

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
AGGIORNATO AL 15 MAGGIO 2011

MARIANNA CAPIZZI

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 12 maggio 2011, n. 2817.

Sulla necessità di un'apposita domanda di parte al fine di ottenere la pronuncia prevista dall'articolo 34, comma 4 C.p.a.

La disposizione contenuta nell'articolo 34, comma 3 del nuovo Codice del Processo amministrativo costituisce una conferma dell'intento legislativo di considerare superata la tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa.

Per lungo tempo la questione del carattere prodromico della pronuncia di annullamento rispetto a quella di risarcimento è stata al centro di un dibattito giurisprudenziale tormentato che ha visto contrapposte la tesi sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione e quella avallata dal Consiglio di Stato. La prima, sulla scia della pronuncia contenuta nella storica sentenza n. 500/1999, si è sempre mostrata favorevole ad accogliere la tesi della irrilevanza della pregiudiziale amministrativa; il Supremo Consesso amministrativo, intervenuto con due pronunce dell'Adunanza Plenaria, la n. 4 del 26 marzo 2003 e la n. 12 del 22 ottobre 2007, ha più volte sostenuto la tesi contraria rilevando come in questa direzione spingesse l'esame della struttura della tutela apprestata dal giudice amministrativo nonché il carattere della tutela risarcitoria definito "conseguenziale" dall'articolo 35 del d.lgs. n. 80/1998, l'illegittimità del provvedimento quale componente essenziale del danno ingiusto risarcibile, l'impossibilità per il giudice amministrativo di conoscere *incidenter tantum* l'illegittimità dell'atto amministrativo.

La tesi del Consiglio di Stato è stata del tutto disattesa dal legislatore nazionale che, negli articoli 7, 30 e 34 del nuovo Codice del Processo Amministrativo ha normativamente consacrato la tesi opposta. L'articolo 7, comma 4 stabilisce, infatti: "*Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le*

controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma". Il 1° comma dell'articolo 30 aggiunge: *"L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma"*. Infine, il 3° comma dell'articolo 34 conclude: *"Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"*.

Le disposizioni riportate confermano, dunque, che il nuovo Codice del Processo Amministrativo ha accolto il dogma dell'autonomia processuale dell'azione risarcitoria. L'ammissibilità della stessa non richiede il previo annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo e fonte di danno. Detta autonomia comporta che l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o con separato ricorso. Nel primo caso, l'assenza di ogni legame con una pregiudiziale pronuncia di annullamento fa sì che qualora nelle more del giudizio l'invocato annullamento dell'atto non risultasse più utile per il ricorrente, il giudice è comunque tenuto ad accertarne l'illegittimità per valutare la medesima a fini risarcitori.

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato, esaminata la *ratio* dell'articolo 34, comma 3 c.p.a., si interroga sulla necessità della proposizione di un'autonoma domanda di parte per ottenere l'accertamento, a fini risarcitori, dell'illegittimità del provvedimento impugnato ma non annullabile dal giudice amministrativo.

La risposta fornita dal Collegio è negativa. Ritiene, infatti, il Consiglio di Stato che la superfluità di siffatta domanda possa inferirsi anzitutto dalla perentorietà della prescrizione contenuta nell'articolo 34 c.p.a. che testualmente dispone: *" il giudice accerta l'illegittimità dell'atto"*; in secondo luogo, dalla possibilità di considerare la domanda di accertamento in questione già implicitamente contenuta nella domanda di annullamento del provvedimento impugnato. Sostiene il Collegio: *"Orbene, ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a., " quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori "*. Tale articolo, infatti, introduce un principio di carattere generale volto da un lato ad inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i

loro effetti nel corso del giudizio e, dall'altro, a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento. In questa ipotesi l'azione costitutiva si depotenzia di quel "quid pluris" - la modificazione di una situazione giuridica - che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione per ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dall'interesse risarcitorio. I termini del quale interesse sono segnati dal quinto comma dell'art. 30 c.p.a., secondo cui, quando sia stata proposta azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata anche sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza: il che rende ragione del fatto che l'enunciato normativo si riferisce all'interesse risarcitorio e non ad una domanda risarcitoria già proposta. 3. Resta da chiarire se l'applicazione della norma presupponga una specifica istanza dell'interessato e se, nella specie, "sussiste l'interesse ai fini risarcitori" come prescritto dalla norma stessa. Al primo quesito va data risposta negativa. In tal senso milita, anzitutto, l'argomento testuale. Infatti, la norma dispone che in presenza dei presupposti dalla stessa predefiniti "il giudice accerta l'illegittimità dell'atto", impiegando una locuzione vincolante. In secondo luogo, l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel petitum di annullamento come un presupposto necessario. Siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere d'ufficio: in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse all'accertamento ai fini risarcitori. In relazione poi al secondo profilo (l'interesse ai fini risarcitori), esso è desumibile dal tipo di controversia e dagli atti di causa. Ora, è noto come il danno ipoteticamente risarcibile si sostanzia essenzialmente nelle seguenti voci: a) danno emergente, costituito dalle spese e dai costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura; b) lucro cessante, generalmente determinato nel 10% del valore dell'appalto; c) un'ulteriore percentuale del valore dell'appalto a titolo di perdita di chance, legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito. Ciò posto, è di tutta evidenza come nella specie sussista oggettivamente uno specifico interesse che, in ipotesi, ben potrebbe essere coltivato a fini risarcitori, in relazione ad eventuali spese di partecipazione alla gara e all'eventuale perdita di chances che l'impresa possa allegare. Ne consegue che, nella specie, sussistono tutti i presupposti per una pronuncia ai sensi del richiamato comma terzo dell'art. 34 del codice del processo"