

Finalmente “definitiva” certezza sul riparto di giurisdizione in tema di “comportamenti” e sulla c.d. “pregiudiziale” amministrativa? Tra i due litiganti vince la “garanzia di piena tutela” (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., 13659,13660 e 13911 del 2006).

PROF. AVV. MARIA ALESSANDRA SANDULLI (Prof. Ord. di Giustizia Amministrativa nell'Università degli Studi Roma Tre)

A un mese dalla sentenza 191 della Corte costituzionale¹, la Corte di Cassazione (in tre quasi coeve ordinanze, di identico contenuto motivazionale) riaffronta *funditus* il tema del giudice competente a pronunciarsi sull'azione di risarcimento del danno da atti e comportamenti illegittimi della p.A., intervenendo – in modo che sembra destinato a restare, almeno per un buon lasso di tempo (la certezza assoluta non è di questo mondo e tanto meno di quello giuridico) “definitivo” – sui presupposti per la relativa azione (c.d. “pregiudizialità” del previo annullamento dell'atto amministrativo).

Cogliendo occasione da tre diverse controversie, rispettivamente relative all'illegittima esclusione da un corso di dottorato (ord. 13659), all'illegittimo diniego di un'autorizzazione all'apertura di un esercizio commerciale (ord. 13660) e ad una procedura di occupazione illegittima (ord. 13911), la Suprema Corte ne ha, meritoriamente, preso lo spunto, per offrire – finalmente - una più ampia ed univoca “sistemazione” dell'intera materia. Significativamente in due giorni – 13 e 15 giugno - le Sezioni Unite, con collegi presieduti da tre diversi Presidenti, uno dei quali è addirittura il Primo Presidente Aggiunto, depositano in tre diverse fattispecie tre ordinanze recanti la medesima motivazione.

Seguendo l'autorevole esempio della sentenza 204 del 2004 della Corte costituzionale, le ordinanze muovono da un'attenta ricostruzione delle origini del nostro sistema di giustizia amministrativa e dei principi che lo hanno regolato fino all'inizio degli anni 'novanta, ponendo in luce la circostanza che “è in questo assetto normativo che la giurisprudenza ha nel tempo elaborato, e con costanza applicato, i principi dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, della degradazione del diritto ad interesse e della pregiudizialità amministrativa”, con la conseguenza che tanto il predetto assetto normativo quanto “il bagaglio dei concetti che sono valsi a dargli

¹ Sentenza 11 maggio 2006, con cui è stato dichiarato in parte illegittimo l'art. 53, comma 1, del d. lg. 8 giugno 2001, n. 327 (“Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazioni per pubblica utilità”).

spiegazione” era evidentemente destinato a mutare con la caduta del c.d. dogma dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi.

Le ordinanze proseguono quindi con il loro ampio *excursus* dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale della materia (che giunge fino al punto 14 della parte in diritto), fermando naturalmente l’attenzione sull’importantissimo ruolo svolto dalla Corte costituzionale, prima con la sentenza 204 del 2004 (confermata nello stesso anno dalla sentenza 281) e, da ultimo, con la sentenza 191 dell’11 maggio scorso.

Dichiaratamente ispirandosi al principio di diritto affermato in dette sentenze - 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: ciò sia nella giurisdizione esclusiva che nella giurisdizione di annullamento – la S.C. precisa che ciò *“non si verifica 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, con la consapevolezza che si verte in questo ambito ogni volta che l’esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda”*. E opportunamente aggiunge:

“Esemplificando, l’amministrazione deve essere convenuta davanti al giudice ordinario in tutte le ipotesi in cui l’azione risarcitoria costituisca reazione alla lesione di diritti incompressibili, come la salute (Cass. 7 febbraio 1997 n. 1187; 8 agosto 1995 n. 8681; 29 luglio 1995 n. 8300; 20 novembre 1992 n. 12386; 6 ottobre 1979 n. 5172) o l’integrità personale.

“Deve ancora essere convenuta davanti al giudice ordinario, quante volte la lesione del patrimonio del privato sia l’effetto indiretto di un esercizio illegittimo o mancato di poteri, ordinati a tutela del privato (Cass. 29 luglio 2005 n. 15916; 2 maggio 2003 n. 6719): qui si è nell’ambito delle controversie meramente risarcitorie già contemplate nell’art. 33, comma 2, d. lgs. 80 del 1998, nel testo anteriore alla riformulazione attuata con la sentenza 204 del 2004, la cui previsione non è più necessaria, nella misura in cui in esse è ravvisabile, più in generale, la reazione a meri comportamenti lesivi dell’amministrazione”.

