

## MASSIMO NUNZIATA<sup>1</sup>

### “Il risarcimento del danno conquista l’autonomia? I nuovi rapporti tra l’azione risarcitoria e quella per l’annullamento nel Codice del processo”

Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 maggio 2011, n. 3766

Tar Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628

**Tar Lazio, Roma, Sez. II, sentenza 3 maggio 2011, n. 3766.**

**Tosti Pres. – Mezzacapo Rel.**

**Happy Age S.r.l. (Avv. Caporaso) c. Comune di Roma (Avv. Maggiore) – (accoglie il ricorso e, per l’effetto, condanna il Comune al risarcimento del danno).**

**Tar Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628.**

**D’Agostino Pres. – Tulumello Est.**

**Costa (Avv.ti Licata e Ribaudò) c. Ministero della Salute (Avv.ra Stato) – (solleva q.l.c.).**

#### **1. I rapporti tra l’azione risarcitoria e l’annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo**

La codificazione dei rapporti tra l’azione per il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e quella per l’annullamento costituisce un passo di grande importanza nel percorso verso il rafforzamento dell’effettività della tutela giurisdizionale<sup>2</sup>. L’art. 30 c.p.a. stabilisce, da una parte, che la domanda risarcitoria può essere 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 e, dall’altra, che nel determinare il risarcimento, il giudice valuta tutte le circostanze di fatto nonché il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti

<sup>1</sup> Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Roma “Tor Vergata”.

<sup>2</sup> M. D’ALBERTI, *L’effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2011, 22 ss.

evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti<sup>3</sup>.

Il rapporto tra le due forme di tutela rappresentava, indubbiamente, una delle tematiche più dibattute al momento dell'entrata in vigore del codice<sup>4</sup>, perchè la lacuna legislativa sul punto aveva dato origine ad uno dei maggiori nodi problematici della giustizia amministrativa italiana recente, vale a dire la questione della pregiudiziale amministrativa<sup>5</sup>.

I termini del problema sono noti: l'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo costituisce o meno una condizione necessaria, pregiudiziale appunto, perché possano essere avanzate e soddisfatte pretese risarcitorie?

Ciò che ci si chiedeva prima dell'adozione del codice del processo era se, per il risarcimento di un danno causato da un atto amministrativo invalido, fosse sufficiente l'accertamento di tale illegittimità con riferimento al caso concreto o, invece, se fosse necessario rimuovere il provvedimento con effetti *erga omnes*, in modo che non potesse più essere fonte di ulteriori pregiudizi.

---

<sup>3</sup> Tra i primi commenti alla norma, E. PICOZZA, *Codice del processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2010, 55 ss.

<sup>4</sup> P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2010, 3, 857; R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.

<sup>5</sup> Per un inquadramento del tema prima del Codice del processo, limitatamente ai contributi più recenti: F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa, una storia infinita*, Giuridica editrice, Roma, 2008; L.V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2008; F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1; A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto tra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, III, 3 ss; G. Pellegrino (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008; E.M. BARBIERI, *Considerazioni sui fini della giustizia amministrativa (a difesa della cd. pregiudiziale amministrativa)*, in *giustamm.it*, 2008; A. ROMANO TASSONE, *Sui fondamenti della c.d. "pregiudiziale amministrativa"*, in *giustamm.it*, 2008; F. VOLPE, *La pregiudizialità amministrativa alla luce del principio di consequenzialità e del principio di eventualità*, in *Foro amm.-Cds*, 2008, 1919 ss; G. NAIMO, *La pregiudiziale ed il risarcimento del danno (aspetti sostanziali e procedurali)*, in *Lexitalia.it*, 3/2008; F. CORTESE, *La questione della pregiudiziale amministrativa*, Cedam, Padova, 2007; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, tratto da R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007; F. FRANCARIO, *Degradazione e pregiudizialità quali limiti dell'autonomia dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, 441 ss.; G. STANCANELLI, *Qualche osservazione sulla pregiudiziale amministrativa nel giudizio di risarcimento del danno*, in *giustamm.it*, 2007; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 3-4, 513 ss.; G. COMPORZI, *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. civ.*, 2005, 280 ss.; G. VERDE, *La pregiudizialità dell'annullamento nel processo amministrativo per risarcimento del danno*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, 963 ss.

In generale sulla problematica della pregiudizialità nell'ambito del processo amministrativo, fondamentale il lavoro di A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958.

Si segnala, per completezza, che la problematica del rapporto tra le due forme di tutela ha formato oggetto di approfondimento anche con specifico riguardo alla materia della contrattualistica pubblica. Sul punto, da ultimo, M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno, in Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2010, 67 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal d. lgs. n. 53 del 2010, di attuazione della Direttiva Ricorsi*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010; V. CAPUZZA, *L'art. 38 del Codice degli appalti: la natura del divieto di stipulare*, 954 ss., in *Riv. trim. app.*, 3/2010, 952 ss.

La problematica è stata oggetto di un importante confronto interpretativo tra le due giurisdizioni superiori. Infatti, mentre la Suprema Corte, a partire dalle note ordinanze gemelle del 2006<sup>6</sup>, sosteneva l'autonomia delle due forme di tutela, il Consiglio di Stato era fermo nel ribadire il necessario rapporto di pregiudizialità tra di esse.

Da un lato, si è ritenuto che costringere il soggetto leso da un provvedimento illegittimo a un'impugnazione, alla quale potrebbe non avere alcun interesse, o alla rassegnazione, nel caso in cui sia incorso in decadenza, costituisca una lesione del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale. In tale ottica, la Corte di Cassazione, in qualità di giudice della giurisdizione, aveva prima minacciato di censurare<sup>7</sup> e poi cassato<sup>8</sup> alcune sentenze del giudice amministrativo che, in applicazione della regola della pregiudiziale, prima ritenevano inammissibile, poi rigettavano nel merito, la domanda di risarcimento del danno proposta in via autonoma rispetto a quella di annullamento.

Dall'altro, si è sostenuto che, in un regime in cui il breve termine di decadenza per l'impugnazione degli atti amministrativi è finalizzato alla salvaguardia della stabilità delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, il giudice amministrativo non possa, con riferimento al caso di specie, disapplicare l'atto illegittimo nell'ambito del solo giudizio risarcitorio<sup>9</sup>.

Nel susseguirsi delle vicende giurisprudenziali e delle elaborazioni dottrinali, si era cercato di operare una sintesi tra le due opposte interpretazioni, spostando la questione dall'universo processuale delle preclusioni a quello sostanziale della meritevolezza della tutela.

Ci si è chiesti, in altri termini, se debba essere risarcito il danno che sarebbe stato possibile evitare mediante il tempestivo esperimento degli ordinari mezzi di impugnazione approntati dall'ordinamento per la tutela giurisdizionale avverso l'attività illegittima della pubblica amministrazione.

---

<sup>6</sup> Cfr. Cass., SS.UU. civili, ordd. 13 giugno 2006, n. 13659-13660 e 16 giugno 2006, n. 13911, in *giustamm.it*, 6/2006, con commenti di: M.A. SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela"*; V. CERULLI IRELLI, *Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite*; G. MARI, *Osservazioni a prima lettura a margine di Cass., Sez. Un., 13 giugno 2006, n. 13660: la giurisdizione sulle domande risarcitorie proposte autonomamente e la pregiudiziale amministrativa*.

<sup>7</sup> Il riferimento è alla nota Cass. Civ., SS.UU., 23 dicembre 2008, n. 30254, commentata, tra gli altri, da: M. CLARICH, *La Corte di cassazione chiude ogni spazio alla pregiudizialità amministrativa*, in *Danno e resp.*, 2009, 7, 722; G. GRECO *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 2/2009, pp. 460 ss; E. PICOZZA, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A. – la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corriere giur.*, 2009, 5, 647; L. TORCHIA, *La pregiudiziale amministrativa dieci anni dopo la sentenza 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4/2009; R. GISONDI, *La Morte della pregiudiziale per un giudice amministrativo*, in *giustamm.it*, 2/2009.

<sup>8</sup> Cass. Civ., SS.UU., ord. 6 marzo 2009, n. 5464, in *Federalismi.it*, 8/2009, con commento di M.A. SANDULLI, *Ancora un passo (indietro) nel gioco dell'oca sulla pregiudiziale amministrativa*.

<sup>9</sup> Per un esame approfondito di tali questioni, G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione*, cit.

Stante la grande difficoltà a risolvere la questione in via interpretativa, proveniva dagli studiosi un unanime auspicio affinché l'*annosa querelle* venisse risolta con un intervento del legislatore<sup>10</sup>.

A ben vedere, la codificazione assume un valore fondamentale anche perché non vi era modo di disciplinare, in chiave meramente applicativa, i rapporti tra due azioni che hanno struttura e ragioni completamente differenti.

Per un verso, senza un espresso riferimento normativo, non si poteva subordinare l'esercizio di un'azione al previo esperimento di un'altra che ha oggetto e finalità differenti.

Anche perché, in effetti, non vi è motivo che in un sistema che offre molteplici tipologie di rimedi processuali si affermi la necessità di esperirli tutti quanti; soprattutto in quelle ipotesi, non rare nella pratica, in cui potrebbe non ravvisarsi, in capo al ricorrente, un apprezzabile interesse alla caducazione del provvedimento.

Per altro verso, però, si riteneva che l'illegittimità del provvedimento dovesse costituire l'oggetto principale del giudizio, incardinato tempestivamente, non essendo possibile per il giudice amministrativo dichiararla, *incidenter tantum*, ai soli fini di un giudizio risarcitorio.

D'altro canto, la necessità che, anche ai fini della soddisfazione di una pretesa risarcitoria, l'illegittimità del provvedimento venga accertata "*principaliter*"<sup>11</sup>, sembra ora essere stata confermata da un'altra norma del codice. L'art. 34, comma 3, c.p.a., richiamando sostanzialmente un principio elaborato dalla precedente giurisprudenza<sup>12</sup>, stabilisce che, quando nel corso del giudizio, ritualmente proposto, l'annullamento dell'atto impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> L'auspicio di un intervento legislativo era stato avanzato da molti Autori, tra i quali: V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in G. PELLEGRINO (a cura di), *Verso il codice del processo amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2010, p. 38; M.A. SANDULLI, *Pregiudiziale amministrativa: la storia infinita continua*, in *Federalismi.it*, 7/2009; G. PELLEGRINO, *Translatio e pregiudiziale: la ricerca dell'effettività*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009; R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"*, Relazione tenuta a Lecce, il 9 ottobre 2009, nel corso del Convegno "Il Codice del processo amministrativo", in *giustizia-amministrativa.it*; P. QUINTO, *Pregiudiziale amministrativa: la recta ratio e la misura che la definisce. La giustizia nell'amministrazione, plurime azioni e pluralità di termini*, in *giustizia-amministrativa.it*; F. D'ORO, *La pregiudiziale amministrativa, ovvero l'irrisolvibilità teorica di un problema irreali*, in *Lexitalia*, 5/2009; G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema ?*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 2/2009, pp. 460 ss.; M. CLARICH, *La pregiudiziale amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2008, 55 ss.; R. DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudiziale*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa, una storia infinita*, Giuridica editrice, Roma, 2008, p. 31.

<sup>11</sup> G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *giustamm.it*, 12/2010.

