

## La risarcibilità degli interessi legittimi e gli sviluppi nelle pronunce giurisprudenziali

DI PAOLO CORDINER

SOMMARIO: 1. La riforma dell'art. 7 della legge T.A.R. : le prime interpretazioni giurisprudenziali e l'intervento della sentenza n. 4 del 2003 del Consiglio di Stato. 2. La posizione della dottrina in merito al dibattito sulla pregiudiziale amministrativa: la c.d. teoria "intermedia". 3. La sentenza n. 4538/2003 della Corte di Cassazione: la necessaria pregiudiziale amministrativa ed i contrasti con talune pronunce della giurisdizione amministrativa di I grado. 4. La sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale. 5. L'intervento della Corte di Cassazione con le sentenze n. 13659 e 13660 del 2006 e la scomparsa della pregiudiziale amministrativa. 6. I successivi interventi giurisprudenziali ed i repentini cambi di interpretazione. 7. Il recentissimo intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: la sentenza n. 12 del 22/10/07 e la riconferma della necessaria pregiudizialità. 8. Gli ultimi interventi giurisprudenziali: cenni alla sentenza della Cassazione SS.UU. n. 30254/2008 ed alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2436/2009.

### *1. La riforma dell'art. 7 della legge T.A.R. : le prime interpretazioni giurisprudenziali e l'intervento della sentenza n. 4 del 2003 del Consiglio di Stato.*

Oggetto di questo lavoro è l'analisi della tematica relativa alla c.d. pregiudizialità amministrativa nel giudizio sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi. Con tale concetto si intende la necessità da parte del privato di impugnare tempestivamente ed in via propedeutica il provvedimento amministrativo, onde ottenerne il relativo annullamento prima di richiedere il risarcimento del danno.

Con la nota sentenza della Corte di Cassazione del 22 luglio 1999 n. 500 si è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno nell'ipotesi di lesione di un interesse legittimo, configurando la risarcibilità quale un vero e proprio diritto soggettivo, autonomo rispetto all'azione di annullamento del provvedimento, da far valere direttamente nei confronti del giudice ordinario. Pertanto, si è eliminato il dogma della c.d. "pregiudiziale amministrativa"<sup>1</sup>: dopo la pronuncia degli Ermellini del

---

<sup>1</sup> «Per "pregiudiziale amministrativa" si intende la necessità di impugnare (ed ottenere l'annullamento) dell'atto amministrativo prima di poter conseguire il risarcimento del danno derivante da quel medesimo atto», R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, in ID. – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 657. Sul tema la dottrina è assai ampia. Qui si ricorda F. CORTESE, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, 2007; G. COMPARTO, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 280 ss.; F. CANGELLI, *Il rapporto tra azione di annullamento e azione di risarcimento*, in E. FOLLIERI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, 2004, p. 10 ss. Per una completa presentazione della dottrina in materia di «pregiudiziale amministrativa», cfr. A. NARDONE, *Risarcimento dei danni nei confronti della*

1999 non risulta, cioè, più necessario ricorrere al sistema bifasico di tutela che si rilevava notevolmente oneroso per il privato danneggiato. Difatti, quest'ultimo avrebbe dovuto prima chiedere ed ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo oppositivo e solo successivamente avrebbe potuto rivolgersi al g.o. per il risarcimento del danno. Viene, così, ad essere accolta, in sede civilistica, la tesi dell'assoluta autonomia delle due azioni, ammettendo che il danneggiato possa direttamente rivolgersi al giudice ordinario, senza richiedere il previo annullamento dell'atto amministrativo, ai fini dell'ottenimento del risarcimento, purché, però, tale istanza venga presentata entro il termine di prescrizione quinquennale del diritto di credito.

Premesso questo breve accenno alla fondamentale sentenza n. 500/1999 della Cassazione, si ritiene opportuno analizzare la citata tematica della c.d. "pregiudiziale", avendo, come punto di riferimento, la legge del 21 luglio 2000 n. 205 di riforma del processo amministrativo, ed andando, di seguito, a verificare come la dottrina e la giurisprudenza hanno interpretato le disposizioni normative in merito alla prevista giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle questioni relative al risarcimento del danno lesione dell'interesse legittimo.

A seguito della citata sentenza della Cassazione, il problema della pregiudiziale amministrativa si è riproposto con la modifica ex l. 205/2000 dell'art. 7 della Legge T.A.R. , la quale prevede la concentrazione presso il solo giudice amministrativo, sia in sede di giurisdizione esclusiva che in sede di giurisdizione di legittimità, dell'azione di annullamento e di quella volta ad ottenere il risarcimento del danno. Si è, pertanto, riproposta la *querelle* giuridica circa la necessità di ottenere previamente l'annullamento dell'atto amministrativo al fine di richiedere il risarcimento del danno.

Poco dopo l'emanazione della l. 205/2000, il T.A.R. Campania, con la sentenza del 25 ottobre 2001 n. 603, ha preso posizione in merito alla necessaria pregiudizialità, come elemento propedeutico per richiedere il risarcimento del danno. Il Giudice amministrativo campano ha ritenuto di non poter aderire all'indirizzo espresso dalla sentenza n. 500/99 sulla risarcibilità da lesione di interessi legittimi *"e ciò nella convinzione che la regola tradizionale della necessità del previo annullamento degli atti amministrativi per ottenere poi il risarcimento del danno affondi le sue radici in un forte sostrato ideologico – giuridico, ricollegandosi alla natura stessa dell'interesse legittimo. Infatti, rendendo pregiudiziale l'annullamento dell'atto per l'accesso al risarcimento, si inferisce che il potere della pubblica amministrazione, nei confronti della situazione soggettiva, ha una effettiva valenza plasmante la posizione stessa. A sua volta quest'ultima nella sua indissolubile connessione con la potestà, trova la sua ragion d'essere e"*

---

*p.a.: ancora incertezze sulla "pregiudiziale amministrativa", in Resp. civ., 2008, fasc. 3, p. 263 ss., in particolare le note 7 e 8.*

*quindi la sua naturale soddisfazione nel corretto esercizio della funzione che, tramite la sentenza del giudice amministrativo e il relativo potere conformativo, essa è in grado di imporre all'amministrazione. L'esercizio e la tutela di tale situazione soggettiva non può dunque che ottenersi nell'ambito dei tempi e dei modi di sviluppo della funzione e ciò sia nella fase procedimentale amministrativa sia in quella processuale. In questo quadro trovano logica e necessaria collocazione, da una parte, la necessità di rispettare termini brevi coerenti con quelli di un buon andamento dell'amministrazione, dall'altra la funzionalizzazione primaria ad una riparazione in forma specifica, l'unica, peraltro, che è in grado di soddisfare insieme quell'interesse pubblico che rimane pur sempre il dato qualificante dell'intera vicenda".*

Conforme a tale impostazione è, anche, l'indirizzo espresso dal Consiglio di Stato, sez. VI, con la decisione 20 marzo 2001, n. 1648, nella quale il massimo organo di giustizia amministrativa ha ammesso l'impossibilità per i privati di poter accedere a qualunque forma di tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione pubblica senza previo esperimento dell'azione demolitaria del provvedimento amministrativo.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 26 marzo 2003, richiamando i principi già espressi nelle sentenze del 15 febbraio 2002 n. 952 della IV sezione e del 18 giugno 2002 n. 3338 della VI sezione, ha sottolineato che, a seguito dell'avvenuta concentrazione dei due giudizi di fronte al giudice amministrativo, non è possibile ottenere l'accertamento incidentale da parte di quest'ultimo dell'illegittimità dell'atto amministrativo che ha procurato al privato la lesione, non impugnato nei termini di decadenza previsti dalla legge, al solo fine di ottenere un giudizio di natura puramente risarcitorio. Tale pronuncia, sottolinea il Consiglio di Stato, può essere ottenuta solo ed esclusivamente nel caso in cui sia stato esperito con successo il relativo giudizio di annullamento, non essendo consentito al g.a.di disapplicare gli atti amministrativi<sup>2</sup>. Tale aspetto ha una valenza di carattere non solo processuale ma soprattutto di carattere sostanziale, in quanto è strettamente collegato con il fondamentale principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, a presidio del quale è posto il termine di decadenza per impugnare l'atto amministrativo. La conseguenza dell'impostazione autonomistica delle due azioni sarebbe l'aggiramento del termine decadenziale: difatti, in presenza di un atto amministrativo, giudicato illegittimo solo *incidenter tantum*, la p.a. dovrebbe rimuovere il provvedimento stesso. Ma avrebbe anche un'altra possibilità di intervento, che, però, provocherebbe una situazione quasi paradossale: potrebbe opporre l'inoppugnabilità del

---

<sup>2</sup> La questione era già stata rimessa all'adunanza plenaria dal CGA della Sicilia con l'ordinanza del 15/11/2001 n. 588; il Consiglio di Stato non aveva affrontato la questione, ritenendola non rilevante ai fini della decisione nella fattispecie concreta. Con nuova ordinanza dell'11/06/2002 n. 316, il medesimo CGA della Sicilia risolveva la questione dinanzi allo stesso Consiglio di Stato.

provvedimento, continuando a fargli spiegare i suoi effetti, pur in presenza di una condanna al risarcimento dei danni che da quell'atto sono derivati e che possono continuarsi a produrre anche in futuro.

In sostanza, per il Consiglio di Stato non è ipotizzabile un'autonoma azione risarcitoria, che non abbia trovato il suo antecedente storico in una precedente azione annullatoria, esperita nei termini di decadenza previsti dalla legge. Non sussistono, invece, problemi nell'ammettere un giudizio risarcitorio instaurato in un momento successivo rispetto all'annullamento dell'atto impugnato. In dettaglio, chiarisce l'Adunanza Plenaria, che il previo annullamento del provvedimento amministrativo è necessario poiché *"una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo dell'illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziale, al solo fine di un giudizio risarcitorio e l'azione di risarcimento danni è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato il potere di disapplicare atti amministrativi"*.

Il principio della necessaria pregiudizialità opera, secondo tale interpretazione, anche se nella specifica materia vi sia la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché essa non fa certo venire meno la necessità di seguire tutte le regole processuali previste a tutela degli interessi legittimi, compresa quella dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo<sup>3</sup>.

Nei confronti di tale sentenza, proprio in considerazione dell'importanza della pronuncia e degli argomenti presi in analisi, parte della dottrina si è espressa in senso estremamente critico. E' stato difatti sottolineato che *"è pur vero...che i grandi principi hanno spesso bisogno di poche parole per essere espressi in modo assolutamente soddisfacente, ma nel caso che ci interessa il principio di cui buona parte della critica ha esaltato la definitiva consacrazione è stato solo appena enunciato e per di più in maniera...assolutamente indiretta"*<sup>4</sup>, richiedendosi da parte del Consiglio di Stato un maggior approfondimento teorico della complessa questione.

