

Il parere del TAR Milano sulla necessità di impugnare gli atti amministrativi al fine di ottenere il risarcimento del danno in caso di dichiarata loro illegittimità (cd pregiudiziale amministrativa”)

La domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi può essere esperita anche a prescindere dall'impugnazione dell'atto amministrativo lesivo? in altri termini, la domanda risarcitoria relativa alla illegittima aggiudicazione del quinto lotto del servizio di assistenza domiciliare ad altra impresa può essere ritenuta fondata a prescindere dalla impugnazione della aggiudicazione di tale lotto e del suo conseguente annullamento giurisdizionale.?

Il Tar Milano non ha dubbi e conferma l'idea che la domanda risarcitoria sia consequenziale all'accertamento in via principale della illegittimità dell'atto che avviene nell'ambito del giudizio di annullamento (In conclusione la domanda risarcitoria deve essere respinta, in quanto infondata, non avendo la Cooperativa ricorrente impugnato e fatto annullare l'atto lesivo). La configurazione in capo alla p.a. del potere di mantenere in essere una situazione antiggiuridica (e come tale dichiarabile o dichiarata da un organo giurisdizionale) non sembra in primo luogo conforme al principio di legalità della azione amministrativa. Non a caso il nostro sistema prevede come regola generale che nelle ipotesi in cui la illiceità di un atto sia dichiarata in una sentenza che non ne pronuncia l'annullamento, la p.a. abbia l'obbligo (e non la discrezionalità) di procedere d'ufficio alla sua rimozione (art.4 dell'allegato «E» della L. 2248/1865). Mentre le fattispecie in cui alla p.a. è consentito mantenere in essere in via di fatto la situazione illecita prodotta da un atto amministrativo, previo pagamento dei danni, sono specificamente previste dal legislatore (ad es. art. 246 del D.Lgs 163 del 2006). In secondo luogo la possibilità che la situazione determinata dall'atto possa essere dichiarata illecita fino a quando perduri la possibilità di esperire l'azione risarcitoria comporta una interpretazione del tutto riduttiva del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi, il cui decorso produrrebbe solo una stabilizzazione di fatto dell'assetto di interessi prodotto dall'atto ma non la sua incontrovertibilità (dal momento che la vicenda potrebbe essere rimessa in discussione nel giudizio risarcitorio), che, invece, costituisce un effetto tipico della decadenza anche nei rapporti di diritto privato (si veda Cass. 19/03/2007 n. 5545). la concentrazione della tutela demolitoria e risarcitoria innanzi al GA non significa che questi possa conoscere della lesione dell'interesse legittimo talvolta principaliter (se l'atto viene impugnato) e talaltra incidenter tantum (se la domanda risarcitoria viene proposta in via autonoma), come avrebbe fatto il giudice ordinario. Il titolo che legittima l'attrazione della domanda risarcitoria innanzi al giudice amministrativo rimane sempre la cognizione principale sulla lesione degli interessi legittimi che tale giudice già compiva nell'ambito della sua (preesistente) giurisdizione attraverso l'azione demolitoria e che ora compie anche in funzione della domanda risarcitoria. **anche a voler ipotizzare che l'accertamento in via principale della illegittimità dell'atto e del suo carattere lesivo dell'interesse legittimo possa avvenire nell'ambito di una ipotetica sentenza di condanna al risarcimento, tale sentenza proietterebbe la sua autorità non solo sull'esistenza della obbligazione risarcitoria ma anche sulla illiceità dell'assetto di interessi determinato dall'atto illegittimo, il cui mantenimento assumerebbe carattere di un fatto illecito che la p.a. avrebbe l'obbligo di rimuovere. Con la conseguenza che la sentenza verrebbe ad incidere non solo su una posizione creditoria di natura pecuniaria ma anche sul concreto esplicarsi dell'azione amministrativa.**

Segnaliamo la sentenza numero 3647 del 18 settembre 2008 emessa dal Tar Lombardia Milano e della quale proponiamo un riassunto dei punti principali in essa discussi:

- ☞ <l'affermarsi della concezione che vede l'interesse legittimo come posizione soggettiva sostanziale ed autonoma rispetto all'interesse pubblico perseguito dalla p.a. non trova affatto il suo naturale epilogo nel superamento della natura impugnatoria del giudizio amministrativo.\_
- ☞ Anche a voler aderire alle impostazioni più avanzate che concepiscono la suddetta posizione soggettiva alla stregua di una pretesa giuridicamente tutelata avente ad oggetto un esercizio del potere amministrativo satisfattivo dell'interesse alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita, non pare contestabile che, ove detta pretesa venga frustrata da un provvedimento amministrativo illegittimo, la sua tutela giudiziale debba necessariamente avvenire attraverso il filtro della impugnazione dell'atto lesivo\_se è senz'altro vero che la tutela processuale dell'interesse legittimo, va ben oltre l'annullamento dell'atto lesivo, estendendosi fino alla conformazione più o meno completa del rapporto, è, tuttavia, altrettanto incontestabile che ogni forma «ulteriore» di tutela di tale posizione soggettiva non possa prescindere dalla rimozione degli effetti del provvedimento quale fattispecie precettiva idonea a cristallizzare un determinato componimento fra i diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti in una determinata fattispecie concreta\_
- ☞ La tesi contraria alla pregiudizialità amministrativa parte dall'assunto secondo cui l'efficacia imperativa del provvedimento vale sì ad estinguere le posizioni soggettive incompatibili con l'assetto di interessi che l'Amministrazione intende realizzare per la cura del pubblico interesse, ma non comporta anche che il danno con ciò provocato al privato sia «giusto», «legale», e, quindi, non risarcibile. Efficacia imperativa del provvedimento e danno ingiusto sono quindi situazioni giuridiche che coesistono tutte le volte in cui il danno che il cittadino ha subito per essere stato privato di una posizione soggettiva di vantaggio non trovi una copertura «legale» in un provvedimento amministrativo legittimo.\_
- ☞ Il provvedimento illegittimo, quindi, non rileva come atto invalido (e quindi annullabile o disapplicabile) ma come fatto che, in presenza degli altri presupposti previsti dall'art. 2043, concorre a determinare un illecito civile.\_
- ☞ Con la sentenza n. 500 del 1999 la Cassazione ha mutato avviso abbracciando la tesi secondo cui solo il danno arrecato da un provvedimento legittimo può considerarsi giustificato dall'ordinamento. Non invece quello prodotto da un provvedimento illegittimo del quale la p.a. può sempre essere chiamata a rispondere a prescindere dal suo annullamento\_
- ☞ La Corte Suprema afferma che il nuovo indirizzo costituirebbe la conseguenza del riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi. L'equiparazione fra atti legittimi ed illegittimi era infatti funzionale ad un sistema che, considerando risarcibili solo i diritti soggettivi, rendeva necessaria, ai fini della tutela risarcitoria, la loro riemersione attraverso l'annullamento dell'atto viziato. La risarcibilità degli interessi legittimi avrebbe invece determinato per la p.a. una responsabilità direttamente riferibile alla illegittimità degli atti che li ledono.
- ☞ Occorre quindi tenere distinti i fenomeni dell'allargamento dell'area del danno risarcibile, conseguente al riconoscimento della rilevanza di interessi giuridici diversi dai diritti soggettivi, e della efficacia imperativa del provvedimento amministrativo.\_L'accoglimento o il rigetto della tesi della pregiudizialità amministrativa non dipende dal tipo di posizione soggettiva lesa bensì dal regime giuridico che si voglia riconoscere al provvedimento amministrativo (ed, in particolare, al provvedimento amministrativo illegittimo).\_

