# 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).

di DANIELA GIANNUZZI

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Due tesi a confronto: quando gli opposti non si attraggono. 3. Gli argomenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ….. … 4. ...e quelli delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. 5. La saga continua: la rimessione alla Plenaria in occasione della richiesta di risarcimento danni per esclusione dalle gare di appalto. 6. Ipotesi di concordato.

*1. Premessa.*

Il tema della pregiudizialità[1] assume, nel processo amministrativo, caratteri affatto peculiari.

Se nel processo civile esso si atteggia a fattispecie "sostanziale" e risponde all'esigenza di delimitare i confini oggettivi della cosa giudicata e di garantire l'armonizzazione delle decisioni[2], nel diritto amministrativo, invece, l'elaborazione giurisprudenziale ha assegnato al principio una portata più che altro "processuale", quasi a farne una azione di regolamento di confini tra la giurisdizione civile e quella amministrativa.

Quali le ragioni di tale differente impostazione?

Autorevole dottrina[3] ritiene siano stati due i fattori che hanno giocato un ruolo fondamentale: uno, il carattere demolitorio tradizionalmente assegnato al processo amministrativo e, l'altro, l'annosa resistenza della giurisprudenza amministrativa a riconoscere tutela risarcitoria agli interessi legittimi, prima della storica sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n. 500.

Per un verso, infatti, sino ad un recente passato, l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo è stato considerato passaggio indispensabile per la reintegrazione dell'unica posizione giuridica per tradizione considerata risarcibile, cioè il diritto soggettivo; per l'altro, dopo aver aperto la strada anche al risarcimento degli interessi legittimi, la giurisprudenza ha cercato di limitare per

[1] Il tema della pregiudiziale amministrativa si risolve, in pratica, nel tentativo di fornire risposta al seguente interrogativo: è indispensabile, per poter chiedere il risarcimento del danno innanzi al G.A., aver prima esperito l'azione di annullamento dell'atto amministrativo, o vi è invece spazio per la proposizione, innanzi al G.A., di autonome domande risarcitorie?

[2] Per dirla con G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1947, 339, si ha pregiudizialità quando il giudice "*prima di affrontare e decidere la questione finale o principale, che dir si voglia, della causa (….) si trova di fronte ad una serie più o meno lunga di punti che sono l'antecedente logico della questione finale*".

[3] G. D. COMPORTI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.,* 2005, II, p. 281 ss.

altra via gli effetti dirompenti del riconoscimento di una azione di danni, "*facendo quadrato attorno all'azione di annullamento"*[4]*.*

Quel che si vuol dire è che, a partire dalla legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E[5], l'elemento costitutivo dell'illecito amministrativo è stato individuato nell'atto amministrativo illegittimo: di qui la conseguenza che non sia ammissibile "*che possa essere ordinato un risarcimento dei danni senza nulla indagare né statuire intorno alla legittimità e giustizia dell'atto che li cagionava*"[6] .

Sotto un diverso profilo, anche il difficile rapporto tra diritti soggettivi ed interessi legittimi ha condizionato l'interpretazione tradizionalmente fornita, dalla giurisprudenza amministrativa, al problema della pregiudizialità: ove, in ossequio alla teoria dell'affievolimento, si ritenga che il provvedimento degradi il diritto in interesse, e se all'interesse non vada riconosciuta tutela risarcitoria, sarà d'obbligo richiedere, per consentire che il diritto si riespanda e la posizione soggettiva sia risarcibile, che il provvedimento sia previamente annullato.

Ma se questa è, veramente, la genesi del problema della pregiudizialità, anticipando le conclusioni deve dirsi che, forse, è arrivato il momento di pensare al suo superamento.

Il tema della pregiudizialità non è, come si vedrà, un tema neutro. Il suo esame richiede, necessariamente, una scelta di campo.

A fronte dei continui cambiamenti che, da vent'anni a questa parte, scompigliano le carte del diritto amministrativo, l'impressione di chi scrive è, allora, che la pregiudiziale amministrativa sia un ultimo, nostalgico quanto vano tentativo, di fare barriera contro il nuovo che avanza.

*2. Due tesi a confronto: quando gli opposti non si attraggono.*

Come si è accennato sin qui, il nodo della questione risiede nel rapporto che intercorre tra l'azione di annullamento dell'atto illegittimo e l'azione di risarcimento dei danni che dall'atto stesso derivino.

Il problema, come spesso accade, non è solo teorico: l'azione di annullamento soggiace a un termine decadenziale breve, mentre per l'azione risarcitoria è previsto un termine prescrizionale lungo.

Il rischio, nel caso si accolga la tesi dell'autonomia delle due azioni, è quello di una elusione dei termini di decadenza e di un *vulnus* al principio di certezza del diritto[7],

---

[4] L'espressione è ancora di G. D. COMPORTI, *Amministrazione e cittadino*, in *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni*, a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TOSSONE, Torino, 2004, p. 42-49.

