

# LA PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA ALLA LUCE DEL CODICE AMMINISTRATIVO

Alessandra Monaldi

Sommario: 1.Premessa. 2. La pregiudiziale amministrativa ed il risarcimento del danno. 3. Analisi della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice Amministrativo. 4. Spunti di riflessione. 5. Conclusioni

1. La pregiudiziale amministrativa, tra contrasti e posizioni differenti, viene disciplinata per la prima volta dal legislatore con il D.Lgs. n.104 del 2 luglio 2010 *alias* Codice del processo amministrativo. Come è noto, in ordine al tema della pregiudizialità in senso ampio, nelle diverse branche del diritto, si sono succedute diverse posizioni dottrinarie e pretorie, sia civili che amministrative spesso in contrasto tra di loro, come sul tema della pregiudiziale amministrativa, la cui analisi non può prescindere dal tema della responsabilità della Pubblica Amministrazione, con particolare riferimento al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, o a quello delle questioni pregiudiziali o, infine, a quello delle azioni.<sup>1</sup>

Nel passato, il fenomeno della pregiudiziale, esaminato per lo più dalla dottrina civilprocessualistica, dalla quale la scienza amministrativa prende spunto, sebbene avesse come

---

<sup>1</sup> V. in proposito, G.D. Comporti, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione*, nel Dizionario di Diritto Pubblico diretto da Sabino Cassese, Ed.Giuffrè Milano, 2006, Vol.V, p.5125 e ss e Novissimo Digesto alla voce Questioni pregiudiziali, p.675 e ss. ove non viene espressamente evocata la voce “*pregiudiziale amministrativa*” ma tale argomento è strettamente collegato a quello della responsabilità della Pubblica Amministrazione o a quello delle questioni pregiudiziali; vedi anche E.Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed.Giuffrè, Milano 2010, XII° Edizione, voce “*pregiudiziale amministrativa*” p.727 e 823 mentre alla voce “*pregiudizialità*” p.892.894 Id, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed.Giuffrè, Milano 2003, IV° Edizione l’argomento della pregiudiziale amministrativa viene trattato nel paragrafo *L’ordine di esame delle questioni e le questioni pregiudiziali* pp.794-795; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Ed.Giuffrè, Milano 2005, IV Ed. nel Cap.2 *La lunga strada verso la risarcibilità dell’interesse legittimo*, p.359 e 366 e 367, per il quale il tema della pregiudiziale amministrativa nasce con l’apertura della giurisprudenza in tema di diritti risolutivamente condizionati, nel senso, che la forza retroattiva della sentenza di annullamento del G.A. nei riguardi dell’atto illegittimo determinava alla luce del meccanismo della riespansione dei diritti ingiustamente affievoliti, la rinascita, con effetti *ex tunc*, della posizione di diritto soggettivo compressa, donde la creazione di un meccanismo che consentiva al privato, ottenuta la riespansione del diritto compresso grazie alla pregiudiziale amministrativa del Giudice amministrativo di annullamento – *c.d. pregiudiziale amministrativa* -, di rivolgersi al Giudice ordinario per il risarcimento.; Id, *Corso di diritto amministrativo, Profili sostanziali e processuali*, Tomo I°, Ed.Giuffrè, Milano 2011, VI° Ed., ove nel Cap.6 “*Risarcimento del danno e processo amministrativo*” tratta specificatamente il tema della pregiudiziale amministrativa ed in particolare quello della *c.d. “pregiudizialità temperata”* alla luce del Codice amministrativo D.Lgs 104/2010, p.594 e ss.

elemento comune quello della necessità che la questione pregiudiziale fosse decisa con precedenza sulle altre<sup>2</sup>, in realtà poi non erano rinvenibili delle caratteristiche comuni volte a definirlo in una prospettiva unitaria<sup>3</sup>.

Si vede dunque come il legislatore sembra aver considerato come pregiudiziali le questioni diverse dal merito della causa le quali se decise in senso negativo precludono l'esame del merito e, come tali, possono costituire oggetto di una pronuncia autonoma e, sotto altro aspetto, sembra aver considerato la "pregiudizialità" non tanto come attributo della questione in se stessa quanto piuttosto dal punto di vista della competenza del giudice, muovendo dal presupposto che il normale potere decisorio relativamente alle questioni costituenti l'antecedente logico della pronuncia venga meno quando sussista una specifica attribuzione di competenza per materia o per valore ad un giudice diverso.

E' stato autorevolmente affermato, come il fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo - in una fase iniziale tale argomento viene richiamato nel processo amministrativo nell'art.28 del testo Unico del CDS RD 26 giugno 1054 del 1924 che era l'unica disposizione espressa sull'argomento e relativamente a questioni relative a diritti soggettivi ed anche l'altra nell'art.64 R.D. 17 agosto 1907 n.642 - possa coinvolgere questioni pregiudiziali aventi oggetti più disparati<sup>4</sup> e, l'unico dato certo che accomuna il fenomeno della pregiudizialità nella scienza del diritto, è che essa possa essere definita solo nei confronti della nozione di oggetto del giudizio o, in altri termini, il fenomeno della pregiudizialità si deve arrestare là dove comincia l'oggetto del giudizio ovvero la questione principale, in quanto i limiti obiettivi della cosa giudicata sono determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio in quanto vi è una stretta correlazione tra oggetto

---

<sup>2</sup> su questo fenomeno, in generale, A.Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Ed.Giuffrè, 1958, pp.19 – 20 e 390 dove rileva che s'intende per questione pregiudiziale quella questione la cui soluzione condiziona la soluzione di un'altra questione (c.d. questione pregiudicata) nel senso che la pregiudizialità si esaurisce in una relazione che lega due questioni e si qualifica appunto come nesso di pregiudizialità quel rapporto di precedenza logica prima indicato. In altre parole **il fenomeno della pregiudizialità deve essere individuato prima in senso logico e poi giuridico** in quanto la pregiudizialità si inserisce in una relazione che lega due questioni e si qualifica appunto come nesso di pregiudizialità quel nesso di precedenza logica; v.inoltre, F. Menestrina, "*La pregiudiziale nel processo civile*", Vienna, 1904 (ristampa Milano 1963); G.Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1923, p.1153; F.Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova 1931; M.Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957 p.1 e ss.

<sup>3</sup> V.Denti alla voce *Questioni pregiudiziali* in *Novissimo Digesto Italiano* p.676.

<sup>4</sup> A.Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo, op.cit., p.7, ove rileva come la pregiudiziale nel processo amministrativo, forse per suggestione dell'art.28, che è l'unica disposizione espressa sull'argomento, sia ricordata solo a proposito delle questioni relative a diritti soggettivi; questo orientamento potrebbe far credere che il fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo si esaurisca nel solo ambito di queste, invece, è ovvio, che nel processo amministrativo possono sorgere questioni pregiudiziali aventi oggetti più disparati e quelle relative ai diritti soggettivi sono senz'altro una netta minoranza.*

dell'accertamento pregiudiziale, oggetto del giudizio e limiti oggettivi della cosa giudicata<sup>5</sup> al punto che la teoria della pregiudizialità potrebbe essere intitolata come “teoria dell’oggetto del giudizio” o “quella dei limiti obiettivi del giudicato”<sup>6</sup>.

A tal proposito, corre l’obbligo di evidenziare come l’oggetto del giudizio, nel processo amministrativo per alcuni sia stato individuato nella questione di legittimità dell’atto impugnato e per altri, viceversa, sia costituito dalla questione di violazione dell’interesse legittimo del ricorrente, che avrebbe la consistenza di una situazione giuridica soggettiva di carattere sostanziale<sup>7</sup>.

Occorre, allora, a questo punto affermare che, per comprendere il problema della pregiudizialità nel diritto amministrativo, come spesso accade, si sia dovuto ricorrere alla letteratura civilprocessualistica e, in particolare, per una trattazione esauriente, occorre risalire indietro nel tempo<sup>8</sup>, nel massimo rispetto dell’autonomia e della proprietà di caratteristiche del processo amministrativo<sup>9</sup>.

Così nel processo civile l’art.34<sup>10</sup> recita che “Il Giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartenga per materia o valore alla competenza di un giudice superiore rimette tutta la causa a quest’ultimo” e, nel processo amministrativo, l’art.28 del Testo Unico del Consiglio di Stato secondo il duplice profilo indicato nell’art.34 c.p.c dispone una differenziazione di

---

<sup>5</sup> A.Romano, *op. cit.* nota 2, pag. 48 ,135, 153, 202, 289 e V.Denti: *alla voce Questioni pregiudiziali in Novissimo Digesto Italiano*, p.676

<sup>6</sup> A.Romano, *op.cit.nota 2* pag.403.

<sup>7</sup> vedi Autori citati nell’opera di S.Cassarino, *Le situazioni giuridiche*, pag.258 nota 43, 242 e 261; A.Romano, *op.cit.p.221*.

<sup>8</sup> F.Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna 1904, (ristampa Milano 1963), pp.123-124 e 134: l’Autore in ordine al fenomeno della pregiudizialità aveva individuato una tripartizione in “**punto, questione e causa pregiudiziale**”, laddove per “**punto pregiudiziale**” s’intende il precedente logico su cui le parti non sollevano una controversia o perché la controversia è già stata risolta “**questione pregiudiziale**” si ha quando un punto pregiudiziale è contestato ed infine “**causa pregiudiziale**” anch’essa sorge in contestazione di un punto pregiudiziale ma, mentre la questione pregiudiziale viene decisa *incidenter tantum* senza efficacia di giudicato nello stesso giudizio che ha per oggetto la causa pregiudicata, la causa pregiudiziale viene decisa *principaliter* in un autonomo giudizio di cui costituisce l’oggetto esclusivo con effetto di giudicato e dunque i caratteri della distinzione tra questione e causa pregiudiziale sono individuati l’una che è decisa *principaliter* in un giudizio autonomo mentre la questione solo *incidenter tantum* nello stesso giudizio avente per oggetto la questione pregiudicata; cfr.altre monografie G.Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano 1942; M.Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano 1957, Ed.Giuffrè nel processo civile” con riferimento alla pregiudiziali costituzionali; si sono avuti poi delle note a sentenza quali F.Carnelutti, *In tema di accertamenti incidentali*, in Riv.dir.proc.civ. 1943, II, 17 e ss; S.Satta, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in Foro.It. 1947, I, pag.29 e ss; L.Montesano, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in Riv.dir.proc. 1951, I, pag.329 e ss.

<sup>9</sup> A.Romano, *op.cit.nota 2*, p.14.

<sup>10</sup> Norma la quale presupponendo chiaramente la distinzione tra questione e causa pregiudiziale è stata considerata la consacrazione legislativa della dottrina del Menestrina.

regolamentazione di un gruppo di questioni da esso stesso qualificate come pregiudiziali rispetto all'oggetto del giudizio, la competenza e l'efficacia di giudicato.

In siffatto contesto, dunque, il fenomeno della pregiudizialità si può manifestare sia all'interno dello stesso processo e quindi anche di competenza del giudice della causa principale e quello della questione pregiudiziale<sup>11</sup> che, in un'altra ipotesi, non si limiti al solo processo ma, in alcuni casi, si assiste ad una interferenza di competenza o addirittura di giurisdizioni di organi giurisdizionali diversi<sup>12</sup>.

A fronte delle considerazioni fin qui svolte e, nel condividere la nota tripartizione formulata dal Menestrina, si deve subito rilevare come, nel processo amministrativo, il giudizio sulla illegittimità dell'atto amministrativo, al fine della proposizione di una domanda risarcitoria, non investa una questione pregiudiziale che il giudice decide *incidenter tantum* e senza forza di giudicato ma di una vera e propria causa pregiudiziale, donde, la necessità di accertare in un distinto ed autonomo processo per decidere la questione di legittimità del provvedimento quale necessario presupposto per ottenere il risarcimento del danno<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> vedi anche G.Foschini, *op.cit.*, pag.93 e ss:

<sup>12</sup> A.Romano, *op.cit.*, pag.402, dove, l'Autore, nel condividere l'impostazione del Menestrina, afferma che la pregiudizialità va delineata come un fenomeno che è anzitutto interno ad ogni singolo processo e che, in alcune ipotesi, si può riflettere sulla interferenza di competenze, o, addirittura, di giurisdizioni di organi giurisdizionali diversi; ed ancora p.482 e 483 ove in conclusione evidenzia che "le vere questioni pregiudiziali che sorgono nel corso del processo amministrativo, le quali concernono la legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, quelle questioni, cioè, che, considerate come un autonomo oggetto del giudizio, ricadono comunque nella competenza dello stesso giudice amministrativo, sono relativamente rare e, esse si possono rinvenire solo in quei casi in cui la valutazione della legittimità di un atto amministrativo diverso da quello impugnato, non è compiuta al fine della sua disapplicazione, e, da questa considerazione, si può agevolmente trarre un corollario ovvero che il vero nesso di pregiudizialità, sul piano processuale, nell'ipotesi in esame, trova corrispondenza sul piano sostanziale, nel senso che la legittimità dell'atto diverso da quello impugnato, si pone come condizione di legittimità dell'atto impugnato.

<sup>13</sup> Si tratta, come rileva, F.Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria*, in *Dir.amm.*, 2002, I, 23 ove le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza del 22 luglio 1999 n.500 hanno affermato il superamento della necessità di una causa pregiudiziale, cioè di un vero e proprio distinto ed autonomo processo, per decidere la questione di legittimità del provvedimento - in passato non era dipesa da limiti intrinseci del sindacato giudiziario, ma era dovuta al fatto che solo in tal modo si perveniva all'emersione del diritto soggettivo - con la conseguenza, ad avviso della Corte, che venuta meno la necessità della causa pregiudiziale per configurare la situazione risarcibile, viene meno la necessità di accertare in un distinto ed autonomo processo la questione di legittimità ma, non viene meno, certamente la necessità in sé considerata dell'accertamento della questione di legittimità ora affidato nell'ambito del medesimo processo del giudice competente per la tutela risarcitoria e, per l'effetto, la pregiudizialità non scompare ma è solo ricondotta internamente al processo; l'Autore asserisce che da parte della Cassazione vi è un recupero della tecnica di disapplicazione indiretta attraverso il risarcimento del danno; così "nel processo amministrativo ....il giudizio sulla illegittimità non investe una questione pregiudiziale che il giudice decide *incidenter tantum* e senza forza di giudicato".

2. Il tema della pregiudiziale amministrativa, e, dunque, della previa necessità dell'annullamento<sup>14</sup> dell'atto amministrativo per il risarcimento del danno, è strettamente connesso a quello della responsabilità della pubblica amministrazione che, come è noto, sin dall'origine, era circoscritta al solo risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi, la cui giurisdizione, in virtù del noto criterio di riparto diritto soggettivo - giudice ordinario ed interesse legittimo – giudice amministrativo, era attribuita al giudice ordinario.

Questa ripartizione di giurisdizione trova la sua *ratio* nella individuazione, dopo un acceso dibattito durato oltre trent'anni sulla scelta del criterio di riparto tra le due giurisdizioni tra quello del *petitum formale* ovvero della domanda presentata dalla parte, o, quello del *petitum sostanziale* o *causa petendi* ovvero quello del diritto soggettivo ed interesse legittimo voluto dalla giurisprudenza amministrativa – anche se, a volte, con qualche contrasto in seno alla stessa -, della scelta del criterio del *petitum sostanziale* siglato nello storico “*Concordato giurisprudenziale D'Amelio Mariano - Santi Romano*” (rispettivamente Presidente della Suprema Corte di Cassazione e Presidente del Consiglio di Stato), con il quale, viene definitivamente consacrato il criterio del riparto tra diritto soggettivo ed interesse legittimo<sup>15</sup>, e, tali principi vengono poi più tardi affermati nella Carta Costituzionale agli articoli 103 e 113.

Come è noto, l'unificazione del sistema della giustizia amministrativa, sorto dopo l'Unità d'Italia (17 marzo 1861 anche se il Veneto – che avverrà con la III° guerra d'indipendenza e Roma – che avverrà con la breccia di Porta Pia il 20 settembre 1870 - dovevano ancora essere annesse al Regno d'Italia), inizia dapprima con l'affermarsi della giurisdizione unica sui diritti soggettivi con la legge 2248 all.E del 1865 c.d. “*legge abolitrice del contenzioso amministrativo*” in quanto unico organo giurisdizionale a conoscere delle controversie tra privato e pubblica amministrazione coinvolgenti diritti soggettivi in quanto “*il giudice ordinario conosce la lesione di diritti soggettivi ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa e comunque vi possa essere interessata la Pubblica amministrazione* (art.2 legge 20 marzo 1865 n.2248 All.E)”, e, tale potere trova il suo punto d'arresto nel divieto di annullamento (art.4 dell'E) bilanciato da quello

---

<sup>14</sup> Cfr.Cass.civ. Sez.III, n.1780/1960 in Foro It.,1961, I, p.1901.

<sup>15</sup> *Concordato Santi Romano – Mariano D'Amelio* del 1930 in E.Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, Padova 1957 n.448; M.Nigro, *Giustizia amministrativa*, 1979 Bologna p.155; V.Caianello,*Lineamenti del processo amministrativo*, Torino 1979, p.171-172; A.Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2002, p.107; R.Cavallo Perin, *Il riparto di giurisdizione del Concordato Romano – D'Amelio*, in *Dir.proc.amm.*2004, parte I, p.14, ove rileva come il dissenso venne composto dal Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria nn.1 e 2 del 1930) e dalla Cassazione (Sezione Unite 15 luglio 1930).

di disapplicazione dell'atto amministrativo (art.5) e poi, più tardi, con l'istituzione della legge Crispi n.5992 del 1889 con l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nell'attribuzione alla stessa di tutti i ricorsi “*per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa che abbiano per oggetto un interesse d'individui o enti morali o giuridici*” (art.26 Testo Unico del Consiglio di Stato 1054/1924).

In tale contesto, dunque, il risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi è attribuito al giudice ordinario il quale, come è noto, in esecuzione della teoria della degradazione del diritto soggettivo a interesse legittimo e successiva riespansione in diritto soggettivo, potrà intervenire sull'azione risarcitoria solo previo annullamento dell'atto amministrativo ritenuto illegittimo da parte del giudice amministrativo – c.d. pregiudiziale amministrativa – con la conseguente necessità di due distinti giudizi, l'uno innanzi al giudice amministrativo e l'altro innanzi al Giudice ordinario<sup>16</sup>.

