

# D O T T R I N A

## **L'azione risarcitoria nel processo amministrativo dopo la legge n. 69/09**

*Andrea Carbone\**

*SOMMARIO: 1. L'art. 44 L. 69/09 e l'oggetto del processo amministrativo - 2. Lo stato dell'azione risarcitoria - 3. Pregiudiziale e processo amministrativo - 4. La L. 69/09 e la possibile evoluzione della tutela risarcitoria.*

### *1. L'art. 44 L. 69/09 e l'oggetto del processo amministrativo*

L'art. 44 della Legge 18 giugno 2009 n. 69 ha previsto una delega al Governo per il riassetto della disciplina sul processo amministrativo: la lett. b) del 2° co. del citato articolo 44 sancisce infatti che i decreti legislativi emanati in base alla delega devono “*disciplinare le azioni e le funzioni del giudice: 1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni; 2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente; 3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice; 4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa*”.

La portata della norma è tale da far ritenere che il legislatore delegato possa attuare una riforma determinante per il nostro ordinamento processuale. Il numero 4) della lettera b), infatti, disciplinando tutte le tipologie di azione,

---

(\*) Dottorando in Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, ammesso alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

pone le basi per il superamento della tradizionale articolazione dell'oggetto giudizio amministrativo sull'impugnazione di un provvedimento, un'impostazione risalente alla stessa istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato.

E' noto infatti che con la legge Crispi del 1889 il legislatore non aveva ben chiaro di aver creato una vera e propria giurisdizione amministrativa, che si affiancava a quella ordinaria: nella Relazione dell'Ufficio centrale del Senato, difatti, si evidenziava che "il nuovo istituto non è un tribunale giudiziario speciale o eccezionale, ma rimane nella sfera del potere esecutivo (...). E' lo stesso potere esecutivo ordinato in modo da tutelare maggiormente gli interessi dei cittadini". D'altro canto "fu la fortuna che così si riguardasse la cosa perché, in caso diverso, la riforma tanto fondamentale per il nostro ordinamento giuridico molto probabilmente sarebbe stata irrimediabilmente condannata (...): un sindacato di carattere giurisdizionale, con il potere di sospendere prima e di annullare o revocare atti dell'amministrazione, sarebbe parso contrastante con i concetti [allora] dominanti sulla divisione e l'indipendenza dei poteri, quale insopportabile ingerenza giurisdizionale sulla pubblica amministrazione, capace di paralizzarne l'attività (1)".

Solo con l'istituzione della V sezione nel 1907 la dottrina iniziò a prendere coscienza del carattere giurisdizionale di questo tipo di controversie. Di conseguenza, si iniziò lentamente a considerare quale oggetto del giudizio non già l'atto impugnato, quanto il rapporto sottostante; processo, invero, non ancora del tutto concluso, anche se proprio nell'ultimo decennio si è assistito ad una considerevole spinta in tal senso, come si vedrà.

I limiti infatti di un processo incentrato sull'azione di annullamento emergono soprattutto quando si tratta di valutare l'ammissibilità di azioni diverse da quella impugnatoria.

La stessa elaborazione dell'interesse legittimo quale situazione giuridica di carattere sostanziale (2), pienamente tutelata, secondo l'art. 24 Cost. al

---

(1) SCIALOIA, *Come il Consiglio di Stato divenne organo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. Pubbl.* 1931, I, p. 410.

(2) In tal senso si noti come in Francia, dove lo sviluppo della giustizia amministrativa è stato molto simile a quello intervenuto nel nostro Paese, il giudizio si conserva come strettamente oggettivo proprio in ragione della mancata elaborazione di una situazione giuridica sostanziale che legittimi il privato a ricorrere: infatti, per adire il *juge administratif* occorre la mera sussistenza di un interesse (processuale).

Secondo G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, in *Corso di diritto amministrativo*, IV, diretto da S. CASSESE Milano, 2007, p. 294, "il sistema francese si connota da sempre per l'impronta oggettiva del suo *contentieux administratif*. (...) L'ampiezza della legittimazione al *recours pour excès de pouvoir*, la sua indisponibilità da parte del ricorrente una volta promosso, l'informalità che dovrebbe caratterizzarlo, la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice di alcuni motivi di illegittimità (*le moyen d'ordre public*), sono tutti caratteri che esprimono la valenza di un controllo oggettivo 'del diritto' di questo tipo di rimedio".

pari del diritto soggettivo, solo a fatica è riuscita a scalfire l'originaria concezione del processo amministrativo, trovando peraltro ostacoli anche nelle espressioni utilizzate dalle poche norme in materia, quali l'art. 26 ("decidere sui ricorsi (...) contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa") e l'art. 45 ("se accoglie il ricorso (...) annulla l'atto") del T.U. Cons. St, nonché l'art. 26 della L. 1034/71 ("il Tribunale amministrativo regionale (...) se accoglie il ricorso (...) annulla l'atto"). Come giustamente si è rilevato (3), "si tratta ora di verificare se questa origine della giurisdizione amministrativa sia tale da escludere che una volta che quel potere di annullamento è confluito nella giurisdizione detta di legittimità, questa non possa atteggiarsi altrimenti per sua intima essenza che come giurisdizione di annullamento, oppure se il sindacato interno sul modo di esercizio del potere possa essere invocato anche attraverso una domanda diversa da quella dell'annullamento di un atto amministrativo che si assuma viziato".

Per quanto concerne in particolare le azioni di condanna, un primo timido accenno in tal senso nel giudizio amministrativo si trova nell'art. 26 della L. 1034/71, secondo cui il g.a. "nelle materie relative ai diritti attribuiti alla sua competenza esclusiva e (*rectius* o) di merito può condannare l'amministrazione al pagamento delle somme di cui risulti debitrice". Le altre pretese, invece, potevano trovare soddisfazione solo davanti al giudice ordinario, previo, se del caso, annullamento dell'atto lesivo (4).

Recentemente l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 31 marzo 1998 aveva previsto, nelle materie dei servizi pubblici, dell'edilizia e dell'urbanistica, devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., la possibilità di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto". Tale norma è stata poi modificata dalla L. 205/00, che ha esteso il riferimento a tutte le materie oggetto di giurisdizione esclusiva, per questa parte non censurata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204/04.

