica dell'atto, che permane non conforme alla legge, e che pertanto può essere rimosso in sede di esercizio del potere di autotutela o disapplicato dal giudice ordinario; per altro verso, esclude che, "*in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione degli effetti è conforme alla volontà della legge, e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi*" (Cass., Sez. II civ., 27 marzo 2003, n. 4538, in *Foro ital.*, 2003, I, c. 2074 e ss.

³³ Di tale avviso è anche G. PELLEGRINO, *Giurisprudenza e pregiudiziale: luci e ombre di una sentenza che fa discutere*, cit., 270.

³⁴ Su questo tema, per un maggiore approfondimento, si veda G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 79 ss., che analizza le varie posizioni della dottrina. In realtà, la dottrina da molto tempo ha dimostrato l'inconsistenza teorica della nozione.

³⁵ Cfr. P. CAPPELLINI, *Privato e pubblico (dir. interm.)* in *Encicl. dir.*, XXXV, Milano 1986, 685 ss.; in tal senso, inoltre, L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari 2001, 385 ss.

rafforzandolo, all'originario fondamento esclusivamente processuale. Entrambi gli argomenti restano tuttavia molto deboli³⁶.

7. Dal canto loro, le Sezioni Unite della Corte di cassazione non hanno tardato molto a ribadire (e approfondire) la loro posizione, in decisa (ma corretta) polemica con l'Adunanza plenaria.

In una prima occasione, con l'ordinanza 7 gennaio 2008 n. 35, esse hanno stabilito che, *“siccome si deve escludere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al giudice amministrativo può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tale caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento”*.

Sempre nel 2008, con la ampia ed elegantemente motivata pronuncia del 23 dicembre, n. 30254, le Sezioni Unite hanno puntualmente confutato le argomentazioni espresse dall'Adunanza plenaria nella decisione n. 12 del 2007³⁷.

Con tale pronuncia le Sezioni Unite forniscono continuità all'orientamento espresso nel 2006, confermando, e questa volta in modo più chiaro ed argomentato, come si presti a giudizio di cassazione, sotto il profilo della giurisdizione, la decisione con cui il giudice amministrativo rifiuta di esaminare il merito della domanda autonoma di risarcimento del danno, *“per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti”*.

Le Sezioni Unite elaborano vari argomenti volti a spiegare l'attrazione della questione della pregiudizialità amministrativa, nei suoi rapporti con la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, nel sindacato sulla giurisdizione, cui l'art. 111, ultimo comma, della Costituzione assoggetta anche le decisioni del Consiglio di Stato, e che l'art. 374, primo comma, in relazione all'art. 362, primo comma, c.p.c., sottopone al vaglio della Corte di cassazione a Sezioni Unite, attraverso lo strumento del ricorso *“per motivi attinenti alla giurisdizione”*.

A tal fine, la Suprema Corte procede ad una rilettura dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione, approfondendo, in particolare, il significato del termine *“giurisdizione”*; ed evidenziando come sia necessario tenere in considerazione l'evoluzione che tale nozione ha subito nel tempo, in conseguenza di una molteplicità di fattori, che le Sezioni Unite passano, sommariamente, in rassegna.

Tra i tanti fattori che hanno influito, modificandolo (e ampliandolo), sul concetto di giurisdizione, le Sezioni Unite mettono in rilievo *“il rapporto tra diritto comunitario ed ordinamento interno ed il ruolo della giurisdizione nel rendere effettivo il principio del primato del diritto comunitario; la rimozione del limite alla tutela risarcitoria degli interessi legittimi, la caduta del limite dei diritti consequenziali in rapporto alla tutela risarcitoria dei diritti nell'ambito della giurisdizione esclusiva e l'estensione ai diritti consequenziali d'ogni forma di tutela pertinente alla giurisdizione del giudice amministrativo; la coeva progressiva espansione della giurisdizione esclusiva (rispetto alle nove ipotesi regolate dall'art. 29 T. U. 22 giugno 1924, n. 1054); il rilievo assunto dal canone della effettività della tutela e dal principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina;*

³⁶ Saranno infatti abbandonati dal Consiglio di Stato dopo la diversa disciplina dei rapporti tra azione demolitoria e azione risarcitoria introdotta dal codice del processo amministrativo. Anche questo fatto è indicativo.

³⁷ Esaminata nel paragrafo precedente.

la riaffermazione del rilievo costituzionale del principio del giusto processo; il nuovo ruolo assunto nell'ordine delle fonti dal diritto pattizio internazionale; l'emersione, come corollario del principio di effettività, della regola di conservazione degli effetti prodotti sul piano processuale e sostanziale dalla domanda di giustizia”.

I suddetti elementi costituiscono, ad avviso della Corte, altrettanti passaggi di un lungo percorso evolutivo, che conduce ad una rilettura del termine “giurisdizione”, come considerato nella Carta costituzionale, nel senso desumibile dagli artt. 24, 111 e 113: non già come “*il potere in sé di conoscere di date controversie, attribuito per una specifica parte a ciascuno dei diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato*”, bensì come il “*potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento*”.

In altre parole, la “giurisdizione” viene definita come “*tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi*”, ovvero come coacervo delle diverse forme che la tutela giurisdizionale può assumere, funzionali a garantire l'effettività dell'ordinamento. Osserva la Corte, a proposito del significato del termine: “*se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio*”.

A tal proposito, il Supremo Consesso precisa come sia “*norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*”³⁸.

Sulla base di tale premessa, le Sezioni Unite affermano che, “*quando dal giudice amministrativo si afferma che la tutela risarcitoria può essere somministrata da quel giudice, in presenza di atti illegittimi della pubblica amministrazione, solo se gli stessi siano stati previamente annullati in sede giurisdizionale o di autotutela, si finisce col negare in linea di principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, oltre ad una tutela risarcitoria di completamento*”.

Rientra nei poteri del giudice amministrativo, secondo la visione delle Sezioni Unite, erogare la tutela risarcitoria autonoma; pertanto il rigetto della relativa domanda si risolverebbe in una ipotesi di rifiuto di tutela, non imputabile ad elementi processuali o sostanziali, ma ad un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approderebbe ad una concezione riduttiva della giurisdizione (o del potere giurisdizionale) attribuita al giudice amministrativo, dato che ne resterebbe escluso un possibile mezzo di tutela. La descritta situazione si tradurrebbe in una “*menomazione della tutela giurisdizionale spettante al cittadino di fronte all'esercizio illegittimo della funzione amministrativa ed in una perdita di quella effettività, che ne ha giustificato l'attribuzione al giudice amministrativo*”³⁹.

³⁸ A sostegno delle proprie ragioni le Sezioni Unite mettono in luce come, nel campo della giurisdizione amministrativa di merito, i ricorsi per l'ottemperanza integrino una forma di tutela, più che una materia. Una questione di giurisdizione si può presentare anche quando non sia in discussione che la giurisdizione spetti al giudice cui ci si è rivolti, perché è solo quel giudice che secondo l'ordinamento la può esercitare, ma occorre invece stabilire se ricorrono, in base alla norma che attribuisce la giurisdizione, le condizioni perché il giudice abbia il dovere di esercitarla.

³⁹ Peraltro il Supremo Consesso precisa come, in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, non possa prescindere dalle valutazioni condotte dalla Corte costituzionale, non solo nelle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, ma anche nella sentenza n. 77 del 2007, sul tema della *translatio iudicii*, secondo le quali la pluralità dei giudici costituisce una articolazione interna di un sistema di organi nel suo complesso deputato a dare una risposta di merito alla domanda di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. A tal proposito le Sezioni Unite rilevano che: “*se la tutela giurisdizionale deve essere*

Da ultimo, le Sezioni Unite utilizzano un'ulteriore argomentazione per avversare, ancora una volta, la tesi della pregiudizialità, evidenziando come la sua origine affondi in presupposti “che l'attuale stadio di evoluzione della tutela giurisdizionale degli interessi mostra non essere più riferibili all'intero spettro di questa”, atteso che “più indici normativi testimoniano la trasformazione in atto dello stesso giudizio sulla domanda di annullamento, da giudizio sul provvedimento in giudizio sul rapporto”⁴⁰.

Gli indici normativi vengono riferiti: all'impugnazione, con motivi aggiunti, dei provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso; al potere del giudice di negare l'annullamento dell'atto impugnato per vizi di violazione di norme sul procedimento, quando giudichi palese, per la natura vincolata del provvedimento, che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; al potere del giudice amministrativo di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio-rifiuto.

Sicché, non può non concludersi, secondo la Cassazione, 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”.

La posizione della Cassazione è stata poi ancora ribadita ed ulteriormente chiarita con l'ordinanza delle Sezioni Unite 6 marzo 2009, n. 5464⁴¹.

8. Ho ritenuto opportuno indugiare nella esposizione delle due posizioni assunte, prima dell'approvazione del codice del processo amministrativo (e quindi in assenza di una chiara disposizione legislativa sul tema) rispettivamente dal Consiglio di Stato e dalla Corte di cassazione, in ordine al problema della c.d. pregiudizialità amministrativa, perché esse hanno riflessi molto più ampi di quelli propri della questione specifica, esprimendo due concezioni diverse del processo amministrativo, del suo oggetto e della sua funzione.