[5] Rubricata come "Legge sul contenzioso amministrativo", questa legge è comunemente nota come L.A.C., abbreviazione che sta per Legge Abolitrice del Contenzioso.

[6] L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura civile*, vol. I, Milano, s.d., p. 216.

[7] La giurisprudenza amministrativa ha sempre connesso strettamente il termine breve di decadenza di 60 giorni, stabilito dall'art. 21 Legge T.A.R. (legge 6 dicembre 1971, n. 1034) per l'impugnazione del provvedimento amministrativo, con la salvaguardia delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Sul punto, cfr. nota 9.

posto che l'amministrazione è esposta, per un tempo assai lungo, ad un'azione di risarcimento dei danni a fronte di un atto, pur illegittimo, nei confronti del quale non è stata però proposta, nel termine di decadenza, alcuna censura.
D'altro canto, a porre la questione in termini di pregiudizialità, si ottiene l'effetto di far gravare sul privato l'onere di impugnare l'atto[8], nel termine breve di decadenza, anche ove egli non abbia interesse alcuno alla rimozione del provvedimento dal mondo giuridico, ma sia esclusivamente interessato alla riparazione patrimoniale del danno subìto.
Prima di passare in rassegna, nel dettaglio, le ragioni a sostegno dell'una e dell'altra opzione, ma soprattutto i problemi applicativi che ne derivano, giova in primo luogo premettere che, come immaginabile, la giurisprudenza amministrativa si schiera, quasi all'unanimità, a favore della tesi della pregiudizialità e della conseguente inammissibilità di una azione di risarcimento che non sia preceduta da una azione di annullamento.
Il principale argomento utilizzato per giustificare la persistenza di un onere di previa impugnazione dell'atto illegittimo è quello che fa leva sulla necessità di evitare una elusione del termine di decadenza di 60 giorni, previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi.
L'adesione ad una diversa opzione interpretativa, si sostiene, consente al privato che non abbia impugnato nei termini il provvedimento, la cui esistenza si è quindi consolidata nel mondo giuridico, di fruire di una rimessione in termini attraverso il sindacato che, sull'atto stesso, viene operato nel corso del giudizio risarcitorio.
Inoltre, si osserva come l'impossibilità, per il giudice amministrativo, di disporre di un potere generale di disapplicazione del provvedimento, analogo a quello riconosciuto al G.O. dagli artt. 4 e 5 L.A.C., comporta che il G.A. possa sindacare l'atto amministrativo solo in via principale.
Ciò in quanto al giudice amministrativo, che è giudice del provvedimento, non sarebbe demandato il compito di conoscere dell'atto solo *incidenter tantum* e senza valore di giudicato ma quello di fare, della legittimità dell'atto stesso, il fulcro della propria valutazione[9]. Unica eccezione al principio sarebbe costituita dalla disapplicazione c.d. regolamentare, tendenzialmente ammessa[10], con la quale si consente al G.A., facendo applicazione del principio di gerarchia delle fonti e del

[8] Si ricordi che il danno da risarcire può derivare anche non dalla illegittimità di un atto ma da un comportamento non attizio della P.A.
[9] L'argomento è efficacemente espresso in Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, ove si legge: "*l'assenza di un potere di disapplicazione in capo al G.A., che può solo conoscere in via principale gli atti amministrativi di natura regolamentare e non anche disapplicarli, non costituisce argomento di carattere puramente processuale, ma assume una valenza sostanziale, in quanto è strettamente collegato con il principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi*".
[10] Ma è stata sostenuta anche la tesi contraria, in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. ed all'assenza di una norma che riconosca al G.A. un generale potere di disapplicazione.

brocardo *iura novit curia*, di disapplicare i regolamenti contrastanti con le fonti normative sovraordinate.

Le osservazioni esposte, per vero, non convincono pienamente.

In primo luogo, perché equiparare il potere di disapplicazione con il sindacato che il G.A. compie sull'atto illegittimo, allorché decide sulla domanda di risarcimento, significa giustappore elementi disomogenei. Ed infatti, mentre la disapplicazione dell'atto comporta che il medesimo sia considerato *tamquam non esset*, al contrario la valutazione operata dal G.A., al fine di disporre il risarcimento dei danni che sono derivati dall'atto illegittimo, proprio su tale atto si fonda, pur restando una valutazione incidentale.

Inoltre, nel giudizio risarcitorio l'atto è sì esaminato, ma non ne viene posta in dubbio la permanenza in vita, pur se sulla sua illegittimità viene fondato il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. E questo con buona pace del rischio di elusione dei termini decadenziali di cui si è detto dianzi.

Sembra quasi che, pur inalberando il vessillo di astratte esigenze di tutela della certezza dei rapporti giuridici pubblici, la giurisprudenza amministrativa sia, in realtà, animata dall'ansia di scongiurare rischi assai più concreti che l'elusione dei termini di decadenza.

