Il rapporto tra la tutela costitutiva e la tutela risarcitoria: il Consiglio di Stato affronta ancora una volta il tema della pregiudiziale amministrativa. Nota a sentenza Ad. plen. C.d.S. del 23 marzo 2011, n. 3.

di FILIPPO DE LUCA

SOMMARIO: 1. Premessa 2. La controversia che ha portato ad una nuova pronuncia dell'Adunanza plenaria 3. Le posizioni antitetiche della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato 4. La soluzione accolta dal codice del processo amministrativo nella lettura dell'Adunanza Plenaria 5. Conclusioni: l'ancora attuale dipendenza funzionale del rimedio risarcitorio da quello impugnatorio.

1. *Premessa.*

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, per la prima volta dopo l'approvazione del codice del processo amministrativo, torna sul dibattuto tema della pregiudiziale amministrativa.

Una domanda può sorgere spontanea: perché una nuova pronuncia sulla pregiudiziale amministrativa nonostante la recente codificazione del processo amministrativo? La *querelle* che per anni ha visto opporre il Consiglio di Stato alla Corte di Cassazione non è stata risolta, una volta per tutte, dal legislatore?

Ebbene, è proprio la soluzione normativa data dal legislatore a questo dibattuto argomento, sul quale sono state scritte innumerevoli pagine di commenti dottrinali, a rendere necessario un nuovo intervento dell'Adunanza plenaria.

Il codice del processo amministrativo tra la soluzione "autonomista" della Corte di Cassazione e quella "pregiudizialista" del Consiglio di Stato[1] ha optato per una soluzione intermedia, che però non ha sgombrato il campo da dubbi e problemi.

L'art. 30 del codice, infatti, riconoscendo in via generale la proponibilità in via autonoma dell'azione di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, sembra *prima facie* sposare la tesi della Cassazione. Tuttavia, il medesimo articolo prevede anche che il giudice possa escludere il risarcimento dei danni, che la parte avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (anche) attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento. Tra questi campeggia in primo luogo l'azione di annullamento del provvedimento lesivo.

---

[1] M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, 28 marzo 2011, in *www.federalismi.it*

Dopo una affermazione di apertura apparentemente favorevole alla tesi dell'autonomia dell'azione di risarcimento del danno, il legislatore sembra pertanto voler mitigare la portata dirompente di quanto affermato poco prima.
Come non ha mancato di notare qualche attento commentatore nelle prime analisi del nuovo codice, "la pregiudizialità amministrativa, superata nella forma, riemerge surrettiziamente nella sostanza"[2].
Più brutalmente si è anche detto che "la pregiudiziale amministrativa uscita dalla porta, rientra dalla finestra"[3].
Alla luce di tali considerazioni si intuisce come il tema continui ad essere attuale e quanto l'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul punto fosse atteso.

2. *Il caso oggetto della controversia che ha portato alla pronuncia dell'Adunanza plenaria.*
La vicenda che ha portato i giudici di palazzo Spada a pronunciarsi nuovamente sul rapporto tra azione di annullamento e azione risarcitoria riguarda una controversia che vede opporre la società Rem S.r.l. all'Enel.
La prima risulta appaltatrice di lavori di realizzazione e manutenzione di opere e impianti elettrici per conto dell'Enel. Durante l'esecuzione dei lavori di potenziamento della linea elettrica, previsti dal contratto d'appalto, si era verificato un incidente mortale a danno dei dipendenti della società appaltatrice, in conseguenza del quale l'Enel, alla quale il sinistro risultava addebitabile, aveva deciso di adottare un provvedimento di sospensione degli inviti a gare d'appalto, nell'ambito territoriale di competenza, per un periodo complessivo di nove mesi.
La società Rem S.r.l. nel maggio 2002 decide di adire il giudice ordinario e conviene, pertanto, davanti al tribunale civile di Napoli l'Enel, per ottenere il risarcimento dei danni cagionati dal provvedimento di sospensione che le preclude la partecipazione alle gare d'appalto.
Il giudice civile di primo grado con sentenza dichiara il difetto di giurisdizione, poiché a suo avviso l'oggetto della controversia rientra nella sfera di cognizione del giudice amministrativo.
A fronte di tale sentenza il Fallimento Rem ricorre al T.A.R. della Campania, chiedendo l'annullamento dell'illegittimo provvedimento dell'Enel e il risarcimento dei danni patiti a causa di quest'ultimo.