In questa sede non intendo soffermarmi sul profilo dell'ampiezza del sindacato della Corte di cassazione sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche se comprendo che è il tema insieme più controverso e più interessante⁴². Mi

effettiva e tanto più riesce ad esserlo in quanto siano messe a frutto le distinte competenze dei vari ordini di giudici; una volta che la domanda di giustizia sia formulata; le norme processuali, che sono destinate ad assicurare il rispetto della garanzia costituzionale del giudice naturale in funzione della migliore decisione, debbono prevedere i congegni che consentono di riparare l'errore compiuto della parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perché altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento”.

⁴⁰ E' palese la risposta diretta e puntuale alla diversa tesi esposta nella decisione dell'Adunanza plenaria. Risulta di estremo interesse la diversa (direi opposta) concezione che i due massimi Organi giurisdizionali hanno (meglio: avevano prima del codice del processo amministrativo) della natura e della struttura fondamentale del processo amministrativo.

⁴¹ Prima dell'intervento del codice del processo amministrativo.

⁴² Nei primi commenti alla sentenza delle Sezioni Unite n. 30254 del 2008 è stato affrontato soprattutto questo tema. Si veda, in particolare, C. CACCIAVILLANI, *Translatio iudicij tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 1023, la quale osserva che, “comunque la si voglia riguardare, la problematica sollevata dalla c.d. pregiudizialità della domanda di annullamento rispetto alla domanda di risarcimento danni per lesione di interessi legittimi non sembra poter dar luogo a una questione di giurisdizione, configurando semmai, per i seguaci della teoria della non pregiudizialità, un error in iudicando, ovvero un vizio di omessa pronuncia”(1034). La C. mette acutamente in relazione la decisione sulla c.d. pregiudizialità amministrativa con quella che configura come vizio attinente alla giurisdizione la violazione del giudicato interno, e ne ricava la convinzione che la Cassazione stia cercando di allargare l'ampiezza della nozione di vizio di giurisdizione. Cfr. ancora A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra la giurisdizioni*, in *Foro ital.* 2008, III, c. 3 ss.; R. VILLATA, *La Corte di cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della pubblica amministrazione attribuendo la veste di questione di giurisdizione a un profilo squisitamente di merito*, in *www.giustamm.it*. (pubbl. il 23 gennaio 2009). Più di recente si veda, sul medesimo tema, L. BARRA CARACCILO, *L'azione risarcitoria autonoma. Una costruzione senza riscontro positivo ed il wishful thinking delle Sezioni Unite*, in *www.giustamm.it* (pubbl. il 17

sembra infatti che il tema della giurisdizione sia utilizzato, per così dire, strumentalmente, ossia per potersi pronunciare, da parte della Cassazione, ma anche del Consiglio di Stato, sul tema della pregiudizialità amministrativa. Il quale, di per sé, non dovrebbe coinvolgere, a mio parere, alcuna questione di giurisdizione, posto che l'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi rientra pacificamente nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Mi limito ad occuparmi della pregiudizialità, ponendo in evidenza che, in ordine al suo fondamento, il giudice amministrativo è andato gradualmente modificando il suo pensiero, non sulla tesi di fondo, che resta in modo pressoché granitico favorevole alla predicabilità della pregiudiziale, quanto sugli argomenti posti a suo sostegno.

Sembra infatti che da una posizione iniziale, concentrata interamente su argomenti testuali relativi al trattamento processuale del diritto al risarcimento del danno (per lesione di interessi legittimi), il giudice amministrativo sia passato ad enunciare prima, e a rafforzare poi, argomenti di diritto sostanziale. Per cui la pregiudizialità amministrativa non determinerebbe, ove non rispettata, l'inammissibilità dell'azione risarcitoria, bensì la sua infondatezza per inesistenza della condotta illecita⁴³.

Viene peraltro fortunatamente abbandonato lo pseudo-argomento della presunzione di legittimità, e si punta su una impostazione più accettabile: *"la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'amministrazione in esecuzione dell'atto in oppugnato"*. Si richiama in proposito il principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico⁴⁴.

novembre 2009). Da ultimo si veda R. VILLATA, *Corte di cassazione, Consiglio di Stato e la c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit, 919 ss. La conclusione cui giungono concordemente gli scritti richiamati, come la maggior parte degli altri lavori di commento alla pronuncia delle Sezioni Unite, è di aperto dissenso.

Non è dubbio che l'unico modo per intervenire sulla questione della pregiudizialità amministrativa sia per la Cassazione la elevazione di tale questione a questione di giurisdizione. Tuttavia la rivisitazione del concetto di giurisdizione, e conseguentemente dei limiti delle questioni di giurisdizione, è tema troppo rilevante per essere affrontato in queste pagine; e quali vogliono essere dedicate alla storia del dibattito sulla pregiudiziale amministrativa.

Per i primi commenti alla sentenza delle Sezioni Unite esaminata nel testo è da scorrere la rivista telematica www.giustamm.it, ove si trovano interventi, tutti di rilevante interesse, di Claudio Varrone, Filippo Satta, Antonio Romano Tassone, Maria Alessandra Sandulli, Paolo Carpentieri, Pietro Quinto, Raffaello Gisondi e Alessandro Auletta.

⁴³ L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2003 si fondava esclusivamente su argomenti formali: la lettera e la ratio della riforma culminata con la legge n. 205 del 2000, l'impossibilità per il giudice amministrativo di accertare in via incidentale l'illegittimità di provvedimenti non tempestivamente impugnati, nonché l'impossibilità di disapplicarli.

L'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007 espone, oltre agli argomenti formali, anche ragioni sostanziali, basandosi in particolare sulla (ipotizzata) presunzione di legittimità dei provvedimenti, che diventerebbe presunzione assoluta in caso di mancata tempestiva impugnazione. Con la conseguenza della "formale inesistenza" della ingiustizia del danno.

Nella giurisprudenza successiva, soprattutto della Sesta Sezione, che sembra avere assunto il ruolo di campione della lotta per il mantenimento della pregiudiziale amministrativa, si abbandonano (o si marginalizzano) gli argomenti formali, puntandosi decisamente su quelli sostanziali: *"l'applicazione del principio della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento"* (Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578). Quest'ultima decisione, pubblicata successivamente, è stata però decisa il 2 dicembre 2008, prima cioè della pubblicazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 30254 del 2008; ed infatti non tiene conto del rinnovato orientamento della Cassazione.

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. VI, n. 3059 del 2008; Id. n. 578 del 2009: *"la pregiudiziale amministrativa è (...) strettamente connessa al principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi"*. A fronte della possibile obiezione, per cui il principio di certezza potrebbe riguardare la regolamentazione degli interessi disposta con il provvedimento ma non il diritto al risarcimento del danno (che non incide su tale regolamentazione), la Sezione risponde che *"del complessivo assetto degli interessi regolato da un atto non impugnato fa parte anche la componente economica, su cui influisce il risarcimento del danno"*; ed aggiunge che, *"in presenza di una decisione del giudice di accertamento dell'illegittimità di un provvedimento"*

Siffatta concezione, che potrebbe definirsi autoritaria (o sovrana) del provvedimento amministrativo, sarebbe in qualche modo accettabile (salvo verificare la sua conformità ai principi statuiti nell'art 97 Cost.), se fosse vero che nessun giudice possa "*accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ.*", come affermato espressamente dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato. In tal caso infatti si potrebbe invocare il principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico.

Tuttavia così non è. Non solo il giudice ordinario può conoscere della legittimità del provvedimento, anche se diventato inoppugnabile (ed anzi il giudice penale non si dà nemmeno carico di valutarne la legittimità e spesso non ne tiene conto affatto: decide come se il provvedimento non ci fosse), ma anche il giudice contabile, che si occupa proprio di azioni risarcitorie (nelle quali l'amministrazione assume la veste del danneggiato), non si fa di certo scrupolo di valutare la legittimità di provvedimenti, anche divenuti da lungo tempo inoppugnabili.

Se a questo si aggiunge che anche l'amministrazione, in sede di autotutela o di ricorso amministrativo, può valutare, anche a distanza di tempo, la legittimità dei suoi provvedimenti, senza che la loro inoppugnabilità costituisca alcun ostacolo, sembra necessitato concludere che l'invocato principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico trova applicazione soltanto nei confronti (e a danno) dei cittadini che intendono agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni provocati dalla condotta illecita dell'amministrazione: si crea in tal modo una asimmetria inaccettabile⁴⁵.

Ciò che va decisamente sottolineato è che, ove si prescindendo dalla disposizione di legge, che qualifica come consequenziale il diritto al risarcimento del danno (e che, a prescindere dalla sua dubbia interpretazione, ha carattere processuale, e riguarda solo le situazioni soggettive tutelabili in sede di giurisdizione di legittimità, e non di giurisdizione esclusiva), la pregiudizialità amministrativa non trova alcun supporto legislativo. Per cui, predicarne l'esistenza significa creare una norma dal nulla; norma che sarebbe perfino derogatoria rispetto alla disciplina generale, ove si ritenga, come ritiene il giudice amministrativo, che la responsabilità

ai soli fini dell'esame di una domanda risarcitoria l'obbligo di conformazione al giudicato dovrebbe implicare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, con conseguente elusione del termine decadenziale".