Soprattutto, pare destare preoccupazione la possibilità di lasciare al privato la scelta tra le due forme di tutela, quella demolitoria e quella risarcitoria, quasi che una tale scelta possa tramutarsi in arbitrio.

Si è parlato, in proposito, di "*dequotazione della funzione di tutela oggettiva tradizionalmente propria della giustizia amministrativa*"[11].

Per un verso, superando la pregiudizialità, si farebbero gravare sulla P.A. i costi di danni che sarebbero evitabili attraverso il tempestivo esercizio dell'azione di annullamento; per l'altro, si priverebbe la tutela giurisdizionale amministrativa della funzione che le è propria, cioè quella di garantire la legittimità dell'azione dei pubblici poteri.

Tanto a non voler considerare, si sostiene, i paradossi applicativi che deriverebbero dall'apertura ad una azione risarcitoria autonoma.

Osservano, in particolare, i fautori della pregiudiziale che l'eventuale giudizio autonomo di risarcimento, che si concludesse con una pronuncia di condanna della P.A., lascerebbe all'Amministrazione due possibilità, ambedue foriere di conseguenze negative.

La prima sarebbe rimuovere, in autotutela, l'atto amministrativo giudicato incidentalmente illegittimo dal giudice; la seconda, lasciare inalterato lo *status quo ante* e far leva sulla inoppugnabilità di una atto non impugnato nei termini, ma fonte di obblighi risarcitori.

Nella prima ipotesi, la P.A. sarebbe comunque onerata a tener conto delle ragioni di

[11] DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione Europea*, Trento, 2000, p. 1699.

eventuali controinteressati, che dell'atto illegittimo, ma definitivo, potrebbero giovarsi, in un difficile bilanciamento tra opposte esigenze e nella difficoltà di discostarsi dal *dictum*, pur incidentale, del G.A.
D'altro canto, seguendo la seconda alternativa –che, in ogni caso, non appare conforme né ai principi di legalità dell'*agere* amministrativo né alle più elementari regole di ragionevolezza e buon andamento- la P.A. si espone al rischio di sopportare i costi, onerosi, che derivano dal mantenimento in vita di un atto sostanzialmente censurato in sede giurisdizionale.
Ma, più in generale, a favore della tesi dell'autonomia delle due azioni milita la considerazione che non ha senso imporre al privato la proposizione di un ricorso teso a caducare un atto amministrativo quante volte questi non vi abbia interesse, perché non può più ottenere un provvedimento a lui favorevole o a causa del trascorrere del tempo. Vi sono, cioè, casi in cui la tutela per equivalente resta l'unica azionabile: precluderla significa comprimere irrimediabilmente l'effettività della tutela.

*3. Gli argomenti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato…*
Assai diversa è, però, la strada seguita, sin dal 2003, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.
Con la pronuncia del 26 marzo 2004, n. 4, il Supremo Consesso della Giustizia amministrativa si esprime, senza tentennamenti, a favore della sussistenza di una pregiudizialità tra l'azione di annullamento e quella di risarcimento.
Di tale interpretazione sarebbe conferma la già citata legge n. 205/2000 che, nell'attribuire al G.A., in via generale, cognizione "*anche*" sul risarcimento del danno non porrebbe alcuna distinzione tra giurisdizione esclusiva e giurisdizione ordinaria.
Se in capo al G.A. è concentrata, si afferma, sia la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo che quella risarcitoria conseguente, allora al G.A. non potrà riconoscersi, ai soli fini del giudizio risarcitorio, un accertamento incidentale dell'illegittimità di un atto non impugnato nei termini di decadenza.
Questi, insieme alla inesistenza di un potere generale di disapplicazione di pertinenza del G.A., gli argomenti su cui l'Adunanza Plenaria fonda la convinzione che nel processo amministrativo non possa trovare spazio un'autonoma azione di danni.
Pur se non sono mancate alcune, sporadiche, voci discordi[12], questa interpretazione deve considerarsi pressoché unanime[13].
In una occasione, in particolare, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto necessario

[12] Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822; C.G.A. Regione Siciliana, sez. giur., 18 maggio 2007, n. 386; T.A.R. Lazio, sez. I *quater*, 17 aprile 2007, n. 3315.
[13] Tra le tante, cfr. Ad. Plen., 9 febbraio 2006, n.2; Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2007, n. 3922; Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2590; Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4297; Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2006, n. 4645; T.A.R. Puglia, Lecce, 4 luglio 2006, n. 3710; T.A.R. Palermo, 7 giugno 2007, n. 1629.