---

[2] M. CLARICH, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. Le azioni*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 11, 2010, p. 1128.
[3] M.A. SANDULLI, *op. cit.*

Il giudice amministrativo di primo grado però dichiara irricevibile la domanda di annullamento, perché proposta ad oltre due anni di distanza dal fatto, considerando come *dies a quo* la data dell'atto di citazione proposto davanti al Tribunale civile di Napoli.
La domanda risarcitoria, invece, viene respinta sulla base dell'assunto per cui, nonostante la pretesa risarcitoria sia azionabile indipendentemente dalla previa impugnazione dell'atto illegittimo, la mancata reazione al provvedimento lesivo si è tradotta in una sostanziale acquiescenza del danneggiato e pertanto ricorre una condotta omissiva apprezzabile alla stregua dell'art. 1227 c.c.
La sentenza di primo grado viene quindi appellata dal Fallimento Rem S.r.l. davanti al Consiglio di Stato per ottenerne la riforma. Nel ricorso la società appellante sostiene che, con riguardo ad una controversia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non operi il regime decadenziale proprio della giurisdizione di legittimità. Si sottolinea inoltre che le oscillazioni giurisprudenziali degli ultimi anni in ordine al riparto della giurisdizione giustificherebbero l'applicazione dell'istituto dell'errore scusabile, non riconosciuto invece dal giudice amministrativo di *prime cure*.
Nell'atto di appello il ricorrente contesta anche l'impostazione secondo la quale la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo costituirebbe un fattore ostativo alla favorevole valutazione della domanda risarcitoria.
La VI sezione del Consiglio di Stato, ribadita la giurisdizione del giudice amministrativo e confermata la statuizione di irricevibilità dell'azione di annullamento proposta in primo grado, decide, in relazione alla domanda risarcitoria, di rimettere la questione alla Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 45, co. 2, r.d. n. 1054/1924 (ora art. 99 cod. proc. amm.), ritenendo sussistente un contrasto giurisprudenziale sulla questione di diritto di particolare importanza, relativa ai rapporti tra la domanda di annullamento e la pretesa risarcitoria.

3. *Le posizioni antitetiche della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato.*
Il punto di partenza, da cui prende le mosse la decisione in commento, è la celebre sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione che ha riconosciuto, per la prima volta nel nostro ordinamento, in via generale l'ammissibilità della tutela risarcitoria degli interessi legittimi.
L'Adunanza Plenaria richiama poi l'attribuzione delle vertenze risarcitorie per lesione di interessi legittimi alla giurisdizione amministrativa operata con la legge n. 205/2000 e le celebri sentenze n. 204/2004 e 191/2006 della Corte Costituzionale, che qualificano la tutela risarcitoria come "strumento di tutela ulteriore rispetto a

quello classico demolitorio" e non come una "nuova materia" attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.
Come è noto, una volta divenuta pacifica la risarcibilità degli interessi legittimi in caso di lesione, si è aperto subito un vivace dibattito, tra le due supreme magistrature del nostro paese, relativamente alle condizioni processuali e sostanziali per accedere alla tutela risarcitoria di tali posizioni soggettive.
L'Adunanza plenaria, nella sentenza in esame, richiama preliminarmente la tesi dell'autonomia delle due azioni, sposata sin dall'origine dalla Cassazione, in particolare nelle due ordinanze gemelle nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006. In quell'occasione la Suprema Corte, nel suo ruolo di arbitro della giurisdizione, aveva sostenuto che la domanda risarcitoria poteva essere proposta innanzi al giudice amministrativo indipendentemente dalla previa domanda di annullamento del provvedimento lesivo. La Cassazione era andata anche oltre, affermando che una pronuncia di inammissibilità della domanda di risarcimento del danno, fondata esclusivamente sulla mancata previa impugnazione dell'atto, avrebbe integrato un'ipotesi di diniego della giurisdizione sindacabile da parte della stessa Cassazione ai sensi degli artt. 360, co. 1, n. 1 e 362 c.p.c.
La decisione in commento, dopo aver richiamato la tesi della Cassazione, riprende l'opposta posizione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, espressa in particolare nella decisione n. 12 del 22 ottobre 2007. In quella pronuncia, infatti, il massimo organo della giurisdizione amministrativa ha chiaramente ribadito il "principio della pregiudizialità della domanda di annullamento rispetto alla tutela risarcitoria", facendo leva principalmente sulla natura impugnatoria del processo amministrativo, sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, il quale si consolida in caso di mancata impugnazione, oltre che sui limiti del potere regolatore della Corte di Cassazione[4].
Su tali argomentazioni poggia e continua a reggersi la pregiudiziale amministrativa e la conseguenza sul piano processuale è la pronuncia di inammissibilità della domanda risarcitoria non accompagnata, o preceduta, dalla coltivazione del rimedio impugnatorio entro il termine di decadenza di sessanta giorni.
La distanza tra le posizioni delle due supreme magistrature, come si può facilmente notare, rimane siderale.

[4] Si richiama a tal proposito la sentenza della Consulta n. 77/2007, che ha ricordato come la Suprema Corte "con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione"

4. *La soluzione accolta dal codice del processo amministrativo nella lettura dell'Adunanza plenaria.*

Come noto, su questo scenario di forte contrapposizione tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato è recentemente intervenuto il legislatore con l'adozione del codice del processo amministrativo, nel quale si è affrontato lo scottante tema del rapporto tra l'azione di annullamento del provvedimento amministrativo e l'azione risarcitoria.

