



Università degli studi di Roma  
**Tor Vergata**  
Facoltà di Giurisprudenza

**Scuola di Specializzazione per le professioni legali**

**Tracce**

**Prova Finale**  
**25 luglio 2006**

**A.A. 2005 / 2006**





Università degli studi di Roma  
**Tor Vergata**  
**Facoltà di Giurisprudenza**

**Scuola di Specializzazione per le professioni legali**

## **Diritto Civile**



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"  
Facoltà di Giurisprudenza  
Scuola Biennale di Specializzazione per le professioni legali  
A. A. 2005/2006

PROVA FINALE  
25 luglio 2006

## **DIRITTO CIVILE**

### **TEMA**

Il recesso tra diritto comune e forme di tutela contrattuale.

### **PARERE**

Un imprenditore agricolo, con azienda in una zona a vocazione turistica avente ad oggetto produzione tradizionale e tipica, e la proprietaria di una villa poco distante della quale affitta le camere, intendono contrarre matrimonio; in vista di ciò ricercano anche ipotesi di collegamento delle loro iniziative economiche. Lo specializzando segnali soluzioni e modelli a suo avviso interessanti.

### **ATTO**

I Signori Tizio e Caio si recano dal notaio Romolo Romani per una compravendita di area fabbricabile che avverrà al prezzo di € 100 al m.c.; Tizio si riserva il diritto di riscattare l'area entro un termine da convenire a parità di prezzo, oltre ad una rivalutazione pari all'indice di svalutazione. Lo specializzando, assunte le vesti del notaio, rediga l'atto inserendo anche una clausola relativa al riscatto dell'area rispetto ai sub acquirenti.



Università degli studi di Roma  
**Tor Vergata**  
**Facoltà di Giurisprudenza**

**Scuola di Specializzazione per le professioni legali**

# **Diritto Penale**



*Diritto penale*

Scuola di Specializzazione per le professioni legali

Prova finale 25 luglio 2006

L'art. 56 cp quale clausola estensiva della punibilità e le connesse problematiche in tema di tipicità ed offesa.

## *Diritto penale*

### **Atto di costituzione di parte civile**

Durante una serata in discoteca, Tizio, giovane libero professionista, importuna una donna, rivolgendole frasi molto galanti. Ne segue una discussione animata tra più persone, durante la quale Caio, amico della donna, aggredisce fisicamente Tizio procurandogli ematomi al volto tali da impedirgli di lavorare con proficuità per circa venti giorni. A seguito di querela, inizia un procedimento penale presso la procura della Repubblica di Roma.

Avendo a mente l'ipotesi di reato consumatasi in concreto e assunte le vesti del suo avvocato, si rediga nell'interesse del danneggiato una costituzione di parte civile completa di tutti gli elementi necessari all'ammissibilità dell'atto.

Si precisi, nell'intestazione, dinanzi a quale autorità giudiziaria (anche tenendo conto della competenza funzionale) va effettuata la costituzione di parte civile.

## Diritto Penale

### Parere

In un concorso statale per titoli ed esami, al quale partecipano una pluralità di candidati, la commissione esaminatrice ha attribuito il punteggio ai titoli dopo aver valutato le prove scritte, in aperto contrasto con la disciplina in materia di reclutamento del pubblico impiego, la quale impone che la valutazione dei titoli avvenga prima di esaminare gli altri elaborati. Tutto ciò allo scopo di "aggiustare" il punteggio finale, poi riprodotto in graduatoria, intenzionalmente procurando un vantaggio a taluni a detrimento di altri.

Si dica qual è la fattispecie penale eventualmente integrata, tracciando i profili materiali e soggettivi desunti dalla specifica previsione.



Università degli studi di Roma  
**Tor Vergata**  
Facoltà di Giurisprudenza  
Scuola di Specializzazione per le professioni legali

## **Diritto Pubblico**





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "TOR VERGATA"  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
SCUOLA DI SPECIALIZZAZIONE PER LE PROFESSIONI LEGALI  
A.A. 2005/2006

PROVA FINALE  
25 luglio 2006

**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

TEMA

Il riparto di giurisdizione rispetto all'azione risarcitoria proposta in seguito all'annullamento di atti amministrativi; la natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione nelle diverse fattispecie di danni causati nell'esercizio di attività amministrativa illegittima.

ATTO

Predisponga il candidato l'atto giudiziario ritenuto più opportuno, fra i vari proponibili, a tutela della società Stylo avverso la sentenza del TAR della Puglia, Lecce, Sez. II, n. 3710/06, allegata.

PARERE

La Società Alfa, dopo aver ottenuto l'annullamento da parte del Consiglio di Stato di un diniego di concessione edilizia per la realizzazione di due villette destinate alla vendita, richiede alla P.A. il rilascio del titolo a costruire. Stante l'inerzia della P.A., la Società Alfa si rivolge ad un legale. Il candidato, assunto le vesti del legale, rediga motivato parere sulle azioni più opportune da intraprendere contro la predetta Amministrazione, trattando le questioni sottese alla fattispecie, tenendo conto che il Consiglio di Stato aveva accertato la compatibilità del progetto presentato dalla Società interessata con il piano regolatore.

# REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

Registro Decis.: 3710/'06

Registro Gen.: 21/2006

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Seconda Sezione di Lecce, nelle  
persone dei signori Magistrati:

**ANTONIO CAVALLARI**, Presidente

**GIULIO CASTRIOTA SCANDERBEG**, Primo Referendario

**TOMMASO CAPITANIO**, Referendario, relatore

ha pronunciato la seguente

## SENTENZA

sul ricorso n. 21/2006, proposto da Stylo S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Unimatica S.p.A. e Eactivity.it  
S.r.l., nonché da Unimatica S.p.A. e Eactivity.it S.r.l., in persona dei legali  
rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv. Silvio Missio e Andrea Scarpellini  
Camilli, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Lecce, Via 95°  
Reggimento Fanteria, 1,

contro

COMUNE di LECCE, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Luisa De Salvo e Laura Astuto, con domicilio eletto in Lecce, presso la Casa Comunale,

**e nei confronti di**

SINCON S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita,

**per l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione,**

- del provvedimento emesso il 2.11.2005, prot. n. 0113651 inviato a mezzo lettera racc. a/r in data 3.11.2005, con cui veniva comunicata l'esclusione dalla partecipazione alla gara di appalto;
- della nota dell'Avvocatura del Comune di Lecce d.d. 9 novembre 2005, pervenuta in data 21.11.2005, confermativa della esclusione dalla partecipazione alla gara di appalto;
- del bando di gara per pubblico incanto nella sua totalità, ivi comprese le disposizioni contenute nel Capitolato Speciale e nelle specifiche tecniche che ne costituiscono parte;
- degli artt. 4 e 8 del Capitolato qualora si dovesse intendere la relativa clausola prevista a pena di esclusione;
- di ogni atto connesso, presupposto e/o consequenziale,

**e per la condanna dell'Amministrazione**

al risarcimento del danno ingiusto subito dalla ricorrenti a causa dell'esecuzione dei predetti provvedimenti;

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso;

Vista la domanda cautelare proposta unitamente al ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato;

Uditi nella Camera di Consiglio del 14 giugno 2006 il relatore Ref. Tommaso Capitanio, e, per le parti costituite, gli avv. Scarpellini Camilli e Astuto.

