

indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, anche con riferimento ai fatti antecedenti (comma 8 del predetto art. 42-bis).

Il riferimento al danno non patrimoniale in tale disposizione costituisce disposizione innovativa, che impone la necessità di opportuna considerazione anche in sede di risarcimento del danno per illecita occupazione; danno patrimoniale che il Collegio ritiene di poter equitativamente determinare, ai sensi dell'art. 1226 c.c., in complessivi euro 50.000,00, atteso anche il valore complessivo del risarcimento”.

Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 29 novembre 2011, n. 6296

Sulla pregiudiziale amministrativa.

Uno dei temi di certo più dibattuti e controversi che la giurisprudenza ha tentato in vario modo di risolvere dal 1999 ad oggi è quello della c.d. pregiudiziale amministrativa. Il nodo problematico che tale questione presenta si sostanzia nello stabilire se l'azione risarcitoria promossa dal singolo per ottenere il risarcimento del danno patito in conseguenza della lesione di un interesse legittimo (oppositivo o pretensivo) possa essere proposta solo previa proposizione e previo esito positivo di un'azione di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo o se, al contrario, tale azione debba considerarsi del tutto autonoma e dunque esperibile anche in assenza del già avvenuto esercizio dell'azione di annullamento.

Al riguardo, è bene innanzitutto evidenziare la presenza di una lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale in cui è possibile individuare, come spartiacque, l'emanazione della l.n. 205/2000 che per la prima volta ha attribuito al G.A. la competenza a decidere in ordine alle questioni afferenti il risarcimento danni e gli altri “diritti patrimoniali consequenziali”.

Dunque, prima dell'emanazione della l.n. 205/2000, la giurisprudenza era concorde nell'attribuire alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle azioni tese ad ottenere il risarcimento del danno. Tuttavia, anche all'interno di tale periodo è possibile distinguere due momenti diversi: prima

della sentenza n. 500/1999, la giurisprudenza chiedeva la previa proposizione dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo lesivo dell'interesse legittimo davanti al giudice amministrativo e subordinava la proposizione dell'azione risarcitoria all'esito vittorioso di tale giudizio demolitorio; tale orientamento, che sosteneva la necessità della pregiudiziale amministrativa, venne ribaltato dalla richiamata sentenza n. 500/1999 in cui la Corte di Cassazione affermò che per l'azione risarcitoria promossa avanti la giurisdizione ordinaria contro la P.A. per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo non era necessaria la pregiudizialità del giudizio di annullamento avanti la giurisdizione amministrativa in quanto l'illegittimità dell'azione amministrativa doveva considerarsi uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'articolo 2043 c.c. e, in quanto tale, l'accertamento in ordine alla sussistenza di tale elemento, qualora non fosse stato già operato dal giudice, avrebbe potuto essere condotto dal giudice ordinario.

Successivamente, l'articolo 7 della legge 205/2000, devolvendo, all'articolo 7, 3° comma l. t.a.r. e 35, 1° comma d. lgs. 80/1998 al giudice amministrativo la cognizione delle controversie vertenti sul risarcimento del danno e sugli “*altri diritti patrimoniali consequenziali*”, eliminò la riserva di giurisdizione prima prevista a favore del giudice ordinario per le questioni relative al risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo ma si riaprì la questione della pregiudiziale amministrativa. In particolare, ci si chiese se con il termine “consequenziali” il legislatore avesse voluto limitare la cognizione delle azioni di risarcimento del danno alle sole ipotesi in cui queste venissero esperite “consequentemente” all'annullamento (già avvenuto) dell'atto amministrativo illegittimo e fonte di danno. Orbene: inizialmente, a questo interrogativo la giurisprudenza amministrativa, ribaltando l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 500/1999 (che aveva negato la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo), sostenne che il sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo non costituiva una questione pregiudiziale che l'organo giudicante poteva conoscere *incidenter tantum*, ma al contrario,

costituiva un elemento essenziale del *thema decidendum* e il giudice amministrativo, non potendo disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, non poteva disporre il risarcimento del danno la cui ingiustizia egli stesso (o altro giudice competente) non avesse previamente accertato. Infatti, come si legge nella sentenza n. 4/2003 dell'Adunanza Plenaria, “ *...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, onde, pur potendo l'azione risarcitoria essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, essa può predicarsi ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento*”.

