

CLAUDIO CONTESSA*

***La previsione di ipotesi di ‘illegittimità
non invalidante’ fra pregiudiziale amministrativa
e logica della spettanza*****

(Roma, aprile 2006)

* * *

SOMMARIO: 1. Aspetti generali della questione. - 2. La non annullabilità ex art. 21-*octies* esclude il risarcimento, a prescindere dalla pregiudiziale di annullamento. - 3. Validità delle conclusioni appena tracciate tanto in caso di interessi oppositivi, quanto in caso di interessi pretesivi. - 4. Circa la compatibilità costituzionale del sistema in tal modo delineato.

1. Aspetti generali della questione

Il tema della pregiudiziale di annullamento e la sua larga accettazione in dottrina ed in giurisprudenza (1) rendono di particolare rilevanza l'esame circa i rapporti fra la tesi della necessità del previo annullamento attizio ai fini risarcitori e le ipotesi di 'illegittimità non invalidante' (2) dei provvedimenti amministrativi di cui all'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990, come introdotto dall'articolo 14 della legge n. 15 del 2005 (3).

*Profili generali
della questione*

* Magistrato TAR e Consigliere giuridico del Ministro per le Politiche comunitarie.

* * Il presente contributo è parte di un volume dello stesso Autore sul tema del riparto di giurisdizione in materia di risarcimento del danno, di prossima pubblicazione.

(1) Sul tema della pregiudiziale amministrativa di annullamento, sia consentito richiamare le tesi esposte in: C. CONTESSA, *Nuove certezze (e vecchi dubbi) in tema di riparto di giurisdizione sul risarcimento danni dopo Corte Cost.*, n. 204/2004, in: *Corriere del merito*, fasc. 1/2005, p. 99, ss. Per quanto concerne i numerosissimi contributi dottrinari che negli ultimi anni si sono interessati dell'argomento, ci si limiterà qui a richiamare (senza pretesa alcuna di esaustività): G.P. CIRILLO, *L'annullamento dell'atto amministrativo ed il giudizio sull'antigiuridicità ingiusta dell'illecito derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa*, in: *Foro amm.vo Cons. Stato*, fasc. 3/2003, p. 885, ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Giurisdizione esclusiva e risarcimento del danno*, in: *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 1090, ss.; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza*, ivi, 2001, p. 7, ss.; L. MONTESANO, *I giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, ivi, 2001, p. 583, ss.

(2) Il termine è mutuato da C. e S. GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990*, in: *Il Consiglio di Stato*, vol. 9/2005, II, p. 1627, ss.

(3) Come è noto, la norma in questione stabilisce che "1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

In particolare, la previsione ad opera della disposizione da ultimo richiamata di aree di non annullabilità (a fronte di provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti) induce l'interprete a domandarsi se, in stretta applicazione del principio della pregiudiziale di annullamento, a tali aree di non annullabilità debba necessariamente fare da contraltare sistematico la conseguente enucleazione di aree di non risarcibilità (4).

La non annullabilità comporta necessariamente la non risarcibilità?

In dottrina si è talora paventato (5) che, una volta che si sia esclusa a fronte di tale categoria di vizi la tutela annullatoria (che costituisce “*la reazione naturale dell’ordinamento a fronte di un provvedimento illegittimo*”) (6), qualora si negasse anche la tutela risarcitoria, potrebbero profilarsi evidenti profili di illegittimità costituzionale della richiamata previsione legislativa, per avere essa delineato vere e proprie aree di non tutelabilità a fronte degli atti illegittimi della P.A., in contrasto con la previsione di cui all’art. 113 Cost.

