

**T. Tessaro (La Gazzetta degli Enti Locali 27/5/2009)**  
**Pregiudiziale, risarcimento, accertamento incidentale: questione di**  
**giurisdizione o di merito?**  
**(nota a T.A.R. Roma, 20 marzo 2009, n. 2891) - prima parte**

---

L'ennesima puntata della telenovela del contrasto tra sezioni unite e giurisdizione amministrativa relativo alla ammissibilità della tutela risarcitoria autonoma nell'ambito del giudizio amministrativo. Così potrebbe essere sintetizzata la sentenza T.A.R. Lazio, Roma 20 marzo 2009, n. 2891, secondo cui l'ammissione di una tutela risarcitoria "autonoma" è palesemente inidonea ad offrire una "tutela piena" e non può che rappresentare la negazione della stessa *ratio* degli artt. 7 l. 1034/1971 e 35 d.lgs. n. 80/1998. I termini della questione sono ampiamente noti anche ai non addetti ai lavori. Si controverte infatti sull'ammissibilità di una tutela solo risarcitoria in ambito amministrativo, senza aver prima esperito con successo la abituale tutela caducatoria.

**Le tappe dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale**

Le tappe dell'evoluzione normativa sono parimenti note: dalla tradizionale tutela bifasica, articolata cioè nelle fasi davanti prima al giudice amministrativo per l'annullamento dell'atto e poi al giudice ordinario per il risarcimento, si è passati non senza difficoltà e varianti alla concentrazione della tutela avanti il giudice amministrativo: la questione intercetta la tematica della pregiudiziale amministrativa, sotto numerosi profili: ed è noto che la ricostruzione dell'istituto soffre della diversa percezione del fenomeno risarcitorio da parte rispettivamente del giudice di legittimità e del giudice amministrativo.

La posizione della Corte di Cassazione, nel corso di questi anni, a partire dalla fondamentale sentenza 500/1999 con la quale ha demolito il muro dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, sembra far leva sull'effettività della tutela che fa capo al cittadino che prescinde dalla qualificazione della situazioni giuridica che si assume essere lesa e che si incentra sulla spettanza del bene della vita: alla base del progredire del più ampio e complesso problema della violazione del dovere generico del *neminem laedere*, ovvero della responsabilità c.d. "extracontrattuale" verso i terzi il cui principio generale è previsto nell'art. 2043 del codice civile a mente del quale - per cui "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno" - vi è pure una evoluzione normativa che prende spunto dal recepimento della direttiva appalti 665/1989 con l'introduzione dell'art. 13 della legge 142/1992. Come è noto, la giurisprudenza tradizionale era fino al 1999 ancora orientata nel senso della non risarcibilità di questi, partendo dal presupposto che la lesione dell'interesse legittimo non determina la ingiustizia del danno; anche nel caso di interessi legittimi correlati a diritti soggettivi, una domanda di risarcimento del danno era proponibile solo quando fosse intervenuto da parte del giudice amministrativo l'annullamento del provvedimento che abbia illegittimamente sacrificato il diritto. Fedele all'idea che, almeno per quanto riguarda i pregiudizi causati da comportamenti dell'amministrazione pubblica, si abbia danno ingiusto soltanto in caso di lesione di diritti soggettivi, la giurisprudenza della Cassazione aveva sempre ammesso il risarcimento allorché un diritto soggettivo fosse stato l'oggetto di provvedimenti amministrativi (estintivi o riduttivi), risultati illegittimi ed annullati dal giudice amministrativo. La configurazione d'una responsabilità per fatto illecito si aveva solo quando la situazione di interesse sia stata realizzata attraverso il provvedimento positivo dell'Amministrazione, dando luogo così ad una situazione di diritto soggettivo che sorge in capo al titolare non come effetto di un fatto idoneo a costruirlo secondo la legge, ma come effetto di un provvedimento amministrativo: la situazione di interesse aveva assunto in tal modo natura di diritto soggettivo e consentiva di qualificare in termini di illiceità i successivi comportamenti dell'amministrazione che si fossero estrinsecati in provvedimenti volti a sacrificarlo,

sempre che di tali provvedimenti sia stato pronunciato l'annullamento dal giudice degli interessi .