- ☞ Il provvedimento, infatti, non può essere considerato come un mero «fatto» da cui derivano conseguenze pregiudizievoli. Esso costituisce, invece, un atto giuridico i cui effetti consistono proprio nel giustificare, in funzione del pubblico interesse, determinate conseguenze lesive (di diritti o di interessi) che, altrimenti, sarebbero illecite.\_
- ☞ Ritenere che tale efficacia sia propria del solo provvedimento legittimo e non anche di quello illegittimo significa, quindi, negare a quest'ultimo la capacità di produrre i propri effetti giuridici alterandone così il regime tipico (che non è quello di presunzione di legittimità ma quello di disgiunzione della efficacia dalla invalidità).\_
- ☞ A nulla vale affermare in senso contrario che l'effetto dell'atto illegittimo sarebbe quello di precludere le azioni reintegratorie del diritto o dell'interesse legittimo leso. Invero, se non si riconosce anche all'atto illegittimo la fondamentale funzione di «copertura giuridica» dell'operato della p.a. l'impossibilità per il soggetto leso di ottenere la reintegrazione della sua posizione soggettiva, si risolve in una generale attribuzione alla autorità amministrativa del potere di mantenere in essere situazioni illecite da essa stessa create pagandone il prezzo in termini risarcitori>

Ma non solo. Riportiamo interamente il seguente passaggio per l'importante principio in essa contenuto:

< L'autonomia della domanda risarcitoria rispetto a quella di annullamento è stata sostenuta anche attraverso un diverso ordine di argomenti di stampo prettamente processuale. In linea generale si è osservato che il giudizio ex art. 2043 c.c. si incentra sulla sussistenza di un danno risarcibile: la sentenza che accoglie la domanda fa stato solo in ordine alla obbligazione risarcitoria gravante in capo al danneggiante ed al correlativo diritto di credito del danneggiato, mentre, l'accertamento relativo alla esistenza della posizione soggettiva lesa costituisce una questione pregiudiziale in senso tecnico da decidersi incidenter tantum ai sensi dell'art. 34 c.p.c. senza efficacia di giudicato (sul punto Cass. 12/07/2005 n. 14578).

Sulla scorta di analogo ragionamento la sentenza 500 del 1999 della Corte di Cassazione ha ritenuto che il giudice ordinario ha giurisdizione sulla domanda risarcitoria conseguente alla lesione di interessi legittimi in quanto, incentrandosi la controversia sulla sussistenza del diritto al risarcimento del danno, le questioni della illegittimità dell'atto e della antigiuridicità della lesione inferta all'interesse legittimo non formano oggetto di accertamento principale bensì incidentale senza determinare alcuna sovrapposizione con la «causa petendi» propria della domanda di annullamento che appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo (contra però Cass 27/03/2003 n. 4538).

Dalla sentenza di condanna al risarcimento del danno non nascerebbe, quindi, in capo alla p.a. alcun obbligo di adeguamento al giudicato oltre a quello di eseguire la condanna al pagamento del risarcimento del danno.

**La tesi sopra esposta non pare tuttavia in linea con la disciplina processuale stabilita dal legislatore con l'art. 7 della L. 205/00 che ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sulle domande risarcitorie conseguenti all'illegittimo esercizio del potere amministrativo.**

La suddetta norma, infatti, si muove in una logica del tutto opposta a quella che vede nell'accertamento del credito risarcitorio la questione principale del giudizio e nella lesione dell'interesse legittimo un

punto meramente pregiudiziale. Essa, in-fatti, considera quale elemento principale del giudizio la lesione dell'interesse legittimo e come elemento consequenziale il danno che ne deriva.

Emblematica, in tal senso, è la differente formulazione del comma 3° dell'art. 7 della L. 1034/71, che prevede la devoluzione al GA delle questioni risarcitorie nell'ambito della giurisdizione di legittimità, rispetto a quella dell'art. 35 comma 1° del D.Lgs 80/98 che introduce analoga possibilità nell'ambito della giurisdizione esclusiva (ove l'illecito esercizio del potere della p.a. si manifesta attraverso comportamenti e non mediante atti imperativi). Invero, mentre l'art. 35, richiamando la formula dell'art. 2043 c.c., afferma che il GA, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, possa disporre del risarcimento del danno «ingiusto», l'art. 7 prevede che il danno risarcibile sia quello «consequenziale» rispetto alla cognizione sulla lesione dell'interesse legittimo che il GA già compie nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità (che, salvo il caso del silenzio, non conosce una azione di mero accertamento ma solo quella costitutiva di annullamento)>

A cura di Sonia Lazzini

**T.A.R. Lombardia–Milano – Sez. III - Sentenza 12 agosto 2008, n. 3647**

N. 3647/08 Reg. Sent.  
N. 184/06 Reg. Ric.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 184/06 proposto dalla Cooperativa ALFA a r.l. in persona del suo Presidente *pro-tempore* con l'avv. Fabio Arrigoni nel cui studio in Milano, via A. Oriani n. 3 è elettivamente domiciliata

**contro**

Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro-tempore* rappresentato e difeso dagli avvocati M.R. Surano, M.T. Maffey ed E. D'Auria della civica avvocatura comunale nel cui ufficio in Milano in via della Guastalla n. 8 è elettivamente domiciliato

**per la condanna**

del Comune di Milano al risarcimento del danno conseguente alla sentenza n. 1459 in data 18/08/1997 con la quale il TAR per la Lombardia ha annullato la delibera della Giunta Comunale di Milano n. 4563 del 14/11/1996 nella parte in cui disponeva la aggiudicazione del sesto lotto del servizio di assistenza domiciliare per le famiglie in difficoltà con minori alla Cooperativa BETA.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTA la costituzione in giudizio del Comune di Milano

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 3 luglio 2008 il ref. Dott. Raffaello Gisondi