### FATTO

1. Le imprese ricorrenti hanno preso parte, in ATI, alla gara indetta dal Comune di Lecce per l'affidamento della fornitura, installazione ed integrazione di un'infrastruttura tecnologica per l'erogazione di servizi "e-learning", risultandone escluse per avere consegnato il plico contenente l'offerta a mano all'Ufficio Protocollo dell'ente, anziché a mezzo Poste Italiane S.p.A. o agenzia di recapiti autorizzata.

Poiché:

a) l'Ufficio Protocollo ha attestato la data e l'ora di ricezione del plico (il quale è stato consegnato entro il termine fissato negli atti indittivi della gara);

b) la clausola del bando relativa alle modalità di spedizione dell'offerta non comminava espressamente l'esclusione per l'eventuale inosservanza di tali modalità;

c) l'esclusione non è stata disposta nel corso della seduta riservata all'esame della documentazione – svoltasi il 31.10.2005, alla presenza di rappresentanti delle imprese ricorrenti – ma in una seduta successiva, alla quale non era presente alcun soggetto estraneo alla Commissione di gara, trattandosi di seduta segreta, dedicata alla valutazione dei progetti tecnici,

Stylo S.r.l. e le imprese mandanti adiscono il TAR, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti indicati in epigrafe e il risarcimento del danno ingiusto ad esse cagionato dall'illegittima aggiudicazione dell'appalto.

Oltre ai motivi dianzi indicati, in via subordinata le ricorrenti deducono l'irragionevolezza delle clausole del Capitolato speciale (in particolare gli artt. 4 e 8), in cui erano stabilite le modalità di invio dei plichi contenenti l'offerta economica e il progetto tecnico, laddove il combinato disposto fra le predette norme dovesse interpretarsi nel senso che la violazione di tali modalità comporti l'esclusione delle imprese che non si siano attenute alla clausola di cui all'art. 4 del CSA.

2. Si è costituito solo il Comune di Lecce, il quale eccepisce preliminarmente la tardività del ricorso nella parte in cui si impugna la predetta clausola del bando. Nel merito, invece, l'Amministrazione sostiene che:

- è irrilevante il fatto che l'esclusione dell'ATTI ricorrente sia stata decisa in una seduta diversa da quella deputata alla verifica della documentazione inviata dalle imprese partecipanti;

- non era necessario comunicare l'avvio del procedimento, in quanto l'esclusione è stata disposta nell'ambito del procedimento principale;

- la Commissione ha applicato pedissequamente il bando di gara.

3. Alla camera di consiglio del 16 febbraio 2006 – fissata per la trattazione della domanda incidentale di sospensiva – le ricorrenti hanno chiesto l'abbinamento della fase cautelare al merito.

Con motivi aggiunti, notificati in data 22.2.2006, le ricorrenti hanno impugnato anche il provvedimento con cui è stata decretata l'aggiudicazione definitiva della gara in argomento.

Infine, all'odierna udienza pubblica la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Il ricorso in epigrafe è inammissibile, per le ragioni che di seguito si esporranno.

2.1. La giurisprudenza amministrativa è ormai costante nell'affermazione secondo cui un concorrente illegittimamente pretermesso nel corso dello svolgimento di una gara ad evidenza pubblica può, al fine di evitare che la conclusione del procedimento radichi in capo all'aggiudicatario provvisorio e/o agli altri concorrenti posizioni giuridiche consolidate (ad esempio, a seguito della consegna dei lavori o dell'integrale esecuzione dell'appalto), impugnare immediatamente l'atto con cui si dispone l'aggiudicazione provvisoria o, se viene adottato dalla stazione appaltante, il separato provvedimento con cui l'interessato viene escluso dalla gara (tale strategia difensiva, per inciso, è stata seguita anche dalle odierne ricorrenti, come si evince dal fatto che, nel corpo del ricorso non vengono menzionate le determinazioni dirigenziali n. 60 dell'8.11.2005 e n. 61 del 14.11.2005, recanti, rispettivamente, l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva della gara in questione).

Pertanto, al fine di poter coltivare la possibilità di conseguire l'annullamento della gara, è necessario che venga impugnata tempestivamente l'aggiudicazione definitiva, provvedimento che, come è noto, non costituisce mera presa d'atto degli esiti della gara, essendo invece l'atto con cui l'Amministrazione appaltante esprime formalmente la scelta del contraente privato. Pertanto, laddove l'aggiudicazione definitiva non venga impugnata nei termini (espressamente e con la formulazione di specifiche censure, non essendo possibile riferire il ricorso ad un atto nello stesso non menzionato, ancorché esistente alla data di attivazione del procedimento di notifica, sulla base della sola formula stereotipa "tutti i provvedimenti connessi e/o consequenziali"), il ricorso avverso gli atti presupposti deve essere dichiarato improcedibile, visto che, laddove

l'atto di aggiudicazione definitiva non venga eliminato dal mondo giuridico, effetti si consolidano, privando in tal modo il ricorrente dell'interesse ad ottenere la decisione sull'impugnazione degli atti propedeutici (in tal senso, cfr. per tutti Cons. Stato, Sez. V, decisione n. 2168/2005, e Sez. IV, decisione n. 1519/2004).

2.2. Ciò premesso, si deve osservare che nel caso di specie le ricorrenti non hanno tempestivamente impugnato il provvedimento recante l'aggiudicazione definitiva, o, *recte*, esse non hanno investito tempestivamente il Tribunale della relativa impugnazione.

E' accaduto infatti (e ciò il Collegio ha potuto desumere esclusivamente dalla lettura della memoria difensiva del Comune, depositata in data 8.6.2006) che le ricorrenti hanno proposto motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva, ma il relativo ricorso non è stato mai depositato presso la Segreteria del TAR.

Ovviamente, dall'inesistenza dei motivi aggiunti discende, per quanto detto al precedente punto 2.1., l'inammissibilità *in toto* del ricorso.

