



CAPITOLO 1

CARATTERI DELL'AZIONE RISARCITORIA

GUIDA 1. Considerazioni preliminari. 2. L'azione risarcitoria nel Codice del Processo Amministrativo. 3. Risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza. 4. Forma della domanda, competenza territoriale e domanda riconvenzionale.

1. Considerazioni preliminari.

L'attuale assetto ordinamentale, da ultimo innovato con la recente approvazione del Codice del Processo Amministrativo, impone una riflessione preliminare in ordine al principio di effettività della tutela accordata alle posizioni soggettive dei singoli.

Come anticipato nei precedenti capitoli, l'analisi dei principali istituti di carattere sostanziale e processuale riferibili alla tematica della responsabilità, va condotta avendo riguardo alla effettiva idoneità delle misure predisposte in sede di normazione ad assicurare una tutela piena degli interessi dei privati.

Il principio di effettività può essere inteso come modello minimale di tutela ovvero come promozione di un rinnovamento delle forme di controllo giurisdizionale del potere amministrativo. La considerazione dell'interesse legittimo quale posizione giuridica degna di piena tutela al pari del diritto soggettivo appare invero consacrata dalle nuove norme del Codice. La recente innovazione legislativa, in effetti, nel sancire il principio della **pluralità delle azioni** appare volta a presidiare superiori istanze in senso garantista, offrendo al privato strumenti tesi ad assicurare un rapporto paritario al cospetto del pubblico potere. Il fondamento costituzionale del principio di effettività può essere rinvenuto negli artt. 24, comma 1 e 113 Cost., i quali sancendo la generalità della tutela giurisdizionale, pongono sullo stesso piano le posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo: di conseguenza la cognizione del giudice amministrativo deve tendere ad assicurare una tutela pienamente satisfattiva per il singolo.

Nella Relazione al Codice è espressamente effettuato riferimento al principio di effettività nella sua accezione sostanziale: *“con il termine effettività si intende far riferimento alla capacità del processo di conseguire risultati nella sfera*

Principio di effettività

La Relazione al Codice

sostanziale, e ciò per quanto è più possibile (quindi quando non vi ostino sicure preclusioni processuali)".

Onde garantire l'effettività della tutela, dottrina e giurisprudenza hanno nel tempo elaborato soluzioni interpretative variegate, le quali costituiscono il sostrato fondante l'evoluzione normativa in tema, ad esempio, di azioni di cognizione, tutela cautelare, mezzi istruttori, integrabilità della motivazione in sede giurisdizionale, configurabilità dei motivi aggiunti, ottemperanza.

In giurisprudenza principio di effettività e del giusto processo sono costantemente richiamati alla stregua di canoni ermeneutici di riferimento: *"Alla luce dei principi del giusto processo e di effettività della tutela giurisdizionale, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario, il giudice può anche non statuire l'annullamento degli effetti degli atti impugnati e disporre unicamente gli effetti conformativi ordinando che i medesimi atti conservino i propri effetti sino a che la parte soccomben- te non li modifichi o sostituisca"*¹.

La nuova configurazione dell'azione risarcitoria

La nuova configurazione dell'azione risarcitoria costituisce evidente consacrazione del principio di effettività della tutela, realizzando un adeguato contemperamento tra esigenze superiori di tutela del singolo e necessità di evitare l'abuso dello strumento processuale attraverso la previsione di specifici meccanismi che di seguito verranno scrutinati.

2. L'azione risarcitoria nel Codice del Processo Amministrativo.

L'emanazione di una norma *ad hoc* sulla tutela risarcitoria ha risolto definitivamente i numerosi problemi applicativi che derivavano, *ante riforma* del 2010, dalla pressoché totale assenza di una disciplina processuale, anche solo di mero rinvio.

La legge 205/2000

La legge, infatti, si limitava a prevedere all'art. 7 L. 205/2000, che *"Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"*. Il Legislatore, invece, non si era mostrato particolarmente interessato ai profili più squisitamente processuali, limitandosi a dettare alcune disposizioni volte a definire tipologia e consistenza del potere istruttorio (art. 35, comma 3, D.Lgs. 80/1998), oltre che una peculiare tecnica di quantificazione del danno risarcibile (art. 35, comma 2, D.Lgs. 80/1998).

Nessuna specifica disposizione, invece, era dettata al fine di delineare un vero e proprio rito risarcitorio, distinto da quello tradizionalmente seguito in sede di trattazione delle domande a carattere demolitorio. Veniva così affidato all'interprete il compito di colmare le numerose lacune di previsione del sistema.

L'art. 30 del codice del processo

L'art. 30 del codice del processo amministrativo, ai co. 2 ss., prevede te- stualmente che:

"2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto di natu-

¹ Cons. di St., sez. VI, 10 maggio 2011, n.2755.

ra patrimoniale 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 da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

3. L'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'impugnazione, nel termine di decadenza, degli atti lesivi illegittimi.

4. Per il risarcimento dell'eventuale danno patrimoniale che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento.

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

La norma, dunque, da leggere in combinazione con il disposto del comma 4 dell'art. 7 (che parimenti fa riferimento all'autonomia della tutela risarcitoria), delinea un'azione risarcitoria autonoma, esperibile indipendentemente dalla caducazione del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo. Trova in tal modo definitiva consacrazione la "equiparazione", in chiave di reciproca autonomia, tra i diversi sistemi di tutela, con l'affrancazione definitiva del modello risarcitorio da una più o meno forte "ancillarità" rispetto al paradigma caducatorio, già peraltro messa in discussione *ante riforma* dalla giurisprudenza preferibile.