UDITI alla pubblica udienza gli avvocati delle parti come da separato verbale

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

**FATTO**

Con ricorso iscritto al R.G. nn. 4828/96 e 800/97 la Cooperativa a r.l. DELTA impugnava innanzi al TAR per la Lombardia la delibera della G.M. n. 4563/96 del Comune di Milano nella parte in cui aggiudicava definitivamente il sesto lotto del servizio di assistenza domiciliare alle famiglie in difficoltà con minori alla Coop. BETA Nel giudizio interveniva *ad adiuvandum* anche la Cooperativa ALFA a r.l. Esponeva la ricorrente che il Comune di Milano aveva bandito un appalto concorso per l'assegnazione del servizio predetto suddividendolo in sei lotti in correlazione ad altrettante zone del territorio cittadino ove le prestazioni avrebbero dovuto essere espletate. A ciascun lotto era stato assegnato un monte ore che andava da un minimo di 8.000 del lotto I, ad un massimo di 22.000 ore del lotto VI. Il bando precisava che ciascun concorrente avrebbe potuto essere

assegnatario di un solo lotto anche se le offerte potevano essere presentate per più lotti. La Cooperativa DELTA partecipava alla gara concorrendo per i lotti I, II, V e VI, mentre la Coop ALFA partecipava per il lotto V. La Commissione di gara, esaminate le offerte, redigeva in un primo momento una graduatoria dei vincitori procedendo alla assegnazione dei singoli lotti in base ad un criterio che teneva conto del relativo peso economico; in tal modo al primo classificato veniva assegnato il lotto VI, che comportava un maggior numero di ore, e via via alle ditte che seguivano nella graduatoria venivano assegnati i restanti lotti in ordine decrescente di rilievo economico.

La applicazione di tale criterio comportava la aggiudicazione alla Coop. DELTA del 6° lotto e alla Coop ALFA del 5°.

Tuttavia, a seguito di intervento del segretario Generale, la Commissione modificava il criterio di assegnazione dei lotti ai vincitori procedendo per ordine progressivo di numerazione e non di importanza degli stessi.

Per effetto di tale decisione alla Cooperativa DELTA veniva assegnato il 2° lotto in luogo del 6°. La Cooperativa ALFA, invece, non beneficiava più della aggiudicazione di alcun lotto, in quanto, il riaggiustamento della graduatoria faceva sì che il 5° lotto venisse assegnato ad altro concorrente.

Con sentenza n. 1458 del 18/08/1997 il TAR per la Lombardia accoglieva il ricorso e, per l'effetto, annullava la delibera della G.M. del Comune di Milano nella parte in cui assegnava il sesto lotto del servizio alla Coop BETA. anziché alla Coop. DELTA.

Il Tribunale riteneva, infatti, che il criterio da ultimo adottato dalla Commissione di gara per la ripartizione dei lotti fosse contrario ai principi di imparzialità e buon andamento della p.a. a lume dei quali i lotti comprendenti un maggior numero di ore avrebbero dovuto essere assegnati, in ordine decrescente, alle imprese che avevano formulato le offerte più vantaggiose sotto il profilo economico, in modo da garantire un risparmio di risorse al Comune ed una più equa distribuzione delle commesse fra le ditte utilmente collocate nella graduatoria.

In esecuzione della predetta sentenza la Coop ALFA chiedeva che le fosse aggiudicato il 5° lotto del servizio.

Il Comune di Milano, tuttavia, non dava corso alla richiesta ed, anzi, appellava la predetta sentenza innanzi al Consiglio di Stato. Ma la V Sezione del Supremo Consesso, con sentenza n. 5663 del 1/10/2003, dichiarava l'appello irricevibile in quanto tardivo.

Con ricorso notificato il 22/12/2005 (oggi in decisione) la Coop ALFA chiede, quindi, che l'Amministrazione comunale venga condannata al risarcimento del danno derivante dalla mancata assegnazione del 5° lotto del servizio in violazione del corrispondente obbligo che derivava dalla sentenza n. 1459/97 del TAR Milano.

Il danno risarcibile, a detta della ricorrente, deriverebbe dalle spese sostenute per la formulazione del progetto presentato a corredo dell'offerta, dal mancato utile (quantificato nella percentuale del 10% rispetto all'importo a base d'asta decurtato del ribasso operato in sede di offerta), e dalle spese sostenute per l'assunzione di personale (rimasto poi improduttivo) in vista dell'assegnazione dell'appalto.

Si è costituito il Comune di Milano per resistere al ricorso.

All'udienza fissata per la discussione il Collegio informava le parti di aver rilevato un profilo, potenzialmente idoneo a determinare l'inammissibilità o l'infondatezza del ricorso, non sollevato negli atti difensivi e consistente nella mancata impugnazione da parte della Coop ALFA della aggiudicazione del 5° lotto del servizio ad altra impresa.

Esaurito il dibattito, anche con riguardo a tale questione, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Occorre in via preliminare esaminare le eccezioni di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e prescrizione del diritto al risarcimento del danno formulate dal Comune di Milano.

1. Nelle memorie della difesa comunale si richiama l'art. 45 del D.Lgs 80/98 a mente del quale la giurisdizione esclusiva del GA in materia di urbanistica e servizi pubblici prevista dagli artt. 33 e 34 del medesimo decreto opera a far data dal 1/7/1998, mentre per i giudizi pendenti alla data del 30 giugno 1998 rimangono fermi i criteri di riparto previsti dalla previgente legislazione.

Da tale norma il Comune deduce che essendo pendente già dal 1997 il giudizio impugnatorio relativo all'annullamento della aggiudicazione del servizio di assistenza domiciliare, la conseguente domanda risarcitoria andrebbe proposta al giudice ordinario in quanto competente a conoscere le controversie in ordine ai diritti patrimoniali consequenziali, secondo gli artt. 30 RD 26/06/1924 n. 1054 e 7 comma 3° L. 6/12/1971 n. 1034 nella loro formulazione previgente alla entrata in vigore del D.Lgs n. 80 del 1998.

L'eccezione è infondata.

In primo luogo occorre osservare che la controversia in ordine alla aggiudicazione del servizio di assistenza domiciliare decisa con la sentenza 1459/97 del TAR Milano non sembra rientrare nell'ambito della materia dei «pubblici servizi». E ciò sia in base alla originaria formulazione dell'art. 33 del D.Lgs 80/98, sia sulla scorta della riscrittura di tale articolo operata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/04.

Infatti, già anteriormente alla sentenza n. 204/04 della Consulta, la Suprema Corte aveva precisato che il pubblico servizio comporta una prestazione resa alla generalità degli utenti da un soggetto pubblico o privato che in forza di vari meccanismi si sostituisca al primo, mentre esulano da tale nozione le prestazioni rese in favore dell'amministrazione per consentire alla stessa di disporre dei beni utilizzati per gestire il servizio, le quali si collocano a monte del servizio stesso (Cass. SSUU 19/04/2004 n. 7461; 30/03/2000 n. 71, 30/03/2000 n. 72).