Ora, laddove al quesito di cui sopra si fornisse risposta positiva (nel senso che, effettivamente, alle ipotesi di ‘non annullabilità’ *ex art. 21-octies* corrispondano altrettante ipotesi di non risarcibilità), occorrerà chiedersi se l'impossibilità di attingere alla tutela risarcitoria in questione sia direttamente da attribuire al fatto che in tali ipotesi, essendo esclusa *ex lege* la stessa annullabilità del provvedimento illegittimo, tale impossibilità discenda come logico corollario della teorica della pregiudiziale, ovvero se essa sia piuttosto da ascrivere ad altri fattori.

In caso negativo, invece (ossia, laddove si ritenga che il divieto di annullamento attizio di cui all’art. 21-*octies*, cit. non osti al riconoscimento della tutela risarcitoria a fronte di atti i quali, pur se non annullabili, abbiano nondimeno procurato ad alcuno un danno risarcibile), occorrerà chiedersi a quale plesso giudiziale siano devolvibili in concreto le questioni risarcitorie in parola.

E' infatti evidente che in tali ipotesi ci si debba confrontare con il radicato approccio dottrinale e giurisprudenziale secondo cui l'adesione alla tesi della pregiudiziale ed il riconoscimento del carattere accessorio dell'*actio* risarcitoria nei confronti dell'ordinario sistema (annullatorio) di tutela dell'interesse legittimo costituiscano il fondamento sistematico stesso della devoluzione al

2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

(4) Il tema in questione è affrontato, sia pure sotto angoli visuali diversi, da C. E S. GIACCHETTI, *op. cit.*, p. 1639; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies*, l. 241/1990: *quando il legislatore non può e non deve*, in: www.giustamm.it, p. 24, s.

(5) C. POLIDORI, *I vizi formali e procedurali nelle prime applicazioni pretorie dell'art. 21-octies*, l. 241/90, in: *Corriere del merito*, fasc. 2/2006, p. 247, s.

(6) Ivi, pag. 248

G.A. di una giurisdizione risarcitoria, laddove la messa in discussione di tali fondamenti potrebbe lasciare spazio a dubbi di costituzionalità circa la scelta stessa di devolvere al G.A. una siffatta giurisdizione (7).

Ebbene, a parere di chi scrive, al quesito testé enunciato (circa la risarcibilità di danni asseritamente dedotti dall'attività illegittima – se pure non annullabile - della P.A. ex art. 21-*octies*) deve appunto essere fornita risposta in linea di massima negativa, con la conseguenza che non sia neppure appropriato porsi un problema di riparto risarcitorio in senso stretto.

Tuttavia, per le ragioni che fra breve si esporranno, l'esclusione della tutela risarcitoria nelle ipotesi di cui all'art. 21-*octies* non deriva dall'assenza di un annullamento attizio (nell'ottica della teoria della c.d. 'pregiudiziale'), quanto piuttosto dall'assenza degli stessi presupposti atti a configurare l'esistenza di un danno ingiusto fonte di responsabilità.

*La non annullabilità ex art. 21-*octies* esclude il risarcimento, a prescindere dalla pregiudiziale di annullamento*

2. La non annullabilità ex art. 21-*octies* esclude il risarcimento, a prescindere dalla pregiudiziale di annullamento

Esula dai limiti della presente disamina una ricostruzione completa dell'istituto dell'illegittimità non invalidante di cui all'art. 21-*octies* e delle relative implicazioni sistematiche (8).

Si ritiene, invece, opportuno svolgere alcune considerazioni circa i profili sistematici che più da vicino riguardano il tema dei profili risarcitori dell'istituto.

L'ordinamento non collega a priori non annullabilità e non risarcibilità

In via astratta, non appare enucleabile alcun principio di diritto secondo cui alla scelta normativa di escludere l'annullabilità di provvedimenti amministrativi debba corrispondere una preclusione al risarcimento del danno comunque cagionato dall'atto illegittimo.