In epoca più recente, all'area originaria della risarcibilità sostanzialmente corrispondente a quella dei provvedimenti ablatori la giurisprudenza ne ha infatti aggiunta una seconda, relativa ai provvedimenti di annullamento di precedenti provvedimenti, allorché dai provvedimenti illegittimamente annullati fossero sorti diritti soggettivi. Non si può negare dunque che, sia pure costantemente gravata dalla preoccupazione di tutelare l'area entro la quale la pubblica amministrazione gode di discrezionalità per il migliore perseguimento dell'interesse pubblico, l'opera della giurisprudenza di sotterranea erosione di tale ambito di garanzia, in favore della giurisdizione del giudice ordinario, è stata inarrestabile.

Essa infine è giunta come vedremo ad estendere l'area delle situazioni soggettive rilevanti per qualificare come ingiusto il danno sino a comprendere in essa quelle di interesse legittimo non correlate a posizioni di diritto soggettivo. Dunque, ove si rimanesse ancorati ad una visione tradizionale, ben difficilmente l'omissione di un atto o provvedimento, ovvero la tardiva emissione dei medesimi, ovvero l'emissione di atti viziati o altrimenti difettosi darebbero luogo a forme di responsabilità civile (vale a dire di risarcimento).

Alla suddetta tendenza della giurisprudenza volta ad ampliare la cognizione del giudice ordinario anche in relazione a fatti lesivi di interessi legittimi, fa quindi da logica conseguenza la propensione ad ammettere la responsabilità del pubblico dipendente nei confronti del terzo anche in relazione a fatti lesivi di interessi legittimi e non soltanto di diritti soggettivi.

Era tuttavia, già prima dell'intervento della Cassazione, chiara l'attuale vigenza di tali direttive comunitarie anche nell'ambito del diritto nazionale italiano, così come era pacifico che, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento di ciascuno stato membro designare la giurisdizione competente e, a tale effetto, qualificare i diritti in base a criteri di diritto nazionale; una differente interpretazione avrebbe comportato una irragionevole disparità di trattamento processuale tra situazioni analoghe - appalti sopra o sotto soglia, appalti di servizi o di lavori - con il conseguente pregiudizio derivante all'interessato che si trovasse ad adire sino a cinque gradi di giudizio per ottenere ristoro del danno subito.

In secondo luogo, la forza espansiva dei principi del diritto comunitario, quanto a risarcibilità degli interessi legittimi, ben difficilmente avrebbe potuto essere arginata dai, pur autorevoli, interventi volti ad attribuire portata esclusivamente processuale alle norme in discussione ed intesi, sia pure per implicito, a negare che le nuove norme riconoscano la risarcibilità degli interessi legittimi.

D'altro canto, in sede di riforma il legislatore aveva ancorato il sorgere del diritto al risarcimento all'esistenza di un danno ingiusto, avvalendosi dell'espressione di cui all'art. 2043 c.c. e che, in base a tale osservazione traeva linfa la tradizionale interpretazione restrittiva del concetto di danno contra jus che limitava il risarcimento alla sola lesione di diritti soggettivi; pur tuttavia, era ragionevole supporre che una siffatta argomentazione sarebbe stata smantellata proprio attraverso i "varchi" aperti dal diritto e dalla giurisprudenza comunitaria ed in ragione della circostanza che le nuove norme presentavano alcuni oggettivi indici rivelatori di un principio di inversione di tendenza, non a caso debitamente sottolineato in apertura dalla sentenza n. 500/99 della Cassazione.