Nel caso di specie il rapporto che si andava ad instaurare fra l'Amministrazione comunale di Milano e le ditte aggiudicatarie non poteva in alcun modo essere qualificato come «sostituzione» nell'espletamento del servizio di assistenza domiciliare.

Invero, tenuto conto della disciplina comunitaria in materia di affidamento di appalti, si realizza una fattispecie di «concessione» di servizio pubblico solo laddove il soggetto affidatario ricavi la remunerazione del servizio da un rapporto contrattuale instaurato direttamente con l'utenza. Solo in tal caso le prestazioni rese sono direttamente imputabili al terzo e non alla p.a.

Nel caso di specie, viceversa, la remunerazione del servizio era posta a carico dell'Amministrazione, mentre le ditte appaltatrici, lungi dal sostituirsi alla stessa nel rapporto con l'utenza, svolgevano il compito di meri «ausiliari» (art. 1228 c.c.) nella esecuzione di prestazioni che rimanevano imputabili alla stessa A.C. in forza di un contatto che essa intratteneva direttamente con i soggetti disagiati a cui il servizio era rivolto.

Si trattava dunque non di sostituzione ma di un rapporto che rimaneva nell'ambito della organizzazione dei mezzi con cui il Comune approntava il servizio, rapporto che, come tale, esulava dalla sfera di operatività dell'art. 33 del D.Lgs 80 del 1998 anche nella sua primigena formulazione. Tale conclusione deve a maggior ragione essere tenuta ferma a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza 204 del 2004 (la quale spiega efficacia retroattiva per tutti i rapporti non ancora esauriti) ha limitato l'ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici prevista dall'art. 33 del D.Lgs 80/98 solo alle controversie relative a concessioni di pubblici servizi, a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio, ovvero ancora all'affidamento di un pubblico servizio ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.

La nuova formulazione della norma rafforza l'idea secondo cui la giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici opera soltanto quando fra p.a. ed esecutore del servizio si instaura un rapporto nell'ambito del quale la prima esercita prerogative che non sono solo contrattuali ma costituiscono esercizio di poteri pubblicistici. Cosa che non accade nella fattispecie in esame nella quale la relazione fra il Comune di Milano e le ditte esecutrici dell'appalto rimaneva esclusivamente sul piano del diritto privato.

Alla luce di quanto sopra si deve pertanto concludere che la controversia relativa alla aggiudicazione dell'appalto del servizio di assistenza domiciliare pendente alla data del 30/6/1998 non rientrava fra quelle poi devolute alla giurisdizione esclusiva dall'art. 33 del D.Lgs 80 del 1998, ma apparteneva, anche dopo l'entrata in vigore del suddetto decreto, alla generale giurisdizione di legittimità del GA.

La domanda risarcitoria consequenziale all'annullamento non è quindi conosciuta dal giudice amministrativo in forza del combinato disposto degli artt. 33-35 del citato decreto legislativo (in relazione ai quali opera la disciplina transitoria prevista dall'art. 45), ma dell'art. 7 della L. 205 del 2000 il quale ha stabilito che il GA, nell'ambito della sua giurisdizione (anche di legittimità) conosce delle domande risarcitorie e degli altri diritti patrimoniali consequenziali.

Non essendo prevista alcuna norma transitoria nella L. 205 del 2000 in relazione alla attribuzione al GA, in sede di giurisdizione di legittimità, delle controversie risarcitorie, deve ritenersi operante il generale criterio previsto dall'art. 5 c.p.c. secondo cui la giurisdizione si radica in base alla legge vigente al momento della domanda; con la conseguenza che essendo stato notificato il ricorso il 22/12/2005 la domanda risarcitoria in esso contenuta rientra nella giurisdizione del GA ai sensi dell'art. 7 della L. 205/00.

Pertanto, anche a voler ritenere soggetta alla disciplina transitoria sancita dall'art. 45 del D.Lgs 80 del 1998 la presente controversia, la giurisdizione del GA non verrebbe meno.

A tal proposito occorre dare atto che in ordine al significato da attribuirsi alla suddetta norma transitoria la giurisprudenza amministrativa non ha espresso un indirizzo univoco.

Il Consiglio di Stato nelle sentenze n. 5677 in data 12/10/2002 della V Sezione e n. 887 del 7/3/2005 della IV Sezione ha ritenuto che alle domande risarcitorie consequenziali a giudizi pendenti alla data del 30/6/1998 si applicano le regole di riparto della giurisdizione previgenti alla entrata in vigore del D.Lgs 80/98, in quanto solo con l'art. 35 del medesimo decreto il legislatore avrebbe sancito il principio di concentrazione davanti al GA delle controversie

risarcitorie, vertenti su diritti soggettivi, e di quelle relative all'illegittimo esercizio della funzione amministrativa da parte della p.a.

Il medesimo Consiglio di Stato, tuttavia, nelle sentenze n. 4567 del 7/8/2003 (Sez. VI) e 25/5/2005 n. 2646 (Sez. VI) ha affermato che per effetto della norma transitoria di cui all'art. 45 del D.Lgs 80/98 rimangono al giudice ordinario solo i giudizi risarcitori già perfettamente incardinati innanzi a tale giudice alla data del 30/06/1998. E ciò in coerenza con il principio della *perpetuatio jurisdictionis* sancito dall'art. 5 c.p.c., Pertanto, la giurisdizione del GO non potrebbe estendersi alle domande "autonome" di risarcimento del danno conseguenti all'annullamento di un provvedimento amministrativo proposte successivamente al 1/7/1998 che si sostanziano in un vero e proprio nuovo giudizio innestato innanzi al nuovo giudice competente.

Il Collegio ritiene di aderire a quest'ultima impostazione.

Infatti, secondo l'insegnamento impartito dalla Corte Costituzionale nelle fondamentali sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006, e sostanzialmente recepito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nelle ordinanze nn. 1359 e 1360 del 30/06/2006, l'attribuzione al GA delle controversie relative al risarcimento derivante dalla lesione di interessi legittimi, non costituisce una deroga all'ordinario criterio di riparto basato sulle posizioni soggettive lese di cui all'art. 103 Cost. La tutela risarcitoria, infatti, spetta *naturaliter* al giudice amministrativo in quanto costituisce un «rimedio» alla lesione dell'interesse legittimo che si affianca a quello demolitorio-conformativo di cui il GA tradizionalmente dispone.