Un sicuro indice normativo in tal senso è rinvenibile nell'ordinamento comunitario, e precisamente all'art. 2, paragrafo 6, secondo comma della direttiva 1989/65/CEE, secondo cui “*salvo nel caso in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la stipulazione di un contratto seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri degli organi responsabili delle*

(7) Sul punto, diffusamente: G. MONTEDORO, *La costituzionalità del nuovo assetto del riparto di giurisdizione dopo l'Adunanza plenaria n. 4 del 2003*, in: *Dir. proc. amm.*, fasc. 1/2004, pag. 112, ss. e *passim*.

(8) Sul punto, ci si limiterà a richiamare quanto esposto in: C. E S. GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990*, cit.; O. FORLENZA, *Primi problemi interpretativi e applicazioni giurisprudenziali dopo le ultime modifiche normative*, in: *Il merito*, fasc. 9/2005, p. 92, ss.; E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, in: *Urb. e app.*, fasc. 6/2005, p. 625, ss.; S. De Felice, *Tecniche di tutela del g.a. nei confronti dei comportamenti illeciti della p.a.*, in: *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 4/2005, *passim*; D.U. GALETTA, *Notazioni critiche sul nuovo articolo 21-*octies* della legge n. 241/90*, in: *Giustamm.it*.

procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione” (9).

Ai limitati fini che qui rilevano, quindi, si potrebbe affermare che la richiamata disposizione di diritto comunitario fornisca a propria volta alcuni elementi in favore della tesi secondo cui sono bene ipotizzabili esempi di risarcimento danni svincolati da episodi di annullamento attizio, anche laddove l'atto cagionativo del danno sia comunque astrattamente annullabile (e, quindi, al di fuori delle note ipotesi in cui un annullamento attizio non è neppure configurabile – danno da ritardo, danno da mancata adozione di un provvedimento, etc. -).

Il punto, tuttavia, è che nel caso delle ‘illegittimità non invalidanti’ di cui all’art. 21-*octies*, l'impossibilità di riconoscere una tutela risarcitoria deriva non già dall'insussistenza di un annullamento attizio (carenza, quest'ultima, che per i motivi testé esposti non osterebbe *ex se* al risarcimento del danno), quanto piuttosto dalla stessa inconfigurabilità dei presupposti necessari per individuare la sussistenza di un danno ingiusto fonte di responsabilità.

*Nelle ipotesi ex art. 21-*octies* mancano i presupposti per configurare un danno ingiusto*

Ed infatti, una volta che risulti palese (mercè il carattere vincolato del provvedimento lesivo di cui alla norma più volte menzionata) che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ne risulta escluso – per così dire- ‘a monte’ lo stesso carattere di ingiustizia, intesa come contrarietà *sostanziale* al diritto obiettivo, concretantesi nell'adozione di un atto non conforme, nella sua parte dispositiva, al proprio paradigma normativo.

In particolare: manca il carattere di ingiustizia del danno

Ciò a meno di voler aderire alla tesi secondo cui, in presenza di un atto non conforme al paradigma legale di riferimento sotto il profilo procedimentale o formale, tale non conformità risulterebbe di per sé foriera di un danno risarcibile, a prescindere (quanto meno nelle ipotesi di interessi legittimi di tipo pretensivo) dalla verifica in concreto circa la spettanza *sostanziale* del bene della vita su cui si innesta la serie procedimentale ed il relativo provvedimento conclusivo.

Tuttavia, è evidente che l'opzione in questione risulti non condivisibile alla luce della più recente evoluzione giurisprudenziale in tema di risarcibilità del danno da attività amministrativa (si veda, in particolare, l'Ad. Plen. del Consiglio di Stato, n. 7/2005) (10), la quale ha appunto enfatizzato la stretta

Risarcimento del danno, spettanza del bene della vita ed evoluzione giurisprudenziale

(9) Sul punto, v. anche C. e S. GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli OGM*, cit., pag. 1643, s.