L'abbandono
della pregiudizialità

L'art. 30 cod. proc. amm. ha così definitivamente composto il contrasto tra Cassazione e Consiglio di Stato sulla questione della c.d. pregiudizialità amministrativa (necessità di impugnare – ed ottenere l'annullamento – dell'atto amministrativo prima di poter conseguire il risarcimento del danno derivante da quel medesimo atto), disciplinando espressamente l'autonomia dell'azione di risarcimento, in coerenza con l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione², e, nel contempo, attribuendo una mera rilevanza, ai fini del merito della fondatezza della pretesa risarcitoria, alla mancata impugnazione del provvedimento lesivo, che potrà essere valutata dal giudice al fine di ridurre o escludere il risarcimento, attraverso un meccanismo chiaramente ispirato a quello di cui all'art. 1227 cod. civ.

Il Legislatore sposa quindi una nozione compromissoria tra la tesi della pregiudizialità pura e la tesi dell'autonomia radicale dell'azione risarcitoria.

² Sul punto, da ultimo, v. Cass. civ., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19048; 16 dicembre 2010, n. 23595 e 11 gennaio 2011, n. 405. Detta ultima pronuncia ha peraltro puntualizzato che il diniego di giurisdizione che consente il sindacato della Cassazione è riscontrabile nelle sole ipotesi in cui il Consiglio di Stato neghi la tutela risarcitoria per il solo fatto della mancata impugnazione del provvedimento amministrativo e non anche in quelle in cui il giudice amministrativo pervenga ad una pronuncia sfavorevole di merito in ragione dell'assenza, in concreto, dei presupposti sostanziali all'uopo necessari.

3. Risarcimento del danno e giudizio di ottemperanza.

Con l'attribuzione al giudice amministrativo della cognizione delle domande risarcitorie connesse ad atti amministrativi illegittimi, si è posta la questione dell'ammissibilità di una domanda di risarcimento del danno formulata per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza ad una precedente decisione di annullamento di un provvedimento.

La tesi prevalente³, muovendo dalla diversità della tutela risarcitoria rispetto a quella impugnatoria e dalla natura prevalentemente esecutiva del giudizio di ottemperanza, aveva sposato, prima del Codice, la tesi negativa. Era stata ammessa, in via d'eccezione, la proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza solo in caso di:

- a) danno da mancata esecuzione del giudicato (oggi art. 112, comma 3, del codice del processo);
- b) danno da ineseguibilità in forma specifica del giudicato;
- c) risarcimento per equivalente in caso di non eseguibilità della sentenza che abbia disposto il risarcimento in forma specifica;
- d) mancato raggiungimento o mancata esecuzione dell'accordo di cui all'art. 35, comma 1, del D.Lgs. 80/1998 (oggi v. art. 34, comma 4, del codice del processo).

Sul tema il codice del processo ha prodotto, quanto meno in prima battuta, una forte innovazione in quanto l'art. 112, comma 4, consentiva la proposizione nel giudizio di ottemperanza, per la prima volta, della domanda risarcitoria. Il termine decadenziale di 120 giorni decorreva in questo caso, dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento. Avendo natura sostanziale di cognizione, il giudizio di ottemperanza "risarcitoria" si svolgeva nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.

Il codice sembrava dunque aver recepito l'indirizzo ante riforma minoritario, che ammetteva la proposizione in sede di ottemperanza della domanda risarcitoria dei danni discendenti dall'originario illegittimo esercizio della funzione pubblica, a condizione che venisse introdotta davanti al T.A.R. per evitare la violazione del principio del doppio grado di giudizio⁴.

Il d.lgs. 15 novembre 2011, n.195 La disposizione in esame, tuttavia, ha avuto vita breve: in sede di prime modifiche del codice del processo, il d.lgs. n. 15 novembre 2011, n.195, infatti, ha abrogato il comma 4 dell'art. 112 cod. proc. amm., limitandosi a prevedere, nel riformulato comma 3, che "Può essere proposta, anche in unico grado innanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale del giudicato o alla sua violazione o elusione". E' evidente, dunque, la brusca inversione di rotta del Legislatore, il quale ha nuovamente messo in non cale

³ *Ex multis*, v. Cons. Stato, sez. V, 12 dicembre 2009, n. 7800, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 3, 679; nella giurisprudenza di merito v. T.A.R., Campania, Napoli, sez. III, 11 giugno 2007, n. 6065, in *Foro amm.* TAR 2007, 6, 2141.

⁴V., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332. Per una prima applicazione dell'art. 112 cod. proc. amm. v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 19.



LA PRATICA



SCHEMA RIEPILOGATIVO

· **Forma della domanda**

La domanda risarcitoria è disciplinata ex artt. 40 ss. cod. proc. amm. Ciò è confermato dalla previsione di cui all'art. 30 cod. proc. amm., ove si stabilisce che "L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione": è evidente, infatti, che la proposizione contestuale nello stesso atto non può che comportare la comunanza della tipologia di atto introduttivo.