<sup>12</sup> Cfr., ad esempio, da ultimo, Cons. Stato, IV, 21 aprile 2009, n. 2435. Sulla continuità tra la disposizione codicistica e la pregressa elaborazione pretoria, T.A.R. Lazio, Roma, I, 2 dicembre 2010, n. 35027.

<sup>13</sup> Tra le prime applicazioni della norma, cfr. T.A.R. Marche, I, 10 gennaio 2011, n. 2.

Per un approfondimento in chiave problematica della tematica, E. PICOZZA, *op. cit.*, 66 ss., e F. CORTESE, *Sull'interesse a ricorrere ai fini dell'azione di condanna per danno da provvedimento illegittimo*, in *giustamm.it*, 6/2011.

In definitiva, la questione della pregiudiziale amministrativa, alla luce dell'importante contrasto tra giurisdizioni che ha determinato, rappresentava uno degli aspetti che impedivano di raggiungere l'obiettivo di una tutela piena nei confronti della pubblica amministrazione<sup>14</sup>.

La disciplina dell'azione risarcitoria dettata dal codice rappresenta una soluzione di compromesso e di composizione delle divergenti posizioni sopra ricordate, anche perché mira a definire un confine certo e chiaro tra la giustizia amministrativa e quella ordinaria soprattutto in quegli ambiti in cui l'invocato dialogo tra le giurisdizioni non aveva raggiunto i risultati sperati<sup>15</sup>.

Come evidenziato dall'autorevole dottrina, la disciplina dell'azione per il risarcimento del danno soddisfa la concreta esigenza di effettività di tutela giurisdizionale poiché garantisce, da un lato, la scelta per il danneggiato del rimedio processuale da esperire e, dall'altro, la certezza delle posizioni giuridiche di diritto pubblico<sup>16</sup>.

Come noto, recentemente, la nuova normativa ha costituito oggetto di autorevole pronunciamento da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza 23 marzo 2011, n. 3, dopo aver ripercorso l'evoluzione, da un lato, dell'interesse legittimo da situazione processuale a posizione prettamente sostanziale e, dall'altro, della natura stessa del processo amministrativo, ha svolto fondamentali considerazioni in merito ai rapporti tra l'azione risarcitoria e la caducazione del provvedimento illegittimo<sup>17</sup>. Si è riconosciuto come il codice del processo, peraltro in attuazione dei principi e criteri direttivi della legge delega n. 69 del 2009, ha superato la classica struttura meramente impugnatoria del giudizio amministrativo, ammettendo la proposizione di una molteplicità di azioni idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

In tale ottica, si è affermato che il legislatore non ha recepito la teorica della pregiudizialità processuale tra l'annullamento dell'atto illegittimo e l'azione risarcitoria ma ha mostrato di valutare la rilevanza sostanziale dell'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

---

<sup>14</sup> C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, 2008, 178 ss.

<sup>15</sup> P. DE LISE, *Discorso di insediamento del Presidente del Consiglio di Stato, 22/09/2010*, in *federalismi.it*, 18/2010, e, dello stesso A., *Verso il codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010.

<sup>16</sup> Per un approfondimento del principio di effettività, non soltanto in chiave processuale, fondamentale il recente lavoro di M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, cit., in particolare pp. 22 ss.

*Amplius* sulla funzione dei principi nel diritto amministrativo si veda, da ultimo, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, 67, a cura dello stesso A., in cui viene delineata l'evoluzione del principio di effettività che, pur essendo nato per sostenere il potere autoritativo dello Stato, è ormai volto a "supportare le concrete garanzie di esercizio e di soddisfazione dei diritti, a partire da quelli connessi alle azioni giurisdizionali nei confronti delle pubbliche amministrazioni" (p. 91).

<sup>17</sup> Non è questa, ovviamente, la sede per ripercorrere i complessi e problematici profili affrontati dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria. Sul tema ci si permette di richiamare gli autorevoli commenti di M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *giustamm.it*, 3-2011; N. PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo*, in *giustamm.it*, 4-2011; G. PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità*, in *giustamm.it*, 4-2011; P. QUINTO, *Le "convergenze parallele" nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 4-2011.

La positivizzazione dei rapporti tra le due azioni non priva di interesse e attualità l'approfondimento problematico su tale tema che, al contrario, è proprio stimolato dalla codificazione sopravvenuta. Quest'ultima, infatti, pur rappresentando un momento di indubbio rilievo, non vale tuttavia a sanare l'importante confronto giurisprudenziale e dottrinale che si era sviluppato in merito al problema della pregiudiziale amministrativa, in quanto la soluzione codicistica ammette, in via di principio, l'autonomia della domanda risarcitoria ma temperata con i due correttivi, proposti dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie: l'inserimento di un termine di natura decadenziale per l'esperimento dell'azione risarcitoria e la possibilità per il giudice di valutare la condotta inerte del privato che non abbia attivato tempestivamente i rimedi giurisdizionali.

Da un esame delle prime applicazioni giurisprudenziali della norma, del resto, emerge che la formulazione di questa disposizione continua a suscitare incertezze, ad esempio in merito alla compatibilità del termine decadenziale con il principio di effettività della tutela ovvero dell'esatta individuazione degli strumenti di tutela il cui esperimento possa rientrare nell'ordinaria diligenza.

## **2. I nuovi interventi del giudice amministrativo**

Nell'ambito di questo dibattito si inserisce la sentenza n. 3766 del 2011 del Tar Lazio, di poco successiva alla pronuncia citata dell'Adunanza Plenaria, particolarmente rilevante sia per le considerazioni di carattere teorico che per gli importanti risvolti pratici in essa contenuti.

Oggetto della controversia era una domanda di risarcimento del danno derivante dall'illegittima aggiudicazione di un contratto pubblico per la realizzazione di soggiorni estivi per anziani. In particolare la ricorrente, che era giunta seconda in graduatoria, essendo rimasti privi di riscontro sia l'atto di diffida che l'informativa ai sensi dell'art. 243 *bis* del d. lgs. 163/2006, aveva proposto ricorso giurisdizionale volto all'accertamento della sua pretesa risarcitoria, tenuto conto della già intervenuta esecuzione del servizio.

Si era in presenza, quindi, di una domanda risarcitoria non preceduta dall'annullamento dell'atto lesivo, né tale pronuncia demolitoria poteva soddisfare l'interesse del ricorrente, anche perché, come detto, al momento della proposizione del ricorso, il contratto era già stato eseguito.

Il profilo della sentenza di maggior interesse consiste nell'aver riconosciuto non solo l'ammissibilità in rito di un'autonoma azione risarcitoria, ma, soprattutto, la fondatezza nel merito della stessa. Se, come noto, il primo aspetto, che pur ha appassionato il recente dibattito giuridico, è stato positivamente risolto dal legislatore, il secondo costituisce ancora un profilo fortemente

problematico, essendo previsto il potere del giudice di escludere il risarcimento di quei danni che si sarebbero potuti evitare attraverso il tempestivo esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Nel caso di specie, il Collegio ha accertato, in via incidentale, la illegittimità dell'aggiudicazione in capo all'aggiudicataria per difetto di un requisito prescritto, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*. Il Tar ha constatato, inoltre, la diretta conseguenza del danno dalla condotta illegittima della stazione appaltante. Dal canto suo, il ricorrente aveva, per un verso, diffidato l'amministrazione dal procedere all'affidamento del servizio all'aggiudicataria e, per altro, notificato alla stessa l'informativa prevista dall'art. 243 *bis* del Codice degli appalti. Considerata, poi, la stretta prossimità temporale tra l'adozione degli atti di gara e il periodo di esecuzione del contratto, l'esperimento di una tempestiva impugnativa rischiava di non essere di alcuna utilità dal punto di vista del conseguimento di un risarcimento in forma specifica.

All'esito di tale percorso argomentativo, i giudici non hanno ritenuto rilevante, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno, la mancata impugnazione dell'atto illegittimo e, di conseguenza, hanno condannato l'amministrazione alla soddisfazione della pretesa risarcitoria.

La pronuncia suscita grande interesse, essendo uno dei primi casi in cui il comportamento complessivo del ricorrente è stato ritenuto conforme ai canoni dell'ordinaria diligenza, pur in assenza della previa impugnazione dell'atto lesivo.

Degna di nota è anche l'ordinanza 7 settembre 2011, n. 1628 del Tar Sicilia con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., dell'art. 30, comma 5, c.p.a., nella parte in cui assoggetta l'azione risarcitoria al termine di decadenza di centoventi giorni decorrenti dall'avvenuta formazione del giudicato di annullamento.

Nella specie, nell'ambito di un giudizio di ottemperanza, il ricorrente aveva chiesto il risarcimento del danno patrimoniale causato dall'emanazione di un provvedimento (poi dichiarato) illegittimo, per il periodo in cui tale provvedimento aveva avuto esecuzione. Ai sensi dell'art. 112, comma 4, c.p.a., che prevede la possibilità di proporre la domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a. nell'ambito del giudizio di ottemperanza, il Collegio avrebbe dovuto procedere alla conversione del rito in quello ordinario per l'esame dell'istanza risarcitoria.

Tale soluzione, però, essendo sottoposta alla verifica della correttezza e tempestività della domanda di risarcimento, non era concretamente percorribile considerato che essa era stata proposta oltre il termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento come invece prescritto, a pena di decadenza, dall'art. 30, comma 5, c.p.a.

Considerando che l'azione risarcitoria sarebbe stata comunque tempestiva se la sua proposizione fosse soggetta al termine quinquennale di prescrizione previsto dal diritto comune, il

Collegio ha ravvisato la rilevanza, ai fini del decidere, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, comma 5, c.p.a. e, pertanto, ha trasmesso gli atti del giudizio alla Corte Costituzionale.

### **3.1 La nuova disciplina dell'azione risarcitoria: la previsione di un termine di decadenza**

Tra le novità certamente più importanti della nuova disciplina vi è il fatto che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi viene trasformato in un termine decadenziale. La relativa azione, infatti, può essere esperita nel termine di decadenza di centoventi giorni<sup>18</sup>.

Fino all'entrata in vigore del Codice, la giurisprudenza sia civile che amministrativa, pur discordando sulla sussistenza della pregiudiziale, era concorde nel considerare il diritto al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi soggetto all'ordinario termine di prescrizione di cinque anni<sup>19</sup>. Anche per questo uno dei maggiori motivi di preoccupazione rispetto all'ammissibilità di un'autonoma azione risarcitoria riguardava il protrarsi dell'instabilità dei rapporti costituiti dal provvedimento per tutto il periodo quinquennale di prescrizione.

La disciplina contenuta nel codice, invece, raccogliendo i suggerimenti di parte della dottrina e giurisprudenza<sup>20</sup>, ha inserito un termine di natura decadenziale, con evidenti conseguenze non solo sulla durata dei termini stessi, ma, soprattutto, sull'impossibilità per l'interessato di interromperne il decorso ex art. 2943 c.c.

Si tratta di una norma con effetti dirompenti, soprattutto se paragonata alla disciplina dell'illecito aquiliano<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Tale termine è stato ridotto da quello originario di centottanta giorni previsto dalla nota Commissione istituita presso il Consiglio di Stato che, secondo quanto previsto dall'articolo 14, numero 2), del T.U. n. 1054 del 1924, ha predisposto lo schema originario del codice del processo.

Su questo aspetto, non stati accolti i rilievi formulati dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati che suggerivano il ripristino del termine di centottanta giorni.

