

## **Dal rito al merito: il Consiglio di Stato rinnega gli argomenti a sostegno della pregiudiziale** di Viviana Di Capua

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dalla c.d. pregiudiziale di rito... – 3. ... a quella di merito. – 4. Il *punctum dolens* della ricostruzione prospettata dal Consiglio di Stato. – 5. Conclusioni.

### **1. Premessa.**

Con la **sentenza n. 3 del 23 marzo 2011**, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affronta la complessa questione del rapporto tra azione di risarcimento del danno e impugnazione del provvedimento illegittimo nel processo amministrativo – c.d. *pregiudiziale di annullamento* – con riguardo ad una fattispecie in cui la richiesta di ristoro dei danni cagionati da un provvedimento di sospensione degli inviti a gare d'appalto prescinde dall'impugnazione di quest'ultimo.

Nella sentenza non si assiste all'ennesima elencazione delle argomentazioni a supporto dell'"*ancillarità*" nel processo amministrativo dell'azione risarcitoria rispetto all'impugnazione dell'atto invalido (*ex multis*, **Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4**; **Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12**), bensì ad una profonda rivisitazione di un istituto alla luce delle innovazioni apportate dal Codice del processo amministrativo.

In particolare, a norma dell'**art. 30, comma 5, c.p.a.**, l'omessa tempestiva impugnazione dell'atto illegittimo cessa di fungere da fattore di preclusione processuale alla proponibilità di una eventuale successiva domanda di risarcimento dei danni cagionati dall'esercizio scorretto della funzione pubblica, assumendo la funzione di elemento alla stregua del quale valutare, in sede giurisdizionale, il "*comportamento complessivo delle parti*" al fine di accertare la sussistenza dell'*an* e del *quantum* del danno subito.

Sebbene le norme del Codice non siano applicabili ad una fattispecie sorta prima della sua entrata in vigore, l'Adunanza Plenaria intende dimostrare come la soluzione legislativa in tema di c.d. pregiudiziale di annullamento, derivi dalla positivizzazione di principi desumibili dal sistema normativo previgente. Con ciò, per la verità, rinnegando con *nonchalance* tutta la strenua difesa della necessità del pregiudiziale annullamento dell'atto che aveva sostenuto negli anni precedenti.

### **2. Dalla c.d. pregiudiziale di rito...**

L'*iter* logico-giuridico seguito dalla Plenaria inizia con la disamina della nota **sentenza n. 500/1999**, con la quale le S.U. della Cassazione hanno ufficialmente sancito il principio della risarcibilità degli interessi legittimi (c.d. pretensivi, giacché quelli c.d. oppositivi erano pacificamente ammessi alla tutela risarcitoria grazie all'*escamotage* della teoria dell'affievolimento). Attraverso una lettura innovativa dell'art. 2043 c.c., la Corte ricollega l'obbligazione risarcitoria all'esistenza di una condotta colposa o dolosa di "*chiunque*" (quindi, anche della pubblica amministrazione), senza far menzione della situazione soggettiva lesa (diritto soggettivo o interesse legittimo). Questa

disposizione fonda il diritto al risarcimento del danno, che è un diritto soggettivo e, come tale, ove non risulti compreso in una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A., rientra *naturaliter* nella giurisdizione del G.O., in base al criterio della *causa petendi* o *petitum* sostanziale<sup>1</sup>. In altre parole, «*il diritto al risarcimento del danno è diritto distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte del danno ingiusto*»<sup>2</sup>.

Diverse, tuttavia, furono le incertezze di carattere sostanziale e le incongruità di ordine processuale cui diede origine questa ricostruzione. Per ciò che concerne le prime, l'*impasse* era costituito dalla difficoltà di concepire l'interesse legittimo quale posizione giuridica sostanziale, perfettamente speculare al diritto soggettivo, passibile, pertanto, di risarcimento del danno per equivalente o di reintegrazione in forma specifica dinnanzi al giudice amministrativo, investito del ruolo di giudice *naturale* degli interessi legittimi. Quanto alle seconde, nel caso in cui la vertenza non concernesse una delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, ove il G.A. poteva conoscere della fondatezza della pretesa demolitoria che di quella risarcitoria (*ex art. 35, D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80*), il privato doveva adire due giudici diversi e attivare due giudizi paralleli: uno (amministrativo) diretto alla rimozione dell'atto illegittimo e dei suoi effetti e l'altro (ordinario) per ottenere il risarcimento del danno.