affrontare l'argomento in un *obiter dictum*, per sua espressa ammissione non connesso all'oggetto della causa.
La pronuncia cui si fa riferimento è la nota decisione del 22 ottobre 2007, n. 12, nella quale l'Adunanza Plenaria ha ribadito la propria posizione.
La decisione parte dalla affermazione che alla tutela risarcitoria non può che assegnarsi carattere consequenziale ed ulteriore rispetto a quella costitutiva di annullamento.
La funzione del giudizio amministrativo sarebbe, infatti, proprio quella di provvedere alla *restitutio in integrum* della posizione giuridica violata, attraverso l'esercizio dell'azione di annullamento, come dimostra l'art. 35, commi 1, 4 e 5, del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, in particolare nella parte in cui prevede che il G.A. conosce "*anche*" di tutte le questioni relative "*all'eventuale*" risarcimento del danno ed agli altri diritti patrimoniali "*consequenziali*".
L'argomentare della Plenaria si fa, a questo punto, incalzante.
Il Giudicante si richiama al dogma della presunzione di legittimità degli atti amministrativi per affermare che tale carattere viene ulteriormente rafforzato dalla mancata impugnazione dell'atto stesso nei termini. E se l'atto è legittimo, è evidente come dallo stesso non può derivare un danno ingiusto risarcibile. La domanda risarcitoria, pertanto, non può trovare accoglimento, più che per l'esistenza della pregiudiziale, per l'impossibilità di allegare un danno ingiusto.
Seppur formalmente ineccepibile, il ragionamento seguito dal Consiglio di Stato non convince.
E' evidente come, nella pronuncia, si ometta di considerare l'elemento sostanziale derivante dall'illecito.
Soprattutto, è assai poco condivisibile l'affermazione che la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo diverrebbe assoluta a fronte della mancata impugnazione nei termini: una cosa è affermare che un provvedimento illegittimo, che non sia impugnato nei termini, è incontestabile, altra che esso diviene, solo perché inoppugnato, assolutamente legittimo ed inidoneo a produrre danni risarcibili.
Come è stato osservato in dottrina[14], "*da nozione di natura squisitamente processuale, la presunzione di legittimità derivante dalla inoppugnabilità pare essere trasformata, dal Consiglio di Stato, in un elemento sostanziale della fattispecie, acquistando dunque una correlata funzione sostanziale*."
Tanto a non voler, poi, considerare che il provvedimento illegittimo ma inoppugnato può essere annullato d'ufficio in autotutela o disapplicato dal G.O.,

[14] SPEZZATI, *L'Adunanza Plenaria n. 12 del 2007: un ritorno al passato*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2008, II, p. 585.

senza limiti temporali e che la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo non trova fondamento in alcuna norma espressa che la preveda.[15]
Più in radice, si è osservato[16] che l'ammissione della responsabilità civile in capo alla P.A. e la sua qualificazione anche in termini di responsabilità aquiliana, ex art. 2043 c.c., comporta che la "consequenzialità" e la "eventualità" del risarcimento non siano correlati a vicende processuali dell'atto amministrativo ma, piuttosto, alla presenza di tutti gli elementi costitutivi del fatto illecito.
Il giudizio sul risarcimento si incentra, quindi, sull'accertamento della condotta illecita, dell'elemento soggettivo, del nesso di causalità e del danno: in questo quadro, la legittimità del provvedimento è solo uno degli indici rivelatori della condotta, complessivamente illecita, tenuta dalla P.A.

*4. …e quelli delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.*
Come si può facilmente immaginare, se la giurisprudenza amministrativa coltiva la tesi della pregiudizialità tra le azioni, la Corte di Cassazione,al contrario, si schiera con decisione sul versante opposto dell'autonomia.
E' stato pragmaticamente osservato da una autorevole dottrina[17] come il conflitto sembri alimentato "*più che dalla passione per astratte dispute di diritto processuale o dalla ricerca del modo migliore per rendere giustizia, da ben più concrete ragioni connesse alle implicazioni che l'una e l'altra posizione comportano nei reciproci rapporti tra i due Ordini giurisdizionali*".
La prima affermazione del principio di autonomia delle azione si deve, seppure in un *obiter dictum*, alla pronuncia con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione spezzano, una volta per tutte, il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi.
Nella già citata sentenza n. 500/1999, infatti, le Sezioni Unite sovvertono la logica seguita sino a quel momento, affermando, in estrema sintesi: che al danno deve assegnarsi assoluta centralità rispetto alla condotta illecita, estendendo l'area del danno risarcibile; che deve apprestarsi idonea riparazione al danno ingiustamente sofferto dal privato per effetto della condotta illecita della P.A.; che, in tale contesto, non assume rilievo la qualificazione formale della posizione giuridica vantata dal soggetto; che, ai fini che occupano, deve superarsi la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento a favore di una autonomia tra giurisdizioni che, qui, viene realizzata assegnando al giudice ordinario il compito di disporre il risarcimento dell'illecito.
Peraltro, l'autonomia tra le due azioni di annullamento e di risarcimento è diretta