La stessa legge, inoltre, seguendo l'indirizzo giurisprudenziale della Cass., Sez. Un., n. 500 del 22 luglio 1999, ha riformato il 3° co. dell'art. 7 della L. 1034/71, stabilendo che il T.A.R., nell'ambito della sua giurisdizione [dunque anche di legittimità], conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in

---

Anche A. MASUCCI, *Il processo amministrativo in Francia*, Milano, 1995, p. 32, rileva che "nel ricorso per eccesso di potere il ricorrente non invoca un suo diritto (*son droit*), ma difende il Diritto (*le Droit*); ed ancora, il processo per eccesso di potere non è un processo tra le parti, ma un processo fatto all'atto; al giudice non viene chiesta la condanna di qualcuno, ma l'annullamento di qualcosa. Al giudice, cioè, viene richiesto (solo) di riconoscere l'illegittimità di un atto amministrativo e di pronunciare, conseguentemente, il suo annullamento.

(3) CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, p. 854.

(4) In tal senso cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 99.

forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. E' stata così introdotta in definitiva l'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi.

Inoltre, tra le azioni di condanna ad un *facere* specifico, è stata introdotta la condanna all'accesso ai documenti della P.A. (art. 24 L. 241/90) nonché l'azione avverso il silenzio inadempimento (art. 21 *bis* L. 1034/71 come modificata dalla L. 205/00).

L'ampliamento delle azioni proponibili davanti al g.a., aveva già portato la dottrina più attenta (5) a ritenere maturi i tempi per il superamento dell'impostazione tradizionale, mediante la concezione di una pluralità di oggetti del giudizio diversi a seconda della pretesa richiesta. "Ciò non significa che accanto all'oggetto principale, ci possa poi essere un oggetto ulteriore, possiamo dire eventuale, connesso alla diversa pretesa, quella risarcitoria, fissata dal terzo comma dell'art. 7 della legge istitutiva del TAR (...). L'esigenza di assicurare l'effettività della tutela viene pesantemente mortificata da una ricostruzione dell'oggetto del giudizio amministrativo della giurisdizione generale, nei termini che si sono appena prospettati" (6).

Nel tentativo poi di unificare le differenti pretese oggettive, questa teorizzazione si richiama all'antica ricostruzione dell'oggetto del giudizio amministrativo quale l'interesse legittimo fatto valere (7), nonché alla più recente concezione che ravvisa nel rapporto amministrativo l'oggetto del giudizio (8), per concludere che l'oggetto della giurisdizione di legittimità è la

---

(5) Si veda in tal senso A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.

(6) A. POLICE, *La pluralità delle pretese, unicità dell'azione e oggetto del processo amministrativo*, in *Giudice amministrativo e tutela in forma specifica* a cura di A. ZITO e D. DE CAROLIS, Milano, 2003, pp. 18-19.

(7) O. RANELETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 161 e pp. 391 ss.; U. BOSSO, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, pp. 204 ss.; U. FORTI *Diritto amministrativo*, vol. III, Napoli, 1945, pp. 551 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, vol. I, pp. 186 ss., vol. II, pp. 178 e 201 ss.

(8) M.S. GIANNINI, A. PIRA, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei rapporti nei confronti della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 225; M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1959, p. 184, secondo cui "l'oggetto del processo amministrativo non differisce dall'oggetto del giudizio civile, ed è la pretesa o affermazione o domanda o come altro la si voglia qualificare (a seconda dell'ordine concettuale di teoria generale che si voglia seguire) dell'amministrato. E' costui che determina il contenuto della domanda giudiziale, e quindi il contenuto del processo e della correlativa pronuncia. Questo non significa che il processo amministrativo sia identico al processo civile; significa solo che non differisce in quanto all'oggetto. Se differenze vi sono, esse provengono da altri fattori, dei quali principali sono due: che il *petitum* (l'oggetto della domanda giudiziale) è obbligato e consiste solo nella richiesta di annullamento dell'atto impugnato, e che questo è un provvedimento amministrativo, ossia un atto dotato di imperatività".

Anche L. TARANTINO, *L'azione di condanna nel processo amministrativo*, Milano, 2003, p. 104, ritiene che "la materia del contendere dinanzi al giudice amministrativo riguardi il più ampio rapporto esistente tra cittadino ed amministrazione. Infatti, se un posto di primaria importanza spetta alla posizione sostanziale del privato, che agendo reclama l'intervento del giudice, non per questo può essere obliterato l'interesse pubblico".

pretesa fatta valere del ricorrente. “La mutata ampiezza e consistenza dei poteri decisorii del giudice (...) , infatti, arricchisce inevitabilmente il contenuto della domanda giudiziale il cui oggetto diventa la riparazione della lesione di una situazione giuridica del ricorrente che arrechi a quest’ultimo un danno ingiusto” (9), tanto da far parlare di una rinnovata giurisdizione di legittimità che prenderebbe il nome di giurisdizione di “spettanza”.

A questi progressi della dottrina si è però finora contrapposta la prevalente giurisdizione, ferma nel ribadire la tradizionale impostazione impugnatoria del giudizio amministrativo (10).

## 2. Lo stato dell’azione risarcitoria

L’elaborazione di un’azione risarcitoria per lesione di un interesse legittimo ha avuto un *iter* lungo e travagliato, in parte legato all’evoluzione della struttura stessa del processo amministrativo.

E’ noto infatti come negli anni ’20 del secolo ormai trascorso, la giurisprudenza discusse su quale dovesse essere il criterio da adottare per il riparto della giurisdizione tra g.o. e g.a., se il *petitum* ovvero la *causa petendi*. La definitiva opzione per quest’ultima comportò l’impossibilità di esperire la c.d. doppia tutela, cioè di poter adire, anche cumulativamente, il g.a. per l’annullamento dell’atto e il g.o. per il risarcimento dei danni, a prescindere dalla situazione giuridica dedotta in giudizio. Tale impostazione gettò le basi per un diniego della tutela risarcitoria del caso di lesione di interesse legittimo, poiché da un lato il g.o. non poteva conoscere tali situazioni giuridiche soggettive, e peraltro, riteneva sussistere il “danno ingiusto” ai sensi dell’art. 2043 solo laddove fosse stato leso un diritto soggettivo; dall’altro canto il g.a. non aveva la competenza a pronunciare una sentenza di condanna nei confronti della P.A., salva l’ipotesi del pagamento di somme di denaro di cui l’amministrazione risultasse debitrice (art. 26, co. 3, L. 1034/71).