3. 1 Alla declaratoria di inammissibilità della domanda impugnatoria dovrebbe conseguire *naturaliter* la declaratoria di inammissibilità della domanda risarcitoria, secondo la regola della cd. pregiudizialità amministrativa (espressa, come è noto, in forma di arresto definitivo, dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 26.3.2003, n. 4).

Pertanto una siffatta piana conclusione non è più possibile, alla luce delle recentissime decisioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ordinanze 13.6.2006, n. 13659 e n. 13660), in cui il Giudice regolatore della giurisdizione ha affermato principi che impongono di riflettere sulla questione.

3.2 La vicenda della risarcibilità delle lesioni arrecate agli interessi legittimi vede iniziare lo "ultimo miglio" della sua storia con la direttiva del Consiglio CEE 21

dicembre 1989 n.665;le disposizioni più significative (ai fini di specie) della direttiva sono le seguenti:

“ Art. 1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che,per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305 CEE e 77/62 CEE,le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e,in particolare,quanto più rapido possibile,secondo le disposizioni previste negli articoli seguenti,in particolare l'art2,paragrafo 7,in quanto tali decisioni hanno violato il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che recepiscono tale diritto.

2. ....

3.Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili,secondo modalità che gli Stati membri possono determinare,per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata.In particolare gli Stati membri possono esigere che la persona che desideri avvalersi di tale procedura abbia preventivamente informato l'autorità aggiudicatrice della pretesa violazione e della proprie intenzione di presentare un ricorso.

Art.2. 1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'art.1 prevedano i poteri che permettano di:

a)prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti,compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;



b)annullare o far annullare le decisioni illegittime.....

c)accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

2.....

3.....

4. Gli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile,quando  
esamina l'opportunità di prendere provvedimenti provvisori,possa tener conto delle  
probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere  
lesi,nonché dell'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti  
qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive:La decisione di non  
accordare provvedimenti provvisori non reca pregiudizio agli altri diritti rivendicati  
dalla persona che chiede tali provvedimenti.

5.Gli Stati membri possono prevedere che ,se un risarcimento danni viene  
domandato a causa di una decisione presa illegalmente ,per prima cosa l'organo che ha  
la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.”

3.3 La giurisprudenza comunitaria ha reso particolarmente incisiva la tutela apprestata  
dalla direttiva sopra citata prevedendo da un lato la responsabilità dello Stato membro  
per il fatto di non aver approntato la tutela giuridica contemplata dalla  
direttiva,dall'altro il diritto, di chi avesse per tale ragione subito una lesione ,di chiedere  
il risarcimento del danno allo Stato (sentenze 19 novembre 1991 “Francovich” e 14  
luglio 1994 “Faccini Dori”).

Si determinava così l'inserzione di regole comunitarie nell'ordinamento nazionale  
(secondo un procedimento che un acuto osservatore delle cose giuridiche assimilava al  
comportamento delle termiti,che svuotano le costruzioni lignee dall'interno  
determinandone il crollo),sicché il titolare di un interesse legittimo leso dalla stazione  
appaltante poteva ottenere il risarcimento del danno patito,ancorché l'ordinamento

nazionale (secondo la interpretazione giurisprudenziale) non contemplasse tale possibilità.

A ciò ha fatto seguito l'art.13 della legge 19 febbraio 1992 n.142, che ha previsto il risarcimento del danno causato da atti illegittimi in materia di appalti pubblici, subordinando l'instaurazione della controversia innanzi al giudice ordinario all'annullamento dell'atto lesivo da parte del giudice amministrativo.

E' intervenuta poi la sentenza della Corte di Cassazione n.500 del 1999, che ha riconosciuto la risarcibilità, in via generale, dei danni causati da lesioni arrecate ad interessi legittimi, e la legge n.205 del 2000 che, sostituendo con l'art.7 l'art.35 del d.lgs. n.80 del 1998, ha attribuito al giudice amministrativo il potere di disporre, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, il risarcimento del danno ingiusto (primo comma) e di conoscere di tutte le questioni relative al risarcimento del danno "nell'ambito della sua giurisdizione".

4.1 - L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza 26 marzo 2003 n.4 (che richiama la sentenza della IV Sezione 15 febbraio 2002 n.3338), ha ritenuto che "una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell'atto illegittimo è quella risarcitoria conseguente, non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l'azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari".

La sentenza della Corte costituzionale n.204 del 2004 (secondo la quale confligge con principi costituzionali l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione di tutte le controversie in materia di pubblici servizi, e quindi anche di quelle relative a vicende nelle quali non v'era stata la spendita di un potere autoritativo, nonché della cognizione delle controversie afferenti comportamenti in materia urbanistica ed edilizia) ha comportato la necessità di riflettere sull'assetto della giurisdizione generato dalla legge n.205 del 2000.

La Corte di Cassazione (con l'ordinanza 31 marzo 2005 n.6745) ha ritenuto che il risarcimento del danno causato da una attività amministrativa dovesse essere necessariamente chiesto al giudice amministrativo, risultando preclusa la facoltà di chiedere autonomamente il risarcimento del danno dinanzi al giudice ordinario.

Questo sia per l'esigenza di concentrare innanzi ad un medesimo giudice la tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche (esigenza avvertita e nei lavori preparatori e nell'art.7 della legge n.205/2000 e nell'interpretazione data dalla sentenza della Corte Costituzionale n.204/2004), sia per l'esigenza di evitare che la concentrazione giudiziaria perseguita dal legislatore sia rimessa alla volontà delle parti.

Le Sezioni Unite Civili sono ritornate sulla questione (sempre in sede di regolamento preventivo di giurisdizione) con l'ordinanza

23 gennaio 2006 n.1207 ed hanno ritenuto che :a)la connessione legale fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria è subordinata all'iniziativa del ricorrente,il quale è libero di esercitare in un unico contesto entrambe le azioni,ovvero di "riservarsi l'esercizio separato dell'azione risarcitoria dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto o del provvedimento illegittimo,proponendo la sua domanda al giudice ordinario,cui compete in via generale la cognizione sulle posizioni di diritto soggettivo;b) resta, esclusa dalla giurisdizione del giudice ordinario l'azione risarcitoria avente ad oggetto il pregiudizio derivante da un atto amministrativo definitivo per difetto di tempestiva impugnazione,essendogli precluso il sindacato in via principale sull'atto o sul provvedimento amministrativo;c)quando non viene in contestazione il legittimo esercizio dell'attività amministrativa,perché l'atto è stato annullato in sede di autotutela o dal giudice amministrativo o abbia esaurito i suoi effetti,"l'azione risarcitoria rientra nella giurisdizione generale del giudice ordinario,non operando nella specie la connessione legale fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria".

