

Pubblicato su *Foro amm. CDS 2003, f. 6, 2099

La giurisdizione in tema di responsabilità aquiliana della P. A. per lesione di interessi legittimi e la c. d. “pregiudiziale amministrativa”.

Considerazioni

di

Giovanni Maria di Lieto

1) Come è noto, vigente la regola giurisprudenziale della non risarcibilità della lesione a interessi legittimi, i casi in cui veniva riconosciuta la tutela aquiliana di posizioni di interesse legittimo si identificavano nel fenomeno dell'affievolimento dei diritti soggettivi.

Perché l'azione risarcitoria fosse esperibile si richiedeva una (pregiudiziale) pronuncia di annullamento, da parte del Giudice amministrativo, del provvedimento che avesse inciso, degradandoli, su preesistenti diritti soggettivi. Ottenuta la “riespansione” del diritto soggettivo con effetto retroattivo (a seguito dell'annullamento), al privato era consentito rivolgersi al Giudice ordinario per il risarcimento.

La regola della necessaria pregiudizialità fu accolta dal legislatore in una normativa di settore (art. 13 L. n. 142/92).

Con la sent. n. 500/99 le SS.UU. della Cassazione sanciscono il principio che il diritto al risarcimento del danno è distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto (diritto soggettivo, interesse legittimo, interesse comunque rilevante per l'ordinamento).

Il diritto (strumentale) al risarcimento del danno nei confronti della P. A. ex art. 2043 c. c. avendo natura di diritto soggettivo, al G. O. - che è competente a conoscere questioni di diritto soggettivo - spetta, secondo la Suprema Corte, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi nelle materie in cui il potere di annullamento spetta al Giudice amministrativo di legittimità.

Discende da tale impostazione che, non essendo necessario fondare l'azione per il risarcimento su un diritto soggettivo da riespandere, non sussiste la necessaria pregiudizialità dell'annullamento. In altri termini, affermata in modo

frontale la tutelabilità aquiliana delle posizioni di interesse legittimo, viene meno la necessità di far rivivere, attraverso l'annullamento del provvedimento, il diritto soggettivo.

Alla regola della pregiudizialità necessaria si sostituisce il potere del G. O di conoscere *incidenter tantum* della illegittimità dell'azione amministrativa - che costituisce, unitamente agli altri presupposti, elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 2043 c. c. - al fine di ritenere o meno sussistente l'illecito della P. A.

2) L'art. 7 della L. n. 205/2000, norma di diritto processuale, detta la nuova disciplina del risarcimento del danno nei confronti della Pubblica Amministrazione, attribuendo al Giudice amministrativo la tutela risarcitoria non solo nelle materie di giurisdizione esclusiva, ma anche nella generale giurisdizione di legittimità.

Si tratta di stabilire se al danneggiato incombe l'onere - per potere pretendere il ristoro dei danni subiti - di conseguire previamente l'annullamento del provvedimento lesivo della situazione giuridica di interesse legittimo (rectius: la pronuncia di illegittimità dell'atto o comportamento della P. A.).

Più argomenti inducono a ritenere non praticabile, nel nostro ordinamento, la via del risarcimento diretto.

Esaminiamoli in dettaglio.

Il co. 4 dell'art. 7 della L. n. 205/2000 riconduce il risarcimento dei danni, la cui tutela è devoluta al G. A., nell'ambito dei "diritti patrimoniali consequenziali", che, come è noto, assumono rilevanza in seguito all'annullamento dell'atto amministrativo.

Il co. 5 dell'art. 7 cit. abroga espressamente le disposizioni che prevedono la devoluzione al G. O. delle controversie sul risarcimento del danno "conseguente all'annullamento di atti amministrativi".

Il legislatore, sul presupposto che la verifica della illegittimità dell'atto è condizione necessaria per accertare l'illiceità della condotta della P. A. (cfr. Cass., SS.UU., n. 500/99), stabilisce che il G. A., nell'interesse della sua

giurisdizione, conosce “anche” delle questioni relative all’eventuale risarcimento del danno.

Secondo la lettera della norma, la questione risarcitoria è conoscibile dal G. A. in aggiunta ad un’altra, che è quella ordinaria di annullamento dell’atto amministrativo (l’indagine per la corretta interpretazione di una disposizione legislativa deve essere condotta in via primaria sul significato lessicale che, se chiaro ed univoco, non consente l’utilizzazione di altri criteri ermeneutici).

Il legislatore, inserendo l’azione di risarcimento nel quadro del “sistema” della giurisdizione amministrativa, implicitamente conferma i principi caratterizzanti il giudizio amministrativo, che tende *naturaliter* alla rilevazione della illegittimità (di atti o comportamenti della P. A.) e non all’accertamento - in via primaria - della fondatezza della pretesa sostanziale dell’agente.