<sup>19</sup> Non vi era omogeneità di vedute, semmai, sull'individuazione del *dies a quo* per il computo della prescrizione. Quest'ultima decorreva, secondo un orientamento, dalla data di adozione del provvedimento illegittimo (cfr., tra le pronunce più recenti, CGA, 30 marzo 2011, n. 291; Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2010, n. 8350, Cons. Stato, sez. VI, sent. 2 marzo 2009, n. 1166), mentre, secondo un altro filone giurisprudenziale, dal passaggio in giudicato della sentenza che lo ha annullato (cfr., Cons. Stato, sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5453).

Sulla natura pacificamente prescrizione del termine, nell'assetto previgente al Codice, si veda: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editore, 2009, 232 ss.

<sup>20</sup> Nel corso del dibattito intorno al problema della pregiudiziale amministrativa, la previsione di un termine di decadenza cui sottoporre l'azione risarcitoria era stata proposta da: R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento "regolato"*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009; G. PELLEGRINO, *Translatio e pregiudiziale: la ricerca dell'effettività*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2009.

<sup>21</sup> Cfr. G. SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010, che ha messo in luce l'evidente e ingiustificata disparità di trattamento, sotto il profilo dell'effettività della tutela, tra il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi e quello da lesione di diritti soggettivi. La previsione di un termine decadenziale di centoventi giorni sarebbe, infatti, lesiva del principio generale di effettività della tutela.



Proprio per questo motivo, è stata fortemente criticata da una parte della dottrina<sup>22</sup> che ne ha messo in luce la potenziale anticostituzionalità per violazione degli artt. 3, 24, 113 e del principio del giusto processo: la previsione di un termine decadenziale per la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione davanti al giudice amministrativo contrasterebbe, secondo tale linea di pensiero, con tutti questi precetti costituzionali, che mirano ad assicurare una pari tutela delle posizioni giuridiche davanti al giudice amministrativo e al giudice ordinario.

In realtà, l'esercizio di un diritto è stato subordinato a un termine di decadenza anche in altre ipotesi previste dall'ordinamento, nelle quali era particolarmente avvertita l'esigenza di salvaguardare la stabilità dei rapporti giuridici (non solo di diritto pubblico)<sup>23</sup>.

Il riferimento è a tutti quei casi in cui il conflitto tra l'esigenza di non pregiudicare la stabilità delle situazioni giuridiche fondate su delle determinazioni (ad esempio quelle societarie) e quella contrapposta di tutelare gli interessi che dall'invalidità delle stesse potrebbero essere danneggiati è stato composto con la previsione di un termine decadenziale<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> La critica è stata mossa, tra gli altri, da: C.E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e App.*, 9/2010, 1019; S. BALLERO, *L'azione risarcitoria nel nuovo Codice del processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 12/2010; F. MERUSI, *In viaggio con Laband...*, in *giustamm.it*, 2010, e in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 6, 658; G. VIRGA, *Il nuovo codice del processo amministrativo ed il mito di Crono*, in *lexitalia.it*, 2010; G. POLI, *Il risarcimento del danno ingiusto nella logica del Codice del processo amministrativo: brevi osservazioni di costituzionalità*, in *giustamm.it*, 10/2010.

Si segnala, tuttavia, che, già prima della redazione del Codice, i dubbi sulla legittimità costituzionale, per disparità di trattamento rispetto al regime della prescrizione dell'illecito civile, di una scelta legislativa in tal senso erano stati sollevati da R. DE NICTOLIS, *In difesa della pregiudiziale*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa, una storia infinita*, Giuridica editrice, Roma, 2008, p. 32.

<sup>23</sup> Come affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, nella nota sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254, non è incompatibile con il diritto interno e con il diritto dell'Unione Europea la previsione di un termine di decadenza per l'azione risarcitoria; infatti, è *“nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione, come si è visto quando ha assoggettato in campo societario al medesimo termine l'azione di impugnazione e quella di risarcimento spettante ai soci non legittimati all'esercizio della prima”*.

<sup>24</sup> Cfr., sul punto, Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917 secondo cui in molti casi, anche nei rapporti di diritto privato, viene privilegiata l'esigenza di certezza subordinando la possibilità di contestare la legittimità di determinate situazioni giuridiche ad un termine decadenziale, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria. Infatti, come il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno, senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della l. 604/66, allo stesso modo non può essere chiesto il risarcimento del danno in assenza di impugnativa di delibere condominiali o societarie, che hanno costituito la fonte del danno (per le seconde v. l'art. 2377, comma 6, c.c.).

Con riferimento all'illegittimo licenziamento, la Suprema Corte ha affermato che: *“al lavoratore che non abbia impugnato nel termine di decadenza suddetto il licenziamento è precluso il diritto di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del recesso e di conseguire il risarcimento del danno, nella misura prevista dalle leggi speciali. Peraltro, se tale onere non viene assolto, il giudice non può conoscere della illegittimità del licenziamento neppure per ricollegare, di per sé, al recesso conseguenze risarcitorie di diritto comune. La decadenza, infatti, impedisce al lavoratore di richiedere il risarcimento del danno secondo le norme codicistiche ordinarie, nella misura in cui non consente di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del licenziamento”* (Cass., sez. Lavoro, sent. 9 marzo 2007, n. 5545).

Per quanto riguarda il tema dell'impugnabilità delle delibere societarie, è giusto il caso di ricordare che si tratta di un ambito in cui è paradigmatica la necessità di individuare un equilibrio tra l'esigenza di non pregiudicare la stabilità delle deliberazioni e l'altra di tutelare gli interessi che dall'invalidità delle stesse potrebbero essere danneggiati.

Sul punto, sembra che le eccezioni di incostituzionalità possano essere superate avendo riguardo alla *ratio* principale sottesa alla norma, cioè quella di contemperare i profili di tutela del privato con le esigenze di stabilità dell'azione amministrativa. Infatti, come ha affermato autorevole dottrina<sup>25</sup>, era necessario che l'esercizio dell'azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi venisse subordinato a termini diversi rispetto all'ordinaria azione risarcitoria, soprattutto in considerazione delle esigenze di certezza dei rapporti correlate all'esercizio del potere amministrativo.

Comunque, nel caso in cui siano lese posizioni di diritto soggettivo, la relativa domanda di risarcimento conserva il termine di prescrizione di cinque anni di cui all'art. 2947 c.c. Anche in questa ipotesi, comunque, il giudice amministrativo ricorrerà, ai fini della liquidazione del danno, ad una valutazione della condotta del privato che non abbia attivato tempestivamente gli strumenti di tutela previsti<sup>26</sup>.

Per quanto riguarda l'individuazione del *dies a quo* del termine di decadenza, il terzo comma dell'art. 30 stabilisce che quest'ultimo decorre dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo, mentre il quinto comma prevede che, nel caso in cui sia stata proposta anche un'azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza<sup>27</sup>.

Proprio con riferimento a tale ultima parte della disposizione il Tar Sicilia ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost., dell'art. 30, comma 5, c.p.a., nella parte in cui assoggetta l'azione risarcitoria al termine di decadenza di centoventi giorni decorrenti dall'avvenuta formazione del giudicato di annullamento<sup>28</sup>.

---

In questo senso si è mossa anche la riforma della disciplina delle società, effettuata con il decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 6. Secondo i principi e i criteri direttivi della delega, si è cercato proprio di contemperare le esigenze di tutela dei soci con quelle di funzionalità e di certezza dell'attività sociale.

La filosofia della novella è stata la stabilità delle deliberazioni assembleari, evitando che queste restino per troppo tempo esposte all'azione di nullità esperibile da chiunque vi abbia interesse.

Per le due azioni, di annullamento e risarcimento, generalmente è previsto lo stesso termine, salvo qualche eccezione.

Ad esempio, l'art. 2379 ter prevede che l'impugnazione dell'invalidità delle deliberazioni di aumento o di riduzione del capitale e dell'emissione di obbligazioni non possa essere proposta dopo che siano trascorsi centottanta giorni dall'iscrizione nel registro delle imprese; resta salvo, però, il diritto al risarcimento del danno.

Il diritto al risarcimento del danno è fatto salvo anche dal secondo comma dell'art. 2504 ter, il quale stabilisce che l'invalidità dell'atto di fusione non possa essere pronunciata dopo l'iscrizione dell'atto della fusione stessa.

<sup>25</sup> Cfr. G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *giustamm.it*, 12/2010. Le perplessità dell'A. sulla soluzione adottata dal codice derivano piuttosto dalla coincidenza di questo termine con quello ordinario di impugnazione del provvedimento amministrativo in sede di ricorso straordinario.

<sup>26</sup> E. PICOZZA, *op. cit.*, p.58.

<sup>27</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. Tar Sicilia, Palermo, sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628. In via teorica, non potrebbe comunque escludersi che la Corte Costituzionale sollevi d'ufficio la questione di legittimità anche con riferimento ad altri profili della disposizione. Per un generale approfondimento del ruolo della Corte come giudice *a quo* e dei possibili sviluppi del *thema decidendum* del giudizio di costituzionalità, può vedersi, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2008, 150 ss. e 213 ss.

In particolare, argomentando dalla diversa natura di prescrizione e decadenza – l’una legata in qualche modo all’inerzia del titolare del diritto, l’altra all’esigenza di certezza del diritto –, il giudice *a quo* ha ravvisato che tale esigenza di certezza dei rapporti non sia sussistente in materia di risarcimento del danno, soprattutto nell’ipotesi, come quella disciplinata dall’art. 30, comma 5, c.p.a., di azione risarcitoria non autonoma bensì conseguente alla proposizione dell’azione di annullamento del provvedimento lesivo.

Il Giudice *a quo* ritiene che le vicende relative all’azione risarcitoria non incidono “*sulla dinamica dei rapporti giuridici di cui lo stesso soggetto è titolare, né sulla certezza delle situazioni e posizioni giuridiche correlate, rilevando solo sul piano della reintegrazione patrimoniale dello spostamento di ricchezza conseguente all’illecito*”. Infatti, se la previsione di un termine di decadenza potrebbe trovare giustificazione, nel caso di azione risarcitoria svincolata dalla pronuncia costitutiva d’annullamento, per l’accertamento sia pure incidentale che deve essere svolto sull’illegittimità del provvedimento lesivo, non altrettanto può dirsi per l’ipotesi in cui la richiesta di risarcimento sia conseguente a un giudicato demolitorio. In questi casi, infatti, secondo il Collegio, la definitiva certezza prodotta sul rapporto dal passaggio in giudicato della sentenza che annulla l’atto illegittimo non giustifica la previsione di un breve termine di decadenza per l’azione risarcitoria, in quanto essa incide soltanto sul profilo della regolazione patrimoniale dei rapporti.

### **3.2 Un limite sostanziale all’autonomia dell’azione risarcitoria**

La nuova disciplina dell’azione risarcitoria prevede che il giudice amministrativo escluda il risarcimento di quei danni che il privato avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’attivazione dei rimedi giurisdizionali a ciò, tradizionalmente, previsti.

Recependo un precedente indirizzo interpretativo che aveva rinviato il dibattito sulla c.d. pregiudiziale amministrativa dal piano della preclusione processuale alla meritevolezza della tutela, il legislatore ha introdotto un secondo correttivo alla possibilità di esperire un’autonoma azione risarcitoria che consiste nella valutazione, ai fini della determinazione del danno, della condotta inerte del privato che non abbia, tra l’altro, impugnato tempestivamente il provvedimento lesivo<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> In effetti, anche la giurisprudenza amministrativa aveva, con il tempo, mutato atteggiamento nei confronti della proposizione di un’autonoma domanda risarcitoria. La mancata impugnazione dell’atto amministrativo non dava più luogo, aprioristicamente, a una pronuncia in rito di inammissibilità ma, se del caso, a un rigetto nel merito della domanda, in quanto non si riteneva meritevole di risarcimento quel danno che, in qualche modo, il privato si era autoprodotta non impugnando tempestivamente il provvedimento illegittimo.