In particolare, con l'art. 30 del codice si è stabilito che l'azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta anche in via autonoma (primo comma) entro il termine di decadenza di 120 giorni, decorrente dal giorno in cui si è verificato il fatto lesivo ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo (terzo comma).

Tale disposizione deve essere letta in combinato con l'art. 7 co. 4 del codice, che prevede la possibilità di introdurre in via autonoma le domande per il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e quelle relative agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

Sulla base di tali norme la tutela risarcitoria appare "affrancata", sul piano processuale, dal rimedio impugnatorio.

A conferma di questo nuovo assetto tra gli interessi in campo la sentenza in commento richiama l'art. 34 co. 2 del codice, nella parte in cui considera "il giudizio risarcitorio quale eccezione al generale divieto, per il giudice amministrativo, di conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento"; richiama altresì il comma terzo della stessa disposizione, che ammette l'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai soli fini risarcitori, quando la pronuncia di annullamento non rappresenti più un'utilità per il ricorrente.

Da questo ordito di norme, l'Adunanza plenaria ricava inequivocabilmente la "reciproca autonomia processuale" tra le due forme di tutela. Il rimedio risarcitorio perde quindi il carattere della "ancillarità" rispetto al modello caducatorio, prima predominante nell'ambito del giudizio amministrativo.

Con il riconoscimento dell'autonomia tra le due forme di tutela giunge a compimento quel lungo percorso evolutivo iniziato con la sent. Cass. S. U. n. 500/1999, e proseguito dal legislatore e dalla stessa giurisprudenza nell'ultimo decennio. Il risultato finale è una migliore attuazione dei principi costituzionali e comunitari della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oggi richiamati espressamente dall'art. 1 del codice del processo amministrativo.

L'impostazione codicistica ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo strumento demolitorio, ampliando il ventaglio delle azioni esperibili dinnanzi al giudice amministrativo e aprendo la strada a pronunce

non solo costitutive, ma anche dichiarative e di condanna idonee a soddisfare concretamente la pretesa fatta valere in giudizio.

L'Adunanza plenaria, con una fuga in avanti, ritiene acquisita, sulla base del principio della pluralità delle azione esperibili innanzi al giudice amministrativo, la trasformazione ontologica del processo amministrativo da "giudizio sull'atto", volto a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati con il ricorso e con la possibilità di rinnovazione del potere amministrativo, a "giudizio sul rapporto regolato dallo stesso atto", teso a verificare la fondatezza della pretesa fatta valere.

Tale presa di posizione, come anticipato, appare, a parere dello scrivente, persino eccessiva considerata la formulazione finale del codice amministrativo in tema di azioni, che ha rappresentato, a detta di numerosi commentatori, uno dei profili più deludenti dell'opera di codificazione. Non avendo il codice previsto in via generale un'azione di accertamento, ancora oggi l'azione di annullamento rimane la principale azione del nostro processo amministrativo. Di conseguenza, ritenere oramai pienamente acquisita la costruzione del processo amministrativo come giudizio sul rapporto, come mostra di voler fare il Consiglio di Stato, pare una forzatura del dato letterale.

E' certamente innegabile che la direttrice seguita dal nostro legislatore vada in quella direzione, ma il risultato finale non può dirsi pienamente raggiunto, data le condizioni gravose a cui il codice del processo amministrativo assoggetta l'azione autonoma di risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo.

La sentenza in commento non manca poi di sottolineare la valenza prettamente sostanziale dell'interesse legittimo, ribadendo la sua stretta correlazione con il bene della vita sottostante, che gioca un ruolo fondamentale nella struttura di tale situazione soggettiva. E' quindi oramai acquisita la concezione sostanziale dell'interesse legittimo e, di qui in avanti, possono considerarsi definitivamente superate le tesi che lo vogliono ridurre a mera posizione processuale.

Secondo il Consiglio di Stato, coerente con tale impostazione è l'opzione legislativa a favore di tecniche di tutela e forme di protezione che non si limitano all'eliminazione del provvedimento lesivo, ma mirano ad una "soddisfazione completa della pretesa sostanziale".

La scelta operata dal legislatore con l'art. 30 del codice, nel senso dell'autonoma proponibilità della domanda risarcitoria, altro non è che una conseguenza logica e necessaria delle considerazioni sopra ricordate.

Dunque, la soluzione proposta dal codice è chiara, sul piano processuale, nel negare la sussistenza di una pregiudizialità di rito che, andando a limitare in modo indiscriminato l'accesso alla tutela giurisdizionale, incontrerebbe problemi di legittimità costituzionale e comunitaria.

Il problema riemerge però sul versante sostanziale, nel momento in cui viene valutata la "rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione" come fatto idoneo ad escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale ipotetico, si sarebbero potuti evitare ricorrendo agli strumenti di tutela giurisdizionale e giustiziale previsti dall'ordinamento giuridico.

