

TEMI ISTITUZIONALI

Azione risarcitoria e giudice amministrativo

*“Le ragioni (anche) dell’interesse pubblico
per un diritto sempre ragionevole”*

*di Vittorio Cesaroni**

Il tema del convegno è quanto mai interessante e soprattutto di massima attualità, ed investe diversi profili che non possono essere trattati tutti compiutamente nel ristretto ambito della odierna relazione. Affrontarlo - almeno secondo l’angolo visuale di un difensore istituzionale della parte pubblica, ma caratteristico del resto di tutte le problematiche di diritto processuale amministrativo (secondo i precetti, tra gli altri, del grande Maestro Mario Nigro) - impone di considerare in fondo il sistema di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti della P.A. nella assoluta peculiarità del giudizio amministrativo, contrassegnato da una parte pubblica necessaria e nel nostro ordinamento in via primaria dalla tutela di una situazione giuridica soggettiva speciale quale quella dell’interesse legittimo al corretto esplicarsi dell’azione amministrativa. Ma, aggiungo subito, del “legittimo interesse” del privato a che questa tutela sia il più possibile effettiva, piena e soddisfacente ed ottenuta in tempi ragionevoli, pur a fronte della esigenza di sottoporre a sindacato le imprescindibili, spesso complesse, ragioni dell’interesse pubblico che, non è inutile ribadire, costituiscono il *quid pluris* peculiare del processo amministrativo.

Considerazione dell’interesse pubblico, anche dell’interesse pubblico, e ricerca costante della più effettiva e soddisfacente tutela degli amministrati, la cui domanda di giustizia nei confronti della P.A., per molteplici ragioni (è

(*) Avvocato dello Stato. Relazione al Convegno del 15 maggio 2009 in occasione del *Premio Antonio Sorrentino*, convegno tenutosi nella Sala dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

inutile tacerlo) è cresciuta in questi ultimi anni in maniera esponenziale, generalizzata e sempre più sofisticata (oserei dire aggressiva), merito anche della capacità di risposta attenta, a dispetto di ogni difficoltà, da parte del giudice amministrativo.

E qui so di far felice, credo, il Presidente de Lise che, tra gli altri, non ha mai mancato, nelle relazioni istituzionali (già come Presidente del TAR del Lazio) e nei qualificati interventi, di ribadire con fermezza che, già *hic et nunc* utilizzando tutte le tecniche di tutela consentite (fino a quelle persino atipiche) e magari con l'intervento illuminato del legislatore, occorre ormai, in linea del resto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, "*abbracciare un modello processuale che consenta al giudice amministrativo di emanare pronunce che, più che dare torto all'amministrazione, diano ragione al privato definendo au fond la res controversa*" (Palazzo Spada, 6 aprile 2009, convegno su "*Giusto processo e processualprocedimento*")

Senza mai dimenticare che "*il compito, o meglio il fine, della giustizia nei riguardi della pubblica amministrazione è costituito dalla tutela del singolo cittadino, ma, al contempo, dalla garanzia del corretto funzionamento dell'amministrazione, nel suo stesso interesse; perché la rimozione di un atto illegittimo deve aiutare a rendere legittimi gli analoghi atti successivi; e perché l'interesse della p.a. è, in realtà, l'interesse di tutti i cittadini*". E questa è musica sinfonica per un avvocato dello Stato.

E' in questa ottica, e soprattutto in questa ottica, che vengo al tema centrale. Ribaltando l'ordine espositivo di una nota trasmissione televisiva di inchiesta (che tra l'altro tende a bacchettare non poco l'amministrazione italiana), vorrei iniziare subito con una "buona notizia", ovvero con una felice constatazione, sul quale c'è ormai unanime consenso.

La buona notizia per il sistema di tutela, *rectius* delle tutele, di giustizia amministrativa sono i passi avanti invero ciclopici fatti nella giusta direzione suesposta nell'arco dell'ultimo decennio.

Solo dieci anni fa si era in una situazione che appare oggi ai nostri occhi, ammettiamolo, quasi arcaica.

Si aveva infatti un sistema di riparto di giurisdizione fondato come sempre sulla natura della situazione giuridica soggettiva, ma caratterizzato da una tutela ripartita e dimidiata tra giudice ordinario e giudice amministrativo nei confronti della P.A., a tutto scapito del cittadino, che strideva con la ragionevolezza, con la concentrazione dei giudizi e quindi con la pienezza ed effettività della tutela.