E' peraltro possibile replicare che: a) la componente economica riguarda direttamente l'assetto di interessi, quale costo della loro realizzazione, e pertanto è parte del contenuto del provvedimento; altra cosa è il danno connesso alla illiceità del comportamento dell'amministrazione; b) l'accertamento incidentale della illegittimità del provvedimento, non essendo idoneo a passare in giudicato, non comporta alcun annullamento in sede di conformazione al giudicato stesso.

Definisce "meno convincenti", ma in realtà respinge decisamente gli argomenti fondati sul rischio di elusione del termine decadenziale, sulla esigenza di certezza e stabilità dell'atto e sulla mancanza del potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo, R. GAROFOLI, *LA pregiudizialità: per un superamento "regolato"* in *www.giustamm.it* (pubbl. il 20 novembre 2009), 5.

⁴⁵ Non si può, pertanto, seguire il Consiglio di Stato laddove ritiene di "difficile compatibilità" con le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico che il privato, "*dopo essere rimasto silente (nel senso di non avere impugnato l'atto) dopo l'emanazione di un provvedimento amministrativo a lui sfavorevole, agisca in via giurisdizionale nel più ampio termine prescrizione di cinque anni, chiedendo il risarcimento del danno*" (Sez. VI, decc. citate).

Anche prescindendo dal carattere unidirezionale della garanzia della certezza delle situazioni giuridiche (di cui si è già detto), val la pena di rammentare che il termine quinquennale resta a disposizione del privato, sol che egli abbia tempestivamente impugnato il provvedimento lesivo. Se si tiene conto della durata del processo di impugnazione (in primo e secondo grado) e del termine di prescrizione, le esigenze di certezza rimangono comunque frustrate. Si può pertanto concludere che non è con la pregiudiziale amministrativa che la certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico possa essere adeguatamente garantita.

per lesione di interessi legittimi sia configurabile alla stregua della responsabilità aquiliana⁴⁶.

Pertanto, richiamare ipotesi in cui il termine ordinario di prescrizione dell'azione risarcitoria viene sostituito da termini (breve) di decadenza non risulta argomento né determinante, né utile, e potrebbe perfino essere controproducente. In tutti i casi richiamati, infatti, è la legge che espressamente stabilisce termini brevi; ed è proprio ciò che per la pregiudiziale amministrativa, prima del codice del processo amministrativo, mancava⁴⁷.

Se il legislatore delegato avesse disciplinato la tutela risarcitoria degli interessi legittimi alla stregua di tutela c.d. di completamento, e avesse dato pertanto fondamento legislativo alla pregiudizialità amministrativa, se ne sarebbe dovuto prendere atto; e ritengo che non avrebbero potuto sollevarsi questioni di legittimità costituzionale. Ma senza una disposizione chiara in quel senso, condizionare la tutela risarcitoria all'annullamento del provvedimento, sembra in aperto contrasto con il principio della piena tutela dei soggetti privati nei confronti dell'amministrazione, che è codificato solennemente nell'art. 113, co. 2, Cost.⁴⁸.

9. Volendo esaminare il problema della pregiudiziale amministrativa in sé e per sé (e considerato in astratto), vien fatto in primo luogo di pensare che non sussiste alcuna relazione logica (tanto meno una relazione di necessità) tra l'annullamento del provvedimento (illegittimo e) produttivo di danno e la esperibilità della tutela risarcitoria.

Nella fattispecie dell'illecito risarcibile o, se si preferisce, nella fattispecie della responsabilità dell'amministrazione, campeggia la condotta illecita, e solo essa. Se tale condotta consiste in un provvedimento (e nella sua attuazione in fatto), ciò che viene in rilievo è esclusivamente la illegittimità del provvedimento (e della conseguente attività esecutiva). E' la illegittimità l'elemento insieme necessario e sufficiente perché il provvedimento possa costituire, da solo o insieme ad altri comportamenti, condotta illecita (antigiuridica): la illegittimità del provvedimento si evolve in illiceità del fatto. Che il provvedimento sopravviva o venga posto nel nulla è vicenda del tutto estranea alla fattispecie della responsabilità risarcitoria gravante sul suo autore⁴⁹.

⁴⁶ Credo di poter affermare che la ricostruzione della c.d. pregiudizialità amministrativa come istituto di diritto sostanziale (che comporta la infondatezza nel merito dell'azione risarcitoria, anziché la sua inammissibilità) sia dovuta all'esigenza di rendere più difficile il disegno della Cassazione di scorgervi una questione soggetta al controllo di giurisdizione. Non è detto peraltro che tale ricostruzione, anche ove essa sia accettabile, si mostri idonea a raggiungere tale obiettivo.

Il Consiglio di Stato sembra ormai orientato a ritenere che la responsabilità dell'amministrazione per lesioni di interessi legittimi debba ricostruirsi come responsabilità civile extracontrattuale. Sussistono peraltro orientamenti diversi: si veda, ad esempio, L. GAROFALO, *La responsabilità*, cit., 41 ss.

Le mie idee in merito sono espone nel mio *Risarcibilità e interesse legittimo*, cit., 13 ss.

⁴⁷ Su alcuni dei casi rammentati nelle decisioni della Sesta Sezione si è soffermata anche la Corte di cassazione nella sentenza delle Sezioni Unite n. 30254 del 2008, traendone conseguenze diverse.

⁴⁸ La tesi della pregiudizialità amministrativa comporta che il trasferimento della giurisdizione in ordine alla azione risarcitoria dal giudice ordinario al giudice amministrativo si risolve in diminuzione (o condizionamento) della efficienza della tutela medesima.

Il giudice ordinario, infatti, come si ricava chiaramente dalla ordinanza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, non subordinava (e non subordinerebbe, ove ne avesse giurisdizione) la esperibilità dell'azione risarcitoria al previo annullamento del provvedimento lesivo.

⁴⁹ Attribuire rilievo all'annullamento del provvedimento falsa in qualche modo la fattispecie di responsabilità. Si pensi al caso di un provvedimento, che venga impugnato tempestivamente, ma non venga esaminato nel merito per motivi processuali, o perché ritirato dall'amministrazione; si pensi a provvedimenti impugnati malamente, con motivi che risultino infondati, pur essendo il provvedimento illegittimo: in questi casi il risarcimento sarebbe impedito anche se fosse stato rispettato il termine decadenziale e fosse stato richiesto l'annullamento del provvedimento. Si pensi di contro a provvedimenti annullati per vizi

Risulta pertanto logicamente superfluo, e quindi costituzionalmente disarmonico, dati il principio del giusto processo, richiedere che il provvedimento venga annullato per consentire l'accesso alla tutela contro la condotta illecita dell'amministrazione.

Ciò è tanto vero che il Consiglio di Stato, nella sua ricerca di argomenti a sostegno della pregiudiziale amministrativa, ha indicato altre ragioni giustificatrici, che fanno perno vuoi sulla sostanza della situazione soggettiva lesa vuoi sulla struttura e sulla funzione del processo amministrativo; ma non ha affermato che l'annullamento del provvedimento rientra nella fattispecie generatrice della responsabilità.

Il problema della pregiudizialità amministrativa coinvolge pertanto temi di fondo, di elevato spessore teorico, sui quali occorre soffermarsi; osservando in via preliminare che le concezioni che la Corte di cassazione ha (dell'essenza propria) dell'interesse legittimo e (dei caratteri) del processo amministrativo sono profondamente diverse da quelle sulle quali sembra (meglio: sembrava⁵⁰) indugiare il giudice amministrativo di vertice: le prime appaiono più aggiornate e più accettabili.

L'Adunanza plenaria fonda la sua tesi circa il carattere condizionato ed inautonomo della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo sulle caratteristiche proprie di tale situazione giuridica soggettiva; che, da un lato la differenziano dal diritto soggettivo (cui spetta tutela risarcitoria incondizionata) e, dall'altro, comportano *“differenze (...) marcate (...) in tema di connotati della tutela”*. L'interesse legittimo sorgerebbe *“da un compromesso, chiaramente solidaristico, tra le esigenze collettive di cui è portatrice, ex art. 97 e 98 Cost., l'amministrazione stessa e la pretesa, di colui che dalla loro legittima soddisfazione è coinvolto, di veder preservati quei suoi beni giuridici che preesistono all'attività pubblica ovvero che nel corso di questa si profilano”*⁵¹.

Non si può né si vuole affatto negare che vi sia *“un coinvolgimento costante dell'interesse del singolo nell'interesse della collettività”*; ma si vuole e si deve negare che

esclusivamente formali o procedurali: in tal caso l'azione risarcitoria sarebbe ammissibile anche se la illegittimità potrebbe non dare luogo ad illiceità.