· **Competenza territoriale**

Art. 13 cod. proc. amm.: rileva il foro ove ha sede la p.a. che ha emanato l'atto lesivo, ovvero nel cui ambito territoriale si producono i suoi effetti lesivi.

· **Domanda risarcitoria in pendenza di giudizio**

Il principio di concentrazione, auspicato dal legislatore, non osta alla possibilità che, similmente a quanto accade per l'impugnazione dei provvedimenti connessi con l'istituto allargato dei motivi aggiunti ai sensi dell'art. 43 cod. proc. amm., consente, in pendenza del giudizio di annullamento, all'interessato di spiccare domanda risarcitoria per il danno cagionato dal provvedimento già aggredito.

· **Non proponibilità in appello**

L'autonomia dell'azione risarcitoria, le regole generali in tema di non modificabilità della domanda in sede di appello ed il rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione, impediscono anche la proposizione della domanda risarcitoria per la prima volta in appello.

· **Condanna generica**

In linea di massima, è da escludersi la possibilità di estendere al processo amministrativo l'istituto della condanna generica ex art. 278 c.p.c. A tale conclusione, oltre al silenzio del Codice sul punto, depone il dettato di cui all'art. 34, co. 3, cod. proc. Amm.

· **Domanda riconvenzionale**

L'art. 42 stabilisce espressamente che

1. Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. Il ricorso si propone nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale. Per i soggetti intervenuti il termine decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale.

2. Il ricorso incidentale, notificato ai sensi dell'articolo 41 alle controparti personalmente o, se costituite, ai sensi dell'articolo 170 del codice di procedura civile, ha i contenuti di cui all'articolo 40 ed è depositato nei termini e secondo le modalità previste dall'articolo 45.

3. Le altre parti possono presentare memorie e produrre documenti nei termini e secondo le modalità previsti dall'articolo 46.

CASISTICA GIURISPRUDENZIALE



GIURISPRUDENZA STORICA

Consiglio di Sta-



Giurisdizione

a) *Nell'ipotesi concernente l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo per il risarcimento del danno derivante da atti illegittimi in materia di espropriazione, il legislatore costituzionale si è attenuto alla regola generale sancita dall'art. 5 del c.p.c., secondo cui la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda.*

1) *È costituzionalmente legittima la previsione di cui all'art. 45, diciottesimo comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80?*



1) Vanno ora esaminate le questioni di costituzionalità sollevate dagli appellanti, nell'ipotesi di rigetto dei motivi sopra dedotti, che in effetti si è verificata. Si denuncia l'incostituzionalità dell'articolo 45, diciottesimo comma, del D.Lgs 31 marzo 1998 n. 80, per violazione degli artt. 24, 13, e 42 Cost. nella parte in cui stabilisce che le controversie in cui agli 33 e, per quanto in questa sede rileva, dell'art. 34, sono devolute al giudice amministrativo dal 1 luglio 1998, con salvezza dei giudizi pendenti alla data del 30 giugno 1998, non facendo salvi i giudizi nei quali si faccia valere un diritto nascente da procedure espropriative i cui atti sono adottati anteriormente al 1 luglio 1998. La questione, benché rilevante, poiché se risolta positivamente comporterebbe la illegittimità costituzionale relativamente all'attribuzione al giudice amministrativo dei giudizi relativi a fattispecie, come quella in esame, di risarcimento dei danni derivanti o collegati a provvedimenti espropriativi illegittimi posti in essere anteriormente al 1° luglio 1998, con conseguente accoglimento dell'appello per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, è tuttavia manifestamente infondata. Sostengono infatti gli appellanti che il legislatore, anche nei casi "de quo" disciplinati dal comma 18 dell'art. 45 secondo cui quelle controversie in base agli artt. 33 e 34 dello stesso decreto legislativo n. 80 in cui ricadono sono attribuite al giudice amministrativo a partire dal 1° luglio 1998, avrebbe dovuto adottare la medesima disciplina stabilita nel precedente comma 17 per le controversie di cui all'art. 68 del D.Legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (cioè per le controversie relative al pubblico impiego c.d. contrattualizzato), secondo cui nel trasferire dette controversie dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alla giurisdizione del giudice ordinario, si era operata la distinzione tra controversie relative a questioni attinenti al rapporto di lavoro sorte successivamente al 30 giugno 1998 che transitavano al giudice ordinario a partire dal 1° luglio 1998 e controversie relative a questioni sorte anteriormente a tale data, che restavano attribuite al giudice amministrativo. Secondo l'assunto