Il sistema<sup>17</sup> così delineato, sebbene appariva, *prime facie*, lacunoso e poco soddisfacente, in particolare sotto il profilo della effettiva giustizia per il cittadino, è stato applicato per oltre un secolo, subirà, a partire dagli anni '90, per effetto di un vera e propria trasformazione nella nuova e diversa configurazione del rapporto cittadino - Pubblica Amministrazione, una vera e propria riforma in seno alla giustizia amministrativa ad opera della giurisprudenza<sup>18</sup> e del legislatore<sup>19</sup>, sia sotto il profilo di un arricchimento della tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione che, sotto quello volto a realizzare la concentrazione della tutela giurisdizionale

---

<sup>16</sup> G.Miele, *Risarcibilità dei danni derivanti da ingiusta lesione di interessi legittimi ad opera della Pubblica Amministrazione*, in Foro It. 1963, Parte IV, p.23; *Ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi*, in Atti del Convegno Nazionale di Napoli, 27- 29 ottobre 1963, Milano Ed.Giuffrè 1965; E.Ferrari, *Dall'illecito dell'ente pubblico al fatto amministrativo dannoso*, in Studi in onore di A.Amorth, I, Milano, Ed.Giuffrè, 1982, p.179; E.Follieri, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*”, Chieti, Marino Zolfanelli, 1984; G.Abbamonte, *Sulla risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi: diritto interno e fonti comunitari*”, in Studi in memoria di F.Piga, 1992, I, p.3; A. Romano Tassone, *I Problemi di un problema. Spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in Dir.Amm., 1997, p.35; L.V. Moscarini, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in Dir. Proc.amm.1998, pp.818 e ss; F. Trimarchi Banfi, *L'ingiustizia del danno da lesione di interessi legittimi*, in Dir.proc.a.. 2001, p.632 e ss.

<sup>17</sup> A.Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, in Dir.proc.amm., 2001 p.602 - 606, ove rileva ed evidenzia, nel ripercorrere le principali tappe ed analisi della giustizia amministrativa condotta attraverso i panni di un marziano che approda nel nostro Paese solo dopo il 1998 e si avventura in uno studio avente come oggetto le tutele giurisdizionali nei confronti dell'amministrazione, come si sia giunti dopo un processo di riforme approdato in particolare alla legge 205/2000, **da un sistema che aveva, appunto, una sua sistematicità, all'attuale non – sistema**; in tal senso vedi F.Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria, op.cit. nota 13* ove sottolinea come “*la prima cosa che occorre fare è cercare di ridefinire i principi generali del nuovo sistema o non sistema*”.

<sup>18</sup> Vedi in particolare Cassazione Civile – Sezioni Unite 22 luglio 1999 n.599.

<sup>19</sup> Cfr. in particolare d.lgs 80/98 e Legge 205/2000.

sino alla recente riforma con l'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo<sup>20</sup>, vero e proprio *Corpus* normativo al pari delle altre branche del diritto civile e penale.

In particolare, la questione se la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto causato, ledendo un interesse legittimo, presupponga o meno il previo annullamento dell'atto da cui il danno derivi, si è posta, in questi termini, in conseguenza di due eventi ovvero l'affermazione della generale risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione degli interessi legittimi (Cass.S.U. 500/99) e la definizione di un nuovo riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, con l'affidamento a quest'ultimo, "*nell'ambito della sua giurisdizione, delle questioni relative all'eventuale risarcimento del danno... e degli altri diritti patrimoniali consequenziali*" (art.7, 3° comma legge 1034/71, come novellato dall'art.7, 1 comma lett.c) legge 205/2000).

In tale contesto, con una svolta epocale, la Suprema Corte di Cassazione, con la storica pronuncia n.500 del 22 luglio 1999, nell'ottica ampliativa delle ipotesi di risarcimento del danno – limitato sino al caso Meroni<sup>21</sup> al solo diritto soggettivo assoluto, poi quello di credito sino a quella dell'interesse legittimo -, muovendosi sempre più verso l'apertura alla strada della risarcibilità, che consacra il principio secondo cui sussiste il diritto al risarcimento del danno anche nell'ipotesi che la lesione prodotta dall'atto amministrativo illegittimo coinvolga una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo e, a tale scopo, è condizione necessaria non solo l'illegittimità del provvedimento amministrativo<sup>22</sup>, ma anche, che, per effetto del provvedimento amministrativo illegittimo, il cittadino sia stato menomato di un bene alla vita strettamente correlato all'interesse leso, nonché da

---

<sup>20</sup> D.lgs. n.104 del 2 luglio 2010.

<sup>21</sup>In tal senso, *Cass., sez. I civ., 13 giugno 2006, n. 13673* ove si sofferma, nel caso in questione, sulla problematica dell'ingiustizia del danno nel caso di lesione di un diritto di credito. La giurisprudenza della Corte di legittimità, che originariamente riteneva risarcibile (ex art. 2043 c.c.) solo la lesione di diritti assoluti, ha progressivamente (sotto l'impulso delle Corti di merito. Leading case in materia di risarcibilità dei diritti di credito e il noto '**caso MERONI**': *Cass. n. 174/1971*) mutato orientamento fino a giungere a considerare – ormai pacificamente – risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. anche le fattispecie di lesione di un diritto di credito. La pronuncia in rassegna ribadisce, ancora una volta, il principio di diritto ormai consolidato secondo cui il 'danno ingiusto', suscettibile di essere risarcito secondo l'art. 2043 c.c., è anche quello derivante dalla lesione di un diritto di credito; vi si legge testualmente che "il danno ingiusto suscettibile di risarcimento ... è anche quello derivante dalla lesione esterna di un diritto di credito, da una lesione cioè, riferibile ad un terzo diverso dall'obbligato". La sentenza in commento è interessante per la particolarità della fattispecie esaminata avente ad oggetto la violazione, da parte di due istituti di credito, delle norme sulla circolazione degli assegni. La Corte territoriale aveva ritenuto che la violazione di tali norme fosse fonte esclusivamente di responsabilità contrattuale; la Cassazione, facendo buon uso del principio di diritto suesposto, ha cassato con rinvio la sentenza ritenendo che la fattispecie potesse, in astratto, essere fonte di responsabilità extracontrattuale.

<sup>22</sup> G.Cugurra, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Resp.civ. e prev.*, 1999, 4-5, 922; cfr.E.Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Ed.Giuffrè,1999, p.586 e ss; R.Caranta, *Responsabilità per lesione di interesse legittimi*, in *Resp.civ. e prev.*, 1999, 4-5, 930;

ultimo la sussistenza di un elemento soggettivo ovvero un giudizio sulla condotta colposa o dolosa della Pubblica Amministrazione<sup>23</sup>.

Analoga attenzione merita la pronuncia in commento nella parte in cui afferma che l'azione volta al conseguimento del risarcimento del danno può essere proposta direttamente davanti al giudice ordinario senza che sia assolutamente necessario avere preventivamente conseguito l'annullamento, da parte del giudice amministrativo, del provvedimento lesivo dell'interesse legittimo, sulla considerazione, ad avviso delle Sezioni Unite, che l'illegittimità del provvedimento amministrativo integra uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art.2043 c.c. sicchè il giudice ordinario può autonomamente conoscere di tale illegittimità nell'ambito del giudizio civile<sup>24</sup>.

A fronte delle considerazioni fin qui svolte, va sottolineato, come con tale pronuncia, da ritenersi assolutamente storica e rivoluzionaria dettata dal ruolo sempre più incisivo nel nostro ordinamento da quello comunitario<sup>25</sup> (art.13 della legge 142/1992 successivamente abrogato), non può destare perplessità la circostanza che quanto affermato dalla Corte di Cassazione rappresenti un ritorno al principio della doppia tutela e, per l'effetto, il cittadino, che reputi di essere stato leso da un provvedimento amministrativo, può sia proporre ricorso al Tar al fine di ottenere la pronuncia di annullamento, e, sia innanzi al giudice ordinario che può, in via consequenziale, pronunciarsi sulla illegittimità dell'atto amministrativo<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> R.Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in Foro it. 1999, I, p.3201 e ss; F.Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in Foro.it., 1999, I, p.3212; C.Marrone, *La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di risarcibilità degli interessi legittimi: alcuni equivoci da chiarire*, in Giur.it., 2000, p.1099 e ss; A.Romano, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in Foro. It, 1999, I, p.3222 e ss; L.Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in Giorn.dir.amm., 1999, p.843; F.G. Scoca, *Risarcibilità ed interesse legittimo*, in Dir.pubb., 2000, p.13; F.D. Busnelli, *Dopo la sentenza n.500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi* in Riv.dir.civ., 2000, p.335; A.Romano Tassone voce *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in Enc.dir, Agg.VI, Milano Ed. Giuffrè, 2002 p.982; A. Travi, *La giurisprudenza della Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle Sezioni Unite 22 luglio 1999, n.500 S.U.*, in Foro it., 2004, I, p.974.

<sup>24</sup> cfr. F.Francario, *Inapplicabilità del provvedimento amministrativo ed azione risarcitoria, op.cit.nota 13*, ove asserisce che da parte della Cassazione vi è un recupero della tecnica di disapplicazione indiretta attraverso il risarcimento del danno.

<sup>25</sup> M.Cafagno, *Ordinamento comunitario e responsabilità per lesione di interessi legittimi*, in Riv.it.dir.pubbl.com., 1992, p.147 e ss; F.Russo Spena, *La Corte di Giustizia ridefinisce la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in Riv.it.dir.pubbl.com, 1992, p.163 e ss; R.Caranta, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazione del diritto comunitario*, in Giur.it., 1992,I, p.1169 e ss.

<sup>26</sup> In tal sensi vedi anche G.Cugurra, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, op.cit.nota 22 ove evidenzia come ad avviso delle Sezioni Unite, il cittadino che reputi di essere stato leso in un proprio interesse legittimo da un provvedimento amministrativo può sia proporre ricorso al Tar al fine di ottenere l'annullamento dell'atto sia proporre azione davanti al giudice ordinario ai fini del conseguimento del risarcimento del danno; ed anche M.Protto, *Commento alla sentenza 500/99 della Cassazione*, in Urb.app., 1999, p.1076 e ss.

La tutela del cittadino, nei termini appena esposti, impone dunque un intervento del legislatore in parte iniziato già con la legge 80/98<sup>27</sup> con il quale nell'intento di dettare nuove disposizioni in materia di organizzazione del rapporto di lavoro nelle amministrazioni pubbliche e di giurisdizione, arricchisce il potere decisorio del Giudice amministrativo nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva con il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto (art.35) disponendo altresì l'abrogazione sia dell'art 7 della legge 6 dicembre 1971 che l'art.13 della legge 19 febbraio 1992 n.142 con il quale la legge comunitaria, nel prevedere il risarcimento dei danni conseguenti all'illegittima esclusione da una gara di appalto, ha subordinato la relativa azione al previo annullamento dell'atto di aggiudicazione.

Del resto, in passato l'orientamento pretorio riteneva che l'annullamento integrando il fatto costitutivo del diritto era ritenuto pregiudiziale rispetto all'azione di risarcimento che finiva con l'essere un riflesso dell'accertata illegittimità dell'atto<sup>28</sup>.

Questa trasformazione, nel rispetto del principio della concentrazione, trova attuazione con la legge 21 luglio 2000 n.205<sup>29</sup> recante "*Disposizioni in materia di giurisdizione amministrativa*" che, completa il disegno di riforma avviato con il dlgs 80/98 e conferma quanto statuito dalla Suprema Corte di Cassazione asserendo che "*il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica e agli altri diritti patrimoniali consequenziali*".

In ordine alla questione del risarcimento del danno, la Corte Costituzionale che con la nota sentenza 204/2004<sup>30</sup>, nell'affrontare una serie di questioni di eccezioni di costituzionalità relative agli art.li 33

---

<sup>27</sup> E.Follieri, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi, con riferimento al D.l.vo 31 marzo 1998, n.80*, in Piccozza, E-Palma, G.Follieri.

<sup>28</sup> sul punto vedi *Cass.Civ.III, n.1780/1960*, in Foro it., 1961, I, p.1901.

<sup>29</sup> cfr.F.Trimarchi Banfi, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino Ed.Giappichelli, 2000, p.1 e ss; A.Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, in *Dir.proc.amm.*, 2001 p.612 e ss.; F. Caringella, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in Caringella, F.Protto M, a cura di *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n.205*, Milano 2001 pp.652 e ss e 708 e ss;

<sup>30</sup> *Corte Cost. 6 luglio 2004 n.204 pubblicata in Dir.proc.amm2004, p.799; inoltre vedi sugli effetti della sentenza n.204/2004 della Corte Costituzionale V.Cerulli Irelli, Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n.204 del 6 luglio 2004, in Dir.proc.amm.2004 p.820 e ss, ove rileva che, ad avviso della Corte, nel ritenere fondate le questioni di costituzionalità sollevate con riferimento all'estensione della giurisdizione esclusiva sulla considerazione che le materie di giurisdizione esclusiva possono essere soltanto quelle nell'ambito delle quali le controversie sarebbero in ogni caso attribuite alla competenza del giudice amministrativo come giudice generale della legittimità dell'azione amministrativa e quindi di interessi legittimi, resta ben fermo il principio che deve comunque trattarsi di controversie concernenti "*l'esercizio del potere*" e appunto per ciò coinvolgenti interessi legittimi ; F.G.Scoca, *Giurisdizione amministrativa e risarcimento del danno nella sentenza della Corte Costituzionale**

e 34 del dlgs n.80/1998 come novellati dall'art.7 della legge 205/2000, ha avuto modo di chiarire che *“il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce, sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo) da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione”*<sup>31</sup>.

A fronte delle trasformazioni appena descritte, appare indispensabile l'esame delle posizioni espresse dalla giurisprudenza e dottrina sulla c.d pregiudiziale amministrativa in occasione della sentenza 500/99 e legge 205/2000.

Si deve subito rilevare, in proposito, due diversi ed opposti orientamenti di cui l'uno, riconducibile alla tesi *“autonomista” o “civilistica”* (autonomia delle due azioni)<sup>32</sup>, nel solco della sentenza n. 500

---

*n.204/2004, in Foro amm., Tar, Supplemento al n.12/2004 pag.54; A.Lamorgese, Il concorso delle giurisdizioni nella tutela risarcitoria nei confronti della Pubblica Amministrazione, in Foro it, 2005, I, p.374.*

31 in tal senso cfr. *Corte Costituzionale, sentenza n. 35 del 2010*, con la quale ha dichiarato infondata (nei sensi di cui in motivazione) la questione di legittimità costituzionale del D.L. n. 90 del 2008, art. 4 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti, nella Regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, sollevata in riferimento all'art. 103 Cost., comma 1. La norma prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati; ed aggiunge che tale giurisdizione è estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati. La Corte ha premesso la propria pregressa giurisprudenza (*v. sent. n. 204/2004, n. 191/2006 e n. 140/2007*) in materia di caratteri, condizioni e limiti della giurisdizione amministrativa esclusiva, ai fini della compatibilità costituzionale delle norme di legge devolutive di controversie a tale giurisdizione, sui presupposti: a) del coinvolgimento di situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse; b) dell'assegnazione, da parte del legislatore, al giudice amministrativo della cognizione non di "blocchi di materie", ma di materie determinate; e c) che amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità, e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati, sia mediante atti unilaterali ed autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purchè questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio. Ha, quindi, affermato che la disposizione impugnata, interpretata alla luce delle condizioni prescritte, non viola l'art. 103 Cost., comma 1; vedi inoltre *Cass. Civile Sez. Unite 9.9.2010 Ordinanza n. 19253 - pubblici servizi concernente canoni, indennità od altri corrispettivi giurisdizione* con la quale la Suprema Corte di Cassazione, ha avuto modo di ribadire e richiamare il precedente orientamento espresso dalla Corte Costituzionale nelle sentenze ivi esposte ed ha affermato che, è di tutta evidenza, che si tratta di controversia in materia di pubblici servizi concernente canoni, indennità od altri corrispettivi, espressamente esclusa dalla giurisdizione del G.A. (Corte cost. n. 204 del 2004).

32 Si vedano, tra gli altri, A.Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in Giust.it. www.giust.it n.3/2001; R.Caranta, da ultimo in *Il ritorno dell'irresponsabilità, commento a due pronunce del giudice amministrativo nelle quali si afferma la regola della pregiudizialità*, in Urb. e app.2001, p.666 ma già prima in sede di commento a Cass., S.U. 22 luglio 1999 n.500, in *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in Foro.it., 1999, I, 3212; F.P.Luisio, *Pretese risarcitorie nei confronti della Pubblica Amministrazione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in Riv.dir.proc., 2002, p.43 e ss; C.Consolo, *Il processo amministrativo tra snellezza e civilizzazione*, in Corr.giur. 2000, 1266 e ss; Id., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice ordinario e ne imita il processo*, in Giust.civ., 2000, II, 535 e ss; F.Caringella, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in F.Caringella – M.Protto ( a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21*

cui si è conformata con le famose ordinanze gemelle nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006 e 13911 del 15 giugno 2006<sup>33</sup> rese in sede di regolamento di giurisdizione, la Suprema Corte di Cassazione ha mantenuto fermo l'orientamento espresso secondo cui la domanda di risarcimento può essere proposta al giudice amministrativo anche in difetto del previo annullamento dell'atto lesivo, aggiungendo *ad abundantiam* che, ove il giudice respingesse o dichiarasse inammissibile la domanda a causa del mancato previo annullamento dell'atto, incorrerebbe in un diniego della propria giurisdizione, sindacabile da parte della Corte di cassazione, confermata anche recentemente dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008<sup>34</sup>.

Sul versante opposto, alla posizione “civilistica” o “autonomistica” sostenuta dalla Cassazione, si contrappone quella “amministrativa” o “pregiudicialista”<sup>35</sup> che trova spunto dalla *ratio* del dlgs

---

luglio 2000 n.205, Ed.Giuffrè, Milano 2001, p.662 e ss e 718 e ss; A.Police, *Il ricorso di piena giurisdizione*, Vol.II, Ed.Giuffrè Milano, p.227 e ss.