Invero, la pregiudiziale di annullamento trova fondamento nella natura stessa dell’interesse legittimo, che trova fisiologicamente tutela in congegni che sono ripristinatori (e non risarcitori). Lo svolgimento della tutela giurisdizionale amministrativa prende inizio dall’annullamento e, attraverso l’effetto conformativo, tende a realizzare la tutela sostanziale della posizione soggettiva lesa (priorità logico – giuridica della *restitutio in integrum* insita nell’annullamento).

Del resto, in tutte le forme di tutela è sempre primaria quella in forma specifica ed al risarcimento spetta colmare quanto la reintegra non è in grado di realizzare. L’annullamento dell’atto amministrativo costituisce la necessaria premessa della tutela aquiliana, che costituisce un’appendice (ulteriore ed eventuale) dell’effetto ripristinatorio reale prodotto dalla pronuncia di annullamento. Il risarcimento del danno (in sede di giurisdizione generale di legittimità) non può quindi che assumere un ruolo successivo, sussidiario e residuale rispetto all’annullamento, la domanda essendo ammissibile se ed in quanto il rimedio ripristinatorio non abbia permesso al ricorrente di conseguire un risultato soddisfacente.

La reintegra, costituita dalla pronuncia di annullamento, avendo la capacità di soddisfare la maggior parte del danno, il risarcimento sarà limitato alla differenza, normalmente consistente nei danni che si sono prodotti *medio*

tempore (con l'accoglimento del ricorso da parte del G. A., l'interessato ottiene la restituzione in forma specifica della posizione giuridica lesa, con conseguente preclusione del formarsi di danni risarcibili non legati al ritardo ed alle spese *medio tempore* sostenute).

La necessità giuridica che l'assetto di interessi definito dal provvedimento venga previamente contestato dal ricorrente attraverso l'azione di annullamento si impone, in questa ottica, al fine di evitare che il danno assuma dimensione esorbitante, diversa essendo l'entità del danno per i soli effetti prodotti dall'atto *medio tempore*, rispetto al maggior danno di un atto non impugnato ed efficace. Per il danneggiato potrebbe, addirittura, essere "conveniente" agire esclusivamente in sede risarcitoria e disinteressarsi della proposizione del giudizio di annullamento. Senza che la mancata proposizione del ricorso per l'annullamento configuri concorso di colpa del creditore ai sensi dell'art. 1227 c. c. che, secondo la costante giurisprudenza, pur non escludendo l'onere da parte del debitore di tenere comportamenti attivi, non può essere interpretato fino ad imporre comportamenti connotati da un consistente sacrificio, quale deve ritenersi la proposizione di rimedi giurisdizionali idonei a ridurre o escludere il danno.

Altro argomento a favore della necessaria pregiudizialità dell'annullamento deriva dalla esigenza di certezza nell'azione amministrativa, che ha indotto il legislatore a stabilire la regola della decadenza nella impugnazione degli atti amministrativi.

L'azione di responsabilità, sottoposta alla regola della prescrizione, potrebbe essere promossa nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo è divenuto inoppugnabile per avvenuta decadenza. Con la conseguenza che la P. A., ad evitare il risarcimento "per equivalente", verrebbe sottoposta ad una notevole pressione verso l'annullamento d'ufficio del provvedimento (verrebbe così vanificata l'esigenza di certezza dell'azione amministrativa, che la regola della decadenza mira a garantire).

Sotto lo stesso profilo, sembra giuridicamente corretto precludere all'interessato - che non si sia avvalso, nel termine decadenziale, di quel mezzo di tutela che gli avrebbe consentito di ottenere la reintegrazione in forma specifica - di far

valere esclusivamente la pretesa al risarcimento, per la considerazione che è (anche) la illegittimità che permette di qualificare in termini di illiceità la condotta della P. A.

Pertanto, in caso di lesione di interessi legittimi, è ragionevole sostenere che il danneggiato continui ad avere l'onere di impugnare tempestivamente, nel termine di decadenza, il provvedimento amministrativo, chiedendo la reintegrazione in forma specifica; dalla data della dichiarazione, in via definitiva, della illegittimità del provvedimento produttivo di danno, decorre il termine prescrizione per promuovere l'azione diretta al risarcimento del danno.

L'ipotesi di un giudizio amministrativo promosso direttamente ed esclusivamente per il risarcimento del danno porrebbe anche un problema di tutela (mancata) del contraddittorio.

In tale giudizio, non diretto all'annullamento del provvedimento, non sarebbe qualificabile come controinteressato il soggetto che ricava un vantaggio dal provvedimento amministrativo lesivo. L'assenza dei controinteressati nel giudizio di responsabilità ne impedisce il diritto di difesa che avrebbero avuto nel giudizio di annullamento (tanto più che la vicenda può concludersi con l'annullamento d'ufficio motivato dall'interesse della P. A. a limitare il danno da risarcire).