degli appellanti la ragione della incostituzionalità risiederebbe nella mancanza di una disciplina simmetrica benché rovesciata tra giudice ordinario e giudice amministrativo nel presupposto, ovviamente, della correttezza costituzionale della disciplina adottata per il trapasso della controversia sul pubblico impiego dal giudice amministrativo al giudice ordinario. Nella mancanza di simmetria nel senso anzidetto si è ravvisato il contrasto del comma 17 dell'art. 45 citato con gli articoli 24, 113 e 42 della Costituzione. Però è evidente che l'enunciazione del motivo a sostegno della denunciata incostituzionalità non ha alcun riferimento con i singoli articoli della costituzione di cui si osserva la violazione. Non con l'art. 24, per altro genericamente richiamato senza specificare la norma specifica in esso contenuta, in quanto la mancata distinzione non impediva agli appellanti di far valere le loro ragioni di fronte al giudice competente, con l'osservanza naturalmente delle norme processuali prescritte di cui si è detto. Non con riferimento all'art. 113 di cui per altro gli appellanti parimenti non indicano a quali dei tre commi di detto articolo, regolanti diverse fat-tispecie, intendano riferirsi Infine, sebbene riguardo all'articolo 42 si sia chiarito che il riferimento è al suo terzo comma, non appare collegabile lo stesso motivo di disparità al contenuto di detto comma, secondo cui "la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale", atteso che di per sé l'attribuzione ad un unico giudice della verifica della legittimità di un procedimento espropriativo e di eventuali ragioni di risarcimento del danno non scalfisce affatto il dettato costituzionale. In realtà gli appellanti, pur non denunciando espressamente la violazione dell'art. 3 1º comma della Costituzione, che sancisce il principio costituzionale della ragionevolezza e del divieto di trattamento normativo difforme di situazioni eguali, ne hanno invocato la sostanza. Ma a torto, essendo evidente che non ricorre affatto alcuna identità di situazione di fronte a diverse materie. Nell'un caso, quello concernente l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo per il risarcimento del danno derivante da atti illegittimi in materia di espropriazione, il legislatore costituzionale si è attenuto alla regola generale sancita dall'art. 5 del c.p.c., secondo cui la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Nel secondo caso, cioè quello relativo alle controversie sul pubblico impiego, ha derogato a tale principio, stabilendo la "perpetuatio" della giurisdizione del giudice amministrativo non con riferimento alla legge vigente al momento della domanda, ma a quello della insorgenza della questione in controversia anteriormente alla data in cui avveniva il trapasso al giudice ordinario. E ciò come è reso chiaro dai lavori preparatori, allo scopo di non far gravare sul giudice ordinario l'immediato afflusso di migliaia di controversie, che avrebbero inceppato l'avvio nel nuovo contentioso trasferito.

Cons. di Stato, Ad.Pi. 20 gennaio 2003, n.4

Ammissibilità della domanda di risarcimento proposta per la prima volta in ottemperanza

a) È inammissibile la proposizione della domanda risarcitoria per la prima volta in ottemperanza.

-
- 1) Qual è il ruolo del giudice dell'ottemperanza?
 - 2) Quali sono le differenze rispetto al giudizio risarcitorio civile?
 - 3) Quali sono le posizioni della giurisprudenza in ordine al problema dell'ammissibilità della domanda risarcitoria per la prima volta in ottemperanza?
 - 4) Che rilievo svolge ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento spiccata per la prima volta in ottemperanza il principio del doppio grado di giudizio?
-

1) Deve quindi essere verificata l'ammissibilità di una domanda di risarcimento del danno, che sebbene conseguente ad una pronuncia di annullamento, venga proposta per la prima volta in sede di giudizio di **ottemperanza** di una decisione del Consiglio di Stato. La Sezione ritiene che una tale domanda sia inammissibile. Recentemente la IV Sezione del Consiglio di Stato ha affermato l'inammissibilità dell'azione risarcitoria proposta in sede di **ottemperanza**. Con la citata decisione n. 396/2001 è stato evidenziato che **il giudice dell'ottemperanza, anche ai sensi dell'artt. 35 del D. Lgs. n. 80/1998 recentemente introdotto nell'ordinamento italiano, è chiamato ad un intervento primieramente esecutivo del contenuto del giudicato formatosi nel corso del giudizio di cognizione; solo entro limitati ambiti il giudizio di ottemperanza è idoneo ad aggiungere un ulteriore contenuto cognitivo (cioè sostanziale) al giudicato già formatosi, peraltro limitato al quantum e non anche all'an del risarcimento.**

2) Le divergenze introdotte dal legislatore rispetto al giudizio risarcitorio civile consistono, dunque, nella possibilità che il giudice, in sede di cognizione (una volta che abbia accertato la sussistenza dell'*an debeat*), anziché liquidare precisamente il *quantum* del risarcimento dovuto dall'Amministrazione si limiti a stabilire i criteri sulla cui base dovrà poi essere liquidato il danno risarcibile. Tali divergenze, tuttavia, non possono giungere fino al punto di comportare la traslazione in sede di **ottemperanza** di tutto il giudizio risarcitorio, indifferentemente per l'*an* e per il *quantum*.

3) Infatti, rileva ancora la IV Sezione, non potendosi certo pretermettere la verifica di sussunibilità della situazione concreta nell'astratta fattispecie complessa di cui all'art. 2043 cod. civ., e se non si voglia stravolgere immotivatamente il ruolo del giudizio esecutivo rispetto a quello cognitivo, deve necessariamente affermarsi la competenza funzionale del giudice della cognizione; non importa se ciò avvenga nell'ambito dello stesso giudizio annullatorio, ovvero in separata sede nel limite di prescrizione del diritto, ma comunque pur sempre nell'ambito di un giudizio ordinario articolato sul doppio grado ed a cognizione piena sull'*an* nonché, se possibile, sul *quantum* delle pretese risarcitorie del danneggiato." Nel citato precedente della IV Sezione, l'inammissibilità dell'azione risarcitoria proposta in sede di ottemperanza viene fatta derivare quindi non solo dal rispetto del doppio grado del giudizio, ma anche dalla necessità di una cognizione piena almeno sull'*an* della pretesa risarcitoria. Sul punto si deve anche rilevare la presenza di un orientamento favorevole all'ammissibilità della proposizione