Tale tesi è stata condivisa dalla stessa Cassazione con la coeva sentenza n. 4538/2003 che, ponendosi in contrasto con le affermazioni contenute nella sentenza 500/1999, circa il potere del giudice ordinario di valutare *incidenter tantum* l'illegittimità dell'atto amministrativo è giunta alla conclusione 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*”. Rigettando il ricorso la Cassazione ha così enunciato il seguente principio di diritto: “*la non conformità di una situazione giuridica al diritto soggettivo, quale elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 2043 c.c., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato, sicchè, 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, transazione, decadenza, 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*”.

Tale pronuncia, tuttavia, è stata successivamente disattesa dalle Sezioni Unite della Cassazione che, nelle ordinanze n. 13659 e n. 13660 del 2006 ha affermato la non divisibilità della tesi della pregiudiziale amministrativa in quanto questa: 1) da una parte poneva un nesso inscindibile, non richiesto dalle norme di legge né dal quadro costituzionale, tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria; 2) dall'altra, sembrava ricomprendere nella giurisdizione amministrativa ogni danno caratterizzato dalla presenza della funzione pubblica, senza richiedere che di tale funzione si fosse avuto un concreto esercizio, nei modi e nelle forme tipiche del potere amministrativo, che soli consentono di riconoscere l'atto come espressione di un potere, disattendendo, in tal modo, i principi cardine offerti dalla Corte Costituzionale nelle famose sentenze n. 204/2004 e 191/2006. Sicché, ha concluso la Cassazione, con riferimento alle questioni patrimoniali consequenziali che, ai sensi dell'art. 7 Legge n. 205 del 2000, erano di pertinenza del giudice amministrativo, l'azione di risarcimento del danno doveva ritenersi svincolata dai termini di decadenza propri dell'azione di annullamento e, dunque, la decisione del giudice amministrativo di non esaminare nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non erano stati chiesti la decadenza dell'atto e la conseguente rimozione degli effetti meritava di essere cassata dalle Sezioni Unite della Cassazione, a norma dell'articolo 362, comma 1 c.p.c.

Nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite, la giurisprudenza amministrativa continuava ad essere divisa e discordante.

Una prima tesi, sostenuta soprattutto dai giudici amministrativi di primo grado, riteneva ancora che necessaria condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria fosse che nel termine di decadenza per l'impugnazione fosse esperita con esito favorevole l'azione di annullamento, anche se la tutela risarcitoria poteva essere richiesta non insieme, ma successivamente, in quanto una diversa soluzione avrebbe comportato una inammissibile disapplicazione di provvedimenti amministrativi da parte del giudice amministrativo.

Altra parte della giurisprudenza amministrativa avallava, invece, la posizione della Corte di Cassazione. In particolare, le statuizioni contenute nelle ordinanze gemelle del giudice nomofilattico sono state condivise dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2822/2007 che le ha ritenute non contrastanti con quanto sancito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2003, in quanto costituenti naturale conseguenza della successiva evoluzione ordinamentale in tema di tutela risarcitoria da lesione di interessi legittimi e dell'interpretazione offertane dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 204/2004 e 191/2006, in cui il giudice della legittimità costituzionale aveva osservato 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”*.

La questione dell'applicazione della regola della pregiudiziale è stata, dunque, rimessa dal C.G.A. al vaglio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza n. 12/2007 si è pronunciata a favore della regola della pregiudizialità sulla base delle seguenti argomentazioni: la struttura della tutela del giudice amministrativo che è articolata, sia in sede di giurisdizione di legittimità sia in sede di giurisdizione esclusiva, in modo tale che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito in via impugnatoria per la sua demolizione e, conseguentemente, in via risarcitoria per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità; il carattere “conseguenziale” e “ulteriore” della tutela risarcitoria espressamente ed inequivocabilmente posto dall'art. 35, comma 1 e comma 4 del d.lgs. n. 80/1998; il carattere “ingiusto” del danno che non può che derivare da una illegittimità del provvedimento amministrativo non reclamabile nel caso in cui questo non sia stato previamente impugnato.