E' poi evidente che non si può invocare la pregiudizialità amministrativa (oltre che nei casi in cui il danno deriva dal comportamento non provvedimentale dell'amministrazione) ove i provvedimenti lesivi siano già stati annullati, ad esempio, dalla stessa amministrazione. Ciò permette di ritenere che la pregiudiziale non richiama la necessità del previo esperimento dell'azione demolitoria ma semplicemente l'avvenuto annullamento del provvedimento lesivo. Presupposto dell'azione risarcitoria è in realtà, secondo il Consiglio di Stato, la eliminazione del provvedimento, comunque essa avvenga, e non la sua tempestiva impugnazione. Si veda Cons. Stato, Sez. VI, n. 3059 del 2008, già citata.

Questa precisazione dovrebbe essere tenuta presente, quando si richiama l'esigenza della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Se l'amministrazione, a distanza di anni, annulla in autotutela un suo provvedimento, riapre i termini (di prescrizione o di decadenza che siano) per l'esperimento dell'azione risarcitoria? Date le premesse da cui parte il Consiglio di Stato si dovrebbe ritenere di sì. Cosicché la certezza delle situazioni giuridiche risulta oscillante e la tutela risarcitoria si può trovare ad essere condizionata da comportamenti del soggetto danneggiante.

⁵⁰ Il codice del processo amministrativo, tra i numerosi effetti favorevoli che ha prodotto, è servito anche a far modificare profondamente la concezione che il giudice amministrativo aveva del processo che dinanzi a lui si svolge. Ed è sommamente indicativo che la nuova concezione sia stata enunciata proprio in tema di azione risarcitoria: si veda Cons. Stato, Ad. Plen. 2011, n. 3, sulla quale dovremo soffermarci.

⁵¹ Ad. plen. n. 12 del 2007, più volte citata. Non è detto che questo sia il convincimento dell'intero Consiglio di Stato, ma, nella ricostruzione del dibattito giurisprudenziale, le affermazioni dell'Adunanza plenaria non possono essere considerate marginali.

Per una diversa concezione dell'interesse legittimo e del processo amministrativo all'interno del Consiglio di Stato, si veda P. DE LISE, *Amministrazione e giurisdizione: le prospettive possibili*, in G. AMATO - R. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi*, Roma 2009, 3 ss.; R. GAROFOLI, *La pregiudizialità*, cit., 7 ss., il quale rileva che "l'evoluzione da tempo in atto è tutta nel senso di una ridefinizione dell'oggetto del processo amministrativo e della sua funzione". Molto autorevole l'opinione di A. QUARANTA, *Verso un nuovo processo amministrativo*, in G. AMATO - R. GAROFOLI, *I tre assi*, cit., 201 ss.

questo comporti che l'interesse legittimo non sia una situazione soggettiva sostanziale, assistita da tutela giurisdizionale piena, anche sotto il profilo risarcitorio⁵².

Allo stesso modo, quale che (si pensi che) sia l'oggetto del processo amministrativo (semplificando: l'atto o il rapporto), non è rilevante affermare la *"natura principalmente impugnatoria dell'azione innanzi al giudice amministrativo"*, dato che l'azione risarcitoria non ha di certo i caratteri dell'azione impugnatoria; e, al più (ove si voglia affermare la pregiudizialità amministrativa), può sostenersi che la prima si aggiunge alla seconda⁵³. Sembra che l'Adunanza plenaria non abbia ancora accolto in pieno il carattere profondamente innovativo dell'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione di azioni risarcitorie; che, oltre tutto, non sono le sole che, tra quelle spettanti, già prima del codice del 2010, a tale giudice, non hanno carattere impugnatorio.

L'azione di annullamento è certamente la prima e (forse anche dopo l'entrata in vigore del codice) continua ad essere la più importante, ma il processo amministrativo non è più ristretto soltanto a tale tipo di azione: è un processo nel quale si esperiscono (e si esperivano) azioni costitutive, di condanna e di mero accertamento; senza che le une siano principali e le altre debbano essere considerate secondarie o condizionate.

Un altro profilo della motivazione va esaminato, dato che attiene ad una affermazione che in qualche modo ritengo quasi sconcertante.

Impressiona, infatti, che il giudice amministrativo ritenga che spetti a lui giudice (oltre che, ovviamente, all'amministrazione) *"non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano"*. Sembra che il giudice ritenga suo dovere curare nel (e con) il processo l'interesse pubblico, mentre è ovvio che egli, come ogni altro giudice, debba semplicemente risolvere una controversia giuridica.

L'interesse pubblico può venire in considerazione, secondo una tesi tanto diffusa quanto indimostrata, quando la giurisdizione è estesa al merito e, in particolare, forse nel giudizio di ottemperanza; o più convincentemente in sede cautelare, sotto il profilo (della valutazione) del danno che può subire l'amministrazione dalla sospensione dell'efficacia dei suoi provvedimenti, a fronte

⁵² Le Sezioni Unite contrappongono una ben diversa concezione dell'interesse legittimo, ragionando sulla scorta degli artt. 24 e 113 Cost.: affermano, in modo assolutamente condivisibile, la *"insostenibilità di precedenti ricostruzioni della figura dell'interesse legittimo e della giurisdizione amministrativa, che il primo configuravano come situazione funzionale a rendere possibile l'intervento degli organi della giustizia amministrativa, e della seconda predicavano la natura di giurisdizione di diritto oggettivo, e dunque di mezzo direttamente volto a rendere possibile, attraverso una nuova determinazione amministrativa, il ripristino della legalità violata e solo indirettamente a realizzare l'interesse del privato"*.

La tutela cautelare piena e incondizionata spetta sia al diritto soggettivo sia all'interesse legittimo, dato che entrambi sono interessi sostanziali giuridicamente riconosciuti e protetti. E' sufficiente richiamare la sent. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204, che ritiene necessario, secondo la Costituzione, assicurare agli interessi legittimi *"le medesime garanzie assicurate ai diritti soggettivi"*.

E' doveroso rammentare che A. ROMANO TASSONE, *Sui fondamenti della c.d. "pregiudizialità amministrativa"*, in www.giustamm.it, ha osservato, a proposito della risarcibilità dell'interesse legittimo, che è corretto sostenere che *"la tutela garantita a questa posizione soggettiva contempli il risarcimento come rimedio in qualche modo residuale, accordabile in quanto e per quanto il suo titolare non possa essere soddisfatto dall'annullamento del provvedimento amministrativo"*.

⁵³ Non si può non condividere l'orientamento delle Sezioni Unite, allorché rilevano che lo stesso giudizio sulla domanda di annullamento si sia trasformato *"da giudizio sul provvedimento in giudizio sul rapporto"*. Lo si ricava, come la Cassazione ha rilevato, da una serie di indici: l'introduzione dei motivi aggiunti, la non annullabilità per vizi formali, l'azione avverso il silenzio; e, si deve aggiungere, lo stesso potere conformativo spettante al giudice dell'azione impugnatoria, che non è affatto congruente con la limitazione dell'oggetto del processo all'annullamento del provvedimento impugnato, riguardando non quest'ultimo ma la attività dell'amministrazione successiva alla sentenza.

del danno lamentato dal ricorrente. In linea generale peraltro è da escludere in modo assoluto che, nel decidere sulla legittimità del provvedimento, il giudice amministrativo debba valutare (e curare) l'interesse pubblico, che, nel processo, è l'interesse di una delle parti: non sarebbe più garantita la terzietà e l'equidistanza rispetto a tutte le parti⁵⁴.

Anche l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico non è idonea a reggere la limitazione della tutela risarcitoria derivante dalla pregiudiziale amministrativa.

A prescindere dal carattere per più versi precario di tale affermata certezza⁵⁵, va osservato che la pretesa "*intangibilità della fattispecie provvedimento*" avrebbe come conseguenza la contemporanea vigenza, non di una, ma di due diverse regolamentazioni degli interessi in giuoco: la prima derivante dal (contenuto del) provvedimento (illegittimo ma inoppugnabile) e l'altra derivante dalla legge e dalla sua corretta applicazione; la prima concreta ma (in tesi) illegittima, la seconda astratta ma sicuramente (anzi, necessariamente) legittima.

Il principio di certezza avrebbe come obiettivo il mantenimento di una regolamentazione di interessi (privati, ma anche pubblici) eventualmente illegittima. Il che francamente mi sembra difficilmente accettabile in via di principio.

Va peraltro sottolineato che l'orientamento del Consiglio di Stato non è monolitico sui temi di fondo sui quali viene appoggiata la tesi della pregiudizialità amministrativa. Anzi il filone giurisprudenziale prevalente è nel senso che l'interesse legittimo sia da considerare una situazione giuridica soggettiva vivente (e rilevante) nel diritto sostanziale; e che, quindi, costituisca l'oggetto di tutela giurisdizionale piena, equivalente (anche se con riti differenziati) a quella propria dei diritti soggettivi⁵⁶.

Ispirandosi al principio della effettività della tutela dell'interesse legittimo, e alla conseguente esigenza dell'adeguatezza dei poteri del giudice amministrativo, il Consiglio di Stato ha finalmente ammesso in modo esplicito, prima dell'entrata in vigore del codice, l'azione di accertamento (in tema di denuncia di inizio di attività); azione che non ha ovviamente carattere impugnatorio e non è compatibile con la tesi che individua nell'atto (impugnato) l'oggetto del giudizio⁵⁷.