Tali principi, inizialmente affermati dalle Sezioni Unite, nelle note ordinanze gemelle 13 giugno 2006, n. 13659-13660, sono stati ripresi, tra le altre, da: CGA, 23 settembre 2008, n. 780.

In altri termini, non si considera meritevole di risarcimento un danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento<sup>30</sup>. Ciò ha indotto alcuni commentatori a ritenere che la pregiudizialità amministrativa, anche se superata dal punto di vista formale, sia stata invece reintrodotta dal punto di vista sostanziale<sup>31</sup>.

In linea di principio è, dunque, possibile esperire il rimedio risarcitorio senza aver previamente coltivato l'azione per l'annullamento del provvedimento illegittimo. D'altronde, l'autonomia, almeno formale, della domanda risarcitoria è affermata anche dal quarto comma

---

Si vedano anche, tra le più recenti, Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4522 in *Giornale Dir. Amm.*, 2010, 9, 966, e T.A.R. Veneto, sez. III, 26 maggio 2010, n. 2208, secondo cui la domanda di risarcimento danni che non sia stata preceduta dall'annullamento dell'atto asseritamente illegittimo è ammissibile ma infondata nel merito.

In dottrina, il tema era stato affrontato chiaramente da F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa, una storia infinita*, Giuridica editrice, Roma, 2008, p. 37 ss.

Recentemente, inoltre, nella fondamentale pronuncia n. 3 del 23 marzo 2011, l'Adunanza Plenaria ha affermato che tale soluzione costituisce una positivizzazione di principi che erano già desumibili dal sistema normativo antecedente all'entrata in vigore del codice. Nello stesso senso, cfr. anche Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983, secondo cui l'art. 1227, cpv., c.c. è applicabile anche alle controversie proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo, rappresentando una regola che si fonda sul canone generale di correttezza e di buona fede oggettiva. Sul punto si veda, tra le altre, TAR Lombardia, Milano, II, 21 marzo 2011, n. 759.

<sup>30</sup> Incidendo sulla meritevolezza del risarcimento, questa disposizione è stata, da alcuni, considerata una norma di carattere sostanziale e, quindi, suscettibile di censura per eccesso di delega nell'ambito di un articolato normativo che, dovendo riguardare direttamente la riforma del processo amministrativo, dovrebbe contenere soltanto norme processuali (da ultimo, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 208; C.E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo*, cit., 1020).

D'altro canto, è insegnamento tradizionale che la giustizia amministrativa è un'esperienza nella quale i profili processuali sono strettamente connessi a quelli sostanziali (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 20).

Con riguardo al codice del processo, la dottrina ne ha sottolineato il carattere bifronte in cui al versante più palese, riguardante il riordino delle norme del processo davanti ai Tar e al Consiglio di Stato, fa da contraltare quello che riguarda più in generale la disciplina sostanziale dell'azione amministrativa e della situazione giuridica vantata dal cittadino nei confronti dei pubblici poteri (recentemente, S. PAJNO, *La giustizia amministrativa all'appuntamento con la codificazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 2010, 1, 135 ss.) Nella stessa Commissione incaricata di redigere le prime bozze del codice, era stata presa in considerazione l'idea, poi non concretizzata, di denominare il nuovo testo "*codice della giustizia amministrativa*" e non soltanto "*codice del processo amministrativo*" (tra gli altri, il riferimento è a G. PELLEGRINO, *Un codice della giustizia amministrativa (più che del processo)*, in G. PELLEGRINO (a cura di), op. cit., pp. 71 ss.).

<sup>31</sup> Si segnala, ad esempio, M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e aperture a nuove tutele*, in *giustizia-amministrativa.it* e in *Giorn. dir. amm.*, 11/2010, pp. 1121 ss.; E. FOLLIERI, *Le azioni di condanna*, in F.G. COCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 196; S. CIMINI, *La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali*, in *giustamm.it*, 9/2011. Critica anche la posizione di C.E. GALLO, *Il Codice del processo amministrativo: una prima lettura*, in *Urb. e App.*, 9/2010, 1020.

Secondo altri si tratterebbe di un onere di diligenza "rafforzato", che potrebbe esulare dalla diligenza ordinaria del buon padre di famiglia, posto che la norma condiziona l'accoglimento del rimedio risarcitorio all'attivazione di strumenti che esorbitano dall'ambito della correttezza (cfr. il commento di S. FANTINI all'art. 30 c.p.a. in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*), Roma, Nel diritto editore, 2010, p. 513.

Positiva, invece, la valutazione di E.M. BARBIERI, *L'amministrazione può fare quel che vuole, purchè paghi*, in *giustamm.it*, 1/2011. Si ritiene, infatti, che attribuire alla mancata impugnazione tempestiva dell'atto illegittimo un effetto riduttivo della misura del risarcimento possa stimolare la possibilità di un effettivo ripristino della legalità dell'azione amministrativa.

dell'art. 7 c.p.a. laddove attribuisce alla giurisdizione generale di legittimità le controversie risarcitorie, pur se introdotte in via autonoma<sup>32</sup>.

In sede di liquidazione del danno, tuttavia, il giudice deve valutare tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, deve escludere il risarcimento per quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti<sup>33</sup>.

In altri termini, l'esperimento degli strumenti di tutela non è una condizione necessaria per l'ammissibilità della domanda risarcitoria, ma può incidere sulla misura, e, forse, sulla stessa spettanza del diritto al risarcimento. In ciò consiste la vera rivoluzione del rapporto tra le due azioni operata dal codice perchè l'indagine del giudice sul rapporto sostanziale non verte più solo sul piano dell'ingiustizia del danno ma, anche e soprattutto, su quello della causalità. Se la mancata attivazione degli strumenti di tutela ha inciso causalmente sull'esistenza stessa del danno, l'illegittimità del provvedimento non può essere valutata - *ex se* - ai fini dell'imputazione del danno.

Tale problematica, come accennato, è stata recentemente affrontata nella fondamentale sentenza n. 3 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, dopo aver ripercorso l'evoluzione dell'interesse legittimo e della natura stessa del processo amministrativo, ha affermato che l'art. 30 c.p.a. ha introdotto un "*necessario temperamento all'autonomia processuale delle tutele cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria*".

Nell'attribuire un valore significativo alla diligenza del privato, ai fini della determinazione del danno, il legislatore del codice ha seguito, ma senza inserire un esplicito richiamo, lo schema dell'art. 1227 c.c. che disciplina il concorso del fatto colposo del creditore.

In effetti, la scelta di non inserire un espresso riferimento all'art. 1227 c.c. è stata opportuna, soprattutto avendo riguardo alla giurisprudenza civile formatasi su tale norma.

In proposito, va ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'art. 1227, comma 2, non si limita a richiedere al creditore un comportamento di mera astensione teso a non aggravare con il fatto proprio il pregiudizio già verificatosi, ma gli impone altresì, secondo i principi generali della correttezza e buona fede, una condotta positiva diretta a limitare le conseguenze dannose del comportamento del debitore, intendendosi escluse dall'ambito

---

<sup>32</sup> L'insieme di queste norme, oltre all'art. 34 c.p.a., ha consacrato, "*in termini netti, la reciproca autonomia processuale tra i diversi sistemi di tutela, con l'affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto al paradigma caducatorio*" (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3).

<sup>33</sup> La nuova disciplina sembra aver seguito lo schema dell'art. 839 del BGB tedesco che, in merito alla responsabilità derivante dall'esercizio di funzioni pubbliche, prevede che il risarcimento del danno è escluso se il soggetto leso ha omesso dolosamente o colposamente di evitare il danno attraverso la proposizione di un mezzo di impugnazione.

dell'ordinaria diligenza richiesta al creditore solo quelle attività che siano gravose ed eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici<sup>34</sup>.

Tuttavia, secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'attivazione del rimedio giurisdizionale non rientra nel novero di quelle attività che il danneggiato ha l'onere di porre in essere al fine di evitare il danno. È stato escluso, infatti, che si possa chiedere al danneggiato di far valere tempestivamente in giudizio il suo diritto nei confronti del danneggiante<sup>35</sup>. In particolare, recentemente i giudici della Suprema Corte hanno affermato che l'obbligo di diligenza gravante sul creditore, che rappresenta espressione del più generale dovere di correttezza nei rapporti fra gli obbligati, non comprende anche l'obbligo di esplicare una straordinaria o gravosa attività, nella forma di un "*facere*" non corrispondente all'*id quod plerumque accidit*. Il comportamento operoso richiesto al creditore, improntato all'ordinaria diligenza, non ricomprende, per sua stessa definizione, attività tali da comportare sacrifici, esborsi o assunzione di rischi, quale può essere l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicitazione di una mera facoltà, dall'esito non certo. Pertanto, il creditore non è tenuto a citare in giudizio il debitore per evitare che l'inadempimento si aggravi<sup>36</sup>.

Tale impostazione è stata rivisitata dalla più recente giurisprudenza amministrativa<sup>37</sup> che, applicando in chiave processuale l'elaborazione della Suprema Corte sull'abuso del diritto, ha ritenuto che un simile abuso possa verificarsi anche attraverso la scelta omissiva di non attivare i vari strumenti approntati dall'ordinamento, utili ad evitare o limitare il danno. In questo senso,

---

<sup>34</sup> In questi termini Cass., sez. 3, 30 marzo 2005, n. 6735; Cass., sez. 3, 11 gennaio 2002, n. 317; Cass., sez. 3, 14 maggio 1997, n. 4232; Cass., sez. 3, 10 ottobre 1997, n. 9874; Cass., sez. 3, 9 aprile 1996, n. 3250.

Cfr. anche Cass., sez. 3, 29 settembre 1999, n. 10763 nella quale si afferma che: "*Il dovere di correttezza imposto al danneggiato dalla norma di cui all'art. 1227 c.c. comporta che non sono risarcibili i soli danni che sarebbero stati evitabili con l'ordinaria diligenza. Sono escluse dall'ambito della detta diligenza, peraltro, le attività che comportino, per il creditore - danneggiato, notevoli rischi o spese*".

<sup>35</sup> Cfr. Cass., sez. 2, 14 agosto 1997, n. 7618; Cass., sez. 1, 7 novembre 1988, n. 5995. Si veda anche Corte Cost., ord. 14 luglio 1999, n. 308 in cui si legge: "*l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento*". D'altro canto, tali principi sono stati affermati dalla Suprema Corte anche con specifico riferimento agli atti amministrativi, escludendo l'onere di impugnazione da parte del danneggiato (cfr. Cass., 14 luglio 1961, n. 1714, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1779 ss).