La svolta si ebbe, in sede di riforma, con l'attribuzione al G.A. della tecnica del risarcimento del danno anche nella giurisdizione generale di legittimità. L'**art. 7, comma 3, l. T.A.R., modificato dall'art. 7, l. n. 205/2000**, infatti, dispose che "*il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniale consequenziali*".

Attraverso la rottura del monopolio del G.O. sull'azione risarcitoria, la giurisdizione amministrativa compiva un passo ulteriore verso il raggiungimento di una struttura e di un assetto che avrebbe consentito di assicurare pienezza ed effettività di tutela a tutte le situazioni giuridiche soggettive devolute alla sua cognizione.

E' innegabile che l'istituto della c.d. pregiudizialità di annullamento affondi le radici nel carattere tipicamente e storicamente impugnatorio del giudizio amministrativo e, in particolare, nell'esigenza di limitare nel tempo la responsabilità della pubblica amministrazione, in ossequio al dogma «*della certezza e stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi*»<sup>3</sup>.

Una volta sancito il principio della risarcibilità degli interessi legittimi, al pari dei diritti soggettivi, e munito il giudice amministrativo del potere di accordare detto risarcimento, una parte della giurisprudenza ha asserito la necessità di subordinare l'azione risarcitoria alla preventiva caducazione giurisdizionale dell'atto invalido, fonte del danno ingiusto.

Di qui la *vexata quaestio* tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione circa la necessità o meno della c.d. pregiudiziale di annullamento previo dell'atto amministrativo causativo del danno.

In particolare, a sostegno della c.d. pregiudiziale il Consiglio di Stato adduceva sia l'elusione del termine di decadenza connesso all'azione di annullamento dell'atto illegittimo *ex art. 21 l. n. 1034 del 1971*, nel caso in cui l'azione risarcitoria fosse stata esercitata autonomamente<sup>4</sup>, sia il divieto per

<sup>1</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, 87.

<sup>2</sup> Così Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500.

<sup>3</sup> In tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578, in *Foro Amm. C.d.S.*, n. 9/2010, 172.

<sup>4</sup> Per una disamina del filone giurisprudenziale con il quale il Consiglio di Stato rivendicò la necessità della c.d. pregiudiziale di annullamento nel processo amministrativo e che trova la sua pietra miliare nell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2003, si veda, in particolare, C. FELIZIANI, *La pregiudiziale amministrativa come regola iuris del rapporto tra*

il G.A. di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo<sup>5</sup>, potendo sindacare lo stesso esclusivamente in via principale, al fine della relativa caducazione.

Da ciò si faceva derivare l'asserita "consequenzialità" dell'azione di risarcimento rispetto all'impugnazione tempestiva e fruttuosa dell'atto illegittimo.

Tuttavia, tale ricostruzione è stata contraddetta dalle **S.U. della Corte di Cassazione** che, con le **ordinanze del 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660**<sup>6</sup> hanno «*affermato che la domanda di risarcimento può essere proposta innanzi al giudice amministrativo anche in difetto della previa domanda di annullamento dell'atto lesivo, per cui una declaratoria di inammissibilità della domanda risarcitoria motivata solo in radice della mancata previa impugnazione dell'atto, concretizza diniego della giurisdizione sindacabile da parte della Corte di cassazione ex artt. 360, comma 1, n. 1 e 362 c.p.c.*»<sup>7</sup>. Così, il diniego di risarcimento motivato dalla mancata impugnazione dell'atto amministrativo, diventava – nel pensiero della Cassazione – motivo di giurisdizione sindacabile davanti alla Suprema Corte<sup>8</sup>

Tuttavia, come è stato osservato, se le ordinanze del 13 giugno 2006 segnarono certamente l'inizio della "frattura tra le due Corti", è pur vero che «*la reazione del Consiglio di Stato non tard[ò] ad arrivare*»<sup>9</sup>.