## *2. La posizione della dottrina in merito al dibattito sulla pregiudiziale amministrativa: la c.d. teoria "intermedia".*

A fronte di tali impostazioni giurisprudenziali, parte della dottrina si è espressa in senso contrario rispetto alla necessaria pregiudizialità dell'annullamento del

---

<sup>3</sup> In tal senso cfr Consiglio di Stato, Sez. Un., 29/01/2003, n. 1

<sup>4</sup>M BERTONI, *Considerazioni in materia di c.d. pregiudiziale amministrativa o pregiudiziale di annullamento*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) n. 2/2005.

provvedimento rispetto alla richiesta di risarcimento danni<sup>5</sup>. Innanzitutto, si è sottolineato che il termine di decadenza non assume rilevanza ai fini del risarcimento del danno, in quanto è funzionale esclusivamente a garantire in tempi rapidi la certezza giuridica delle situazioni soggettive derivanti dall'attività autoritativa dell'amministrazione pubblica, mentre la regolazione degli interessi in gioco non viene posta in discussione da un'azione, avente solo una finalità risarcitoria, nella quale la verifica della legittimità dell'atto è operata incidentalmente. In questo caso, quando non viene richiesto l'annullamento, non sussiste alcuna norma giuridica che vieta al g.a. di conoscere in via incidentale l'atto lesivo, non essendo necessario l'annullamento di quest'ultimo per configurare un illecito civile ex 2043 c.c..

Si è, inoltre, sottolineato che la pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento sarebbe di dubbia legittimità costituzionale, ponendosi in contrasto con l'art. 24, in tema di diritto di difesa e di effettività di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi contro la p.a..

Parte della dottrina<sup>6</sup> sottolinea come il problema della necessaria pregiudizialità amministrativa nel giudizio di risarcimento del danno potrebbe essere, in parte, superata applicando quanto previsto dall'art. 1227, comma 2, ai sensi del quale: *"il risarcimento del danno non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"*. In base a tale norma, si sostiene che l'impugnazione del provvedimento amministrativo lesivo della situazione di interesse legittimo nel termine ordinario di decadenza costituisca una sorta di onere in capo al danneggiato, sul quale graverebbe un preciso dovere comportamentale di attivarsi in tempo per evitare il danno. Difatti, la mancata reazione all'atto o comportamento illegittimo da parte del soggetto che ha subito il pregiudizio è qualificabile come fatto colposo del creditore che ha concorso a cagionare il danno, idoneo, pertanto, a diminuire l'entità del risarcimento o addirittura ad eliderlo, secondo la gravità della colpa e le conseguenze derivatene. La sanzione appare, in questo caso, perfettamente coerente con il sistema del risarcimento del danno, in quanto espressione del generale principio per cui non sono risarcibili i danni causati dallo stesso soggetto leso (potendosi, però, in tale ipotesi, prevedere un escamotage, garantendo la possibilità di dimostrare la prova contraria o la esistenza di una causa di forza maggiore) provocati da un comportamento gravemente colposo o doloso; in questo modo, il privato verrebbe, da un lato, messo nelle condizioni di poter optare per il solo rimedio risarcitorio, ma, dall'altro, sarebbe anche avvisato delle conseguenze eventualmente negative che da tale scelta potrebbero derivare.

---

<sup>5</sup> Cfr. F. CARINGELLA *Corso di diritto amministrativo*, tomo editore Milano, 2004.

<sup>6</sup> Cfr. G. D'URGOLO *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno nei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Diritti & Diritti*, 2003; C. VARRONE *Giurisdizione amministrativa e tutela risarcitoria* in AA. VV. *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di Cerulli Irelli, Torino 2000.

Proprio richiamando l'applicazione dell'art. 1227 c.c., è stata proposta la tesi della c.d. "autonomia temperata"<sup>7</sup>. L'obiettivo di questa impostazione è quello di individuare " *spazi e correttivi diretti ad evi.T.A.R. e taluni degli inconvenienti prospettati e più precisamente a recuperare, sul piano delle condizioni sostanziali della responsabilità della p.a., quanto perduto sul piano processuale rinunciando ad interpreT.A.R. e nel senso della pregiudizialità il rapporto fra rimedio risarcitorio e rimedio annullatorio*"<sup>8</sup>. Prendendo spunto anche dalla giurisprudenza di altri stati, quali in particolare Germania e Francia, e da un certo orientamento della Corte di Giustizia<sup>9</sup>, si è ritenuto far leva proprio su quanto previsto dall'art. 1227 c.c. per risolvere da un lato l'iperprotezione del privato e dall'altro l'aumento dei costi amministrativi, fattori di rilevanza centrale per i fautori della necessaria pregiudizialità. In questo caso, si configurerebbe un comportamento colposo del creditore nel non aver adito nei termini il g.a. per richiedere l'annullamento dell'atto amministrativo e, pertanto, allo stesso andrebbe imputata quella parte di danno che avrebbe potuto essere evitata utilizzando l'ordinaria diligenza nella difesa dei propri interessi. A tale impostazione, si è obiettato da altra parte della dottrina che non sarebbe possibile imporre al creditore l'onere di comportamenti gravosi e defaticanti, come quelli di esperire rimedi giurisdizionali costosi ed aleatori. Questa interpretazione si è basata anche sull'interpretazione di una certa giurisprudenza. In particolar modo, la Corte Costituzionale, con l'ordinanza del 14 Luglio 1999 n. 308, ha sottolineato che "l'onere di diligenza che questa norma (art. 1227 c.c.) fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine dell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento"<sup>10</sup>. Ancora, qualche anno prima, la Corte di Cassazione, con sentenza del 14 gennaio 1992, n. 320 aveva sottolineato come la possibilità astratta che il creditore abbia di esperire, dopo la costituzione in mora, le azioni connesse al recupero del proprio credito non assume di per sé, ove non sia prontamente utilizzata, rilievo limitante dell'ammontare del risarcimento dovuto dal debitore inadempiente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c., in quanto la prevista non risarcibilità dei danni evitabili dal creditore con l'ordinaria diligenza, pur non postulando semplicemente l'astensione di questi da comportamenti idonei ad aggravare il pregiudizio, bensì un impegno positivo al compimento delle attività

<sup>7</sup> F. CARINGELLA, *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>8</sup> D. DE PRETIS *Azione di annullamento e azione di risarcimento*, in *Il risarcimento del danno. Nuovi poteri del giudice amministrativo secondo la legge n. 205/2000*, Atti del convegno di Trento, 7 – 8 Giugno 2002

<sup>9</sup> Nella sentenza 27/01/2003 in causa C-327/2000, la Corte di Giustizia ha ammesso la disapplicazione di un atto amministrativo non impugnato nei termini decadenziali fissati dalla normativa italiana.

<sup>10</sup> Il principio è stato anche recepito in altre sentenze: cfr C.G.A. Regione Sicilia con l'ordinanza 8 maggio 2002 n. 267; ma si noti che la sentenza della IV sez. del Consiglio di Stato n. 1648/2001 espressamente invoca, al contrario, l'art. 1227 c.c. a sostegno della tesi della pregiudizialità dell'impugnazione del provvedimento lesivo rispetto alla richiesta del risarcimento.

che possano evitare tale aggravamento, esclude che esso possa trasmodare in attività gravose od eccezionali, con la conseguenza che la suddetta possibilità assume rilevanza a tali fini solo quando, oltre alla sua sussistenza, risulti anche accertata la mancanza, per la sua concreta realizzazione, della necessità di un comportamento eccedente i limiti dell'ordinaria diligenza richiesti dalla norma.

E' stato, però, fatto presente che l'esperimento di un rimedio annullatorio non comporta maggiori rischi o costi rispetto a quelli che gravano nell'intraprendere un'azione di responsabilità: ne consegue che la sua proposizione rientra nel criterio generale dell'ordinaria diligenza. E' stato, difatti, evidenziato dai fautori della citata teoria che *"l'esperimento del rimedio annullatorio non implica né maggiori rischi né maggiori costi rispetto a quelli affrontati esercitando l'azione di responsabilità, sicchè la sua proposizione rientra nel criterio dell'ordinaria diligenza. Per non dire del carattere quasi intrinsecamente colposo del comportamento del creditore che si avvicini al rimedio risarcitorio volto ad attribuirgli un surrogato patrimoniale del bene inciso senza avere sperimentato l'azione specifica coniata ad hoc dall'ordinamento per ottenere una tutela specifica ed effettiva"*<sup>11</sup>.

Altra parte della dottrina<sup>12</sup> risulta, però essere di contrario avviso, sposando la tesi della necessaria pregiudizialità. Difatti, la peculiare qualificazione dell'interesse legittimo comporterebbe che il danno risarcibile può essere solo ed esclusivamente quello che deriva dalla incompleta tutela ottenuta dal privato tramite l'annullamento dell'atto amministrativo, nel caso in cui sussista comunque un impedimento totale o parziale alla realizzazione dell'utilità che il privato avrebbe potuto ottenere e che non ha ottenuto a causa dell'illegittimo esercizio della funzione pubblica. Tale assunto avrebbe la sua *ratio* nel fatto che nella citata struttura dell'interesse legittimo "confluirebbe" sia l'interesse pubblico che quello privato: tale "confluenza" è giustificata dal fatto che la norma attributiva del potere pubblico, per ottenere un miglior perseguimento del primo, considera nella fase procedimentale anche gli eventuali interessi privati coinvolti nel procedimento stesso, attraverso il sistema della loro comparazione e ponderazione. Pertanto, in occasione dell'annullamento giurisdizionale dell'atto lesivo, bisognerebbe sempre e comunque tenere presente il "peso" degli interessi privati in gioco, anche se il solo risarcimento del danno non è in grado di ripristinare la legalità all'azione amministrativa. In considerazione della funzionalizzazione dell'attività amministrativa e dell'obiettivo del perseguimento dell'interesse pubblico, non sembra possibile attribuire al privato la scelta tra il solo rimedio risarcitorio, che tutelerebbe il solo interesse privato e quello demolitorio, che riporterebbe l'azione amministrativa nei binari della legalità. In definitiva, l'attribuzione al privato di tale facoltà di scelta, ove fosse privilegiata la strada del risarcimento del danno,

---

<sup>11</sup> F. CARINGELLA *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, 2004, Milano, pag. 563.

<sup>12</sup> Cfr M. NIGRO *Giustizia amministrativa*, Bologna 2002.

porterebbe alla soddisfazione del solo interesse privato con la permanenza in vigore di una attività illegittima e, pertanto, inadeguata a perseguire correttamente l'interesse pubblico. Secondo tale dottrina, in accordo con gran parte della giurisprudenza amministrativa, la tutela risarcitoria non si porrebbe affatto sullo stesso piano di quella demolitoria/conformativa, in modo da rappresentare un'alternativa attivabile a discrezione dell'interessato, sulla base di una propria valutazione di convenienza, ma costituisce un completamento di quella volta all'annullamento dell'atto amministrativo, ove quest'ultima non sia in grado di garantire nella sua completezza la posizione giuridica del privato lesa dall'azione amministrativa.

