

## T. Tessaro (La Gazzetta degli Enti Locali 3/6/2009)

### Pregiudiziale, risarcimento, accertamento incidentale: questione di giurisdizione o di merito? (nota a T.A.R. Roma, 20 marzo 2009, n. 2891) - seconda parte

---

#### Questione di giurisdizione?

Un altro punto della questione, strettamente connesso a questo, merita di essere posto nel dovuto risalto: secondo la Cassazione (sentenza n. 30254/2008), subordinare l'ammissibilità della tutela risarcitoria al previo annullamento dell'atto costituisce, da parte del g.a., una negazione della propria giurisdizione in ordine ai casi in cui è mancato l'esperimento dell'azione impugnatoria pregiudiziale; la conseguente inclusione della questione in esame tra quelle concernenti i limiti esterni della giurisdizione si esprime l'avviso che la norma sulla giurisdizione non sia solo quella che attribuisce il potere, ma anche quella che "dà contenuto al potere stabilendo attraverso quali forme di tutela esso si estrinseca". Del resto essa aveva espresso la medesima posizione in occasione delle tre ordinanze citate del 2006: in particolare si affermava che "il rifiuto della tutela risarcitoria autonoma, motivato sotto gli aspetti indicati, si rivelerà sindacabile attraverso il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione. Il g.a. avrà infatti rifiutato di esercitare una giurisdizione che gli appartiene".

A ciò si potrebbe obiettare peraltro che secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, "la Corte di Cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'art. 111, comma 8, 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" (1).

#### ... o di merito?

Una differente ricostruzione fa leva sulla circostanza delle particolari caratteristiche del giudizio amministrativo, anche alla luce delle innovazioni introdotte così come interpretate dalla Corte costituzionale, riconoscendo tuttavia che in alcune ipotesi per ottenere il risarcimento si possa prescindere dalla previa impugnativa dell'atto. Si tratta "è chiaro infatti che nessun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può addossarsi al suo destinatario ove l'atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela o su ricorso di parte, oppure se il danno non è prodotto dalle statuizioni costitutive nell'atto ma è materialmente causato dalle particolari modalità di sua esecuzione" (2); ma ciò si verifica anche nel caso in cui il danno derivi da responsabilità precontrattuale (3); nonché nell'ipotesi che l'annullamento del provvedimento invalido deriverà "dalla fruttuosa instaurazione di un ricorso straordinario o amministrativo o dall'esercizio della facoltà di autotutela da parte dell'amministrazione" (4), ovvero ancora nel caso in cui il danno sia causato da un atto nullo in virtù dell'art. 21-septies (5).

Ecco allora che logicamente conseguente a ciò è il profilo secondo cui il g.a. non ha il potere di disapplicare un atto amministrativo illegittimo, a differenza di quanto è previsto per il g.o. dall'art. 5 all. E l. 2248/1865, secondo cui "le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti (...) in quanto siano conformi alle leggi".

La diretta deduzione di quanto precede è che si assiste a due distinte ipotesi di fattispecie risarcitorie: una - quella tradizionale - in cui occorre previamente impugnare e accertare l'illegittimità dell'atto per integrare la fattispecie illecita ai sensi dell'art. 2043 c.c.; l'altra in cui vi è la possibilità di proporre l'azione risarcitoria a prescindere da quest'ultima, nel caso in cui non sia necessaria al fine di conoscere dell'illegittimità del provvedimento e in cui il danno ingiusto si verifica a prescindere dalla caducazione di un atto illegittimo. In ambo i casi tuttavia l'eventuale danno deve essere stato determinato proprio dagli effetti prodotti dall'atto; danno che, però, per essere risarcibile deve anche essere ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., in quanto altrimenti sarebbe giuridicamente irrilevante. Appunto, mentre nel giudizio impugnatorio per l'integrazione di tale requisito e conseguentemente di tutta la fattispecie risarcitoria è necessario accertare l'illegittimità dell'atto, nelle altre ipotesi se ne prescinde derivando essenzialmente ciò dalla diretta lesività della fattispecie illecita.

Una azione risarcitoria priva della previa declaratoria di illegittimità dell'atto amministrativo sarebbe quindi, secondo questa tesi, dichiarata non tanto inammissibile per motivi attinenti alla giurisdizione bensì infondata nel merito in quanto l'accertamento del danno ingiusto richiede il previo accertamento della illegittimità dell'atto e la sua caducazione (6); e del resto "l'ostacolo insormontabile per accordare al privato la tutela risarcitoria non sia rappresentato dall'impossibilità di un'autonoma impugnativa, quanto piuttosto dall'impossibilità per il g.a. di conoscere dell'illegittimità dell'atto in via incidentale" (7). E questa appare la conferma di come la regola della pregiudizialità trovi le sue basi piuttosto che su un particolare atteggiarsi del processo amministrativo, sulla circostanza del carattere impugnatorio di questo tipo di processo tale che "i commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema di 'giudizio sul rapporto', non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente

impugnatoria dell'azioni innanzi al g.a., cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di «conformare» l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi. Queste essenziali circostanze (...) sembrano spiegare e giustificare e la priorità dell'azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare compiutamente l'anzidetto vaglio di legittimità nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta consequenzialità rispetto a essa, dell'azione risarcitoria. (...) Non si trascuri che il risarcimento del danno, oltre che «conseguenziale» è previsto, nell'ambito della processualmente qualificante giurisdizione di legittimità, anche come «eventuale», con un attributo, cioè, che mentre è di regola oggetto di ingiusta pretermissione, riassume e sottopone alla consapevolezza del giudice i travagli che le relative norme hanno inteso risolvere e che, in dottrina, hanno persino indotto a configurare come 'speciale' la figura in discorso" (8). Sembrano maturi i tempi per un intervento legislativo: l'occasione potrebbe essere il recepimento della direttiva 2007/66/Ce, relativa alla procedura di ricorso in materia di affidamento degli appalti pubblici.

-----

(1) Corte Cost., sent. n. 77 del 12 marzo 2007.

(2) Cons. Stato, ad. plen., n. 9 del 30 luglio 2007 .

(3) Cons. Stato, sez. V, n. 7194 del 6 dicembre 2006.

(4) L. Garofalo, *Eventualità del risarcimento del danno e pregiudizialità amministrativa*, in *www.giustamm.it*, p. 7, secondo cui "il risarcimento del danno, qualunque sia l'opinione che si abbia a proposito della pregiudiziale amministrativa, dipende esclusivamente dall'accertamento dell'invalidità del provvedimento, essendo in esso implicito il riconoscimento della violazione di una situazione giuridica soggettiva protetta nella forma dell'interesse legittimo e dunque della riparabilità delle conseguenze pregiudizievoli al patrimonio e alla persona derivanti da siffatta violazione. Solo che quell'accertamento, in quanto necessariamente immanente all'annullamento, per giunta capace di azzerare o restringere le conseguenze pregiudizievoli testé indicate, si può conseguire, in virtù di una scelta del legislatore che non pecca di incoerenza, unicamente passando attraverso l'annullamento".

(5) Cons. Stato, sez. V, n. 2872 del 9 giugno 2008.

(6) T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, sentenza 24 aprile 2009, n. 1180.

(7) A. Carbone, *Pregiudiziale amministrativa e risarcimento del danno*, in *Giustamm* 2009

(8) R. De Nictolis, *In difesa della "pregiudizialità"*, in *Foro it.*, 2007, pp. 3186