4.2 Da ultimo (ordinanze 13.6.2006, n. 13659 e n. 13660) le Sezioni Unite Civili hanno sviscerato l'argomento,con una ampia trattazione.

Adita in sede di regolamento preventivo di giurisdizione (nell'ambito di due controversie concernenti, rispettivamente, un'azione risarcitoria per danno da occupazione acquisitiva e un'azione risarcitoria per danno da ritardo), la Cassazione ha colto l'occasione per procedere ad una risistemazione degli ambiti delle giurisdizioni civile ed amministrativa in materia risarcitoria; in ciò chiaramente stimolata anche dalle considerazioni espresse dalla Corte Costituzionale nella recentissima sentenza 11.5.2006, n. 191, con la quale la Consulta ha completato il lungo discorso avviato con la sentenza 6.7.2004, n. 204, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 53 del T.U. n. 327/2001, nella parte in cui la norma, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a "i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non esclude i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere. X

4.3 Muovendo dalle argomentazioni su cui si fondano le decisioni della Corte Costituzionale e dopo aver compiuto un ampio *excursus* sull'evoluzione storica della giurisdizione amministrativa e dei suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria, le ordinanze delle SS.UU. n. 13659 e n. 13660 del 2006, pervengono all'affermazione dei seguenti principi:

- la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario, "...quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo, o, se la

sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto" (a questo proposito, le SS.UU. affermano espressamente di condividere il principio di diritto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 204 del 2004, secondo cui la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento, e ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento);

- la giurisdizione amministrativa non sussiste quando l'Amministrazione agisca in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile a mera attività materiale, e comunque ogni qualvolta l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda;

- per venire a casi pratici, sussiste la giurisdizione dell'A.G.O. in caso di un'azione risarcitoria proposta a tutela dei diritti incompressibili, come la salute o l'integrità personale, oppure quando la lesione del patrimonio del privato sia l'effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato ;

- sussiste invece la giurisdizione amministrativa quando la situazione soggettiva di base ha consistenza di interesse legittimo, e ciò anche nei casi in cui non viene in evidenza l'annullamento di un provvedimento autoritativo (danno da ritardo, inerzia della P.A., etc.);

- la tutela risarcitoria degli interessi legittimi va chiesta al giudice amministrativo, unitamente alla tutela impugnatoria o separatamente da questa; in tal caso nel termine prescrizione. Nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo dichiari inammissibile una domanda risarcitoria sul presupposto che non è stato impugnato

tempestivamente l'atto dalla cui esecuzione è derivato il danno di cui si chiede il ristoro, la pronuncia è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111, ultimo comma, Cost., e 362, primo comma, c.p.c., configurandosi nel caso di specie il rifiuto da parte del giudice amministrativo di esercitare una giurisdizione che gli appartiene e venendo a configurarsi una ipotesi di ricorso per motivi di giurisdizione (art. 111 della Costituzione e art. 362, primo comma, c.p.c.).

4.4 La Corte di Cassazione ha quindi superato :a) sia l'orientamento espresso nella ordinanza 31 marzo 2005 n.6745, secondo il quale la tutela impugnatoria e quella risarcitoria, in caso di lamentate lesioni di interessi legittimi, venivano ad essere concentrate innanzi al giudice amministrativo per ragioni di effettività e pienezza della tutela giurisdizionale; il superamento avviene sul piano della elaborazione concettuale, molto più ampia e sofisticata; b) sia l'orientamento espresso nella ordinanza 23 gennaio 2006 n.1207, che riconduceva all'iniziativa della parte il collegamento fra azione risarcitoria e azione impugnatoria, subordinando tuttavia l'esercizio dell'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario all'annullamento dell'atto amministrativo da parte del giudice amministrativo ogni qual volta la lesione fosse causata dall'esercizio di un potere autoritativo; al giudice ordinario spettava invece di conoscere le azioni risarcitorie ogni qual volta non fosse in discussione il legittimo esercizio dell'azione amministrativa.

Tale superamento avviene rifiutando l'approccio alla vicenda fornito dalla sentenza della Corte di Cassazione n.500 del 1999, secondo il quale il giudice ordinario può ben conoscere delle pretese risarcitorie assumendo l'atto amministrativo come fatto, elemento costitutivo dell'illecito lamentato; approccio seguito anche dopo l'intervento dell'art.7 della legge n.205 del 2000, sul presupposto che l'ambito cognitivo attribuito al giudice amministrativo non concreterebbe una concentrazione necessaria, con attrazione

inscindibile della tutela risarcitoria da parte della tutela impugnatoria e con sottrazione al giudice ordinario di un ambito tradizionalmente attribuitogli quale giudice per elezione dei diritti (art.103 della Costituzione).

L'elemento di novità sul quale si fonda l'articolata elaborazione delle ordinanze in questione è costituito dalla assunzione come situazioni giuridiche distinte ed autonome dell'interesse legittimo e del diritto al risarcimento del danno; della prima conosce il giudice amministrativo (in base all'art.103 della Costituzione), della seconda conosce sempre il giudice amministrativo in base all'art.35, primo e quarto comma del d.lgs.n.80 del 1998 (come riscritto dall'art.7 della legge n.205 del 2000), nell'ambito rispettivamente della giurisdizione esclusiva e della giurisdizione di legittimità.

Della pretesa risarcitoria il giudice amministrativo deve conoscere quale diritto, quindi in base alle regole sostanziali e processuali che disciplinano i diritti.

Vale la pena di sottolineare che l'atto amministrativo, nell'ambito della pretesa risarcitoria, è conosciuto dal giudice amministrativo non in quanto tale (e cioè regola dell'interesse pubblico e al tempo stesso dell'interesse privato, quindi dell'interesse legittimo) ma come elemento costitutivo dell'illecito, se determina un danno.

Questa ricostruzione è ritenuta "coerente con il processo di evoluzione che caratterizza l'interesse legittimo, che va perdendo la sua tradizionale funzione meramente famulativa o ancillare rispetto all'interesse pubblico, per assumere un più marcato connotato sostanziale..." (ord.n.13659 del 2006).

4.5 Si deve a questo punto osservare che la norma oggetto di interpretazione attribuisce, sic et simpliciter, al giudice amministrativo le questioni relative al risarcimento del danno nell'ambito della giurisdizione esclusiva e della giurisdizione di legittimità.