La formulazione dell'art. 30 co. 3 del codice riecheggia chiaramente, per i giudici di palazzo Spada, l'art. 1227 co. 2 c.c., nella parte in cui prevede che il mancato ricorso agli strumenti di tutela previsti costituisce un comportamento valutabile, alla stregua dei principi di buona fede e solidarietà, ai fini dell'esclusione o della riduzione del danno risarcibile.

Una volta rilevata questa connessione con la norma del codice civile, l'Adunanza plenaria effettua una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità.

Riconoscendo a tali principi valenza generale, il Consiglio di Stato afferma che l'art. 30 co. 3 del codice del processo amministrativo pone la regola secondo cui "la tenuta da parte del danneggiato, di una condotta attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede e al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa, recide, in tutto o in parte, il nesso causale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili".

L'omessa o tardiva impugnazione del provvedimento lesivo assume quindi rilevanza sul versante del diritto sostanziale, nello specifico va ad incidere sul piano del nesso causale che lega l'azione/omissione all'evento-danno. Il ricorso agli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento è il comportamento esigibile alla stregua giuridico dei parametri di buona fede e diligenza, perché idoneo a evitare il consolidamento degli effetti dannosi del provvedimento lesivo e, in definitiva, a mitigare il danno.

L'Adunanza plenaria tiene a specificare che la locuzione "mezzi di tutela previsti dall'ordinamento" ricomprende non solo il ricorso giurisdizionale volto all'annullamento del provvedimento, ma anche altri rimedi di carattere giustiziale quali i ricorsi amministrativi, in quanto idonei ad evitare il danno, nonché gli atti di iniziativa volti a stimolare l'intervento dell'Amministrazione in via di autotutela (la sentenza a tal proposito ricorda la figura della c.d. lettera d'invito).

Va subito registrato che in realtà la Suprema Corte, in tema di concorso di colpa del danneggiato, ha sempre sostenuto che "l'ordinaria diligenza richiesta al creditore, per evitare i danni conseguenti all'inadempimento del debitore, non comprende

l'esplicazione di attività gravose o straordinarie quali promuovere un'azione giudiziale o dar corso a una procedura esecutiva"[5].

Anche l'interpretazione più recente dell'art. 1227 c.c., formulata dalla Cassazione, è in linea con questo orientamento ed esclude che "l'obbligo di diligenza gravante sul creditore imponga il compimento di attività tali da comportare sacrifici, esborsi, o assunzione di rischi, quale può essere l'esperimento di una azione giudiziaria...che rappresenta esplicazione di una mera facoltà dall'esito non certo[6]".

Imporre un obbligo così gravoso a carico del danneggiato significherebbe andare infatti ben oltre il limite dell'apprezzabile sacrificio.

Non si comprende quindi perché la funzione nomofilattica svolta dalla Cassazione, che per oltre un secolo ha impedito l'accesso alla tutela risarcitoria nel caso di lesione di interesse legittimi a causa di una lettura restrittiva del danno ingiusto ex art. 2043 del codice civile, non dovrebbe parimenti vincolare gli interpreti anche sotto il profilo del concorso di colpa del danneggiato, disciplinato dall'art. 1227 del codice civile.

Non è chiaro in base a quale argomento giuridico il Consiglio di Stato possa discostarsi dall'interpretazione "autentica" dell'art. 1227 c.c offerta dalla Corte di cassazione. Evidentemente, su questo punto la decisione dell'Adunanza plenaria compie una forzatura dettata, con tutta probabilità, dalla necessità di salvaguardare in qualche modo i principi di continuità dell'azione amministrativa e di stabilità dei rapporti pubblicistici.

Secondo l'Adunanza plenaria, invece, la soluzione adottata dal legislatore con l'art. 30 del cod. proc. amm. comporta la non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con il ricorso ai mezzi di tutela messi a disposizione dall'ordinamento giuridico, quale logico sviluppo dei principi elaborati dalla giurisprudenza in relazione all'art. 1227 c.c.

Tale norma prevede un giudizio di c.d. causalità ipotetica, in forza del quale non deve essere risarcito il danno che il creditore avrebbe evitato se si fosse comportato secondo diligenza e correttezza. Il Consiglio di Stato ricorda come la giurisprudenza civile, rifacendosi alle clausole generali di buona fede e correttezza e più in generale al principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 Cost., ritiene che il creditore non è tenuto solo ad astenersi dall'aggravare il danno, ma anche a tenere una condotta, ritenuta esigibile alla stregua dell'ordinamento giuridico, utile ad evitare o quantomeno ridurre il danno, con il limite dell'apprezzabile sacrificio, non potendo

[5] Cass. Civ., sez. I, 14/01/1992, n. 320; nello stesso senso Cass civ.,sez. III, 31/07/2002, n. 11364.
[6] Cass. Civ., sez. I, 05/05/2010, n. 10895.