Tale orientamento è stato seguito anche dai giudici amministrativi che hanno affermato che nei giudizi aventi ad oggetto la responsabilità della P.A. per danni derivanti da atti illegittimi da essa adottati, la mancata impugnazione da parte dell'interessato di provvedimenti sopravvenuti, ostativi alla reintegrazione in forma specifica, non costituisce in astratto un dato preclusivo alla proposizione dell'istanza risarcitoria, sia per conseguire il risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo, sia per ottenere il risarcimento per perdita di *chances*, atteso che la mancata impugnazione dei suddetti provvedimenti non integra un comportamento rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., atteso che il dovere di correttezza dallo stesso imposto al danneggiato presuppone un'attività che avrebbe avuto il risultato sicuro di evitare o ridurre il danno, senza implicare l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad un'attività gravosa od implicante rischi e spese (Cons. St., sez. V, 19 maggio 2009, n. 3066).

È bene, tuttavia, segnalare anche Cass., sez. Lavoro, 26 novembre 1994, n. 10072 secondo cui nella nozione di ordinaria diligenza del creditore rientra anche il tempestivo esercizio del proprio diritto, ossia l'esercizio non differito fino al limite del termine di prescrizione, qualora il trascorrere del tempo possa determinare un incremento del danno.

<sup>36</sup> Cass., sez. 1, 5 maggio 2010, n. 10895.

<sup>37</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3/2011, cit.

anche l'omessa impugnazione di un provvedimento illegittimo può essere considerata un comportamento contrario alla buona fede nella misura in cui una tempestiva reazione avrebbe escluso o limitato il danno. In quest'ottica, l'esperimento di strumenti di tutela, anche in via amministrativa, può essere prova di piena e leale collaborazione del privato, con la conseguenza che, ove la p.a. non si adoperi per rimuovere l'atto ingiustamente lesivo, non potrà essere evitato il risarcimento del danno<sup>38</sup>.

Secondo un recente orientamento dottrinale, in ogni caso, l'onere di attivazione degli strumenti di tutela richiesto dall'art. 30 c.p.a. non deriverebbe dall'applicazione dell'art. 1227 c.c. ma da una regola speciale che origina dalla permanente concezione pubblicistica della responsabilità dei pubblici poteri secondo la quale l'eliminazione del provvedimento illegittimo costituisce il mezzo ordinario e preferibile di protezione dell'interesse pubblico<sup>39</sup>. D'altra parte, è evidente che l'art. 30 c.p.a. risponde alla finalità di risolvere un problema di rapporti tra due diverse forme di tutela che è del tutto estranea all'art. 1227 c.c.

È interessante, altresì, rilevare che mentre nelle prime bozze di codice predisposte dalla Commissione era previsto che il giudice potesse escludere il risarcimento, l'art. 30 c.p.a. stabilisce che il giudice "*comunque esclude il risarcimento*" per questo tipo di danni<sup>40</sup>.

Secondo un autorevole pensiero, sarebbe preferibile questa seconda previsione poiché ci si chiede (se e) quale spazio di discrezionalità possa rimanere al giudice dopo aver rinvenuto tutti gli elementi integrativi della fattispecie e cioè dopo aver accertato che l'ordinaria diligenza del ricorrente avrebbe evitato il danno<sup>41</sup>.

In ogni caso, la drastica previsione, per cui il giudice deve comunque escludere il danno che sarebbe stato possibile evitare attraverso l'attivazione degli strumenti di tutela, non deve condurre ad un'applicazione automatica della norma, scevra dalla valutazione dell'elemento psicologico e della condotta complessiva di entrambe le parti, sia del danneggiato, ma anche del danneggiante. Infatti, non può nascondersi come l'onere di ridurre il danno derivante dall'azione amministrativa illegittima non può essere riferito soltanto al privato leso, posto che uguale possibilità di limitazione

---

<sup>38</sup> Su questi aspetti, cfr. G. PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità*, cit.

<sup>39</sup> Cfr. R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna*, cit.

<sup>40</sup> Sul punto sono quindi confermati i pensieri di autorevole dottrina secondo cui i primi approfondimenti dottrinali sul Codice non potranno non contenere almeno un confronto fra i vari schemi di articolato che si sono susseguiti nel corso della codificazione (L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2010).

<sup>41</sup> Cfr. le considerazioni del Pres. CORAGGIO nel convegno che si è tenuto presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010. Sia consentito il richiamo al breve resoconto contenuto in M. NUNZIATA, *Il processo amministrativo- ieri, oggi, domani. Convegno svoltosi presso il Consiglio di Stato il 19 maggio 2010*, in *giustamm.it*, 2010.

dei danni ha anche l'amministrazione che quel danno ha cagionato, ad esempio esercitando il proprio potere di annullamento d'ufficio<sup>42</sup>.

Di conseguenza, il giudice non potrà escludere a priori il risarcimento per il privato che non abbia esperito tempestivamente il rimedio costitutivo dovendo, invece, procedere ad una valutazione completa del rapporto sostanziale dedotto in giudizio che comporterà l'accertamento della condotta tenuta da tutti i soggetti, anche sotto il profilo dell'elemento psicologico della colpa<sup>43</sup>.

Proprio attraverso la valutazione dell'elemento colposo, la disciplina dell'azione risarcitoria potrà, per un verso, garantire una tutela piena ed effettiva dei danneggiati dall'azione amministrativa e, per altro, porre a riparo da comportamenti opportunistici della parte privata e di quella pubblica. D'altro canto, è ormai pacifico che, in assenza di alcuna specifica norma di deroga al diritto comune, all'amministrazione debba essere riservato lo stesso trattamento che spetta, secondo le norme e i canoni del diritto civile, a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento<sup>44</sup>. Infatti, come è stato autorevolmente messo in luce, dagli artt. 24 e 113 Cost. emerge la chiara volontà del Costituente di assicurare lo stesso livello di protezione, sotto il profilo dell'effettività e completezza della tutela giurisdizionale, tanto ai diritti soggettivi quanto agli interessi legittimi<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> Come commentato da M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e aperture a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2010, 1121 ss., di tali circostanze aveva tenuto conto la Commissione nella redazione dello schema di codice che, nella sua versione originaria, rimetteva sostanzialmente a un apprezzamento discrezionale del giudice l'esclusione del risarcimento. Il Collegio doveva, infatti, valutare non solo il mancato esercizio degli strumenti di tutela da parte del privato ma anche il comportamento dell'amministrazione che, pur sollecitata, non fosse intervenuta in autotutela per eliminare d'ufficio il provvedimento illegittimo.

<sup>43</sup> Per un approfondimento dell'elemento della colpa nell'ambito della responsabilità civile dell'amministrazione, può vedersi il recente lavoro di S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino Giappichelli, 2008.

Riguardo all'individuazione dell'elemento colposo, recentemente il Consiglio di Stato ha affermato che "*ai fini del riconoscibilità del risarcimento del danno da atto illegittimo, la colpa della P.A. va ricondotta alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili*" (Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983). Di recente, nelle tre ordinanze che nel prosieguo si analizzeranno brevemente, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno connesso l'elemento colposo al "*comportamento consistito per contro nella emissione di atti favorevoli, poi ritirati per pronunzia giudiziale o in autotutela, atti che hanno creato affidamento nella loro legittimità ed orientato una corrispondente successiva condotta pratica, poi dovuta arrestare*" (cfr. Cass., Sez. Un. civ, 23 marzo 2011, n. 6594).

Su questo aspetto, deve tenersi presente, in ogni caso, anche l'orientamento secondo cui il concetto di colpevolezza, quando si riferisce all'azione autoritativa della pubblica amministrazione, perde la sua tradizionale connotazione civilistica e si identifica con la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che, secondo quanto stabilito dall'art. 97 Cost., costituiscono criterio di controllo della discrezionalità esercitata dalla P.A.

<sup>44</sup> Cfr. CGA, sez. giurisdiz., 18 aprile 2006, n. 153; Cons. Stato, IV, 6 luglio 2004, n. 5012, e Id. 10 agosto 2004, n. 5500. Sui profili di specialità della responsabilità della pubblica amministrazione che permangono, in ragione della particolare conformazione sostanziale degli interessi in gioco, cfr. L. TORCHIA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, Giuffrè, 2003, 1684 ss.

<sup>45</sup> In questo senso, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, Cedam, 2000, 162. In particolare, sul contenuto e sulle problematiche dell'art. 24 Cost., si veda A. POLICE, *Commento sub art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. 1, Torino, Utet, 2006, 501 ss.



Il progressivo ampliamento della latitudine del rapporto sostanziale oggetto del processo trova conferma, in chiave apparentemente solo processuale, anche nell'art. 41, comma 2, c.p.a. che, in caso di azione di condanna, individua nell'eventuale beneficiario dell'atto illegittimo una parte necessaria del giudizio anche se meramente risarcitorio. La norma assume rilevanza, ad esempio nella contrattualistica pubblica, in quanto lega la posizione dell'aggiudicatario illegittimo all'esito del giudizio risarcitorio: generalmente, infatti, l'aggiudicatario potrebbe non avere interesse alla decisione della domanda risarcitoria, soprattutto laddove il contratto sia già stato eseguito. Estendendo la formazione del giudicato sull'illegittimità dell'atto anche nei suoi confronti, invece, la disposizione conferma l'interesse dell'aggiudicatario a dimostrare la legittimità degli atti di gara, ben potendo sorgere obblighi restitutori dall'esecuzione di un rapporto reso senza titolo a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Recentemente, infatti, la giurisprudenza amministrativa, muovendo dalla nota direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, ha affermato che *“la declaratoria di inefficacia del contratto con effetti ex tunc possa comportare il recupero delle somme versate all'aggiudicatario “illegittimo” e ciò può avvenire nei limiti dell'arricchimento”*<sup>46</sup>. In altri termini, si ammette la possibilità che, avendo eseguito il contratto sulla base di un titolo illegittimo, l'aggiudicatario debba restituire l'utile di impresa conseguito, secondo il principio civilistico dell'arricchimento senza causa.

### 3.3 L'individuazione degli strumenti di tutela da esperire

Per quanto riguarda la concreta individuazione degli strumenti di tutela il cui esperimento possa contribuire a evitare il danno<sup>47</sup>, dall'ampiezza del dato normativo era sorto un interessante confronto di tesi dottrinali; infatti, alla tesi più elastica che, tra l'altro, voleva ricomprendere nell'onere di diligenza anche l'invito all'autotutela<sup>48</sup> se ne aggiungeva un'altra che, invece, era più propensa ad escludere tale eventualità<sup>49</sup>. Un apparente ostacolo alla prima tesi era rappresentato dal noto principio per cui il potere di annullamento d'ufficio costituirebbe uno strumento di autotutela attivabile nell'esclusivo interesse pubblico e che quale l'amministrazione non sarebbe obbligata a utilizzare anche per rimediare alla lesione di un interesse del privato. In realtà il principio della

<sup>46</sup> Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2011, n. 4089.

<sup>47</sup> È interessante notare la differenza, anche su questo punto, tra i vari schemi di codice che si sono succeduti. Mentre il testo predisposto dalla Commissione prevedeva l'esercizio dei mezzi di tutela o l'impulso dell'autotutela, il testo modificato dal Consiglio dei Ministri del 16 aprile 2010 conteneva, invece, un espresso riferimento all'impugnazione del provvedimento.

Accogliendo i rilievi suggeriti dalle Commissioni Parlamentari, il richiamo esplicito all'impugnazione è stato eliminato dal testo definitivo che contiene, ora, un generico riferimento agli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

<sup>48</sup> Cfr., ad esempio, R. GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna*, cit.

<sup>49</sup> G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *giustamm.it*, 12/2010.

spontaneità dell'autotutela non sembra potersi invocare a fronte di un'istanza presentata prima dello scadere del termine per la proposizione dell'azione risarcitoria perché, fino a questo momento, l'adozione del provvedimento illegittimo rileva come fatto illecito, di cui l'amministrazione è obbligata a rimuovere gli effetti dannosi.