Nella **sentenza n. 12 del 22 ottobre 2007**, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, infatti, pur proponendo soluzioni volte a sancire ufficialmente la «*pari dignità*» della giurisdizione amministrativa rispetto a quella ordinaria<sup>10</sup> – quali, la rottura della riserva di giurisdizione del

*azione di annullamento e azione risarcitoria: una questione interna alla giurisdizione amministrativa*, in *Foro Amm. C.d.S.*, fasc. IX, 2010, 180.

<sup>5</sup> Fa riferimento alle argomentazioni spese dal Consiglio di Stato per propugnare nel processo amministrativo la c.d. pregiudizialità di annullamento e, in particolare, al divieto di disapplicazione A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro it.*, III, 2008, 1. «*L'argomento "positivo" fondato sulla necessità di un accertamento in via principale della lesione dell'interesse legittimo è frequentemente accompagnato da un argomento "negativo" rappresentato dal divieto per il giudice amministrativo di "disapplicare" un atto amministrativo.*»

<sup>6</sup> Nelle ordinanze – rese dalla Corte in sede di regolamento di giurisdizione – si legge, in proposito, che «*quante volte si sia in presenza di atti riferibili, oltre che ad una pubblica amministrazione, a soggetti ad essa equiparati ai fini della tutela giudiziaria del destinatario del provvedimento e l'atto sia capace di esplicare i propri effetti, la tutela giudiziaria deve dunque essere chiesta al giudice amministrativo. Gli potrà essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa. Ma la parte potrà chiedere al giudice amministrativo anche solo la tutela risarcitoria, senza dover osservare allora il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento.*» Siffatta conclusione è stata ribadita, da ultimo, da Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254 – resa su ricorso proposto avverso Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12 – nella quale è stato pronunciato il seguente principio di diritto: «*Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento.*»

<sup>7</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, cit.

<sup>8</sup> La Suprema Corte, in particolare, distingue tra «*tutela risarcitoria completa*», che, presupponendo la previa e tempestiva impugnazione dell'atto illegittimo, può essere chiesta nello stesso giudizio o, finanche, in un momento successivo, e «*tutela risarcitoria autonoma*», del tutto svincolata dal rimedio demolitorio.

<sup>9</sup> Così C. FELIZIANI, op. cit., 185.

<sup>10</sup> E' interessante notare che la parte della dottrina, legata alla c.d. pregiudiziale di annullamento, osserva che la *pari dignità* sostanziale e processuale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ex art. 24 Cost. non significa piena *conformità di struttura*, con ciò giustificando la presunta necessità del previo e fruttuoso annullamento del provvedimento lesivo per il successivo accesso alla domanda di risarcimento dei danni cagionati a posizioni giuridiche aventi la consistenza di interessi legittimi. Così, F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudiziale*

giudice ordinario sui c.d. diritti fondamentali (o c.d. *diritti inaffievolibili*) e l'ammissione su di essi del sindacato del giudice amministrativo – rischia poi di frustrare il principio di effettività e pienezza di tutela, ancorando l'azione risarcitoria alla previa, nonché fruttuosa impugnazione dell'atto illegittimo, fonte del danno ingiusto. La lesione ai diritti fondamentali, come ha sottolineato la giurisprudenza della Cassazione fin dall'inizio del 2008<sup>11</sup>, spesso non è cagionata dal provvedimento in sé, bensì dall'attività di esecuzione dello stesso, posta in essere dalla p.a. in un momento fortemente differito rispetto all'adozione dell'atto. Queste motivazioni tradivano la grave iniquità delle conseguenze cui avrebbe portato la subordinazione, nel processo amministrativo, dell'azione di risarcimento del danno alla preventiva impugnazione del provvedimento lesivo e il diniego di tutela cagionato dall'inoppugnabilità dell'atto, quale fattore di preclusione alla tutela risarcitoria<sup>12</sup>.

La c.d. pregiudiziale di annullamento, in conclusione, sebbene operante sul piano strettamente processuale, quale fattore di sbarramento alla successiva proposizione di un'azione risarcitoria, si traduceva, in ultima analisi, in un diniego di tutela per il privato che, inevitabilmente, finiva per soccombere dinnanzi al potere amministrativo e ad un sistema di giustizia amministrativa intrappolato in una struttura esclusivamente demolitoria dell'atto illegittimo, nonché incapace di assicurare l'effettivo conseguimento del "bene della vita".