l'ordinamento giuridico spingersi fino al punto di mettere a repentaglio rilevanti interessi personali e patrimoniali del danneggiato.
L'Adunanza plenaria si chiede allora se, nell'ambito dei comportamenti esigibili ex art. 1227 co. 2 c.c., rientri anche l'esperimento dell'azione di annullamento entro il termine decadenziale, tutte le volte in cui il ricorso a tale forma di tutela è idonea ad evitare o ridurre il danno.
Se l'orientamento giurisprudenziale prevalente dà una risposta negativa a tale quesito, nella decisione in esame i giudici di palazzo Spada rimettono in discussione tale orientamento e decidono di rivisitare "il principio dell'inesigibilità *ex bona fide* di condotte processuali".
Secondo la Plenaria, la stessa Corte di Cassazione negli ultimi anni si è mostrata propensa a sanzionare le "condotte processualmente scorrette" facendo ricorso alla clausola della buona fede e in particolare al divieto dell'abuso del diritto. In particolare, nella sentenza Cass. S.U. n. 23726 del 15 novembre 2007 si è sancita la vigenza nel nostro ordinamento del principio generale del "divieto di abuso di ogni posizione soggettiva", che riguarda non solo le condotte sostanziali, ma anche "i comportamenti processuali di esercizio del diritto".
Il richiamo operato dai giudici del Consiglio di Stato pare però improprio, tenuto conto che la Cassazione in quell'occasione aveva configurato come "abuso del processo" una specifica condotta processuale: "il frazionamento giudiziale di un credito unitario". Il ragionamento svolto dalla Plenaria pare ultroneo e discutibile, essendo fondato su un'interpretazione a dir poco evolutiva della giurisprudenza della Cassazione.
La Suprema Corte in tema di rapporto obbligatorio sostiene che il divieto di tenere condotte contrarie a buon fede ha un ancoraggio costituzionale nell'art. 2 Cost. e riguarda non solo i comportamenti sostanziali ma anche quelli processuali. Tale assunto, secondo lo scrivente, può essere condiviso in via di principio, ma non bisogna dimenticare che secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato si pone a carico del ricorrente un'obbligo assai gravoso: quello di esperire un'azione giudiziaria o comunque di instaurare un procedimento di contenzioso amministrativo.
Il tenore dell'art. 1227 c.c. e la giurisprudenza civile sul punto, come già ricordato, ad oggi non sembrano legittimare questa soluzione.
Secondo la sentenza in commento invece, in base al principio costituzionale di solidarietà, anche "scelte processuali di tipo omissivo possono costituire comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno" se si prova, ricorrendo al giudizio di causalità ipotetica, che le mancate condotte

attive, salvo sempre il limite dell'apprezzabile sacrificio, avrebbero influito sull'area del danno.

L'Adunanza plenaria, facendo applicazione di tale principio, ritiene che il ricorso al rimedio impugnatorio, previsto dall'ordinamento per reagire a fronte di un provvedimento illegittimo, in quanto idoneo a rimuovere la fonte del danno, integri una condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione sancito specificatamente dal codice civile, ma che si deve ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico.

I giudici di palazzo Spada, però, non spiegano in modo adeguato perché la scelta del creditore di chiedere solo il risarcimento per equivalente, nel caso di comportamento illegittimo della pubblica amministrazione, vada ricondotta nell'alveo delle scelte opportunistiche da sanzionare con la perdita o riduzione del danno ovvero dell'abuso del diritto.

Il Consiglio di Stato richiama, a sostegno dell'autonomia dello strumento risarcitorio, quale mezzo idoneo a tutelare adeguatamente la pretesa azionata anche in caso di preclusione della tutela di annullamento, la sentenza n. 49 dell' 11 febbraio 2011 della Corte Costituzionale in materia di ordinamento sportivo, nella quale si è affermato che "la mancata praticabilità della tutela impugnatoria non toglie che le situazioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo siano adeguatamente tutelabili innanzi al giudice amministrativo mediante la tutela risarcitoria".

Corollario di tale impostazione è il superamento dello schema tradizionale di tutela, dove in presenza di un vizio di legittimità, l'annullamento del provvedimento viziato era considerato l'unico rimedio, a favore di un "sistema di tutela duttile" che permette un accertamento dell'illegittimità ai soli fini risarcitori.

L'Adunanza plenaria ricorda come la soluzione di superare la pregiudiziale processuale, adottata dal codice, sia in linea con la recente giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato[7] che, in tema di rapporto tra azione risarcitoria e azione di annullamento, ha mutato il proprio orientamento, accogliendo l'impostazione in base alla quale il mancato ricorso alla tutela costitutiva non determina l'inammissibilità dell'*actio damni,* ma incide sulla fondatezza della domanda di risarcimento del danno.

Una volta assodato che la pregiudiziale opera solo sul piano sostanziale, il profilo interessato non è più quello del danno ingiusto, ma quello della causalità. E' su

[7] CdS, sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; sez. V, 3 febbraio 2009, n. 578; sez. VI, 21 aprile 2009, n. 24363; sez. V, 3 novembre 2010, n. 7766.

quest'ultimo elemento infatti che opera il mancato ricorso alle tecniche di tutela previste dall'ordinamento.