Tuttavia, la pronuncia della Plenaria non ha sopito i contrasti e, nonostante la giurisprudenza amministrativa maggioritaria abbia continuato a pronunciarsi a

favore della pregiudizialità, si sono avute recentemente delle decisioni in senso contrario.

Di particolare rilievo, sotto questo profilo, la sentenza del C.G.A. n. 780/2008 ove nell'affrontare il problema dell'applicabilità dell'articolo 1227, comma 2 c.c. nella quantificazione del danno risarcibile, il Collegio siciliano ha fornito, al problema della pregiudiziale, una soluzione ancora diversa. Nella sentenza in esame, infatti, il Collegio siciliano ha spostato la questione della pregiudiziale amministrativa dal piano dei presupposti processuali a quello della valutazione delle conseguenze dannose derivanti dal fatto illecito, applicando, a tal proposito, le coordinate interpretative offerte dall'art. 1227 c.c. Tale disposizione considera, al fine della valutazione del risarcimento, il comportamento del soggetto danneggiato che aggrava le conseguenze del fatto illecito, negando il ristoro dei danni che egli avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza. Applicando tale norma alla questione in esame il Collegio ha prospettato la possibilità di considerare il previo esperimento dell'azione di annullamento non presupposto processuale dell'azione di risarcimento del danno, ma adempimento necessario ai sensi dell'articolo 1227, 2° comma. Sicchè, ad avviso del Collegio, in mancanza di impugnazione del provvedimento amministrativo la domanda risarcitoria non potrebbe essere accolta non perché inammissibile ma perché afferente un danno che il ricorrente, impugnando il provvedimento e consentendo alla Pubblica Amministrazione di annullarlo in autotutela, avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. Tale prospettiva, già avallata da una parte della dottrina, viene condivisa dal C.G.A che afferma: *“..solo se si fosse attivato tempestivamente mediante l'impugnazione giurisdizionale della graduatoria originaria (per ottenerne l'annullamento, magari previa sospensione degli effetti in parte qua) il ricorrente avrebbe effettivamente evitato di subire il pregiudizio per cui è causa ... Non avendo impugnato tempestivamente, non gli è dovuto alcun risarcimento per il danno da ritardo per cui è causa, giacché tale danno egli avrebbe potuto altrimenti evitare ai sensi degli articoli 2056 e 1227, 2° comma c.c., vuoi mediante l'ottenimento di un provvedimento*

cautelare nei sensi predetti, vuoi in virtù della retroazione degli effetti giuridici della sentenza alla data della domanda”.

Da ultimo, le SS. UU. della Corte di Cassazione sono intervenute con la sentenza n. 30254/2008, in risposta alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2007: il Giudice delle leggi ha confermato l'orientamento già espresso con le ordinanze nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006 secondo cui, proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, tesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto avrebbe dovuto essere precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. Stavolta, tuttavia, le Sezioni Unite hanno ribadito tale principio ai sensi dell'art. 363 c.p.c.,

In particolare, pronunciandosi sulla stessa controversia oggetto del decisum dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2007, le sezioni Unite hanno cavalcato l'onda dell'orientamento interpretativo dalle medesime già enunciato nelle ordinanze del giugno 2006, affermando che la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere precedentemente richiesta e dichiarata, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione in sede di annullamento.

Tale principio viene, tuttavia, in questa sede, giustificato alla luce dell'evoluzione del concetto di giurisdizione: se, tradizionalmente, la questione di giurisdizione riguarda la qualificazione della situazione giuridica soggettiva dedotta, oggi, alla luce degli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione, comprende, ad avviso della Corte, le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Pertanto, poiché è norma sulla giurisdizione non soltanto quella che individua i presupposti per

l'attribuzione del potere giurisdizionale (ripartito tra i diversi ordini di giudici a seconda del tipo di situazioni soggettive e di settori di materie), ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca, rientra nel sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione anche l'interpretazione della norma attributiva della tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 111, comma 8 della Costituzione, la eroghi concretamente. Infatti, il rifiuto del giudice amministrativo di erogare la tutela risarcitoria autonoma dipende non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno.