Se tale conclusione è esatta ne deriva che l'art. 45 del D.Lgs 80/98 deve essere interpretato nel senso di conservare la giurisdizione del GO sulle controversie risarcitorie aventi causa nella lesione di interessi legittimi introdotte prima che il legislatore ne attribuisse la cognizione al GA, quale elemento integrante della tutela da egli apprestata a tali posizioni soggettive. E ciò è accaduto con l'entrata in vigore del D.Lgs 80/98, per le controversie rientranti nell'ambito della giurisdizione

esclusiva in materia di urbanistica e servizi pubblici, e con l'entrata in vigore della L. 205 del 2000 per tutte le altre controversie attribuite alla giurisdizione amministrativa.

Concludendo in punto di giurisdizione è appena il caso di osservare che il richiamo alle sentenze n. 22370/07 e 9040/08 della Corte Suprema a sostegno della spettanza al GO della giurisdizione sulla controversia risarcitoria non appare pertinente in quanto la prima sentenza si riferisce ad un caso in cui la domanda di risarcimento del danno era stata proposta innanzi al Tribunale ordinario il 24 giugno 1998, ed era quindi pendente alla data del 30/06/1998. La seconda sentenza si riferisce invece al diverso caso della «accessione invertita» in cui non sono coinvolti interessi legittimi, bensì diritti soggettivi che si fronteggiano a comportamenti costituenti manifestazione di potere amministrativo.

2. La difesa della Amministrazione comunale eccepisce poi la prescrizione del diritto al risarcimento del danno in quanto la società ricorrente non avrebbe tempestivamente introdotto il giudizio di ottemperanza per ottenere l'esecuzione in forma specifica della sentenza n. 1459/97 del TAR Milano. A sostegno della eccezione si richiama ancora la sentenza 9040/08 delle Sezioni Unite della Corte Suprema secondo la quale il venir meno della cd. «pregiudizialità amministrativa» comporterebbe che la domanda risarcitoria potrebbe essere esperita senza attendere l'annullamento dell'atto illegittimo con conseguente decorrenza del termine di prescrizione dal momento del verificarsi del danno e non da quello in cui l'atto è stato annullato con sentenza passata in giudicato. L'esame della eccezione presupporrebbe in verità che la società abbia acquisito un diritto al risarcimento del danno estintosi poi per intervenuta prescrizione. Come meglio si dirà tale diritto in realtà non è mai sorto non essendo stato impugnato l'atto lesivo dell'interesse legittimo.

A prescindere da ciò l'eccezione di prescrizione è comunque priva di fondamento.

Infatti, la certezza del passaggio in giudicato della sentenza n. 1459/97 del TAR Milano si è avuta solo a seguito della declaratoria di irricevibilità dell'appello intervenuta con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5663 del 1/10/2003. Prima del deposito della predetta sentenza non poteva

dunque essere esperito nè il giudizio di ottemperanza nè alcun altro mezzo processuale per dare esecuzione alla sentenza di primo grado (in quanto all'epoca non era ancora vigente la L. 205/00).

Quanto alla sentenza n. 9040/08 delle Sezioni Unite della S.C., tale pronuncia si basa sull'assunto che la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi possa essere esperita anche a prescindere dall'impugnazione dell'atto amministrativo lesivo; assunto che, come tra poco si dirà, non è condiviso dal Collegio.

3. La domanda risarcitoria va in ogni caso respinta anche se per ragioni diverse da quelle indicate dalla difesa Comunale.

Occorre infatti osservare che la Coop. ALFA non ha autonomamente impugnato l'aggiudicazione del 5° lotto del servizio di assistenza domiciliare ad altra impresa partecipante alla gara. Essa è intervenuta *ad adiuvandum* nel ricorso introdotto dalla Coop. DELTA per l'annullamento della aggiudicazione del 6° lotto.

La sentenza n. 1459/97 del TAR Milano non ha quindi inciso sulla aggiudicazione del 5° lotto limitandosi, in corrispondenza alla domanda della ricorrente, ad annullare la delibera della G.M. 4563 del 14/11/1996 solo «nella parte in cui ha assegnato il *sesto lotto* alla cooperativa BETA».

Dal passaggio in giudicato della predetta pronuncia non scaturiva pertanto alcun diritto della Coop ALFA ad ottenere la aggiudicazione del 5° lotto.

Occorre infatti ricordare che gli effetti conformativi del giudicato si producono solo fra le parti (CdS, IV, 18/01/1996 n. 49). La figura dell'interveniente *ad adiuvandum* nel processo amministrativo non è in alcun modo assimilabile a quella della parte ricorrente, in quanto egli non gode di una posizione autonoma ma fa valere solo un proprio interesse riflesso all'accoglimento del ricorso. Tant'è che gli è preclusa la proposizione dell'appello (Cons. Giust. Amm. Sic., 13-02-2007, n. 36; Cons. Stato Sez. VI, 03-01-2000, n. 20) e, a maggior ragione, la legittimazione ad introdurre il giudizio di ottemperanza che rimane riservata alla parte ricorrente in funzione del conseguimento del bene della vita che il giudicato le ha riconosciuto.

Non sono estensibili alla Coop ALFA nemmeno gli effetti caducatori che derivano dalla sentenza del TAR Milano.

L'annullamento giurisdizionale dell'atto ha infatti efficacia *ultra partes* solo qualora i relativi effetti siano inscindibili. Tali non possono considerarsi gli atti relativi alle procedure concorsuali in quanto «bando di un concorso e gli atti successivi della procedura, tra cui l'atto di nomina dei vincitori, pur essendo provvedimenti con pluralità di destinatari, sono atti scindibili nei loro effetti che possono essere accettati o meno dai singoli e che in relazione a tale circostanza divengono per alcuni definitivi e per altri possono essere rimossi» (Cons. Stato, V, 12/10/2002 n. 5514).

La suddetta conclusione vale a maggior ragione nel caso di specie in cui l'oggetto della gara non riguardava un bene unitario, ma più lotti del medesimo servizio fra loro del tutto indipendenti, con la conseguenza che l'annullamento della aggiudicazione di un singolo lotto non poteva comportare la automatica caducazione anche della aggiudicazione di tutti gli altri lotti in cui il servizio era stato ripartito.

Non appare fondata, poi, l'obiezione secondo cui l'esecuzione del giudicato relativo al sesto lotto da parte della Amministrazione comunale avrebbe provocato un «effetto a cascata» da cui sarebbe inevitabilmente conseguita la assegnazione del quinto lotto alla Cooperativa ALFA. Invero, il fatto che la suddetta Cooperativa avrebbe potuto beneficiare *in via riflessa* della esecuzione del giudicato, non significa, infatti, nè che essa abbia diritto ad essere risarcita perchè il giudicato non è stato adempiuto (cosa di cui potrebbe dolersi solo la Cooperative DELTA), nè che essa possa rimettere in discussione la aggiudicazione del quinto lotto ad altra impresa in assenza di tempestiva impugnazione del provvedimento che la ha disposta.