Infine, è importante sottolineare che la legge non attribuisce un potere di disapplicazione al G. A., il quale, nel vigente sistema processuale, è solo legittimato a conoscere in via principale, ai fini dell'annullamento, il provvedimento illegittimo.

Vero è che in Cass., SS.UU., n. 500/99 si sostiene che "non sembra ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento da parte del Giudice amministrativo"; ma il principio è riferibile esclusivamente al giudizio instaurato dinanzi al G. O. ed alla possibilità per questi di ricorrere all'istituto della "disapplicazione".

Al contrario, il giudizio sulla illegittimità non investe una questione pregiudiziale che il G. A. possa decidere *incidenter tantum* e senza valore di giudicato: l'illegittimità dell'atto costituisce un elemento essenziale del *thema decidendum* che deve essere previamente accertata e dichiarata dal G. A..

3) L'art. 7 della L. n. 205/2000 consente all'interprete di distinguere due ipotesi. La prima, di giurisdizione esclusiva, in cui l'azione risarcitoria può essere autonoma rispetto all'annullamento. Nell'ambito della giurisdizione esclusiva attribuita al G. A., è configurabile una controversia risarcitoria pura, svincolata dal giudizio di annullamento del provvedimento; ad es. nel caso di meri "comportamenti", posti in essere dalla P. A. in violazione di diritti soggettivi, in tali ipotesi la cognizione del G. A. investendo non l'atto, ma il rapporto.

La seconda, di giurisdizione di legittimità, nella quale l'azione risarcitoria ha carattere consequenziale rispetto all'annullamento dell'atto rappresentando un prolungamento dell'azione principale diretta all'annullamento.

Sembra corretto argomentare che il G. A. - fatte salve le vertenze inerenti a materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva - possa pronunciarsi su richieste di risarcimento del danno nelle ipotesi in cui esse siano "conseguenziali" all'annullamento dell'atto lesivo; che, negli altri casi (questioni risarcitorie prive di legame di consequenzialità con la pronuncia di annullamento), sul risarcimento per lesione di interessi legittimi continui a pronunciarsi il G. O. secondo i principi enucleati in Cass., SS.UU., n. 500/99. La giurisdizione per l'azione risarcitoria spetta, pertanto, al G. A. quando l'azione risarcitoria risulta connessa con l'impugnazione del provvedimento amministrativo, la linea di demarcazione tra le due giurisdizioni riflettendo il discrimine tra danno consequenziale o meno all'annullamento di un atto.

Ed invero, la ratio dell'art. 7 della L. n. 205/2000 sembra essere quella di attrarre nei poteri del G. A. questioni di illiceità, quando queste sono dipendenti dall'esito di questioni di legittimità.

La portata dell'espressione "ambito della sua giurisdizione" verrebbe così limitata alle ipotesi di ricorso in legittimità al quale si cumuli (contestualmente o successivamente) domanda di risarcimento (ove il diritto al risarcimento dipenda dall'esito di accoglimento dell'azione volta alla pronuncia di illegittimità).

Alla stregua di questa interpretazione, si delinea la giurisdizione amministrativa sul danno laddove l'atto sia stato annullato dal giudice amministrativo, anche in

precedente giudizio (come anche nel caso di pretese al risarcimento dei danni derivanti da inerzia della P. A., dichiarata illegittima dal G. A. perché lesiva di una posizione giuridica di interesse legittimo). Egualmente, la questione risarcitoria ha carattere “conseguenziale” nell’ipotesi di provvedimento annullato dall’Amministrazione in sede di autotutela o a seguito di ricorso straordinario.

In altri termini, la riserva, alla giurisdizione amministrativa, delle questioni risarcitorie viene ad avere come indefettibile presupposto l’illegittimità di un atto o di un comportamento, accertata giudizialmente o nell’esercizio dell’autotutela.

D’altro canto, la sottoposizione al G. A. delle controversie risarcitorie nell’ambito della propria giurisdizione non preclude al danneggiato la possibilità di adire il G. O., facendo valere esclusivamente la tutela aquiliana, nei casi in cui la misura provvedimento non gli reca alcun pregiudizio (che si è già prodotto, però, nella fase precedente, a causa dell’illegittimo esercizio della funzione, ad es. per il colpevole ritardo della P. A. nella adozione del provvedimento finale); come anche nei casi in cui l’atto è stato impugnato, ma il ricorso è stato respinto per motivi formali, oppure c’è una sopravvenuta carenza di interesse all’annullamento dell’atto, pur residuando un danno da risarcire.

A questa stregua, il G. O. avrebbe possibilità di conoscere dell’illecito commesso dall’Amministrazione indipendentemente dalla esistenza stessa di un atto lesivo.

Giovanni Maria di Lieto