(10) E' infatti noto che la pronuncia in questione, resa sul tema della risarcibilità o meno del danno derivante da ritardato o omesso esercizio di attività provvedimentale, abbia concluso nel senso della non spettanza del risarcimento a fronte della mera violazione di regole formali o del superamento di limiti procedimentali ed a prescindere dalla verifica circa la sussistenza in concreto dei presupposti sostanziali per affermare la *sostanziale* spettanza del bene della vita originariamente richiesto.

Secondo il Consiglio di Stato, infatti, “può affermarsi che il sistema di tutela degli interessi pretesivi – nelle ipotesi in cui si fa affidamento (...) sulle statuizioni del giudice per la loro realizzazione – consente il passaggio a riparazioni per equivalente solo quando l'interesse [nella specie, pretensivo, n.d.A.], incapace di trovare realizzazione con l'atto, in congiunzione con l'interesse pubblico, assuma a suo oggetto la tutela di interessi sostanziali e, perciò, la mancata emanazione o il ritardo nell'emanazione di un provvedimento vantaggioso per l'interessato (suscettibile di appagare un ‘bene della vita’)”.

connessione fra la risarcibilità del danno e la spettanza *sostanziale* del bene della vita interessato dall'esercizio dell'attività autoritativa da parte dell'amministrazione.

Sotto tale aspetto, quindi, la conclusione della non risarcibilità del danno conseguente ad ipotesi di 'illegittimità non invalidanti' non deriva dal carattere *ab origine* non illegittimo di tali fattispecie (come pure talora sostenuto in dottrina) (11), quanto piuttosto dalla ben diversa considerazione secondo cui in tali ipotesi, l'atto amministrativo illegittimo non si connota, sotto il profilo *sostanziale*, dei caratteri tipici dell'atto ingiustamente lesivo.

Sotto tale profilo, si ritiene di ribadire solo *per incidens* il ben noto principio (già compitamente esposto nell'ambito della sentenza Cass. Sez. Un., n. 500/1999) secondo cui la lesione dell'interesse legittimo (*rectius*: il carattere illegittimo della fattispecie attizia) è condizione necessaria ma non sufficiente per il risarcimento (12), a tal uopo essendo necessaria la contemporanea sussistenza di tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi dell'illecito risarcibile.

3. Validità delle conclusioni appena tracciate tanto in caso di interessi oppositivi, quanto in caso di interessi pretensivi

Le conclusioni di cui sopra (volte a sostenere la non risarcibilità del danno in ipotesi di 'illegittimità non invalidanti ex art. 21-*octies*', a ciò non ostando il carattere illegittimo delle relative fattispecie) (13) valgono sia nel caso in cui il provvedimento in questione si sia innestato su di un interesse di tipo pretensivo, sia nel caso di interessi oppositivi.

Nel primo caso, infatti, è di tutta evidenza che l'atto denegatorio del provvedimento ampliativo, emanato in modo vincolato se pur in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non sarà idoneo a determinare un danno ingiusto.

*Il caso
dell'interesse
pretensivo*

...

(11) F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990*, cit., p. 18, ss.

(12) Sul punto: F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004, vol. I, p. 464, ss.

(13) Le osservazioni che qui si svolgono si fondano, come è evidente, sul presupposto secondo cui il carattere di non annullabilità delle ipotesi di illegittimità non invalidanti ex art. 21-*octies* non ne escluda, comunque, il carattere di illegittimità.

In via di estrema sintesi, la conclusione in parola sembra confermata dal dato testuale rinvenibile dall'art. 21-*nonies* della medesima l. 241 del 1990, laddove il richiamo (apparentemente onnicomprensivo) alle ipotesi di cui al precedente art. 21-*octies* viene operato con la generale locuzione "*il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies**", in tal modo fornendo un valido argomento in favore della tesi secondo cui le ipotesi previste dalla norma da ultimo citata siano tutte ascrivibili nell'alveo dell'illegittimità, a prescindere dalla possibilità o meno di disporre l'annullamento.