L’unico caso in cui il risarcimento del danno poteva essere accordato si verificava quando, a seguito dell’annullamento di un atto da parte del g.a. (appunto *pregiudiziale*), la situazione giuridica di interesse legittimo (neces-

(9) A.POLICE, *Pluralità delle pretese*, cit., p. 28.

(10) Cons. St., Ad. Plen., n. 12 del 22 ottobre 2007, ove si afferma che “il legislatore è, infine, pervenuto a stabilire, con formula che privilegia le ritenute esigenze di concentrazione dei giudizi, il criterio della consequenzialità - evidentemente inteso a confermare la priorità del processo impugnatorio e in vista della prevalenza dell’interesse collettivo al pronto e risolutivo sindacato dell’agire pubblico e in vista della convenienza, per la collettività, dell’esercizio del sindacato stesso secondo criteri e modalità che, essendo positivamente propri del giudizio di annullamento, da esso non consentono di prescindere - ed il criterio della “eventualità” del risarcimento del danno arrecato all’interesse legittimo, criterio rafforzato dalla diversa prescrizione in tema di giurisdizione esclusiva e che, perciò, non solo esclude automatismi ma impone i predetti apprezzamenti specifici, possibili soltanto allorché sia in causa, siccome suo oggetto principale e diretto, il provvedimento, con le sue ragioni ed i suoi effetti”.

sariamente oppositivo), riacquisiva la consistenza di diritto soggettivo – secondo la nota teoria della *degradazione* dei diritti a interessi per effetto dell'esercizio del potere – legittimando il privato ad esperire l'azione *ex art.* 2043 davanti al g.o; nelle limitatissime ipotesi, inoltre di cui il legislatore aveva previsto la tutela aquiliana per gli interessi legittimi (11), la relativa azione andava proposta al g.o. solo previo annullamento dell'atto amministrativo invalido di fronte al g.a.

Tale situazione – che in definitiva comportava per la P.A. una sostanziale irresponsabilità nei confronti dei danni arrecati per lesione di interesse legittimo pretensivo (12) – fu superata, dopo i ripetuti richiami della dottrina, dalla giurisprudenza della Suprema Corte con la nota sentenza a Sezioni unite n. 500 del 22 luglio 1999: questa decisione, sulla base della constatazione che ormai per “danno ingiusto” *ex art.* 2043 non si intendeva più quello derivante da una lesione di un diritto soggettivo, ma anche di interessi (legittima aspettativa, perdita di *chance*) non qualificabili nemmeno come situazioni giuridiche soggettive, reputò irragionevole continuare a negare la tutela risarcitoria per l'interesse legittimo (che invece è una situazione giuridica vera e propria, tutelata, peraltro, dalla stessa Costituzione); a rafforzare tale conclusione si aggiungeva anche l'introduzione, da parte dell'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, dell'attribuzione al g.a. del potere di condanna al risarcimento del danno, anche in forma specifica, in sede di giurisdizione esclusiva (sebbene in un primo momento solo in relazione alle materie dei servizi pubblici, urbanistica ed edilizia), che rendeva ingiustificato il diniego di tutela laddove vi fosse, invece, la giurisdizione di legittimità. Conseguentemente, l'azione risarcitoria è stata assoggettata alle strette maglie del processo amministrativo.

L'introduzione di una siffatta azione, come si è già peraltro accennato, ha rimesso in discussione i principi tradizionali del giudizio di legittimità, modulato sull'interesse pubblico, in quanto essa si basa sull'interesse del cittadino e su logiche di “spettanza” (13).

La positiva soluzione della risarcibilità degli interessi legittimi, però, lungi dal comporre definitivamente la questione, comportò invece una serie di problemi in merito principalmente legati alla determinazione del giudice competente in materia. La sentenza della Cassazione, nell'ammettere la tutela

---

(11) L. n. 142 del 19 febbraio 1992.

(12) Così F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006, pp. 78 ss. Cui si rinvia per la tematica dell'evoluzione giurisprudenziale e legislativa del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo.

(13) Così F.F. TUCCARI, *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004, p. 9; G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giudizio di spettanza*, in *La tutela dell'interesse al provvedimento* a cura di ID (Atti del Convegno di Trento, 9-10 novembre 2000), Trento, 2001.

risarcitoria, si espresse in favore del g.o., salvi i casi di giurisdizione esclusiva, sul presupposto della concezione della pretesa risarcitoria come diritto soggettivo autonomo. Sancì, inoltre, l'esclusione della subordinazione di tale azione al previo esperimento dell'azione di annullamento davanti al g.a, ponendo il g.o. comunque disapplicare l'atto amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 5 all. E della L. 2248/1865.

Tale assetto, peraltro, non era destinato a durare a lungo, in quanto il legislatore del 2000 (14) mutò il quadro di riferimento, non solo estendendo a tutti i casi di giurisdizione esclusiva la previsione dell'art. 35 del d.lgs. 80/98, ma anche stabilendo, al 3° co. dell'art. 7 della L. 1034/71, che il T.A.R., “nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica”, in tal modo attribuendo in ogni caso al g.a. la giurisdizione in materia. Conseguentemente, l'azione risarcitoria veniva assoggettata alle strette maglie del processo amministrativo tradizionalmente strutturato sull'azione impugnatoria.

Il Consiglio di Stato in sede di Adunanza plenaria (15) affermò che, in forza della nuova situazione configurata dal legislatore del 2000, l'esercizio dell'azione risarcitoria, sia in sede di giurisdizione di legittimità che esclusiva, doveva subordinarsi al previo esperimento dell'azione demolitoria del provvedimento fonte del danno ingiusto, come peraltro già sostenuto dalle Sezioni semplici.