Valutare l'omessa impugnazione del provvedimento come elemento per stabilire la fondatezza o infondatezza della pretesa risarcitoria permette di tenere comunque in considerazione le esigenze della "stabilità dei rapporti pubblicistici" e di "prevenzione di comportamenti opportunistici"; e, diversamente dalla soluzione della pregiudizialità processuale, ha il pregio di non limitare l'accesso alla tutela giurisdizionale, che si esporrebbe alle censure della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.

L'autonomia processuale tra le due forme di tutela non è però assoluta, essendo temperata dalla "dipendenza sostanziale del rimedio risarcitorio rispetto a quello impugnatorio".

Inoltre, per i giudici di palazzo Spada la tecnica della tutela costitutiva, se si eccettua la previsione del termine di decadenza, non comporta oneri superiori rispetto a quella risarcitoria, ma anzi si presenta più "semplice", essendo sufficiente il riscontro di un vizio di legittimità e non necessaria la prova di ulteriori elementi quali ad esempio quelli soggettivi.

In queste parole emerge la "reale" intenzione dell'Adunanza plenaria: l'opzione favorevole alla tutela di annullamento, che viene fortemente caldeggiata.

Non bisogna dimenticare che nella stessa direzione va anche l'art. 30 co. 5, nella parte in cui consente di presentare la domanda risarcitoria nel corso del giudizio impugnatorio e fino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il relativo giudizio. In questa disposizione non può non leggersi un chiaro invito alla previa coltivazione del giudizio di annullamento.

Secondo la Plenaria la scelta di non reagire al provvedimento illegittimo, instaurando un giudizio impugnatorio, che anche grazie alle ampie e tempestive misure cautelari ottenibili, avrebbe presumibilmente quantomeno mitigato il danno, integra una "violazione dell'obbligo di cooperazione", con la conseguenza che il nesso causale risulta spezzato e il risarcimento escluso. Il comportamento omissivo si risolve in una condotta opportunistica, che viola la buona fede ed il principio di auto-responsabilità.

Non si può giungere alla stessa conclusione, invece, qualora la scelta di non avvalersi del rimedio impugnatorio discenda da una ragionevole motivazione, non sussistendo l'interesse all'annullamento o non essendo suscettibile di soddisfazione.

A tal proposito l'Adunanza plenaria richiama le ipotesi del provvedimento immediatamente eseguito che determina una modificazione irreversibile, i casi in cui i tempi processuali non consentono di coltivare efficientemente la tutela ripristinatoria e da ultimo le ipotesi in cui la tutela costitutiva non è in grado di

garantire il conseguimento del bene della vita sperato. Nella valutazione dell'Adunanza plenaria, il mancato esperimento dell'azione impugnatoria, come anche l'omesso ricorso ad altri strumenti di tutela, quali i ricorsi amministrativi e le iniziative volte a provocare un intervento dell'Amministrazione in via d'autotutela, va tenuto in considerazione nell'apprezzamento della condotta complessiva della parte, al fine di stabilirne l'incidenza eziologica.

Per rafforzare l'impostazione favorevole alla sussistenza, nel nostro ordinamento, di un obbligo di attivazione processuale l'Adunanza Plenaria richiama anche l' art. 124 del cod. proc. amm. e l'art. 243 *bis* del codice dei contratti pubblici. La *ratio* sottesa a queste due norme è la stessa: un' omessa condotta processuale nel primo caso, o l'omessa iniziativa esigibile alla stregua dell'ordinamento nel secondo, sono valutabili dal giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c.

In realtà queste due disposizioni, cui ora va ad affiancarsi l'art. 30 co. 3 cod. proc. amm., non rappresentano validi argomenti giuridici a sostegno della tesi del concorso di colpa del danneggiato per mancata impugnazione del provvedimento, ma dimostrano solo come il nostro legislatore abbia formalmente respinto il modello della pregiudizialità processuale della domanda di annullamento rispetto a quella risarcitoria, ottenendo sostanzialmente questo risultato nell'attribuire rilevanza causale al mancato ricorso ai mezzi di tutela idonei ad impedire la consolidazione degli effetti dannosi. In pratica, si è spostato il punto d'appoggio dell'impalcatura logica a sostegno della pregiudizialità necessaria, ma l'effetto finale è rimasto invariato.

L'Adunanza plenaria sfrutta fino in fondo, a proprio vantaggio, l'ambiguità contenuta nel disposto legislativo. Non va dimenticato, del resto, che la redazione del testo del codice del processo amministrativo è in gran parte riconducibile all'opera del Consiglio di Stato.

Nel bilanciamento tra il principio della certezza del diritto, di cui è espressione la previsione del termine decadenziale per impugnare il provvedimento amministrativo, e il principio della completezza ed effettività della tutela, per la cui massima esplicazione è necessaria un agevole accesso alla tutela risarcitoria, il codice, a detta dell'Adunanza plenaria, ha raggiunto "un punto di equilibrio capace di superare i contrasti ermeneutici registratisi tra le due giurisdizioni negli ultimi anni". In realtà il codice non rinnega completamente il meccanismo della pregiudizialità, ma cambia il piano su cui opera: da quello processuale a quello sostanziale.