Di diverse vedute è rimasto il Consiglio di Stato, che nelle sentenze 3 febbraio 2009 n. 578, 31 marzo 2009 n. 1917, 21 aprile 2009 n. 2436, ha riconfermato il principio della c.d. pregiudiziale amministrativa, il quale non si fonda, ha osservato il Collegio riproponendo in parte le considerazioni svolte dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 1272007, sull'impossibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

Dunque, ha aggiunto il Supremo Consesso Amministrativo, la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato (o tardivamente impugnato), pur ammissibile, deve ritenersi infondata nel merito, in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo, dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati, ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto impugnato.

In definitiva, la mancata impugnazione del provvedimento non si traduce in un'inammissibilità della richiesta risarcitoria, ma in un esito negativo del merito

perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato “illecito”.

In tale panorama giurisprudenziale complesso e mai univoco è intervenuto il Codice del processo amministrativo che disciplina l'azione risarcitoria negli artt. 7 e 30.

In particolare, l'art. 7 comma 4 attribuisce al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione di legittimità le controversie relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma. Analogamente il comma 5 dispone che nelle materie di giurisdizione esclusiva il G.A. conosce delle controversie in cui si faccia questione dei diritti soggettivi, anche a fini risarcitori.

L'espressa devoluzione delle questioni risarcitorie al giudice amministrativo ad opera delle disposizioni riportate, costituisce attuazione del disposto di cui al comma 7 del medesimo articolo, a tenore del quale *“il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, degli interessi legittimi”*.

Orbene, dalla lettura combinata delle disposizioni appena menzionate è possibile affermare che il nuovo Codice del processo amministrativo ha consacrato in sede normativa gli arresti pretori della Corte Costituzionale (che sin dalla sentenza n. 204/2004 ha sostenuto 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”) e suggerisce la maggiore condivisibilità della tesi che qualifica l'articolo 2043 c.c. una norma secondaria.

Una conferma in tal senso si ha spostando l'attenzione sull'art. 30 comma 2 c.p.a., ai sensi del quale – come già sopra evidenziato – *“può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio*

dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno derivante da lesione di diritti soggettivi". Inoltre, l'art. 30 comma 6 aggiunge espressamente che: "di ogni domanda di condanna al risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo".

Dalle disposizioni richiamate possono, inoltre, trarsi importanti indicazioni in ordine alla soluzione dei più complessi problemi esegetici inerenti gli elementi costitutivi della responsabilità della Pubblica Amministrazione e il riparto dell'onere della prova dei medesimi in giudizio.

Ed invero, l'art. 30 c.p.a., utilizzando l'espressione "risarcimento del danno ingiusto", attribuisce espressamente all'azione risarcitoria in questione natura extracontrattuale, in linea di perfetta continuità rispetto alla posizione assunta dalla giurisprudenza già a partire dalla sentenza n. 500 del 1999.

L'elemento dirompente è, tuttavia, contenuto nel comma 1 dell'art. 30 c.p.a., il quale sancisce definitivamente l'autonomia dell'azione risarcitoria derivante da illegittimo esercizio del potere amministrativo rispetto alla previa impugnazione dell'atto, superando in tal modo l'annosa questione della pregiudiziale amministrativa. Ai sensi della norma citata: *"1. 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"*.

A confermare l'autonomia dell'azione risarcitoria l'articolo 34, comma 3 secondo cui: *"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"*. A tenore di tale ultima disposizione, dunque, la regola della pregiudiziale non opera neanche dopo la proposizione dell'azione di annullamento. Invero, qualora la sopravvenienza di un evento renda impossibile l'accoglimento dell'istanza di annullamento o faccia venir meno l'interesse al suo ottenimento, al ricorrente è comunque consentito optare per la tutela risarcitoria autonoma e

chiedere al giudice amministrativo di accertare la legittimità dell'atto ai soli fini risarcitori.

Il legislatore nazionale, dunque, da un lato ha confermato la posizione assunta dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, riconoscendo all'azione risarcitoria una natura extracontrattuale ed autonoma rispetto all'azione di annullamento; dall'altro ha totalmente disatteso le statuizioni delle Sezioni Unite che rinvenivano nell'azione risarcitoria uno strumento processuale volto a far valere in giudizio una posizione di diritto soggettivo al risarcimento del danno. Secondo l'impostazione accolta dal Codice del Processo Amministrativo, infatti, con l'azione risarcitoria il ricorrente fa valere in giudizio una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo meritevole di una tutela non solo demolitoria o conformativa, ma anche rimediale.