Consapevole di questa realtà, una parte della dottrina<sup>13</sup> e della giurisprudenza<sup>14</sup>, ha iniziato un percorso di lenta, ma inesorabile, trasformazione della c.d. pregiudiziale che, da fattore di preclusione processuale ha assunto sempre più le sembianze di elemento di verifica, in sede giurisdizionale, del "*comportamento complessivo delle parti*" al fine di una esatta quantificazione del danno cagionato dall'esercizio scorretto della funzione pubblica.

---

*amministrativa*», in *Dir. proc. amm.*, 2009, 527. Tra gli autori favorevoli alla c.d. pregiudiziale, *ex multis*, vanno ricordati R. DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudiziale*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO (a cura di), *La pregiudiziale amministrativa*, Roma, 2009, spec. 6 ss., 32 ss.; F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Roma, 2008.

<sup>11</sup> Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 51.

<sup>12</sup> F. CARINGELLA, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, T.A.R. Lecce, in occasione del Convegno organizzato per il triennale del tribunale amministrativo, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in *Studi e Contributi*.

<sup>13</sup> In particolare, C. FELIZIANI, op. cit., 200, (nota 66); R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in *Studi e Contributi*; F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, 47 ss.; S. MENCHINI, *Il nuovo assetto delle tutele giurisdizionali avverso gli atti amministrativi illegittimi*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 81 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sul problema della «pregiudiziale amministrativa»*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Trento, 2001, 285-286; C. CONSOLO, *Problemi del nuovo riparto di giurisdizione dopo la legge 205 del 2000*, in G. FALCON (a cura di), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, cit., 322-323; P. DE LISE, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo: pregiudiziale, risarcimento, translatio*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>14</sup> Si veda T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5922, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha emesso la pronuncia sottoposta al vaglio della Plenaria in esame; Cons. Giust. Amm., sez. giur., 18 maggio 2007, n. 386; Cons. Giust. Amm., sez. giurisdizionale, 30 marzo 2011, n. 291, ove si legge che «questo Consiglio (ripetesi, nel vigore della normativa antecedente l'entrata in vigore del Codice) ha da tempo abbandonato la tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa secondo la quale la domanda risarcitoria postula, quale condizione di sua ammissibilità, il previo annullamento dell'atto amministrativo che ha prodotto il pregiudizio patrimoniale». Si veda altresì Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436 – con la quale era stata sottoposta al vaglio della Plenaria n. 3 del 2011 la questione sull'esistenza della c.d. pregiudiziale amministrativa – in cui si riafferma che: «[...] l'irricevibilità dell'azione di annullamento conduce alla reiezione della domanda di risarcimento del danno, avendo la giurisprudenza di questo Consiglio già rilevato che l'applicazione del principio della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento (Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059)».

### 3. ... a quella di merito.

La persuasività di questa ricostruzione convince evidentemente anche il legislatore che, all'**art. 30 del Codice del Processo Amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)**, positivizza il passaggio da una c.d. pregiudiziale di mero rito ad una c.d. pregiudiziale di merito, optando per l'autonomia – sebbene «*temperata*»<sup>15</sup> – dell'azione risarcitoria rispetto all'impugnazione dell'atto illegittimo.

Nella **sentenza n. 3 del 2011**, l'Adunanza Plenaria esegue una prima applicazione della nuova disciplina, da un lato ripercorrendo i passaggi cruciali del dibattito sulla c.d. pregiudiziale di annullamento, dall'altro sancendone il definitivo superamento in termini di rito a vantaggio di una soluzione che, in sintonia con i principi civilistici di buona fede, diligenza e dovere di leale cooperazione, consenta al giudice amministrativo di considerare il comportamento complessivo delle parti quale parametro alla stregua del quale valutare l'*an* e il *quantum* del danno sofferto.

Pur mancando nell'art. 30 c.p.a. un esplicito riferimento al principio di cui all'art. 1227, comma 2 c.c. – che esclude la risarcibilità dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza – è, tuttavia, il suo implicito richiamo attraverso la sanzione di un contegno processuale negligente del danneggiato e contrario al principio di buona fede, e che – omettendo l'impugnativa dell'atto – interferisca, spezzandolo, sul nesso causale.