Le Sezioni Unite colgono poi, meritoriamente, l’occasione per affrontare la nota problematica relativa agli effetti della occupazione – realizzata in difetto di un titolo legittimo o protratta nonostante la scadenza di quest’ultimo – di un bene per asseriti fini di pubblica utilità e ai danni eventualmente derivanti dalla c.d. *“accessione invertita”* del medesimo al patrimonio pubblico per effetto della sua irreversibile trasformazione in un’opera pubblica (secondo la costruzione risalente alla notissima sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 26 febbraio 1983 n. 1464) .

Come ricordato in una breve nota di commento alla sentenza 191 della Corte costituzionale² il problema del giudice competente a pronunciarsi *in subiecta materia* era stato subito al centro del dibattito, in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma (art. 34 del vecchio d.lg. 80/1998, “salvato” dall’art. 7 l. 205/2000) che, nell’ambito del nuovo criterio di riparto della giurisdizione per “*blocchi di materie*” attribuiva alla competenza esclusiva del g.a. i “*comportamenti*” dell’amministrazione in materia urbanistica ed edilizia.

Sviluppando il ragionamento svolto nella prima parte della pronuncia, la sentenza 204, come noto, affermò a tale riguardo che la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima soltanto quando l’Amministrazione agisce come “*autorità*” (anche se utilizzando gli strumenti privatistici sostitutivi del provvedimento, che sono sostanzialmente quelli previsti dall’art.11 l.241 del 1990) e dunque, sostanzialmente, quando la materia, “*sarebbe comunque soggetta alla giurisdizione generale di legittimità*”. In particolare, come testualmente ricordato nella sentenza 191, l’iter argomentativo seguito nel 2004 si fondava sulla premessa del “*necessario collegamento delle “materie” assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del g.a. con la natura delle situazioni soggettive – e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa – espresso dall’art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere “particolari” rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo*”³.

Ci si interrogò quindi immediatamente sugli effetti che la pronuncia era in grado di produrre sull’individuazione del giudice competente a decidere delle controversie in tema di accessione invertita conseguente ad una occupazione illegittima (c.d. usurpativa) o semplicemente non seguita da tempestivo decreto di esproprio (c.d. acquisitiva)⁴.

In sede di primo commento sulla pronuncia⁵, mi sembrò che la posizione espressa dalla Corte imponesse la seguente chiave di lettura: nel primo caso (occupazione effettuata sulla base di un provvedimento successivamente annullato) l’effetto acquisitivo derivante dalla realizzazione dell’opera trae comunque la sua fonte da un potere, ancorché illegittimamente esercitato, con la

² M. A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti “acquisitivi”*, in *www.federalismi.it*, n.11/2006),

³ Sulle perplessità suscitate dalle predetti statuizioni, che, come fu immediatamente rilevato, sembravano in definitiva risolversi nel senso che la giurisdizione esclusiva non avrebbe potuto comunque estendersi ai diritti (il che però sarebbe equivalso ad escluderne *tout court* la compatibilità costituzionale), mi sia consentito rinviare agli scritti raccolti in M.A. SANDULLI, a cura di, *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Quaderno del Foro amm.-TAR, Milano, Giuffrè, 2005.

⁴ Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla questione è ampiamente riportato da F. CARINGELLA, *Corso di dir. proc. amm.*, Milano, Giuffrè, 2005, 550.

conseguenza che la decisione sulla restituzione del bene o sul risarcimento, in quanto consequenziale all'annullamento della dichiarazione di p.u. o dell'atto di occupazione, sarebbe dovuto ricadere nella giurisdizione del giudice amministrativo (la posizione contrastava però con l'orientamento fino ad allora espresso dalla Cassazione: cfr. Sez. Un., 6 giugno 2003 n. 9139 e, da ultima prima della sentenza 204, 9 giugno 2004 n.10978); di contro, nell'ipotesi di occupazione legittima, ma non seguita nei termini dal decreto di esproprio, l'effetto acquisitivo, prescindendo da un "atto o provvedimento" della p.A. e anzi conseguendo ad un "comportamento" inerte della stessa in ordine alla successiva adozione di un provvedimento definitivo di acquisizione (decreto di esproprio), non aveva alcuna correlazione con l'esercizio di un potere. Con la conseguenza che il giudizio sulla restituzione del bene o sul risarcimento per equivalente dello stesso, non implicando alcun sindacato sulla funzione amministrativa, sarebbe dovuto rientrare a pieno titolo nella esclusiva competenza del giudice ordinario⁶.