davanti al Tar della domanda risarcitoria cumulativamente con la domanda alternativa di esecuzione del giudicato. Il Tar fonda la tesi sulla necessità di una riconsiderazione del rapporto tra ottemperanza e risarcimento del danno per equivalente, non più in termini di incompatibilità, ma di coordinamento. Afferma il Tar che, pur essendo possibile che il combinato disposto dell'effetto caducatorio e di quello conformativo non sortiscano un risultato finale di piena soddisfazione dell'interesse sostanziale del ricorrente vincitore, deve essere data la logica precedenza alla domanda di esecuzione in forma specifica rispetto a quella risarcitoria, con la conseguenza che solo il giudice dell'ottemperanza, con i suoi ampi poteri di cognizione estesi anche nel merito, è in grado di sciogliere l'alternativa tra la via dell'esecuzione in forma specifica – se ancora possibile – e quella risarcitoria per equivalente, nel caso in cui la prosecuzione dell'azione amministrativa abbia ormai impedito la prima strada. Secondo tale orientamento l'esame della domanda risarcitoria deve, quindi, ritenersi subordinato al previo esame della richiesta di esecuzione, il cui accoglimento può in alcuni casi elidere del tutto l'area del danno risarcibile. Questo Collegio ritiene che le apprezzabili considerazioni, svolte nella citata decisione del Tar Campania, possano anche condurre ad una rivalutazione della questione dell'ammissibilità di un ricorso cumulativo contenente sia la richiesta di esecuzione del giudicato sia la domanda risarcitoria a condizione che, in applicazione del principio di conservazione e di conversione degli atti processuali, sussistano i presupposti di contenuto e forma previsti per un'ordinaria azione cognitoria, quale quella risarcitoria (nel senso di verificare il rispetto per entrambe le domande, nella forma e nella sostanza, delle disposizioni processuali di riferimento).

4) Il rispetto del principio del doppio grado del giudizio costituisce però un limite invalicabile nell'esame della prospettata questione con la conseguenza che deve confermarsi l'inammissibilità di una domanda risarcitoria proposta per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza di una decisione del Consiglio di Stato e quindi in un unico grado di giudizio. Sulla base delle precedenti considerazioni, deve quindi essere dichiarata l'inammissibilità della domanda, con cui le ricorrenti chiedono il risarcimento dei danni derivati dal provvedimento annullato con la sentenza da eseguire, in quanto si tratta di domanda risarcitoria a contenuto cognitorio introdotta per la prima volta davanti al Consiglio di Stato in sede di giudizio di ottemperanza.

Cons. di St. sez. VI, 7 maggio 2002, n. 6212

GIURISPRUDENZA RECENTE

Consiglio di Stato

Proponibilità della domanda risarcitoria per la prima volta in ottemperanza

a) *Il nuovo codice ha sancito un determinato orientamento giurisprudenziale formatosi in precedenza, che ammetteva la proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza solo per il ristoro dei danni insorti in occasione dell'esecuzione del giudicato.*

LA SENTENZA



Adunanza Plenaria, 24 maggio 2011, n. 9
Pres. Pasquale de Lise, Est. Maurizio Meschino

APPELLO per la riforma della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 3089/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 5382/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 9196/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 6886/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 8375/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 7895/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma: Sezione I Bis n. 5857/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 7896/2008, resa tra le parti; della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Bis n. 6920/2008, resa tra le parti.

IL FATTO L'art. 1, comma 519, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, ha stabilito che *"Per l'anno 2007 una quota pari al 20 per cento del fondo di cui al comma 513 è destinata alla stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge, che ne faccia istanza, purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge. Alle iniziative di stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse si provvede previo espletamento di prove selettive. Nei limiti del presente comma, la stabilizzazione del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco è consentita al personale che risulti iscritto negli appositi elenchi, di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139, da almeno tre anni ed abbia effettuato non meno di centoventi giorni di servizio. Con decreto del Ministro dell'interno, fermo restando il possesso dei requisiti ordinari per l'accesso alla qualifica di vigile del fuoco previsti dalle vigenti disposizioni, sono stabiliti i criteri, il sistema di selezione, nonché modalità abbreviate per il corso di formazione"*.

Con bando del Ministero dell'interno del 27 agosto 2007, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'11 settembre 2007, è stato dato seguito a quanto previsto nell'ultimo periodo del comma citato relativo alla stabilizzazione del personale volontario.

In particolare:

– con l'art. 1 è stata indetta "una procedura selettiva, per titoli ed accertamento dell'idoneità motoria, per la copertura di posti, nei limiti previsti dall'art. 1, comma 519, della legge n.296/2006 nella qualifica di vigile del fuoco nel Corpo nazionale dei vigili del fuoco, riservata al personale volontario del C.N.VV.F. che, alla data del 1° gennaio 2007, risulti iscritto negli

2007 - non ha annoverato tra i prescritti requisiti lo svolgimento dell'attività nel quinquennio; conserverebbero perciò rilevanza le deduzioni contenute negli atti di appello riguardanti la necessaria tutela dell'affidamento, sorto con l'indizione del bando e la proposizione delle domande di partecipazione. Gli appellanti hanno anche richiamato i principi enunciati dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sui limiti entro i quali il legislatore nazionale può emanare norme aventi efficacia retroattiva.