L'implicito all'art. 1227, comma 2 c.c. delinea – al pari dell'art. 30 c.p.a. – la figura del c.d. *creditore modello* sul quale, non solo incombe l'obbligo di astenersi da comportamenti che possano rendere più gravoso l'adempimento e/o il danno, ma anche quello, di segno contrario, di assumere condotte attive volte ad evitare l'aggravamento della responsabilità del debitore inadempiente.

Tale impegno investe tanto la fase sostanziale del rapporto, che quella processuale, volta all'accertamento della responsabilità del soggetto attivo, alla quantificazione del danno risarcibile e alla condanna di questi al risarcimento. Il c.d. creditore modello deve essere, *in primis*, un soggetto auto-responsabile, consapevole che il processo, quale strumento di coazione e reazione, rappresenta esclusivamente il mezzo per soddisfare la pretesa al conseguimento di un "bene della vita", e non per camuffare una condotta negligente, concorrente nella produzione del danno.

Ma in che cosa si sostanzia la condotta processuale del c.d. *danneggiato modello*?

L'art. 30, comma 3, ultimo periodo, richiede un contegno diligente del ricorrente, che si sostanzia "anche" nell'utilizzo "degli strumenti di tutela previsti", cioè, nella tempestiva impugnazione di un provvedimento, nella «*coltivazione di rimedi giudiziali e di iniziative stragiudiziali, lungo tutto l'arco temporale nel corso del quale l'atto ha spiegato il suo effetto inibitorio e per in ulteriore e assai ampio spatium temporis [..]*». L'omessa impugnazione dell'atto illegittimo si traduce, pertanto, in fattore ostativo all'accoglimento *nel merito* della pretesa risarcitoria avanzata dal ricorrente, in quanto i danni patiti derivano proprio da una condotta processuale negligente e contraria a buona fede che, spezzando il nesso causale tra condotta ed evento, impedisce di ricondurre *in toto* le conseguenze dannose all'inadempimento del debitore.

Il processo, pertanto, cessa di essere lo strumento volto a sopperire l'atteggiamento negligente ed «*opportunistico*» del danneggiato che, né nella fase fisiologica, né in quella patologica del rapporto sostanziale, si è adoperato in alcun modo per evitare e/o mitigare le conseguenze dannose dell'inadempimento.

La Plenaria disattende il principio della c.d. insindacabilità delle scelte giudiziarie, propugnato dall'«*orientamento interpretativo giurisprudenziale prevalente*» laddove, perfettamente in linea con

<sup>15</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 225.

la giurisprudenza della Suprema Corte, sanziona le condotte processuali scorrette del ricorrente, dirette a procurare al debitore un aggravio non giustificato della sua responsabilità.

Il creditore, pertanto, non solo è tenuto nella fase fisiologica del rapporto ad agevolare l'adempimento del debitore, in forza del dovere di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, del principio di buona fede e correttezza (c.d. *divieto di abuso del diritto*), ma anche, nella fase patologica, a *modulare* la sua reazione giurisdizionale all'altrui inadempimento, adottando contegni attivi od omissivi diretti a dirimere o prevenire il danno e scegliendo tra i diversi rimedi processuali quello che non infligga «*all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato del perseguimento di un lecito e ragionevole interesse*».

In realtà, alcuni anni addietro, era stata la giurisprudenza della Cassazione a sanzionare le condotte processuali scorrette (*sub species* frazionamento di un credito unitario in plurime richieste giudiziali di adempimento) mediante il c.d. *divieto di abuso del diritto*. Con tale formula, in particolare, «*si vuole indicare un limite esterno all'esercizio, potenzialmente pieno ed assoluto, del diritto soggettivo, il cui riconoscimento implica l'attribuzione al soggetto di una duplice posizione, di libertà e di forza*»<sup>16</sup>. Del resto, l'ordinamento giuridico «*non può consentire [...] la disarticolazione tramite in processo di una realtà indissolubilmente unitaria. E qui s'innesta il secondo profilo: la correttezza dal punto di vista dell'agire tramite il processo*», «*l'abuso del processo*», ed il nuovo art. 111 della Costituzione in tema di «*giusto processo*»<sup>17</sup>.