Sulla questione si aprì, come era prevedibile, un vivace conflitto tra giudici ordinari e giudici amministrativi. In particolare, mentre il Consiglio di Stato ha riconosciuto la propria giurisdizione su *"qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia ex lege"*, circoscrivendo la nozione di "comportamenti" – sottratti alla giurisdizione esclusiva – alle condotte poste in essere *"fuori dell'esplorazione del potere (con attività materiale, voi de fait, manifestazioni abnormi del pubblico potere etc.)"*⁷, la Corte di Cassazione era di opposto avviso⁸.

Da ultimo, il dibattito si era riaperto in termini ancora più forti (con buona grazia per la certezza del diritto e per lo stesso rispetto del principio costituzionale del giudice naturale precostituito dalla legge⁹!) quando, a pochi giorni di distanza, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con sent. 23 gennaio 2006 n. 1207), negando valore cogente al principio di necessaria concentrazione della tutela, del quale costituisce irrinunciabile corollario l'attribuzione della tutela risarcitoria al medesimo giudice che abbia conosciuto la pretesa sostanziale, hanno affermato che l'azione di risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento degli atti del procedimento di occupazione sarebbe – alternativamente – esperibile dinanzi al g.a., se proposta nel corso del medesimo giudizio di annullamento, ovvero dinanzi al g.o., se proposta in via autonoma

⁵ M. A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n.204 del 2004, in Riv. giur. edil.2004, I, 1211ss.*

⁶ La proposta soluzione è stata condivisa recentemente da ⁶ TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 2 marzo 2006 n. 500, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ Cons. St., Ad. Plen., 30 agosto 2005 n. 4 e 16 novembre 2005 n. 9.

⁸ Tra le altre, Sez. Un., ordd. 4 novembre 2004 n. 21099 e 21 novembre 2004 n. 21944.

successivamente alla conclusione di tale giudizio¹⁰; mentre il Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 2 del 9 febbraio 2006), su una linea che chi scrive non può mancare di condividere, ribadiva la competenza del g.a. a conoscere della medesima azione anche in sede di ottemperanza¹¹.

Come rimarcato a commento della citata sentenza 191, nell'attesa di un auspicabile ripensamento da parte della S.C., la "luce" è venuta dalla stessa Corte costituzionale, che, con quest'ultima pronuncia (a firma del medesimo relatore della sentenza n. 204), ha specificamente affrontato il problema dell'applicazione dei principi affermati nel 2004 alla materia espropriativa¹². In particolare, la decisione ha richiamato il valore decisivo del passaggio – di cui testualmente sottolinea la natura di "*statuizione e non già obiter dictum*" – nel quale la sentenza n. 204 ha dichiarato 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 "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*".

Da questa – fondamentale – premessa il giudice delle leggi ha ricavato, con perfetta coerenza, la inaccettabilità (nettissima l'affermazione: "*i principi appena ricordati IMPONGONO di escludere*") della tesi che vorrebbe invece riservare al g.o. le azioni tese all'ottenimento della mera tutela risarcitoria, con ciò sottraendo una parte della tutela "*rimediale*" al "*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*" (competente a giudicare della pretesa sostanziale), in spregio al principio di effettività e celerità della tutela giurisdizionale garantiti dall'art. 24 Cost..

Ponendo nuovamente l'accento (come già fatto nella sentenza 204) sul ruolo di garanzia all'interno della funzione amministrativa che l'ordinamento costituzionale vuole espressamente

⁹ In argomento si veda il commento congiunto alle due pronunce di G.MARI, *L'azione risarcitoria proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza caducatoria: giurisdizione e proponibilità in sede di ottemperanza*, in *Foro Amm.-CdS*, 2006 (in corso di pubblicazione).

¹⁰ In particolare, l'ordinanza afferma che allorquando non venga in rilievo la legittimità dell'atto lesivo – per essere stato lo stesso già annullato o revocato nell'esercizio dei poteri amministrativi di autotutela, ovvero rimosso a seguito di pronuncia caducatoria passata in giudicato del g.a. – la giurisdizione sulla domanda risarcitoria spetta al giudice ordinario, "*non operando ... la connessione legale tra tutela demolitoria e risarcitoria*".