33 *Ad avviso delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, l'argomentazione su cui queste basano il superamento della tesi della pregiudiziale amministrativa si fonda sulla considerazione che, essendo quello al risarcimento un diritto soggettivo, non potrebbe prevedersi un trattamento differenziato a seconda che la relativa richiesta venga rivolta ad un soggetto privato o ad un ente pubblico: se in entrambi i casi l'ordinamento prevede un termine prescrizione di cinque anni, ebbene non vi sarebbero ragioni per sottoporre la richiesta risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione al ben più breve termine decadenziale di sessanta giorni entro i quali deve essere incardinato il ricorso per l'annullamento del relativo provvedimento amministrativo; in tal senso il legislatore potrebbe prevedere un termine prescrizione più corto per il risarcimento da attività provvedimentale pubblicistica e i tribunali amministrativi regionali, competenti per legge in via esclusiva a conoscere le richieste risarcitorie per attività provvedimentale illegittima, devono perciò valutare le medesime entro il suddetto termine di prescrizione a prescindere dall'intervenuto annullamento di un provvedimento.

<sup>34</sup> *Cassazione civile, Sez.Un.23 dicembre 2008 n.30254*, in *Corr.giuridico*, n.5 del 2009, p.647 e ss, evidenzia come la domanda risarcitoria autonoma proposta al giudice amministrativo, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, sia viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi, sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento. L'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario e, per altro verso, che spetta, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela (ad es.quella demolitoria), scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito.

35 Tra i sostenitori della tesi favorevole alla necessaria pregiudizialità C.Cugurra, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir.proc.amm.*2000, p. 6 e ss; G.Greco, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv.it.dir.pubb.com.*, 2000, p.1130 e ss; G.Falcon., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, relazione al Convegno tenuto a Trento il 9-10 novembre 2000, i cui atti sono pubblicati in G.Falcon ( a cura), *La tutela dell'interesse al provvedimento*, Quaderno del Dipartimento di scienze giuridiche, Trento, 2001 p.244 e ss (pubblicata anche in *Dir.Proc.amm.*2001, 287 e ss); G.D.Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir.proc.amm.*, 2001, p.314 e ss; M.Lipari, *La nuova giurisdizione amministrativa in materia edilizia urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urb. E app.*, 1998; L.V. Moscarini, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza; riflessioni a margine dell'ordinanza n.1 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir.proc.amm.*, 2001 p.12 e ss; Id, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, in *Foro amm.*, Tar. 2003, p.2137 e ss; M.Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna 2002, p.163; M.A.Sandulli, *Un passo avanti ed uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno ma non può giudicare dei diritti*, in *Riv.giur.ed.*, 2004, 1231; P.Stella Richter, *Il*

80/98 e dalla legge 205/2000, il cui scopo della riforma era non solo la concentrazione in capo al giudice amministrativo di ogni forma di tutela quale quella risarcitoria ma anche di affermare il principio per cui essa presuppone di norma il previo annullamento non disponendo il giudice amministrativo il potere di “*disapplicazione*”.

Questa dottrina, era stata fatta propria dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n.4/2003<sup>36</sup>, ha affermato che la proposizione di una autonoma azione risarcitoria determinerebbe l’elusione dei termini decadenziali previsti per la proposizione del ricorso davanti al G.A, con evidente lesione dei principi della celerità e stabilità delle posizioni giuridiche connesse all’azione amministrativa, ed, inoltre, il GA non può *disapplicare* gli atti ritenuti illegittimi<sup>37</sup>.

---

*principio di concentrazione nella legge di riforma di giustizia amministrativa*, in Giust.civ., 2000, p.440; R.Villata, *La riforma*, in AA.VV., *Il Processo davanti al giudice amministrativo*, Torino 2001, p.6, L.V.; P.Virga, *Pregiudizialità dell’azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento*, nel sito [www.giust.it](http://www.giust.it), 5/2002;

36 Così, *Cons.di Stato, Adunanza Plenaria n.4/03* secondo cui “*va considerato se tale atto del Comune, per altro contenente una serie di disposizioni di sua indiscutibile competenza, sia da considerare nullo e cioè inesistente, ovvero semplicemente emanato da organo in parte incompetente e quindi, qualora questa incompetenza fosse realmente accertata, semplicemente annullabile e perciò produttivo di effetti giuridici sino alla pronuncia di annullamento, pregiudiziale rispetto alla richiesta di risarcimento del danno, secondo un indirizzo consolidato di questo Consiglio che ora va ribadito, riconoscendosene la fondatezza per la sua piena aderenza alla ratio della riforma, culminata con la legge 205 del 2000 che ha portato il legislatore ad attribuire al giudice amministrativo in via generale la cognizione anche sul risarcimento del danno, senza alcuna distinzione tra giurisdizione generale di legittimità e giurisdizione esclusiva*”; in tal senso anche le decisioni del CDS della VI Sezione 18 giugno 2002, n.3338 e Sez.IV, 15 febbraio 2002 n.952 che una volta concentrata presso il giudice amministrativo la tutela impugnatoria dell’atto illegittimo e quella risarcitoria conseguente, non è possibile l’accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell’atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e che l’azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all’azione di annullamento che in via autonoma, ma che è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari”; in tal senso ovvero della autonomia tra tutela demoloratoria e tutela risarcitoria affermando però la proponibilità dell’azione di danno innanzi al G.A., F.Caringella, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno: dai problemi teorici ai dilemmi pratici*, in AA.VV. a cura di F.Caringella, M.Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Giuffrè Milano 2002; A. Romano Tassone, *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in [www.giust.it](http://www.giust.it), 2000, R.Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano, la responsabilità della p.a. dopo la legge 205 del 2000*, Milano 2001, p.47.

<sup>37</sup> in tal senso, TAR Sicilia Palermo, 11 ottobre 2001 n.1444, in [www.giurisprudenza.it](http://www.giurisprudenza.it); TAR Campania, 8 febbraio 2001 n.603, in [Giur.it](http://Giur.it), 2001, p.1747; TAR Campania Napoli, Sez.I, 4 ottobre 2001, n.4485, in I T.A.R 2001, 2001, I, p.4136; TAR Puglia, Sez. Lecce, n.37210/06 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR Sicilia, Sez.Catania, n.651/2007 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in tal senso già Consiglio di Stato, Sezione VI, n.3338 del 18 giugno 2002, ove si esprime in favore del mantenimento della pregiudizialità, in quanto, il suo superamento avrebbe implicato l’elusione del termine decadenziale previsto per l’impugnazione degli atti amministrativi ed il giudice amministrativo è sfornito di un potere di disapplicazione; *contra* TAR Marche, 23 febbraio 2004 n.67, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) Rivista di diritto pubblico, articoli e note n.5/2005, che si colloca nel solco della tesi minoritaria secondo la quale non sarebbe necessaria la preventiva impugnazione dell’atto amministrativo per accedere alla tutela risarcitoria e, in concreto, il Collegio disconosce la nozione di interesse legittimo quale diritto degradato, affermando, al contrario, la totale autonomia tra il diritto soggettivo al risarcimento e l’interesse legittimo; il fatto di pervenire all’acquiescenza del provvedimento amministrativo per la mancata impugnazione dei termini decadenziali prescritti, non sempre e non necessariamente deve corrispondere alla rinuncia da parte del privato danneggiato ad ottenere una tutela risarcitoria.

Più tardi, nel senso del permanere della pregiudizialità<sup>38</sup>, si esprime ancora l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12 del 22 ottobre 2007, sulla base di 7 punti fondamentali ed irrinunciabili<sup>39</sup>, confermando seccamente i principi già espressi costantemente nei propri precedenti quali Adunanza Plenaria n. 4/2003, e, nel corso del 2009, la storia della c.d. pregiudiziale amministrativa si arricchisce di un ulteriore capitolo, in quanto la Sezione VI Sezione del Consiglio di Stato, 21 aprile 2009, n. 2436<sup>40</sup>, nel senso del permanere della pregiudizialità già espressa in precedenza dalla stesso Collegio, introduce un nuovo filone interpretativo che propugna una pronuncia di infondatezza nel merito della domanda risarcitoria per il danno cagionato da un atto amministrativo consolidato poiché quest'ultimo, essendo regola dell'agire concreto, impedisce di qualificare come ingiusto il danno da esso stesso cagionato, determinando così con nuova rimessione all'Adunanza Plenaria.

E' nota poi, in questo contrasto infinito fra Sezioni Unite e Adunanza Plenaria in cui la Cassazione può sempre e comunque intervenire per motivi di giurisdizione, la posizione di quella parte di dottrina che ha individuato una tesi intermedia della c.d. "**pregiudiziale attenuata**" o "**autonomia temperata**", facendo leva sull'art.1227 c.c., in base al quale devono essere imputati al creditore quei danni che egli avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza nella difesa del proprio interesse.

In altre parole, la domanda risarcitoria del danno, svincolata dal previo annullamento dell'atto, non dovrebbe allora essere dichiarata inammissibile ma valutata nel merito e respinta se chi ricorre abbia avuto in concreto la possibilità di evitare il danno promuovendo tempestivamente il giudizio annullatorio<sup>41</sup>.

A fronte delle considerazioni fin qui svolte, nella logica del diritto pubblico, non smentita neppure dalla Corte costituzionale (*sent. nn. 204/2004, n. 191/2006 e n. 140/2007*) che privilegia **la certezza delle situazioni di diritto pubblico, da contestare in brevi termini di decadenza**, quindi, il Consiglio di Stato ha tenuto ferma la tesi della pregiudiziale, il cui principio non si fonda, quindi, sull'impossibilità di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque

---

38 Così prima della riforma del processo amministrativo del 2000 e pur dopo la sentenza n.500 del 1999 affermavano la regola della pregiudizialità, ad esempio, T.A.R. Puglia, Lecce 6 novembre 1999, n.769, in Urb. e appalti 2000, 303; T.A.R. Friuli- Venezia Giulia, 28 marzo 2000, n.314, in TAR 2000, I, 2545.

39 A.M. Sandulli, Pregiudizialità amministrativa: la storia infinita continua, in giustamm.it n.4/2009.

<sup>40</sup> Cds, Sez.VI, 2436/2009 in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.7/2009 e, in tal senso, Cds, Sez.IV, n.1917 del 31 marzo 2009 in Il sole 24 ore, Diritto e pratica amministrativa n.6 p.66 e ss.

<sup>41</sup> F.Caringella, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, Ed. Giuffrè 2005, p.569, ove evidenzia, la necessità di recuperare sul piano delle condizioni sostanziali della responsabilità della P.A., quanto perduto sul piano processuale, rinunciando a interpretare nel senso della pregiudizialità il rapporto tra rimedio risarcitorio e rimedio annullatorio e, sottolinea ancora l'importanza di confrontarsi con la giurisprudenza comunitaria e degli altri Stati membri; in tal senso G.Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e di spettanza*, op.cit, p.244

giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043, c.c.; in sostanza, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere respinta nel merito, perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito.

In sintesi la pregiudiziale amministrativa viene, quindi, strettamente connessa al principio della *“certezza della situazioni giuridiche di diritto pubblico”*, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

3. Il codice del processo amministrativo, approvato con Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104<sup>42</sup>, in attuazione della delega per il “*riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato*” contenuta nell’art.44 l.18 giugno 2009, n. 69<sup>43</sup> che poneva al Governo tre obiettivi fondamentali ovvero quello di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale e delle giurisdizioni superiori, quello di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di principi generali ed infine quello di assicurare la concentrazione delle tutele, è entrato in vigore il 16 settembre 2010<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Va evidenziato come il D.lgs 104 del 2 luglio 2010 n.104 ha quattro allegati: il primo è costituito dal c.d. codice del processo amministrativo, mentre gli altri concernono rispettivamente le norme di attuazione, le norme transitorie, le norme di coordinamento e le abrogazioni. A ciò deve aggiungersi come “Il codice del processo amministrativo”, redatto dal Consiglio di Stato ma modificato dal Governo in sede di approvazione, è il primo testo che disciplini puntualmente il processo amministrativo nel Nostro Paese e sostituisce quasi tutte le normative vigenti sul processo amministrativo.

<sup>43</sup> Legge 69/09 del 18 giugno 2009, G.U. n.140 del 19 giugno 2009 che fa seguito alla successione delle seguenti leggi parlamentari: **C.1441** stralcio di C.1441-BIS, C.1441- TER, C.1441 – QUATER, conclusione anomala per stralcio approvato il 5 agosto 2008; **C.1441 – BIS** approvato il 2 ottobre 2008; **S-1082** stralcio di S.1082 – BIS, S.1082 – TER, S.1082 – QUATER, S.1082 – QUINQUIES, approvato con modificazioni il 4 marzo 2009; **C.1441 – BIS-B** approvato con modificazioni il 29 aprile 2009 e **S.1082 – B** approvato definitivamente il 26 maggio 2009.

<sup>44</sup> Per completezza, preme evidenziare un breve *excursus sull’iter* parlamentare: in primo luogo va affermato che il termine per l’esercizio della delega era di un anno dall’entrata in vigore della legge e quindi con scadenza al 4 luglio 2010; così, in attuazione della delega, e precisamente per la redazione dello schema di decreto legislativo, il Governo si è avvalso della facoltà di delegare al Consiglio di Stato la stesura dell’articolato ai sensi dell’art.14, 2° comma T.U.1054/1924, coerentemente a quanto disposto dall’art.44, 4° comma legge 69/2009, il cui compito è stato affidato alla Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato a composizione mista che ha registrato la presenza di consiglieri di Stato, magistrati Tar, magistrati della Cassazione, un rappresentante dell’Avvocatura dello Stato e rappresentanti del mondo accademico e forense. La Commissione ha sottoposto lo “Schema di Codice”, ed acquisito i pareri del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa, delle associazioni rappresentative dei magistrati amministrativi, del Consiglio Nazionale forense, dell’Organismo Unitario dell’Avvocatura, dell’Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, dell’Associazione degli studiosi del processo amministrativo e della Società italiana degli Avvocati amministrativisti e poi, lo ha licenziato in data 8 febbraio 2010. In data 16 aprile 2010 il Consiglio dei Ministri, sebbene con alcune modifiche rispetto al testo licenziato dalla Commissione speciale, ha approvato il relativo Schema di decreto legislativo – A.G.n.212 - e, in data 30 aprile 2010, lo schema è stato trasmesso alle Camere ai fini dell’espressione del parere, espresso da parte delle Commissioni competenti ovvero Giustizia e Affari costituzionali e Bilancio in data 16 giugno 2010 ed in data 24 giugno 2010 il provvedimento è stato definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri e pubblicato sul supplemento ordinario n.148/L alla “*Gazzetta Ufficiale*” del 7 luglio 2010 n.156, e vedi anche *Guida al Diritto* n.31 del 31 luglio 2010, p.8; vedi inoltre *Comunicato del Consiglio dei Ministri n.89 del 16 aprile 2010* ove il Governo nel chiarire la *ratio* delle modifiche apportate evidenzia che “Il testo è stato in parte (significativa, ma non basilare) rielaborato d’intesa con il Ministro dell’Economia e delle Finanze, al precipuo fine di non introdurre istituti che, anche indirettamente o mediamente ed in prospettiva temporale di medio periodo, **potessero essere suscettibili di determinare incremento di oneri per la finanza pubblica, evidentemente insostenibili nell’attuale fase congiunturale**”; in senso critico si esprimono A.Pajno, *Il Codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela ed in particolare Gli interventi del Governo: una diversa cultura della giurisdizione amministrativa*, in *Giornale di dir.amm.* 9/2010, pp.887 e ss ove, nel definire l’intervento del Governo sia di tipo demolitorio che di tipo additivo o manipolativo volto cioè ad aggiungere nuove disposizioni sia a modificare significativamente istituti e discipline già presenti nello schema, afferma come una motivazione del genere non possa destare perplessità, dal momento che sembra iscriversi in una logica nella quale il controllo della spesa pubblica è assicurato non attraverso l’eliminazione degli sprechi, delle duplicazioni e degli errori dell’amministrazione ma grazie alle opportunità di tutela del cittadino e, conseguentemente, il riferimento alle esigenze di contenimento della spesa pubblica non deve peraltro essere ritenuto decisivo e ciò non solo perché le misure adottate dal Governo, a causa della presenza di diversi profili problematici, rischiano talvolta di esporre paradossalmente le

In particolare, nella delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo e contenuta in un provvedimento legislativo recante disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività del Sistema Paese, il Governo doveva osservare i seguenti principi e criteri direttivi *a*) assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato, *b*) disciplinare le azioni e le funzioni del giudice 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo anche rispetto alle altre giurisdizioni, 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione della fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente, 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice, 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa (art.44, 2° comma lett.a) e b)<sup>45</sup>.