Si osservi, inoltre, che le osservazioni che qui si svolgono non prestano adesione alle conclusioni di quella parte della dottrina la quale ritiene di individuare nei casi di cui all'art. 21-*octies* ipotesi di mere irregolarità. Sul punto: F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo*, cit., p. 22, ss.; C. e S. GIACCHETTI, *Una novità nel settore degli OGM*, cit., p. 1628 e *passim*.

Ciò in quanto, una volta esclusa - con l'Adunanza Plenaria (14) - la possibilità di riconoscere un ristoro patrimoniale a posizioni di interesse pretensivo a fronte di meri *errores in procedendo* ed a prescindere dalla verifica circa la spettanza sostanziale del richiesto bene della vita, il medesimo ristoro non sarà possibile nel caso in cui l'atto negativo (sostanzialmente corretto nella sua parte dispositiva) sia emanato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti.

A conclusioni non diverse si giungerà laddove l'atto in questione coinvolga posizioni giuridiche qualificate come di interesse legittimo oppositivo.

... e quello dell'interesse oppositivo

In tali ipotesi l'impossibilità di riconoscere una tutela risarcitoria al soggetto inciso da un atto illegittimo ma non annullabile ex art. 21-*octies* risulta evidente se solo si indaghi circa i risultati che potrebbero conseguire all'esercizio dell'azione risarcitoria.

Ed infatti, se si considera che la prima ed immediata forma di tutela reintegratoria è rappresentata nel nostro ordinamento dal risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c. (la quale comporta la soddisfazione integrale ovvero la realizzazione effettiva dell'interesse *sostanziale* sotteso alla domanda di giustizia), e se si considera che la piena reintegrazione in questione discende solitamente dal riesercizio da parte dell'amministrazione del potere illegittimamente esercitato (secondo i tipici caratteri dell'attività conformativo-ripristinatoria conseguente alla *cognitio* giudiziale), emerge con evidenza che il soggetto inciso da un atto amministrativo illegittimo ma non annullabile ex art. 21-*octies* non possa in concreto aspirare ad alcuna forma di tutela specifica che non si limiti ad una mera riproduzione dell'atto in tal modo emanato.

L'esclusione della reintegrazione in forma specifica ...

E' altresì evidente che nelle medesime ipotesi il soggetto asseritamente leso non possa neppure invocare la diversa forma del risarcimento per equivalente pecuniario, poiché non pare possa dubitarsi che in tali ipotesi il risarcimento in forma specifica sia 'in tutto o in parte possibile' (art. 2058 cod. civ.): il punto è che in tali ipotesi, come si è detto, anche l'eventuale riedizione dell'attività amministrativa non potrebbe condurre a conclusioni diverse da quelle adottate in prima battuta, con la conseguenza che il rimedio ripristinatorio avrebbe, nei fatti, il medesimo contenuto del provvedimento adottato in prime cure.

... e quella dell'equivalente pecuniario

Ne consegue che la domanda risarcitoria conseguente ad un'ipotesi di illegittimità attizia ex art. 21-*octies* (tanto se attinente ad un interesse pretensivo, quanto se attinente ad un interesse oppositivo), laddove proposta congiuntamente con l'impugnativa principale, ne seguirebbe le sorti (rigetto della domanda principale e conseguente non annullamento dell'atto asseritamente lesivo e rigetto della domanda risarcitoria per infondatezza nel merito per insussistenza del danno risarcibile), mentre laddove proposta autonomamente andrebbe del pari rigettata.

(14) Il richiamo va nuovamente all'Ad. Plen. 7/2005, in tema di ritardato od omesso esercizio di attività amministrativa.

Né potrebbe ammettersi, sotto il profilo sistematico, la possibilità di proporre innanzi al G.O. un'autonoma domanda risarcitoria volta al ristoro del danno asseritamene patito a seguito dell'emanazione di un atto illegittimo non annullabile ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge 241.