[15] Tale presunzione, che la giurisprudenza più recente sembrava aver abbandonato, è da sempre messo in dubbio dalla dottrina, sino al punto da definirlo "*un dogma travestito da panni teorici, ma in realtà di retroterra giusnaturalistico*" (CAPPELLINI, *Privato e pubblico*, in *Enc. Dir*., 1986, XXXV, p. 685).
[16] F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm*., 2008, I, p. 13.
[17] F.G. SCOCA, *Interessi protetti e dialogo tre giudici sulla pregiudiziale amministrativa*, in *La Rivista neldiritto*, Roma, 2009, I, p. 88 ss.

conseguenza del diverso ambito dei giudizi e della particolare valutazione che il giudice ordinario opera ai fini della imputazione della responsabilità, valutazione che non è correlata alla mera illegittimità del provvedimento, ma si estende all'accertamento della colpa dell'azione amministrativa da cui è scaturito il danno ingiusto.

Concludono, quindi, le Sezioni Unite che "q*ualora, in relazione ad un giudizio in corso, l'illegittimità dell'azione amministrativa (a differenza di quanto è avvenuto nel procedimento in esame) non sia stata previamente accertata e dichiarata dal giudice amministrativo, il giudice ordinario ben potrà quindi svolgere tale accertamento al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito, poiché l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli elemento costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.*"

Le osservazioni sin qui esposte vengono successivamente riprese, con una fondamentale differenza in tema di giurisdizione, da tre note ordinanze, rese dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2006, le prime due del 13 giugno, n. 13659 e n. 13660, e la terza del 15 giugno, n. 13911.

Anche qui il tema centrale del contendere non è quello della pregiudiziale; le Sezioni Unite, tuttavia, chiamate a pronunciarsi rispettivamente sull'illegittima esclusione da un corso di dottorato, sull'illegittimo diniego di una autorizzazione all'apertura di un esercizio commerciale e su una occupazione illegittima, non perdono occasione per ribadire che la domanda risarcitoria deve essere ammessa anche in mancanza del previo annullamento del provvedimento illegittimo.

A differenza di quanto affermato nel 1999, tuttavia, la Cassazione afferma che compete al giudice amministrativo e non al giudice ordinario pronunciare sulla domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere amministrativo, e ciò sia che il privato chieda, contestualmente, l'annullamento del provvedimento sia che presenti una autonoma domanda di risarcimento per equivalente.

La Corte si spinge sino a sostenere che l'eventuale rigetto della domanda opposto, dal G.A., per la mancata impugnazione del provvedimento illegittimo deve essere considerato rifiuto di esercizio della giurisdizione, direttamente ricorribile in Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362, comma 1, c.p.c.

Tale ultima affermazione delle Sezioni Unite è stata, per vero, reputata non condivisibile da più parti: è stato, infatti, rilevato[18] come la pregiudizialità poco abbia a che fare con la giurisdizione. Anzi, ove il G.A. dichiari inammissibile la domanda di risarcimento danni non preceduta dalla richiesta di annullamento dell'atto, tale pronuncia non può considerarsi rifiuto di esercitare la giurisdizione, poiché presuppone, proprio, la sussistenza della giurisdizione in capo al giudicante.

In senso analogo si è espressa, indirettamente, anche la Corte Costituzionale, nella

[18] R. GAROFOLI –G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, p. 1181.

sentenza 12 marzo 2007, n. 77, osservando che la Cassazione, con il regolamento di giurisdizione, vincola il Consiglio di Stato solo quanto alla legittimazione a decidere della controversia, ma non quanto al contenuto, di merito o di rito, della decisione da rendere.

Le citate ordinanze appaiono, invece, pienamente condivisibili nella misura in cui mirano a rendere piena ed effettiva la tutela giurisdizionale assegnata al privato, attraverso una lettura dell'art. 24 della Costituzione coerente con l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in atto: "*dopo l'irruzione nel mondo del diritto della risarcibilità- effettiva e non solo dichiarata- anche dell'interesse legittimo (…) 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*[19]*, nell'intento di rendere il conseguimento di tale tutela più agevole per il cittadino. (..) La necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità, significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione*".

L'orientamento inaugurato dalla Corte di Cassazione nel 2006 permane, sostanzialmente immutato[20], sino ad oggi, come confermato dalla recente decisione delle Sezioni Unite del 23 dicembre 2008, n. 30254, nella quale, peraltro, si ribadisce la tesi della ricorribilità per Cassazione della decisione con cui il G.A. rifiuti di esaminare nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno.

In particolare, la Corte valorizza il disposto dell'art. 111, ultimo comma, della Costituzione, leggendolo in combinato disposto con gli artt. 24 e 113 Cost., per affermare che al concetto di giurisdizione deve fornirsi una interpretazione più ampia, aderente alle istanze che provengono dal legislatore comunitario, e che il diritto interno ha accolto, in ordine alla necessità di assicurare l'effettività della tutela.