L'omessa reazione al provvedimento lesivo cessa di rappresentare un "sbarramento di rito aprioristico", che conduce ad una pronuncia di inammissibilità, e diventa un dato concreto da valutare, nel quadro del complessivo comportamento delle parti,

per escludere il risarcimento dei danni evitabili tramite il ricorso ai mezzi di tutela previsti. Il mancato ricorso alle tecniche di tutela viene configurato come un comportamento non corrispondente al parametro di diligenza processuale esigibile.
Sulla base di tale impostazione cambia il tipo di pronuncia nel caso di domanda risarcitoria non preceduta dalla coltivazione del rimedio impugnatorio: da secca pronuncia di inammissibilità a possibile pronuncia di rigetto nel merito. L'omessa impugnazione del provvedimento da motivo di inammissibilità del ricorso diventa causa di infondatezza dello stesso.
La più importante ricaduta di tale mutamento di prospettiva sarà, con tutta probabilità, l'impossibilità per le Sezioni Unite della Corte di Cassazione di sindacare, *ex* art. 111 co. 8 Cost., le sentenze che negheranno il risarcimento per il mancato ricorso alla tutela impugnatoria, non potendo la Suprema Corte sindacare il merito ma solo conoscere delle questioni di giurisdizione.
Per quanto concerne la previsione da parte del legislatore di uno specifico termine decadenziale pari a 120 giorni per l'esperimento dell'azione di risarcimento del danno, l'Adunanza plenaria sostiene che altro non è se non una conferma dell'"autonomia funzionale tra le due forme di tutela".
La previsione di uno specifico termine decadenziale per l'esperimento dell'*actio damni* risponde all'esigenza di salvaguardare il principio di certezza del diritto e di continuità dell'azione amministrativa.
Non va sottaciuto che la scelta di un termine così breve, se rapportato al termine di prescrizione quinquennale presente in ambito civile per esercitare l'azione risarcitoria nel caso di attività provvedimentale illegittima, non è esente da criticità e pare non soddisfare il canone di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.
Per quanto concerne le conseguenze della nuova disciplina sul piano processuale-probatorio, l'Adunanza plenaria ritiene che in forza dei principi già presenti nel quadro precedente, e ora fatti propri dall'art. 30 del codice proc. amm., il giudice amministrativo debba appurare, senza che sia necessaria un'eccezione di parte in tal senso e anche acquisendo d'ufficio gli elementi di prova necessari, se la coltivazione del giudizio impugnatorio o l'esperimento degli altri rimedi previsti avrebbe, sulla base di un giudizio di causalità ipotetica, scongiurato in tutto o in parte il danno.
A tal proposito sono destinate a giocare un ruolo rilevante le presunzioni *ex*. art. 2727 ss. c.c., per stabilire se l'accertamento dell'illegittimità, a cui si è giunti in sede di giudizio risarcitorio, avrebbe portato anche all'annullamento, eliminando quindi la fonte generatrice del danno.
L'Adunanza plenaria tiene poi a sottolineare come l'abbandono della pregiudizialità processuale risponda alle sollecitazioni della Corte di Giustizia, che ha sempre

considerato, nelle sue pronunce, la tutela costitutiva di annullamento e quella risarcitoria due rimedi autonomi, prevedendo allo stesso tempo l'irrisarcibilità dei danni evitabili con la tempestiva impugnazione[8].
Per il Consiglio di Stato il nostro legislatore, con il codice del processo amministrativo, aderendo alla posizione del Giudice comunitario, ha ricondotto il processo amministrativo ai principi del diritto europeo, volti a garantire una tutela piena ed effettiva.
Sulla base delle considerazioni di diritto svolte, i giudici di palazzo Spada ritengono che, nel caso specifico al loro esame, la reazione dell'impresa avverso il provvedimento di sospensione, avvenuta a distanza di due anni davanti al giudice ordinario e poi davanti al tribunale amministrativo regionale, integri una "chiara violazione degli obblighi cooperativi che gravano sul creditore danneggiato".
Il ricorso alle tecniche di tutela giurisdizionali e giustiziali, esigibile dall'ordinamento giuridico *ex bona fide*, avrebbe infatti scongiurato i danni lamentati dall'impresa appellante e per tale ragione l'Adunanza plenaria ha respinto l'appello.