Tale impostazione sembra essere, anche, confermata da taluni interventi normativi. Già in passato, l'abrogato art. 13 della L. del 19 febbraio 1992 n. 142 aveva previsto la necessaria pregiudiziale amministrativa nel momento in cui aveva stabilito che *"i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavoro o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al g.o. da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo dal g.a."*. Ma, ulteriore riprova del fatto che l'azione risarcitoria non possa essere svincolata da quella impugnatoria sarebbe desumibile dall'art. 246, comma 4, del d.lgs. 12 Aprile 2006 n. 163, recante *"codice degli appalti pubblici"*, in cui è previsto che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento di infrastrutture e insediamenti produttivi non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto può avvenire solo per equivalente; ne consegue che anche in un'ipotesi in cui è lo stesso legislatore a ritenere, per ragioni di pubblico interesse, la posizione giuridica tutelabile solo per equivalente patrimoniale, la domanda risarcitoria è comunque subordinata alla previa impugnazione del provvedimento lesivo.

Accanto alla *querelle* giuridica riguardante l'autonomia o meno dell'azione di risarcimento del danno rispetto a quella di annullamento dell'atto amministrativo, è sorta in dottrina, anche sulla base di alcuni spunti normativi nazionali e comunitari la questione concernente la possibilità da parte del legislatore di eliminare totalmente la strada della tutela impugnatoria, anche se per specifici e determinati settori, e, con lo scopo di non intaccare l'efficacia del provvedimento e di non incidere sugli interessi pubblici presi in considerazione e tutelati dall'atto lesivo, e di permettere solo la tutela risarcitoria. A ben vedere, una tale impostazione del legislatore sarebbe passibile di un giudizio di costituzionalità: difatti, si porrebbe in contrasto con quanto affermato dall'art. 113 Cost, secondo il quale la *"tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti"*. Inoltre, tale scelta legislativa sembrerebbe incontrare notevoli ostacoli nel principio di effettività del diritto di

difesa e della tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost. Bisogna anche tener da conto, proprio sotto questo punto di vista, che non esiste una reale surrogabilità tra l'annullamento ed il risarcimento del danno. Difatti, quest'ultimo non sarebbe in grado di garantire il reale soddisfacimento del bene primario della vita cui si tende in sede di contestazione dell'operato amministrativo; inoltre, si fa presente che nell'azione risarcitoria sono insite alcune incertezze legate alla dimostrazione probatoria sia dell'*an* che del *quantum* del risarcimento. In definitiva il carattere minorato e l'aleatorietà del rimedio aquiliano escludono la pienezza della tutela solo risarcitoria e, con essa, la compatibilità costituzionale di una scelta legislativa in tale direzione.

In contrasto con quanto appena affermato, è necessario tener presente che la disciplina comunitaria, per quanto attiene al settore degli appalti pubblici, in considerazione degli effetti nefasti di un annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione a lavori già in corso, nella direttiva ricorsi 865/99, all'art. 2, comma 6, ha previsto che *"salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure del ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni per qualsiasi persona lesa da una violazione"*. Una previsione analoga è contenuta, anche se in termini meno espliciti, nella direttiva 13/92. Dalle norme citate, emerge che, seppur nei limiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>13</sup>, l'Unione Europea attribuisce agli Stati membri la facoltà di escludere l'annullamento dell'aggiudicazione, nel caso in cui quest'ultima venga impugnata in un momento successivo alla stipula del contratto d'appalto. Il problema è verificare se tali previsioni comunitarie siano compatibili con gli articoli 24 e 113 Cost. e, di conseguenza, se il principio della primazia del diritto comunitario possa essere fatto valere anche nei confronti delle norme costituzionali. La giurisprudenza e le istituzioni comunitarie sembrano propendere per l'eccezionalità di tale disciplina, che viene in rilievo solo in questa specifica materia e solo laddove il ricorso venga presentato dopo la stipula del contratto. Pertanto, tale normativa non andrebbe in alcun modo ad intaccare il principio, affermato anche a livello comunitario, di effettività della tutela garantita ai diritti riconosciuti alle direttive sugli appalti. Ne consegue che si configurerà come scorretto il comportamento del singolo Stato membro volto a far coincidere l'aggiudicazione e la stipulazione, dovendo far trascorrere un congruo lasso temporale tra tali momenti per permettere al privato di tutelare in giudizio, senza limiti, la propria posizione giuridica lesa da una irregolare procedura di appalto. Bisogna sottolineare, per completezza della fattispecie, che di tale facoltà prevista a livello comunitario, si è avvalso anche il legislatore italiano, il quale all'art. 1,

---

<sup>13</sup> Cfr. Corte di Giustizia sentenza n. 81/98 Alcatel Austria AG ed altri contro Bundesministerium.

comma 2, lett. h) della legge 21 Dicembre 2001 n. 443, ha previsto tra i criteri di delega la *“previsione dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica”*. Però, per garantire, nel settore *de quo*, un corretto comportamento dell’amministrazione, l’art. 14 del d.lgs. 20 Agosto 2002 n. 190 prevede la necessità di un arco temporale minimo di trenta giorni che deve separare la comunicazione dell’aggiudicazione ai controinteressati dalla stipula del contratto. Ne consegue che il privato possa sempre ottenere l’annullamento del ricorso, oltre, eventualmente al risarcimento dei danni, se esperisce il relativo ricorso entro i trenta giorni dall’aggiudicazione. Tale aspetto rileva anche per l’oggetto specifico della trattazione, in quanto, pretendendo la norma l’annullamento dell’aggiudicazione per ottenere il risarcimento del danno, sembra che il legislatore abbia voluto aderire alla teoria della necessaria pregiudizialità. Però considerato il carattere settoriale della norma e la specialità della situazione regolata, non sarebbe possibile trarre dalla disciplina conclusioni rilevanti sul piano della risoluzione del problema generale.

In dottrina ha preso corpo anche un’altra interpretazione secondo la quale lo stesso giudice potrebbe *ex officio* e senza alcuna domanda di parte, pronunciarsi sulla sola richiesta di risarcimento del danno nel caso in cui l’accoglimento del ricorso impugnatorio non garantisse alcuna reale utilità al ricorrente. In queste fattispecie, il g.a. dovrebbe dichiarare l’improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, pronunciandosi esclusivamente sul risarcimento del danno. Secondo tale impostazione, il parametro di riferimento è l’art. 2058 c.c. in tema di reintegrazione in forma specifica, dovendosi valutare se il conseguimento del bene della vita cui aspira il ricorrente tramite l’annullamento dell’atto impugnato sia, allo stato dei fatti, in tutto od in parte possibile.

Tale interpretazione è stata seguita anche da una certa giurisprudenza, secondo la quale la domanda risarcitoria può essere valutata anche nell’ipotesi in cui il ricorso sia stato dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse<sup>14</sup>. In particolare, il T.A.R. Puglia, con la sentenza del 26 Febbraio 2004 n. 902 ha sostenuto che questa impostazione non contrasta con il principio della necessità del previo esperimento del giudizio di annullamento dell’atto amministrativo illegittimo. Difatti, il tribunale amministrativo pugliese ha affermato che se la *ratio* della posizione favorevole alla teoria della necessaria pregiudizialità amministrativa *“si ricollega all’impossibilità di una cognizione incidentale del provvedimento da parte del giudice amministrativo, non essendo riconosciuto a quest’ultimo un generale potere di disapplicazione, ne deriva che non è incompatibile con i principi appena richiamati l’ipotesi di una positiva valutazione dell’istanza risarcitoria del*

<sup>14</sup> Cfr. T.A.R. Campania, sez. I, 10/03/2004, n. 131; T.A.R. Calabria, 19/04/2004, n. 1376.

*ricorrente, laddove quest'ultimo abbia tempestivamente impugnato il provvedimento a suo dire lesivo, ma il suo interesse all'annullamento sia poi venuto meno per circostanze sopravvenute: ciò in particolare, nell'ipotesi in cui...si verta su materie nelle quali sia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo ogni controversia avente ad oggetto <<gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche>>".*

In tal modo, queste sentenze hanno scalfito il principio della necessaria pregiudizialità amministrativa, ammettendo implicitamente la possibilità da parte del ricorrente di adire il giudice per esperire un'azione pura di risarcimento del danno, senza aver precedentemente esperito l'azione volta ad ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo.

*3. La sentenza n. 4538/2003 della Corte di Cassazione: la necessaria pregiudiziale amministrativa ed i contrasti con talune pronunce della giurisdizione amministrativa di I grado.*

Con sentenza del 27 Marzo 2003 n. 4538, anche la Sez. II della Corte di Cassazione, contraddicendo quanto sentenziato nella pronuncia n. 500/99, ha sposato la tesi della necessaria pregiudiziale amministrativa, in accordo con quanto sottolineato dal Consiglio di Stato. In essa tale sentenza, la Cassazione ha rilevato che il potere di disapplicazione spetta solo ed esclusivamente al g.o.. Pertanto, l'illegittimità dell'atto non può essere accertata in via incidentale dal g.a. al quale il privato si è rivolto per ottenere il risarcimento del danno provocato dal provvedimento, nei cui confronti non è stato anche richiesto un giudizio di annullamento. Di fronte ad una situazione del genere, il g.a. non potrebbe entrare nel merito della questione e dovrebbe, da un punto di vista processuale, rigettare la domanda risarcitoria perché il fatto produttivo di danno non può essere qualificato illecito: la mancata rimozione dell'atto amministrativo, anche se illegittimo, impedisce di qualificare come ingiusto il danno subito dal privato. La Corte di Cassazione, difatti, sostiene 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"*. In particolare, la Corte, per giustificare la necessaria pregiudizialità amministrativa, tiene conto delle seguenti argomentazioni:

- l'annullamento del provvedimento illegittimo è condizione necessaria ed imprescindibile per poter configurare un illecito della p.a ex art. 2043 c.c.;
- il g.o., per costante orientamento contrario della stessa Cassazione non avrebbe potuto utilizzare lo strumento della disapplicazione, potendo quest'ultimo essere utilizzato solo quando la valutazione della sua legittimità debba avvenire in via incidentale ex art. 5 della L.A.C. e non anche nelle ipotesi ex art. 4;

- il principio di certezza delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico sarebbe gravemente compromesso se fosse eludibile il termine di decadenza per l'impugnazione degli atti amministrativi;
- l'assenza di autonomia tra l'azione risarcitoria e quella di annullamento è esplicitamente prevista dal diritto positivo e confermata dalla l. 205/00. Difatti la riserva in tema di "diritti patrimoniali consequenziali" di cui all'art. 30, comma 2 del T.U. Cons. Stato n. 1054/24 e all'art. 7, comma 3 l. 1034/71 (vecchio testo) era stata da sempre interpretata dalla stessa Corte nel senso che la pretesa risarcitoria era avanzata a sussidio ed a completamento di quella ottenuta dinanzi al g.a.. Pertanto, secondo la Corte, non si ravvisano *"valide ragioni in grado di suffragare la tesi secondo cui il legislatore del 2000, avendo optato per l'accentramento della tutela dinanzi al giudice amministrativo attribuendogli competenza, nell'ambito della sua giurisdizione, su tutte le questioni relative ai diritti patrimoniali consequenziali, tra le quali quelle relative all'eventuale risarcimento del danno, abbia inteso escludere l'autonomia fra giudizio di annullamento e giudizio di risarcimento del danno, con effetti innovativi sul punto, del dato normativo preesistente"*.