Dopo la pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale l'udienza pubblica di trattazione degli appelli presso la Sesta Sezione è stata fissata alla data del 14 dicembre 2010; nell'udienza il Collegio, disposta la riunione degli appelli, ha adottato ordinanza di rimessione del loro esame all'Adunanza Plenaria in ragione della delicatezza delle questioni controverse.

L'ARGOMENTAZIONE

Valutazione di tre questioni riguardanti il valore della norma posta con l'articolo 3, comma 91, della legge n. 244 del 2007: se cioè sia una norma di interpretazione autentica, e quindi ad efficacia retroattiva; se tale efficacia possa incidere sulla disciplina di un procedimento concorsuale in atto; e se, pur possibile tale incidenza, nella specie sia maturata per i ricorrenti una posizione di affidamento idonea a contrastare il possibile dispiegamento del detto effetto retroattivo.

L'Adunanza Plenaria ritiene che gli appelli in epigrafe non possano essere accolti per le ragioni che seguono.

Per la definizione della controversia in esame è necessario esaminare tre questioni e cioè: se la norma posta con l'articolo 3, comma 91, della legge n. 244 del 2007 sia una norma di interpretazione autentica, e quindi ad efficacia retroattiva; se tale efficacia possa incidere sulla disciplina di un procedimento concorsuale in atto; e se, pur possibile tale incidenza, nella specie sia maturata per i ricorrenti una posizione di affidamento idonea a contrastare il possibile dispiegamento del detto effetto retroattivo.

Rispetto alla prima questione la Corte Costituzionale, richiamato che il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica con l'effetto proprio della vincolatività retroattiva, ha anche chiarito, ad evitare il fenomeno di norme dichiarate come interpretative che dissimulano norme in effetti innovative indebitamente dotate di efficacia retroattiva, che il primo, fondamentale presupposto perché una norma sia qualificabile di interpretazione autentica è che il significato della norma interpretata con essa scelto "rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore" (sentenza 11 giugno 2010, n. 209, e precedenti ivi citati); sul presupposto, evidentemente, che la disposizione interpretata presenti una obiettiva incertezza sul significato normativo che ne può scaturire, con la possibilità di più di un significato non incompatibile con la lettera e la *ratio* della disposizione stessa, e che tra questi significati rientri ragionevolmente quello ritenuto autentico.

Va osservato al riguardo che in realtà era già plausibile una interpretazione "restrittiva" che limitasse il riconoscimento del servizio al quinquennio precedente; interpretazione avallata anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza citata, in base al solido argomento che solo così si potesse garantire la necessaria attualità dell'esperienza professionale.

Comunque non può negarsi che nella specie sussistono i presupposti di una

interpretazione autentica, risultando il significato normativo dell'art. 1, comma 519, della legge n. 296 del 2007, per la parte che qui interessa, quantomeno obiettivamente non chiaro in quanto, come visto più sopra, interpretabile con argomenti sufficienti per sostenere che con l'espressione "Nei limiti del presente comma" si imponga alla procedura di stabilizzazione del personale volontario il solo limite finanziario posto nella prima parte del comma ovvero anche quello dell'osservanza del requisito soggettivo dei 120 giorni di servizio nel quinquennio precedente l'entrata in vigore della legge, altresì ivi posto, e risultando anche obiettivamente che la seconda interpretazione non è rimasta soltanto un'ipotesi astratta ma è stata ritenuta l'unica possibile in pronunce del giudice amministrativo (in primo e in secondo grado) e giudicata non irragionevole nella sentenza della Corte Costituzionale n. 303 del 2010 in quanto accolta nell'ordinanza di rimessione di questo Consiglio n. 6532 del 2008.

Ne consegue che la norma dell'art. 3, comma 91, della legge n. 244 del 2007 si qualifica come interpretativa, e quindi retroattiva, in quanto assegna "alla disposizione interpretata un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario" (Corte Costituzionale, 28 marzo 2008, n. 74); un significato, invero, la cui coerenza con il testo della disposizione interpretata è stata anche riconosciuta in taluni giudizi.

Per l'esame della seconda questione è necessario richiamare i principi definiti da questo Consiglio in tema di *ius superveniens* in materia di pubblici concorsi, per i quali le disposizioni normative sopravvenute in materia di ammissione dei candidati, di valutazione dei titoli o di svolgimento di esami di concorso e di votazioni non trovano applicazione per le procedure *in itinere* alla data della loro entrata in vigore, in quanto il principio *tempus regit actum* attiene alle sequenze procedurali composte di atti dotati di propria autonomia funzionale, e non anche ad attività (quale è quella di espletamento di un concorso) interamente disciplinate dalle norme vigenti al momento in cui essa ha inizio. Pertanto, mentre le norme legislative o regolamentari vigenti al momento dell'indizione della procedura devono essere applicate anche se non espressamente richiamate nel bando, le norme sopravvenienti per le quali non è configurabile alcun rinvio implicito nella *lex specialis*, non modificano, di regola, i concorsi già banditi "a meno che diversamente non sia espressamente stabilito dalle norme stesse" (Sez. IV, 24 agosto 2009, n. 5032; 6 luglio 2004 n. 5018; Sez. VI, 12 giugno 2008, n. 2909).