Chiarendo la portata della norma in esame, nella citata sentenza n. 3 del 2011, l'Adunanza Plenaria ha affermato che la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento delle parti consente di valutare non solo l'omessa attivazione del rimedio demolitorio ma anche il ricorso agli altri rimedi che possono evitare il danno, quali ad esempio i ricorsi amministrativi e l'invito all'amministrazione di adottare provvedimenti in autotutela. Del pari, si è affermata la possibilità di valutare l'omissione di ogni altro comportamento potenzialmente esigibile dal privato in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo.

Nel caso oggetto della sentenza del Tar Lazio in rassegna, i giudici hanno considerato che il ricorrente aveva non solo diffidato l'amministrazione dal procedere all'affidamento del servizio ma anche notificato alla stessa la diffida ai sensi dell'art. 243 *bis* del Codice degli appalti e hanno ritenuto l'attivazione di tali strumenti conforme ai canoni dell'ordinaria diligenza, riconoscendo, quindi, il diritto al risarcimento del danno. Come noto, infatti, l'istituto dell'informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale consente all'amministrazione di decidere tempestivamente, a fronte delle denunciate illegittimità della procedura ad evidenza pubblica, se adottare, o meno, determinazioni in via di autotutela<sup>50</sup>.

In un'altra recentissima pronuncia, al contrario, la tardiva proposizione della lite - due anni dopo la conoscenza dell'atto lesivo - è stata ritenuta una condotta contraria all'ordinaria diligenza, essendo volta a conseguire unicamente il ristoro patrimoniale, considerato che sia una tempestiva impugnazione, anche attraverso la richiesta di idonee misure cautelari, sia altre iniziative stragiudiziali, come l'invito all'autotutela, avrebbero potuto evitare, o quantomeno ridimensionare, l'entità del danno<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Per un approfondimento specifico dell'istituto previsto dall'art. 243 *bis* del d. lgs. n. 163/2006, può vedersi, da ultimo, D. DE PRETIS, *Il sistema della protezione preventiva*, 26 ss., in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2010, 3 ss. e S. OGGIANU, *Profili della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici*, 1009 ss., in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, Utet, 2010, 981 ss. *Amplius* sulle molteplici questioni problematiche, anche in chiave processuale, poste dal d. lgs. n. 163/2006, come modificato dal d. lgs. n. 53/2010, cfr., tra gli altri, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, a cura di A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, Roma, IGOP, 2010, VI ed.

<sup>51</sup> Tar Emilia Romagna, Parma, 25 maggio 2011, n. 151 in cui si afferma che: “l'interesse all'annullamento, riferito al momento della conoscenza dell'esistenza dell'atto lesivo, si presentava allora suscettibile di adeguata soddisfazione, mentre la condotta complessiva dei ricorrenti, connotandosi per scelte opportunistiche contrastanti con il canone della buona fede, ha palesato una chiara violazione degli obblighi cooperativi che, come si è detto, gravano sul creditore danneggiato”.

La domanda di risarcimento del danno è stata disattesa anche in un altro caso in cui il danneggiato aveva esperito unicamente il ricorso gerarchico. Ritenendo non sufficiente ad integrare il canone dell'ordinaria diligenza né l'esperimento di un rimedio amministrativo interno, né l'invito o l'avvertimento all'amministrazione sull'illegittimità del provvedimento, il Consiglio di Stato ha affermato che, per vedere soddisfatta la pretesa risarcitoria, il danneggiato avrebbe dovuto avanzare un vera e propria domanda di giustizia, ossia un ricorso diretto all'annullamento dell'atto in modo da far cessare la produzione degli effetti dannosi<sup>52</sup>.

Da quest'ultimo caso, emerge, quindi, come la giurisprudenza non si limiti a valutare la condotta complessiva delle parti ma richieda, al contrario, che il danneggiato agisca in giudizio per ottenere l'annullamento dell'atto lesivo<sup>53</sup>. Tali considerazioni, che sosterebbero la tesi della c.d. pregiudizialità mascherata, devono trovare un necessario temperamento attraverso la definizione di particolari condizioni al ricorrere delle quali il mancato previo esperimento del rimedio impugnatorio è in grado di limitare il sorgere del diritto al risarcimento del danno. Nella medesima pronuncia si afferma che ciò avviene quando la mancata azione giudiziale è caratterizzata da colpevolezza e quando sussista un nesso di consequenzialità diretta fra la pretermissione e l'insorgenza del danno, in modo che quest'ultimo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse diligentemente esercitato l'azione di annullamento.

D'altro canto, il fatto che la condotta negligente sia valutata ai fini processuali sembra rappresentare una tendenza del legislatore contemporaneo, specie nella materia della contrattualistica pubblica, allorché ha previsto, agli artt. 124 c.p.a. e 243 *bis*, d. lgs. 163/2006, che debba essere valutata, nel primo caso, la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non proponga la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto e, nel secondo, l'omissione dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso e dell'inerzia della stazione appaltante<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Cons. Stato, VI, 31 marzo 2011, n. 1983.

<sup>53</sup> In questo senso, sono quindi confermati i rilievi di chi ha messo in luce come, pur considerando l'ampliamento delle tecniche di tutela, l'azione di annullamento conservi tuttora centralità e preminenza nel processo amministrativo (cfr. S. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra "cambio di paradigma" e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 885; P. QUINTO, *Le "convergenze parallele" nel processo amministrativo*, cit.)

<sup>54</sup> L'incidenza delle nuove disposizioni in materia di contrattualistica pubblica sul rapporto tra le due forme di tutela ha costituito recentemente oggetto di ampio approfondimento da parte di M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno*, 76 ss, in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, cit., 67 ss., secondo cui "la riaffermazione del principio della domanda non impedisce che anche in tali ipotesi il risarcimento per equivalente continui a svolgere un ruolo meramente sussidiario, per il tramite di una serie di regole che, pur non riaffermando espressamente nel rito sui contratti la pregiudiziale amministrativa, rendono di fatto alquanto improbabile una condanna al risarcimento del danno per equivalente laddove non siano state avanzate in giudizio domande idonee a contribuire al ripristino della legalità" (p. 76).

#### 4. Questioni problematiche relative alla giurisdizione

L'azione volta a conseguire il risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo, ormai è noto, è diretta al giudice amministrativo.

Riprendendo il precedente impianto normativo, infatti, l'art. 30, comma 6, c.p.a. stabilisce che di ogni domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi o, nelle sole materie di giurisdizione esclusiva, anche di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

Ciò nondimeno, l'attuale panorama normativo nonché i recentissimi sviluppi giurisprudenziali sollecitano alcune interessanti considerazioni.

Muovendo dal primo, è interessante notare che l'ultimo comma dell'art. 35 del d. lgs. n. 80 del 1998, come modificato dalla legge n. 205 del 2000, aveva abrogato ogni disposizione che prevedesse la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno, per lesione anche di diritti soggettivi, conseguente all'annullamento di atti amministrativi.

Tale norma è stata ora formalmente abrogata dal n. 20) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al codice del processo il cui art. 30, ult. comma, prevede, come detto, la competenza del solo giudice amministrativo sulle domande aventi ad oggetto il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e, nelle sole materie di giurisdizione esclusiva, anche di diritti soggettivi.

A fronte di ciò, a quale giurisdizione appartengono le controversie sul risarcimento del danno per lesione di diritti soggettivi, fuori dalle materie di giurisdizione esclusiva?

Al quesito, che potrebbe essere generato da un equivoco in quanto, non essendo più necessario il previo annullamento del provvedimento lesivo, anche il risarcimento per lesione di interessi, devoluto alla giurisdizione amministrativa, potrebbe assumere – *ex se* – la connotazione di diritto soggettivo<sup>55</sup>, potrebbe forse prospettarsi un'altra soluzione. La relativa cognizione potrebbe essere del giudice ordinario, giudice naturale dei diritti.

Una tale ricostruzione potrebbe essere avvalorata dalla attuale conformazione della giurisdizione amministrativa che, alla luce delle recenti sentenze della Corte Costituzionale<sup>56</sup> e della formulazione dell'art. 7 c.p.a., è strettamente connessa all'esercizio del potere amministrativo.

Anche senza richiamare la tradizionale teoria della degradazione, è noto che di fronte all'esercizio del potere autoritativo la situazione soggettiva del privato è declinata in termini di

---

<sup>55</sup> Su tali questioni non può che rinviarsi alle fondamentali considerazioni di F.G. COCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 1 ss.

<sup>56</sup> Il riferimento è alle note Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204 (in *giustamm.it* con commento di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, e in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 9, 969 ss., con nota di M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, e di A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo e' piena, ma non è più esclusiva*), e 3 maggio 2006, n. 191.

interesse legittimo, la cui tutela è di competenza del giudice amministrativo. In assenza dell'esercizio del potere autoritativo, non essendovi interessi legittimi, le controversie resterebbero soggette alla giurisdizione ordinaria<sup>57</sup>.

Nell'ambito di tale dibattito si pongono tre recentissime ordinanze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione chiamate ad individuare il giudice munito di giurisdizione sulle azioni risarcitorie per lesione del legittimo affidamento formato da un provvedimento amministrativo inizialmente favorevole e poi annullato<sup>58</sup>. In particolare, tali pronunce si occupano, per un verso, della situazione del proprietario di un suolo "edificabile" e oggetto di una concessione edilizia e, per altro, dell'aggiudicatario di un appalto i quali, dopo aver fatto affidamento sulla legittimità di un provvedimento amministrativo ampliativo, erano stati privati del proprio diritto a causa dell'annullamento – anche d'ufficio – del provvedimento stesso.

Una situazione del genere, in cui l'atto amministrativo viene legittimamente annullato in via di autotutela, secondo la Suprema Corte, rappresenta sostanzialmente un'ipotesi in cui il danneggiato non potrebbe esperire l'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo, posto che questa presuppone l'illegittimità del provvedimento fonte del danno. Al contrario, dopo essere stato annullato, l'atto illegittimo rileverebbe, nei confronti del soggetto a beneficio del quale era stato illegittimamente adottato quale "*mero comportamento degli organi che hanno provveduto al suo rilascio, integrando così, ex art. 2043 c.c., gli estremi di un atto illecito per violazione del neminem ledere, imputabile alla pubblica amministrazione*". Di conseguenza, l'unica tutela cui il danneggiato può aspirare è quella risarcitoria per equivalente per lesione del legittimo affidamento e quindi relativamente a un danno che, secondo le Sezioni Unite, prescinde da qualsivoglia considerazione sull'esercizio del potere pubblico, in quanto si fonda sugli ordinari principi generali di comportamento, quali la prudenza, la diligenza o la correttezza, cui la pubblica amministrazione è soggetta proprio come ogni altro soggetto dell'ordinamento.

Per tali motivi, chiosa la Suprema Corte, l'indubbia consistenza di diritto soggettivo della situazione soggettiva dedotta in giudizio – in quanto svincolata dall'esercizio autoritativo del potere pubblico – porta a escludere la giurisdizione amministrativa e a radicare quella ordinaria.

Come affermato dall'autorevole dottrina, la soluzione proposta dalle Sezioni Unite, da un lato, è senz'altro da salutare con favore nella misura in cui conferma la possibilità per il danneggiato di vedere tutelato il proprio legittimo affidamento nell'operato dei pubblici poteri.