Pertanto, l'Adunanza Plenaria si conforma *in toto* ai principi suggellati dalla Suprema Corte, applicando l'istituto di matrice pretoria anche al processo amministrativo, in cui la natura schiettamente relazionale dell'interesse legittimo rende più pregnante il dovere di leale cooperazione, diligenza e buona fede, diretto a prevenire o mitigare le conseguenze dannose derivanti da un'attività provvedimento illegittima.

#### **4. Il *punctum dolens* della ricostruzione prospettata dal Consiglio di Stato.**

Sebbene la soluzione suggerita dalla Plenaria, in linea con le scelte legislative, sia apprezzabile sotto il profilo della ricerca di un difficile equilibrio tra l'esigenza di tutela del privato (che si assume essere danneggiato) e la necessità di limitare nel tempo la responsabilità dell'Amministrazione, è, tuttavia, innegabile che la stessa costituisca una ritrattazione palese delle argomentazioni usate per diversi anni dalla giurisprudenza amministrativa a sostegno della c.d. pregiudiziale di annullamento e della *diversità ontologica* tra il giudizio civile ed amministrativo.

L'aspetto che più lascia riflettere di tale ricostruzione consiste nell'applicazione della disciplina codicistica ad una controversia sorta prima della sua entrata in vigore, sulla base del ricorso ai principi desumibili dal sistema normativo previgente, quando dagli stessi principi erano stati tratti gli argomenti principali a difesa della c.d. pregiudiziale.

<sup>16</sup> Così Cass., sez. III civile, ord. 21 maggio 2007, n. 11794, con la quale è stato sottoposto al vaglio delle S.U. la questione del se sia «*consentito al creditore chiedere giudizialmente l'adempimento frazionato di una prestazione originariamente unica, perché fondata sul medesimo rapporto*» Inizialmente, le S.U. della Corte, con la sentenza n. 108 del 2000, intervenendo a dirimere il contrasto, avevano dato risposta positiva al quesito. Tuttavia, la sez. III, «*pur prendendo atto di tale decisione*», ne aveva sollecitato un nuovo intervento, sottolineando ulteriori profili del problema ed auspicando un *overruling*. Con sentenza 15 novembre 2007, n. 23726, le S.U., disattendendo il proprio precedente orientamento, sanciscono il principio «*per cui è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Costituzione, e si risolve in abuso del processo [...], il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario*».

<sup>17</sup> Cass., sez. III civile, ord., 21 maggio 2007, n. 11794, cit.

Se è vero, infatti, che, da un lato, il processo amministrativo si è lentamente trasformato nel corso degli anni, omologandosi, per caratteri e struttura, a quello civile, dall'altro l'apertura ad una pluralità di azioni e tutele (quali, ad esempio, *actio nullitatis*, azione di condanna e rito avverso il silenzio) non ha mai costituito per la giurisprudenza del Consiglio di Stato un valido motivo per negare la centralità dell'azione costitutiva e per la subordinazione ad essa di quella risarcitoria. In particolare, nella **sentenza n. 12 del 22 ottobre 2007**, l'Adunanza Plenaria ricava dai principi vigenti nell'ordinamento giuridico una serie di argomenti a sostegno dell'istituto, tra cui:

- la centralità del rimedio classico demolitorio rispetto a quello risarcitorio – *«conseguenziale»* ed *«ulteriore»* rispetto al primo – deriva dalla peculiare struttura della tutela dinnanzi al giudice amministrativo;
- la c.d. presunzione di legittimità, che *«involge radicati poteri della pubblica amministrazione e positivi caratteri dei suoi provvedimenti, come l'efficacia e l'esecutorietà, emergenti da una legislazione costante nel tempo»*<sup>18</sup>;
- la presenza di un termine decadenziale connesso all'azione di annullamento, che, laddove spiri inutilmente rendendo il provvedimento inoppugnabile, impedisce la configurazione di un danno ingiusto, passibile di risarcimento;
- il potere regolatore della Corte di Cassazione che, a norma dell'art. 111, comma 8, Cost., può soltanto vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti *«a ritenersi vincolati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione»*<sup>19</sup>. E la questione della c.d. pregiudiziale di annullamento attiene proprio ai contenuti della decisione.