¹¹ La sentenza ha in proposito coerentemente osservato che "*la scelta di un momento successivo, per prospettare la domanda consequenziale, non giustifica una diversa competenza giurisdizionale*", non soltanto sul piano testuale, posto che le disposizioni che hanno attribuito al g.a. il potere di disporre il risarcimento del danno non impongono alcuna prescrizione di contestualità fra sindacato di legittimità e cognizione degli effetti di ordine patrimoniale, ma ancor più sotto il profilo piano logico-sistematico, non potendo trovare spazio "*una tesi che lasci al ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che mutino i presupposti di fatto e di diritto sui quali si fondano*".

¹² La questione era stata sollevata in riferimento all'art. 53 d.P.R. n. 327/2001 (t.u. espropriazioni) nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie relative a "*i comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad essa equiparati*", senza escludere quelli non riconducibili, neppure mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.

svolto dal giudice amministrativo¹³ la Corte ha quindi confermato l'incompatibilità costituzionale delle norme che (come appunto nella fattispecie sottoposta al suo esame, l'art. 53 t.u. espropriazioni), affidando a tale giudice controversie cui sia estraneo l'esercizio di un "potere" amministrativo, finiscono col trasformare il g.a. da "organo di garanzia della giustizia nell'Amministrazione" (come previsto dall'art. 100 Cost.) in "giudice dell'amministrazione".

Con specifico riferimento alla questione qui esaminata, la sentenza 191 perviene a conclusioni analoghe a quelle sopra prospettate: quando i comportamenti causativi di danno sono stati assunti in esecuzione di atti o provvedimenti espressioni di un pubblico potere (ancorché illegittimamente esercitato) costituiscono anch'essi espressione di tale potere e sono pertanto legittimamente affidati alla giurisdizione del g.a.; viceversa, quando non trovino la loro fonte in alcun atto amministrativo, e siano perciò posti in essere in carenza di potere o in via di mero fatto (perché ad esempio realizzati dopo la scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di p.u.: parentesi mia) esorbitano dai limiti costituzionali della giurisdizione esclusiva.

Il ragionamento, come rimarcato nel suddetto commento alla pronuncia, è perfettamente coerente con la linea argomentativa seguita dalla sentenza 204 ed ha per ciò solo il grandissimo pregio di fare chiarezza sui relativi effetti, risolvendo il contrasto – per vero a chi scrive *ab origine* ingiustificato – tra i massimi organi giurisdizionali. Restavano (e restano ancora oggi dopo la lettura delle ordinanze della S.C.) i dubbi, già espressi nel 2004¹⁴, sulla logica di una giurisdizione "esclusiva" comunque legata all'esercizio del potere; ma, come mi è premuto sottolineare a prima lettura della sentenza 191, l'importante è che essa sia "certa"¹⁵ e che, in attesa di una riforma legislativa che finalmente consenta la *traslatio iudicii* senza rischi di prescrizione, il cittadino non abbia dubbi sul giudice al quale rivolgersi.

¹³Ruolo che sensibilmente e significativamente lo differenzia dal giudice ordinario e ne segna quindi ad un tempo, prima ancora che la pari dignità, l'autonomia e la necessità – assume, evidentemente, la massima importanza, riportando chiarezza in un quadro che, avendo creato una inopportuna confusione di ruoli tra i due consessi giurisdizionali, aveva finito col generare il poco apprezzabile dubbio di una inutile sovrapposizione di magistrature sostanzialmente omogenee. La diversa "funzione" che i due ordini sono chiamati a svolgere nel vigente quadro costituzionale, mentre ne spiega la non intercambiabilità, ne impone infatti la coesistenza. Sul punto si veda anche la Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2006 svolta dal Presidente Pasquale de Lise al TAR del Lazio il 23 febbraio 2006, in www.giustizia-amministrativa.it. ruolo che sensibilmente e significativamente lo differenzia dal giudice ordinario e ne segna quindi ad un tempo, prima ancora che la pari dignità, l'autonomia e la necessità – assume, evidentemente, la massima importanza, riportando chiarezza in un quadro che, avendo creato una inopportuna confusione di ruoli tra i due consessi giurisdizionali, aveva finito col generare il poco apprezzabile dubbio di una inutile sovrapposizione di magistrature sostanzialmente omogenee. La diversa "funzione" che i due ordini sono chiamati a svolgere nel vigente quadro costituzionale, mentre ne spiega la non intercambiabilità, ne impone infatti la coesistenza. Sul punto si veda anche la Relazione di apertura dell'anno giudiziario 2006 svolta dal Presidente Pasquale de Lise al TAR del Lazio il 23 febbraio 2006, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Cfr. gli scritti citati alla precedente nota 1.