---

amministrazioni a nuovi oneri, ma anche perché dietro di esse sembra celarsi una diversa cultura nella quale, alla fine, la tutela del cittadino deve sempre fare i conti con l'autorità dell'amministrazione e l'Autore giunge alla conclusione che l'intervento del Governo, dietro le dichiarate finalità di controllo della spesa pubblica, celi l'intenzione di correggere l'indirizzo manifestato dalla Commissione con lo "schema di Codice" rendendo meno significativo il "cambio di paradigma" nella giustizia amministrativa, che pure aveva ispirato le stesse norme di delega; ed ancora Id., *Audizioni informali del 27 maggio 2010 su Atto del Governo n.212, 1° Commissione Affari Costituzionali, XVI Legislatura Senato della Repubblica*, p.475 ove l'Autore già aveva espresso, coerentemente alla legge delega, la necessità di introdurre all'art.1, dopo il primo periodo, "a tal fine, nell'ambito del processo amministrativo possono proporre le azioni dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa fatta valere"; il in tal senso vedi G.Pellegrino, Lo schema redatto dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, Audizione 3 giugno 2010 Camera dei Deputati Commissione Giustizia, ove evidenzia che sebbene alcuni degli interventi del Governo risultino apprezzabili e coerenti con la dichiarata finalità di contenimento della spesa, altre appaiono a ben vedere in contrasto con la stessa, rischiando di riacutizzare contrasti tra le giurisdizioni che la commissione speciale del Consiglio di Stato si era impegnata a comporre; a ciò deve aggiungersi come alcune modifiche sembrano non tener conto della circostanza che incidano su un corpus normativo predisposto alla commissione coerente al suo interno sicché rischiano di dare luogo a previsioni del tutto eccentriche e scoordinate e contraddittorie con il resto del Codice ed inoltre il complesso delle modifiche sembrano condurre ad un mero testo unico che, per alcuni profili, sarebbe più arretrato rispetto ai livelli di tutela per tutte le parti del processo amministrativo, che la giurisprudenza ha già raggiunto e, sotto tale profilo, alcune modifiche palesano un contrasto sia con lo spirito che con le specifiche disposizioni della legge delega; A.I.P.D.A. Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Audizioni Informali su Atti del Governo del 25 maggio 2010, Senato della Repubblica, XVI Legislatura, p.285, ove, sulla considerazione che le modificazioni apportate (eliminazione dell'azione di accertamento e di adempimento, ripristino della pregiudizialità amministrativa per l'azione di responsabilità e soppressione delle sezioni stralcio per l'eliminazione dell'arretrato) al progetto del Codice del processo amministrativo deliberato dall'apposita Commissione violino i principi stabiliti dalla legge delega e determinano un arretramento dei risultati raggiunti dall'attuale giurisprudenza del giudice amministrativo e del giudice ordinario sulle singole questioni toccate dalle modificazioni, chiedevano espressamente che fosse ripristinato, senza modificazione alcuna, il testo originariamente elaborato dall'apposita Commissione nominata ai sensi di legge.

<sup>45</sup> Documento presentato dal Presidente Paolo Salvatore e dal Presidente Aggiunto Pasquale De Lise nell'Audizione del 20 maggio 2010 presso la 1° Commissione Permanente del Senato della Repubblica ove la Commissione ha sottolineato

Sul Codice è stato autorevolmente affermato come, “*non sembra azzardato parlare di una svolta epocale*”<sup>46</sup> e nel rispetto del ruolo che riveste il giudice amministrativo in sede giurisdizionale che,

---

come, diversamente dal processo civile e penale il processo amministrativo non ha un Codice la cui disciplina, come è noto è rintracciabile in modo frammentato in alcune leggi fondamentali (legge 2248/ del 1865 All.E di abolizione del contenzioso amministrativo, T.U delle leggi sul processo avanti al Consiglio di Stato del 1924 n.1054, Regolamento di procedura davanti alle Sezioni giurisdizionali del medesimo organo giurisdizionale risalente al 1907 n.642, legge 1034/1971, legge n.205/2000, legge 241/90 ed altre; inoltre alla pluralità di fonti si accompagna una situazione di incertezza interpretativa. La Commissione, nel rilevare l’esigenza di una riscrittura organica della disciplina vigente, improntata ai principi di pienezza e satisfattività delle tecniche di tutela, di concentrazione processuale e immediatezza e rapidità della tutela conseguibile nel sistema di giustizia amministrativa – l’attuazione di questi principi costituisce la stella polare dell’impegno profuso – ha licenziato lo schema di codice l’8 febbraio 2010, le cui novità sono **1)** l’ampliamento delle azioni proponibili nel processo amministrativo, con la positivizzazione dell’azione di accertamento (per vero già dal 2009 ammessa in via pretoria) e di quella di adempimento, **2)** la soluzione dell’annoso problema dei rapporti tra azione di annullamento dell’atto causativo del danno e l’azione risarcitoria (questione su cui da anni si registra un contrasto interpretativo tra Sezioni Unite di Cassazione che ammettono l’esperibilità dell’azione risarcitoria autonoma ovvero non preceduta dal ricordo per l’annullamento dell’atto) e la giurisprudenza amministrativa, ferma invece sulla tesi della c.d. pregiudizialità: soluzione consistita nel riconoscimento dell’esperibilità dell’azione risarcitoria autonoma, assoggettata tuttavia ad apposita e puntuale regolamentazione (termine decadenziale di 180 giorni, estensione della disciplina di cui all’art.1227 c.c.), **3)** riordino delle norme in tema di riparto di giurisdizione, ispirato al principio di concentrazione processuale, **4)** riordino della disciplina della tutela cautelare, con generalizzazione della tutela *ante causam*, **5)** riordino del sistema delle impugnazioni, ispirato all’esigenza di concentrazione delle impugnazioni; **6)** Revisione e razionalizzazione dei riti speciali; Sullo Schema di Codice licenziato dalla Commissione sono stati apportati taluni interventi dal Consiglio dei Ministri, ed in particolare, il Governo è intervenuto sul novero delle azioni esperibili, sulla questione della pregiudiziale, sulla *traslatio*, su quella della competenza territoriale, sui rapporti in materia di prova tra consulenza tecnica e verifica e sul procedimento elettorale. Tra le principali modifiche introdotte dal Governo meritano di essere segnalate: **1)** Eliminazione dell’azione di accertamento e di adempimento, **2)** Autonoma esperibilità della tutela risarcitoria per la lesione delle posizioni di interesse legittimo (con un termine di decadenza della relativa azione di 120 giorni e non più di 180 giorni) e applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall’art.1227 c.c. per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell’azione di annullamento, **3)** Necessità, qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, di notificare il ricorso anche agli eventuali beneficiari dell’atto illegittimo ai sensi dell’art.102 c.p.c. ed, in mancanza, il Giudice, ordina l’estensione del contraddittorio, **4)** Introduzione della rilevanza d’ufficio, nella fase cautelare, dell’incompetenza del Giudice adito, **5)** Preferenza, tra gli ausiliari del Giudice cui affidare attività istruttoria, del verificatore e ricorso al consulenza solo “se indispensabile”, **6)** Eliminazione della disciplina relativa al contenzioso elettorale politico, con la conseguenza che in parte qua resta la giurisdizione domestica, **7)** Eliminazione, tra le ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo, di quella relativa al contenzioso avverso le ordinanze contingibili ed urgenti, **8)** Introduzione, tra le ipotesi di incompetenza inderogabile del Tar Lazio (sede Roma), di quella relativa allo scioglimento dei consigli comunali nei casi previsti dagli art.li 142 e 143 T.U. 18 agosto 2000 n.267, **9)** Eliminazione delle Sezioni Stralcio che erano state introdotte dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato per eliminare l’arretrato pendente presso i Tribunali Amministrativi Regionali.

<sup>46</sup> P.De Lise, *Profili generali*, Relazione al 56° Convegno di studi amministrativi *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali* tenuto a Varenna il 23-25 settembre 2010, p.1 e 24; sul punto, in chiave critica, R.Caponi, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in Foro it. Parte V, 10 ottobre 2010, p.267 e 268 l’Autore, nel richiamare l’insegnamento di Paolo Grossi (*Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell’attuale società italiana*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Milano, XXX, 2001, p.493), asserisce che “io constato una certa discrepanza tra la qualificazione “codice” e la realtà dello strumento legislativo di quo... il codice è un atto normativo proiettato verso il futuro, dominato dal proposito di realizzare un assetto normativo essenzialmente nuovo, sebbene memore della linea che viene dal passato, proteso ad offrire una cornice normativa funzionale alla concretizzazione di una immagine incisiva dell’uomo, delle relazioni sociali, della società intera; A.Travi, *Il codice del processo amministrativo*, in Foro it., 9 settembre 2010, p.206, esprime perplessità sul fatto che codice non delinea modelli nuovi di processo amministrativo ma non ha neppure accolto alcune delle proposte di modifica più importanti che erano state fatte in un primo tempo nel testo elaborato dal Consiglio di

con le sue pronunce, quale giudice anche dell'economia<sup>47</sup>, non si limita a risolvere controversie ma, “conforma” e “orienta” l'azione dei pubblici poteri per il retto perseguimento degli interessi della collettività<sup>48</sup>.

Ebbene, con tale opera - resa possibile e frutto della collaborazione, cooperazione e dialogo tra due magistrature quale quella amministrativa e civile - in passato spesso in contrasto come sul tema della pregiudiziale amministrativa - ed ispirato al principio della unitarietà della giurisdizione intesa in senso funzionale e non organico<sup>49</sup> e della pienezza ed effettività<sup>50</sup> della tutela per il cittadino ed al giusto processo<sup>51</sup>, il legislatore è intervenuto per la prima volta sulla questione della cd. pregiudiziale amministrativa.

---

Stato quali la previsione di un'azione di adempimento né di una tutela giurisdizionale rispetto agli atti del procedimento preliminare alle elezioni politiche. Non sono prospettate, dunque innovazioni epocali; ed ancora “in molti punti la riforma appare tuttavia anche come un riassunto delle precedenti puntate legislative e giurisprudenziali: una consolidazione in senso tecnico più che un codice; inoltre G.F.Scoca, *Relazione tenuta al Convegno di studi tenuto il 19 maggio 2010 in Roma nella Sala dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato sul tema Il PROCESSO AMMINISTRATIVO (ieri -oggi -domani)*, dove evidenzia che il lavoro del Governo è buono sotto il profilo lessicale mentre chi si aspettava un cambiamento è rimasto deluso; così, M.Clarich, *Relazione tenuta al Convegno sul Codice del processo amministrativo tenuto il 4 novembre 2010 in Roma presso il TAR Lazio* rileva come il Codice del processo amministrativo abbia dato dinamismo al processo amministrativo nel senso che nel dialogo tra avvocati e magistrati si potranno sviluppare nuove vie e per questo il Codice va salutato con favore ma resta deluso chi si aspettava grandi cambiamenti; Id, *Relazione tenuta sul Codice del processo amministrativo che si è tenuta presso l'Aula Avvocati della Suprema Corte di Cassazione organizzato dall'Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma con l'Eni s.pa. il 14 febbraio 2011*, ove l'Autore ha suggerito come la chiave di lettura del Codice - che ha mantenuto una linea di continuità con il processo amministrativo di tipo impugnatorio - deve essere micro nel senso che occorre mettere in relazione tutte quelle piccole innovazioni che nel complesso possono e potranno fare la differenza nella sua applicazione concreta; I.Caramazza, *Relazione tenuta al Convegno sul tema Il Nuovo processo amministrativo il 21 ottobre 2010 presso il Consiglio di Stato* (organizzato dai Comitati di azione per la giustizia), dove evidenzia come sul Codice amministrativo si sono formate due scuole di pensiero ovvero quella dei “pessimisti” secondo cui il Codice non serve a niente e quella degli ottimisti - alla quale appartiene- secondo cui il Codice ha una importanza notevole; inoltre M.Luciani, *Relazione tenuta al Convegno Il Nuovo processo amministrativo tenuto il 28 ottobre 2010 presso Aula Magna della Sapienza - Università di Roma* dove rileva che sarebbe stato opportuno parlare di *Codice della Giustizia amministrativa* in quanto contiene aspetti di diritto sostanziale (le azioni) e di diritto processuale.

<sup>47</sup> I.Caramazza, op. cit. nota 33, rileva che il Giudice amministrativo è anche Giudice dell'economia pubblica in quanto il G.A. è chiamato ad intervenire su provvedimenti emessi dalle autorità indipendenti (recepiti nel Nostro sistema circa venti anni fa dal sistema anglosassone) ed il G.A.deve intervenire e tenere in considerazione 3 livelli quello europeo, quello statale e quello delle autonomie locali.

<sup>48</sup> P.De Lise, op.cit., p.24; vedi inoltre M.A.Sandulli, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), Editoriale del 14/07/2010 secondo cui Il giudice amministrativo, anche, ma non soltanto, nella sua veste di Giudice dell'economia, ha un ruolo fondamentale nel sistema delle garanzie del nostro ordinamento e nella stessa competitività del Paese;

<sup>49</sup> Va sottolineato come in sede di lavori preparatori della Costituente l'unitarietà della giurisdizione rappresenta uno dei dibattiti più accesi che ha visto contrapporsi da una parte la posizione di Costantino Mortati con l'affermazione della doppia giurisdizione e, dall'altra, quella di P. Calamandrei favorevole alla unitarietà della giurisdizione.

<sup>50</sup> P.De Lise, *Inaugurazione dell'Anno Giudiziario che si è tenuta presso L'Adunanza Generale del Consiglio di Stato l'8 febbraio 2011*, ove ha avuto modo di sottolineare come il Codice sia stato l'approdo di un lungo percorso e va considerato come punto di partenza e non di arrivo anche sotto il profilo della effettività della tutela che deve tendere alla satisfattività della pretesa del cittadino.

<sup>51</sup> D.Dalfino, *Disposizioni di rinvio e principi generali*, in Foro it., Parte V, settembre 2010, p.231-232.

Volendo limitarsi al giusto processo va evidenziato come esso si realizzi sia con la “Specialità del giudice”<sup>52</sup>, nella misura in cui se il diritto amministrativo è diverso da quello civile occorre un giudice speciale che conosca le peculiarità del diritto amministrativo, che con la tutela del cittadino dell’interesse legittimo o altrimenti come “diritto pubblico soggettivo”.

La soluzione adottata dal legislatore unitamente all’apporto della Commissione<sup>53</sup>, per il tentativo di superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa, che sembra rievocare il Concordato giurisprudenziale del 1929 Santi Romano Mariano D’Amelio sulla definizione del criterio di riparto della giurisdizione tra Giudice amministrativo e civile<sup>54</sup>, è stata, come verrà esposto, di compromesso.

Corre l’obbligo di evidenziare come l’idea di una codificazione delle regole del processo amministrativo<sup>55</sup>, codice già esistente in altri ordinamenti quale quello civile, penale di diritto processuale civile e penale, era risalente nel tempo<sup>56</sup> per duplice ordini di ragioni l’una di natura

---

<sup>52</sup> F. Merusi, *Giurisdizione amministrazione: ancora separazione, al 56° Convegno di studi amministrativi* “La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzative e riforme strutturali” tenutosi a Villa Monastero – Varenna il 23-24-25 settembre 2010; in tal senso già A.Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n.205 del 2000 (Epitaffio per un sistema)*, op.cit.nota 17, p.631, dove evidenzia che la giurisdizione civile e la giurisdizione amministrativa, nella loro specificità, solo nella loro specificità, possono contribuire a rendere più incisiva ed efficace la tutela delle ragioni, se fondate, da chi si rivolge a loro.

<sup>53</sup> Commissione istituita presso il Consiglio di Stato composta da componenti della magistratura ordinaria ed amministrativa, professori universitari ed avvocati appartenenti sia all’Avvocatura dello Stato che al libero foro; a tal proposito va evidenziato D.Dalfino, *già cit. nota 37*, p.231, nota 16 ove rileva come “*la creatività del emerge nel nuovo Codice appare perfettamente in linea con il fatto che la sua paternità va ricondotta, almeno nelle sue linee principali, al Consiglio di Stato il cui ruolo, nella formazione della legge processuale amministrativa, come rimarcato nel testo, è stato essenziale*”; in tal senso M.Nigro, *Processo*, voce dell’Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 1991, XXVI, 2; M.S.Giannini, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in Riv. dir.proc., 1963, 535 e s.

<sup>54</sup> A.Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, op.cit.nota 17, p.619.

<sup>55</sup> Basti ricordare i tentativi legislativi, quasi definitivi, volti verso la codificazione quali nel 1972 e nel 1974 il Governo aveva delegato il Consiglio di Stato alla formulazione di disegni di legge di riforma della procedura seguita davanti ai T.a.r. e al Consiglio di Stato e, dopo la nomina di una Commissione speciale, presieduta da Levi Sandri e Relatore Laschena, l’Adunanza Generale del Consiglio di Stato approvò uno schema di disegno di legge; nel 1980, in occasione del dibattito sul rapporto Giannini sulla riforma della pubblica amministrazione, il Senato aveva approvato un ordine del giorno con l’impegno di approvare una riforma del processo amministrativo ma tutti i progetti decaddero con la fine della legislatura nel 1983, nella successiva legislatura vennero avanzate varie proposte di legge ed elaborato un testo unificato in Commissione alla Camera ma anche in questo caso non giunse all’approvazione per fine anticipata della legislatura ed infine nella X legislatura su una proposta di legge approvata alla Camera il 12 ottobre 1989 venne acquisito il parere dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato ma i lavori del Senato furono poi interrotti per la fine della legislatura; in tal senso V.Caianello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino 2003 p.30.

<sup>56</sup> Vedi A.Pajno, *La giustizia amministrativa all’appuntamento con la codificazione*, in Dir.Proc.amm. 2010, p.119 e ss in cui sottolinea come nel corso dei tempi siano stati posti interrogativi sulla questione della codificazione delle norme di diritto amministrativo e, in tal senso, richiama la posizione di **Santi Romano** che vedeva con favore l’ipotesi della codificazione anche se limitata ad un “complesso abbastanza ampio ed organico di principi relativamente fermi, costanti e generali, quella di **V.E.Orlando** secondo cui non esiste una oggettiva impossibilità di codificare il diritto amministrativo legato alla natura speciale di questo ed al carattere frammentario della legislazione, ma un ostacolo a tale

meramente processuale volta cioè al coordinamento e alla chiarezza di norme processuali, sparse in una molteplicità di testi normativi e, l'altra, di natura sostanziale – la cui necessità era sempre più imminente – ovvero al fine di realizzare una giustizia effettiva e piena per il cittadino.

Ne consegue che, sia gli interventi legislativi peraltro risalenti nel tempo - le prime regole processuali relative al Consiglio di Stato risalgono al 1907 e al 1924 ed hanno poi subito solo parziali modifiche e integrazioni ad opera della legge 1034 istitutiva dei T.a.r. nel 1971 alle quali sono poi seguite ulteriori riforme processuali di rilievo con il dlgs 80/98 e con la legge 205/2000 accompagnate da molteplici interventi legislativi relativi a singoli settori spesso non coordinati tra di loro - **che** il tipico modello di **processo amministrativo a carattere “meramente impugnatorio”** non potevano più essere rispondenti alle sempre più incessanti esigenze concrete del cittadino verso una tutela effettiva, piena e – verso una prospettiva di tutela rimediale - in un sistema giustizia le cui riforme, come è sotto gli occhi di tutti, degli ultimi anni e della pubblica amministrazione e di altri settori, nonché l'evoluzione socio – politica del nostro Paese con rilevanti trasformazioni economiche, la globalizzazione, l'uropeizzazione, le conquiste raggiunte dalla via pretoria hanno profondamente inciso nel rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato, scenario di cui il Giudice Amministrativo non poteva non tenerne conto.