E' così affermato il principio generale della inefficacia delle norme sopravvenute a modificare le procedure concorsuali in svolgimento ma è altresì prevista la possibilità che, in via speciale e particolare, tali modifiche possano prodursi ad effetto di normative sopravvenute il cui oggetto specifico sia quel medesimo concorso, quando, evidentemente, il legislatore ragionevolmente ravvisi la necessità di un tale intervento.

Nel caso in esame con il comma 91 dell'art. 3 della legge n. 244 del 2007 si è realizzato tale tipo di intervento, poiché esso reca una norma espressamente diretta ad incidere sul procedimento concorsuale in essere di cui qui si tratta, essendo unico oggetto della norma stessa il comma 519 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 che prevede per il solo anno 2007 uno speciale procedimento di stabilizzazione per il personale volontario, ed essendo stata tale previsione specificamente attuata con il bando del 27 agosto 2007, in quanto recante "una procedura selettiva...per la copertura di posti, nei limiti stabiliti dall'art. 1, comma 519, della legge n. 296/2006, nella qualifica di vigile del fuoco... riservata al personale volontario...".

Il citato comma 91 ha quindi l'effetto di incidere sul procedimento concorduale in atto, poiché questo ne è il solo oggetto, e di regolarlo retroattivamente secondo il significato normativo del comma 519 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 con esso chiarito, in quanto norma di interpretazione autentica. Se così non fosse la disposizione introdotta con l'art. 3, comma 91, della legge n. 296 del 2006 risulterebbe inutile e dunque *tamquam non esset*, poiché, pur se emanata per definire il requisito soggettivo di partecipazione alla sola procedura selettiva in atto, con la limitazione al quinquennio del periodo di servizio pregresso, non avrebbe al riguardo alcun effetto se il requisito dei 120 giorni di servizio restasse comunque esteso oltre il quinquennio.

Esame della questione relativa alla formazione per gli appellanti di una posizione di affidamento tutelabile

In questo quadro deve essere esaminata la questione della formazione per gli appellanti di una posizione di affidamento tutelabile.

Allo scopo va rilevato che, secondo la Corte Costituzionale, una tale posizione può rinvenirsi a fronte di norme pur legittimamente retroattive, come sono quelle interpretative, se esse "incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti", cioè "trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali regolate da leggi precedenti" (sentenze n. 525 del 2000 e n. 416 del 1999), risultando con ciò lesa il principio di affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica.

Ne consegue che, per converso, un tale affidamento non può dirsi formato se il significato normativo della disposizione interpretata non risultava all'origine siffattamente chiaro da ingenerare affidamento nella sua univoca applicazione, ma era invece obbiettivamente caratterizzato da una riconoscibile ambiguità idonea a produrre incertezza sulle modalità applicative, e se tra i suoi possibili significati vi era quello poi scelto dalla norma interpretativa che, in tale caso, non può dirsi veicolo di un regolamento irrazionale della fattispecie.

Nel caso di specie: a) il significato normativo dell'ultimo periodo dell'art. 1, comma 519, della legge n. 296 del 2006 riguardo all'arco temporale di svolgimento del servizio richiesto di 120 giorni non poteva dirsi di chiarezza immediata e tale da far maturare un legittimo affidamento in un suo evidente e univoco significato, in quanto la disposizione poteva risultare, come prima illustrato, quantomeno ambigua e quindi riconoscibile come soggetta ad un possibile intervento interpretativo; b) non possono valere in contrario: b.1) il richiamo fatto negli appelli al contenuto del decreto ministeriale del 30 luglio 2007, recante i criteri per la procedura selettiva, e a quello del bando del 27 agosto successivo, poiché in entrambi i casi si tratta di contenuto meramente ripetitivo, per quanto qui interessa, della previsione del comma 519 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006, senza ulteriori specificazioni sul periodo di riferimento; b.2) quello, altresì fatto, alla affissione presso i comandi provinciali dei Vigili del fuoco dell'"elenco di attestazione dei titoli, relativo alla procedura per la stabilizzazione del personale volontario del C.N.VV.F.", il cui avviso è comparso sulla Gazzetta Ufficiale del 13 settembre 2007, trattandosi, come previsto nell'art. 5 del bando ed indicato nella intitolazione degli elenchi, della mera attestazione dei titoli presentati al fine di eventuali correzioni su sollecitazione degli interessati, e non della loro validazione al fine della formazione della graduatoria; c) il significato normativo del comma 519 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 precisato con la norma interpretativa di cui all'art. 3, comma 91, della legge n. 244 del

2007, rientra infine, come visto, tra quelli ascrivibili alla norma interpretata essendo, invero, l'uno dei due soli significati ragionevolmente ipotizzabili e non recando perciò una regolazione irrazionale delle situazioni disciplinate. Pur dovendo essere considerata la massima rilevanza di quanto prospettato dalla richiamata giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sui limiti e i possibili vizi delle leggi interpretative, si deve osservare che tale giurisprudenza non riguarda le dette leggi in via generale ma la loro compatibilità con quanto prescritto dall'art. 6 della CEDU, e perciò rispetto al "diritto ad un processo equo" ivi disciplinato, essendo riferita a casi di norme retroattive interferenti con giudizi in corso e quindi ritenute in contrasto con il principio per cui, salvo motivi imperativi di interesse generale, alla luce dell'art. 6 non è consentita "l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla conclusione del procedimento giurisdizionale" (Sez. IV, caso *Lizarraga contro Spagna* cit., § 64).