---

<sup>57</sup> Inoltre, come è noto, vi sono situazioni giuridiche che conservano la consistenza di diritto soggettivo. Ciò accade, ad esempio, sia in presenza di diritti fondamentali come la libertà, la salute, il nome o la proprietà, sia nel caso di un provvedimento amministrativo che abbia esaurito i propri effetti e di fronte al quale, di conseguenza, la posizione del privato non è più connotata come interesse legittimo.

<sup>58</sup> Il riferimento è alle Cass., Sez. Un. civ., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596.

Dall'altro, però si presta a qualche considerazione critica per la “lettura così riduttiva del legame potere/risarcimento” che offre<sup>59</sup>.

Ed in effetti, la giurisdizione amministrativa, pur configurandosi come inscindibilmente legata all'esercizio del potere pubblico in veste autoritativa – così come previsto dall'art. 7 c.p.a. – dovrebbe sicuramente comprendere simili controversie, in quanto il provvedimento favorevole, pur se giustamente annullato, costituisce comunque un'espressione del potere pubblico. In questa fattispecie, anzi, le manifestazioni del potere erano state molteplici, dall'adozione dell'atto favorevole fino all'annullamento in autotutela. Opinando diversamente si potrebbe paradossalmente ammettere la possibile coesistenza, da un lato, di un giudizio innanzi agli organi di giustizia amministrativa incentrato sul provvedimento, promosso dal terzo leso nel proprio interesse oppositivo o dal destinatario leso dall'annullamento d'ufficio, e, dall'altro, di un giudizio davanti al giudice ordinario avente ad oggetto la pretesa risarcitoria. Un'interpretazione siffatta della disposizione, comportando un evidente sacrificio dei principi di concentrazione e celerità della tutela, potrebbe peraltro essere censurata dalla Corte Costituzionale per difformità rispetto ai criteri direttivi della legge delega ispirata, prioritariamente, a garantire l'effettività del rimedio giurisdizionale.

Non essendo possibile approfondire, in questa sede, la natura della situazione soggettiva del legittimo affidamento<sup>60</sup>, si ritiene che, almeno nelle materie di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo dovrebbe poter conoscere della lesione di questa posizione giuridica, soprattutto nel caso in cui sia già stato investito, in sede cognitoria, della legittimità del provvedimento. Tali considerazioni sono confermate, del resto, dalla nuova configurazione del processo amministrativo che, pur trovando il proprio fondamento nell'esercizio autoritativo del potere pubblico, si è ormai emancipato dal necessario collegamento con un provvedimento amministrativo<sup>61</sup>. Proprio perché il processo è teso a vagliare complessivamente il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, il necessario collegamento con il potere pubblico non postula, parallelamente, che vi sia un'altrettanta

---

<sup>59</sup> M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *giustamm.it*, 3-2011 e in *federalismi.it*, 7-2011.

Per una posizione più favorevole alle considerazioni delle ordinanze può vedersi: R. CAPONIGRO, *Questioni attuali in un dibattito tradizionale: la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *giustizia-amministrativa.it* e in *federalismi.it*, 10-2011.

<sup>60</sup> Su cui richiama nuovamente il lavoro di M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, cit., con le opere ivi richiamate, oltre che i recenti approfondimenti di S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005 e di L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005.

<sup>61</sup> Proprio l'emancipazione del processo amministrativo dalla mera “obiettività” avrebbe generato, secondo la dottrina, un cambio di paradigma del sistema di giustizia amministrativa che, nella maggior parte degli ordinamenti europei, ha cessato di essere uno strumento a esclusiva difesa della legalità e offre la possibilità di domandare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva per un diritto materiale e concreto (E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, 65 ss.).

imprescindibile connessione con un provvedimento. D'altro canto il progressivo utilizzo dello strumento dell'accordo amministrativo dimostra che il provvedimento amministrativo non rappresenta l'unico mezzo di esercizio del potere pubblico<sup>62</sup>.

A fronte di tali considerazioni, che qui vengono proposte soltanto in chiave problematica, l'auspicio è che, in sede applicativa, il giudice interpreti la norma in modo da assicurare quella tutela, piena e soddisfacente, che ormai è propria della giustizia amministrativa<sup>63</sup>.

## **5. Cenni in merito ai rapporti tra le due azioni oltre i confini del diritto nazionale**

Poiché, come si è visto, l'art. 30 c.p.a., pur codificando i rapporti tra le due azioni, lascia aperte varie questioni interpretative, sembra interessante accennare brevemente a come la situazione è disciplinata sia in ambito euro-unitario che in un'ottica comparata, soprattutto considerando i fondamentali contributi che tali fonti hanno tradizionalmente apportato al nostro sistema di tutela giurisdizionale<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> La natura dell'accordo come istituto che si pone nell'ambito del concreto esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione è sottolineata da: F.G. SCOCA, *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo* a cura dello stesso A., Torino, Giappichelli, 2008, 412 e da V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 400. Per una rappresentazione delle molteplici tesi sulla natura dell'accordo, si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003, 75 ss., in cui si definisce l'accordo come "un contratto, cui l'Amministrazione partecipa nell'esercizio di potestà e poteri amministrativi" (p. 265).

<sup>63</sup> P. DE LISE, *Relazione sull'attività della Giustizia amministrativa*, 8 febbraio 2011, in [giustamm.it](http://giustamm.it), 2/2011.

Specificamente, sul profilo della pienezza della tutela, si veda P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature supreme*, in [giustamm.it](http://giustamm.it), n. 6/2007.

Sulla centralità del giudice nella formazione stessa del diritto amministrativo, S. CASSESE, *I tribunali di Babele*, Roma, Donzelli, 2009; ID., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato* a cura di G. PASQUINI e A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2001, 1 ss.; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, p. 457 ss.; ID., *Consiglio di Stato e pubblica amministrazione: da una riforma all'altra*, in S. CASSESE (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 49 ss.; ID., *La giustizia amministrativa in Italia*, in *Corr. giur.*, 1994, pp. 771 ss.; ID., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, pp. 413 ss.; M.A. SANDULLI, *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*. Relazione al Convegno di diritto amministrativo su *Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo*, Gaeta 22 maggio 2009, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 18/2009; C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, 2008, pp.165 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, Il Mulino, 1992, 130 ss.

<sup>64</sup> Su tali problematiche, sia consentito rinviare ai fondamentali studi contenuti in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 361 ss.; G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, Giuffrè, 2010; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 2, 433 ss.; E. PICOZZA, *Il risarcimento in via autonoma contro gli atti della P.A. – la tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa*, in *Corr. giur.*, 2009, 5, 647 ss. In particolare, sul ruolo determinante del diritto dell'Unione Europea e di quello internazionale per lo sviluppo dell'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, si veda M. D'ALBERTI, *L'effettività e il diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2011, 13 ss.

Di grande interesse è anche lo studio comparato di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, in cui l'A. rileva che, senza alcuna forma di coordinamento, la maggior parte degli ordinamenti europei ha adottato, nello stesso momento storico, importanti provvedimenti di contenuto sostanzialmente analogo che portano a un rimodellamento significativo dei propri sistemi di giustizia amministrativa.

Per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione Europea, anche se con delle eccezioni, la giurisprudenza ormai prevalente è orientata a sostenere l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella per l'annullamento<sup>65</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza comunitaria considera il mancato esperimento dell'azione costitutiva come condotta colposamente omissiva che può riflettersi sulla non meritevolezza di tutela da valutare in concreto<sup>66</sup>, ma non come strumento meramente processuale per negare *sic et simpliciter* il risarcimento.

Con riguardo ai termini per l'esercizio della tutela costitutiva, i ricorsi per l'annullamento devono essere proposti entro il termine di due mesi dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notifica al ricorrente ovvero dal giorno in cui egli ne abbia avuto conoscenza, mentre il ricorso in carenza deve essere preceduto da una messa in mora, cioè da una formale richiesta all'istituzione di agire; se, allo scadere di un termine di due mesi, l'istituzione non ha preso posizione, il ricorso può essere proposto entro un nuovo termine di due mesi.

Per quanto attiene, invece, al risarcimento del danno, gli interessati potranno invocare la responsabilità extracontrattuale della Comunità in base all'art. 340 TFUE (ex art. 288 CE).

La Corte di Giustizia gode di ampia discrezionalità nella valutazione della responsabilità delle istituzioni e dell'ammontare del danno. I criteri per l'imputazione del danno devono essere desunti dai "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri". L'azione può essere promossa da qualsiasi Stato membro, persona fisica o giuridica in un termine di prescrizione di cinque anni, a partire da quando si verifica il danno (art. 46 dello Statuto della Corte di Giustizia).

Come risulta dalla disciplina positiva e come confermato dall'applicazione giurisprudenziale prevalente, i rapporti tra le azioni, di annullamento e carenza, da un lato, e di risarcimento, dall'altro, sembrano essere informati al principio dell'autonomia<sup>67</sup>.

---

*Amplius* sul tema della convergenza dei diritti amministrativi nazionali verso un modello amministrativo europeo, S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, 321 ss.

<sup>65</sup> Sul punto, da ultimo, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 596 ss.; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 259; F. CARINGELLA, *Contro la pregiudiziale: una soluzione antica per un problema attuale*, in F. CARINGELLA, G. DE MARZO, *La pregiudiziale amministrativa, una storia infinita*, Roma, Dike Giuridica Editore, 2008, p. 38.

In particolare, mentre in un primo momento la giurisprudenza comunitaria sosteneva l'inammissibilità dell'azione risarcitoria proposta senza la previa contestazione della legittimità dell'atto (CGCE, 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*), successivamente si è gradualmente affermato l'orientamento opposto secondo cui l'azione di responsabilità rappresenta una forma di azione indipendente con proprie condizioni di esercizio e distinte finalità (CGCE, 28 aprile 1971, causa 4/69).

<sup>66</sup> Cfr. Trib. I grado, 8 maggio 2001, causa 182/99, caso *Caravelis*.

<sup>67</sup> CGCE, 2 dicembre 1971, causa 5/71, *Aktien – Zuckerfabrik c. Consiglio*; 28 aprile 1971, causa 4/69, *Lutticke c. Commissione*.

In dottrina, tra gli altri, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione Europea*, Cacucci, Bari, 2010, II ed., 348; U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 138 ss.



Generalmente, la responsabilità extracontrattuale della Comunità sorge dall'emanazione di atti dichiarati illegittimi all'esito di un ricorso ex art. 263 TFUE o al termine di un giudizio per carenza ex art. 265 TFUE.

Tuttavia le due azioni, pur se collegate, sono indipendenti e autonome. Non è necessario che venga dichiarata l'illegittimità dell'atto per far sorgere la responsabilità extracontrattuale<sup>68</sup>. Parimenti, la sentenza sulla responsabilità extracontrattuale dispone solo sul risarcimento, non anche dell'annullamento dell'atto con efficacia *erga omnes*<sup>69</sup>.

Naturalmente, l'autonomia dell'azione risarcitoria comporta che il carattere incidentale dell'accertamento riguardi soltanto le parti in causa, senza mettere in discussione l'atto contestato.

Alla regola dell'autonomia delle due azioni, la giurisprudenza comunitaria sembra aver trovato un'eccezione: l'azione risarcitoria risulta comunque preclusa ove miri ad ottenere lo stesso risultato dell'annullamento dell'atto<sup>70</sup>. In ogni caso, non sono ammesse azioni di responsabilità che, in realtà, camuffano azioni di annullamento di atti non tempestivamente impugnati<sup>71</sup>.