Così, nell'esigenza formale di unificazione, chiarificazione e coordinamento delle norme stratificatesi e una ben più rilevante esigenza sostanziale di rendere realmente effettiva la tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dei pubblici poteri, è stata correttamente racchiusa in uno dei criteri di delega, costituito dalla previsione di *“pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa”*.

Corre l'obbligo di evidenziare come, alla base della previsione legislativa di cui all'art.44 della legge 69 del 2009<sup>57</sup> vi è, pertanto, l'idea che, come l'autorità giudiziaria ordinaria costituisce il giudice generale dei diritti (art.102 Cost.), così, il giudice amministrativo costituisce il giudice generale dell'esercizio della funzione amministrativa e delle situazioni soggettive – gli interessi legittimi – vantati dai cittadini nei confronti del potere pubblico e, conseguentemente, le due posizioni giuridiche di diritto soggettivo ed interesse legittimo – quest'ultimo non più un *minus* rispetto al

---

opera costituito dall'assenza di un'adeguata elaborazione anche scientifica dei principi fondamentali del diritto amministrativo e da ultimo il pensiero di **V.Bachelet**, grazie al quale il tema della codificazione del diritto amministrativo si coniuga in modo sistematico con quello più scientifico della giustizia amministrativa.

<sup>57</sup> Così P.De Lise, *Verso il Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), aprile 2010 R.Chieppa, *Il Codice del processo amministrativo. Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo*, Milano Ed.Giuffrè, 2010 p.1 e ss.

primo - contenute nell'art.24 della Costituzione ed aventi pari dignità devono trovare la stessa tutela sia innanzi al G.A che a quello civile anche se con strumenti e tecniche diverse<sup>58</sup>.

In altre parole, coerentemente a quanto voluto dall'ordinamento comunitario, dalla CEDU e poi dalla Corte Costituzionale con la storica decisione n.204/2004, con il riconoscimento esplicito alla giurisdizione amministrativa di “*tutte le controversie .....concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*” (cfr.art.7 Codice)<sup>59</sup> vengono conferiti al Giudice amministrativo tutti i poteri di cognizione e/o necessari al fine di attribuire una tutela piena ed effettiva del cittadino – anche con la pronuncia di risarcimento del danno e con la doppia opzione di tutela autonoma e/o connessa a quella tipo impugnatoria – che spesso in passato si è trovato di fronte a delle decisioni (*rectius* oggi alla luce del nuovo Codice “sentenze”) che sebbene fossero a suo favore sulla “carta” in concreto poi non avevano natura soddisfattiva.

In tale scenario, si è inserito il legislatore delegato del nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), con un compito che, come è intuibile, non è stato certamente semplice ovvero quello di tentare di comporre il ricchissimo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sviluppatosi nel corso degli anni sulla c.d. pregiudiziale amministrativa, cercando di evitare – ma questo lo si potrà affermare solo con il tempo – eccezioni d'incostituzionalità.

Come sopra esposto<sup>60</sup>, lo schema di Codice licenziato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato l'8 febbraio 2010 prevedeva all'art. 39 sotto la dicitura “**Azione di condanna**” che “1.

---

<sup>58</sup> A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge 205/2000 (Epitaffio per un sistema)*, op.cit.note 17 p.619, dove rileva che la formula concettualmente più perfezionata attraverso la quale fu rispecchiato nel modo più realistico il criterio di riparto elaborato dopo il c.d. Concordato Mariano D'Amelio – Santi Romano fu quella adottata dalla Cassazione del Presidente Torrente ovvero quella incentrata sul potere dell'amministrazione perché distingueva **tra contestazione della esistenza di esso**, in relazione all'interesse di cui il titolare chiedeva tutela, evidentemente affermando in tal modo che l'ordinamento glielo protegge come un diritto soggettivo pieno, e **contestazione della legittimità del suo solo esercizio**, evidentemente ammettendo la sottoposizione ad esso di quel medesimo interesse e, quindi, l'assenza di una sua protezione giuridica assoluta.

<sup>59</sup> F.G.Scoca, *Relazione tenuta al Convegno sul tema Il Nuovo processo amministrativo il 21 ottobre 2010 presso il Consiglio di Stato* (organizzato dai Comitati di azione per la giustizia), dove rileva che inizialmente la formula originaria era “*l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*” ma in sede di Governo è stato approvato l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo con riferimento alle situazioni giuridiche soggettive, sottolineando altresì che l'art.7 del Codice non modifica il criterio di riparto della giurisdizione tra comportamenti espressione del potere amministrativo spettante al Giudice amministrativo e comportamenti non espressione del potere amministrativo spettanti al Giudice ordinario, ed anzi, la Suprema Corte di Cassazione, sulla falsariga dell'art.103 Cost. (diritti soggettivi ed interessi legittimi) potrebbe allargare nuovamente la propria giurisdizione; così M.Sanino, *Conclusioni tenute al Convegno Il Nuovo processo amministrativo tenuto il 28 ottobre 2010 presso Aula Magna della Sapienza – Università di Roma* dove sottolinea come l'art.7 conferma che il Giudice amministrativo è il giudice del potere pubblico; E.Picozza, *Relazione tenuta al Convegno del 2 dicembre 2010 sul tema Il processo amministrativo svolto presso la Cassa Forense degli Avvocati in Roma*, ove rileva che l'art.7 del Codice sia stato tormentato in sede di Commissione del Consiglio di Stato e si è tradotta nella sentenza della Corte Costituzionale 204/2004 anche se è poi scomparso nel testo del Governo l'avverbio “anche” a cui l'art.103 Cost. fa riferimento, e in tal senso vedi Scoca di cui sopra.

<sup>60</sup> cfr.note 44 e 45.

Chiunque vi abbia interesse può chiedere la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni. 2. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad ogni altra azione o in via autonoma. 3. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio o dal mancato esercizio dell'attività amministrativa. 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. 4. L'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centottanta 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 può escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esercizio dei mezzi di tutela o l'invito all'autotutela. 5. Per il risarcimento del danno cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 4 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. 6. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o comunque sino a centottanta giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza”<sup>61</sup>, mentre il

---

<sup>61</sup> cfr. Schema di Decreto predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato licenziato in data 8 febbraio 2010 e ove era possibile rinvenire nel Titolo III al Capo II le seguenti “azioni”: CAPO II Azioni **Art. 36 Azione di accertamento** 1. Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. 2. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. 3. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. **Art. 37 Azione avverso il silenzio** 1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. 2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. **Art. 38 Azione di annullamento** 1. Chiunque sia leso da un provvedimento amministrativo può proporre, nel termine di decadenza di sessanta giorni, azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere. **Art. 39 Azione di condanna** 1. Chiunque vi abbia interesse può chiedere la condanna dell'amministrazione al pagamento di somme di denaro o all'adozione di ogni altra misura idonea a tutelare la posizione giuridica soggettiva, non conseguibile con il tempestivo esercizio delle altre azioni. 2. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad ogni altra azione o in via autonoma. 3. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio o dal mancato esercizio dell'attività amministrativa. 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. 4. L'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centottanta giorni decorrente

Governo<sup>62</sup> ha operato delle modifiche che hanno determinato il seguente articolo: Art. 30. Azione di

---

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 può escludere i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esercizio dei mezzi di tutela o l'invito all'autotutela. 5. Per il risarcimento del danno cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 4 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. 6. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o comunque sino a centottanta giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. **Art. 40 Azione di adempimento** 1. Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2. 2. L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni. **Art. 41 Azioni esecutive** 1. Il ricorrente può chiedere l'attuazione delle pronunce esecutive e di quelle passate in giudicato con le modalità previste dal Titolo I del Libro IV. 2. I provvedimenti emessi dal giudice amministrativo che dispongono il pagamento di somme di denaro costituiscono titolo anche per l'esecuzione nelle forme disciplinate dal Libro III del codice di procedura civile e per l'iscrizione di ipoteca. **Art. 42 Azione cautelare** 1. L'azione cautelare è sempre proponibile in tutti i giudizi innanzi ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato. **Art. 43 Pluralità delle domande e conversione delle azioni** 1. E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dai Capi I e II del Titolo V del Libro IV. 2. Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni".

62 **D.lgs 104/2010 Codice del processo amministrativo Capo II - Azioni di cognizione: Art. 29. Azione di annullamento.** 1. L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni. **Art. 30. Azione di condanna.** 1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno 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. La domanda 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'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprouvi 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. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 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. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo. **Art. 31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità.** 1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. 2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti 3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.

4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV. **Art. 32. Pluralità delle domande e conversione delle azioni.** 1. E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dai Capi I e II del

*condanna 1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma. 2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno 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. La domanda 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'esperimento degli strumenti di tutela previsti. 4. Per il risarcimento dell'eventuale danno 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. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere. 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. 6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo”.*

Precisamente, con il decreto legislativo 104/2010, altrimenti “Codice del processo amministrativo”, l’art. 30 recante “Azione di condanna” sotto l’etichetta delle “Azioni di cognizione”<sup>63</sup> ha introdotto

---

*Titolo V del Libro IV. 2. Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni.*

<sup>63</sup> Come è noto, il Governo, in sede di stesura finale del Codice del processo amministrativo, ha cassato l’azione di adempimento e quella di accertamento previste dalla Commissione e sul tema delle azioni sono già state avanzate diverse teorie tra cui meritano di essere segnalate quella di A.Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, nel 56° Convegno di studi amministrativi tenutosi a Varenna il 23-25 settembre 2010 (nella 1° Sessione del 23 settembre 2010), dove rileva un sistema ispirato ad un canone della “**TIPICITA’ MODERATA**”, L.Torchia, *Le nuove pronunce e l’ambito di decisione del Giudice*, nel 56° Convegno di studi amministrativi tenutosi a Varenna il 23-25 settembre 2010 (nella II° Sessione del 24 settembre 2010), ove evidenzia sul tema delle azioni una “**ATIPICITA’ BEN TEMPERATA**”, nel senso che anche se non contemplate espressamente dal Codice le azioni di accertamento e quella di adempimento – previste invece nel testo elaborato dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato - questo non esclude che il Giudice le possa pronunciare coerentemente al c.p.c ove non è prevista una tipizzazione delle azioni; A.Pajno, *Le azioni ed il risarcimento del danno, Relazione tenuta al Convegno sul tema Il Nuovo processo*

al 1° comma la possibilità di esperire in via autonoma l'azione di condanna e coerentemente l'art.7 sotto la dicitura "Giurisdizione amministrativa" al 4° comma recita che *"sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali pure se introdotte in via autonoma"*<sup>64</sup>.

---

amministrativo il 21 ottobre 2010 presso il Consiglio di Stato (organizzato dai Comitati di azione per la giustizia), dove evidenzia che occorre stabilire se il Codice adotti un sistema di tipicità e/ o atipicità delle azioni in quanto il Codice ha mantenuto l'azione di annullamento e quella di condanna ma non quella di adempimento e di accertamento e, in ogni caso, non è azzardato riconoscere anche nel Codice amministrativo una *"atipicità delle azioni"* che si può ricavare e dall'art.1 del Codice sotto il profilo della effettività della tutela e nell'art.34, 1° comma lett.c), secondo cui *"...all'adozione delle misure idonee a ..."*; in tal senso V.Cerulli Irelli, *Principi generali e giurisdizione amministrativa*, nel Convegno sul tema Il nuovo processo amministrativo tenuto il 28 ottobre 2010 presso Aula Magna della Sapienza – Università di Roma, dove rileva che l'azione di adempimento è rinvenibile dall'art.34, 1 comma, lett.c) *"... adozione di misure idonee a ..."*

<sup>64</sup> Su questo fenomeno in generale e sugli interventi al testo di legge si vedano *A.I.P.D.A. Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Audizioni Informali su Atti del Governo del 25 maggio 2010, XVI Legislatura, Senato della Repubblica* op. cit. nota 44 ed in particolare sull'art.30 lo riformula nel modo che segue: "Comma 2, dopo il primo periodo, aggiungere "nonché alla condanna all'adozione delle misure idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio, comma 3, reintrodurre "180 giorni " che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza anche attraverso l'attivazione delle forme di tutela previste dall'ordinamento", comma 5, 180 giorni ove rileva come la modifica al comma 2 servirebbe per reintrodurre in casi limitati e specifici l'equivalente respinto dal Governo, dell'azione generale di adempimento. La modifica del comma 3 e del comma 5 per ripristinare la transazione con la Corte di Cassazione e l'emendamento al comma 3 per riscrivere con un minimo di dignità giuridica la norma limitativa della responsabilità della pubblica amministrazione senza per di più reintrodurre in maniera surrettizia la pregiudiziale amministrativa, cioè il necessario previo annullamento dell'atto amministrativo ; e in tal senso *Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti, Audizioni Informali su Atti del Governo del 25 maggio 2010, XVI Legislatura, Senato della Repubblica*, p.273 ove, sulla considerazione di un sinergismo tra le norme della Costituzione che si riferiscono a diritti soggettivi ed interessi legittimi e quelle che ne garantiscono la tutela giudiziaria, sinergismo che la legge delega coglie nei suoi principi e criteri direttivi che sono in realtà regole da attuare a cominciare dalla tipologia delle azioni, né vi è discontinuità tra i problemi generali e quelli particolari dell'ordinamento giuridico, ma tra gli uni e gli altri vi è il collegamento della coerenza logica e sistematica che condiziona l'esistenza stessa dell'intero ordinamento giuridico, ribadisce l'invito a valutare il testo governativo secondo le norme della legge delega, correggendolo laddove esso chiaramente se ne è discostato ed avendo presente il testo preparato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato e, a tal proposito si recepisce il lavoro fatto dalla Società Italiana dei professori di diritto amministrativo e, in particolare, sul termine di 120 giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma si afferma la reintroduzione della pregiudiziale amministrativa (è lo stesso termine del ricorso straordinario al Capo dello Stato) e, nelle specie, è auspicabile un termine più ampio di prescrizione (anche se di carattere più breve) anche per evitare ulteriori contrasti con la Corte di Cassazione; *A.N.M.A Associazione Nazionale Magistrati Amministrativi, Audizioni Informali su Atto del Governo n.212 del 25 maggio 2010, XVI Legislatura, Senato della Repubblica*, p.205, ove suggerisce di riscrivere l'art.30, 5° comma nel modo che segue *"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 stessa non può essere proposta all'udienza pubblica volta alla decisione del ricorso, a meno che non sia stata notificata alle parti, anche presso il domicilio legale almeno venti giorni prima"*; *Co.N.M.A. Comitato Nuova Magistratura Amministrativa, Audizioni Informali su Atto del Governo n.212 del 25 maggio 2010, XVI Legislatura, Senato della Repubblica*, p.241 ove sull'art.30 evidenzia la necessità di una rivisitazione onde evitare confusioni in quanto, a prescindere dalle osservazioni generali sul termine di decadenza, **insorgono dubbi sulla coerenza sistematica di tutta la disposizione** con specifico riferimento al secondo periodo in quanto si chiede se quest'ultimo si applichi solo al risarcimento degli interessi legittimi o sia estensibile anche ai diritti soggettivi; ed ancora A.Pajno; *Audizioni informali del 27 maggio 2010 su Atto del Governo n.212, 1° Commissione Affari*