Successivamente la giurisprudenza amministrativa ebbe modo di precisare che il risarcimento ben poteva essere chiesto in separato processo, entro il termine di prescrizione quinquennale decorrente dal passaggio in giudicato della sentenza che annulla l'atto illegittimo (16), ma resta comunque ferma la necessaria pregiudizialità dell'azione impugnatoria (17).

In un primo tentativo di sottrarre l'azione risarcitoria alla necessità della

---

(14) Ci si riferisce alla l. 205 del 21 luglio 2000. Per un'analisi più approfondita si rimanda a V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, pp. 33 ss.; R. CARANTA *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000*, n. 205, Milano, 2001, pp. 51 ss.

(15) Cons. St., Ad. Plen., n. 4 del 26 marzo 2003.

(16) Cons. St., Ad. Plen., n. 9 del 16 novembre 2005; Cons. St., Ad. Plen. n. 2 del 9 febbraio 2006, secondo cui “la regola della concentrazione, davanti al giudice dell'impugnazione, anche della cognizione della pretesa riparatoria, non conduce ad una diversa soluzione, quando la controversia sul risarcimento sia prospettata con autonomo, e successive ricorso, ossia dopo che il giudizio sul provvedimento si sia concluso e la relativa decisione sia passata in giudicato. Ed, invero, il nesso fra illegittimità dell'atto e responsabilità dell'autorità amministrativa che lo ha posto in essere, non ha diversa natura, né è meno stretto o di diversa intensità se le due questioni dibattute – quella di non conformità a legge della misura autoritaria e quella di responsabilità per i danni che ne sono derivati – sono esaminate e risolte in unico o in separati giudizi”. Dello stesso avviso Cons. St., Ad. Plen., n. 10 del 18 ottobre 2004.

(17) Cons. St., Ad. Plen., n. 4 del 26 marzo 2003; Cons., St, sez. VI, n. 5995 del 16 settembre 2004.

pregiudiziale amministrativa, le Sezioni Unite (18), proponendo un'interpretazione restrittiva dell'inciso "nell'ambito della sua giurisdizione", esclusero che la giurisdizione spettasse al g.a. laddove la domanda risarcitoria non fosse proposta contestualmente a quella di annullamento del provvedimento. In qual caso, competente a conoscere del risarcimento dei danni sarebbe stato il g.o., così come, a maggior ragione, nel caso di questioni risarcitorie conseguenti all'esercizio di attività autoritative ma svincolate dalla necessità di impugnare un provvedimento,

Non sfuggivano i limiti di tale teorizzazione; in tal modo, in sostanza si concepiva uno spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione, istituto affatto sconosciuto nel nostro ordinamento, che lasciava al ricorrente la scelta del giudice da adire (19).

Già la Corte costituzionale aveva però avuto modo di precisare, con la fondamentale sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, come il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, non costituiva sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla giurisdizione del g.a., bensì uno strumento di tutela ulteriore rispetto a quello classico demolitorio.

Tale posizione fu rafforzata e ulteriormente specificata con l'altrettanto nota sentenza n. 191 dell'11 maggio 2006, con la quale la Corte, pur non volendo esprimersi in merito alla natura della situazione giuridica sottesa alla pretesa risarcitoria, ovvero sulla natura (di norma primaria o secondaria) dell'art. 2043 c.c., riconosceva al solo g.a. la competenza a conoscere del risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo.

Conseguentemente, l'Adunanza plenaria ribadì la necessità della pregiudiziale amministrativa, sia per ipotesi di interessi pretensivi, sia che si tratti di pretese risarcitorie concernenti diritti soggettivi 'affievoliti' restituiti alla loro originaria consistenza (20).

La Corte di cassazione, immediatamente intervenuta con le c.dd. 'tre ordinanze' del 2006 (21), fece proprio l'orientamento della Consulta, ribadendo che "nel sistema normativo conseguente alla L. 205/00, in tema di tutela giu-

---

(18) Così Cass., Sez. Un., n. 1207 del 23 gennaio 2006, secondo cui "la connessione legale tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria è subordinata all'iniziativa del ricorrente, il quale resta libero di esercitare in un unico contesto entrambe le azioni passando attraverso il giudizio di ottemperanza per ottenere il risarcimento del danno, ovvero di riservarsi l'esercizio separato dell'azione risarcitoria dopo aver ottenuto l'annullamento dell'atto o del provvedimento illegittimo, proponendo la sua domanda al g.o., cui compete in via generale la cognizione sulle posizioni di diritto soggettivo". *Contra* Cons. St., Ad. Plen., n. 10/04 e 2/06.

(19) Rilevano il problema MALINCONICO, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 4, p. 1050, e R. CONTI, *Commento alla decisione n. 1207 del 2006*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 419.

(20) Cons. St., Ad. Plen., n. 2/06.

(21) Cass., Sez. Un., ord. n. 13659 del 13 giugno 2006, la quale, superando la sua precedente im-

risdizionale intesa a far valere la responsabilità della p.a. da attività provvedimento illegittima, la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al g.a., sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insista per la tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione". Solo laddove l'azione della P.A. non fosse riconducibile all'esercizio di un potere ovvero si fosse in presenza di diritti c.d. incompressibili la giurisdizione sarebbe stata del g.o.

Questo assunto non comportava, però, anche la necessarietà della pregiudiziale, in quanto "deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, [cosicché] al g.a. può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento".

Come rimedio per il ricorrente laddove i giudici di Palazzo Spada non si fossero uniformati a tale orientamento, la Cassazione configurò il diniego di risarcimento per mancanza della previa impugnazione dell'atto come questione di giurisdizione (come tale, ricorribile *ex artt.* 111, u. co., Cost. e 362 c.p.c.), perché il g.a. rifiutava di esercitare la giurisdizione che gli apparteneva.

Il Consiglio di Stato, nonostante questa posizione delle Sezioni Unite, non mutò, però, la propria giurisprudenza (22).