In ottica comparata, poi, va rilevato che in relazione ai termini di decadenza dall'impugnazione dei provvedimenti amministrativi, le soluzioni adottate negli altri ordinamenti non si differenziano molto dalla previsione interna di sessanta giorni<sup>72</sup>.

Il termine è di sessanta giorni in Francia e in Spagna, di novanta in Gran Bretagna; la situazione è parzialmente diversa in Germania, ove è previsto un termine di un mese decorrente dalla decisione del previo ricorso amministrativo.

Con riferimento ai rapporti tra le due azioni, in Gran Bretagna, secondo l'espressa previsione della rule 54.3 della part. 54 delle *Civil Procedural Rules*, le azioni *in tort* nei confronti dei *public powers* vengono respinte qualora non siano stati esperiti previamente i rimedi appositamente previsti.

In Germania, come si è accennato in precedenza, la pretesa risarcitoria nei confronti dell'amministrazione viene rigettata nel merito con riferimento a quei danni che la parte istante avrebbe potuto evitare mediante la tempestiva impugnazione (par. 839, *Abs.* 1 e 3, *BGB*).

In Francia non si registra soltanto una piena autonomia tra le due azioni, ma vi è addirittura una preferenza, in sede giurisdizionale, per il rimedio risarcitorio rispetto alla possibilità di fornire una tutela costitutiva. L'omessa impugnazione non è valutata in termini di preclusione processuale, ma in un'ottica sostanziale che attiene alla verifica del nesso causale e della meritevolezza di tutela.

---

<sup>68</sup> Cfr. *CGCE*, 17 maggio 1990, causa 87/90, caso *Sonito*.

<sup>69</sup> Cfr. *CGCE*, 24 ottobre 1973, causa 43/72, caso *Merkur*.

<sup>70</sup> Cfr. Trib. primo grado, Sez. III, 17 ottobre 2002, causa 180/00; Sez. I, 6 marzo 2008, causa 55/07.

<sup>71</sup> *CGCE*, 5 dicembre 1979, causa 143/77.

<sup>72</sup> Per una dettagliata analisi dell'argomento: F. CARINGELLA, *Contro la pregiudiziale*, cit., p. 37; R. CHIEPPA, *La pregiudiziale amministrativa*, tratto da R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007; S. SCHONBERG, *Legitimate expectations in administrative law*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

In conclusione, anche l'esperienza di altri ordinamenti conferma quanto il tema della c.d. pregiudiziale d'annullamento sia ancora problematico e attuale.

Nel diritto dell'Unione Europea, sembra che l'autonomia delle due azioni costituisca ormai una regola generale.

Negli altri ordinamenti nazionali, generalmente, manca un'espressa previsione normativa circa i rapporti tra le due azioni. Tuttavia, anche se l'incerto contesto normativo non permette di affermare l'assoluta autonomia delle due azioni, i casi in cui la tutela costitutiva è necessariamente preliminare rispetto alla domanda di risarcimento sono stati positivamente previsti.

In altri termini, pur non volendo ammettere che esista un principio generale di autonomia tra le due azioni, sembra potersi affermare con una certa tranquillità che non esiste un principio generale che sancisca il necessario collegamento pregiudiziale tra le due forme di tutela.

## 6. Osservazioni conclusive

In conclusione, le pronunce in commento confermano che l'art. 30 c.p.a., pur costituendo una tappa fondamentale nell'ambito della complessa tematica dei rapporti tra l'azione per il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi e quella per l'annullamento, non appare idoneo a sanare l'importante dibattito in merito alla questione della pregiudiziale amministrativa.

In linea di principio, l'autonomia del risarcimento del danno rispetto all'annullamento del provvedimento illegittimo trova il proprio riconoscimento legislativo in due disposizioni del codice.

In primo luogo, l'art. 30, comma 1, c.p.a. stabilisce che l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei casi di giurisdizione esclusiva o in quelli di cui al medesimo articolo, tra cui rientra la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi, anche in via autonoma<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Si veda, sul punto, R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 189 ss.

In giurisprudenza, la recentissima sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, 5 gennaio 2011, n. 41 ha affermato che “il superamento della pregiudiziale amministrativa è stato ora anche positivamente sancito dal codice della giustizia amministrativa (sebbene non applicabile ratione temporis alla presente controversia) approvato con D.Lgs. 2.7.2010, n. 104 il quale infatti ammette, all'art. 30, l'azione risarcitoria in termini (sebbene anch'essi decadenziali) diversi e più lunghi (120 gg.) rispetto a quelli previsti per l'annullamento dell'atto lesivo, con espresso riconoscimento quindi della possibilità del risarcimento autonomo, anche in presenza di atto inoppugnato”.

In secondo luogo, l'art. 34, comma 3, c.p.a. prevede che, quando nel corso del giudizio l'annullamento dell'atto impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori<sup>74</sup>.

Come è stato evidenziato dalla dottrina, è questa un'ulteriore conferma che, ai fini del risarcimento del danno, non è necessario il preventivo annullamento del provvedimento<sup>75</sup>. La norma, infatti, consente una pronuncia di accertamento sull'illegittimità autonoma dalla sentenza di annullamento.

Tuttavia, la previsione di un termine di decadenza per l'esperimento del rimedio risarcitorio e la necessaria attivazione degli strumenti di tutela che avrebbero potuto evitare il danno non consentono di configurare, dal punto di vista sostanziale, il rimedio risarcitorio come del tutto indipendente rispetto all'azione per l'annullamento dell'atto illegittimo<sup>76</sup>. Da un lato, la brevità del termine di decadenza costituisce un limite importante all'esercizio, in via autonoma, dell'azione per ottenere il risarcimento del danno derivante da lesione di interessi legittimi. Dall'altro, è importante chiarire quali siano i danni causati da illegittimo esercizio della funzione amministrativa che il tempestivo esperimento del rimedio impugnatorio – o degli altri strumenti di tutela - non avrebbe potuto evitare.

Si noti che una simile conclusione non deve condurre necessariamente a una valutazione negativa della disposizione. Come si è osservato, infatti, i due correttivi che il legislatore ha previsto alla possibilità di esperire un'autonoma azione risarcitoria trovano giustificazione nelle esigenze di stabilità delle situazioni giuridiche di diritto pubblico che sono sottese all'esercizio del potere amministrativo<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Recentemente il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'applicazione della norma non presuppone neanche una specifica istanza dell'interessato in quanto *“in questa ipotesi l'azione costitutiva si depotenzia di quel quid pluris – la modificazione di una situazione giuridica – che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione per ridursi a mero accertamento, per il quale il presupposto dell'interesse è costituito dall'interesse risarcitorio”* (Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817).

<sup>75</sup> G. GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit.

<sup>76</sup> Sulla disciplina dell'azione risarcitoria in termini di autonomia attenuata rispetto a quella per l'annullamento, si veda, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 207; G. GRECO, *op. cit.*; S. FANTINI, *commento all'art. 30 c.p.a.*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, Nel diritto editore, 2010, p. 514. Cfr. anche S. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela* in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, 885, secondo cui il Codice ha affermato, *“se non la pregiudizialità della tutela di annullamento, almeno la permanente centralità di quest'ultima”*.

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che il legislatore sembra aver voluto codificare il principio della pregiudizialità amministrativa (G. SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, cit.)

<sup>77</sup> In dottrina, peraltro, non sono mancate le critiche alla disposizione. Muovendo dalla considerazione che la pregiudiziale di annullamento costituisce *“un principio logico-formale inerente alla struttura stessa del gruppo organizzato”*, si è affermato che l'attuale disciplina dell'azione risarcitoria *“non aggiunge quasi nulla alla vera tutela del cittadino, ma ingarbuglia soltanto la linearità dei concetti della dogmatica”* (P. CARPENTIERI, *Risarcimento del danno e provvedimento amministrativo*, cit.).

È opportuno comunque ricordare che tra i criteri direttivi previsti dall'art. 44 della legge delega 18 giugno 2009, n. 69 era previsto l'adeguamento delle norme vigenti alla giurisprudenza delle giurisdizioni superiori: di conseguenza, una

È evidente allora che, per scongiurare il rischio della c.d. pregiudizialità mascherata, l'applicazione della norma dovrà, come sempre, risolversi in un'attenta valutazione, per accertare se, effettivamente, gli strumenti di tutela concretamente esperiti avrebbero potuto evitare o mitigare il danno. È proprio all'esito della valutazione predetta che, nel caso di specie, il Collegio ha confermato l'ammissibilità e la fondatezza di un'autonoma azione risarcitoria, ritenendo che il comportamento complessivo del ricorrente integrasse i canoni dell'ordinaria diligenza, posto che *“verosimilmente la proposizione di tempestiva impugnativa intesa all'annullamento degli atti di gara rischiava di non essere di alcuna utilità sul piano del conseguimento di un risarcimento in forma specifica”*.

Infatti, il mancato previo annullamento dell'atto illegittimo può limitare o escludere il diritto al risarcimento del danno unicamente nelle ipotesi in cui la mancata azione giudiziale è caratterizzata da colpevolezza e quando, comunque, sussista un nesso di consequenzialità diretta fra la pretermissione e l'insorgenza del danno. Anche perché, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa nella sua più autorevole composizione, l'ampia formulazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a. consente di valutare non soltanto l'omessa attivazione di tutti gli strumenti di tutela previsti, ma anche l'omissione di ogni altro comportamento potenzialmente esigibile dal privato in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo<sup>78</sup>. Tali considerazioni assumono ancor più pregnanza considerando il sistema probatorio volto a verificare il leale comportamento del ricorrente danneggiato. Sul punto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>79</sup> ha affermato che, in ragione della peculiarità del processo amministrativo fondato sul principio dispositivo con metodo acquisitivo<sup>80</sup>, il giudice può effettuare la valutazione prevista dall'art. 30, comma 3, c.p.a. senza necessità di domanda o eccezioni di parte e acquisendo, anche d'ufficio, elementi prova.

È questa un'ulteriore conferma della continua dilatazione della possibilità del giudice di incidere nel rapporto sostanziale complessivamente dedotto in giudizio, che si inserisce nell'ambito del disegno generale del codice del processo volto ad ampliare i poteri del giudice amministrativo allo scopo di fornire una tutela piena ed effettiva<sup>81</sup>.

---

disposizione che non avesse tenuto conto, per un verso, dell'orientamento del Consiglio di Stato e, per altro, di quello della Suprema Corte, sarebbe potuta incorrere nel vizio di eccesso di delega.

<sup>78</sup> Ad. Plen., n. 3/2011, cit.

<sup>79</sup> Nella più volte citata sentenza n. 3 del 2011.

<sup>80</sup> Cons. Stato, sez. IV, 25 maggio 2011, n. 3135.

<sup>81</sup> Per un approfondimento dell'evoluzione del ruolo del giudice amministrativo in vista del rafforzamento dei caratteri di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alla materia dei contratti pubblici, può vedersi, da ultimo, M.A. SANDULLI, *Inefficacia del contratto e sanzioni alternative*, 109 ss., in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, a cura di G. GRECO, cit., 103 ss.

Sui medesimi argomenti, sia consentito il richiamo a M. NUNZIATA, *I nuovi poteri del giudice amministrativo in tema di annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro Amm.-Cds*, 12-2010, 2700 ss.