---

Costituzionali, XVI Legislatura Senato della Repubblica, op.cit.nota 44 ove l'Autore, coerentemente alla legge delega, riformula l'art.30, 2° comma, dopo il primo periodo aggiungere "nonché alla condanna all'adozione delle misura idonee a tutelare la posizione giuridica dedotta in giudizio", commi 3 e 5 sostituire l'espressione centoventi giorni con "centottanta giorni", al comma 3 sostituire l'ultima parte con la seguente "che si sarebbero potuti evitare usando ordinaria diligenza anche attraverso l'attivazione delle forme di tutela previste dall'ordinamento", ciò al fine di rispettare quanto meno l'intesa raggiunta in commissione anche con gli esponenti della Cassazione;; in senso fortemente critico V.Carbone, Audizioni informali 1 giugno 2010 Atto del Governo n.212, 1° Commissione Affari Costituzionali, Senato della Repubblica, XVI Legislatura, p.489 ove rileva che le modifiche introdotte dal Governo rendono la soluzione non accettabile in quanto a) ulteriormente riducono il termine di decadenza (portandolo a soli 120 giorni) b) condizionano il riconoscimento della tutela non già ad elementi di leale collaborazione bensì alla formale previa proposizione di una diversa azione di annullamento; in questo modo non solo si tradisce l'intesa faticosamente e meritoriamente raggiunta dalla giurisprudenza civile e amministrativa, ma, si dà vita ad una norma poco comprensibile atteso che, da un lato si afferma l'esistenza di un pregiudiziale autonoma, ma, dall'altro, la si subordina non già ad un onere di leale collaborazione (art.1227 2° comma c.c.), bensì all'aver formalmente attivato la diversa tutela impugnatoria e la norma così rappresenta un ritorno al passato alla c.d. pregiudiziale amministrativa e, per l'effetto, si ripropone la soluzione della Commissione atteso che "la stella polare deve essere la valorizzazione della leale collaborazione e non già la formalistica impugnazione"; il in tal senso vedi, G.Pellegrino Lo schema redatto dalla Commissione speciale presso il Consiglio di Stato, Audizione 3 giugno 2010 su Atto del Governo n.212, Camera dei Deputati Commissione Giustizia, ove evidenzia come nei lavori in Commissione speciale del Consiglio di Stato si era giunti ad una soluzione normativa mediana che mantenesse l'autonomia della tutela e però la disciplinasse in modo garantista anche per esigenze specifiche della pubblica amministrazione – donde la scelta di sottoporre l'azione ad un termine di decadenza e non di prescrizione, di fissare tale termine in 180 giorni e che in sede di liquidazione del danno il giudice doveva tener conto del comportamento delle parti e segnatamente del comportamento della parte privata danneggiata con riguardo al suo onere di leale collaborazione con la P.A. da estrinsecarsi in particolare con atti idonei a segnalare tempestivamente l'illegittimità dell'atto lesivo in modo anche da sollecitare un ritiro in autotutela – ottenendo anche la condivisione del Primo Presidente della Cassazione in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario; stante quanto precede, sorprendono le modifiche sul punto apportate da Palazzo Chigi in quanto rischiano di riaprire un conflitto tra le due giurisdizioni spostando sostanzialmente la soluzione per intero su quella voluta da una parte del Consiglio di Stato contro la Cassazione in quanto il Governo, pur formalmente mantenendo l'autonomia della tutela risarcitoria, la priva di ogni contenuto autonomo in quanto riduce a 120 giorni la proponibilità dell'azione e, soprattutto, subordina il riconoscimento in concreto del risarcimento alla previa attivazione della diversa tutela impugnatoria, riproducendo di fatto la pregiudiziale amministrativa; contra vedi M.Perassi, Banca d'Italia, Audizioni 20 maggio 2010 su Atto del Governo n.212, Commissione I Affari Costituzionali, Senato della Repubblica XVI Legislatura, p.125 ove rileva che pur nella consapevolezza della divergenza di posizioni tra le due giurisdizioni sulla questione della pregiudiziale amministrativa e della composizione tra di esse che la versione dell'art.39 del testo licenziato dalla Commissione aveva sortito, si può osservare come la norma di cui all'art.30 nel testo attuale contribuisce meglio alla certezza delle situazioni giuridiche ed appare più chiara nella sua formulazione, proprio per l'espresso riferimento alla mancata tempestiva impugnazione degli atti lesivi illegittimi quale motivo di intervento del giudice volto ad escludere il risarcimento dei danni conseguenti; COVIP, Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione Audizioni 20 maggio 2010 su Atto del Governo n.212, Commissione I Affari Costituzionali, Senato della Repubblica XVI Legislatura, p.157, ove evidenzia come al riguardo sia stata individuata una linea di equilibrato contemperamento tra le due opposte interpretazioni in ordine all'ammissibilità o meno dell'autonoma proposizione del giudizio risarcitorio del danno rispetto al giudizio di impugnazione del provvedimento amministrativo lesivo e l'art.30 consente al privato di chiedere il risarcimento del danno ingiusto ammettendo così l'azione risarcitoria pura con un termine di decadenza di 120 giorni; Consiglio di Presidenza della Giustizia Amministrativa, Audizioni Informali del 27 maggio 2010 su Atto del Governo n.212, Senato della Repubblica, XVI Legislatura, p.451 ove rileva sull'art.30, che la norma, nel confermare il superamento della "pregiudizialità" introduce accanto alla riduzione del termine da 180 a 120 giorni, una più rigorosa disciplina del concorso causale che appare più fedele all'art.1227 c.c., disciplina che si condivide pienamente. Si sottolinea la particolare opportunità della determinazione in 120 giorni del suddetto termine, in funzione del fatto che esso coincide con quello per la proposizione del ricorso straordinario avverso atti che sarebbero divenuti inoppugnabili con la ordinaria azione di impugnazione innanzi al G.A. e, ciò riconduce la disciplina così complessivamente delineata ad una sufficiente armonia con il meccanismo dell'art.1227 c.c., utilizzato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione come parametro fondamentale per fondare l'azione di risarcimento autonomo. Guida al Diritto, fasc.n.31 del 31 luglio 2010 p.14.

Appare subito di tutta evidenza, da una lettura “prime facie” del disposto normativo dell’art 30, ed in particolare dal contesto della norma ovvero da un confronto tra i commi 1° e 3° dell’art.30, che si occupano di fissare il quadro delle regole applicabili all’azione risarcitoria esperibile contro la pubblica amministrazione per i danni da illegittimo esercizio dell’azione amministrativa e, nei casi di giurisdizione esclusiva, anche per i danni da lesione di diritti soggettivi, appare “*ictu oculi*” che la scelta del legislatore delegato sia stata quella della prevalenza della tesi della Corte di Cassazione in materia di pregiudizialità tra azione di annullamento e azione di risarcimento.

A conferma di quanto appena asserito il 1° comma dell’art.30 del Codice, nel disporre che ***“L’azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma”, introduce per la prima volta a livello legislativo, coerentemente a quanto voluto dalla Cassazione, la possibilità di esperire in via autonoma l’azione per il risarcimento del danno da parte del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione.***

In realtà, da un esame più approfondito della norma in commento, la situazione appare ben altra tanto da affermare che se il primo comma sembri abbandonare formalmente la tesi della “pregiudiziale”, poiché prevede che l’azione risarcitoria possa essere esercitata anche autonomamente, utilizzando per la prima volta l’aggettivo “autonoma”, con il terzo comma dell’art. 30 secondo cui ***“la domanda 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’esperienza degli strumenti di tutela previsti”***, vengono introdotti degli strumenti deflattivi e, tesi a scoraggiare un’azione risarcitoria sganciata da quella impugnatoria.

In primo luogo, con riguardo al termine di decadenza previsto al 3° comma dell’art. 30, primo periodo, per l’esercizio dell’azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi, tra la tesi civilistica della prescrizione (5 anni) e quella amministrativistica della decadenza breve (sessanta giorni), il legislatore ha optato per la decadenza con un termine più lungo di quella breve, ovvero di

centoventi giorni e comunque sempre minore rispetto ai centottanta giorni corrispondente a quello che era stato previsto dalla Commissione giustizia<sup>65</sup>.

A tal proposito, non può essere segnalato come il termine decadenziale pari a 120 giorni coincida proprio con il termine per la proposizione del ricorso straordinario proponibile contro gli atti definitivi e, per l'effetto, sarebbe interessante verificare nel concreto la soluzione che verrebbe adottata nel caso in cui venga proposta nel medesimo termine di 120 giorni azione risarcitoria e ricorso straordinario nel medesimo termine tra quella di una eventuale sospensione del giudizio risarcitorio in attesa di quello caducatorio amministrativo – ammesso che esista l'obbligo di dichiararlo – e quale potrebbe essere il rapporto fra ricorso straordinario ed esercizio autonomo dell'azione risarcitoria<sup>66</sup>.

Questa idea, è rafforzata anche dal secondo periodo del comma 3 dell'art. 30 secondo cui ***“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'esperimento degli strumenti di tutela previsti”***<sup>67</sup>, il legislatore del Codice sembra smentire l'impostazione della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui l'azione risarcitoria è autonoma *sic et simpliciter* rispetto all'azione di

---

<sup>65</sup> R.Chieppa, *Il Codice del Processo Amministrativo*, Commento a tutte le novità del giudizio amministrativo (D.lgs. 2 luglio 2010 n.104, Ed.Giuffrè, Milano, p.190-191 e ss; in tal senso A.Travi, *op.cit.*, nota 33, p.208 ove rileva che il superamento della c.d. pregiudizialità amministrativa e, quindi, dall'affermazione di un'autonomia della tutela risarcitoria rispetto all'impugnazione del provvedimento lesivo, è però compensato dalla introduzione di un termine decadenziale di centoventi giorni per proporre la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi nel caso non sia stato impugnato il provvedimento lesivo (art.30, 3° comma) e, un termine analogo, vale anche per l'azione risarcitoria che venga proposta successivamente all'impugnazione del provvedimento lesivo e, in tal caso, però decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento del provvedimento lesivo (art.30, 5° comma).

<sup>66</sup> A.Pajino, *Le azioni ed il risarcimento del danno*, Relazione tenuta il 21 ottobre 2010 per la Giornata di studio Il nuovo processo amministrativo presso il Consiglio di Stato, ove rileva che il legislatore intendeva risolvere la pregiudiziale e così sembra, in quanto è stata introdotta l'azione autonoma ma, vi sono due elementi che destano perplessità e, sui quali occorrerà riflettere, quali l'art.1227 c.c. ed il termine di 120 giorni coincidente con quello del ricorso straordinario al Capo dello Stato e dunque annullatorio e dunque sarebbe stato preferibile un termine più lungo; a ciò deve aggiungersi che la questione non verte solo sulla pregiudizialità ma investe anche quella dell'oggetto del giudizio nel senso che se si ritiene che la tutela non è più solo quella annullatoria, ne consegue che comprende anche quella risarcitoria; vedi inoltre Mari, *Azione di Condanna*, Relazione tenuta al Convegno 27 ottobre 2010 presso Cassa forense Avvocati Roma, ove rileva una soluzione di compromesso in quanto il legislatore introduce un'azione autonoma ma anche un termine decadenziale di 120 giorni e vi è un rinvio implicito all'art.1227 c.c. ed in altre parole la pregiudizialità viene eliminata anche se il favor del legislatore è quello di un'azione risarcitoria congiunta a quella di annullamento.

<sup>67</sup> V.Cerulli Irelli, *già cit.* nota 45, ove rileva che “Strumenti di tutela previsti” significa “impugnativa di situazioni lesive” ed è fuor di dubbio che tutte le situazioni giuridiche debbano essere risarcite e alla fine il CDS, dopo rifiuto assoluto, ha condiviso l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione secondo cui la situazione giuridica soggettiva deve essere risarcita in via autonoma ed il legislatore è intervenuto male – anzi l'Autore considera l'intervento del Governo INUTILE E DANNOSO - ma, per fortuna, poi interverrà l'interprete che poi elabora e forse anche la Corte Costituzionale.

annullamento facendola passare in secondo piano, e, ripristinando invece la tesi della giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla centralità dell'azione di annullamento, in una forma molto velata e sottile ovvero non enunciando in modo esplicito la regola della pregiudizialità tra le due azioni (nel caso di lesione di interessi legittimi ad opera di un provvedimento amministrativo), ma, ponendo l'accento sull'ordinaria diligenza che il ricorrente deve usare per evitare i danni, per giungere ad escludere il risarcimento ove ciò non sia avvenuto.

Né, pare priva di considerazioni, la circostanza che nel testo predisposto dalla Commissione il comma in oggetto – di cui sopra - era così formulato “**il giudice può escludere**” e non “**esclude**” e, non a caso, il legislatore, discostandosi volutamente da quanto elaborato dalla Commissione, abbia voluto adottare un vincolo rafforzativo quasi perentorio per il Giudice amministrativo che, laddove ravvisasse un comportamento imputabile, in qualche misura ai sensi dell'art.1227 c.c. al privato, non avrebbe alcun margine di discrezionalità in quanto dovrebbe negare in modo assoluto la domanda di risarcimento del danno.

Si vede dunque, come la parziale modifica di un costrutto letterale possa inequivocabilmente determinare in modo radicale risultati applicativi diversi, coerentemente a quanto accaduto nell'ipotesi di stesura della legge 205/2005 quanto in luogo di approvare “**il deferimento delle materie deferite alla giurisdizione del G.A per il risarcimento del danno**” è stato introdotto “**nell'ambito della sua giurisdizione**” onde evitare applicazioni concrete confuse e a volte anche contrastanti.

In sostanza, viene subliminalmente introdotto un limite alla domanda di risarcimento del danno fondato implicitamente sull'art. 1227 c.c. – la c.d. “**pregiudizialità attenuata**” a mente del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che (il creditore) avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti ovvero, nella logica del diritto amministrativo, impugnativa di situazioni lesive e dunque azione di annullamento.

Analoghi rilievi devono essere formulati al 5° comma secondo cui “**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**”, dal quale si può dedurre come la soluzione compromissoria appaia ancora più evidente, posticipando di fatto il termine decadenziale per proporre l'azione risarcitoria, ma soltanto nel caso in cui sia stata previamente esperita l'azione d'annullamento.

In ultima analisi, sul profilo del giudice amministrativo territorialmente competente, nel caso di proposizione di azione autonoma avente come oggetto il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, sul quale, nel silenzio del legislatore, dal dato normativo, pur rimanendo il nucleo centrale la illegittimità dell'atto amministrativo, è giocoforza ritenere come anche la competenza sia la medesima del giudice amministrativo che sarebbe stato competente per l'annullamento dell'atto a cui si fa riferimento<sup>68</sup>.

A fronte delle considerazioni sin qui svolte, appare indispensabile l'esame, pur senza pretese di esaustività, delle posizioni espresse dalla dottrina in occasione del fenomeno della c.d. pregiudiziale amministrativa e, si deve subito rilevare, in proposito come l'idea di fondo sembri convergere per un non convincente superamento della pregiudiziale come, del resto, lo è la posizione nei confronti del Codice del processo amministrativo.

E' stato rilevato, dunque, come la scelta adottata dal legislatore sia di **“pregiudizialità mascherata”**<sup>69</sup> - e come *“una soluzione mediocre, accettabile sotto un profilo di collaborazione tra le due giurisdizioni, un compromesso poco simpatico, poco attraente (l'Autore non è d'accordo con la tesi di sganciare la tutela del diritto soggettivo da quello dell'interesse legittimo in quanto la lesione di quest'ultimo si basa proprio sul danno ingiusto contenuto nell'art.2043 c.c. oppure si afferma che l'interesse legittimo ha delle sue specificità) , svuota di utilità un'azione autonoma”*, asserendo che forse sarebbe stata più opportuno mantenere la pregiudiziale con un termine di cinque anni<sup>70</sup>; le conclusioni a cui giunge sono quelle di un'autonomia dell'azione risarcitoria (la Cassazione almeno su questo ha vinto) ma in questo modo il Giudice amministrativo disapplica<sup>71</sup> l'atto amministrativo, in quanto il danno ingiusto si basa proprio sul provvedimento che ha

---

<sup>68</sup> P.Carpentieri, *Le questioni di competenza*, Relazione tenuta al 56° Convegno di studi amministrativi *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali*, tenutosi a Varenna il 23-25 settembre 2010 (nella II° Sessione del 24 settembre 2010),

<sup>69</sup> R. Villata., *Resoconto del seminario sul libro II (il processo amministrativo di I grado) del progetto di codice del processo amministrativo svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'università degli studi di Messina* ( cura di L. CASOLI, U. GRAZIANA, L. MURGOLO), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), aprile 2010,

<sup>70</sup> R.Villata, *Intervento nella III° Sessione* di venerdì 24 settembre al 56° Convegno di studi amministrativi *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzative e riforme strutturali* tenutosi a Villa Monastero – Varenna il 23-24-25 settembre 2010; *Id.*, *L'azione di risarcimento danni nel nuovo processo amministrativo*, al Convegno sul tema *“Il codice del processo amministrativo. Una prima analisi dei profili problematici”* tenuto presso il Tar Lazio il 4 novembre 2010.

<sup>71</sup> E.Cannada - Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Ed.Giuffrè, Milano 1950, p.1 e ss; F.Cintioli, *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità, Ovverosia della specialità perduta*, in Riv.proc.amm. 2009, p.933 e ss.; sul punto vedi P.Carpentieri, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in Dir.Proc.amm., settembre 2010, p.878, ove sostiene che non appaiono convincenti talune tesi - di cui sopra - che vorrebbero basare l'azione risarcitoria autonoma su un recupero della teoria di Cannada Batoli della non applicabilità dell'atto amministrativo illegittimo ma non impugnato.

contenuto precettivo, vi è una pregiudizialità mascherata o autonomia temperata in quanto è stato introdotto il termine di centoventi giorni e dunque se non vi è una questione di legittimità costituzionale tuttavia si afferma ancora la pregiudiziale ed, infine, considerazioni sul comportamento del debitore (art.1227 c.c.) nel senso che l'accertamento del fatto è solo una questione incidentale oppure è una questione di accertamento principale e, se così fosse, si assisterebbe ad una scomparsa del risarcimento in forma autonoma.

Così, è stato affermato che la pregiudiziale in sostanza non è scomparsa e che il legislatore ha voluto dare un minimo di autorità al provvedimento amministrativo<sup>72</sup>.

In siffatto contesto, è stato altresì ritenuto come la questione in materia della pregiudiziale sia stata risolta a favore della tesi del Consiglio di Stato sulla considerazione dell'art.34, 2° comma del Codice del processo amministrativo secondo cui *“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3 il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'art.29”* con la deroga prevista con l'art.30, 3° comma di cui sopra con evidenza che se fosse un'azione autonoma non vi sarebbe un termine di decadenza<sup>73</sup>.

Sul punto, stante l'intensa produzione normativa dopo gli anni '90 concernente la PA, il legislatore avrebbe dovuto essere un po' più coraggioso sposando una scelta di campo più netta con la semplice introduzione della *“parolina chiara: vige la pregiudiziale - non vige la pregiudiziale”*, mettendo così definitivamente la parola fine rispetto a questioni che non pare siano destinate a sopirsi. In altri termini, va rilevato come la posizione del Codice sul tema della pregiudiziale amministrativa - definita dallo stesso legislatore *“intermedia”*<sup>74</sup> - ha certamente il pregio di non essere sbilanciata a favore della posizione *“tutta civilistica”* (*“autonomista”*) o *“tutta amministrativa”* (*“pregiudizialista”*), ma ha anche un difetto genetico, quello di aver perso l'occasione di razionalizzare il processo amministrativo per blocchi di materie all'interno dei quali concentrare

---

<sup>72</sup>E. Picozza, *Riforma del processo amministrativo* al Convegno del 22 settembre 2010 tenuto a Roma presso la Cassa forense organizzato dal Foreuropeo.

<sup>73</sup> P. Gonnella, *Relazione al Convegno del 4 ottobre 2010* tenuto a Roma dalla Camera civile di Roma presso l'Aula Seminario della Cassa Forense.

<sup>74</sup> G.Pellegrino, *La difesa nel nuovo processo*, p.29 *nella III° Sessione* di venerdì 24 settembre al 56° Convegno di studi amministrativi *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzative e riforme strutturali* tenutosi a Villa Monastero – Varenna il 23-24-25 settembre 2010, ove evidenzia come la scelta adottata dal legislatore, contrariamente a quanto sperato dagli operatori del diritto, sia *“ibrida”*.

tutte le tutele, sul modello della giurisdizione esclusiva, per sfruttare appieno e nelle sue potenzialità la maggior semplicità e celerità del processo amministrativo<sup>75</sup>.