Si tratta di posizioni giurisprudenziali non solo diverse ma incompatibili con le posizioni tradizionali (e non più attuali), rispolverate soltanto a proposito della pregiudizialità amministrativa.

⁵⁴ Non si può, a mio avviso, spiegare, sulla base delle caratteristiche dell'interesse legittimo e del processo amministrativo (e non solo a seguito delle modifiche introdotte dal codice), "*la priorità dell'azione impugnatoria*"; né risulta condivisibile che la legittimità del provvedimento lesivo sia possibile valutarla compiutamente solo in sede di giudizio di annullamento, come affermato dalla citata decisione dell'Adunanza plenaria.

⁵⁵ Il richiamo alle esigenze di certezza è operato nelle decisioni della Sesta Sezione, nn. 3059/08 e 578/09, già citate.

Sulla inidoneità della pregiudiziale amministrativa a garantire in modo compiuto la certezza delle situazioni soggettive di diritto pubblico mi sono già espresso nelle pagine precedenti. Si può aggiungere che la certezza, intesa come intangibilità consegue al giudicato; ed anche in quel caso non è assoluta, dato che è legata alla clausola *rebus sic stantibus*.

⁵⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, che richiama il principio delle "*medesime garanzie*", assicurate sia ai diritti soggettivi sia agli interessi legittimi; ed afferma, in modo convincente, che "*questo criterio interpretativo generale deve presiedere alla ricostruzione delle disposizioni legislative oggi vigenti in materia di processo amministrativo*".

⁵⁷ Secondo Cons. Stato, Sez. VI, n. 717 del 2009, citata alla nota precedente, "*il giudizio amministrativo rimane (...) un giudizio sull'atto, ma in una versione diversificata a seguito della normativa sopravvenuta (...) nel senso che il rapporto di cui il giudice amministrativo accerta la legittimità o è quello già riflesso nell'atto impugnato o è quello di cui il ricorrente pretende la trasfusione in un successivo atto della pubblica amministrazione*".

In altri termini l'oggetto rimane l'atto ma con riferimento al rapporto.

Volendo tratteggiare una conclusione, mi sembra possibile affermare, partendo da quanto sopra esposto, che la sussistenza (o la predicabilità) della pregiudiziale amministrativa non possa in alcun modo ritenersi deducibile dalle caratteristiche proprie della situazione lesa (ossia dal *proprium* dell'interesse legittimo) né da quelle del processo amministrativo.

Perché la pregiudizialità possa essere considerata positivamente sussistente occorre, a mio avviso, l'intervento del legislatore⁵⁸, il quale è intervenuto in sede di approvazione del codice del processo amministrativo: occorre pertanto esaminare ciò che il codice ha stabilito in proposito.

10. La indagine si sposta quindi sulla la disciplina dell'azione risarcitoria, quale risulta dal codice del processo amministrativo⁵⁹.

A mio avviso il legislatore delegato aveva di fronte a sé un ampio ventaglio di soluzioni, che consentivano di configurare l'azione risarcitoria sia come legata a (o condizionata dal) l'azione demolitoria sia come totalmente svincolata dal previo annullamento del provvedimento lesivo, ed assoggettata alla disciplina generale della responsabilità risarcitoria, ivi compresa la disciplina della prescrizione. Tenendo conto che la legge di delega prescriveva che, nella disciplina delle azioni, occorreva orientarsi verso la soddisfazione (sottinteso: piena) della pretesa della parte vittoriosa, e considerando che l'azione risarcitoria autonoma risponde meglio a tale criterio, ritengo che sia giusto che la scelta del legislatore delegato si sia indirizzata, sia pure in modo piuttosto timido, in questo senso⁶⁰.

I sostenitori della pregiudizialità amministrativa annoveravano tra i loro argomenti il maggiore carico finanziario per l'amministrazione che, a loro giudizio, avrebbe comportato lo sganciamento dell'azione risarcitoria da quella demolitoria, soprattutto per la facoltà di dare ingresso alla prima entro l'ordinario termine di prescrizione (5 anni). Si pensava infatti che il danno potesse accrescersi per il

⁵⁸ Secondo M.A. SANDULLI, *Il legislatore dà nuovi spunti al dibattito sulla "pregiudiziale"? (riflessioni a margine della legge n. 2 del 2009, di conversione del d.l. n. 185 del 2008)*, in www.giustamm.it: dalla formulazione letterale del co. 8 dell'art. 20 della legge citata nel titolo dell'articolo si poteva ricavare il favore del legislatore per la pregiudiziale amministrativa.

L'osservazione è acuta e interessante, ma il testo legislativo commentato non era idoneo a risolvere il grave problema della pregiudiziale amministrativa; meno che mai in termini generali.

Ritiene che, secondo il diritto previgente al codice, la tutela risarcitoria non potesse che essere consequenziale a quella demolitoria, L. BARRA CARACCILO, *L'azione risarcitoria*, cit., 3 ss. La tesi è sostanzialmente basata sull'argomento di ordine meramente testuale (sulla cui presunta solidità mi sono soffermato nel testo). Viene peraltro valutato anche l'orientamento della Corte europea di giustizia, favorevole all'azione risarcitoria autonoma, ma si mette in evidenza che le norme applicabili nell'ordinamento europeo sono diverse da quelle presenti nell'ordinamento interno.

⁵⁹ Secondo L. BARRA CARACCILO, *L'azione risarcitoria*, cit., 1, se si dimostra che "la disciplina e la stessa questione dell'autonomia della tutela risarcitoria dell'azione di annullamento non attenga all'ambito della giurisdizione, la previsione di tale azione autonoma non potrebbe rientrare nell'ambito del riordino delle norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni". Tale osservazione non solo non è condivisibile, ma non è stata affatto presa in considerazione dal legislatore delegato alla redazione del codice.

Continua peraltro B.C.: "se si dimostra che non v'è rispondenza tra azione autonoma e diritto vigente, la disciplina in discorso non potrebbe rientrare neppure tra i criteri di cui alla lett. b), n. 3), che ha riguardo alle «azioni esperibili» cioè legalmente tipizzate e non a quelle attualmente non disciplinate da alcuna norma, ovvero tra i criteri di cui alla stessa lett. b), n. 4), che fa evidentemente riferimento alle pronunce (dichiarative, costitutive e di condanna) idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa, ma sempre nell'ambito delle azioni previste e disciplinate dalla legge". Questi argomenti non sono a loro volta condivisibili, dato che l'azione risarcitoria è chiaramente già presente nell'ordinamento vigente, ed essa rimane la stessa sia che la si configuri come consequenziale sia che la si configuri come autonoma: l'oggetto della disciplina del codice non è l'azione in sé, bensì i suoi presupposti.

Vorrei peraltro aggiungere che, anche ove si considerasse l'azione autonoma come azione diversa dall'azione consequenziale, nessun ostacolo ha incontrato il legislatore delegato nell'introdurla nell'ordinamento positivo. Non può infatti ritenersi corretto che la delega di cui all'art. 44 della l. n. 69 del 2009 riguardi soltanto le azioni già previste e disciplinate dalla legge precedentemente in vigore.

⁶⁰ Nello stesso senso si era pronunciato R. GAROFOLI, *La pregiudizialità*, cit., 8, il quale lega questa soluzione non solo alla lettera della legge di delega ma anche, e soprattutto, alla evoluzione, in corso da alcuni decenni, del processo amministrativo.

mantenimento in vita del regolamento di interessi derivante dal provvedimento illegittimo portato ad esecuzione. Se, invece, il danneggiato fosse costretto a promuovere, per effetto della pregiudizialità amministrativa, entro un breve termine di decadenza l'azione demolitoria, l'entità del danno potrebbe risultare più limitata. Ragionando in tal modo, acquista corposità la tesi secondo la quale l'azione risarcitoria possa essere proposta autonomamente, anche a prescindere dal contestuale (o previo) esperimento dell'azione demolitoria.

Non può essere negato, d'altronde, che la tempestiva impugnazione, e soprattutto la tempestiva eliminazione della efficacia del provvedimento, che sia illegittimo e lesivo, normalmente impedisca o limiti la entità del danno. Tuttavia questo può avvenire, non per effetto della (sola) impugnazione del provvedimento, ma soltanto se venga richiesta e venga accolta la domanda cautelare di sospensiva; poiché, nel caso in cui l'efficacia del provvedimento non venga sospesa, il danno continuerebbe a prodursi per l'intera durata del processo di impugnazione⁶¹.

Occorre poi aggiungere che, anche secondo la disciplina anteriore al codice, l'azione risarcitoria non doveva essere proposta necessariamente insieme all'azione demolitoria, ma poteva anche essere proposta successivamente, addirittura entro il termine di prescrizione, decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento del provvedimento lesivo⁶².