Con la sentenza n. 4538/03 la Cassazione ha avallato la prevalente giurisprudenza amministrativa, contrario secondo la quale sarebbe risultato oggetto di critica il principio, che sembrava consolidato, della necessità del previo annullamento dell'atto amministrativo ai fini della pronuncia sul risarcimento del danno.

In particolare, si è fatto portatore di questa interpretazione giurisprudenziale il T.A.R. Marche, con la sentenza 23 febbraio 04 n. 67, nella quale è stata affermata l'autonomia dell'azione di risarcimento del danno rispetto a quella di annullamento. Partendo dall'assetto esistente a seguito della sentenza n. 500/99, in base al quale l'illegittimità dell'atto rilevava solo ed esclusivamente ai fini dell'ingiustizia del danno, il T.A.R. ha sottolineato che *"dopo la l. 205/2000 deve, perciò, aversi una perfetta coincidenza tra il trasmesso ed il ritenuto, nel senso che, in materia, il giudice amministrativo, non può avere potere né maggiore né minore né diverso rispetto a quanto fosse precedentemente devoluto al giudice ordinario"*. Premesso che nel precedente sistema *"l'effetto dell'annullamento dell'atto conseguente veniva a costituire, nel giudizio risarcitorio, una funzione del tutto marginale ed intrinsecamente inconferente alla pronuncia sul danno, che appunto si incentrava precipuamente sull'ingiustizia di questo, e solo indirettamente sull'evento cassatorio venuto in essere nella sede giudiziale amministrativa"*. Lo stesso T.A.R. Marche ha, altresì, sottolineato come, con la riforma operata dall'art. 7 l. 205/00, il Legislatore abbia *"operato un completo trasferimento, in una con le situazioni giuridiche, di tutti i poteri in precedenza spettanti al giudice ordinario, innanzi al quale non era ravvisabile alcuna posizione subalterna dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento, unicamente avendosi, nei casi di specie, un mero potere di disapplicazione di atti ritenuti lesivi, che tuttavia lasciava integro il"*

*provvedimento amministrativo, aprendo la via a pronunzie risarcitoria per equivalente".* Con tale pronuncia sembra che il T.A.R. Marche abbia accolto l'orientamento secondo cui *"il diritto soggettivo al risarcimento del danno nasce con l'emanazione di un atto contra legem ed è posizione sostanziale del tutto distinta dall'interesse legittimo"*: pertanto la lesione del diritto soggettivo ed il diritto al suo risarcimento nascono anche prima rispetto all'annullamento dell'atto. Dunque, con l'esercizio dell'azione di risarcimento l'atto non verrebbe intaccato ma solo preso in considerazione per valutare l'esistenza dell'ingiustizia del danno, il cui presupposto fondamentale è l'illegittimità dell'atto stesso. Anzi, a parere del tribunale, seguendo un certo filone dottrinale, la tesi della necessaria pregiudizialità amministrativa solleverebbe anche dubbi di legittimità costituzionale, ponendosi in contrasto con gli art. 24 e 113 Cost.: infatti, in tal modo, il risarcimento del danno di fronte al g.a. verrebbe sottoposto al ricorrere di un ulteriore requisito da individuarsi, appunto, nell'esercizio tempestivo dell'azione di annullamento.

Tale impostazione è stata sostenuta anche dal T.A.R. dell'Umbria con sentenza del 21 Marzo 2003, n. 192. In particolare, si afferma che la domanda di risarcimento del danno proposta dal pubblico dipendente, il quale ritiene di aver subito danni dalla soppressione di un servizio e dalla omessa assegnazione ad un'altra struttura dell'Ente, non può essere accolta se quest'ultimo non si sia attivato per tempo per richiedere l'annullamento del provvedimento amministrativo lesivo, in quanto, recita la sentenza, *"la presunzione di legittimità che assiste l'atto amministrativo, una volta che questo sia consolidato per essere diventato inoppugnabile, non ammette più prova contraria. Di qui discende l'insussistenza dell'ingiustizia del provvedimento e, quindi, la non risarcibilità degli eventuali danni ad esso conseguenti. Lo stesso è a dirsi ove si consideri fonte del danno una condotta omissiva dell'amministrazione...giacché l'illegittimità dell'omissione, dalla quale deriva la sua ingiustizia, deve accertarsi attraverso la costituzione e l'impugnazione vittoriosa del silenzio rifiuto"*.

Ma, la stessa Corte di Cassazione, dopo la sentenza n. 4538/03, è ritornata sull'argomento con la sentenza, emessa a sezioni riunite, del 26 Maggio 2004 n. 10180, cambiando, in questa occasione, radicalmente la sua impostazione e ritornando nuovamente alle tesi espressa con la sentenza n. 500 del 1999. essa Nella sentenza del 2004 la Cassazione sostiene che l'art. 7 della l. 205/00, in considerazione anche del fatto che nulla dispone in merito alla pregiudiziale amministrativa, *"mostra con la sua ampia formulazione, di voler devolvere, al giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, la cognizione dei danni, che...scaturiscono da provvedimenti e da condotte non conformi a diritto, che all'uopo sia necessaria in via pregiudiziale una illegittimità provvedimentoale consacrata dalla pronunzia di annullamento"*.

#### 4. La sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale.

La questione relativa ai rapporti tra azione di risarcimento ed azione di annullamento è stata presa in considerazione, anche se *a latere*, dalla recente sentenza della Corte Costituzionale del 7 Luglio 2004 n. 204, la quale ha risposto ai dubbi di legittimità costituzionale avanzati dal Tribunale di Roma circa la compatibilità, con gli articoli 3, 24, 25, 100, 102, 103, 111 e 113 Cost., degli artt. 33 e 34 del decreto legislativo n. 80/98, come modificato dall'art. 7 della l. n. 205/00, andando ad incidere sul precario e problematico equilibrio raggiunto con la norma da ultimo citata, in relazione alla concentrazione in capo al g.a. delle controversie inerenti al risarcimento del danno nell'ambito della generalità della sua giurisdizione. In termini generali, la Corte, dopo aver esaminato il ruolo del g.a. e della sua giurisdizione esclusiva alla luce della Costituzione, ha tratto alcune conseguenze in merito all'oggetto delle ordinanze di rimessione. Innanzitutto, rileva che l'art. 103 Cost., nell'attribuire al g.a. la giurisdizione generale in materia di tutela degli interessi legittimi, limita la discrezionalità del legislatore ad attribuire a tale giudice solo particolari materie e non interi gruppi di materie nelle quali la tutela investa anche diritti soggettivi. Pertanto la giurisdizione esclusiva è legittimamente attribuita al g.a. solo nei casi in cui la p.a. eserciti una funzione pubblica e/o un potere autoritativo, di fronte al quale, anche in assenza della previsione normativa attributiva di tale giurisdizione, opererebbe comunque la giurisdizione generale di legittimità. Ne consegue che al g.a. sono attribuite esclusivamente le controversie determinate da un atto amministrativo. Gli articoli 33 e 34 del d.lgs. 80/98 violano tale principio, devolvendo, di contro, a tale giudice tutte le controversie che riguardino i servizi pubblici e l'urbanistica. L'intervento della Corte ha, dunque, prodotto i suoi effetti soprattutto in ordine al riparto di giurisdizione, avendo limitato l'ambito della giurisdizione esclusiva alle sole controversie che riguardano l'esercizio di poteri autoritativi, che si concretizzino o in un cattivo uso del potere o in carenza di potere in concreto, ovvero a quelle che concernono gli accordi ex art. 11 della l. n. 241/90, escludendo, in maniera apodittica, da tale giurisdizione i meri comportamenti della p.a.. Per quanto attiene, invece, all'aspetto più specifico dei rapporti tra l'azione di risarcimento e quella di annullamento, nelle ordinanze di rimessione si era fatto notare che la l. n. 205/00, nell'aver previsto una giurisdizione esclusiva caratterizzata da ambiti operativi e strumentali tendenzialmente coincidenti con quelli del g.o., non solo creerebbe una sovrapposizione di interventi e dispersione del patrimonio di conoscenze, ma potrebbe comportare anche il rischio di contrasti giurisprudenziali insanabili, frutto della creazione e del mantenimento di due giurisdizioni distinte su identiche questioni di diritto. In merito, la Corte sottolinea che *"il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno*

*strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".* Pertanto, continua la Corte " *l'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato, ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola..., che imponeva, ottenuta la tutela davanti al giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario...per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno..., costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.*". Con tale passaggio, la Corte riconosceva riconosciuto, senza dubbio, la necessità di ottenere, da parte del privato, il preventivo annullamento dell'atto amministrativo lesivo, per poter, successivamente, richiedere il risarcimento del danno.

Pertanto, secondo questa interpretazione, l'azione risarcitoria sembra costruirsi quale potere che si affianca a quello dell'annullamento, con l'implicazione che la giurisdizione è, comunque, fondata sul presupposto che la posizione soggettiva azionata sia, pur sempre, di interesse legittimo. Il ragionamento seguito dalla Consulta è basato sul fatto che il risarcimento del danno è qualificato come strumento di completamento della tutela che è consentito al giudice di concedere, in via principale, mediante l'annullamento nella considerazione che appare impossibile pervenire ad una valutazione di ingiustizia del danno sino a che non venga eliminato il provvedimento amministrativo, dal quale il danno risulta essere derivato.

Sulla stessa scia si pone anche il T.A.R. Sicilia, che, con la sentenza 20 Giugno 2006, n. 1500, ha disatteso l'orientamento della Cassazione tracciato con la sentenza n. 500/99: secondo i giudici amministrativi l'azione di risarcimento del danno di fronte al g.a. può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma, in ogni caso, è ammissibile solo a condizione che sia stato tempestivamente impugnato il provvedimento che si pretende illegittimo e che sia stato coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento: infatti, è ben noto che l'art. 7, comma 4, l. n. 205/00 ha devoluto al g.a. la giurisdizione in ordine al risarcimento del danno conseguente all'azione della p.a., ma limitatamente ai casi in cui esso abbia cognizione di legittimità.

*5. L'intervento della Corte di Cassazione con le sentenze n. 13659 e 13660 del 2006 e la scomparsa della pregiudiziale amministrativa.*

Con le ordinanze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 13 Giugno 2006, nn. 13659 e 13660 e 15 Giugno 2006, n. 13911 si sono radicalmente modificati i termini della "questione". Da tali ordinanze si desume che la tutela risarcitoria

degli interessi legittimi lesi dall'attività autoritativa della p.a. è stata ottenuta non estendendo quella già riconosciuta ai diritti soggettivi, ma affermando che non è possibile fare differenza tra interessi che trovano una protezione diretta nell'ordinamento e interessi che trovano tale protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo. Con dette pronunce, la Cassazione, ribaltando l'orientamento precedente, ha escluso l'esistenza della necessaria pregiudiziale amministrativa nell'azione di risarcimento per danni da lesione di interessi legittimi, sostenendo che tale forma di tutela può essere richiesta al g.a. anche senza rispettare il termine di decadenza per impugnare l'atto amministrativo lesivo e, pertanto, senza ottenere il preventivo annullamento del provvedimento. Tale diversa impostazione viene giustificata in base al fatto che l'evoluzione dei principi nel nostro ordinamento giuridico ha condotto ad omologare gli interessi legittimi ai diritti soggettivi per quanto attiene ai mezzi ed agli strumenti di tutela: in particolare, come le situazioni di diritto soggettivo sono, di norma, dotate sia di una tutela risarcitoria che ripristinatoria, così per gli interessi legittimi la tutela risarcitoria autonoma è stata affiancata all'azione di annullamento, che costituiva in passato l'unica forma di tutela prevista per il cittadino.