Alla luce di tali considerazioni, le Sezioni Unite concludono che deve considerarsi norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale ma "*anche quella che dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca*."

Ne deriva che la mancata somministrazione della tutela risarcitoria da parte del G.A., in mancanza del previo annullamento dell'atto, finisce per "*negare in linea di*

[19] Il riferimento delle Sezioni Unite è, chiaramente, al riconoscimento normativo della risarcibilità degli interesi legittimi, operato con la Legge 21 luglio 2000, n. 205.

[20] Tra le poche voci di segno contrario si segnala Cass., sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, secondo la quale la mancata rimozione dell'atto amministrativo, sebbene illegittimo, impedisce di qualificare come ingiusto il danno patito dal privato, quante volte la pretesa risarcitoria risulti espressamente fondata sul presupposto della contestata legittimità dell'atto. Afferma la Cassazione, infatti, che per ragioni di coerenza dell'ordinamento, ove l'atto non sia impugnato tempestivamente, il permanere degli effetti dallo stesso prodotti va considerato conforme alla legge, e non può essere fonte di danno ingiusto risarcibile.

*principio che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma, oltre ad una tutela risarcitoria di completamento*".

*5. La saga continua: la rimessione alla Plenaria in occasione della richiesta di risarcimento danni per esclusione dalle gare di appalti.*

E' proprio all'ultima pronuncia delle Sezioni Unite del 2008 che si richiama il Consiglio di Stato, con la pronuncia che si annota, nel rimettere nuovamente la questione della pregiudizialità amministrativa al vaglio dell'Adunanza Plenaria.

Per vero, sempre la Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza 3 febbraio 2009, n. 578, aveva già disatteso le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 30254/2008.

Con la decisione del 21 aprile scorso, n. 2436, la Sezione torna sul tema e, con un articolato argomentare, "*ritiene necessario investire della questione l'Adunanza Plenaria perché si pronunci nuovamente sul problema della pregiudizialità amministrativa, 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 n. 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*".

Il caso sottoposto al Consiglio di Stato è il seguente.

Una società ha da tempo in appalto i lavori di realizzazione e manutenzione di opere ed impianti elettrici. Durante l'esecuzione dei lavori di potenziamento di una linea elettrica, un dipendente ha un incidente mortale, a fronte del quale l'appaltante commina alla società la sospensione degli inviti a gare di appalto nell'intero ambito territoriale di competenza per il periodo di nove mesi.

La società ricorre al Tribunale civile per ottenere il risarcimento dei danni derivanti da tale provvedimento, a causa del quale, peraltro, fallisce nelle more del giudizio.

Il Tribunale adito dichiara però il proprio difetto di giurisdizione, per essere la controversia di competenza del G.A.

La curatela fallimentare della società, che intanto ha proseguito il giudizio, propone quindi ricorso al T.A.R., rilevando l'illegittimità della determinazione di esclusione ed il risarcimento dei danni; il T.A.R., però, dichiara irricevibile la domanda di annullamento del provvedimento, essendo trascorsi più di due anni dalla sua adozione. Nel contempo, non ritiene configurabile l'errore scusabile, posto che la proposizione del ricorso avviene dopo un anno dalla sentenza civile di declinatoria della giurisdizione, e respinge la richiesta di risarcimento dei danni.

Nella specie, il G.A. non nega che la domanda di risarcimento possa essere avanzata indipendentemente dalla richiesta di annullamento dell'atto, ma ritiene che il trascorrere del tempo sia indizio della sostanziale acquiescenza, da parte del danneggiato, alla determinazione di esclusione, ai sensi dell'art. 1227 c.c., e che a tale determinazione di esclusione l'appaltante sia tenuto a dare esecuzione.