Diverso è il caso in esame poiché la norma retroattiva di cui all'art. 3, comma 91, della legge n. 244 del 2007 non è stata approvata in relazione a controversie pendenti per l'applicazione della disposizione interpretata, essendo al contrario insorte le controversie di cui qui si tratta (come quelle già decise con le sentenze della VI Sezione n. 2519 e n. 4791 del 2010), a seguito dei provvedimenti di esclusione dei ricorrenti adottati sulla scorta della disposizione suddetta. Né la citata giurisprudenza della Corte di Strasburgo può essere ritenuta adattabile ai casi in controversia per il motivo che, come prospettato in taluni appelli, comunque la disposizione interpretativa di cui qui si discute sarebbe volta ad incidere su giudizi, sia pure con l'obiettivo di prevenirne l'insorgere, essendo questo, invero, fine proprio e normale di ogni normativa.

Alla luce di quanto sinora esposto l'Adunanza Plenaria non ritiene neppure che sussistano profili di incostituzionalità dell'art. 3, comma 91, della legge n. 244 del 2007, in quanto, come visto, norma correttamente configurata come interpretativa retroattiva e recante un significato normativo della disposizione interpretata già giudicato dalla Corte Costituzionale, nella sentenza n. 303 del 2010, non irragionevole né viziato rispetto agli articoli 3 e 97 della Costituzione; né la norma risulta meritevole di rimessione alla Corte per il profilo della lesione del legittimo affidamento, non esaminato nella detta sentenza, non ritenendosi sussistente, come anche visto, la lesione di tale principio per effetto dell'applicazione della norma stessa.

Neanche si può ammettere rilievo, peraltro, in forza del principio comunitario di tutela del legittimo affidamento, alla circostanza che taluni candidati siano stati ammessi con riserva per effetto di pronunce cautelari ed abbiano quindi conseguito l'immissione nei ruoli, essendo la meritevolezza di tale affidamento di per sé esclusa dalla efficacia interinale e precaria delle misure cautelari, per loro natura inidonee a determinare l'insorgenza dell'aspettativa in merito alla stabilità ed irretrattabilità di una attribuzione intervenuta in contrasto con il quadro normativo risultante da un intervento di interpretazione autentica costituzionalmente corretto.

Da tutto ciò consegue la legittimità dei provvedimenti dell'Amministrazione impugnati in primo grado, in quanto correttamente applicativi della regola della procedura selettiva di cui si tratta come definita dalla normativa di cui al comma 519 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 nel significato esplicitato con efficacia retroattiva dal comma 91 dell'art. 3 della legge n. 244 del 2007. Per quanto considerato i riuniti appelli in epigrafe sono infondati e devono perciò essere respinti.

La complessità delle questioni di diritto affrontate e la delicatezza e la particolarità delle controversie esaminate giustificano tuttavia la compensazione tra le parti delle spese del presente grado del giudizio.

LA DECISIONE

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, riuniti, li respinge. Spese del grado compensate. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

FORMULARIO

Motivi aggiunti per sopravvenuta conoscenza di nuovi documenti

Tribunale Amministrativo Regionale

Per – Sez.

Motivi aggiunti

In favore

della sig.ra dott.ssa, in proprio e in qualità di titolare dell'omonima "Farmacia", con sede in, alla via, n., rappresentata e difesa, giusta mandato a margine del presente atto, dall'avv. ed elettivamente domiciliata presso il suo studio legale in, alla via, n.,

- ricorrente -

contro

- la Azienda Sanitaria Locale ASL..., in persona del Direttore Generale *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti,
- la REGIONE, in persona del Presidente *p.t.*,
- il Comune di, in persona del Sindaco *p.t.*,
- l'Ordine dei Farmacisti della Provincia di, in persona del Presidente *p.t.*,

- resistenti -

e nei confronti di

- "Farmacia dott.", in persona del titolare *p.t.*,
- "Farmacia" S.n.c., in persona del legale rappresentante *p.t.*,
- "Farmacia" S.n.c., in persona del legale rappresentante *p.t.*,

- controinteressati -

nel giudizio introdotto con ricorso rubricato al **R.G. n.** della Sezione ...,

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore generale dell'ASL ..., prot. n. ... del ..., avente a oggetto la proposta di revisione della pianta organica delle farmacie del comune di ... per il biennio 2007-2008, ivi compresi i pareri *medio tempore* rilasciati sulla medesima dal comune di ... e dall'Ordine dei Farmacisti di, nonché le note di quest'ultimo prot. nn. ... del ..., del ... e ... del;

- delle note del Direttore generale dell'ASL ... prot. n. ..., entrambe del ..., di richiesta di parere al comune di e all'Ordine dei Farmacisti della Provincia di ... (all. ...);

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale, comunque lesivo per la ricorrente, ancorché dalla medesima non conosciuto, ivi comprese - ove occorra - le proposte di revisione della P.O. di ... per i bienni 2003-2004 e 2005-2006, unitamente ai pareri (e/o al silenzio assenso) del comune di ... e dell'Ordine dei Farmacisti della provincia di ... formatisi sulle medesime.

Premessa in fatto

A seguito di istanza di accesso promossa dalla ricorrente in data ..., l'ASL