L'analisi della questione è stata affrontata, in maniera particolare, nell'ordinanza n. 13659, nella quale, dopo aver esaminato il problema relativo alla giurisdizione in ordine alle controversie in tema di responsabilità civile della p.a. nell'esercizio delle funzioni autoritative, è stato affrontato anche quello concernente la fondatezza della c.d. "pregiudizialità amministrativa". In merito al primo punto, che non può essere trascurato ma sul quale ci si soffermerà brevemente, la Corte parte dall'assunto che la giurisdizione del g.a. *"resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento"*. Tale necessario collegamento, secondo la Corte, non sarebbe presente in taluni casi quando l'amministrazione agisce in posizione di parità con il privato, quando agisce sulla base di meri comportamenti materiali, in caso di lesione di diritti incompressibili come la salute o l'integrità personale<sup>15</sup> od ancora nel caso di occupazioni usurpative per mancanza di dichiarazione di pubblica utilità ovvero in presenza di decreto di espropriazione adottato a termini scaduti<sup>16</sup>. In questi casi, ci sarebbe spazio solo ed esclusivamente per la

---

<sup>15</sup> Cfr. Corte di Cassazione S.U. sentenze n. 8681/95 e n. 1187/97.

<sup>16</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 191/06, nella quale si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 53, comma 1, del d.lgs. 325 del 2001 (T.U. delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità – testo B), trasfuso nell'art. 53, comma 1, del D.P.R. 8/6/2001 n. 327 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentarie in materia di espropriazione per pubblica utilità – testo A), nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del g.a. le controversie relative a *"comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparate"*, non esclude i comportamenti non riconducibili all'esercizio di un pubblico potere.

giurisdizione dal giudice ordinario. Al di fuori di tali fattispecie, ove la situazione soggettiva lesa si configuri come di interesse legittimo, essendoci un collegamento con l'esercizio del potere autoritativo, la giurisdizione, anche quella sul risarcimento del danno, spetterebbe al giudice amministrativo. Tale situazione si verifica anche quando la lesione è provocata da un comportamento inerte della p.a.<sup>17</sup> e nell'ipotesi di occupazione appropriativa, che si distingue da quella usurpativa per la presenza della previa dichiarazione di pubblica utilità. Per quanto attiene, invece, alla problematica concernente i rapporti tra annullamento e risarcimento, la Corte sottolinea, dopo aver esperito un'analisi di ambedue le impostazioni, che la teoria della necessaria pregiudizialità, dominante in giurisprudenza, comporterebbe una preoccupante diminuzione di tutela del privato nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione, soprattutto perché l'esperimento dell'azione di risarcimento verrebbe, anche se in via indiretta, condizionato dall'esercizio dell'azione di annullamento nei termini di decadenza. Infatti, recita la Corte che *"se la tutela di annullamento non è richiesta nel termine per l'impugnazione del provvedimento, questo diviene inoppugnabile, precludendo l'accesso non solo alla tutela risarcitoria erogabile dal giudice amministrativo ma anche a quella che potesse essere richiesta al giudice ordinario facendo valere l'atto illegittimo come elemento costitutivo dell'illecito civile"*. La Corte prosegue sottolineando che *"dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità, effettiva e non solo dichiarata, anche dell'interesse legittimo, il legislatore 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 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"*. Pertanto il privato potrà rivolgersi al g.a. per esperire ambedue le azioni o per chiedere solo ed esclusivamente la tutela risarcitoria, senza dover osservare il termine di decadenza per l'impugnazione del provvedimento lesivo. Tale affermazione è giustificata dal fatto che *"...la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo"* ed il giudice deve accertare tale illegittimità, senza che tale accertamento possa *"...risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento, né il diritto può esser per sé disconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovvero sia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la p.a. ha mantenuto nonostante la sua illegittimità"*.

Sulla medesima linea interpretativa, si è posta anche con l'ordinanza n. 13660. In essa, la Corte di Cassazione, parte dal principio che non è giuridicamente corretto creare due diversi sistemi di tutela per la difesa in giudizio degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi. Difatti, collegandosi con il principio generale in merito alla

---

<sup>17</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 7/05.

risarcibilità degli interessi legittimi stessi, espresso nella sentenza n. 500/99, la Corte ritiene opportuno ricordare come: *"va adeguatamente ricordato che alla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione, questa Corte è pervenuta non già estendendo la detta tutela dai diritti soggettivi agli interessi legittimi, bensì affermando che, sul piano della tutela risarcitoria, non si può fare differenza tra interessi che trovano protezione diretta nell'ordinamento e interessi che trovano protezione attraverso l'intermediazione del potere amministrativo"*. Premesso questo assunto ed in considerazione della normativa in vigore, la Corte sostiene che, in relazione al riparto di giurisdizione, la tutela dell'interesse legittimo non può che essere di competenza del giudice amministrativo, senza che però possa ritenersi necessario quel collegamento, ritenuto inscindibile da parte della dottrina e da talune sentenze della giurisprudenza, tra tutela risarcitoria e tutela demolitoria. In merito a questo argomento, la Cassazione precisa che *"ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, 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 da accogliere è dunque che, dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità...anche dell'interesse legittimo e dopo i ricordati tentativi dei primi anni novanta della doppia tutela..., il legislatore di fine secolo non ha inteso ridurre la tutela risarcitoria al solo profilo di completamento di quella demolitoria, ma, mentre l'ha riconosciuta con i caratteri propri del diritto al risarcimento del danno, ha ritenuto di affidare la corrispondente tutela giudiziaria al giudice amministrativo, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino"*. Con tale interpretazione, la Corte supera quella impostazione, definita *"tutta amministrativistica"* della necessaria pregiudizialità amministrativa, ma, al contempo, risulta anche critica nei confronti dell'altra impostazione, definita *"tutta civilistica"*. Secondo quest'ultima, la pretesa risarcitoria nei confronti della p.a. si configurerebbe sempre come un diritto soggettivo: pertanto, nel caso in cui il privato richieda solo ed esclusivamente il risarcimento del danno l'unico giudice competente dovrebbe essere quello ordinario. Di contro, il giudice amministrativo potrebbe conoscere delle questioni relative al risarcimento solo nel caso in cui il cittadino si fosse avvalso della facoltà di richiedere a tale giudice la tutela risarcitoria accanto a quella di annullamento: tale fattispecie costituirebbe, pertanto, una deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione. In contrasto con tale impostazione, la Corte di Cassazione, in tale ordinanza, sottolinea come, soprattutto a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 4 del 2004, sia stata definitivamente scelta la strada verso la concentrazione della tutela risarcitoria presso il g.a.. Pertanto, il limite principale della teoria c.d. *"civilistica"* consiste nel fatto che la frammentazione e la

moltiplicazione delle sedi dove cercare la tutela giurisdizionale per la lesione dell'interesse legittimo in tutte le sue sfaccettature non è altro che il sintomo di una diminuzione di protezione, a discapito del privato leso. Non risulta essere accolta neanche l'altra impostazione c.d. "amministrativistica", dal momento che essa comporta la diminuzione della portata e dell'effettività della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, condizionando la relativa azione all'annullamento con sentenza passata in giudicato del provvedimento lesivo.

Pertanto, la soluzione prospettata dalla Corte è da individuarsi nel fatto che l'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi non deve ritenersi un mero completamento di quella esercitata in sede di legittimità, dovendo, di contro, essere considerata una vera e propria giurisdizione, di competenza del giudice amministrativo e volta ad agevolare la posizione del privato. Per tale motivo, in presenza di un atto amministrativo espressione dell'esercizio di un pubblico potere, la tutela giurisdizionale spetta sempre al giudice da ultimo citato, al quale potrà essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, quella risarcitoria. Ma il vero aspetto innovativo dell'impostazione seguita dalla Cassazione sarebbe da individuarsi nel fatto che nulla osterebbe al privato di rivolgersi al g.a. per chiedere la sola tutela risarcitoria senza dover osservare il termine di decadenza. Ne consegue che la tutela risarcitoria sarebbe una forma autonoma di azione rispetto a quella annullatoria, spettante al privato per il solo fatto che la sua posizione giuridica soggettiva è stata lesa dall'esercizio illegittimo di un pubblico potere. Ancora, secondo la Corte, il rifiuto da parte del giudice amministrativo di esercitare la propria giurisdizione a conoscere della domanda risarcitoria promossa dal privato in via principale configura una ingiustificata declinatoria di giurisdizione, nei confronti del quale è possibile ricorrere per Cassazione sulla base di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 111 Cost. e dell'art. 362, 1 comma, c.p.c..

La dottrina ha rilevato che, accogliendo l'impostazione risultante da tali ordinanze, si verificherebbero alcuni problemi di non facile soluzione. In particolare, si è fatto notare che *"il giudizio amministrativo con oggetto l'accertamento della illegittimità dell'esercizio del potere (e quindi degli atti nei quali il potere si esprime) non è più precluso dall'avvenuta inoppugnabilità dell'atto amministrativo lesivo per scadenza dei termini. L'illegittimità dell'atto può essere conosciuta successivamente in sede di cognizione dell'azione risarcitoria. Nell'ambito di questo giudizio l'illegittimità dell'atto lesivo viene accertata dal giudice...sulla base dei motivi dedotti dal ricorrente. Quindi abbiamo una azione risarcitoria la quale presenta anche i caratteri di una azione di impugnazione"*<sup>18</sup>. D'altra parte, tali dubbi e perplessità potrebbero essere immediatamente fugati considerando quanto affermato dalla

---

<sup>18</sup> V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*, in "Astrid" – Rassegna", n. 33 del 2006.

stessa Corte di Cassazione nella sentenza citata, ove chiarisce che oggetto del giudizio di risarcimento del danno non è direttamente l'illegittimità dell'atto amministrativo ma è l'analisi della situazione che si è verificata a seguito della sua esecuzione. Però, i problemi evidenziati non vengono risolti utilizzando questo *escamotage* perché il giudice, al fine di valutare gli effetti dannosi dell'atto mandato ad esecuzione, per giudicare, quanto meno, sull'*an* del risarcimento, dovrà sempre e comunque pronunciarsi sulla legittimità dell'atto, ritenuto lesivo dal privato. Un ulteriore problema investe, poi, il valore di questo accertamento: in caso di valutazione positiva sull'illegittimità dell'atto, bisogna assolutamente chiarire se tale pronuncia acquisti valore di giudicato di accoglimento, tale da precludere che la questione della illegittimità dell'atto lesivo si possa successivamente riproporre.