Non può non registrarsi, invero, come da tale indirizzo si siano discostate alcune pronunce del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana che, assecondando l'orientamento degli ermellini, hanno negato la necessità della pregiudiziale, pur sostenendo, come del resto aveva suggerito la stessa Cassazione, che la mancanza della previa impugnazione possa essere

---

postazione (ord. 1270/06) in merito alla giurisdizione del g.a., afferma che "nel sistema normativo conseguente alla L. 205/00, in tema di tutela giurisdizionale intesa a far valere la responsabilità della P.A. da attività provvedimento illegittima, la giurisdizione sulla tutela dell'interesse legittimo spetta, in linea di principio, al g.a., sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insista per la tutela risarcitoria in forma specifica o per equivalente, non potendo tali tecniche essere oggetto di separata e distinta considerazione ai fini della giurisdizione. E siccome deve escludersi la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, al g.a. non può essere chiesta la tutela demolitoria e, insieme o successivamente, la tutela risarcitoria completa, ma anche la sola tutela risarcitoria, senza che la parte debba in tal caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento". Analogamente Cass., Sez. Un., ord. n. 13660 del 13 giugno 2006 e Cass., Sez. Un., n. 13911 del 15 giugno 2006.

(22) Anche dopo le ordinanze delle Sezioni Unite, ritenevano ancora sussistente la regola della pregiudizialità: TAR Puglia, sez. Lecce, n. 3710 del 4 luglio 2006; Cons. St., sez. V, n. 5063 del 30 agosto 2006; Cons. St., sez. V, n. 4645 del luglio 2006; Cons. St., sez. IV, n. 2136 dell'8 maggio 2007. *Contra*, però, Cons. St., sez. IV, n. 2822 del 31 maggio 2007; TAR Puglia, sez. Bari, n. 3786 del 24 ottobre 2006; TRGA, sez. Trento, n. 94 del 24 aprile 2008.

valutata come comportamento negligente del danneggiato, rilevante ai fini del combinato disposto degli artt. 2056 e 1227, 2° co., c.c. per l'esclusione parziale o totale del risarcimento (23).

Questa soluzione, giustamente ritenuta compromissoria dalla dottrina (24), non appare però completamente convincente: non si può infatti fare a meno di rilevare come più volte la giurisprudenza civile abbia precisato che il dovere di ordinaria diligenza non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria (25); sembra inoltre sfuggire ai giudici siciliani che, anche ragionando nei termini del 2° co. dell'art. 1227, l'onere della prova in merito alla riconducibilità del danno alla negligenza spetterebbe al danneggiante, cioè alla P.A., mentre nelle pronunce richiamate il Consiglio ha in sostanza fatto applicazione di una sorta di presunzione al fine di escludere la risarcibilità del danno.

Tale interpretazione comunque sembra essere stata disattesa da una successiva Adunanza plenaria (26), che, valorizzando il dato letterale dell'art. 7 TAR (nonché dell'art. 35 d.lgs. 80/98) sulla natura consequenziale dell'azione risarcitoria, ha nuovamente escluso la possibilità di accordare la tutela risarcitoria in mancanza della previa impugnazione dell'atto.

L'ultima parola, in questo dibattito fin ora senza risultato, è stata della Suprema Corte che, con la più recente sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008, ha ribadito, in un lungo *obiter dicta*, le posizioni già espresse nelle tre

---

(23) Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., n. 386 del 18 maggio 2007, secondo cui “in tutti i casi in cui la diligente proposizione e coltivazione di tale impugnazione avrebbe potuto evitare il danno o eluderne l'entità – la negligenza del danneggiato possa avere significativa rilevanza sulla definizione della domanda risarcitoria, che in tali casi potrà essere in tutto o in parte disattesa alla stregua degli ordinari criteri civilistici in liquidazione del danno risarcibile ed in particolare del combinato disposto degli artt. 2056 e 1227, 2° co., c.c.”; analogamente si veda la più recente Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. n. 780 del 23 settembre 2008.

Rileva giustamente R. VILLATA *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1, p. 302, come la questione andrebbe affrontata senza dar peso a profili di opportunità, in particolare di evitare costi per la p.a., mentre l'atteggiamento dei giudici siciliani sembra proprio di questo tenore.

(24) Così R. VILLATA, *La Corte di Cassazione non rinuncia al programma di imporre al Consiglio di Stato le proprie tesi in tema di responsabilità della P.A. attribuendo la veste di questione di giurisdizione ad un profilo squisitamente di merito*, nota a sentenza Cass., Sez. Un., n. 30254/08 in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), p. 2.

(25) *Ex multis*, Cass. n. 11364/02.

(26) Cons. St., Ad. Plen., n. 12/07, dove si sostiene che sussiste il vincolo della c.d. pregiudiziale amministrativa, che richiede il previo annullamento dell'atto amministrativo al fine dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno dinanzi allo stesso Giudice amministrativo, perché: 1) il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito in via impugnatoria, per la sua demolizione, e “conseguenzialmente” in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità; 2) non c'è traccia, nella pronuncia della Corte Costituzionale, di alcun sospetto di illegittimità costituzionale, di siffatto disegno ed, anzi, sembra agevole inferire il contrario; 3) diritto ed interesse, benché molto spesso partecipi di una assimilabile pretesa ad un c.d. bene della vita, sono situazioni soggettive fortemente differenziate; il secondo origina da un compromesso.

ordinanze del 2006.

Non è però passato molto tempo che il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 578 del 3 febbraio 2009, ha nuovamente ribadito la sua linea affermando la necessità della regola della pregiudiziale (27).

### *3. Pregiudiziale e processo amministrativo*

L'assunto dal quale muovono la maggior parte delle pronunce dei giudici amministrativi per affermare la sussistenza della regola della pregiudizialità è quello relativo alla natura del processo amministrativo come giudizio di carattere impugnatorio, strutturato cioè sulla base dell'azione di annullamento di un atto amministrativo. Tale posizione suscitava però non poche riserve già prima della L. 69/09, alla luce dell'introduzione del ricorso avverso il silenzio, dell'azione di nullità, del principio di atipicità delle misure cautelari, di nuovi mezzi di prova compresa la CTU, nonché, appunto, dell'azione risarcitoria.