Il fallimento della società si rivolge, quindi, al Consiglio di Stato, chiedendo la riforma della sentenza appellata ed il risarcimento dei danni, commisurati al depauperamento del patrimonio connesso alle perdite della gestione aziendale ed alla perdita di avviamento conseguenti alla mancata acquisizione dei lavori a causa del provvedimento di sospensione.
In particolare, a sostegno del ricorso, l'appellante adduce, per un verso, che, vertendo la controversia in materia appartenente alla giurisdizione esclusiva del G.A., non rileverebbe il termine di decadenza per proporre ricorso ed, inoltre, che le oscillazioni giurisprudenziali in materia di pregiudiziale sarebbero idonee a fondare la ricorrenza dell'errore scusabile.
Nel rimettere la questione alla Plenaria, il Consiglio di Stato richiama puntualmente le argomentazioni tradizionalmente addotte dalla giurisprudenza amministrativa per fondare la persistente operatività della pregiudiziale.
In primo luogo, la struttura del processo amministrativo ed il suo carattere fondamentalmente demolitorio, di tal ché la tutela risarcitoria assumerebbe carattere solo eventuale e consequenziale, in conformità alle previsioni della legge n. 205/2000.
In secondo luogo, la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, che si consolida in caso di mancata impugnazione.
Inoltre, l'impossibilità di configurare un danno ingiusto risarcibile a fronte di un provvedimento consolidatosi perché inoppugnato e, ancor più, la radicale assenza della condizione essenziale dell'ingiustizia del danno.
Ancora, l'impossibilità di ritenere operante, in un caso siffatto, l'art. 362 c.p.c., in considerazione della sostanziale equivalenza tra una pronuncia che dichiari l'infondatezza, nel merito, di una domanda risarcitoria ed una che la reputi improponibile per mancata, pregressa, impugnazione del provvedimento, in uno con la conseguente impossibilità che la Corte di Cassazione, con il regolamento di giurisdizione, vincoli il G.A. quanto al contenuto, di rito o di merito, della decisione, potendo solo vincolarlo a ritenersi legittimato a decidere la controversia.
Infine, la non condivisibilità di quell'indirizzo della Cassazione a tenore del quale l'inoppugnabilità dell'atto amministrativo, siccome relativa agli interessi legittimi, non precluderebbe al G.O. il potere di disapplicarlo.
Soprattutto, il Consiglio di Stato sostiene la tesi secondo la quale la domanda di risarcimento del danno a fronte di un provvedimento inoppugnato, o impugnato tardivamente, vada considerata ammissibile, ma ritenuta infondata nel merito, in quanto l'omessa, tempestiva, impugnazione impedisce di qualificare come illecita la condotta della P.A., che al provvedimento abbia dato esecuzione.
A fondamento del principio di pregiudizialità non vi sarebbe, quindi, l'impossibilità per il G.A. di esercitare il potere di disapplicazione quanto, piuttosto, l'impossibilità, per qualsiasi organo giudicante, di accertare in via incidentale, e senza efficacia di giudicato, l'illegittimità di un atto, quando tale illegittimità sia uno degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. e quando la verifica, in via

principale, della illegittimità medesima sia preclusa, ad esempio per omessa impugnazione. Ciò in quanto, in tale ipotesi, il fatto produttivo del danno non potrebbe considerarsi illecito.

Nella pronuncia in commento, il Consiglio di Stato elenca poi, a sostegno della propria tesi, anche una serie di ulteriori ipotesi nelle quali l'ordinamento non consente più che si controverta intorno al diritto, a fronte dello spirare del termine per l'instaurazione del giudizio.

Il riferimento è ad esempio -ma le ipotesi citate sono numerose - all'impossibilità di chiedere il risarcimento dei danni derivanti da una sanzione amministrativa illegittima connessa ad una ordinanza-ingiunzione non impugnata o di domandare il risarcimento del danno in assenza di impugnativa di delibere societarie o condominiali causative del danno medesimo.

Quel che il Collegio vuole dimostrare è che, dai casi elencati, sarebbero possibile dedurre l'esistenza, nell'ordinamento, di un principio generale, secondo il quale, ove sia previsto di un termine di decadenza per l'esercizio di un diritto, lo spirare di tale termine non consente di far valere né quel diritto né le conseguenze che ne deriverebbero se la pretesa fosse fondata.

A sostegno della tesi della pregiudizialità, il Consiglio di Stato richiama anche le recenti novelle normative, sia interne che comunitarie.

In primo luogo, l'art. 20, commi 8 ed 8 bis, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, come modificato dalla legge di conversione n. 2 del 28 gennaio 2009, il quale delinea un giudizio immediato in cui il legislatore non consente di prescindere dall'impugnazione del provvedimento, pur se unico rimedio consentito, all'esito del giudizio, è il risarcimento del danno per equivalente e non la caducazione del contratto.

Inoltre, la c.d. direttiva ricorsi, la 2007/66/CE, relativa alla procedura di ricorso in materia di affidamento di appalti pubblici e finalizzata a garantire l'effettività della tutela risarcitoria, la quale, nell'uniformare la tutela processuale accordata dagli Stati membri in materia di appalti pubblici e, pur tenendo in considerazione le differenze tra i diversi sistemi processuali, richiede brevi termini di impugnazione e ammette che il risarcimento possa essere accordato solo previo annullamento del provvedimento impugnato.

Al di là dell'esegesi normativa, comunque, dalla lettura della pronuncia emerge come, alla base della questione, vi sia soprattutto la necessità di evitare che la scelta tra azione di annullamento e azione di risarcimento sia lasciata al privato, con il prodursi di un duplice danno per la P.A.: l'esposizione all'onere risarcitorio a fronte di un provvedimento la cui l'illegittimità sia accettata e consolidata, con conseguente *vulnus* al principio di legalità di cui all'art. 97 Cost.

Né assume rilievo secondario il profilo della qualificazione del diniego del risarcimento del danno come questione di giurisdizione, che, in pratica, attribuisce alla Suprema Corte uno strumento per esercitare una concreta influenza sulla giurisprudenza amministrativa.