Il giudice amministrativo poteva annullare con privilegio esclusivo l'atto amministrativo illegittimo, ma - stante il principio quasi dogmatico della irrisarcibilità dell'interesse legittimo - non poteva accordare la eventuale tutela risarcitoria di completamento, aggiuntiva e consequenziale al detto annullamento.

Il Giudice ordinario, pur non potendo incidere in via diretta e principale

sul provvedimento amministrativo, aveva sostanzialmente il monopolio della tutela di tipo risarcitorio, successiva e conseguente all'annullamento, ma ciò a dispetto quanto meno della celerità e della concentrazione dei giudizi.

Oggi - a soli dieci anni dalla svolta epocale della celebre sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, invero anticipata sul piano normativo e settoriale dall'art. 13, D.lgs. n. 142 del 1992 in tema di appalti pubblici comunitari, che faceva cadere il tabù soprattutto culturale (ne va dato atto alla Suprema Corte) della non risarcibilità della lesione di interessi legittimi, sia pure allora attraverso la configurazione di un diritto soggettivo di stampo prettamente civilistico - abbiamo ottenuto altri due risultati rilevanti, ritengo, nella giusta direzione. E ciò è merito del legislatore (con l'art. 7, introdotto *ex lege* n. 205/2000), della Corte Costituzionale (sentenza n. 204/2004 ribadita dalla 191/2006, e dalla n. 351 del 24 ottobre 2008) e del dialogo ragionevole, come si dice, tra i supremi plessi giurisdizionali, di giustizia amministrativa e ordinaria.

E' ora attribuita, per via normativa, in via generalizzata al giudice amministrativo (non solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva, ma nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità) la cognizione della risarcibilità dei danni derivanti da lesione di interessi legittimi.

Come è stato significativamente rilevato (Aldo Linguiti, *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*), ciò non è fine a sè stesso, nè è dovuto solo alla esigenza di concentrazione presso un unico giudice di tutte le conseguenze derivanti dall'adozione di un provvedimento illegittimo (ovvero mancata adozione di atti dovuti o legittimamente attesi). E' frutto a ben vedere di una tardiva, ma inarrestabile mutata concezione ed evoluzione dello stesso interesse legittimo. Emerge una posizione giuridica di valore sostanziale convergente alla realizzazione insieme dell'interesse pubblico (all'origine unico obiettivo dell'esercizio del potere) e, al contempo, dell'interesse del privato destinatario dell'esercizio del potere stesso via via meglio riconosciuto e protetto.

In altri termini anche l'interesse legittimo, come tutte le posizioni giuridiche volte ad ottenere un risultato patrimonialmente apprezzabile, giunge a meritare quella forma di tutela che è espressa dalla risarcibilità dei danni derivanti dalla loro illegittima lesione, quale misura sostitutiva ed equivalente alla violazione dell'ordinamento.

Grazie anche alle precisazioni della Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 204/2004, la riconosciuta risarcibilità dell'interesse legittimo, non costituisce materia nuova, ma solo un ulteriore forma di tutela dello stesso interesse legittimo nascente dal cattivo esercizio del potere autoritativo.

Il riconoscimento formale intervenuto a livello positivo (*ex lege* n. 205/2000) della risarcibilità dei danni da lesioni di interesse legittimo, con contestuale attribuzione anche di tali ipotesi di tutela, aggiuntiva e consequenziale all'annullamento, per quanto eventuale, al giudice amministrativo è stato accettato del resto (*in parte qua*) dalla Suprema Corte regolatrice che, rime-

ditando il proprio iniziale indirizzo, ha affermato che, afferendo anche la tutela risarcitoria (come quella demolitoria primaria) ai rimedi giustiziali contro il cattivo esercizio della pubblica funzione, la relativa competenza giurisdizionale non può che assegnarsi al giudice amministrativo quale “*giudice naturale della legittimità dell’esercizio della funzione pubblica*” (Cass. SS.UU. ord.za n. 13659/06 del giugno 2006).

Il cittadino ha dunque ottenuto una *nuova tutela*, ulteriore ed eventuale, strettamente riconnessa alla tutela dell’interesse legittimo dinanzi ad *unico giudice*, il giudice amministrativo, lo stesso giudice signore del sindacato sulla funzione pubblica, che quindi può dare, entro i limiti e i caratteri della propria giurisdizione sull’interesse pubblico, tutela piena e maggiormente satisfattiva all’interessato.