*E' da escludere
anche
la possibilità
di adire il G.O.
in sede
risarcitoria*

Al riguardo, infatti, si osserva che la domanda giudiziale in questione, prima ancora di risultare infondata nel merito (per i motivi sin qui descritti), dovrebbe essere dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione del G.O.

Ed infatti, non sembra revocabile in dubbio che (in disparte restando l'accoglibilità nel merito delle relative censure, che qui si nega) le controversie risarcitorie in tema di illegittimità attizie non invalidanti vadano comunque ricondotte nella nozione di 'ambito della giurisdizione' del G.A. di cui all'art. 7, terzo comma l. TAR, con la conseguenza che esse non possano essere in alcun modo conosciute dal Giudice ordinario, se non al costo di ammettere un'ipotesi di concorrenza fra le suddette giurisdizioni, secondo un'opzione certamente non conforme con il vigente quadro costituzionale in tema di riparto fra le giurisdizioni (15).

Né a conseguenze diverse si potrebbe giungersi laddove si ammettesse la possibilità di annullare *ex officio* l'atto illegittimo altrimenti non annullabile giudizialmente *ex art. 21-*octies**.

Esula dai limiti della presente parte del contributo interrogarsi circa il se la previsione di non annullabilità di cui alla norma da ultimo menzionata comporti anche l'impossibilità di procedere all'annullamento in autotutela, ovvero se (secondo un'opzione che a chi scrive appare maggiormente persuasiva) essa si limiti ad impedire l'annullamento giudiziale, lasciando per il resto inalterati i poteri di autotutela in capo all'amministrazione, la quale potrà autonomamente adottare le determinazioni che ritenga più corrette a fronte di atti che permangono inalterati nel proprio carattere illegittimo (16).

*Annullamento
in autotutela
e risarcimento
del danno*

Si ritiene, comunque, che anche laddove si propenda per la tesi secondo cui il divieto di annullamento *ex art. 21-*octies** sia limitato alle iniziative giudiziali, non ostando all'annullamento in sede di autotutela degli atti in tal

(15) Si osserva qui solo *per incidens* che la possibilità stessa di configurare ipotesi di giurisdizione (anche risarcitoria) di carattere concorrente dei due ordini di Giudici a fronte della medesima vicenda sia stata esclusa in via generale dalla 'Relazione di sintesi dei lavori della Commissione di studio istituita dai Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato per l'approfondimento dei problemi di maggiore rilievo in tema di riparto di giurisdizione' del dicembre 2003, ove si sottolinea "il disegno complessivo del Legislatore di concentrare la tutela presso un solo giudice, evitando interventi concorrenti delle due giurisdizioni sullo stesso episodio di vita". E' noto, d'altra parte, che la questione della configurabilità di ipotesi di giurisdizione (*in primis*, risarcitoria) di carattere concorrente di G.O. e G.A. abbia negli ultimi mesi palesato profonde divergenze fra l'approccio delle Sezioni Unite della Cassazione e del Consiglio di Stato, culminando nella pronuncia in Adunanza plenaria n. 2 del 2006 del Supremo consesso di giustizia amministrativa sul tema dell'autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria (ossia, separatamente e comunque a prescindere dall'annullamento dell'atto lesivo).

(16) Sul punto, v. anche: G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in: www.giustamm.it.

modo emanati, nondimeno – per le ragioni in precedenza esaminate – sia da escludere che a seguito di tali ipotesi di autoannullamento residui spazio alcuno per una tutela risarcitoria (in forma specifica ovvero per equivalente).

Ed infatti, anche in questo caso, a prescindere dalla presenza o meno di un'ipotesi di annullamento attizio (ed a prescindere dall'adesione o meno alla tesi della pregiudiziale risarcitoria), si osserva che osta all'accoglimento della domanda risarcitoria l'applicazione della c.d. 'logica della spettanza', così come la stessa inconfigurabilità di un danno ingiusto, fonte di obblighi risarcitori.