Ai sensi dell'art. 111 Cost., infatti, le sentenze del Consiglio di Stato possono essere impugnate in Cassazione solo per motivi attinenti alla giurisdizione; ovvia la rilevanza pratica della tesi sostenuta dalle Sezioni Unite, che configura il rigetto della domanda autonoma di risarcimento come rifiuto di esercizio della giurisdizione.

*6. Ipotesi di concordato.*

Non è difficile immaginare quale sarà il contenuto della decisione dell'Adunanza Plenaria, né è azzardato supporre che tale decisione non metterà la parola fine alla *querelle* sulla pregiudiziale.

In un tale stato di cose, non sorprende che da più voci, anche interne alla giurisprudenza amministrativa, si levi la richiesta di un intervento legislativo che possa fare chiarezza, sgombrando il campo da incertezze interpretative che poco giovano alla tanto invocata effettività della tutela giurisdizionale.

Peraltro, l'abbandono della pregiudiziale amministrativa ha, forse, una portata meno rivoluzionaria di quanto non possa sembrare.

L'attuale evoluzione della tutela giurisdizionale amministrativa, realizzata anche sulla spinta delle istanze di matrice comunitaria, è, infatti, indice del superamento di una visione attizia del processo amministrativo e della progressiva trasformazione del giudizio di annullamento da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto.

A conferma di una tale evoluzione, per citarne solo alcuni, possono ricordarsi la proponibilità del ricorso per motivi aggiunti avverso provvedimenti adottati nel corso del giudizio già pendente tra le parti; la permanenza in vita dell'atto annullabile per violazione delle norme sul procedimento, quando si dimostri che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; il potere del G.A. di conoscere della fondatezza dell'istanza nei casi di silenzio rifiuto.

Ragionando, comunque, *de iure condito,* alcuni autori hanno cercato di comporre le opposte esigenze facendo uso di principi di matrice civilistica[21]; la tesi, talvolta seguita in giurisprudenza, si sostanzia nell'attribuire rilievo sostanziale alla mancata impugnazione del provvedimento.

In pratica, per un verso si ammette la proposizione di una domanda autonoma di risarcimento; per l'altro, si consente al G.A., in sede di esame della fondatezza della domanda, di escludere o limitare la responsabilità dell'amministrazione ove si accerti che la proposizione tempestiva della domanda di annullamento avrebbe evitato o ridotto il pregiudizio sofferto dall'istante.

Evidente il richiamo all'art. 1227, comma 2, c.c., laddove si prevede che gravi sul creditore quella parte di danno che avrebbe potuto essere evitata usando l'ordinaria

[21] G. FALCON, *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. Proc. Amm*., 2001, II, 244; TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 47 ss.

diligenza in difesa dei propri interessi.
Vero è che la giurisprudenza civilistica applica il principio in senso rigoroso, ritenendo che l'attivazione dell'interessato non debba superare i limiti di un apprezzabile sacrificio e che la proposizione di un ricorso giurisdizionale, con le spese e l'alea ad esso connesse, deve considerarsi un sacrificio ulteriore rispetto a quelli "esigibili".
Tuttavia, chi sostiene tale tesi valorizza la peculiarità del rapporto amministrativo tra P.A. e privato, per arguire che, in tale ambito, l'onere di proporre, a talune condizioni, un ricorso giurisdizionale resti nell'ambito del sacrificio non apprezzabile.
Quale che sia la strada da seguire, è auspicabile, tuttavia, che il conflitto tra giurisdizioni in materia di pregiudiziale si componga presto, posto il suo perdurare non giova né ai privati, né all'amministrazione, né, soprattutto, alla certezza del diritto.
Soprattutto, la pregiudiziale spesso confligge con le più elementari ragioni di giustizia sostanziale.
Basti pensare che, nel caso sottoposto all'esame del Consiglio di Stato ed oggetto del presente lavoro, il Tribunale di Salerno, nel 2005, aveva acclarato la colpa dell'appaltante in ordine al sinistro mortale dal quale poi era scaturito il provvedimento di esclusione, con la conseguenza che illegittimamente lo stesso ente aveva addebitato alla società ricorrente la responsabilità dell'infortunio e che certamente il danno patito dalla stessa società, a causa delle determinazioni che ne sono seguite, si configura come ingiusto.
Se questo è vero, non possono, allora, non condividersi le argomentazioni espresse dalla società appellante nel proprio ricorso: "*in presenza, quindi, della colpevolezza dell'amministrazione, dell'ingiustizia del danno e del nesso causale tra detti elementi (comprovato da apposita perizia depositata in atti), l'eventuale acquiescenza addebitabile alla danneggiata può comportare, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. una diminuzione del risarcimento, ma non può escluderlo, come invece ha ritenuto il Tar*".