Confortati dalle pronunce costituzionali che pongono con chiarezza l’accento sulle forme di tutela, traendone le dovute conseguenze sul piano del riparto delle giurisdizioni, non c’è più l’esigenza primordiale di andare a trasfigurare l’interesse legittimo e a configurare il diritto al risarcimento come un diritto soggettivo, autonomo e parallelo, di impronta marcatamente civilistica.

La tesi per così dire *pancivilistica* – diritto soggettivo al risarcimento ex art. 2043 c.c. di competenza del giudice ordinario – può, e deve, a nostro avviso cedere il passo alla impostazione coerentemente *amministrativistica* del tema, una volta che per ammissione condivisa la tutela risarcitoria riconnessa all’interesse legittimo (ovvero al controllo anche consequenziale sull’esercizio della funzione pubblica) avviene ad opera del giudice amministrativo nell’ambito del giudizio amministrativo, che ha come carattere tipico ed esclusivo quel sindacato, in prima battuta di tipo demolitorio. Del resto tale ultimo potere annullatorio non viene escluso alla luce del risarcimento dei danni, ma anzi la reintegrazione in forma specifica viene espressamente riconosciuta come una forma per realizzare il risarcimento: il giudice amministrativo, “*nell’ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all’eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*” (art. 7, legge n. 1034/1971, come modificato dalla legge n. 205/2000).

E qui come è noto nasce, o meglio residua, il problema, tutto interno alla struttura e alla logica della giurisdizione amministrativa, della cd. pregiudiziale amministrativa, ovvero della necessità o meno della previa domanda di impugnazione dell’atto amministrativo, e conseguente dichiarazione di annullamento, ai fini della conseguente domanda di risarcimento danni.

Posizione ripetutamente e fermamente sostenuta dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sin dal 2003 e poi con la n. 12/2007), ed affermata recentemente anche dalla Sezione IV, con sentenze n. 1917/09 del 31 marzo 2009 e n. 2435/09 del 21 aprile 2009. La decisione di marzo 2009, pur ritenendo ammissibile la domanda senza preclusioni d’ordine processuale, e

quindi affermando la propria giurisdizione, statuisce che la domanda risarcitoria da provvedimento non impugnato (o tardivamente impugnato) è infondata nel merito, in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto od illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inopugnato.

L'Adunanza Plenaria n. 12/2007 è stata addirittura sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite in punto di giurisdizione, che con la nota sentenza n. 30254/08 del 23 dicembre 2008, con ampia motivazione, ha ribadito che deve ritenersi ammissibile dinanzi al giudice amministrativo una domanda risarcitoria autonoma (ovvero senza previo annullamento dell'atto illegittimo), intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, spingendosi a statuire che *“la decisione del giudice amministrativo, che neghi tale tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione”*.

Su questo punto dunque il contrasto tra Consiglio di Stato e Corte di Cassazione appare ancora netto, anche se al riguardo ci permettiamo di essere moderatamente ottimisti, nonostante tutto, anche alla luce della dimostrata capacità di dialogo ragionato tra i supremi plessi, entrambi ugualmente motivati comunque dall'attenzione per la più piena ed effettiva tutela che l'ordinamento, considerato in modo sistematico, deve riconoscere.

In tale ottica dobbiamo solo augurarci tutti che dopo essere arrivati, per i passi significativi illustrati, assai vicini alla meta, non si riporti invece... a metà del guado.

Certo è che la *querelle* a distanza si è recentissimamente rinvigorita. La Sezione VI del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 2436/09 del 21 aprile 2009, esplicitando consapevolmente la problematica e il contrasto esistente, ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione della pregiudizialità amministrativa, ipotizzando tra l'altro anche violazioni di diversi precetti costituzionali. Va dato atto, oltre che della argomentatissima motivazione sotto tutti i profili, della chiarezza, sicuramente inusuale, in cui si afferma di dover pronunciare una sentenza, ove costretti in adesione non condivisa alla Cassazione, una sentenza *“suicida”* (letteralmente). Si rimette pertanto alla Plenaria la questione della pregiudiziale *“nella lettura dell'art. 7 datane dalla Cassazione e con il principio di ragionevolezza anche sistematica, con i principi costituzionali considerati, e con le seguenti norme costituzionali...”* (artt. 81, u.c.; art. 97; art. 113, co.3; artt. 103 e 113).