Proprio a commento di tali ordinanze, parte della dottrina ha espresso talune perplessità nel momento in cui un tale sistema di tutela rimette *"...all'interessato la possibilità di scegliere tra chiedere al giudice di assicurare una effettiva giustizia nell'amministrazione e quella di lasciare in vita una situazione di ingiustizia sostanziale, purché il proprio interesse economico venga soddisfatto. In quest'ultimo caso, infatti, se è vero che il singolo risulta più tutelato, non vi è dubbio che la collettività degli amministratori è esposta a subire il doppio pregiudizio derivante dall'illegittima cura dell'interesse pubblico specifico (cui il giudice non è più chiamato a porre riparo) e dall'aggravio economico delle finanze conseguente al risarcimento"*<sup>19</sup>.

Ancora, parte della dottrina<sup>20</sup> evidenzia talune conseguenze derivanti dalle ordinanze analizzate. Innanzitutto, si è fatto notare come la Corte avrebbe eliminato il principio della degradazione del diritto soggettivo ad opera dei pubblici poteri. Inoltre, risulterebbe superato anche il principio del divieto di disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del g.a., il quale, ai fini risarcitori, non dovrà conoscere incidentalmente degli effetti dell'atto amministrativo ma, al contrario, dovrà conoscere dell'atto stesso in via principale, quale componente del fatto illecito posto in essere dalla pubblica amministrazione.

L'impostazione, fatta propria con le due ordinanze citate, è stata anche confermata da un altro intervento della Corte di Cassazione. Le Sezioni Unite, con sentenza del 16 Ottobre 2006 n. 22219, hanno ribadito che spetta al g.a. disporre le diverse forme di tutela accordate dall'ordinamento in presenza dell'indebita compressione di un interesse legittimo e che al medesimo giudice amministrativo occorre rivolgersi per far valere la conseguente pretesa risarcitoria, anche

---

<sup>19</sup> Cfr. M. A. SANDULLI *La Corte di Cassazione e la Corte di Giustizia verso una più effettiva tutela del cittadino?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 13/2006.

<sup>20</sup> Cfr. R. CHIEPPA, *Il giudizio di risarcimento in Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2005, p. 278 e ss.

indipendentemente da una eventuale azione di annullamento del provvedimento, considerato dal ricorrente illegittimo, da cui sia derivato il danno.

Ancora di recente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza del 7 Gennaio 2008 n. 35, hanno ribadito il citato orientamento, sottolineando come *"...in tema di tutela giurisdizionale intesa a fare valere la responsabilità della pubblica amministrazione da attività provvedimento illegittima la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al G.A. sia quando il privato invochi la tutela di annullamento sia quando faccia valere la tutela risarcitoria; siccome si deve escludere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previsto annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al giudice amministrativo può essere richiesta la sola tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria...ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tale caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento"*.

#### 6. I successivi interventi giurisprudenziali ed i repentini cambi di interpretazione.

Anche dopo le citate pronunce della Corte di Cassazione, non si è riusciti a dare uniformità al sistema di tutela del privato di fronte ad un atto lesivo dell'amministrazione, fissando dei principi stabili nel tempo. Difatti buona parte della giurisprudenza amministrativa soprattutto di primo grado, in accordo con la sentenza n. 4/03 del Consiglio di Stato, ha continuato a sostenere la tesi della necessaria pregiudizialità, anche se è necessario sottolineare quanto affermato dal T.A.R. Puglia, sez. I, con sentenza del 24 Ottobre 2006 n. 3786, secondo il quale la previa impugnazione del provvedimento lesivo non è necessaria quando l'illegittimità di quest'ultimo sia stata riconosciuta *medio tempore* dalla stessa amministrazione che lo aveva emesso in via di autotutela o quando sia stata accertata con ricorso straordinario al Capo dello Stato. Tali sentenze dei T.A.R.<sup>21</sup> sostengono che, considerando che l'interesse legittimo è un istituto che accorpa sia l'interesse pubblico che quello privato, non sarebbe possibile creare un sistema duplice di tutela di quest'ultimo – una di carattere impugnatoria ed una risarcitoria –, in contrasto con la sua natura unitaria. A parte l'elusione dei termini decadenziali di impugnazione del provvedimento, in tali sentenze si fa presente che, mentre la tempestiva impugnazione dell'atto lesivo permette al privato di ottenere tramite l'annullamento di conseguire il bene della vita, evitando all'amministrazione esborsi di danaro, la sola azione risarcitoria, svincolata da quella impugnatoria comporterebbe il trasferimento delle conseguenze negative dell'illegittimità del provvedimento stesso dallo Stato – apparato, tenuto a conformarsi alla sentenza di annullamento, allo Stato – comunità, sul quale

---

<sup>21</sup> Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 13 novembre 2006, n. 4130; T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 12 febbraio 2007, n. 158; T.A.R. Basilicata, 22 febbraio 2007, n. 75; T.A.R. Sicilia, sez. I, 16 aprile 2007, n. 651; T.A.R. Sicilia, sez. III, 23 aprile 2007 n. 1174; T.A.R. Campania, sez. VII, 19 giugno 2007, n. 6214.

graverà la sanzione risarcitoria. In concreto si lascerebbe al privato la scelta tra far consolidare il provvedimento amministrativo e di chiedere entro il termine di prescrizione il risarcimento del danno subito oppure ottenere direttamente il bene della vita tramite l'annullamento: la previsione normativa che consentisse al privato tale scelta potrebbe essere tacciata di incostituzionalità per contrasto con l'art. 97, in materia di buon andamento e ragionevolezza dell'azione amministrativa.

In quest'ambito, emblematica è la sentenza emessa dalla sez. II del T.A.R. Puglia del 4 Luglio 2006 n. 3710 che, richiamando i principi ispiratori della sentenza dell'A.P. del Consiglio di Stato n. 4/03, critica l'orientamento espresso dalle citate ordinanze della Corte di Cassazione. Il T.A.R. sottolinea come l'abbandono del principio della pregiudizialità appare incompatibile con la stessa natura e nozione di interesse legittimo, definito dal medesimo giudice quale espressione di un sistema *"che tutela l'interesse pubblico attraverso la soddisfazione di quello privato. Commettendo all'individuo l'iniziativa volta a provocare l'intervento del giudice amministrativo, non è possibile permettersi di rinunciare alla subordinazione in parola a pena di incrinare il sistema di tutela dell'interesse pubblico"*. Si sottolinea, pertanto, che consentire al privato la scelta di adire direttamente l'autorità giurisdizionale amministrativa per richiedere la sola tutela risarcitoria senza richiedere anche la tutela caducatoria del provvedimento amministrativo illegittimo comporterebbe che quest'ultimo continui ad esplicare i propri effetti, proprio a causa del mancato intervento annullatorio del g.a.. Inoltre, in tale sentenza si evidenzia che l'abbandono del principio di pregiudizialità determina una grave asimmetria tra i due strumenti di reintegrazione della posizione soggettiva giuridica lesa: la reintegrazione in forma specifica ed il risarcimento del danno per equivalente. Infatti, *"la prima sarebbe inscindibilmente connessa all'utile esperimento dell'azione impugnatoria, l'altra sarebbe esperibile autonomamente e troverebbe accogliimento a seguito di un giudizio che riguarderebbe la fonte del danno non come atto ma come fatto. A prescindere dalla evidente ricomprensione in un unico istituto delle due forme di tutela reintegratoria..ad opera dell'art. 35, primo e quarto comma del D. Lgs. n. 80 del 1998 (così come riscritto dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000), nel sistema delineato dal citato art. 7 della legge n. 205 del 2000 non vi è spazio per questa soluzione che collide col sistema e diventa una ingiustificata forma di trasformismo"*. A sostegno della propria tesi, il T.A.R. Puglia richiama anche la già citata sentenza della Corte di Cassazione del 27 marzo 2003, n. 4538, nella quale è espressamente chiarito che *"sul piano dei principi propri dell'ordinamento amministrativo, è affidata, nel caso di attribuzione di potere provvedimentale, alla potestà disciplinatrice ed ordinatrice dell'amministrazione, la creazione della regola del caso concreto. All'atto programmatico che la esprime, tutti, compresa l'amministrazione, devono adeguare la propria condotta, indipendentemente dalla*

*sua conformità alla legge (principio di dissociazione tra validità ed efficacia dell'atto), fino a quando l'invalidità non sia accertata secondo le procedure previste"; ne consegue, sempre citando la medesima sentenza che "in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione degli effetti, e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi".*

La questione è stata oggetto di un ulteriore intervento della VI sez. del Consiglio di Stato con la sentenza del 21 Giugno 2006, n. 3717, nella quale si è ribadita la necessità di ottenere il previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, al fine di poter esperire il giudizio risarcitorio. In particolare, si è affermato che *"nei rapporti paritetici, fuori cioè dell'ambito dell'esercizio del potere pubblico, tra i cittadini e la pubblica amministrazione sia in quelli interpretati, molteplici sono le ipotesi in cui è accordato preminente rilievo alle esigenze di certezza, sicché l'interessato ha l'onere di contestare la conformità al diritto di determinate situazioni mediante l'impugnazione di atti o comunque reagendo entro i termini di decadenza. Ove non adempia a tale onere, non gli è consentito ottenere con l'azione risarcitoria l'accertamento della non conformità a legge della situazione, atteso che l'accertamento deve farsi necessariamente in via principale e con efficacia di giudicato, vertendo su uno degli elementi essenziali della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c."*.

Il problema della necessaria pregiudizialità è stato preso, nuovamente, in considerazione dalla IV sez. del Consiglio di Stato, con la sentenza 8 Maggio 2007 n. 2136. Con tale pronuncia, il Consiglio ha continuato a farsi portatore dei principi espressi dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 4 del 2003, in base ai quali il soggetto privato che ha subito un danno a seguito dell'emanazione di un provvedimento amministrativo autoritativo potrà adire il giudice per ottenere il risarcimento dei danni subiti solo se abbia impugnato nei termini di decadenza il provvedimento stesso. Le motivazioni della sentenza si basano sul fatto che la posizione giuridica tutelata attraverso l'esperimento dell'azione risarcitoria non si configura quale diritto soggettivo al risarcimento del danno ma è, a ben vedere, un interesse legittimo tutelato, innanzitutto, attraverso l'annullamento dell'atto lesivo e successivamente ed eventualmente anche con il risarcimento del danno. Ne consegue che spetta al giudice adito verificare se la posizione giuridica del privato leso possa essere tutelata con il solo accoglimento della domanda di annullamento dell'atto autoritativo impugnato oppure se, per garantire una tutela pienamente soddisfacente per l'interesse del ricorrente, sia necessario anche accogliere la domanda risarcitoria di quest'ultimo e condannare, conseguentemente, la p.a. resistente al risarcimento del danno.

Anche a seguito di tale pronuncia, sembrava che, sulla questione, la giurisprudenza, quanto meno amministrativa, avesse definito in maniera chiara e precisa i termini del problema, ponendo fine ai dubbi interpretativi della norma.