5. *Conclusioni: l'ancora attuale dipendenza funzionale del rimedio risarcitorio da quello impugnatorio.*
Volendo trarre le conclusioni di quanto sin qui rilevato, si può ritenere che la nuova disciplina, per come interpretata dall'Adunanza plenaria nella sentenza in commento, rappresenti un insoddisfacente punto di bilanciamento tra il modello della pregiudiziale processuale, che presentava il grave inconveniente di restringere la tutela del cittadino a fronte dell'attività illegittima della pubblica amministrazione, e il modello della totale autonomia, che al contrario lasciava aperto lo spazio ad azioni opportunistiche dei singoli danneggiati a danno delle casse dello Stato.
Si deve riconoscere che la scelta di optare per un coordinamento delle due forme di tutela a livello sostanziale e di configurare il mancato ricorso agli strumenti previsti, come profilo da valutare nel giudizio risarcitorio ai fini dell'esclusione o mitigazione del danno, garantisce maggiore rispetto dei principi costituzionali ed europei in tema di effettività della tutela giurisdizionale. Allo stesso tempo, questa tecnica consente di salvaguardare alcuni principi ispiratori dell'azione amministrativa, quali la continuità dell'agire pubblico e la certezza del diritto. Non si può negare però che la decisione di ricondurre il tema del mancato ricorso agli strumenti di tutela

[8] Corte Giust. 28 aprile 1971, in causa C-4/69, *Lutticke*; Corte Giust. 2 dicembre 1971, in causa C-5/71, *Actien Zuckerfabrik*; Corte Giust. 4 ottobre 1979, in cause riunite 241, 242, 245-250/78, *DGV-Deutsche Getreivertretung*; Corte Giust. 17 maggio 1990, in causa C-87/89, *Sonito*; Trib primo grado 8 maggio 2001, in causa T-182/99, *Caravelis*

nell'alveo degli elementi da valutare ai fini del risarcimento del danno, non sgombra del tutto il campo dai dubbi avanzati da coloro che rinvengono nella normativa codicistica, sotto traccia, una forma “larvata” di pregiudiziale.
Ritenere che con la sentenza in commento sia stata posta una “pietra tombale” sul tema della pregiudiziale amministrativa sarebbe una valutazione superficiale.
E' innegabile che se formalmente il ricorso allo strumento impugnatorio non si pone più come una pregiudiziale di rito rispetto all'accesso alla tutela risarcitoria, la situazione non muta sostanzialmente dal punto di vista della tutela effettiva offerta al ricorrente nel processo amministrativo.
In altri termini, il rimedio risarcitorio rimane tuttora subordinato alla tutela costitutiva. Per ottenere il risarcimento da attività provvedimentale illegittima è ancora necessario esperire l'azione di annullamento o ricorrere alle altre forme di tutela equipollenti.
Il processo amministrativo appare ancora una volta ancorato al modello impugnatorio diversamente da quanto sostiene l'Adunanza plenaria con toni “trionfalistici”. Né, d’altra parte, questo esito riesce davvero a sorprendere, visto che il Consiglio di Stato risulta il principale “suggeritore” della soluzione legislativa adottata dal codice. Sul punto, non si può sottacere l’antico e mai risolto problema del conflitto di interessi che caratterizza ontologicamente il Consiglio di Stato, il quale è al tempo stesso consulente giuridico del legislatore, interprete ultimo delle leggi ordinarie che disciplinano i rapporti tra amministrazione e privati, giudice della legittimità dei provvedimenti che scaturiscono da tale ordito normativo.
Pare invece corretta ed apprezzabile la scelta di considerare la locuzione “strumenti di tutela previsti dall'ordinamento giuridico” di cui all'art. 30 cod. proc. amm. come comprensiva, non solo del più frequente strumento giurisdizionale di impugnazione, ma anche dei ricorsi in via amministrativa e delle iniziative volte a provocare l'intervento dell'Amministrazione in via di autotutela. In tal modo viene infatti garantito il rispetto della specificità del diritto amministrativo, che contempla rimedi di diversa natura a fronte dell'esercizio illegittimo del potere.
Complessivamente la soluzione adottata da giudici di palazzo Spada rappresenta un timido e insufficiente passo avanti nella direzione di una tutela più completa ed effettiva dell'interesse legittimo, coerente con la sua acclarata natura sostanziale, che lascia tuttora aperto un sensibile divario rispetto ai diritti soggettivi. Basti considerare il termine di centoventi giorni previsto dal codice per esperire l'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo.
In un modello processuale amministrativo, che vuole assicurare una tutela effettiva alle posizioni giuridiche soggettive secondo gli “standard” del diritto europeo, il rimedio risarcitorio e quello impugnatorio devono infatti avere la massima

autonomia operativa[9]. La lettura dell'Adunanza plenaria del dato codicistico in tema di rapporti tra tutela costitutiva e tutela risarcitoria non permette ad oggi di ritenere pienamente soddisfatta tale condizione.

SCARICA IL TESTO DELLA SENTENZA C.D.S., AD. PLEN. N. 3/2011

[9] "In forza del principio di effettività della tutela giurisdizionale che trova riconoscimento anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo Stato membro, una volta introdotta l'azione di risarcimento del danno, è tenuto a rendere il suo esercizio non disagevole" (T.A.R. Marche sent. 23 febbraio 2004 n. 67).