La preoccupazione finanziaria va tenuta presente, anche se essa sconta due postulati discutibili: a) che l'amministrazione, che pure ha il potere (forse il dovere) di valutare la legittimità dei provvedimenti, anche dopo averli adottati, e di eliminarli in autotutela, ove contrari all'interesse pubblico (e se provocano danni, non possono che essere contrari all'interesse pubblico), non sia capace o disponibile ad esercitarlo, e debba quindi essere messa sotto protezione⁶³; b) che a tenerla sotto protezione debba essere il giudice amministrativo, e non, ad esempio, i dirigenti amministrativi o gli organi di controllo.

Non si può non vedere, in questo modo di pensare, una coda della concezione del giudizio amministrativo come giudizio di diritto oggettivo e del giudice come controllore e garante della legalità nell'amministrazione. Concezione questa che, seppure in auge al tempo della istituzione della Quarta Sezione (e non era certo, già allora, un convincimento generalizzato), non regge di fronte all'art. 24 Cost., che, assicurando la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive, impone (o presuppone) il carattere soggettivo del processo, anche del processo

⁶¹ Per far fronte in modo pieno alla detta preoccupazione bisognerebbe imporre, in sede di esercizio dell'azione demolitoria, la richiesta di sospensione della efficacia del provvedimento impugnato; il che non è concepibile, o almeno non è stato previsto dal codice.

Va inoltre aggiunto che, secondo un orientamento sufficientemente consolidato, il giudice amministrativo tende (o almeno tendeva) a respingere la domanda cautelare di sospensiva, quando il danno, pur essendo ipotizzabile, abbia natura economica o sia economicamente risarcibile. A me sembra chiaro che questo orientamento confligge frontalmente con la preoccupazione circa la esposizione finanziaria dell'amministrazione.

⁶² Il che significa che l'azione risarcitoria rimane proponibile per numerosi anni; per cui il danno può aggravarsi anche in vigenza della pregiudiziale amministrativa.

⁶³ Ritene che "sia necessario costruire attorno all'azione risarcitoria pura una rete di protezione che non carichi la pubblica amministrazione di oneri economici eccessivi", R. GAROFOLI, *La pregiudizialità*, cit., 8. Secondo M. CLARICH - M. ROSSI SANCHINI, *Linee evolutive del processo amministrativo: il lungo cammino (non ancora concluso) dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in G. AMATO - R. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi*, cit., 235, sussiste ampio "spazio per costruire attorno all'azione risarcitoria pura una rete di protezione che non carichi la pubblica amministrazione di oneri economici eccessivi".

amministrativo. Le eventuali divergenze dal modello devono essere saggiate secondo il metro della ragionevolezza.

Si può poi aggiungere che la disciplina generale della responsabilità risarcitoria appresta già adeguati strumenti per contrastare atteggiamenti negligenti o maliziosi del danneggiato: si pensi all'art. 1227 c.c., che d'altronde era già stato tenuto presente nella giurisprudenza amministrativa⁶⁴.

Il legislatore delegato si è fatto carico della preoccupazione finanziaria; e il modo più semplice per esorcizzarla è stato quello di sottoporre l'esercizio dell'azione risarcitoria, resa autonoma (sottratta cioè alla c.d. pregiudiziale amministrativa), ad un breve termine di decadenza, anziché all'ordinario termine di prescrizione⁶⁵.

Un delicato problema poteva (e può) riguardare la lunghezza del termine; il quale, se troppo lungo, non risponde alla esigenza evidenziata, ma, se troppo breve, riduce il carattere autonomo dell'azione risarcitoria ad una mera apparenza. L'orientamento prevalso, per intervento diretto di uffici governativi, lo ha fissato in 120 giorni dalla conoscenza del provvedimento lesivo o dal verificarsi del danno, se questo non è automaticamente collegabile con il provvedimento; sulla scorta dell'osservazione secondo cui "inventare" un nuovo termine, diverso tanto dal termine prescizionale quanto dal termine decadenziale "ordinario" doveva considerarsi "difficilmente immaginabile", ed è stato quindi proposto di parificare il termine a quello per la proposizione del ricorso al Presidente della Repubblica⁶⁶.

A mio parere non ci sono difficoltà di ordine costituzionale con riguardo ad un termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria. Si rammenti che il codice civile conosce termini brevi⁶⁷. Ciò che ritengo essenziale è che risultino armonizzate le due diverse esigenze, quella di contenere la durata degli effetti dannosi del provvedimento e quella della tutela per quanto possibile piena del danneggiato.

Non sembra essere una soluzione accettabile, a mio avviso, né l'affermazione dell'azione risarcitoria totalmente incondizionata, né che la sua disciplina sia redatta in modo tale da far pensare ad una pregiudizialità amministrativa mascherata. Il codice ha tenuto conto di queste esigenze?

11. La soluzione prevalsa in diritto positivo risulta, almeno apparentemente, semplice e razionale: l'azione risarcitoria è autonoma ma deve essere esperita entro

⁶⁴ E' stato richiamato anche l'art. 839 BGB, che, "in tema di responsabilità derivante dall'esercizio di pubbliche funzioni, prescrive la reiezione della pretesa risarcitoria fatta valere nei confronti dell'amministrazione, allorché sia stata intenzionalmente o colposamente omessa l'attivazione degli altri rimedi approntati dall'ordinamento, sempre che fossero utili in una prospettiva di ridimensionamento del danno" (R. GAROFOLI, *La pregiudizialità*, cit., 9).

⁶⁵ L'art. 30, co. 3, del codice stabilisce che "la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi 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".

⁶⁶ In questo senso P. QUINTO, *Pregiudiziale amministrativa. La recta ratio e la misura che la definisce. La giustizia nell'amministrazione, plurime azioni e pluralità di termini*, in www.giustamm.it (pubbl. il 2 dicembre 2009), p. 4.

⁶⁷ Ricordati sia dalla Corte di cassazione nella sentenza delle Sezioni Unite n. 30254 del 2008, sia da L. BARRA CARACCIOLLO, *L'azione risarcitoria*, cit., 4 ss.

Diversa valutazione deve darsi in ordine al termine, anch'esso decadenziale, di cui all'art. 30, co. 5: 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che abbia annullato il provvedimento lesivo. La legittimità costituzionale di tale disposizione è stata posta in dubbio dal T.A.R. Palermo, Sez. I, con ord. 7 settembre 2011, n. 628; sulla quale cfr. L.D'ANGELO, *Dubbi sulla nuova e "stringata" tutela risarcitoria degli interessi legittimi prevista dal c.p.a.*, in www.giustamm.it (pubbl. il 29 settembre 2011); M.NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, in www.giustamm.it (pubbl. il 26 settembre 2011)..

un breve termine di decadenza. Il danneggiato deve tenere un comportamento ispirato ai principi di correttezza e buona fede: se tiene un comportamento diverso, ne paga le conseguenze con l'esclusione dal risarcimento di quei danni che si sarebbero potuti evitare, usando l'ordinaria diligenza⁶⁸.

L'Adunanza plenaria è intervenuta tempestivamente sul tema, proponendo una "lettura" molto rigorosa della disposizione, in particolare sul modo di intendere il "comportamento complessivo" della parte danneggiata⁶⁹.

L'omessa o tardiva impugnazione del provvedimento lesivo viene considerata come *"fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi"*.

Sorgono alcuni interrogativi. In primo luogo appare eccessivo che, nella valutazione del "comportamento complessivo" del danneggiato, si concentri l'attenzione sulla sola reazione processuale avverso il provvedimento lesivo, cosicché la buona fede e la diligenza debba essere sempre esclusa se il danneggiato non abbia esperito l'azione demolitoria: questo atteggiamento, da un lato, risente ancora della *querelle* sulla pregiudizialità amministrativa; e, dall'altro, rischia fortemente di conservare tale pregiudizialità, sia pure in forma mascherata. In realtà l'esercizio dell'azione demolitoria rimane, secondo siffatto orientamento, necessario, ove si voglia ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti⁷⁰.

Va tenuto presente, peraltro, che tra il termine per proporre l'azione demolitoria e quello per proporre l'azione risarcitoria la distanza è limitata a 60 giorni. Pertanto, ove si ritenga che la proposizione (ovviamente tempestiva) dell'azione risarcitoria, in mancanza della proposizione dell'azione demolitoria, non sia sufficiente ad integrare il comportamento diligente del danneggiato, la disposizione del codice sembra ingiustificatamente superata (anzi, negletta), dato che nell'art. 30 si fa riferimento all' "esperimento degli strumenti di tutela previsti", e non soltanto all'esperimento dell'azione di annullamento. D'altronde, anche sul piano logico, sembra eccessivo pretendere che il danneggiato che voglia solo il risarcimento del danno, e lo chieda giudizialmente entro il (breve) termine di

⁶⁸ Art. 30, co. 3, secondo periodo: "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".

⁶⁹ Cons. Stato, Ad. plen. 23 marzo 2001, n. 3. La sentenza non si occupa affatto del modo di valutare il "comportamento complessivo" della parte danneggiante. Eppure il codice impone anche questa valutazione.

Il punto di partenza della sentenza è in parte condivisibile: *"il 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"*. E' condivisibile laddove sottolinea la rilevanza del comportamento di buona fede del danneggiato; non lo è, a mio avviso, sia laddove riferisce tale rilevanza al nesso di causalità (tra condotta illecita e danno), sia laddove punta l'attenzione sulla sola "tempestiva reazione processuale", anziché sul comportamento complessivo.