Tale attribuzione ha superato il vaglio della legittimità costituzionale, in riferimento alla qualificabilità delle questioni risarcitorie come una "materia" e quindi alla coerenza con l'art.103 Cost. dell'attribuzione di tale ambito cognitivo al giudice amministrativo; la sentenza n.204 del 2004, infatti, ha ritenuto che "il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione".

Se la qualificazione del risarcimento come mezzo di tutela ulteriore dell'interesse legittimo sembra interpretabile come riconduzione del primo nell'ambito della figura giuridica dell'interesse legittimo, la successiva sentenza della Corte Costituzionale n.191 del 2006, nell'escludere che la domanda proposta dal cittadino per ottenere esclusivamente il risarcimento del danno competa per ciò solo al giudice ordinario (e questa esclusione spiega il superamento del concetto espresso nella ordinanza n.1207 del 2006, secondo il quale la connessione legale fra tutela risarcitoria e tutela impugnatoria è subordinata all'iniziativa del ricorrente, che sarebbe libero di esercitare l'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto amministrativo dal giudice degli interessi legittimi), afferma che "... non intende questa Corte prendere posizione sul tema della natura della situazione soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma secondaria, id est sanzionatoria di condotte aliunde vietate, oppure primaria) dell'art.2043 cod.civ.....".

4.6 Ciò premesso si deve ricordare che il risarcimento del danno (lo si riconduca all'art.2043 c.c. o all'art.1218 c.c., a seconda che si costruisca come aquiliana o contrattuale la responsabilità della pubblica amministrazione) ha come suo elemento

costitutivo l'ingiustizia dello stesso; è danno ingiusto quello arrecato non iure e contra ius, cioè quello arrecato da un fatto che non trova giustificazione nell'ordinamento giuridico ed è lesivo di una situazione giuridica protetta. E' quindi danno risarcibile la lesione, non giustificata dall'ordinamento, arrecata ad una situazione giuridica protetta.

La risarcibilità, al pari della reintegrazione in forma specifica, costituisce uno dei mezzi di protezione della situazione giuridica, cioè uno degli elementi che concorrono a costituire il complesso fenomeno definito come situazione giuridica, o, spostando l'esame sul versante della patologia del traffico giuridico, il contenuto di una norma secondaria, che sanziona un comportamento vietato e perciò assicura il ripristino di una determinata situazione.

Si consideri quindi la risarcibilità come elemento integrativo eventuale della situazione giuridica o come sanzione portata da una norma di protezione e quindi secondaria, comunque è da escludere che la pretesa risarcitoria sia autonoma rispetto alla situazione protetta, possa avere vita propria.

Ciò ovviamente è valido quale che sia il contenuto della situazione protetta, sia essa un diritto soggettivo o un interesse legittimo.

4.7 Invero la qualificazione della pretesa risarcitoria come elemento servente o integrativo di una situazione giuridica protetta è presente nella giurisprudenza sia della Corte di Cassazione che della Corte Costituzionale. Il riferimento, ad esempio, è alle pronunce della Corte di Cassazione 31 maggio 2003 nn. 8827 e 8828 e alla sentenza della Corte Costituzionale 11 luglio 2003 n. 233; queste pronunce hanno posto fine alla "dicotomia zoppa" imposta dalla presenza dall'art. 2059 c.c. (dicotomia costituita dalla risarcibilità dei danni patrimoniali e dalla risarcibilità dei danni non patrimoniali solo nei casi determinati dalla legge) ricomprendendo nella previsione di quest'ultima norma "ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla

persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico, all'integrità fisica e psichica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art.32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona" (Corte Cost. citata).

L'art.2059 c.c. letteralmente prevede che "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge."

L'ambito della risarcibilità è stato integrato dalla Corte Costituzionale con una pronuncia interpretativa (sentenza n.184 del 1986) con riferimento al danno biologico ed all'art.2043 c.c.; le pronunce prima citate hanno poi ricondotto tutte le ipotesi di danno non patrimoniale, in via interpretativa, nell'ambito dell'art.2059 c.c. in quanto si è ritenuto che la stessa non subordini la risarcibilità del danno non patrimoniale all'esistenza di una espressa previsione di legge in tal senso, ma riconnetta la risarcibilità del danno non patrimoniale all'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito. La risarcibilità del danno non patrimoniale è stata quindi configurata come un elemento integratore delle varie ipotesi di valori inerenti alla persona (di rango costituzionale) o come un necessario ed imprescindibile mezzo di tutela di questi valori.

L'autonomia dell'istituto della risarcibilità del danno ingiusto rispetto al diritto leso sarebbe possibile (nella vicenda relativa al danno non patrimoniale) solo se si ritenesse che l'interpretazione giurisprudenziale ha individuato nell'art.2059 c.c. la fonte di una serie di previsioni, relative alla risarcibilità delle varie ipotesi di danni non patrimoniali; così non è, dato che le norme primarie relative alla tutela di valori sono state individuate nella previsione di tali valori a livello costituzionale, mentre alla norma

codicistica è stato attribuito un valore meramente esecutivo (se non si vuol dire esplicativo del contenuto) della norma costituzionale.

La natura secondaria, o meramente esecutiva, della previsione relativa al risarcimento del danno ingiusto è chiaramente affermata nella citata sentenza della Corte Costituzionale n.184 del 1986, che sul necessario inerire della tutela risarcitoria ai valori di rango costituzionale (in quanto la negazione del risarcimento renderebbe vana la stessa previsione di quei valori) fonda la qualificazione come primaria della norma che contempla un valore e come secondaria (o esecutiva) della norma che contempla il risarcimento.

Invero, la sentenza in questione si spinge oltre e **“ravvisa nel sistema della legislazione civile un principio generale costituito dalla previsione d'una sanzione risarcitoria come conseguenza della lesione d'una situazione giuridica subiettiva e, pertanto, applica l'art. 2043 c.c., espressione anch'esso di tal principio, al danno biologico per analogia iuris”**, in tal modo configurando il risarcimento come elemento che integra un istituto, nella specie un diritto, disciplinandone la fase patologica dello svolgimento; ciò in base ad un principio generale dell'ordinamento”.

Quanto detto in ordine al rapporto fra diritto soggettivo e pretesa risarcitoria è evidentemente riferibile al rapporto fra interesse legittimo e pretesa risarcitoria. Se non si vuole considerare questa come un elemento integrativo della situazione giuridicamente protetta, non si può negare la natura sanzionatoria della previsione risarcitoria; questo esclude l'autonomia della figura con ovvie conseguenze in ordine al trattamento processuale della stessa.