4. Rimane quindi da esaminare la questione se la domanda risarcitoria relativa alla illegittima aggiudicazione del quinto lotto del servizio di assistenza domiciliare ad altra impresa, anzichè alla Cooperativa ALFA, possa essere ritenuta fondata a prescindere dalla impugnazione della aggiudicazione di tale lotto e del suo conseguente annullamento giurisdizionale.

Viene così in rilievo l'annoso problema della pregiudizialità amministrativa che, come è noto, ha visto schierarsi su posizioni contrapposte i due massimi organi della giurisdizione civile ed amministrativa del nostro ordinamento (per tutte Cass. SSU 13/06/2006 nn. 1359 e 13660 e Cons Stato Ad. Plen 22/10/2007 n. 12) e, parimenti, ha diviso e continua a dividere anche la dottrina.

La questione, sulla quale è stato già detto e scritto molto, rimane ancora aperta, essendo le opinioni espresse dai fautori dei due opposti orientamenti dotate di una loro plausibilità logica e sistematica.

Proprio per questo il Collegio, pur ritenendo di aderire alla tesi della necessaria pregiudizialità dell'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo rispetto all'accoglimento della domanda risarcitoria, reputa di dover motivare «a fondo» il proprio convincimento prendendo posizione sulle principali questioni che formano oggetto del dibattito.

4.1 A tal fine occorre innanzitutto prendere le distanze dall'opinione secondo cui la riaffermazione della centralità della azione di annullamento nel giudizio amministrativo di legittimità sarebbe il frutto di una superata concezione «oggettiva» della giustizia amministrativa, vista come strumento volto primariamente ad assicurare la legittimità degli atti emanati dalla pubblica amministrazione, nella quale l'interesse legittimo avrebbe una funzione «meramente ancillare e famulativa rispetto all'interesse pubblico» (come sembrano ritenere le Sezioni Unite nelle citate ordinanze nn 1359 e 13660 del 2006)

Invero, l'affermarsi della concezione che vede l'interesse legittimo come posizione soggettiva sostanziale ed autonoma rispetto all'interesse pubblico perseguito dalla p.a. non trova affatto il suo naturale epilogo nel superamento della natura impugnatoria del giudizio amministrativo.

Anche a voler aderire alle impostazioni più avanzate che concepiscono la suddetta posizione soggettiva alla stregua di una pretesa giuridicamente tutelata avente ad oggetto un esercizio del potere amministrativo satisfattivo dell'interesse alla conservazione o al conseguimento di un bene della vita, non pare contestabile che, ove detta pretesa venga frustrata da un provvedimento

amministrativo illegittimo, la sua tutela giudiziale debba necessariamente avvenire attraverso il filtro della impugnazione dell'atto lesivo.

Ciò trova conferma nella recente riforma dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990 (operata dal D.L. 35/05), nella quale il legislatore pur introducendo per la prima volta nel giudizio amministrativo di legittimità un'*azione di accertamento della fondatezza della pretesa ad un provvedimento amministrativo favorevole*, non ha attribuito a tale azione una portata generale (come avviene in altri ordinamenti) ma ne ha limitato l'esperibilità all'ipotesi in cui la p.a. non abbia tempestivamente provveduto sulla istanza del privato, ribadendo così che di fronte ad un provvedimento espresso di diniego la tutela giudiziale della suddetta posizione soggettiva debba procedere attraverso il consueto schema impugnatorio.

Occorre ancora osservare che la persistente ispirazione del giudizio amministrativo di legittimità (esclusa l'ipotesi del silenzio) ad un modello impugnatorio non è da imputarsi alla inadeguatezza della sua (datata) disciplina a fornire all'interesse legittimo, quale «pretesa» giuridicamente protetta, tutto il bagaglio di tutele processuali (di accertamento e condanna) che assiste tradizionalmente il diritto soggettivo.

Il modello impugnatorio, infatti, costituisce il riflesso dei connotati (sostanziali) degli atti con cui viene esercitato il potere amministrativo, tradizionalmente identificati nella forza *imperativa*, che ne comporta la attitudine a realizzare in via autoritativa un certo assetto di interessi travolgendo tutte le posizioni soggettive con esso incompatibili, e nella attitudine a produrre effetti, pur se illegittimi, fino a quando non vengano annullati.

Pertanto, se è senz'altro vero che la tutela processuale dell'interesse legittimo, va ben oltre l'annullamento dell'atto lesivo, estendendosi fino alla conformazione più o meno completa del rapporto, è, tuttavia, altrettanto incontestabile che ogni forma «ulteriore» di tutela di tale posizione soggettiva non possa prescindere dalla rimozione degli effetti del provvedimento quale fattispecie

precettiva idonea a cristallizzare un determinato componimento fra i diversi interessi, pubblici e privati, coinvolti in una determinata fattispecie concreta.

Ed è proprio con la persistente attualità di tali nozioni che il problema della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria deve misurarsi.

4.2 La tesi contraria alla pregiudizialità amministrativa parte dall'assunto secondo cui l'efficacia imperativa del provvedimento vale sì ad estinguere le posizioni soggettive incompatibili con l'assetto di interessi che l'Amministrazione intende realizzare per la cura del pubblico interesse, ma non comporta anche che il danno con ciò provocato al privato sia «giusto», «legale», e, quindi, non risarcibile. Efficacia imperativa del provvedimento e danno ingiusto sono quindi situazioni giuridiche che coesistono tutte le volte in cui il danno che il cittadino ha subito per essere stato privato di una posizione soggettiva di vantaggio non trovi una copertura «legale» in un provvedimento amministrativo legittimo.

Secondo questo modo di vedere nell'ambito del giudizio risarcitorio la legittimità dell'atto non viene in considerazione per metterne in discussione gli effetti, ma per accertare la loro illiceità. Il provvedimento illegittimo, quindi, non rileva come atto invalido (e quindi annullabile o disapplicabile) ma come *fatto* che, in presenza degli altri presupposti previsti dall'art. 2043, concorre a determinare un illecito civile.

Siffatta tesi non è affatto nuova, nè, come spesso si afferma, è una necessaria conseguenza della riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi.

La possibilità di una pluriqualificazione del provvedimento adottato dall'amministrazione in violazione delle norme che regolano l'esercizio del potere

come invalido (e, quindi, annullabile) o come illecito (cd *modo della distinzione*), era stata a suo tempo già prospettata dalla dottrina per contrastare la sottrazione al giudice ordinario della tutela (risarcitoria) dei diritti soggettivi lesi da provvedimenti amministrativi illegittimi; sottrazione che

derivava dall'accoglimento da parte della giurisprudenza della teoria della «degradazione» dei diritti ad interessi.