Tale sicurezza in merito ai rapporti tra azione di lesione di annullamento ed azione di risarcimento è, immediatamente dopo l'ultima sentenza citata della IV sez. del Consiglio di Stato, venuta meno con la sentenza n. 2822 del 31 Maggio 2007, emessa dalla V sez. del medesimo Consiglio di Stato, in accordo con quanto espresso nell'ordinanza del 2 Marzo 2007 n. 75 del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia e nella sentenza del 18maggio 2007 emessa dal medesimo organo giurisdizionale. In quest'ultima pronuncia, in conformità con quanto dichiarato dalla Corte di Cassazione nelle citate ordinanze n. 13659 e n. 13660 del 2006, il massimo organo di giustizia amministrativa ha ritenuto che l'azione risarcitoria del danno derivante da lesione di interesse legittimo sia proponibile indipendentemente dalla preventiva impugnazione del provvedimento amministrativo lesivo. Pertanto, secondo questa interpretazione, la domanda del ricorrente diretta ad ottenere il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo, provocato dall'atto amministrativo illegittimo, può proporsi dinanzi al giudice amministrativo, prescindendo anche dall'utile e preventivo esperimento della domanda di annullamento. Con tale impostazione, emerge come il Consiglio di Stato abbia cercato di comporre il conflitto venutosi a creare tra la Corte di Cassazione, nelle ordinanze citate e da esso stesso richiamate, e l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza del 26 Marzo 2003 n. 4, alla quale si è richiamata la Corte Costituzionale con le sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006, sottolineando che i due organi giurisdizionali non sarebbero tra loro in contrapposizione. Difatti, nella sentenza citata, il Consiglio di Stato sottolinea che il risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo è pur sempre una forma "rimediale" di tutela rispetto a quella principale costituita dallo strumento impugnatorio. Inoltre, aggiunge che *"il g.a. non abbia motivo di discostarsi dalle ragioni fondamentali delle SS.UU."*, considerando che esse hanno sia ribadito la rilevanza dell'interesse legittimo quale situazione soggettiva tutelabile tradizionalmente dinanzi al g.a. sia contribuito a rafforzare gli strumenti di tutela conferiti a tale giudice.

Premesso che l'esigenza avvertita dal legislatore con l'emanazione dell'art. 7 della L. 205/00, e confermata dalla Corte Costituzionale con le citate sentenze n. 204/04 e n. 191/06, era stata quella di allineare, per quanto attiene agli strumenti di tutela, i diritti soggettivi agli interessi legittimi, la V Sezione ha affermato il principio secondo il quale il rimedio risarcitorio non si pone in contraddizione con la preclusa possibilità di disapplicazione dell'atto amministrativo in quanto disporre il risarcimento per gli effetti prodotti dal provvedimento vuol dire proprio postulare la sua efficacia e non già la sua disapplicazione. Difatti, sul punto la V sezione del Consiglio di Stato sottolinea che la possibilità per i privati di esperire dinanzi al g.a. autonome domande risarcitorie, non significherebbe attribuirgli la facoltà di conoscere della legittimità dei provvedimenti in via incidentale e, pertanto, di disapplicarli, in aperto contrasto con quanto previsto dagli art. 4 e 5 della L.A.C.,

quanto invece *"postulare la loro efficacia, posto che un provvedimento amministrativo è efficace non solo se è legittimo nel senso che rispetta i parametri sostanziali previsti dalla legge, ma anche se è lecito, nel senso che non ha prodotto alcun tipo di pregiudizio nella sfera giuridico – soggettiva dei suoi destinatari"*. Per quanto attiene alla quantificazione del danno risarcibile, dovrebbe tenersi conto, come già evidenziato da una parte della dottrina, dell'art. 1227 c.c., effettuando una valutazione caso per caso della scelta operata dall'interessato di non attivare il rimedio annullatorio, fermo restando che, in assenza di tale rimedio, non sarebbe comunque possibile contemplare un risarcimento in forma specifica poiché ciò integrerebbe una fattispecie elusiva del termine previsto per legge per l'esperimento dell'azione di annullamento.

Con un repentino cambio di impostazione la IV sez. del Consiglio di Stato, con la sentenza dell'8 Giugno 2007 n. 3034, si è schierata a favore dell'orientamento conservatore sussistente nell'ambito della magistratura amministrativa<sup>22</sup>, la quale ritiene indispensabile che *"l'esercizio della pretesa risarcitoria fondata sulla affermata lesione di un interesse legittimo deve intendersi impedito a chi ha ommesso di impugnare, nel termine decadenziale, il provvedimento amministrativo asseritamente produttivo del danno del quale domanda il ristoro"*. A ben vedere, la sentenza citata fa propri i principi espressi nella importante sentenza n. 4 del 2003 del Consiglio di Stato e sottolinea che la necessaria pregiudizialità amministrativa risulta essere necessaria conseguenza, sulla base delle ragioni di seguito indicate:

- la regola di certezza dei rapporti di diritto pubblico comporta che la tutela – risarcitoria e demolitoria – deve ritenersi preclusa ogni volta che l'atto diventi inoppugnabile per il decorso del termine decadenziale, termine posto a presidio della certezza e definitività delle situazioni giuridiche;
- l'ordinamento giuridico non prevede alcun potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo;
- il risarcimento del danno è solo uno strumento ulteriore di tutela della posizione giuridica del privato rispetto all'azione di annullamento e di completamento di quest'ultimo;
- la *ratio* dell'attribuzione del potere del g.a. di disporre il risarcimento del danno è quella di evitare – a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'atto – l'obbligo di percorrere i gradi di giudizio della giustizia ordinaria per ottenere la piena soddisfazione delle posizioni lese; ciò esclude che tale potere possa essere esercitato in caso di illegittimità dell'atto incidentalmente valutata, venendo meno in tal caso l'essenziale condizione della consequenzialità del diritto patrimoniale al risarcimento del danno.

---

<sup>22</sup> Cfr. Consiglio di stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952; Consiglio di Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338 e da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 954.

Pertanto, secondo la IV sez. del Consiglio di Stato, la pronuncia di annullamento sia nei casi di giurisdizione esclusiva che in quelli di giurisdizione di legittimità, è pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento; si tratta, difatti, di una opzione ermeneutica pienamente aderente alla ratio della riforma culminata con la L. 205 del 2000, con la quale il legislatore ha attribuito al g.a., in via generale, la cognizione anche sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra la stessa giurisdizione esclusiva e quella di legittimità.

Anche in considerazione di tale divergenze di impostazioni esistenti tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato, la Corte di Giustizia per la Regione Sicilia, con ordinanza n. 75/07, ha rimesso la questione alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ponendo, oltre ad un quesito concernente il riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. in materia urbanistica, anche la questione relativa all'ammissibilità di un'azione non impugnatoria, ma autonomamente risarcitoria e diretta a far dichiarare la illiceità e la illegittimità della procedura ablatoria, al di fuori di una specifica domanda di annullamento degli atti contestati. In merito al primo punto, il Consiglio di Stato si fa portatore di un principio fondamentale, sottolineando che *"nella materia dei procedimenti di esproprio sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione – naturalmente anche ai fini complementari della tutela risarcitoria – di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti, anche se il procedimento all'interno del quale sono espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi"*. Ben distinto è il caso in cui la dichiarazione di pubblica utilità del bene manchi del tutto, configurandosi un mero comportamento per vie di fatto della p.a., in nessun modo e nemmeno indirettamente funzionalizzato all'esercizio di un effettivo potere degradatorio e traslativo. In tali fattispecie la giurisdizione in materia spetta al g.o.. In relazione all'altra rilevante questione relativa al problema della necessaria pregiudizialità, il Consiglio di Stato con tale sentenza non ha offerto alcuno spunto di soluzione interpretativa, non pronunciandosi in punto di diritto. Difatti, recita la sentenza che *"la controversia de qua si presenta caratterizzata in fatto da elementi che rendono la questione stessa irrilevante sicché il presente giudizio...non costituisce occasione processualmente idonea ad affrontare la relativa e complessa problematica"*. L'unica statuizione chiara, secondo il Consiglio di Stato, è quella secondo la quale la regola della pregiudizialità amministrativa non opera ove l'atto sia stato rimosso in via di autotutela dalla stessa amministrazione oppure se il danno non sia stato prodotto dal dispositivo dell'atto stesso ma sia materialmente causato dalle particolari modalità della sua esecuzione; in particolare, la suddetta regola non opera nel caso di azione risarcitoria proposta a seguito dell'irreversibile trasformazione del fondo operata dalla p.a. sulla base di una occupazione d'urgenza alla quale non sia seguita, nei termini previsti dalla dichiarazione di

pubblica utilità, l'emissione del decreto di esproprio. Difatti, il danno lamentato non discende da eventuali illegittimità dell'atto dichiarativo quando direttamente dalla mancata conclusione del procedimento e dalla omessa adozione al termine dei lavori del decreto di trasferimento, che ha impedito la stabilizzazione degli effetti giuridici interinalmente prodotti dagli atti intermedi ad esso finalizzati sul piano causale.

*7. Il recentissimo intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: la sentenza n. 12 del 22/10/07 e la riconferma della necessaria pregiudizialità.*

Con la sentenza n. 12/2007, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affrontato la questione del rapporto intercorrente tra giudizio impugnatorio ed azione di risarcimento non in via diretta e principale ma solo in quanto collegata incidentalmente alla questione principale oggetto del giudizio, concernente il problema di giurisdizione tra g.o. e g.a. in una fattispecie di accessione invertita, conseguente alla sopravvenuta inefficacia per decorso del termine della dichiarazione di pubblica utilità ed alla illegittimità del decreto di esproprio emesso oltre detto termine.

Per quanto concerne la questione che qui interessa maggiormente, il Consiglio di Stato, con tale intervento, ha sostenuto la tesi della necessaria e naturale pregiudizialità dell'azione di annullamento dell'atto ritenuto illegittimo. Difatti, il massimo organo di giurisdizione amministrativa ha affermato che: *"il carattere consequenziale ed ulteriore della tutela risarcitoria, espressamente ed inequivocabilmente posto, in armonia con gli artt. 103 e 113 co. 3 Cost., dall'art. 35 co. 1 e 4 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e confermato dal successivo co. 5 che comunque abroga ogni disposizione che preveda la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno ancora una volta visto come conseguente all'annullamento di atti amministrativi, sembra invero incontestabile"*. In particolare, il Consiglio di Stato parte dal principio che diritto soggettivo ed interesse legittimo sono situazioni soggettive fortemente differenziate, benché molto spesso partecipi di una assimilabile pretesa ad un c.d. "bene della vita". Sulla base di tale premessa, si è fatto presente che il legislatore, con formula che privilegia le ritenute esigenze di concentrazione dei giudizi, ha fissato il criterio della consequenzialità della tutela risarcitoria rispetto a quella di annullamento. Ne consegue che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito in via impugnatoria, per la sua demolizione, e consequenzialmente in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità e ciò nel rispetto del vincolo della c.d. pregiudiziale amministrativa. Tale assunto risulterebbe giustificato anche dal fatto che il processo amministrativo e la tutela giurisdizionale di fronte al g.a. sono essenzialmente improntati ad un assetto di tipo principalmente demolitorio. La interpretazione seguita dall'Adunanza Plenaria è sostenuta anche dal dato

letterale dell'art. 7 della legge 205/2000, consacrato nell'espressione "diritti patrimoniali consequenziali", che non lascerebbe spazio alla possibilità di concepire la tutela risarcitoria in via autonoma. Inoltre, il principio della necessaria pregiudizialità sarebbe giustificato anche dal principio di presunzione di legittimità degli atti amministrativi e dalla conseguente esigenza di non infrangere la coerenza del sistema in esso insito. Pertanto, recita la sentenza *"è su queste premesse, perciò, che deve essere apprezzato il vulnus che si ritiene connesso alla c.d. pregiudiziale amministrativa, che, in effetti, da un lato corrisponde ad avvertite esigenze di controllo, convenientemente sollecitate dalle azioni impugnatorie, della legittimità e della trasparenza dell'azione autoritativa e, d'altra parte, consente il compiuto rilievo degli interessi collettivi e generali coinvolti, rilievo certamente monco e claudicante anche con riferimento alla giurisdizione esclusiva, pur sempre relativa anche ad interessi legittimi ed a diritti degradati, nell'ambito di un processo di solo tipo risarcitorio, nel quale, per altro, gli interessi economici coinvolti appaiono non più rilevanti degli interessi....che si fanno valere, senza che la relativa decadenza sia motivo di censura, nel processo amministrativo"*.

