

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA**  
**AMMINISTRATIVA**  
**AGGIORNATO AL 31 MARZO 2011**

MARIANNA CAPIZZI

**Consiglio di Stato, SEZ. VI, sentenza 31 marzo 2011, n. 1983**

Sulla rilevanza della mancata proposizione della domanda di risarcimento danni da attività amministrativa illegittima dopo l'intervento del d.lgs. n. 104/2010.

Uno dei temi di certo più dibattuti e controversi che la giurisprudenza ha tentato in vario modo di risolvere dal 1999 ad oggi è quello della c.d. pregiudiziale amministrativa. Il nodo problematico che tale questione presenta si sostanzia nello stabilire se l'azione risarcitoria promossa dal singolo per ottenere il risarcimento del danno patito in conseguenza della lesione di un interesse legittimo (oppositivo o pretensivo) possa essere proposta solo previa proposizione e previo esito positivo di un'azione di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo o se, al contrario, tale azione debba considerarsi del tutto autonoma e dunque esperibile anche in assenza del già avvenuto esercizio dell'azione di annullamento.

Al riguardo, è bene innanzitutto evidenziare la presenza di una lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale in cui è possibile individuare, come spartiacque, l'emanazione della L. 21 luglio 2000, n. 205 che per la prima volta ha attribuito al giudice amministrativo la competenza a decidere in ordine alle questioni afferenti il risarcimento danni e gli altri "diritti patrimoniali consequenziali".

In epoca antecedente l'emanazione della L. 21 luglio 2000, n. 205 la giurisprudenza era concorde nell'attribuire alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione delle azioni tese ad ottenere il risarcimento del danno. Tuttavia anche prima dell'entrata in vigore della L. 21 luglio 2000, n. 205 si possono individuare due momenti distinti: nel periodo anteriore alla sentenza SS. UU 22 luglio 1999, n. 500, la giurisprudenza chiedeva la previa proposizione dell'azione di annullamento dell'atto amministrativo lesivo dell'interesse legittimo davanti al giudice amministrativo e subordinava la proposizione dell'azione risarcitoria all'esito vittorioso di tale giudizio demolitorio. Tale orientamento, che sosteneva la necessità della pregiudiziale amministrativa, venne ribaltato dalla richiamata sentenza n. 500/1999 in cui la Corte di Cassazione affermò che per l'azione risarcitoria promossa avanti la giurisdizione ordinaria contro la Pubblica Amministrazione per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo

non era necessaria la pregiudizialità del giudizio di annullamento avanti la giurisdizione amministrativa in quanto l'illegittimità dell'azione amministrativa doveva considerarsi uno degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'articolo 2043 c.c., e in quanto tale, l'accertamento in ordine alla sussistenza di tale elemento, qualora non fosse stata già operata dal giudice, avrebbe potuto essere condotto dal giudice ordinario.

Successivamente, l'articolo 7 della legge L. 21 luglio 2000, 205, devolvendo, all'articolo 7, 3° comma l. T.a.r. e 35, 1° comma d. lgs. 21 marzo 1998, n. 80 al giudice amministrativo la cognizione delle controversie vertenti sul risarcimento del danno e sugli "altri diritti patrimoniali consequenziali", eliminò la riserva di giurisdizione prima prevista a favore del giudice ordinario per le questioni relative al risarcimento del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo ma si riaprì la questione della pregiudiziale amministrativa. In particolare, ci si chiese se con il termine "consequenziali" il legislatore avesse voluto limitare la cognizione delle azioni di risarcimento del danno alle sole ipotesi in cui queste venissero esperite "conseguentemente" all'annullamento (già avvenuto) dell'atto amministrativo illegittimo e fonte di danno.