Inoltre, la stessa locuzione di *«giudizio sul rapporto»*, usata dalla Plenaria n. 3 del 2011 per tentare di giustificare il passaggio da una c.d. pregiudiziale di stampo processuale ad una incidente sul merito della controversia, era stato aspramente contestato dalla stessa nella sentenza n. 12 del 2007, nella parte in cui approdava ad un disconoscimento della natura tipicamente impugnatoria del giudizio amministrativo, nonché alla negazione della sua diversità rispetto a quello civile.

Sorprende, in effetti, che le stesse argomentazioni usate a sostegno della c.d. pregiudiziale, siano state completamente ribaltate per conformarsi alla disciplina codicistica, che costituisce la positivizzazione di una parte soltanto dell'orientamento della giurisprudenza amministrativa in tema di rapporto tra tutela costitutiva e risarcitoria. Infatti, se da un lato il Consiglio di Stato ha sempre sostenuto che la mancata e tempestiva impugnazione dell'atto illegittimo precludesse l'accesso alla tutela risarcitoria, dall'altro, nella giurisprudenza amministrativa si erano affermati alcuni orientamenti che consideravano la mancata reazione del privato contro un provvedimento invalido quale elemento del giudizio sull'*an* ed il *quantum* del danno subito<sup>20</sup>.

## 5. Conclusioni.

In definitiva, nonostante la disciplina codicistica sul rapporto tra azione costitutiva e risarcitoria risulti perfettamente funzionale alle esigenze di tutela effettiva del privato danneggiato, ciò che non convince della soluzione prospettata dalla Plenaria è la sua applicazione ad una fattispecie sorta prima della sua entrata in vigore, nonché l'abiura pressoché totale delle argomentazioni a sostegno della c.d. pregiudiziale, in nome dell'adesione ad un impianto normativo frutto della

<sup>18</sup> Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, cit.

<sup>20</sup> Le pronunce giurisdizionali che, in contrasto rispetto all'orientamento giurisprudenziale propugnato dal Consiglio di Stato, aderivano a soluzioni meno estremiste in tema di c.d. pregiudiziale di annullamento, sono richiamate alla nota 13.

positivizzazione di orientamenti giurisprudenziali, che prima venivano apertamente respinti dallo stesso Consiglio di Stato.

Tra l'altro, lo stesso concetto di "*soluzione mediana*" si giustifica con la presa di coscienza, da parte del legislatore, di un punto di rottura tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Suprema Corte sulla c.d. pregiudiziale di annullamento, punto di rottura cui la Plenaria non accenna minimamente.

Il Codice, infatti, dapprima sancisce, con una certa ridondanza<sup>21</sup>, la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie risarcitorie derivanti dalla lesione degli interessi legittimi e, nelle materie esclusive, anche dei diritti soggettivi, pur se proposte in via autonoma, evitando in radice l'insorgenza di dibattiti volti alla rivendicazione della giurisdizione ordinaria sulle domande di risarcimento *scollegate* dall'impugnazione del provvedimento. Poi, all'**art. 30, comma 1**, consente la proponibilità dell'*azione di condanna* sia "*contestualmente ad altra azione*", sia "*in via autonoma*", seppur "*limitatamente ai casi di giurisdizione esclusiva e ai casi di cui al presente articolo*".

La previsione di uno specifico termine di decadenza – centoventi giorni – con duplice, nonché alternativo *dies a quo*, da un lato, smentisce la "*sussidiarietà*" dell'azione risarcitoria rispetto al rimedio caducatorio, dall'altro, ne limita, di fatto, l'effettiva proponibilità<sup>22</sup>, restando il privato legato a tempi di reazione brevi che rischiano di minare le aspettative al conseguimento del "bene della vita" atteso<sup>23</sup>.

La rinnovata azione di condanna si inserisce in un contesto processuale ove assume rilevanza l'interesse legittimo quale «*posizione sostanziale correlata ad un bene della vita*», tutelabile attraverso un ventaglio di tecniche processuali diversificate e non più imperniate esclusivamente sull'accertamento dell'illegittimità dell'atto e sulla demolizione dei suoi effetti.