Pur non potendosi negare, pertanto, che l'azione impugnatoria esaurisca tuttora la stragrande maggioranza del contenzioso davanti al g.a., è necessario tuttavia non sottovalutare la portata di queste innovazioni, volte a configurare un processo amministrativo avente ad oggetto, piuttosto che l'atto, il rapporto dedotto in giudizio.

La giurisprudenza del g.a., invero, nell'affermare la regola della pregiudizialità, ha sempre posto l'accento sulla sussidiarietà dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, tale che "i commendevoli contributi acquisiti, in sede dottrinale e giurisprudenziale, in tema di "giudizio sul rapporto", non sembrano condivisibili ove approdino al disconoscimento della natura principalmente impugnatoria delle azioni innanzi al g.a., cui spetta non solo di tutelare l'interesse privato ma di considerare e valutare gli interessi collettivi che con esso si confrontano e, non solo di annullare, bensì di "conformare" l'azione amministrativa affinché si realizzi un soddisfacente e legittimo equilibrio tra l'uno e gli altri interessi. Queste essenziali circostanze (...) sembrano spiegare e giustificare e la proprietà dell'azione impugnatoria, nel cui ambito soltanto è possibile e doveroso esercitare computamente l'anzidetto vaglio di legittimità nonché misurare spessore e valenza così della dedotta situazione soggettiva come della denunciata lesione, e la posta consequenzialità rispetto a essa, dell'azione risarcitoria (...). Non si trascuri che il risarcimento del danno, oltre che "conseguenziale" è previsto, nell'ambito della processualmente qualificante giurisdizione di legittimità, anche come "eventuale", con un attributo, cioè, che mentre è di regola oggetto di ingiusta pretermissione, riassume e sottopone alla consapevolezza del giudice i travagli che le relative

---

(27) Ai cui si è ora aggiunta l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria del Cons. St., sez. VI, n. 2436 del 21 aprile 2009.

norme hanno inteso risolvere e che, in dottrina, hanno persino indotto a configurare come “speciale” la figura in discorso”(28).

Anche parte della dottrina, inoltre, ha condiviso questo tipo di assetto (29).

Sembra a chi scrive, invece, che la regola della pregiudizialità trovi le sue basi piuttosto che su un particolare atteggiarsi del processo amministrativo, sulla circostanza – peraltro già oggetto di un’attenta analisi da parte della giurisprudenza (30) – che il g.a. non ha il potere di disapplicare un atto amministrativo illegittimo, a differenza di quanto è previsto per il g.o. dall’art. 5 All. E L. 2248/1865, secondo cui “*le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti (...) in quanto siano conformi alle leggi*”.

A questo riguardo si consideri, infatti, come i giudici amministrativi abbiano affermato non solo la possibilità di proporre l’azione risarcitoria successivamente a quella di annullamento, ma anche a prescindere da quest’ultima, nel caso in cui non sia necessaria al fine di conoscere dell’illegittimità del provvedimento: “è chiaro infatti che nessun onere di previa impugnazione del provvedimento dannoso può addossarsi al suo destinatario ove l’atto sia stato rimosso in sede amministrativa, in autotutela (31) o su ricorso di parte, oppure se il danno non è prodotto dalle statuizioni costitutive nell’atto ma è materialmente causato dalle particolari modalità di sua esecu-

---

(28) Così Cons. St., Ad. Plen., n. 12/07. Dello stesso avviso Tar Piemonte, n. 4130 del 13 novembre 2006.

(29) Secondo R. DE NICTOLIS, *In difesa della “pregiudizialità”*, in *Foro it.*, 2007, pp. 3186 “è insito nel sistema costituzionale che l’atto illegittimo debba essere annullato, essendo lasciato alla legge ordinaria non già il compito di stabilire forme di tutela che prescindano dall’annullamento dell’atto, ma solo di stabilire la tipologia di vizi che consentono l’annullamento, e gli effetti dell’annullamento medesimo. Sicchè il risarcimento può venire considerato come effetto dell’annullamento, e può essere previsto dalla legge ordinaria, e non come rimedio autonomo che prescinde dall’annullamento (...). Il potere del giudice amministrativo di conoscere del risarcimento del danno non è un’autonoma giurisdizione, in quanto rientra nei casi che sono già di sua giurisdizione; il risarcimento del danno è pertanto (...) un’azione “ulteriore” ed “eventuale”, in quanto il giudice, nell’ambito della sua giurisdizione, conosce “anche” dell’eventuale risarcimento; sicchè l’azione risarcitoria non può essere esercitata come azione unica, prescindendo da quella impugnatoria (salvo i casi in cui non vi sia un atto da impugnare, o l’atto sia già stato annullato in altra sede)”.

(30) Così la stessa Ad. plen. n. 4/03, secondo cui “l’azione di risarcimento del danno può essere proposta sia unitamente all’azione di annullamento che in via autonoma, ma (...) è ammissibile solo a condizione che si sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successivo il relativo giudizio di annullamento, in quanto la g.a. non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari”. Così come Cons. St., sez. VI, n. 3338 del 18 giugno 2002, secondo cui “l’assenza di un potere di disapplicazione in capo al g.a., che può solo conoscere in via principale atti amministrativi di natura non regolamentare e non anche disapplicarli, non costituisce argomento di carattere meramente processuale, ma assume una valenza sostanziale, in quanto è strettamente collegato con il principio della certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi”.

(31) Cfr. anche Cons. St., n. 3338 del 18 giugno 2002 e TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 10256 del 15 luglio 2004.

zione” (32), ovvero nel caso in cui il danno derivi da responsabilità precontrattuale (33); nonché nell’ipotesi che il provvedimento sia già stato annullato a seguito di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica o addirittura di ricorso giurisdizionale posto in essere da un soggetto diverso da colui che chiede il risarcimento.

Ancora, e a maggior ragione, nel caso in cui il danno sia causato da un atto nullo secondo quanto prevede l’art. 21 *septies*, stante l’imprescrittibilità della relativa azione, come da ultimo sostenuto dalla giurisprudenza (34). Infatti, se nel rapporto tra azione di annullamento e risarcimento del danno è quest’ultimo ad essere sottoposto a limiti meno ristretti (in quanto la relativa azione si prescrive in cinque anni, mentre quella impugnatoria è sottoposta al termine decadenziale di sessanta giorni), nel caso del rapporto atto nullo/risarcimento del danno vale la regola opposta; il problema non sarebbe, cioè, quello di poter esperire l’azione risarcitoria quando non si può più far valere la nullità dell’atto: è vero invece il contrario, giacché la nullità potrebbe essere dichiarata anche quando non può più essere richiesto il risarcimento.