¹⁵ In un clima generale segnato da continui *révirements* giurisprudenziali e normativi (basti pensare, per non richiamare sempre il singhiozzante iter di riforma della legge sul procedimento amministrativo, su cui mi si consenta il richiamo allo "sfogo" espresso in *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in www.giustamm.it, alla recentissima "riforma della riforma" universitaria o alle "voci" sulla possibile revoca del contratto per la realizzazione dei lavori per il Ponte sullo Stretto), la conferma della propria giurisprudenza è comunque un grandissimo merito.

Nel medesimo commento ebbi peraltro a “*lamentare*” che la Corte avrebbe forse potuto cogliere l’occasione per chiarire in modo definitivo le sorti delle acquisizioni conseguenti alla realizzazione di un’opera pubblica non seguita da atto traslativo. Pur osservando che la sentenza 191, legando la giurisdizione del g.a. all’esistenza di una dichiarazione di p.u. (ancorché successivamente annullata) sembrerebbe per vero lasciare intendere che l’ipotesi vada ricondotta (in linea con la posizione assunta dal Consiglio di Stato) alla giurisdizione amministrativa (seguendo evidentemente la logica per cui, con la dichiarazione di p.u., l’amministrazione ha comunque “*radicato*” in capo a se stessa il potere ablatorio, sicché la mancata adozione dei successivi atti di traslazione ne costituisce, non diversamente dall’adozione di un atto traslativo illegittimo, una forma di “*cattivo esercizio*”¹⁶), non mancai di sottolineare che, anche senza negare la possibile coerenza di tale conclusione, non riuscivo ancora ad abbandonare la linea – prospettata nel 2004 – secondo la quale il fatto che la controversia investa un comportamento (occupazione) non più coperto *ratione temporis* dall’ombrello del potere, ne rende l’attribuzione al g.o. più aderente al principio base che vincola la giurisdizione amministrativa alla correlazione tra comportamento controverso e potere.

Il tempo però è spesso galantuomo e la giurisprudenza successiva ha confermato la fondatezza di quest’ultima linea interpretativa.

A meno di quindici giorni dal deposito della sentenza 191, il Consiglio di Stato, Sez. IV, (sentenza 26 maggio 2006 n. 3191) ha denegato la propria giurisdizione sulle controversie da ultimo considerate e ora, affrontando *funditus* il problema nelle ordinanze in commento, la Suprema Corte regolatrice giunge alle medesime conclusioni: si legge infatti testualmente al già citato punto 14, che “*Nel settore delle occupazioni illegittime, sono poi chiaramente ascrivibili alla giurisdizione ordinaria le forme di occupazione "usurpativa", caratterizzate dal tratto, che la trasformazione irreversibile del fondo si produce in una situazione in cui una dichiarazione di pubblica utilità manca affatto.*

“*E alla stessa conclusione si deve pervenire nel caso in cui il decreto di espropriazione è pur stato emesso, e però in relazione a un bene, la cui destinazione ad opera di pubblica utilità la si debba dire mai avvenuta giuridicamente od ormai venuta meno, per mancanza iniziale o sopravvenuta scadenza del suo termine d'efficacia*”.

E, dal momento che, come si è visto, la Corte costituzionale non si era specificamente espressa al riguardo, possiamo, come anticipato in premessa, dire che “*la questione è, almeno allo stato, definitivamente chiarita*”.

¹⁶ La ricostruzione è in certo qual modo assimilabile a quella proposta in dottrina e in giurisprudenza per giustificare il sindacato sul mancato esercizio del potere di controllo sulla d.i.a.

Il cerchio, sia pure in termini non chiarissimi, si chiude con il successivo passaggio (punto 15), in cui richiamandosi al più volte sottolineato collegamento giudice amministrativo-esercizio del potere, le stesse ordinanze, nel riconoscere la giurisdizione amministrativa sul danno conseguente alla mancata soddisfazione di un interesse pretensivo, affermano l'analogia della situazione con *“quella valutata dalla Corte costituzionale nella sua più recente decisione, dove parimenti l'accesso al giudice amministrativo non è segnato da una domanda di annullamento, ma si considera che ad attrarre la fattispecie nell'orbita della sua giurisdizione possa valere la presenza di un concreto riconoscibile atto di esercizio del potere: quel potere, in particolare, che si è manifestato nella dichiarazione di pubblica utilità”*.