4. Circa la compatibilità costituzionale del sistema in tal modo delineato

Alcune considerazioni si rendono necessarie con riferimento alla compatibilità costituzionale del sistema in tal modo delineato.

Si è infatti ipotizzato in dottrina che, nell'ottica della piena giustiziabilità delle posizioni giuridiche coinvolte da atti dell'amministrazione (art. 113 Cost.), la scelta legislativa di delineare aree di non annullabilità possa risultare costituzionalmente illegittima, laddove non si consenta almeno *una qualche forma* di tutela - come, ad esempio, quella risarcitoria - a fronte di atti comunque illegittimi (17).

La Costituzione impone che la non annullabilità venga 'compensata' da altre forme di tutela?

I dubbi in parola, tuttavia, non appaiono condivisibili.

In primo luogo, infatti, non appare condivisibile l'approccio secondo cui la previsione di aree di non annullabilità rappresenterebbe di per sé un *vulnus* nei confronti del generale principio secondo cui l'ordinaria reazione ordinamentale a fronte di ipotesi di illegittimità attizia sarebbe rappresentata dall'annullamento dell'atto illegittimo.

Ed infatti, l'istanza volta ad ottenere *una qualche forma* di reazione ordinamentale (di carattere annullatorio o, in subordine, meramente risarcitorio) a fronte di atti illegittimi, a prescindere dall'effettiva relazione con la sfera giuridica del soggetto interessato (es.: in punto di effettivo interesse alla pronuncia risarcitoria) appare contrastante con i caratteri stessi del processo amministrativo come delineatisi nell'esperienza italiana.

(17) Secondo C. POLIDORI, *I vizi formali e procedimentali*, cit., p. 248, "(...) la dottrina ha prontamente evidenziato che le disposizioni introdotte dal secondo comma dell'articolo 21-octies, non prevedendo alcuna forma di tutela alternativa per i casi in cui sia precluso l'annullamento del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma, si pongono in contrasto con gli articoli 24, 103 e 113 della Costituzione. Infatti, se è vero che tali disposizioni non configurano l'annullamento come sanzione necessaria e indefettibile dell'illegittimità provvedimentoale, è anche vero che il dettato costituzionale individua puntualmente il giudice competente ad annullare, così dimostrando di considerare l'annullamento come la reazione naturale dell'ordinamento a fronte di un provvedimento illegittimo. Pertanto, secondo tale impostazione, la rinuncia del Legislatore alla tutela di tipo costitutivo potrebbe ritenersi costituzionalmente legittima solo a condizione che fosse sostituita da altre forme di tutela altrettanto idonee a riparare la lesione derivante dalla violazione delle norme sul procedimento o sulla forma".

Sul punto, si veda anche E. FOLLIERI, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, cit., *passim*.

L'approccio in questione sembra difatti incentrato piuttosto sulla ritenuta necessità di approntare la richiamata reazione ordinamentale, che non sul fine di costituire un effettivo *trait d'union* con gli interessi e le posizioni della parte interessata, in tal modo postulando una tutela giurisdizionale di diritto oggettivo, non in sintonia con il carattere tradizionale del sistema italiano di giustizia amministrativa, basato sul diverso modello della giurisdizione di diritto soggettivo (18).

In secondo luogo, poi, si ribadisce al riguardo che ciò che osta al risarcimento delle posizioni giuridiche coinvolte da illegittimità non invalidanti non è già rappresentato dall'assenza di atti annullati (sui quali innestare il noto meccanismo del danno consequenziale), quanto piuttosto l'assenza stessa di un danno qualificabile come ingiusto, in quanto l'esito della serie procedimentale conduce a conclusioni difformi rispetto a quelle rese necessarie dalla corretta applicazione del vigente quadro normativo.

(18) Sul punto, cfr. V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2005, p. 104, ss.