5.1 A ben vedere è proprio la vicenda dell'art.2059 c.c. che consente di individuare l'oggetto della tutela risarcitoria per i diritti e per gli interessi legittimi.

Nel periodo storico in cui la risarcibilità dei danni era limitata ai danni patrimoniali, sia nelle ipotesi di responsabilità contrattuale (art.1223 c.c.), che nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale (art.2059 c.c., salvo il caso che il fatto causativo del danno costituisse reato), era possibile individuare nell'integrità del patrimonio l'oggetto della tutela risarcitoria; una volta, invece che, in base al processo elaborativo concluso con le pronunce indicate, la risarcibilità è stata riferita anche ai danni non patrimoniali, è risultato evidente che la tutela risarcitoria non è finalizzata a tutelare il patrimonio, che si tratta di una modalità di tutela apprestata ad un diritto, integrativa della tutela di questo o della stessa configurazione di tale diritto, modalità che trova nella quantificazione economica la sua concretizzazione. Così è per l'interesse legittimo; la tutela risarcitoria non afferisce al patrimonio del titolare dell'interesse, ma all'interesse; è una modalità di tutela di questo e trova nella quantificazione economica la sua unica espressione.

5.2 Le pronunce nn.13659 e 13660 del 2006 non contraddicono un orientamento seguito in passato. Esse non giungono ad affermare l'esercitabilità dell'azione risarcitoria a prescindere dall'esercizio dell'azione impugnatoria perché questa riguarda interessi legittimi e quella riguarda diritti soggettivi, a tutela dei quali il giudice ordinario esercita il potere di disapplicare l'atto amministrativo; costantemente infatti il giudice ordinario ha affermato che può conoscere dell'atto amministrativo illegittimo solo in via incidentale, nei casi in cui esso venga in rilievo non come causa della lesione del diritto soggettivo dedotto in giudizio, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità venga a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico. E' precluso al giudice ordinario conoscere del pregiudizio derivante dall'atto amministrativo definitivo per difetto di tempestiva impugnazione, esorbitando dalla sua

giurisdizione il sindacato in via principale sull'atto. (Cass., 22 febbraio 2002 n. 2588; SS.UU. 10 settembre 2004 n. 18263).

Giungono, tuttavia, ad affermare l'autonomia dell'una azione rispetto all'altra, e quindi l'esercitabilità dell'azione risarcitoria a prescindere da quella impugnatoria, sulla base della diversità delle situazioni protette e della necessità di dare effettiva tutela alla pretesa risarcitoria. 11

A tal fine il giudice amministrativo deve conoscere dell'atto amministrativo come componente dell'illecito, come fatto; si raggiunge così nel giudizio amministrativo il risultato della esclusione nel rapporto fra il singolo e l'amministrazione della portata imperativa dell'atto, della regola imperativa che lo stesso ha dato ad un certo rapporto, cioè il risultato della disapplicazione dell'atto. 11

Tale risultato viene raggiunto perché si afferma e l'autonomia delle due situazioni giuridiche, cioè la diversità e l'irriducibilità dell'uno all'altro dei due beni protetti e la completa autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella impugnatoria; l'autonomia delle azioni è evidentemente una conseguenza rispetto alla autonomia delle situazioni sostanziali, ma ha anche una giustificazione propria, cioè la necessità della effettività della tutela, della repressione e perciò dell'accertamento dell'illecito. 11

5.3 A prescindere dalla qualificazione formale del risarcimento come oggetto di una norma primaria o secondaria, dalla configurazione astratta dello stesso come mezzo che integra la tutela dell'interesse legittimo o presidia l'integrità patrimoniale e non patrimoniale del danneggiato (configurazione peraltro di difficile elaborazione, atteso che il risarcimento è una misura di reintegra dell'interesse legittimo; sotto altro profilo la sottrazione alla sfera aquiliana della responsabilità dell'amministrazione pone il problema di definire l'ampiezza dell'ambito disciplinato dall'art. 1223 c.c.), gli elementi

costitutivi di un istituto, la sua configurazione, devono essere tratti dalla disciplina positiva e dalle finalità cui questa è preordinata.

Al fine di delineare un quadro nel quale i problemi sollevati possano trovare elementi di raffronto, è immediato e calzante il riferimento alla disciplina societaria; calzante perché questa disciplina conosce la concorrenza di interessi individuali e interessi che trascendono il riferimento meramente individuale (pur non attingendo l'ampiezza dell'interesse pubblico).

L'art. 2377 c.c. prevede che le delibere assembleari possono essere impugnate da chi rappresenti una certa percentuale del capitale sociale e che i soci che non rappresentano la parte del capitale stabilito, e che perciò non sono legittimati a proporre l'impugnativa, "hanno diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione alla legge o allo statuto"

L'art. 2500 bis c.c. stabilisce che, eseguita la pubblicità, l'invalidità dell'atto di trasformazione non può essere pronunciata; resta però salvo il diritto al risarcimento del danno subito dai partecipanti all'ente trasformato e dai terzi danneggiati dalla trasformazione.

Da queste norme risulta che l'interesse al risarcimento del danno subito non è mai compromesso, quale che sia l'interesse collettivo in gioco.

Se l'interesse collettivo ha consistenza tale da riguardare la stabilità del mercato (come è quando è stata completata la pubblicità della trasformazione) o l'interesse individuale ha tenue consistenza rispetto all'entità dell'interesse collettivo (insieme di soci che rappresentano una percentuale del capitale sociale inferiore a quanto stabilito dalla legge) è esclusa l'azione impugnatoria, volta alla caducazione erga omnes dell'atto invalido.

Se, invece, la composizione degli interessi collettivi e individuali in gioco porta al bilanciamento degli stessi (l'interesse individuale pertiene ad un insieme di soci che rappresenta una certa percentuale del capitale sociale) l'azione impugnatoria coesiste con l'azione risarcitoria e l'esperimento di quella costituisce il presupposto per l'esercizio di questa.

5.4 Se la pretesa risarcitoria è collegata all'interesse alla validità dell'atto che disciplina l'interesse di base, la regola è costituita dalla subordinazione dell'azione volta alla tutela della pretesa risarcitoria rispetto all'azione volta alla tutela dell'interesse di base; si può dire che questa è un'esigenza fisiologica, come tale assoggettata a regole giuridiche.

La limitazione alla tutela risarcitoria costituisce una eccezione, una regola particolare data in funzione di esigenze particolari, e come tale va intesa.

Nell'ambito della tutela accordata dall'ordinamento avverso gli atti amministrativi non sussistono eccezioni alla esperibilità dell'azione impugnatoria, come quella individuata nel campo della disciplina societaria.