Ecco perché le pronunce successive alla citata sentenza Cass. 500/1999, anche sulla scorta della sentenza Corte Cost. 204/2004, che affermano l'ammissibilità del risarcimento dei danni ex art. 2043 c.c. nei confronti della p.a. per illegittimo esercizio di una funzione pubblica, sottolineano che il giudice potrà procedere ad accertare direttamente l'illegittimità del provvedimento amministrativo, non essendo più ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento davanti al giudice amministrativo.

Una siffatta impostazione è stata in particolare fatta propria dalle sezioni unite della Cassazione (ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659, 13660, 13911) che hanno sottolineato che non è necessario il previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso (c.d. pregiudiziale amministrativa), essendo sufficiente l'accertamento della illegittimità dell'atto stesso e ribadendo anzi come un diverso opinamento significa in realtà denegare la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione.

### **Accertamento incidentale, disapplicazione dell'atto illegittimo e risarcimento del danno**

Quel che è rimasto nell'ombra è invece se al giudice amministrativo sia concessa un accertamento incidentale della legittimità dell'atto al di fuori delle ipotesi in cui si controverte della legittimità di un atto regolamentare.

Le motivazioni a favore della tesi tradizionale risiedono nella perentorietà del termine volto a garantire a pena di decadenza la certezza e la stabilità delle situazioni giuridiche e soprattutto nel fatto che il risarcimento non è una materia autonoma, come lo era nel passato e in quanto tale devoluta al giudice ordinario, bensì una tecnica di tutela dell'interesse legittimo che per ragioni come detto di effettività della stessa viene a essere devoluta in capo allo stesso giudice che ha pronunciato l'annullamento.

L'opinione tradizionale -fatta propria anche dal giudice amministrativo- sottolinea invece come la necessità del previo annullamento ai fini della declaratoria del risarcimento sia indispensabile per evitare l'elusione della perentorietà dei termini dell'impugnazione, e discenda direttamente dal disposto della legge che all'art. 7 sottolinea l'eventualità che il giudice amministrativo pronunci il risarcimento del danno in esito all'intervenuto annullamento.

Sulla scorta delle summenzionate coordinate ermeneutiche, merita un particolare cenno la recente sentenza T.A.R. Lazio, Roma 20 marzo 2009, n. 2891 che qui si commenta secondo cui la tutela risarcitoria - a parte il rilievo che può ben attuarsi in virtù dell'accoglimento della stessa azione di annullamento, come espressamente ammesso anche dalla Suprema Corte (cfr., tra le altre, 17 luglio 2007, n. 15947) - non si pone in un regime di alternatività rispetto alla tutela demolitoria, bensì rappresenta un diverso strumento - tra l'altro, "eventuale", come chiaramente affermato dalla Corte Costituzionale - che completa la "tutela", ossia consente la tutela piena ed effettiva del privato leso da un provvedimento amministrativo illegittimo.

Una siffatta conclusione sembra essere del resto la diretta conseguenza dell'impostazione data al problema dal giudice delle leggi che ha evidenziato come da un lato, il giudice amministrativo sia un giudice di spettanza e dall'altro come di conseguenza il risarcimento non sia in realtà una nuova materia, ma afferisca alla medesima tecnica di tutela della situazione lesa che fa capo al cittadino: situazione che può trovare tutela sia con la pronuncia di annullamento sia eventualmente per l'appunto con la pronuncia di risarcimento.

È così quindi che si spiega la preclusione al giudice amministrativo della conoscenza in via incidentale dell'atto amministrativo, che potrebbe consentire l'elusione della perentorietà dei termini, in guisa cioè che le situazioni create da un pur illegittimo atto non possano essere a lungo termine rimesse in discussione.

La qualificazione del resto che l'art. 7 fa del potere di risarcire qualificando il riconoscimento dello stesso alla stregua di diritto patrimoniale consequenziale, sembra confermare la sistematica dipendenza dell'azione risarcitoria da quella di annullamento.