E' facile ipotizzare una possibile rimessione della Plenaria al Giudice del

vaglio costituzionale. Sarebbe auspicabile magari un consapevole intervento del legislatore.

A prescindere dal merito, lasciatemi dire - con il massimo rispetto dovuto alla Suprema Corte, alla rispettabilità di tutte le posizioni ermeneutiche, ma nella ricerca comunque delle concezioni culturali sottese in dati periodi anche alle decisioni dei giudici - che francamente, quale cultore ed operatore del diritto amministrativo, trovo paradossale, e quantomeno ingeneroso, che il giudice amministrativo tutto, Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali, che ha sempre affinato negli anni la sua capacità di dare sempre più penetrante tutela sul versante della tutela tipica dell'interesse legittimo, sia in sede di giurisdizione di legittimità, che esclusiva (basti pensare che tutte le leggi sul procedimento e sul processo amministrativo di regola hanno "fotografato" quanto già sapientemente acquisito nelle aule di giustizia), possa essere ora tacciato di giudice conservatore, timidamente sulla difensiva proprio nel momento dell'acquisizione di una nuova forma di tutela (risarcitoria da interesse legittimo) al suo armamentario giuridico.

Comprendo la facile obiezione, che forse in parte può essere comprensibile: non sarà proprio forse perché il giudice amministrativo sta abdicando ingiustificatamente al suo ruolo anche innovativo, non riuscendo ad andare oltre alla secolare tutela pur sempre principale di tipo demolitorio?

Sommessamente non riteniamo, peraltro, che il reale nodo cruciale sia questo.

Invero la sensazione è che alla concezione pancivilistica ricordata, che ora non può trovare più ingresso, forse si vuole sostituire, con esiti imprevedibili nel campo amministrativistico, una concezione *panrisarcitoria*, che finisce per mettere giocoforza in secondo piano la tutela primaria dell'interesse legittimo attraverso l'annullamento dell'atto o comunque l'accertamento, necessario e preventivo, dell'illegittimità dell'azione amministrativa, sia pure con il massimo riguardo agli effetti consequenziali; mettendo altresì in discussione - di qui forse non è infondato il riferimento ad opzioni di tipo "suicida" - l'essenza stessa del giudizio amministrativo, per come costituzionalmente concepito e consolidato.

Non si potrà negare che, in nome di una apparente battaglia a favore di una più ampia tutela del privato nei confronti della P.A., si finisce per incidere e snaturare tutta la struttura, e l'intima logica, del processo amministrativo, come processo - per questo si è evidenziato in apertura, anche con l'ausilio delle efficaci parole... presidenziali - tra parte pubblica e privato, in cui devono necessariamente essere considerate e attentamente valutate anche le ragioni di interesse pubblico sottese all'esercizio della funzione amministrativa, sia pure al fine di soddisfare, per quanto possibile, la domanda di giustizia del privato.

Il tempo è tiranno e non posso dar conto di tutte le, a mio avviso, efficaci

considerazioni contenute nell'ordinanza ultima di rimessione alla Plenaria della VI Sezione.

La mia tesi di fondo, come forse si è compreso, è che a legislazione invariata ragioni di coerente ordinamento giuridico, costituzionalmente fondato, di struttura del giudizio amministrativo, di principi profondi dell'attività amministrativa (dalla presunzione di legittimità dell'atto alla certezza e all'esigenza di consolidamento delle situazioni di diritto pubblico), di logica e ragionevolezza, anche nell'interesse di una tutela effettiva e globale da riconoscere al privato destinatario dell'azione della P.A. e di rispetto delle ragioni dell'interesse pubblico più generale, portano a propendere affinché tale problematica, a partire dalla pregiudiziale, venga comunque governata e regolata nell'ambito della giurisdizione amministrativa, alla quale ormai è pacificamente attribuita.

Non è dunque - o non può essere più - un problema di giurisdizione, perché come visto il giudice amministrativo non nega affatto la propria giurisdizione, ma decide sui propri poteri di tutela riconosciuti dall'ordinamento, costituzionalmente affermati.

Non ho dubbi che il giudice amministrativo, pressato non solo dalla Casazione ma dalla sempre più incessante e originale domanda di giustizia, saprà affinare nel tempo le forme di tutela possibili ma, quando c'è in campo (anche) l'interesse pubblico, l'idea di un diritto soggettivo pieno, autonomo e parallelo, al risarcimento del danno deve comunque fare i conti con l'assetto e la coerenza del sistema ordinamentale, che allo stato attuale non consentono addirittura che la tutela principale di tipo impugnatorio o di riconoscimento della legittima pretesa sostanziale (quanto agli interessi di tipo pretensivo) assuma connotazioni di carattere recessivo e residuale rispetto alla tutela risarcitoria.