Se il principio della fisiologica subordinazione dell'azione risarcitoria rispetto all'azione impugnatoria è valido nel campo societario, in funzione del bilanciamento degli interessi collettivi e individuali, non c'è alcuna ragione per negarne l'applicazione quanto alla tutela accordata nel campo dell'attività amministrativa, nel quale il bilanciamento degli interessi pubblici e privati assume la configurazione della sintesi.

Anzi tale subordinazione appare ancor più giustificata, connotata imprescindibile di un sistema che tutela l'interesse pubblico attraverso la soddisfazione di quello privato e, commettendo all'individuo l'iniziativa volta a provocare l'intervento del giudice amministrativo, non può permettersi di rinunciare alla subordinazione in parola a pena di incrinare il sistema di tutela dell'interesse pubblico.



Pur quindi nell'ottica della equiordinazione dell'interesse pubblico e di quello privato e della configurazione della tutela risarcitoria come una forma di tutela della componente privata dell'interesse legittimo, la sintesi dell'interesse pubblico e di quello privato nell'interesse legittimo comporta la necessità che le due forme di tutela vadano di pari passo, "simul stabunt simul cadunt", con la fisiologica subordinazione della tutela risarcitoria a quella impugnatoria.

A ciò porta l'analisi della disciplina positiva degli istituti in esame e di situazioni analoghe in altri campi del diritto.

#### 6.1 Sia consentito ribadire i concetti espressi.

Se, in base alle pronunce della Corte di Cassazione nn.13659 e 13660 del 2006, "la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo non può che spettare al giudice amministrativo, sia nella tecnica della tutela di annullamento, sia nelle tecniche della tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente: tecniche che non possono essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione" (attribuzione operata indiscutibilmente dall'art.35, comma 4, del d.lgs.n.80 del 1998, come riscritto dall'art.7 della legge n.205 del 2000), se la pretesa risarcitoria costituisce solo un mezzo di tutela dell'interesse legittimo (in tal senso si esprimono le sentenze della Corte Costituzionale n.204 del 2004 e n.191 del 2006) e non concreta un istituto autonomo rispetto all'interesse cui accede (secondo le conclusioni dianzi rassegnate), sicchè sia suscettibile di separata tutela e di autonomo trattamento processuale, il giudizio relativo all'accertamento dell'ingiustizia del danno, cioè dell'esistenza di una lesione arrecata all'interesse legittimo e della non giustificabilità della medesima in base all'ordinamento (antigiuridicità) non potrà che essere svolto dal giudice che conosce dell'interesse legittimo e secondo le modalità con le quali conosce di questo istituto.

Il giudice dell'interesse legittimo, cioè il giudice amministrativo, potrà quindi conoscere della lesione arrecata all'interesse legittimo, stabilire se un interesse legittimo è stato leso o meno, solo nella sede e con le modalità con cui conosce degli interessi legittimi, id est nel giudizio impugnatorio.

Solo ove sia stata accertata, in quella sede, la lesione dell'interesse legittimo, avrà accesso la domanda volta ad ottenere l'accertamento e la quantificazione del danno.

Si devono quindi ribadire i limpidi concetti espressi nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n.4 del 2003 (che richiamava la sentenza della VI sezione n.3338 del 2002).

6.2 Quella delineata è una forma di tutela coerente con il sistema ad atto amministrativo.

Se l'interesse legittimo è un istituto che accomuna la tutela dell'interesse pubblico e di quello privato, e tale è rimasto anche dopo la previsione della risarcibilità del danno subito dal privato (dato che il risarcimento integra la tutela apprestata sotto il profilo impugnatorio), contrasta con la configurazione unitaria dell'istituto costruire un sistema di tutela articolato in due vie separatamente percorribili: una che assicura la soddisfazione dei due interessi coinvolti (quella impugnatoria) ed un'altra che assicura solo la tutela dell'interesse privato, indipendentemente dall'interesse pubblico.

L'attività della pubblica amministrazione è, nel nostro paese, finalizzata alla tutela precipua dell'interesse pubblico, nella consapevolezza che tale fine non può essere perseguito nella noncuranza dell'interesse dell'individuo; ciò ha dato vita alla figura dell'interesse legittimo (nella quale l'interesse del privato è legato indissolubilmente a quello pubblico), alla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, al potere di autotutela, alla contestabilità dell'atto amministrativo entro brevi termini decadenziali.

Il sistema della giustizia amministrativa degli interessi legittimi coniuga l'interesse privato e quello pubblico per il raggiungimento di un duplice scopo, cioè soddisfare

l'interesse pubblico e quello privato, e tale duplice scopo persegue commettendo l'iniziativa del procedimento al privato.

Tale affidamento della tutela dell'interesse pubblico al privato non avrebbe seguito, con evidente pregiudizio per l'interesse pubblico, se il privato potesse agire innanzi al giudice deducendo anche la sola pretesa risarcitoria e così perseguendo la compiuta reintegrazione del suo interesse.

Gli effetti di questo assetto sarebbero tanto più deleteri in quanto il nostro ordinamento, normativo e vivente, si è evoluto tralasciando i controlli istituzionali sugli atti e privilegiando (ad esempio ampliando il novero delle situazioni soggettive tutelabili) i controlli giurisdizionali rimessi all'iniziativa dei privati.

Rendere autonoma l'azione risarcitoria rispetto al profilo impugnatorio significherebbe ridimensionare l'obiettivo del perseguimento dell'interesse pubblico attraverso l'attività del giudice amministrativo, e questo in un momento storico in cui, pur essendo avvertita fortemente l'esigenza di porre su un piano di parità la pubblica amministrazione e il privato (l'erogatore e il fruitore di servizi) - in omaggio alla esigenza di una maggiore efficienza, cioè di una maggiore e migliore produzione di servizi - , la figura dell'interesse legittimo (sintesi dell'interesse pubblico e di quello privato) è presente nel nostro ordinamento, anzi assume un ruolo di maggior spicco nelle elaborazioni della Corte Costituzionale relative all'assetto che agli interessi ha dato e può dare il legislatore, alla configurazione delle posizioni giuridiche ed al conseguente riparto della giurisdizione.

Si pensi poi alla asimmetria che, configurando l'azione risarcitoria come autonoma rispetto all'azione impugnatoria, si verrebbe a determinare fra le due vie di reintegrazione dell'interesse legittimo leso: la reintegrazione dell'interesse legittimo in forma specifica e il risarcimento del danno.