Il quadro normativo predisposto dal Codice conferma, in più punti, il superamento delle motivazioni, sostanziali e processuali, adottate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato a sostegno della c.d. pregiudizialità di annullamento. In particolare, la preoccupazione che l'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma<sup>24</sup> escludesse *naturaliter* la presenza di «*soggetti portatori di posizioni contrapposte*» nel relativo giudizio è stata ampiamente superata dalla disciplina contenuta

<sup>21</sup> A norma dell'art. 7, comma 4 c.p.a. si stabilisce che "*sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma*". Al comma 5, si prosegue, disponendo che "*nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi*". Ancora, l'art. 30, comma 6, ribadisce che "*di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo*".

<sup>22</sup> Non è favorevole alle scelte operate dal legislatore di riforma in ordine alla scelta di sottoporre a decadenza, piuttosto che a prescrizione, il termine per la proposizione dell'azione di condanna M. E. BOLDRIN, *Le azioni risarcitorie nel nuovo codice del processo amministrativo*, in [www.dejure.giuffre.it](http://www.dejure.giuffre.it).

<sup>23</sup> In realtà, una parte della dottrina ha, invece, aderito con entusiasmo alle scelte operate dal legislatore, osservando che «*il termine di 120 giorni è, come noto, il termine per la proposizione del ricorso straordinario [...] il soggetto che si ritiene ingiustamente danneggiato da un atto amministrativo, è ancora in termini per dimostrare la propria diligenza chiedendone [...] l'annullamento e, laddove occorra, la sospensione e/o adozione di ogni altra opportuna misura cautelare*». Così M. A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad. plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>24</sup> Si era espresso in tal modo Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, cit.



nell'**art. 41, comma 1**, ult. periodo, il quale prescrive la notifica del ricorso avente ad oggetto un'azione di condanna anche agli "*eventuali beneficiari dell'atto illegittimo*", realizzando in tal modo la pienezza del contraddittorio tra le parti.

Inoltre, l'autonomia dell'azione risarcitoria viene altresì confermata dall'**art. 34**, che, per un verso, consente al giudice amministrativo, in deroga al generale divieto, di sindacare, seppur ai soli fini risarcitori, della legittimità di atti divenuti inoppugnabili e, per l'altro, di pronunciarsi esclusivamente sul risarcimento del danno qualora nel corso del giudizio emerge l'inutilità di una pronuncia di annullamento. Pertanto l'illegittimità del provvedimento diventa solo uno degli indici in base ai quali valutare la colpa dell'amministrazione e che, nel giudizio sulla sussistenza dell'*an* del *quantum* del danno, rileva la condotta complessiva della parte pubblica<sup>25</sup>.

Con la sentenza n. 3 del 2011, l'Adunanza Plenaria ha voluto suggellare i principi affermati dal Codice come se questi fossero da tempo vigenti, a nulla rilevando che opposti principi hanno costituito per molti anni il perno delle argomentazioni del Consiglio di Stato a sostegno della c.d. pregiudizialità dell'annullamento.

In altre parole, sono le modalità con cui la Plenaria cerca di dimostrare il carattere lapalissiano delle proprie argomentazioni a lasciare perplessi, non tanto il merito di queste né le soluzioni del Codice che, in linea con i principi costituzionali e comunitari, tenta di dare una risposta esaustiva alla necessità che anche il processo amministrativo, al pari di quello civile, diventi il luogo idoneo a garantire al privato danneggiato una tutela celere ed effettiva.

---

<sup>25</sup> Peraltro, sul punto della prova dell'elemento psicologico dell'illecito aquiliano della p.a. Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2009, n. 775, ha affermato che: «[...] in presenza di un'attività illegittima posta in essere dall'Amministrazione e foriera di danno per il privato, quest'ultimo non sarà onerato di un particolare sforzo probatorio in ordine alla sussistenza di una condotta colposa da parte dell'Amministrazione, ben potendosi limitare ad allegare la sola illegittimità del provvedimento quale elemento idoneo a fondare una presunzione (semplice) circa la colpa della P.A. In tali ipotesi, spetterà quindi all'Amministrazione fornire la prova liberatoria a contrario, dimostrando in concreto che si sia trattato di errore scusabile, configurabile – ad es. – in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, di formulazioni polisense di disposizioni di recente emanazione, ovvero di rilevante complessità del fatto sotteso alla determinazione amministrativa».