Tale impostazione è stata aspramente criticata da parte della dottrina, soprattutto nel momento in cui il Consiglio di Stato difende la pregiudiziale amministrativa, facendo leva su una concezione del processo amministrativo che risulta ormai superata alla luce delle recenti riforme del procedimento ( si pensi alle leggi nn. 15 ed 80 del 2005) nonché delle ultime interpretazioni della stessa giurisprudenza amministrativa, che, sia pure timidamente, appare propensa a riconoscere al ricorrente un ventaglio di azioni innanzi al g.a. tale da ampliare notevolmente i poteri di cognizione e decisione di quest'ultimo. In un'epoca in cui il processo innanzi al g.a. appare sempre meno ancorato allo scrutinio estrinseco della legittimità formale del provvedimento e sempre più votato alla verifica sostanziale della fondatezza della pretesa invocata dal ricorrente, risulta anacronistico far transitare la tutela del privato attraverso la preventiva impugnazione del provvedimento asseritamente illegittimo. Sulla base di tali argomentazioni, non è possibile continuare a patrocinare un'idea di processo necessariamente di tipo impugnatorio. Inoltre, non sembra che, come sostiene la Plenaria, il primario obiettivo del processo amministrativo debba essere il controllo collettivo della legittimità e della trasparenza dell'azione della pubblica autorità. Difatti, fermo restando che la correttezza dell'agere pubblico costituisce l'essenza del processo amministrativo, siffatta valutazione non è solo preordinata alla tutela di un interesse superindividuale alla legalità della pubblica amministrazione ma è, in prima battuta, finalizzata ad accordare tutela al cittadino che dimostri di essere stato illegittimamente inciso nella sua sfera giuridica. Ancor meno condivisibile risulterebbe l'assunto secondo cui sarebbe lo stesso ricorrente a trarre giovamento dalla previa impugnazione del provvedimento. Invero, a parte la considerazione

che non sempre il pregiudizio trae origine da un provvedimento in senso stretto, o, comunque, che non sempre il privato può avere interesse all'accertamento in via principale dell'illegittimità, non c'è dubbio che la tutela del cittadino a fronte di uno scorretto e/o illecito esercizio del potere pubblico risulti fortemente depotenziata dalla necessità di rispettare, a pena di inammissibilità del ricorso, il termine decadenziale previsto per l'azione impugnatoria. A ciò si aggiunga che proprio la riforma del 2005 in materia di vizi non invalidanti del provvedimento amministrativo sembra fornire un ulteriore impulso alla tesi del superamento della pregiudizialità. Infatti, nelle ipotesi in cui l'annullamento sia *ex lege* precluso, in forza del disposto dell'art. 21-octies della L. 241/90, e tuttavia si riconosca in favore del privato la tutela risarcitoria, non si comprende come possa giustificarsi la necessità della previa impugnazione del provvedimento affetto da un vizio che, comunque, non può determinarne la caducazione.

8. *Gli ultimi interventi giurisprudenziali: cenni alla sentenza della Cassazione SS.UU. n. 30254/2008<sup>23</sup> ed alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2436/2009<sup>24</sup>.*

La questione della pregiudiziale amministrativa nell'ambito del giudizio di risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo del privato ha trovato ulteriore udienza in due ultimi interventi della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, dai quali emerge chiaramente come la disputa relativa alla necessaria previa impugnazione dell'atto amministrativo illegittimo non sia ancora risolta: forse l'unico modo per mettere una parola fine a tale problematica è quello di un chiaro intervento da parte del legislatore che effettui definitivamente una scelta di campo.

Per quanto attiene alla tematica in oggetto, la Corte di Cassazione, Sez. Un., del 23 dicembre 2008 n. 30254 è intervenuta innanzitutto, definendo il proprio ambito quale giudice delle competenze ex art. 111 Cost., per aderire ad una nozione ampia del concetto di giurisdizione, inteso anche come definizione del contenuto del potere con l'obiettivo di stabilire gli strumenti di tutela con cui tale potere si estrinseca. Pertanto, rientra nel concetto generale di sindacato per motivi di giurisdizione l'interpretazione della norma attributiva della tutela, allo scopo di verificare se, ex art. 111 Cost., il giudice amministrativo la abbia concretamente erogata; in caso contrario, sarà possibile vincolarlo ad esercitare i suoi poteri nel rispetto dei principi costituzionali in materia. Difatti, secondo gli Ermellini *"giurisdizione, nella Costituzione,...è termine che va inteso nel senso di tutela*

---

<sup>23</sup> Cfr. V. SARCONI, *La "pregiudiziale" non solo amministrativa tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato. Breve nota a margine di Cass., SS.UU., n. 30254/2008*, in questa *Rivista*, n. 2/2009.

<sup>24</sup> Cfr. D. GIANNUZZI, *Pregiudiziale amministrativa ancora al vaglio della Plenaria: una battaglia senza fine?* (Nota a Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 2436 del 21 aprile 2009), in questa *Rivista*, n. 5/2009.

*giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento".* In tal senso, la Corte ritiene assolutamente ricorribile in Cassazione la sentenza del giudice amministrativo che rifiuti di esaminare nel merito la domanda di risarcimento del danno da parte del privato, senza che quest'ultimo abbia provveduto ad impugnare tempestivamente l'atto illegittimo.

In secondo luogo, in tale sentenza, la Corte di Cassazione ribadisce il proprio tradizionale orientamento in merito alla questione, ribadendo la non necessaria pregiudizialità dell'annullamento dell'atto amministrativo ai fini dell'ottenimento del risarcimento danni da parte del privato, in base all'autonomia che intercorre tra il giudizio impugnatorio e quello risarcitorio. In tal senso si legge a chiare lettere nel dispositivo della citata sentenza che *"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 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"*. In merito a tale aspetto e ricollegandosi a quanto sostenuto relativamente al concetto di giurisdizione, la Corte specifica anche 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"*.

Come già accaduto in passato, l'intervento della Corte di Cassazione non ha scritto la parola fine relativamente alla problematica, in quanto, le divergenze di impostazione tra la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato, si sono riproposte con i successivi interventi da parte del massimo organo giurisdizionale amministrativo.

In particolare, dopo una prima pronuncia della Sezione VI del 3 febbraio 2009 n. 578, con la quale si è ribadito il tradizionale orientamento volto a ritenere assolutamente necessario il previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo per poter ottenere il successivo risarcimento del danno, confermato da un'ulteriore pronuncia della Sez. IV del 31 Marzo 2009 n. 1917, il Consiglio di Stato, Sez. VI, è tornato nuovamente sulla questione con la sentenza del 21 aprile 2009 n. 2436, rimettendo l'analisi della necessaria pregiudizialità all'Adunanza Plenaria dello stesso, sottolineando come la stessa debba pronunciarsi *"...previo esame della compatibilità della soluzione data dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 30254 del 2008, e, quindi, sulla lettura da questa*

*datane dell'art. 7 legge n. 1034 del 1971, come novellato dalla legge 205 del 2000, con il principio di ragionevolezza anche sistematica, con i principi costituzionali di economia processuale, di ragionevole durata del processo e del correlato dovere di <responsabile collaborazione> delle parti".*

In ogni caso, il Consiglio di Stato non si allontana dal suo tradizionale orientamento, secondo il quale è obbligatorio il previo annullamento dell'atto amministrativo lesivo ma chiarisce che la domanda proposta dal privato volta ad ottenere il risarcimento del danno, senza aver tempestivamente impugnato l'atto ritenuto illegittimo della p.a., debba essere considerata in ogni caso ammissibile, ma ritenuta infondata nel merito, in quanto il giudice amministrativo si trova impossibilitato a poter verificare l'illiceità del comportamento dell'amministrazione. In tal modo, il Consiglio di Stato non solo va si pone criticamente verso i più recenti orientamenti della Corte di Cassazione in merito alla pregiudiziale amministrativa, ma si pone anche in netto contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte di Cassazione nella storica sentenza 500 del 1999, con la quale, senza addentrarsi nei dettagli, si era sostenuto l'esistenza di diversi criteri di giudizio per valutare l'illegittimità dell'atto e la sua illiceità, sottolineando come la prima possa essere solo un sintomo della seconda ma non un suo requisito imprescindibile. Difatti, il Consiglio di Stato, nel confermare la necessaria pregiudiziale amministrativa, supera l'impostazione in base alla quale sarebbe impossibile per il g.a. procedere alla disapplicazione dell'atto amministrativo, sottolineando, al contrario, che la illegittimità dell'atto è un requisito imprescindibile per la valutazione dell'illiceità del comportamento da esso scaturente e che, pertanto, la prima debba essere valutata non in sede incidentale e senza effetto di giudicato ma in via principale. In particolare, il Consiglio di Stato specifica che: *"...ove l'accertamento in via principale sia precluso sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere respinta nel merito perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito".*

Inoltre, secondo i giudici di Palazzo Spada, l'impostazione della necessaria pregiudiziale sarebbe confermata anche da recenti interventi normativi. A livello nazionale, l'art. 20, comma 8 e 8-bis, del decreto legge 29 Novembre 2008, n. 185, come modificato con legge del 28 Gennaio 2009 n. 2, recante *"misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale"*, fornirebbe un appiglio legislativo in tal senso nel momento in cui prevede che *"in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente"*. Ne consegue che, secondo il Legislatore, pur conoscendo quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione con

sentenza n. 30254/2008 il risarcimento del danno possa essere concesso solo dopo che gli atti della procedura siano stati annullati. Invece, a livello comunitario, un ulteriore dato esegetico che confermerebbe la necessità della pregiudiziale amministrativa, si dedurrebbe dalla Direttiva CE dell'11 Dicembre 2007, n. 66 che, allo scopo di uniformare la tutela processuale in materia di appalti pubblici nei singoli Stati membri, tiene conto dei differenti sistemi processuali, riconoscendo necessari, per esigenze di certezza dell'agire amministrativo, brevi termini di impugnazione, e ammettendo sistemi in cui il risarcimento possa essere accordato solo previo annullamento del provvedimento illegittimo.

Non si può, dunque, che restare in attesa di quanto affermerà l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con l'assoluta certezza che anche quest'ulteriore pronuncia non risolverà in maniera definitiva la questione.