Vi è poi chi ritiene che la soluzione adottata dal legislatore sulla pregiudiziale sia il frutto di compromesso - da cui si deve però trarre il positivo dato del dialogo tra le due giurisdizioni, che ha trovato espressione all'interno della Commissione grazie all'apporto dei magistrati ordinari e al confronto tra essi e i magistrati amministrativi, i professori universitari e gli avvocati -, raggiunto al fine comporre i contrasti, come è evidente per le disposizioni sul superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa.

Precisamente, il termine di decadenza per proporre la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi – già ipotizzato dalla Cassazione con le ordinanze del giugno del 2006 - e la riduzione da 180 a 120 giorni, operata dal Governo, è una scelta opinabile, ma di per sé compatibile con i principi costituzionali, mentre la previsione che il giudice escluda il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti, riecheggia quella dell'art. 1227, comma 2, c.c., salvo includere – tra gli oneri del danneggiato – anche l'attivazione degli strumenti di tutela, con formulazione che si discosta lievemente da quella proposta dal Consiglio di Stato (soluzione non lontana da quella vigente in Germania e nell'Unione europea, che non sembra essere stata intaccata dalle modifiche del Governo).

In sintesi, le reali differenze tra soluzione proposta dal Consiglio di Stato ed esaltata come idonea a superare ogni contrasto dai vertici delle due giurisdizioni consistono nella riduzione da 180 a 120 giorni del termine di decadenza, dalla sostituzione del termine “può escludere” con “esclude” e dall'eliminazione al riferimento all'invito all'autotutela ai fini dell'assolvimento dell'onere di diligenza del danneggiato<sup>76</sup>.

Così, il legislatore sembra aver voluto codificare il principio della pregiudizialità amministrativa, inserendola in un contesto di azioni risarcitorie a tutela dei diritti soggettivi di competenza del giudice amministrativo e a tutela degli interessi legittimi nel senso che nel nuovo codice del processo amministrativo la pregiudizialità amministrativa si rinviene sotto l'etichetta di “azioni di cognizione” nella rubrica dedicata all'azione di condanna di cui all'art. 30 del D.lgs 2 luglio 2010 n.

---

<sup>75</sup> A. Trentini, Relazione tenuta al Convegno “Il nuovo codice del processo amministrativo” tenuto presso l'Hotel Europa di Bologna il 9 settembre 2010 organizzato dalla Maggioli Editore.

<sup>76</sup> R. Chieppa, *Il codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, pubblicato sul sito il 28 luglio 2010.

104 e, precisamente, il legislatore ha previsto una serie di azioni cumulative: la tradizionale azione di annullamento, l'azione di condanna, l'azione risarcitoria e l'azione avverso il silenzio amministrativo<sup>77</sup>.

Secondo l'art. 30 del d.lgs. n.104/2010 l'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto per lesione di interessi legittimi può essere proposta contestualmente ad altra azione, per cui, nel caso di preventiva proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento illegittimo, la domanda risarcitoria da lesione di interessi legittimi può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza. Lo stesso termine di centoventi giorni è previsto per l'azione di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi (da illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria per legge).

Ne consegue, a parte l'evidente ed ingiustificata disparità di trattamento nei confronti del cittadino sotto il profilo dell'effettività di tutela, tra il risarcimento da lesione di interessi legittimi (termine decadenziale) e il risarcimento da lesione di diritti soggettivi (termine prescrizione), che ripropone, tra l'altro, diversi scenari (che sembravano ormai tramontati) sull'effettiva consistenza ed intensità delle due diverse situazioni giuridiche soggettive sotto il profilo sostanziale e processuale, il dato da sottolineare è la individuazione della *ratio* sottesa alla previsione del termine di decadenza dall'azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi: termine che il legislatore mira "di fatto" a dilatare per effetto della decorrenza dei centoventi giorni dal verificarsi dell'evento dannoso ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.

In definitiva l'attuale disciplina legislativa in tema di pregiudizialità amministrativa può essere ritenuta complessivamente scarna ma suscettibile di miglioramento, anche se non mancano ombre e anche forzature<sup>78</sup>.

Ed ancora, è stato autorevolmente sostenuto che il Codice amministrativo, in tema di pregiudiziale amministrativa, **sembra smentire in buona sostanza il superamento della pregiudiziale in quanto ripristina al contrario la centralità dell'azione di annullamento**<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> G. Soricelli, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, in *giustamm*.luglio - agosto 2010.

<sup>78</sup> G.Soricelli, *op.cit.nota 71*.

<sup>79</sup> M.Clarich, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo* e id, *Commento all'art.29 del Codice del processo amministrativo, Azione di annullamento*, pubblicato sul sito [www.giustizia-amministrativa](http://www.giustizia-amministrativa) il 15 luglio 2010, p.1-8, dove prospetta che finché il processo amministrativo manterrà la sua impostazione tradizionale, non superata dal Codice, di processo sull'atto anziché di processo sul rapporto nel quale l'impugnazione dell'atto illegittimo

Precisamente, l'art.30, pur non enunciando in modo espreso la regola della pregiudizialità tra azione di annullamento e risarcimento nel caso di lesione di interessi legittimi da provvedimento amministrativo, pone tuttavia uno strumento di dissuasione potente teso a scoraggiare il promuovimento della c.d. "azione risarcitoria pura" e da individuarsi nell'art.1227 c.c. e, sotto altro profilo, il termine di decadenza di 120 giorni coincide con quello del ricorso straordinario al Capo dello Stato finalizzato all'annullamento dell'atto amministrativo.

In sintesi, dunque, finchè il processo amministrativo manterrà la sua impostazione tradizionale, non abbandonata dal Codice, di un processo sull'atto e non sul rapporto – un superamento di tale impostazione derivava al contrario dall'art.40 formulato dalla Commissione del Consiglio di Stato sull'azione di adempimento in base al quale le parti compresa la P.A. avevano l'onere di produrre in giudizio "tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa" – assume un ruolo centrale ancora l'azione di annullamento la cui rilevanza non viene scalfita nell'operatività concreta né dall'azione di annullamento né dall'azione risarcitoria pura<sup>80</sup>.

Meno articolato è il discorso in ordine alla soluzione adottata dal legislatore con la pregiudiziale in materia di rito abbreviato in materia di procedura di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture contenute nel codice agli art.li 119 e 120.

Ebbene, sulla questione, in tema di appalti, disciplinati dagli art.li 119 e 120 Codice del processo amministrativo, è stato affermato come, nel silenzio della legge, anche l'azione risarcitoria autonoma sembra che debba essere applicata al rito degli appalti.

Pur tuttavia, sulla considerazione che il rito degli appalti prevede una procedura accelerata che tende a concentrare in base al principio del giusto processo di cui la concentrazione ne è espressione, *ratio* di tutto il codice ma in particolar modo nella materia degli appalti, il rito appalti sembra preferire una sorta di azione unica in cui presentare contestualmente nel termine abbreviato di 30 giorni tutte le domande ovvero di annullamento, inefficacia e risarcimento del danno.

Dubbio, in quanto l'art.124 prevede un risarcimento in forma autonoma in quanto si afferma che "*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente da questi subito e provato. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di*

---

costituisce solo l'occasione per accertare nella sua interezza il modo di essere del rapporto, ragioni logiche prima ancora che giuridiche, porranno al centro dell'universo processuale l'azione di annullamento.

<sup>80</sup> M Clarich, *Commento all'art.29 del Codice del processo amministrativo* "azione di annullamento", pubblicato sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) in data 15 luglio 2010, p.6.

*cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal Giudice ai sensi dell'art.1227 codice civile”<sup>81</sup>.*

Altra questione, di non minore rilevanza, è stabilire la scelta del rito per il risarcimento del danno atteso che l'art.120 del Codice sembra riferirsi esclusivamente alle pronunce annullatorie<sup>82</sup>.

Dall'indagine appena condotta, sembra che la posizione in cui si colloca il Codice in ordine alla sussistenza della “pregiudiziale amministrativa”, sia intermedia nel contrasto tra giurisprudenza amministrativa e ordinaria, con la quale il previo annullamento dell'atto amministrativo è necessario per poter invocare il risarcimento del danno, avendo previsto il legislatore la proponibilità di tale ultima azione anche in via autonoma ma solo entro limiti determinati (anche temporali) ed esclusivamente nei casi di giurisdizione esclusiva.

In sintesi, sulle soluzioni dottrinali prospettate, qualunque sia l'orientamento, è comunque necessario recuperare la coerenza di un sistema che, nella soluzione prescelta dal Codice, deve essere sorretta da una logica individuata nella c.d “**rete di protezione dell'interesse pubblico**”<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> P. Chirulli, *Relazione al Convegno sul tema “Riflessioni sul decreto legislativo n.53/2010 di attuazione della “Direttiva Ricorsi” in materia di aggiudicazione di appalti pubblici alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo*, tenuto presso la sede dell'ANCE in data 29 settembre 2010 dalla Associazione Giuriste Italiane, ove evidenzia come il testo non sia affatto chiaro e, per l'effetto, il legislatore avrebbe potuto esserlo di più.

<sup>82</sup> M. Lipari, *Relazione tenuta al Convegno sul tema “Riflessioni sul decreto legislativo n.53/2010 di attuazione della “Direttiva Ricorsi” in materia di aggiudicazione di appalti pubblici alla luce del nuovo Codice del processo amministrativo”* tenuto presso la sede dell'ANCE in data 29 settembre 2010 dalla Associazione Giuriste Italiane.

<sup>83</sup> R.Garofoli, *La pregiudizialità: per un superamento “regolato”*, in [www-giustamm.it](http://www-giustamm.it), n.11 del 2009; in tal senso P.Carpentieri, *cit. nota 54*, p.872, dove prospetta come la scelta del legislatore tra **termine lungo di prescrizione** dell'azione -che agisce come presunzione di disinteresse del titolare della situazione soggettiva e che è previsto ogni qual volta l'azione non coinvolga interessi pubblici - e **termine breve di decadenza** - in genere la decadenza si giustifica quando siano coinvolti interessi pubblici - non può essere arbitraria e illogica ma deve essere ragionata e proporzionata. In realtà, la norma in commento e, dunque, la soluzione scelta nell'art.30 del Codice non sembra coerente con questo criterio in quanto per un verso non è sostenibile l'equazione “interesse legittimo = termine decadenziale breve per l'azione di tutela” poiché la scelta del legislatore tra decadenza e prescrizione non è legata alla natura della situazione soggettiva fatta valere ma all'interferenza o meno di interessi pubblici generali e, per altro verso, l'idea della “rete di protezione” basata esclusivamente sull'interesse erariale ad un minore esborso di danaro pubblico, o sulla prevedibilità dei danni risarcibili, appare debole ed insufficiente a garantire la tenuta di costituzionalità di una scelta che, invece, oggettivamente discrimina ingiustamente situazioni analoghe.

4. A conclusione *dell'excursus* dinanzi prospettato, che vede chiaramente contrapposte correnti dottrinali e orientamenti giurisprudenziali sulla *vexata quaestio* in esame, appare doveroso sottolineare che, pur nella consapevolezza che il codice entro due anni dalla sua emanazione, come espressamente previsto dalla legge di delega, potrà essere oggetto di modifiche per porre rimedio ad eventuali sviste o lacune e introdurre quei correttivi che si rendessero necessari nei primi mesi di vita del Codice, l'impressione che si ha è che il legislatore, intervenuto dopo dieci anni dalla legge 205/2000, nel non volere scontentare nessuno riproducendo in sostanza la tesi autonomistica tanto cara alla Cassazione, quella della pregiudizialità e anche della c.d. pregiudizialità attenuata tanto cara all'organo del Consiglio di Stato abbia adottato una soluzione "ibrida" che certamente non può essere né univoca – ovvero "pregiudiziale sì" o "pregiudiziale no" – né tantomeno può rappresentare, come in conclusione verrà esposto, una soluzione definitiva.

Proseguendo nella nostra analisi e, soffermandosi a considerare la soluzione adottata dal legislatore sui termini, va evidenziato come nella scelta per la previsione del termine decadenziale di 120 giorni per lesione di interessi legittimi e quello di prescrizione di 5 anni per lesione di diritti soggettivi abbia prevalso l'interesse pubblico all'acquisizione della certezza in ordine a determinati aspetti del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadini che, come è noto, non può essere più posto in discussione sotto il profilo risarcitorio una volta decorso il suddetto termine decadenziale.

Preme dunque sottolineare come il legislatore, nella logica del diritto pubblico, sia stato costretto a dover privilegiare e a tutelare necessariamente in via principale la certezza delle situazioni giuridiche in quanto la *ratio* della normativa è quella di garantire la stabilità, la continuità del provvedere amministrativo e la liceità del comportamento della pubblica amministrazione - la cui azione non solo non può essere contestata in eterno ma deve ritenersi consolidata nel segno della legittimità-liceità alla scadenza decadenziale attraverso il termine di 120 giorni sacrificando in parte quello il principio della effettività che, viceversa il termine di prescrizione di 5 anni sembri salvaguardare in modo assoluto.

In altre parole, si potrebbe quasi sostenere che il legislatore abbia voluto prevedere, per la responsabilità da lesione di interessi legittimi, una sorta di sanzione nei confronti del privato che rimanga inerte nel proporre l'azione di risarcimento dei danni nei confronti della pubblica amministrazione, in quanto laddove fosse consentito al privato, rimasto inerte di fronte ad un provvedimento a lui sfavorevole, di agire per il risarcimento del danno in un ampio termine prescrizione, le esigenze di certezza delle situazioni di diritto pubblico risulterebbero irrimediabilmente compromesse, con buona pace del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, che rischierebbe di essere vulnerato esponendo la pubblica amministrazione ad oneri economici.

Sotto altro profilo, occorre poi verificare se la disciplina dell'azione risarcitoria posta dall'art.30 del Codice risulti in linea con la legge delega, che poneva come criterio il rispetto degli orientamenti delle giurisdizioni superiori visto che la Corte di Cassazione, proprio con sentenza delle S.U. del 2008, si era attestata su una posizione certamente avanzata rispetto a quella accolta dal Codice e che, più in generale, si dubita che essa sia conforme al principio costituzionale dell'effettività della tutela enfatizzato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 e posto come principio generale del processo amministrativo dall'art. 1 del Codice.

A ciò deve aggiungersi che, in tema della conformità ai principi costituzionali, altra questione, di cui probabilmente il Giudice delle leggi dovrà occuparsi, è costituita dalla norma (contenuta nell'art. 30 del Codice), che, in violazione dei criteri previsti dalla delega, ha previsto un ridotto termine di 120 giorni per chiedere al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, il risarcimento del danno nei confronti di pubbliche amministrazioni, trasformando surrettiziamente il termine di prescrizione quinquennale applicabile tuttora innanzi all'AGO, in un termine di decadenza.

Ebbene tale norma, sulla considerazione di un diverso termine per la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della P.A. innanzi al giudice amministrativo, sembra già *prime facie* essere in palese contrasto con l'art. 3 Cost. – non solo nella sua accezione tradizionale di principio di eguaglianza, ma anche come precetto che richiede la “ragionevolezza” nel caso di previsione di una tutela differenziata - nonché con il principio del giusto processo ormai costituzionalizzato e con gli artt. 24 e 113 Cost., che, oramai da oltre 60 anni, assicurano pari tutela innanzi al GA ed all'AGO.

Del resto, tale dubbio è già stato sollevato anche di recente e, se da una parte vi è stato chi ha espresso un probabile dubbio di legittimità costituzionale<sup>84</sup> tra il termine di prescrizione fissato in cinque anni per il risarcimento dei danni per lesione di diritti soggettivi e quello di decadenza di 120 giorni in contrasto con quanto sostenuto dalla Corte Costituzionale con la nota sentenza 204/2004 sulla effettività della tutela che mira ad affermare la “**Parità delle Giurisdizioni**” anche se con tecniche e strumenti diversi per il privato, dall’altra, vi è stato, al contrario, qualcuno che ha espresso vive perplessità sulla eventuale questione di illegittimità costituzionale<sup>85</sup>.

In questa ottica è manifesto come la pregiudiziale amministrativa non sia da ritenersi affatto superata ed anzi, dal quadro sopra emerso, non è affatto azzardato ritenere che i giudice amministrativi in concreto, anche al fine di non esporre la pubblica Amministrazione a risarcimenti dei danni sconfinati, tenderanno ad applicare la pregiudiziale amministrativa con particolare riferimento alla pregiudiziale c.d “attenuata”.

Infine, da una analisi del testo legislativo e della bozza al Codice, sorprende come non sia stato affatto contemplata l’ipotesi, nel caso di superamento della pregiudiziale, di un eventuale indennizzo in luogo di quella del risarcimento che certamente esporrebbe la pubblica amministrazione ad un esborso economico più contenuto.

---

<sup>84</sup> G. Coraggio e F. Forte, Interventi nel Discorso di saluti al 56° Convegno di studi amministrativi “La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali” tenutosi a Villa Monastero – Varenna il 23-24-25 settembre 2010.

<sup>85</sup> R. Villata, Interventi nel Discorso di saluti al 56° Convegno di studi amministrativi “La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzative e riforme strutturali” tenutosi a Villa Monastero – Varenna il 23-24-25 settembre 2010.

5. Dall'analisi sopra condotta, sulla duplice considerazione che il quadro internazionale, in continua evoluzione, ha subito e subirà mutamenti di rilievo negli anni a seguire – basti pensare alla recente svolta nel FMI laddove con l'attribuzione dei seggi ai BRIC (Brasile, Russia, India e Cina) i Paesi emergenti stanno conquistando sempre più peso in un mondo globalizzato – e che la *ratio* della legge delega sul processo di riforma della giustizia amministrativa è proprio quella della competitività, occorrerà dunque verificare se, in concreto, nell'applicazione del diritto, il Codice Amministrativo, con la sua attuale stesura, possa rispecchiare quei principi dallo stesso propugnati quali una giustizia effettiva e piena per il cittadino con un processo giusto e concentrato.

In altri termini, corre l'obbligo di affermare come, pur prendendo atto che il Codice amministrativo sia stato il frutto del dialogo tra la magistratura amministrativa e quella civile che hanno trovato soluzioni di compromesso quali quella sulla pregiudiziale con un evidente tentativo di superamento della stessa, non può tuttavia essere trascurata la circostanza che vi è il **Tribunale del “giorno per giorno”** dal quale solo potrà essere tratta la considerazione se l'azione risarcitoria possa in concreto prescindere o meno dall'azione meramente impugnatoria e/o di annullamento – alla quale sembra essere indissolubilmente legata.