Da quanto precisato si evince come l’ostacolo insormontabile per accordare al privato la tutela risarcitoria non sia rappresentato dall’impossibilità di un’autonoma impugnativa, quanto piuttosto dall’impossibilità per il g.a. di conoscere dell’illegittimità dell’atto in via incidentale; ché, qualora questa non sia necessaria, nessun problema sussiste per l’esperimento della sola azione risarcitoria. Laddove, però, il danno sia diretta conseguenza di un atto e l’illegittimità di questo non sia stata acclarata precedentemente in sede giurisdizionale ovvero in altra sede, allora il g.a. si trova sprovvisto del potere necessario per conoscere di tale illegittimità (35), che rappresenta un elemento costitutivo dell’illecito, in mancanza del quale la domanda non potrà

---

(32) Così Cons. St., ad. plen., n. 9 del 30 luglio 2007, ove si precisa che “nella controversia in esame, l’omessa contestazione nel termine di decadenza da parte dei proprietari della dichiarazione di P.U. non spiega alcun rilievo giuridicamente apprezzabile, poiché il danno giuridicamente rilevante in capo ad essi deriva dall’irreversibile trasformazione e dalla mancata pronuncia del provvedimento traslativo”.

(33) Cons. St., sez. V, n. 7194 del 6 dicembre 2006.

(34) Cons. St. sez. V, n. 2872 del 9 giugno 2008.

(35) Cfr. L. GAROFALO, *Eventualità del risarcimento del danno e pregiudizialità amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), p. 7, secondo cui “il risarcimento del danno, qualunque sia l’opinione che si abbia a proposito della pregiudiziale amministrativa, dipende esclusivamente dall’accertamento dell’invalidità del provvedimento, essendo in esso implicito il riconoscimento della violazione di una situazione giuridica soggettiva protetta nella forma dell’interesse legittimo e dunque della riparabilità delle conseguenze pregiudizievoli al patrimonio e alla persona derivanti da siffatta violazione. Solo che quell’accertamento, in quanto necessariamente immanente all’annullamento, per giunta capace di azzerare o restringere le conseguenze pregiudizievoli testè indicate, si può conseguire, in virtù di una scelta del legislatore che non pecca di incoerenza, unicamente passando attraverso l’annullamento del provvedimento invalido: che il più delle volte sarà quello giudiziale, ma potrebbe comunque essere quello derivante dalla fruttuosa instaurazione di un ricorso straordinario o amministrativo o dall’esercizio della facoltà di autotutela da parte dell’amministrazione”.

che essere rigettata (si badi, non dichiarata inammissibile).

Infatti il Consiglio di Stato ha ritenuto preclusa per il g.a. in sede di giurisdizione di legittimità la possibilità di disapplicare il provvedimento laddove invalido (36), non sussistendo alcuna disposizione normativa in tal senso, a differenza della pur simile situazione nella materia dell'invalidità delle delibere assembleari delle società di capitali, dove l'art. 2749 *ter*, 3° co., c.c. prescrive espressamente la salvezza del risarcimento del danno eventualmente spettante ai soci e ai terzi nei casi in cui l'invalidità non può più essere pronunciata a norma dei due commi precedenti.

Né sembra potersi accogliere quanto prospettato da parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'autonomia dell'azione "non si pone in contraddizione con la preclusa possibilità di disapplicazione del provvedimento, in quanto disporre il rimedio risarcitorio per gli effetti prodotti dal provvedimento vuol dire proprio postulare la sua efficacia e non già quindi la sua disapplicazione; né contraddice il dovere della P.A. e degli attori dell'ordinamento di agire nel rispetto di atti amministrativi efficaci, posto che il presupposto dell'efficacia dell'atto illegittimo è esclusivamente il fatto che la P.A. lo abbia emesso e che non lo abbia ritirato" (37).

Tale assunto non sembra cogliere nel segno: infatti non vi è alcun dubbio che l'eventuale danno sia stato determinato proprio dagli effetti prodotti dall'atto; danno che, però, per essere risarcibile deve anche essere ingiusto, ché altrimenti sarebbe giuridicamente irrilevante. Appunto per l'integrazione di tale requisito e conseguentemente di tutta la fattispecie risarcitoria è necessario accertare l'illegittimità dell'atto.

In conclusione, l'impossibilità di accordare il risarcimento è determinata non dall'inammissibilità della domanda, bensì dalla mancata integrazione della fattispecie dannosa, con la conseguenza che la pretesa dovrà essere rigettata in quanto non può essere provata l'ingiustizia del danno.

---

(36) Secondo la nota sentenza Cons. St., sez. V, n. 154 del 26 febbraio 1992, secondo cui il potere di applicazione del g.a. deve limitarsi agli atti regolamentari illegittimi, nonché agli atti non normativi solo laddove lesivi di diritti soggettivi (conseguentemente soltanto in sede di giurisdizione esclusiva).

(37) Cons. St., sez. IV, n. 2822/07. Della stessa opinione R. GAROFOLI, *La pregiudizialità: per un superamento regolato*, in *www.giustamm.it*, n. 11/09, p. 5, secondo cui "l'evidenziazione del difetto di un generale potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo non pare di per se sola decisiva, sol che si consideri l'ontologica diversità delle operazioni logiche compiute dal giudice che disapplica e da quello, invece, il quale, adito con un'autonoma azione di risarcimento del danno, procede alla valutazione dell'illegittimità dell'atto reputato lesivo dall'istante: quest'ultimo, infatti, acclarata, sia pure *incidenter* e non *principaliter*, l'illegittimità della determinazione provvedimento, non la considera *tamquam non esset* ai fini della decisione, ma al contrario pone la stessa determinazione, nella sua riscontrata contrarietà all'ordinamento, a fondamento, non certo esclusivo, della decisione di condanna. L'atto, quindi, lungi dall'essere disapplicato, accantonato pertanto ai fini della decisione, concorre nella costruzione di quel quadro di elementi, oggettivi e soggettivi, necessari perché possa reputarsi integrata la fattispecie di responsabilità dell'amministrazione".