Ben venga, per ora, la giurisdizione piena del giudice amministrativo con la tutela risarcitoria, ulteriore aggiuntiva ed eventuale, ma non certo svincolata dal preventivo necessario accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa.

Accertamento che non può avvenire nel nostro vigente ordinamento sotto forma di disapplicazione in via principale da parte del giudice amministrativo dell'atto amministrativo, non impugnato o non tempestivamente impugnato, ai fini di dare autonomo ingresso all'azione risarcitoria.

Appare altresì francamente inaccettabile una concezione di illiceità-ingiustizia del danno che prescindendo dal presupposto necessario, anche se non sufficiente oltretutto, della dichiarata illegittimità dell'operato amministrativo.

Tra i vari argomenti contrari viene citato anche l'art. 21 *octies* della legge n. 241/90, come modificato dalla legge n. 15/2005, laddove consente al giudice di non annullare l'atto pur in presenza di vizi formali procedurali, laddove il contenuto dispositivo non avrebbe potuto nella sostanza essere diverso. Qui l'illegittimità (formale) consentirebbe - se prospetta - di dare ingresso al-

l'azione risarcitoria, pur in assenza dell'annullamento; ma ci permettiamo di dissentire perché innanzitutto vi è comunque una domanda in via principale sull'atto e poi è la riprova che, a fronte delle documentate ragioni di interesse pubblico allegate in giudizio, l'atto è da ritenersi *sostanzialmente* legittimo, e infatti non annullabile, senza possibile pretesa ulteriore.

Anche sul piano pragmatico, poi, per ragionare al di là delle disquisizioni giuridiche formali, si pensi alle conseguenze poco congrue, per usare un eufemismo, che potrebbero derivare ove si lasciasse la scelta all'interessato (anzi agli interessati) - già *ex se* inammissibile nel campo del diritto amministrativo, per i motivi ricordati - tra impugnazione dell'atto in via principale al fine della sua rimozione e domanda autonoma al fine del risarcimento del danno comunque patito, svincolata dall'accertamento della illegittimità dell'attività amministrativa. Avremmo da un lato un incentivo al disinteresse della P.A. verso una reale legalità della propria azione, potendo confidare sull'intangibilità del proprio operato in ipotesi di atti illegittimi, laddove si rischia (come male minore, al di là dei profili di responsabilità) solo l'eventuale risarcimento.

Ma quel che è più grave - quale mero esempio, senza voler dare suggerimenti criminosi (per i quali purtroppo la realtà sovente supera la fantasia) - si potrebbe giungere ad accordi collusivi tra interessati e controinteressati (penso alle gare d'appalto) in cui la ditta in ipotesi illegittimamente aggiudicata si accordi con la ditta illegittimamente esclusa (e potenziale vincitrice), affinché quest'ultima non presenti o non coltivi il ricorso giurisdizionale di annullamento, "accontentandosi" del successivo probabile risarcimento danni: qui avremmo sì la piena tutela di due privati, ma con doppio esborso e doppio danno erariale!

Al di là di ogni temporanea pessimistica considerazione, è lecito pronosticare che si giungerà, o per via giurisprudenziale o per via normativa, infine ad un soddisfacente concordato sul punto che assicuri, come evidenziato in apertura, che il giudizio amministrativo, anche con riferimento alla nuova tutela risarcitoria, non venga snaturato nella sua struttura e nelle sue funzioni primarie, come unico giudizio capace, ontologicamente e storicamente, di coniugare un penetrante sindacato di controllo sulla funzione pubblica, nel rispetto delle ragioni dell'interesse pubblico, con le esigenze di effettività della tutela richiesta dal privato.

Il Presidente Caianiello affermava che le sentenze devono essere soprattutto ragionevoli, in modo da essere facilmente comprese ed accettate.

Lasciatemi concludere affermando, non senza orgoglio e convinzione, che l'Avvocatura dello Stato cercherà in ogni caso di rappresentare le ragioni dell'Amministrazione nel giudizio, confidando in un diritto sempre 'ragionevole' per l'interesse pubblico in uno con le legittime aspettative dei privati.