A fronte di tale eloquente svolta normativa, tuttavia, il Codice prosegue con due previsioni che temperano l'effetto dirompente rappresentato dall'affermazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria.

La prima delle due previsioni richiamate è contenuta nell'articolo 30, commi 3 e 5 secondo cui l'azione risarcitoria può essere esperita nel termine di 120 giorni, decorrente dal giorno in cui si è verificato il fatto ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo; mentre, nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

La seconda è quella contenuta nella seconda parte dell'articolo 30, comma 3 che, nel disporre che il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, sancisce un principio analogo a quello di cui all'articolo 1227 c.c., disposizione che, tuttavia, non viene espressamente richiamata.

La previsione dell'onere di esperire mezzi di tutela diversi dall'azione risarcitoria per non aggravare il danno giustifica il mancato richiamo dell'art. 1227 c.c., in quanto non rientra fra i doveri solidaristici, a cui è ispirata l'intera disciplina delle obbligazioni del codice civile, quello di agire giudizialmente

contro il debitore per ridurre il danno (relativo, ad esempio, alla maturazione degli interessi moratori), che potrebbe essere evitato attraverso lo spontaneo adempimento dell'obbligazione.

Si tratta, dunque, di una disposizione speciale che affonda le proprie radici in una permanente concezione pubblicistica della P.A., per cui l'annullamento dell'atto lesivo costituisce il modo ordinario di tutela dell'interesse legittimo.

Tale previsione, tuttavia, non esclude che, in un'ottica solidaristica, anche sulla P.A. incombe l'obbligo di ridurre l'entità del danno dalla stessa cagionato tramite l'esercizio tempestivo del potere di autotutela.

Le superiori considerazioni sono state di recente condivise sia dalle **Sezioni Unite della Corte di Cassazione** che **dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza 23 marzo 2011, n. 3** che, di fronte al nuovo panorama normativo sopra descritto, hanno unanimemente ritenuto superata la regola della pregiudiziale amministrativa e normativamente sancito l'irrelevanza processuale della previa impugnazione del provvedimento amministrativo illegittimo ai fini della ammissibilità e fondatezza della domanda risarcitoria. Entrambe le Autorità giudicanti hanno, inoltre, sottolineato come il legislatore abbia recuperato la rilevanza della previa impugnazione del provvedimento amministrativo sotto il profilo della quantificazione del danno risarcibile, ritenendo inaccoglibile la domanda medesima relativamente ai danni che con l'annullamento del provvedimento illegittimo (o l'esperimento degli ordinari strumenti di tutela amministrativa e di reazione all'inerzia pubblica) non si sarebbero presumibilmente prodotti.

Nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato, riprendendo le considerazioni contenute nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, ribadisce l'assoluta irrilevanza della proposizione dell'azione di annullamento al fine della ricevibilità di quella risarcitoria e aggiunge che gli strumenti di tutela che possono servire ad opporsi alla inerzia amministrativa ed evitare che si producano danni successivamente irrisarcibili, sono non solo quelli giurisdizionali ma anche quelli strettamente amministrativi: *“la domanda di ristoro di un danno patrimoniale derivante dalla lesione dell'interesse*

pretensivo diretto ad ottenere la concessione edilizia scevra dalle quattro condizioni giudicate illegittime, proposta entro il termine quinquennale di prescrizione ai sensi dell'art. 2947 cod. civ., è da considerarsi , pure in assenza della previa domanda di annullamento dell'atto lesivo, ammissibile...Non è allora esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione: ciò sarebbe contrario alla ratio della norma di cui all'art. 30, che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del comma 3, che chiaramente si riferisce a "strumenti di tutela", non già di "tutela giurisdizionale" e comunque non li considera ineluttabili ("anche attraverso..."). E' sufficiente che l'amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito "avviso di danno" consistente nell'invito all'autotutela, di ritornare sul proprio atto, assolvendo, in un regime di risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, l'obbligo (o, meglio, l'onere) di annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo (art. 21-nonies l.n. 241 del 1990), al fine di evitare di incorrere nella condanna al risarcimento del danno anche per le spese ulteriori sostenute dal privato (Cass. Sez. III, 3 marzo 2011, n. 5120)"