Maggiori perplessità, ma i limiti e i tempi del presente commento non consentono di affrontare *funditus* la questione, suscita, a mio parere, in termini di opportunità e di coerenza con il ruolo della giustizia amministrativa, la soluzione accolta dalla S.C. in ordine alla questione della c. d. pregiudiziale amministrativa.

Il tema è affrontato con molto approfondimento nella seconda parte delle ordinanze, dove, dopo un'ampia disamina critica delle posizioni *“tutta amministrativistica”* e *“tutta civilistica”* assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla sede e sui presupposti dell'azione risarcitoria, le Sezioni Unite, con apprezzabile capacità di mediazione, per un verso riconoscono nel giudice amministrativo il *“giudice naturale”* sulla tutela risarcitoria degli interessi legittimi, indipendentemente dalla previa instaurazione di un giudizio di legittimità sull'atto o sul silenzio costituente causa del danno e, per l'altro, *“avvertono”* che, qualora il giudice amministrativo neghi il proprio potere di provvedere in via autonoma sulla domanda risarcitoria, la relativa pronuncia sarà considerata come una ingiusta declinatoria di giurisdizione, soggetta perciò al sindacato della Suprema Corte regolatrice: come anticipato nel titolo, dunque, la scelta della Cassazione può essere sinteticamente definita come una *“scelta di priorità della piena tutela”* del cittadino, senza pregiudiziali privilegi per il giudice ordinario. Ed in ciò essa merita pieno plauso.

Come sopra accennato, la radicale eliminazione della pregiudiziale amministrativa (sia pure con l'auspicato temperamento di un termine di prescrizione ridotto rispetto a quello ordinario: cfr. punto 23 delle ordinanze) continua tuttavia a non trovarmi del tutto favorevole: se infatti, per un verso, la scelta merita sicuramente massima condivisione nella parte in cui, *“rimediando”* alla deludente rigidità mostrata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 7 del 2005) si ammette la diretta esperibilità dell'azione risarcitoria del c.d. danno da ritardo nell'esercizio del potere (azione che deve essere peraltro coerentemente rivolta in questo quadro al giudice competente sulla situazione soggettiva lesa e dunque al g. a. se il ritardo abbia inciso su meri interessi pretensivi e al g.o. se abbia invece leso diritti soggettivi, come nel caso del risarcimento

del danno per accessione invertita del bene occupato in base a dichiarazione di p.u. non seguita da decreto di esproprio), non posso non confermare le perplessità già espresse in altra sede¹⁷ sull'opportunità di generalizzare l'ammissibilità del ricorso diretto anche contro i danni derivanti da atti illegittimi, la quale rimette in sostanza all'interessato la possibilità di "scegliere" tra chiedere al giudice (secondo il ruolo riconosciutogli dalla Costituzione) di assicurare una effettiva "giustizia nell'amministrazione" e quella di lasciare in vita una situazione di ingiustizia sostanziale, purché il proprio interesse economico venga soddisfatto. Con doppio pregiudizio per la collettività¹⁸. Estremamente importante in quest'ottica appare il richiamo all'esigenza che il giudice amministrativo mutui le regole civilistiche sul concetto stesso di danno come fatto, sul nesso di causalità, anche ipotetico (si pensi all'art. 1221 ce), sui criteri di valutazione ex art. 1223, 1225, 1226, 1227 co. 1 (concorso di cause) e co. 2 (danni evitabili con l'ordinaria diligenza) c.c. (cfr. punto 16 delle ordinanze). Sicché l'azione risarcitoria autonoma dall'impugnazione dell'atto, pur ammissibile nel rispetto dell'art. 24 Cost., rischia di non condurre a risultati concreti in sede di valutazione della fondatezza della pretesa.

¹⁷ *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. dir. parl.* 1/2003.

¹⁸ Sul punto, che il carattere di queste note non mi consente di approfondire, può essere opportuno richiamare l'attenzione, come segnale di una possibile inversione di tendenza rispetto alla tesi della equipollenza della tutela risarcitoria rispetto a quella caducatoria, su una recente proposta di Direttiva del Parlamento e del Consiglio UE (2006/0066) tesa a garantire la possibilità di tutela caducatoria in tema di contratti pubblici.