Le osservazioni critiche che vengono svolte sulla sentenza dell'Adunanza plenaria non ne riducono affatto sia l'importanza delle tesi esposte, sia la ricchezza del retroterra teorico, sia infine l'eleganza del linguaggio utilizzato.

Sulla pregevolezza, in particolare della prima parte della motivazione in diritto della sentenza, ove viene ricostruito il sistema delle tutele, quale risulta dal codice del processo amministrativo, rinvio al mio *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.* 2011, 988 ss.

⁷⁰ In questo senso, molto chiaramente, si esprime Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n.1983: il diritto al risarcimento del danno da provvedimento illegittimo *"non spetta se l'interessato (...) non ha fatto quanto poteva per giungere alla riparazione della lesione, finanche attraverso l'azione di annullamento"*; e ancora: *"il danneggiato da un atto illegittimo, per accampare il risarcimento dei danni che ne derivano, ha l'onere di tempestivamente attivarsi fino a domandare l'annullamento giudiziale"*.

decadenza stabilito per legge, debba essere costretto a chiedere anche l'annullamento del provvedimento lesivo, al fine di evitare il rigetto, in tutto o in parte, della sua domanda di risarcimento⁷¹.

Se invece si ritenga, come a me sembra preferibile in relazione al principio della piena ed effettiva tutela (che contraddice a inutili appesantimenti a carico di coloro che la richiedono), e come sembra corrispondente ad una serena "lettura" della disposizione in esame, che la tempestiva proposizione dell'azione risarcitoria sia da considerare comportamento pienamente ispirato al principio di buona fede oggettiva, la rilevanza della mancata proposizione dell'azione demolitoria si riduce grandemente: possono non essere risarcibili i danni prodottisi nel limitato periodo di tempo, che va dallo scadere del termine per la proposizione di questa azione al momento in cui viene proposta quella; ossia, al massimo, 60 giorni⁷². Anzi nemmeno tali danni, dato che l'annullamento del provvedimento lesivo può essere chiesto con ricorso al Presidente della Repubblica entro lo stesso termine previsto per la proposizione dell'azione risarcitoria.

In secondo luogo, il comportamento diligente del danneggiato, anche ove non debba essere inteso solo come diretto ad evitare di aggravare il danno, ma debba essere inteso come diretto anche alla sua riduzione, non può essere valutato in linea con i principi di correttezza e buona fede soltanto se si articola in iniziative processuali, anzi se consiste nella (o include la) proposizione dell'azione di annullamento. Se il danno deriva dal (la esecuzione del) provvedimento, tutto ciò che si può chiedere al danneggiato è di avvertire l'amministrazione del carattere presuntivamente illegittimo e dannoso del provvedimento stesso: dati i caratteri della efficacia del provvedimento (esecutività, ed esecutorietà, quando ammessa), il danneggiato non ha alcuna possibilità di farne direttamente cessare gli effetti lesivi. E' solo l'amministrazione che può farlo.

Ne deriva che qualsiasi iniziativa diretta a far conoscere all'amministrazione l'intenzione di richiedere il risarcimento dovrebbe essere considerata comportamento sufficiente sotto il profilo della correttezza e della buona fede. Se così si opina, l'invio di un preavviso di ricorso giurisdizionale, la proposizione del ricorso gerarchico, la notifica di un atto di diffida, la sollecitazione all'esercizio dell'autotutela, in quanto azioni idonee a mettere sull'avviso l'amministrazione, dovrebbero essere sufficienti a integrare il comportamento di buona fede⁷³. Anche perché, secondo il codice, il giudice deve valutare non solo il comportamento del danneggiato ma anche quello dell'amministrazione danneggiante⁷⁴.

⁷¹ Il caso è diverso da quello dell'impugnazione tardiva (proposta dopo lungo tempo) del licenziamento, che genera nella controparte, secondo l'orientamento della Cassazione, l'affidamento nell'abbandono della relativa pretesa: là non c'è, e qui c'è, un breve termine di decadenza. L'accostamento dei due casi è stato rilevato da E. M. BARBIERI, *Lesione degli interessi legittimi ed ordinaria diligenza per un risarcimento integrale*, in *Rin. trim. app.*, 2011, 399 ss.

⁷² Tenendo conto di questa osservazione, sembra di poter rilevare che l'insistenza nel richiedere che il danneggiato proponga l'azione demolitoria si spiegava molto meglio quando l'azione risarcitoria era ritenuta proponibile entro il termine di prescrizione (5 anni). Non ha gran senso richiamare e sottolineare tale onere quando l'azione risarcitoria è comunque soggetta ad un termine, molto stretto, di decadenza.

⁷³ In questo senso si era espresso R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia.amministrativa.it. "Tonere del privato di esperire i mezzi di tutela può quindi consistere nell'informare l'amministrazione dei profili di illegittimità da cui è affetto l'atto e dei danni che lo stesso sta provocando nella sua sfera patrimoniale o personale", punto 3.4 (pubbl. il agosto 2010).

⁷⁴ Il codice si riferisce al "comportamento complessivo delle parti" (art. 30, co. 3, secondo periodo).

Sotto questo profilo la sentenza dell'Adunanza plenaria non è, a mio avviso, chiara: rileva correttamente che del comportamento complessivo fanno parte anche le iniziative extraprocessuali del danneggiato, ma non chiarisce se l'adozione di una o più di tali iniziative sia sufficiente, in assenza dell'esperimento dell'azione demolitoria, a far ritenere corretto il "comportamento complessivo"; anche se sembra orientata a ritenere necessario l'esperimento dell'azione di annullamento⁷⁵.

12.- Sarà la giurisprudenza a decidere quali iniziative, sostanziali e processuali, siano idonee a far qualificare il "comportamento complessivo" come conforme alle regole della correttezza e buona fede⁷⁶. Di certo però, se tale qualifica resta condizionata all'esperimento dell'azione demolitoria, non si potrà dire che la pregiudiziale amministrativa è stata superata: se il danneggiato vuole ottenere l'integrale risarcimento del danno, deve necessariamente agire per l'annullamento del provvedimento lesivo⁷⁷. La pregiudizialità ha soltanto trovato una diversa giustificazione⁷⁸.

In questo modo, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza in esame, non si supera affatto la centralità dell'azione di annullamento e non si ottiene, quindi, come ritenuto ed auspicato, "un sistema delle tutele duttile, che consente un accertamento non costitutivo dell'illegittimità, a fini risarcitori"⁷⁹.

Secondo R. CHIEPPA, *Commento all'art. 30, in Il processo amministrativo* (a cura di A. Quaranta e V. Lopilato), Milano 2011, 301, "anche sull'amministrazione incombe l'onere di ridurre il danno risarcibile causato da un proprio provvedimento illegittimo, specie se stimolata a tal fine dalla richiesta di esercizio del potere di autotutela".

⁷⁵ Afferma la sentenza che "la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela ed al complessivo comportamento consente di soppesare l'ipotetica incidenza esologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma anche dell'omessa attivazione di quei rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa". Due sono le "letture" possibili, ossia: a) che venga ritenuto necessario, perché il comportamento possa essere considerato corretto, che il danneggiato, oltre ad impugnare il provvedimento lesivo, abbia preso tutte, o almeno alcune, delle altre iniziative potenzialmente idonee ad evitare il danno; ovvero, b) che siano sufficienti tali diverse iniziative, anche in difetto dell'esperimento dell'azione di annullamento.

⁷⁶ Finora non risultano prese di posizione in un senso o nell'altro: il Tar Lazio, Sez. II, 3 maggio 2011, n. 3766, ha accordato il risarcimento del danno in mancanza della proposizione dell'azione demolitoria, ma si trattava di un caso in cui il provvedimento lesivo aveva esaurito i suoi effetti; e, dunque, la sua impugnazione sarebbe stata inutile.

⁷⁷ In questo senso peraltro si muove decisamente l'Adunanza plenaria, laddove osserva che "il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno, pur non essendo più l'unica tutela esperibile, è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose". Ne deriva, secondo l'Adunanza plenaria, che "l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame", cioè dell'art. 1227 cod. civ.

Valuta diversamente l'orientamento dell'Adunanza plenaria sul punto E.M. BARBIERI, *Lesione degli interessi legittimi*, cit., 405: la sentenza in commento avrebbe attribuito al giudice "un penetrante sindacato sull'ordinaria diligenza richiesta a chi sia stato danneggiato da un provvedimento illegittimo. Il compito del giudice amministrativo viene così esteso dalla individuazione dei tempi e delle tecniche di difesa che avrebbero potuto essere opportunamente seguite fino ai motivi che avrebbero potuto sorreggere il ricorso non proposto, per concludersi poi in un giudizio sul rapporto di causalità ipotetica che può ritenersi intercorrere, anche alla luce dei possibili esiti del ricorso non proposto, fra le scelte processuali fatte ed il danno verificatosi".