La Corte Suprema, tuttavia, ha sempre rifiutato di accogliere tale suggerimento.

E ciò non solo per ragioni attinenti il riparto di giurisdizione, ma anche in forza di argomentazioni di carattere sostanziale facenti leva sulla efficacia imperativa riconosciuta ai provvedimenti della p.a.

Si affermava, infatti, che dal provvedimento invalido non può derivare la commissione di un illecito in quanto tale provvedimento, *al pari di quello valido*, produce il crollo della protezione eretta dall'ordinamento a tutela dell'interesse del privato ad un certo bene della vita, precludendo così che il pregiudizio arrecato dalla p.a. possa considerarsi contrario al diritto (cd *modo della equiparazione*).

In tale prospettiva la domanda risarcitoria formulata senza il previo annullamento dell'atto illegittimo non avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione, bensì infondata nel merito per mancanza del requisito della ingiustizia del danno (fra le tante Cass. 10453/97).

Con la sentenza n. 500 del 1999 la Cassazione ha mutato avviso abbracciando la tesi secondo cui solo il danno arrecato da un provvedimento legittimo può considerarsi giustificato dall'ordinamento. Non invece quello prodotto da un provvedimento illegittimo del quale la p.a. può sempre essere chiamata a rispondere a prescindere dal suo annullamento.

La Corte Suprema afferma che il nuovo indirizzo costituirebbe la conseguenza del riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi. L'equiparazione fra atti legittimi ed illegittimi era infatti funzionale ad un sistema che, considerando risarcibili solo i diritti soggettivi, rendeva necessaria, ai fini della tutela risarcitoria, la loro riemersione attraverso l'annullamento dell'atto viziato. La risarcibilità degli interessi legittimi avrebbe invece determinato per la p.a. una responsabilità direttamente riferibile alla illegittimità degli atti che li ledono.

E' proprio tale fondamentale passaggio della tesi in esame a non convincere.

Le ragioni per cui la Cassazione, prima della sentenza 500/99, riteneva infondata nel merito la domanda risarcitoria proposta senza la previa impugnazione dell'atto lesivo di un diritto soggettivo, valgono, infatti, anche se ad essere leso è un interesse legittimo.

Ciò in quanto il provvedimento amministrativo anche quando incide su interessi legittimi, produce effetti sfavorevoli che, se non rimossi attraverso la sua (tempestiva) impugnazione, si consolidano, determinando la definitiva estinzione delle posizioni di vantaggio che ne stanno alla base.

Si pensi al caso degli atti negativi: essi estinguono l'obbligo della p.a. di provvedere sulla istanza del privato il quale non può più vantare alcuna posizione soggettiva acciocchè l'amministrazione riesamini nuovamente la questione. L'interesse legittimo pretensivo ad un provvedimento favorevole, al pari del diritto soggettivo, riemerge solamente a seguito dell'annullamento dell'atto negativo che fa rivivere (ex tunc) l'obbligo dell'amministrazione di riprenderlo in considerazione.

Anche in tal caso, pertanto, l'ingiustizia del danno presuppone la rimozione degli effetti autoritativi dell'atto negativo illegittimo non essendo pensabile che la violazione dell'obbligo di provvedere possa ritenersi al contempo insussistente ai fini dell'esperimento dei rimedi amministrativi (come ad esempio un ricorso avverso il silenzio serbato su un'istanza di riesame) ma illecita ai fini della responsabilità civile determinata dal comportamento silente della p.a.

Occorre quindi tenere distinti i fenomeni dell'allargamento dell'area del danno risarcibile, conseguente al riconoscimento della rilevanza di interessi giuridici diversi dai diritti soggettivi, e della efficacia imperativa del provvedimento amministrativo.

L'accoglimento o il rigetto della tesi della pregiudizialità amministrativa non dipende dal tipo di posizione soggettiva lesa bensì dal regime giuridico che si voglia riconoscere al provvedimento amministrativo (ed, in particolare, al provvedimento amministrativo illegittimo).

Il provvedimento, infatti, non può essere considerato come un mero «fatto» da cui derivano conseguenze pregiudizievoli. Esso costituisce, invece, un atto giuridico i cui effetti consistono

proprio nel giustificare, in funzione del pubblico interesse, determinate conseguenze lesive (di diritti o di interessi) che, altrimenti, sarebbero illecite.

Ritenere che tale efficacia sia propria del solo provvedimento legittimo e non anche di quello illegittimo significa, quindi, negare a quest'ultimo la capacità di produrre i propri effetti giuridici alterandone così il regime tipico (che non è quello di presunzione di legittimità ma quello di disgiunzione della efficacia dalla invalidità).

A nulla vale affermare in senso contrario che l'effetto dell'atto illegittimo sarebbe quello di precludere le azioni reintegratorie del diritto o dell'interesse legittimo leso. Invero, se non si riconosce anche all'atto illegittimo la fondamentale funzione di «copertura giuridica» dell'operato della p.a. l'impossibilità per il soggetto leso di ottenere la reintegrazione della sua posizione soggettiva, si risolve in una generale attribuzione alla autorità amministrativa del potere di mantenere in essere situazioni illecite da essa stessa create pagandone il prezzo in termini risarcitori.

Tale conclusione, tuttavia, oltre a minare le fondamenta della teoria dell'atto amministrativo (che anche se illegittimo è annullabile e non nullo) intorno alla quale è stata costruita tutta la giurisdizione di legittimità del GA, non appare conforme ai principi che regolano l'attività amministrativa.

La configurazione in capo alla p.a. del potere di mantenere in essere una situazione antigiuridica (e come tale dichiarabile o dichiarata da un organo giurisdizionale) non sembra in primo luogo conforme al principio di legalità della azione amministrativa.

Non a caso il nostro sistema prevede come regola generale che nelle ipotesi in cui la illiceità di un atto sia dichiarata in una sentenza che non ne pronuncia l'annullamento, la p.a. abbia l'*obbligo* (e non la discrezionalità) di procedere d'ufficio alla sua rimozione (art.4 dell'allegato «E» della L. 2248/1865). Mentre le fattispecie in cui alla p.a. è consentito mantenere in essere in via di fatto la

situazione illecita prodotta da un atto amministrativo, previo pagamento dei danni, sono specificamente previste dal legislatore (ad es. art. 246 del D.Lgs 163 del 2006).

In secondo luogo la possibilità che la situazione determinata dall'atto possa essere dichiarata illecita fino a quando perduri la possibilità di esperire l'azione risarcitoria comporta una interpretazione del tutto riduttiva del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi, il cui decorso produrrebbe solo una stabilizzazione di fatto dell'assetto di interessi prodotto dall'atto ma non la sua *incontrovertibilità* (dal momento che la vicenda potrebbe essere rimessa in discussione nel giudizio risarcitorio), che, invece, costituisce un effetto tipico della *decadenza* anche nei rapporti di diritto privato (si veda Cass. 19/03/2007 n. 5545).