Occorrerà dunque che, con il decreto correttivo o integrativo, nel termine di due anni, venga, coerentemente e in parallelo a quanto affermato dalla Corte Costituzionale nei riti abbreviati tra un bilanciamento tra esigenza di celerità e diritto di difesa, venga anche nel caso della pregiudiziale operato un bilanciamento tra la logica del diritto pubblico, che vuole stabilità e certezza nei rapporti giuridici, e del diritto di difesa – venga eventualmente posto rimedio ad eventuali sviste, lacune o apportare miglioramenti necessari a rendere una processo giusto ed avente come oggetto una tutela effettiva per il cittadino.

Del resto, come è noto, il Giudice amministrativo è un giudice dell'economia pubblica e, in una prospettiva di una sostanzializzazione del processo amministrativo, è chiamato con le sue pronunce non solo a risolvere controversie – come quello privato – ma anche a conformare e orientare in quanto il suo intervento non si limita al rapporto tra autorità e libertà ma anche nel disciplinare futuri rapporti.

Infine, in tale prospettiva, non può non essere trascurato né dal legislatore – che ha ommesso di introdurre l'azione di adempimento ricavata, com'è noto *aliunde* - né dal Giudice Amministrativo come la direzione della giustizia sia sempre più verso una prospettiva di tutela rimediale, come avviene nei Paesi di Common Law, laddove il bisogno di tutela della persona dovrà necessariamente prevalere su una codificazione o meno delle azioni.

L'analisi sopra condotta impone e induce a delle riflessioni sotto il duplice profilo dell'esistenza di un nuovo o di nuovo rapporti tra amministrazione e cittadino ovvero di una nuova amministrazione e di una nuova e diversa configurazione e concezione dell'interesse legittimo.

Con riferimento al rapporto tra la pubblica amministrazione e i cittadini va evidenziato come il tema della pregiudiziale amministrativa attesti proprio la trasformazione dell'attività amministrativa in un concetto evolutivo di pubblico potere che ha visto la pubblica amministrazione passare da un suo agire assolutamente imperscrutabile da parte dei cittadini sino all'affermarsi di una vera e propria “casa di vetro.”

Non vi è dubbio che tale risultato sia il frutto di una pluralità di fattori quali mutamenti storico politici ed economici, la sempre più influenza dell'ordinamento comunitario anche sotto il profilo della principio dell'affidamento e della buona fede e della CEDU che in una ottica di sviluppo, competitività e globalizzazione hanno portato inevitabilmente ad una diversa amministrazione rispetto al passato, che allo stato attuale si presenti come una realtà molto più articolata e complessa rispetto alla tradizionale visione monolitica e centralizzata del pubblico potere e, a sostegno di ciò, le riforme che hanno riguardato la p.a. negli ultimi decenni hanno comportato la sostituzione del modello unitario con uno policentrico nel quale convivono molteplici soggetti ciascuno dotato di una propria autonomia e competenza.

A ciò contribuisce altresì un livello di organizzazione territoriale di una forma di Stato – non ancora compiuta – che va verso uno Stato Federale con il rafforzamento delle autonomie regionali e locali, il progressivo abbandono di una Stato tradizionale con un apparato burocratico centralistico, con la

creazione di organismi autonomi, il ricorso a modelli privatistici nonché la riforma sulle privatizzazioni.

Ulteriore considerazione va fatta nel diverso rapporto tra attività della p.a. in rapporto con gli amministrati con una evoluzione che potrebbe essere sintetizzata in tre momenti fondamentali ovvero **in una I° fase di tutela della Pubblica Amministrazione e dei suoi poteri con l'autoritarità del provvedimento rafforzata nel rapporto tra autorità e libertà (1889), in una II° fase di tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione avviata con la legge 241/90 e poi con l'ulteriore riforma del 2005 ed una III° fase di recente attuazione con il Codice del processo amministrativo in cui si assiste – almeno sulla carta – ad una progressiva evoluzione del ruolo del Giudice amministrativo rappresentata da una sostituzione del Giudice all'attività della Pubblica Amministrazione** (a tal proposito va ricordato che anche di recente è stato sostenuto come spesso il Giudice sia costretto a sostituirsi alla Pubblica amministrazione in quanto quest'ultima non è in grado di esercitare le proprie funzioni<sup>86</sup>).

In altri termini non sarebbe azzardato ritenere che con la legge 241/90 si sia realizzata o comunque iniziato un processo che vede una parità tra la P.A ed il privato sotto il profilo sostanziale mentre con il Codice si realizza o comunque si tenta e/o si auspica di realizzare la parità tra la P.A ed il privato anche in sede processuale.

Chiaro è che l'attività del Giudice amministrativo trovi un suo punto d'arresto sia nel dettato costituzionale nel senso che non può spingersi oltre il suo potere altrimenti si assisterebbe ad un conflitto tra poteri dello Stato (separazione dei poteri teorizzata da Montesquieu) che nella discrezionalità amministrativa.

Ebbene soffermandosi a considerare la figura dell'interesse legittimo occorre verificare il suo lungo percorso.

Come è noto, la fonte normativa primaria dell'interesse legittimo affonda le sue radici nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865 allegato E n.2248 la quale, nel prevedere la giurisdizione del G.O. per i diritti soggetti, attribuiva all'autorità amministrativa, con il solo strumenti dei ricorsi amministrativi, la tutela degli interessi legittimi<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> G.Abbamonte, *Il nuovo processo amministrativo: Ieri, oggi e domani*, Intervento al Convegno del 19 maggio 2010 presso l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato.

<sup>87</sup> *Studi per il Centenario della Giustizia Amministrativa (1903) di Cino Vitta* a cura di Massimo Stipo, Editore 2006, p.1.49.

A tal proposito non può non essere segnalata, a titolo esemplificativo, l'affermazione resa dal relatore Senatore Mancini della legge 2248/1865, allegato E il quale, nell'occuparsi della decisione di affidare la tutela dell'interesse legittimo solo al rimedio giustiziale si espresse nel modo che segue ***“sia pure che questo cittadino è stato ferito e forse gravemente nei propri interessi? Che cosa ha sofferto in tutte le ipotesi testè descritte? Semplicemente una lesione degli interessi. Ebbene ch'ei si rassegni”***.

Corre l'obbligo di evidenziare come la giurisdizionalizzazione di questa posizione soggettiva sia avvenuta solo con la creazione della IV Sezione del Consiglio di Stato ad opera della legge Crispi n.5992 del 1889 – per chiarezza espositiva va evidenziato come il Consiglio di Stato anche per effetto della nuova normativa, manteneva, pur nell'ambito delle attività giustiziali demandate alla sua Sezione IV funzioni amministrative e, solo per intervento della pronuncia della Corte di Cassazione nel 1893 che riconobbe natura giurisdizionale alle sue decisioni se ne potette affermare pienamente la natura di organo giurisdizionale amministrativo – mentre con le leggi successive è avvenuto un riconoscimento più ampio.

Infine sul piano costituzionale la tutela giurisdizionale nonché la rilevanza di detta posizione al fine del riparto della giurisdizione sia avvenuta solo con le disposizioni n.24, 103 e 113 della Costituzione.

Così sull'interesse legittimo e sul suo allargamento si è avuta una vera evoluzione con diverse tappe segnate dall'interesse occasionalmente protetto, alla teoria processualistica, a quella della legittimità dell'azione amministrativa (Virga) sino a quella normativa (Nigro), con una evoluzione che vede prima l'affermarsi di un interesse meramente oppositivo all'agire della Pubblica amministrazione – che segna peraltro il problema della c.d. pregiudiziale amministrativa atteso che il cittadino per ottenere dall'autorità giudiziaria ordinaria risarcimento della sua posizione di diritto soggettivo degradata *medio tempore* ad interesse legittimo doveva necessariamente rivolgersi all'autorità giurisdizionale amministrativa per ottenere l'annullamento (come è noto il G.O. può solo *“disapplicare”* gli atti amministrativi della P.A. ritenuti illegittimi) e solo quando la sua posizione, per effetto dell'eventuale annullamento ottenuto dal giudice amministrativo assurgeva nuovamente a diritto soggettivo poteva rivolgersi al G.O per il risarcimento del danno (in materia espropriativa) atteso che il risarcimento per lesione da interesse legittimo veniva assolutamente negato.

Più tardi poi si assiste all'allargamento dell'interesse legittimo, pretensivo, partecipativo, procedimentale sino al riconoscimento del suo risarcimento del danno per effetto delle storiche

sentenze 500 e 501 del 1999 ancora una volta per effetto di un intervento dell'ordinamento comunitario – art.13 della legge 142/1992 legge appalti – che ci impone dapprima una riflessione seguita poi dal cambiamento e poi con la legge 205/2000 che attribuisce la giurisdizione al G.A anche del risarcimento del danno “*nell'ambito della sua giurisdizione*”.

La riforma a cui si è giunti nella sua applicazione concreta del “*day after day*” darà la risposta, come era stato già sottolineato con la legge di riforma 205 del 2000<sup>88</sup>, se effettivamente ha generato un sistema rispetto a quello precedente che, nonostante una molteplicità di leggi, sparse qua e là, aveva comunque una sua logica e una sua sistematicità e, in tal senso, occorrerà verificare se con il Codice vi sia una tendenza “*decostruttiva*”<sup>89</sup>.

Del resto, l'approdo di queste trasformazioni, non può, in ogni caso, trascurare un dato ineliminabile, come già illustrato all'inizio del presente lavoro, ovvero che la pregiudiziale di annullamento – non limitatamente a quella amministrativa – costituisce un principio generale dell'ordinamento che vale per il diritto civile, comunitario **da ritenersi come un principio logico ancor prima che giuridico** che serve ad assicurare efficacia ed effettività alla regola fondamentale *pacta sunt servanda* poiché significa che la regola iscritta nei patti non può *mai bypassare* mediante un appello diretto ai diritti che si assumono lesi per effetto dell'esecuzione dei patti scritti, e, in tal senso, la pregiudiziale amministrativa, costituisce un tassello importante nel più generale modello di diritto amministrativo che si intende condividere.

A conclusione di questa analisi, dunque, sembra indubitabile come, con il “Codice Leggero, breve o a maglie larghe” (come è stato definito), il legislatore, ancora una volta, riconsegna l'opera alla via pretoria che, con le sue pronunce, il Giudice, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, sarà chiamato a meglio interpretare nella realtà concreta il tenore di tali disposizioni nonché a colmare eventuali lacune che il Codice<sup>90</sup> ha generato.

---

<sup>88</sup> A.Romano, *cit. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa...Epitaffio per un sistema, op.cit. nota 17 p.606.*

<sup>89</sup> In tal senso vedi A.Travi, *cit.nota 33, p.209*, ove prospetta che il quadro complessivo rimane caratterizzato da una pluralità di modelli di tutela che appare ormai radicata e irreversibile e la tipologie delle domande al giudice amministrativo non è più riconducibile ad uno schema unitario e, l'attuazione della delega per la c.d direttiva ricorsi, in massima parte riprodotta nel Codice ha reso ancor più profonda una tendenza “decostruttiva già in atto”; F.Merusi, *Sentieri interrotti dalla legalità*, Ed.Mulino; P.Quinto, *Pregiudiziale amministrativa: la recta ratio e la misura che la definisce. La giustizia nell'amministrazione, plurime azioni e pluralità di termini*, in *Foro amm.*, 2009, 10, p.3026.

<sup>90</sup> M.Clarich, *Le azioni*, in *Giornale di dir.amm.*, 11/2010 p.1121, ove rileva come il “Codice non sia un utensile perfetto, ma neppure un arnese inservibile”; *Id.*, *Relazione tenuta sul Codice del processo amministrativo che si è tenuta presso l'Aula Avvocati della Suprema Corte di Cassazione organizzato dall'Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma con l'Eni s.pa. il 14 febbraio 2011, nota 46* ove l'Autore sottolinea come il Codice confermi la funzione creativa del Giudice amministrativo.

## ***Abstract***

In other words, the phenomenon of the ruling must be identified first and then in a logical sense in that the legal ruling is part of a relation between two questions and describes exactly how to link to this preliminary decision of the link is pre-existing logic.

The issue of administrative rulings, and, therefore, of necessity after the annulment of an administrative act for damages, is closely related to the responsibilities of government, as is known, from the outset, it was limited to only damages for infringement of individual rights, whose jurisdiction under the well-known criterion of apportionment of jurisdiction or legal right - and legitimate interest in the ordinary courts - administrative court, which was attributed to the ordinary courts could intervene only on the action for damages after cancellation of the administrative considered illegitimate by the administrative judge - cd administrative ruling. The system as outlined has been applied for over a century, will suffer, since the '90s, due to a real transformation in the new and different configuration of the national report - Public Administration, a real reform within the justice by the Administrative Court - with the known case of United Sections of the Supreme Court July 22, 1999 n.500 or the assertion of general Recoverability of damages resulting from the injury to the legitimate interests - and the legislature - the establishment of a new division of jurisdiction of ordinary courts and administrative courts, with the expectation to it, "within its jurisdiction, the issues relating to possible compensation for the damage ... and other consequential economic rights" (art. 7, 3rd paragraph Law 1034/71, as the new article 7, paragraph 1 lett.c) Law 205/2000), evidence of an enrichment of the public protection against the Public Administration and the concentration of judicial review until the recent reform with the 'Entry into force of the Code of Administrative Process Decree 104/2010, the true body of law like the other branches of civil and criminal law.

These transformations, as is known, have created two positions expressed by the case law and doctrine on the cd at the administrative ruling ruling 500/99 and Law 205/2000, one due to the argument "autonomy" or "civil" (autonomy of the two shares) in the wake of the sentence no 500 which has complied with the famous twin ordinances nos. 13659 and 13660 of 13 June 2006 and June 15, 2006 of 13,911 made in the regulation of jurisdiction, the Supreme Court has staunchly maintained the approach adopted under which a claim for compensation may also be submitted to the administrative court in the absence of prior annulment of the harmful, adding that for the sake of completeness, if the court rejects the application or declared ineligible due to non-annulment of the

previous encounter by a denial of its jurisdiction, review by the Supreme Court, also recently confirmed by Sections United, the sentence no 30254 of December 23, 2008. On the opposite side, the position of "civil" or "autonomist" sustained by the Supreme Court is opposed to the "administrative" or "ruling to which it normally requires the prior annulment on the fact that the filing of an independent action for damages would result in the circumvention of the terms decadenziali provided for bringing an action before the GA, with an obvious violation of the principles of speed and stability of the legal positions related to administrative action, and, besides, the GA can not set aside the acts found to be unlawful.

The administrative ruling, and contrasts between different positions, is regulated by the legislature for the first time with the Leg. No.104 of July 2, 2010 aka Code of the administrative process, pursuant to the delegation for the "restructuring process forward in the courts regional administration and the Council of State "in Article L.18 .44 June 2009, No 69 that the government put three basic objectives namely to adapt the rules to the jurisprudence of the Constitutional Court and higher courts, to coordinate with the rules of the Code of Civil Procedure as an expression of general principles and then to ensure the concentration of protection, entered into force September 16, 2010.

Article 30 of the Code, in providing that "*The action of the same sentence may be given to any other action, or only in cases of exclusive jurisdiction in the cases referred to in this article, also in an autonomous manner,*" introduces the first time at the legislative level, consistent with what wanted by the Supreme Court, the possibility of bringing in separate action for damages by the individual concerning the Public Administration.

In fact a closer examination of the standard under review the situation appears quite another to affirm that if the first paragraph seems to formally abandon the idea of "ruling", as it provides that an action for damages may also be exercised individually, using the first time the adjective "independent", with the third paragraph of art. 30 seconds when "*the claim for damages for injury to legitimate interests shall be filed within the time limit of one hundred twenty days from the day where the occurrence or the knowledge of the measure if the damage resulted directly from this. In determining the compensation the court shall assess all the facts and the overall conduct of the parties and, anyway, this excludes damages that could have been avoided by using ordinary diligence, through the experiment of the instruments of protection given "or in other words*

*"contested situations detrimental to"* the instruments are introduced deflationary thesis and to discourage an action for damages dropped from impugnantia.

Based on the above conduct, on the double consideration that the international framework, in continuous evolution, has undergone and will undergo major changes in the years to follow - just think of the recent turn in the IMF where the allocation of seats to the BRIC (Brazil, Russia, India and China) emerging countries are gaining increasing importance in a globalized world - and that the purpose of enabling law on the reform of administrative justice is precisely that of competitiveness, there should therefore be whether, in practical application of law, the Administrative Code, with its current form, is capable of reflecting the principles espoused by the same as a full and effective justice for the citizens with a fair and concentrated. In other words, are obliged to say that, while noting that the Administrative Code was the result of dialogue between the judiciary and civil administration who have found compromise solutions such as the one on ruling with an obvious attempt to overcome the same, can not be overlooked is the fact that the Court "every day" from which only treats will be considered if the claimant can specifically whether or not from the purely impugnantia and / or cancellation - in which seems to be inextricably linked.

The reform to which it has come in its practical application of the *"day after day"* will give the answer, as was already emphasized by the Reform Law 205 of 2000 if he has actually created a system than its predecessor, despite a multiplicity of laws, scattered here and there, however, had its own logic and its systematic and in that sense, you should check with the Code if there is a tendency to *"deconstructive."*

Moreover, the culmination of these changes can not, however, neglect an unavoidable since, as explained at the beginning of this work, or that the ruling of annulment - not limited to the administrative - is a general principle of law which applies to civil law, the Community should be considered as a logical principle even before the law is to ensure that efficiency and effectiveness to the fundamental rule *pacta sunt servanda* rule because it means that the covenants entered into by it can never bypass a direct appeal to rights that you claim were infringed as a result of the implementation of written agreements, and in that sense, the ruling administration is an important part in the more general pattern of administrative law that you want to share. At the conclusion of this analysis, therefore, it seems indubitable as the *"Code Light or coarse"* (as defined), the legislature once again return to work because of the law that, with its rulings, the judge,

with constitutionally interpretation, will be expected to better interpret the content in the concrete reality of those provisions and to fill any gaps that the code generated.