La prima sarebbe inscindibilmente connessa all'utile esperimento dell'azione impugnatoria, l'altra sarebbe esperibile autonomamente e troverebbe accoglimento a seguito di un giudizio che riguarderebbe la fonte del danno non come atto (perché in tal caso se ne dovrebbe occupare il giudice amministrativo in sede impugnatoria), ma come fatto.

A prescindere dalla evidente ricomprensione in un unico istituto delle due forme di tutela reintegratoria (quella in forma specifica e quella risarcitoria) ad opera dell'art.35, primo e quarto comma, del d.lgs. n.80 del 1998 (così come riscritto dall'art.7 della legge n.205 del 2000), il mutare della qualificazione in esame aveva ragion d'essere nel sistema delineato dalla sentenza della Corte di Cassazione n.500 del 1999, che affermava la risarcibilità delle lesioni arrecate agli interessi legittimi in un panorama normativo in cui la conoscenza delle stesse non poteva che competere al giudice ordinario (trattandosi di diritti patrimoniali consequenziali); questo non poteva giungere ad accertare il danno se non conoscendo l'atto come fatto causativo del danno. Nel sistema delineato dal citato art.7 della legge n.205 del 2000 non vi è spazio per questa soluzione, che collide col sistema e diventa una ingiustificata forma di trasformismo; tanto più ingiustificata in quanto l'attribuzione della tutela risarcitoria agli interessi legittimi e l'assegnazione delle relative controversie alla cognizione del giudice amministrativo militano nel senso della effettività di una tutela complessa degli interessi legittimi, coerente con la funzione sociale svolta attualmente da questo istituto, e non già nel senso di rendere possibile una delle due forme di tutela in assenza dell'altra, a scapito della complessiva funzione di tutela dell'interesse legittimo come sintesi dell'interesse pubblico e di quello privato.

6.3 Sia consentito a questo punto richiamare alcuni passi della sentenza della Corte di Cassazione 27 marzo 2003 n.4538 :

“L'indagine deve ora concentrarsi sul quesito se sia consentito qualificare come non conforme al diritto oggettivo una condotta coerente con la situazione giuridica determinata dalla persistente efficacia, prevista dalla legge, di un atto amministrativo.

Sul piano dei principi propri dell'ordinamento amministrativo, è affidata, nei casi di attribuzione di potere provvedimentale, alla potestà disciplinatrice e ordinatrice dell'amministrazione la creazione della regola del caso concreto. All'atto programmatico che la esprime, tutti, compresa l'amministrazione, devono adeguare la propria condotta, indipendentemente dalla sua conformità alla legge (cd. principio di dissociazione tra validità ed efficacia dell'atto), fino a quando l'invalidità non sia accertata secondo le procedure previste.

.....è altrettanto certo che, in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione degli effetti è conforme alla volontà della legge, e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi.

.....

Si è già avvertito che, nella sostanza, l'apparato concettuale che induce a negare l'autonomia dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo rispetto all'azione di risarcimento dei danni prodotti dagli effetti dell'atto, giustifica anche la più generale conclusione circa l'impossibilità di qualificare in termini di fatto illecito una situazione giuridica che l'ordinamento riconosce come verificata e produttiva di effetti, se non rimossa mediante gli specifici rimedi previsti. Invero, sia nei rapporti paritetici, fuori cioè dall'ambito dell'esercizio dei poteri pubblici, tra cittadini e p.a., sia in quelli interprivati, molteplici sono le ipotesi in cui è accordato preminente rilievo all'esigenza di certezza, sicché l'interessato ha

l'onere di contestare la conformità al diritto di determinate situazioni mediante l'impugnazione di atti o comunque reagendo entro termini di decadenza. Ove non adempia a tale onere, non gli è consentito ottenere con l'azione risarcitoria l'accertamento della non conformità a legge della situazione, accertamento che, come si è detto, deve farsi necessariamente in via principale e con efficacia di giudicato, vertendo su uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 2043 cod. civ..

Così, ad esempio, non sarebbe consentito domandare il risarcimento del danno per essere stati assoggettati illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza - ingiunzione non impugnata ai sensi della legge n. 689 del 1981, o comunque indipendentemente dall'impugnazione; il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno, senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della l. n. 604 del 1966; lo stesso deve dirsi per il caso di mancata impugnativa di delibere condominiali o societarie.

L'esito di rigetto del ricorso discende, dunque, dal seguente principio di diritto: "La non conformità di una situazione giuridica al diritto oggettivo (cd. antigiusuridicità in senso oggettivo), quale elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato, sicché, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio, in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, transazione, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere rigettata perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito."

6.4 Si deve quindi concludere che il sistema delle tutele impugnatoria e risarcitoria degli interessi legittimi così delineato non violi l'esigenza di effettività riveniente dall'art.24 della Costituzione e non sussista quindi il pericolo paventato nelle pronunce della Corte di Cassazione nn.13659 e 13660 del 2006.

Quanto poi al pericolo che questo sistema di tutele violi la direttiva CEE n.665/1989 è sufficiente osservare che, in base all'art.2, paragrafo 2 lett.c) della direttiva, gli Stati membri devono curare che, in sede di ricorso avverso le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici soggetti alla disciplina comunitaria, sia possibile accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione della disciplina comunitaria. Tale possibilità deve trovare ricetto in seno ad "un ricorso efficace e quanto più rapido possibile" (secondo la lettera dell'art. 1 della direttiva).

La giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità in ordine alla libertà degli ordinamenti nazionali circa l'individuazione degli strumenti per mezzo dei quali assicurare l'osservanza, purchè effettiva, della disciplina comunitaria garantisce circa la compatibilità fra questa e il sistema riveniente dal citato art.7 della legge n.205 del 2000.

In conclusione si deve affermare che la cosiddetta "pregiudiziale amministrativa" sia l'unica via per un armonico inserimento dell'art.7 più volte citato nell'attuale assetto dell'ordinamento. Resta fermo che gli ordinamenti si evolvono verso l'autonomia dei giudizi che investono pretese fra loro diverse ed autonome (l'eliminazione della pregiudiziale penale nei giudizi civili e amministrativi insegna); è proprio la intrinseca comunione dell'interesse legittimo e della pretesa risarcitoria, coerente con l'assetto dell'ordinamento, che esclude l'autonomia dei rispettivi giudizi.

6.5 A quanto sopra consegue l'inammissibilità dell'azione risarcitoria.

Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione delle spese.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Seconda Sezione di Lecce – dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe.

Spese compensate

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Lecce, in Camera di Consiglio, il 14 giugno 2006.

Dott. Antonio Cavallari – Presidente – Estensore

Pubblicata mediante deposito in Segreteria il 4.07.2006