4.3 L'autonomia della domanda risarcitoria rispetto a quella di annullamento è stata sostenuta anche attraverso un diverso ordine di argomenti di stampo prettamente processuale.

In linea generale si è osservato che il giudizio ex art. 2043 c.c. si incentra sulla sussistenza di un danno risarcibile: la sentenza che accoglie la domanda fa stato solo in ordine alla obbligazione risarcitoria gravante in capo al danneggiante ed al correlativo diritto di credito del danneggiato, mentre, l'accertamento relativo alla esistenza della posizione soggettiva lesa costituisce una questione pregiudiziale in senso tecnico da decidersi *incidenter tantum* ai sensi dell'art. 34 c.p.c senza efficacia di giudicato (sul punto Cass. 12/07/2005 n. 14578).

Sulla scorta di analogo ragionamento la sentenza 500 del 1999 della Corte di Cassazione ha ritenuto che il giudice ordinario ha giurisdizione sulla domanda risarcitoria conseguente alla lesione di interessi legittimi in quanto, incentrandosi la controversia sulla sussistenza del diritto al risarcimento del danno, le questioni della illegittimità dell'atto e della antigiuridicità della lesione inferta all'interesse legittimo non formano oggetto di accertamento principale bensì incidentale senza determinare alcuna sovrapposizione con la «causa petendi» propria della domanda di annullamento che appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo (contra però Cass 27/03/2003 n. 4538).

Dalla sentenza di condanna al risarcimento del danno non nascerebbe, quindi, in capo alla p.a. alcun obbligo di adeguamento al giudicato oltre a quello di eseguire la condanna al pagamento del risarcimento del danno.

La tesi sopra esposta non pare tuttavia in linea con la disciplina processuale stabilita dal legislatore con l'art. 7 della L. 205/00 che ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sulle domande risarcitorie conseguenti all'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

La suddetta norma, infatti, si muove in una logica del tutto opposta a quella che vede nell'accertamento del credito risarcitorio la questione principale del giudizio e nella lesione dell'interesse legittimo un punto meramente pregiudiziale. Essa, infatti, considera quale elemento principale del giudizio la lesione dell'interesse legittimo e come elemento consequenziale il danno che ne deriva.

Emblematica, in tal senso, è la differente formulazione del comma 3° dell'art. 7 della L. 1034/71, che prevede la devoluzione al GA delle questioni risarcitorie nell'ambito della giurisdizione di legittimità, rispetto a quella dell'art. 35 comma 1° del D.Lgs 80/98 che introduce analoga possibilità nell'ambito della giurisdizione esclusiva (ove l'illecito esercizio del potere della p.a. si manifesta attraverso comportamenti e non mediante atti imperativi). Invero, mentre l'art. 35, richiamando la formula dell'art. 2043 c.c., afferma che il GA, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, possa disporre del risarcimento del danno «*ingiusto*», l'art. 7 prevede che il danno risarcibile sia quello «*consequenziale*» rispetto alla cognizione sulla lesione dell'interesse legittimo che il GA già compie nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità (che, salvo il caso del silenzio, non conosce una azione di mero accertamento ma solo quella costitutiva di annullamento).

Pertanto, se nel quadro vigente al tempo della emanazione della sentenza 500 del 1999 l'ipotesi che la sentenza di condanna al risarcimento del danno del GO potesse investire solo *incidenter tantum* le questioni della legittimità dell'atto e dell'assetto del rapporto amministrativo sottostante aveva una sua plausibilità, dopo l'entrata in vigore della L. 205 del 2000 non pare proprio che il GA,

«nell'ambito della sua giurisdizione» di legittimità, possa pronunciarsi *incidenter* sulla lesione degli interessi legittimi e *principaliter* sull'esistenza del diritto al risarcimento del danno (rovesciando così la opposta regola stabilita dall'art. 8 della L. 1034/71).

Prendendo atto di ciò la dottrina aveva ipotizzato che l'attribuzione al GA del risarcimento del danno consequenziale all'accertamento in via principale della illegittimità dell'atto non escludesse la proponibilità innanzi al GO di una domanda risarcitoria indipendente dall'impugnazione del provvedimento lesivo.

Tale possibilità è stata però esclusa dalla Corte Costituzionale (nelle sentenze n. 204/04 e 191/06) e dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione (nelle citate ordinanze nn. 1359 e 1360 del 2006) sulla base dell'assunto che la domanda risarcitoria costituirebbe una forma ulteriore di tutela dell'interesse legittimo che il legislatore avrebbe inteso concentrare innanzi al giudice naturale di tali posizioni soggettive.

Tuttavia, la concentrazione della tutela demolitoria e risarcitoria innanzi al GA non significa che questi possa conoscere della lesione dell'interesse legittimo talvolta *principaliter* (se l'atto viene impugnato) e talaltra *incidenter tantum* (se la domanda risarcitoria viene proposta in via autonoma), come avrebbe fatto il giudice ordinario. Il titolo che legittima l'attrazione della domanda risarcitoria innanzi al giudice amministrativo rimane sempre la cognizione principale sulla lesione degli interessi legittimi che tale giudice già compiva nell'ambito della sua (preesistente) giurisdizione attraverso l'azione demolitoria e che ora compie anche in funzione della domanda risarcitoria.

Ne esce così confermata l'idea che la domanda risarcitoria sia consequenziale all'accertamento in via principale della illegittimità dell'atto che avviene nell'ambito del giudizio di annullamento.

Del resto, anche a voler ipotizzare che l'accertamento in via principale della illegittimità dell'atto e del suo carattere lesivo dell'interesse legittimo possa avvenire nell'ambito di una ipotetica sentenza di condanna al risarcimento, tale sentenza proietterebbe la sua autorità non solo sull'esistenza della obbligazione risarcitoria ma anche sulla illiceità dell'assetto di interessi determinato dall'atto

illegittimo, il cui mantenimento assumerebbe carattere di un fatto illecito che la p.a. avrebbe l'obbligo di rimuovere. Con la conseguenza che la sentenza verrebbe ad incidere non solo su una posizione creditoria di natura pecuniaria ma anche sul concreto esplicarsi dell'azione amministrativa.

In conclusione la domanda risarcitoria deve essere respinta, in quanto infondata, non avendo la Cooperativa ricorrente impugnato e fatto annullare l'atto lesivo.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinge la domanda di risarcimento dei danni. Compensa integralmente le spese di giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 3 luglio 2008, con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - Presidente

Stefano Cozzi - Referendario

Raffaello Gisondi - Referendario est.