Ritiene che la collaborazione del danneggiato, "uscita dalla porta dell'azione pregiudiziale di annullamento (o di dichiarazione di illegittimità del silenzio) rientra in sostanza dalla finestra attraverso l'imputazione allo stesso danneggiato della parte di pregiudizio da esso evitabile con un diligente utilizzo dei mezzi di tutela posti a sua disposizione"; M.A.SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzioni di vecchi problemi e nascita di nuove questioni* (breve 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.giustamm.it, 1-2 (pubbl. il 28 marzo 2011).

⁷⁸ Secondo S. BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in www.giustamm.it, 2 (pubbl. il 29 dicembre 2010), Part. 30, co. 3, "sembra reintrodurre una sorta di pregiudiziale sostanziale che opera, non attraverso l'inammissibilità della domanda risarcitoria in assenza del preventivo annullamento dell'atto illegittimo, ma bensì attraverso lo svuotamento dall'interno del diritto al risarcimento nel caso di mancata proposizione dell'azione impugnatoria, cosa che comunque avviene attraverso la sostanziale limitazione del diritto al risarcimento ai soli danni non eliminabili attraverso la pronuncia di annullamento".

⁷⁹ L'Adunanza plenaria ritiene che il codice abbia introdotto "il necessario temperamento all'autonomia processuale delle tutele cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria". Allo stesso modo, in altro passo della motivazione, si afferma che il codice avrebbe sancito "un coordinamento, non processuale ma sostanziale, tra il rimedio caduca torio e quello risarcitorio".

L'esperimento dell'azione demolitoria non è necessario (e l'accertamento in via (solo) incidentale della illegittimità del provvedimento lesivo è possibile), in via di eccezione, soltanto quando "l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista"⁸⁰: l'eccezione, è ovvio, conferma la regola!⁸¹

L'orientamento dell'Adunanza plenaria condiziona sensibilmente (forse eccessivamente) le scelte individuali sui mezzi di tutela da azionare per ottenere soddisfazione dei propri interessi legittimi, lesi da provvedimenti illegittimi e dannosi; e sembra ricollegarsi ad una concezione oggettivistica del processo amministrativo, secondo la quale il ricorrente "serve" a consentire al giudice di annullare i provvedimenti illegittimi⁸².

In terzo luogo va ripetuto quanto già si è altrove rilevato: nemmeno la tempestiva proposizione del ricorso per l'annullamento del provvedimento lesivo è, di per sé, idonea a contenere (ridurre o non far aumentare) il danno, dato che non influisce affatto sulla efficacia del provvedimento impugnato; né il giudice adito può d'ufficio far cessare gli effetti dannosi⁸³. Pertanto, ad essere conseguenti con l'interpretazione rigorosa del comportamento di buona fede, bisognerebbe richiedere al danneggiato di proporre, oltre al ricorso, anche la domanda cautelare di sospensione della efficacia del provvedimento lesivo⁸⁴.

Riconosce che la soluzione codicistica "fa salva la centralità dell'azione impugnatoria", e plaude a tale soluzione, P. QUINTO, *Le «convergenze» parallele nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A.P. n. 3 del 2011*, in www.giustamm.it, 2 (pubbl. il 13 aprile 2011). Osserva che l'art. 30 "risponde alla finalità di risolvere un problema di rapporti tra due diverse forme di tutela", M. NUNZIATA, *Il risarcimento del danno*, cit., 15.

⁸⁰ L'interesse all'annullamento oggettivamente non esiste, a titolo esemplificativo, nel caso in cui "il provvedimento sia stato immediatamente eseguito producendo una modificazione di fatto irreversibile"; ovvero, nel caso in cui "i tempi tecnici del processo non consentano, ragionevolmente, di praticare, in modo efficiente, il rimedio della tutela ripristinatoria"; o ancora nelle situazioni in cui, "per effetto di una specifica previsione di legge (cfr. l'art. 246, co. 4, del codice dei contratti pubblici, da ultimo confluito nell'art. 125, co. 3, del codice del processo amministrativo), il mezzo dell'annullamento non possa soddisfare, in termini reali, l'aspirazione al conseguimento del bene della vita desiderato".

E' proprio uno di questi casi che ha consentito al Tar Lazio, con la sent. n. 3766 del 2011, già citata, di conoscere in via incidentale del provvedimento lesivo, che non era stato impugnato.

⁸¹ Le eccezioni dimostrano peraltro che, almeno sul piano logico, che per decidere sulla richiesta di risarcimento non è necessario che il provvedimento lesivo venga previamente annullato. In questo senso si pronuncia anche G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudiziale amministrativa?*, in www.giustamm.it, 1 (pubbl. il 22 dicembre 2010); per il quale, inoltre, considerare il mancato esercizio dell'azione demolitoria "contrario all'ordinaria diligenza (...) costituisce pur sempre un'operazione ardita sul piano logico e della proporzionalità", 3-4.

D'altronde, che l'accertamento della illegittimità dell'atto possa prescindere dall'annullamento dell'atto stesso risulta per tabula dall'art 34, co. 3, del codice del processo amministrativo. Sul tema cfr. N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, in www.giustamm.it (pubbl. il 1° aprile 2011).

⁸² Che altro si può pensare dell'onere imposto al ricorrente di chiedere l'annullamento del provvedimento lesivo; annullamento che egli non desidera affatto!

Il carattere oggettivistico della giurisdizione è poi esaltato dalla rilevabilità e valutabilità d'ufficio ("senza necessità di eccezione di parte", stabilisce l'Adunanza plenaria) del "comportamento complessivo" del danneggiato.

Assume che "l'obiettivo finale della giustizia amministrativa è quello di garantire la correttezza dell'azione amministrativa", E.M. BARBIERI, *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in www.giustamm.it, ritenendo che i "fini" della giustizia amministrativa non sono (o non sono soltanto) quelli connessi con la tutela dell'interesse legittimo leso dall'azione amministrativa: comprendono anche il ripristino della legittimità di detta azione. Tali "fini" configurano un tipo di giurisdizione con forti accenti di giurisdizione di diritto oggettivo.

Sulle tracce di Barbieri v. anche A. CALDARERA, *Il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo dopo il Codice del processo amministrativo. Esiste ancora la c.d. pregiudiziale amministrativa? Poche battute a margine della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 23 marzo 2011, n.3 e dell'ordinanza T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 07 settembre 2011, n. 1628*, in www.giustamm.it, 6 (pubbl. il 28 ottobre 2011).

⁸³ Il danno può derivare direttamente dal provvedimento, per il fatto stesso di essere stato adottato, ma più spesso deriva dagli effetti del provvedimento, dalla loro realizzazione in fatto. Il danno pertanto di norma aumenta con il protrarsi nel tempo della efficacia del provvedimento.

⁸⁴ Sotto questo profilo, la sentenza dell'Adunanza plenaria non può considerarsi esauriente.

Ritiene che il riferimento generico agli "strumenti di tutela previsti" comprenda anche, anzi "soprattutto" la richiesta della tutela cautelare, S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2011, 924-925. A sua volta ritiene che il danneggiato debba esperire la "tutela cautelare, intra o ante causam, in ossequio al

In conclusione, la nuova disciplina dei rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento non risolve tutti i problemi, come si era sperato⁸⁵; né può essere considerata pienamente soddisfacente sotto il profilo della efficienza e della semplificazione della tutela dei privati nei confronti dell'azione illegittima della pubblica amministrazione. In particolare, sembra che il legislatore, seguito dal giudice amministrativo, non valuti sullo stesso piano e con lo stesso metro la parte pubblica e la parte privata, aggravando in modo più pesante questa seconda; in violazione del principio della parità delle parti, aspetto cardine del modello del giusto processo.

Sembra che di tanto in tanto si riaffacci quella (ormai strana) concezione del processo amministrativo, inteso come luogo deputato alla verifica (oggettiva) della legittimità dell'azione amministrativa; anzi come strumento per la tutela dell'interesse pubblico; concezione che era sostenibile, e fu sostenuta, nel 1889, quando fu creata la Quarta Sezione del Consiglio di Stato⁸⁶. Oltre un secolo fa.

generale principio di buona fede e leale cooperazione", A. CALDARERA, *Il risarcimento del danno*, cit., 5. Questo peraltro non è richiesto dall'Adunanza plenaria.

Si pone il problema: sono risarcibili i danni che il provvedimento amministrativo illegittimo continua a produrre per tutta la durata del processo di annullamento, se il ricorrente non ha chiesto la tutela cautelare? Ovvero, se l'ha chiesta tardi? O se, avendola chiesta, non l'ha ottenuta?

⁸⁵ Risolve il contrasto tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, che è stato illustrato nelle pagine precedenti. In questo senso si esprime, condivisibilmente, R. CHIEPPA, *Commento all'art. 30*, cit., 299.

Il contrasto può ricrearsi, anzi si è già ricreato sotto altri profili. Si vedano le tre ordinanze delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596, che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in caso di danno derivante dall'affidamento ingenerato dal comportamento complessivo dell'amministrazione o da una certificazione inesatta, e non dalla illegittimità di un provvedimento.

⁸⁶ Il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa è invece stato affermato con forza dalla stessa Adunanza plenaria nella sent. 7 aprile 2001, n. 4.