#### 4. La L. 69/09 e la possibile evoluzione della tutela risarcitoria

In questo quadro si inserisce la legge n. 69/09. Occorre allora valutare come possa trovare attuazione la delega in merito all'azione risarcitoria.

La necessità che il legislatore preveda espressamente un'azione autonoma, non subordinata al previo annullamento dell'atto illegittimo, è un'esigenza che non può essere più disattesa se si vuole accordare al privato vittorioso il sostanziale soddisfacimento dei propri interessi, anche in considerazione della piena attuazione dell'art. 24 Cost.

Pur tuttavia non bisogna sottovalutare i possibili problemi che deriverebbero da una siffatta soluzione. Più volte si è infatti ripetuto che la possibilità per il privato di chiedere unicamente la tutela risarcitoria e, per l'effetto, il mancato annullamento del provvedimento comporterebbe di fatto un duplice danno per la P.A. (38), in quanto da un lato sarebbe costretta a risarcire il danno, senza che però sia avvenuto, per contro, il ripristino della legalità dell'azione amministrativa.

La dottrina ha avuto modo di precisare come in realtà in molte ipotesi il costo dell'annullamento possa risultare molto più ingente rispetto a quello del mero risarcimento: "si pensi al caso della ripetizione di un concorso pubblico. A quello dell'annullamento di un piano regolatore già approvato, o a quello di un appalto pubblico, quando le prestazioni siano già in tutto o in parte eseguite: in questi casi (...) non si può negare che sarebbe decisamente più conveniente, per la finanza pubblica, risarcire i singoli (pochi) privati e mantenere in vita i provvedimenti adottati"(39). Senza considerare che la scarsità di risorse pubbliche non dovrebbero in alcun modo andare a detrimento delle tutela giurisdizionale (40).

Più difficile superare l'obiezione, sollevata da attenta dottrina, che con l'ammissibilità del risarcimento anche a prescindere dall'annullamento del-

---

(38) Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 603 dell'8 febbraio 2001, secondo cui vi sarebbe "un duplice danno per la collettività (...) di un'azione amministrativa scorretta ormai acquisita e di una sia pur parziale duplicazione dei relativi oneri".

(39) Così M. ALLENA, *La pregiudiziale amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1 p. 132.

Dello stesso avviso C. VARRONE *La pregiudizialità amministrativa; un mito in frantumi*, in *www.giustamm.it*, p. 2, secondo cui "può accadere che un sano pragmatismo è talvolta in grado di tutelare meglio la stessa amministrazione. Basta pensare gli effetti devastanti, sul piano finanziario, che derivano dall'azzeramento delle procedure pubblicistiche per la realizzazione di fondamentali opere infrastrutturali, che sarebbe possibile in qualche caso evitare con un modesto risarcimento a favore del contrinteressato, il cui terreno ad esempio, è stato interessato dal provvedimento ritenuto illecito e che, frattanto, è stato sospeso dal giudice amministrativo. In una recente indagine del Sole24ore era detto che il costo per la realizzazione delle opere pubbliche subisce un aumento medio del 30% a causa del contenzioso giudiziario e dei ritardi che in tal modo si accumulano".

(40) Come correttamente rileva A. ZITO, *Il danno da esercitare illegittimo della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, p.15.

l'atto si rimette "in sostanza all'interessato la possibilità di "scegliere" tra chiedere al giudice di assicurare un'effettiva giustizia nell'amministrazione e quella di lasciare in vita una situazione di ingiustizia sostanziale, purché (41) il proprio interesse economico venga soddisfatto". E' chiaro, infatti che il privato valuterà esclusivamente il proprio interesse nell'effettuare tale scelta; né sembra venire in aiuto il combinato disposto degli artt. 2056 e 1227, 2° co., c.c., perché come sopra si è detto l'onere della prova dell'evitabilità del danno sarebbe alla P.A..

In considerazione di tali obiezioni sembra che l'eventuale previsione di un'azione risarcitoria autonoma debba essere subordinata all'inserimento di tre disposizioni, volte ad evitare che la tutela degli interessi privati si risolva in un pregiudizio eccessivo per la P.A. sarà pertanto necessario:

- un termine non eccessivamente lungo entro il quale l'azione possa essere esperita, di modo da non minare la certezza dell'azione amministrativa (42).

- una deroga espressa per tutte quelle situazioni la cui particolare delicatezza richieda necessariamente il previo esperimento dell'azione di annullamento (43).

- la limitazione al risarcimento per equivalente, non essendo possibile accordare la reintegrazione in forma specifica laddove l'atto sia rimasto efficace.

Solo in tal modo la tutela degli interessi privati trova un effettivo contemperamento dell'interesse pubblico.

---

(41) M.A. SANDULLI, *Finalmente definitiva certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d "pregiudiziale" amministrativa?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), p.4.

Così anche V. CESARONI, *Le ragioni (anche) dell'interesse pubblico per un diritto sempre ragionevole*, su *Rass. Adv. Stato*, n. 3/09, p. 1.

(42) Si veda Cons. St., sez. VI, n. 2436/09, che nel rimettere, come si è detto, all'adunanza plenaria la questione della pregiudizialità, ha evidenziato una possibile incompatibilità con "l'art. 81 ult. co., poiché un'azione risarcitoria svincolata dal termine di decadenza dell'azione impugnatoria determina, insieme alla riapertura di un consistente contenzioso da tempo definito, un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica".

(43) Si pensi ad es., in materia di pubblici appalti, al rischio di comportamenti collusivi tra il primo ed il secondo classificato della procedura selettiva, laddove si accordino per la non impugnazione dell'aggiudicazione e per la richiesta di risarcimento danni, determinando una grave lesione dell'interesse pubblico. Rileva il problema anche V. CESARONI, *Le ragioni (anche) dell'interesse pubblico*, cit., p. 1.