A questo interrogativo la giurisprudenza amministrativa diede in un primo momento risposta positiva e, ribaltando l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della corte di Cassazione nella sentenza 22 luglio 1999, n. 500 (che aveva negato la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento dell'atto amministrativo illegittimo), sostenne che il sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo non costituiva una questione pregiudiziale che l'organo giudicante poteva conoscere *incidenter tantum*, ma al contrario, costituiva un elemento essenziale del *thema decidendum* e il giudice amministrativo, non potendo disapplicare l'atto amministrativo illegittimo, non poteva disporre il risarcimento del danno la cui ingiustizia egli stesso (o altro giudice competente) non avesse previamente accertato. Statuiva, infatti, l'Adunanza Plenaria nella sentenza, 26 marzo 2003, n. 4: "...non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio, onde, pur potendo l'azione risarcitoria essere proposta sia unitamente all'azione di annullamento che in via autonoma, essa può predicarsi ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento". Tale tesi è stata condivisa dalla stessa Corte di Cassazione, sez II, con la coeva sentenza 27 marzo 2003, n. 4538 che, ponendosi in contrasto con le affermazioni contenute nella sentenza n. 22 luglio 1999, n. 500 circa il potere del giudice ordinario di valutare *incidenter tantum* l'illegittimità dell'atto amministrativo è giunta alla conclusione che "in assenza della rimozione dell'atto, il permanere della produzione degli effetti è conforme alla volontà della legge e la necessaria coerenza dell'ordinamento impedisce di valutare in termini di danno ingiusto gli effetti medesimi". Rigettando il ricorso, la Cassazione ha così enunciato il seguente principio di diritto: "la non conformità di una situazione giuridica al diritto soggettivo, quale

*elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 2043 c.c., non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato, sicchè, ove l'accertamento in via principale sia precluso, nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta o non può sperimentare (a seguito di giudicato, transazione, decadenza, ecc...) i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere rigettata perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito”.*

Tale pronuncia, tuttavia, è stata sconfessata dalle successive pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione che nelle ordinanze gemelle 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660 ha affermato la non divisibilità della tesi della pregiudiziale amministrativa in quanto questa: 1) da una parte poneva un nesso inscindibile, non richiesto dalle norme di legge né dal quadro costituzionale, tra tutela di annullamento e tutela risarcitoria; 2) dall'altra, sembrava ricomprendere nella giurisdizione amministrativa ogni danno caratterizzato dalla presenza della funzione pubblica, senza richiedere che di tale funzione si fosse avuto un concreto esercizio nei modi e nelle forme tipiche del potere amministrativo, che soli consentono di riconoscere l'atto come espressione di un potere. Sicchè, concludeva la Cassazione, l'azione di risarcimento del danno è svincolata dai termini di decadenza propri dell'azione di annullamento e, dunque, la decisione del giudice amministrativo di non esaminare nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti la decadenza dell'atto e la conseguente rimozione degli effetti merita di essere cassata dalle Sezioni Unite della Cassazione, a norma dell'articolo 362, comma 1° c.p.c., quale giudice del riparto della giurisdizione.

Nonostante la pronuncia delle Sezioni Unite, la giurisprudenza amministrativa ha continuato a nutrire forti dubbi sulla pregiudiziale amministrativa e ha continuato ad offrire al problema soluzioni discordi.

Una prima tesi sostenuta soprattutto dai giudici amministrativi di primo grado riteneva ancora che necessaria condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria fosse che nel termine di decadenza per l'impugnazione venisse esperita con esito favorevole l'azione di annullamento, anche se la tutela risarcitoria poteva essere richiesta non insieme, ma successivamente, in quanto una diversa soluzione avrebbe comportato una inammissibile disapplicazione di provvedimenti amministrativi da parte del giudice amministrativo.

Altra parte della giurisprudenza amministrativa, avallava, invece, la posizione della Corte di Cassazione. In particolare, il Consiglio di Stato, sez. V nella sentenza 31 maggio 2007, n. 2822 ha affermato che le statuizioni contenute nelle ordinanze gemelle della Corte di Cassazione non erano contrastanti con quanto sancito dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2003 in quanto rappresentavano uno sbocco della successiva evoluzione ordinamentale in tema di tutela risarcitoria da lesione di interessi legittimi, recata dall'interpretazione della Corte Costituzionale con le sentenze 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191 secondo cui “il

*potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio e/o conformativo, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione".* Ne conseguiva che: *"predicare l'autonomia dell'azione risarcitoria non significa contraddire l'impossibilità del giudice amministrativo di disapplicare gli atti, in quanto disporre il risarcimento del danno significa postulare l'efficacia dell'atto"*.

La questione dell'applicazione della regola della pregiudiziale è stata, dunque, rimessa dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana al vaglio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza 22 ottobre 2007, n. 12 si è pronunciata a favore della regola della pregiudizialità. A confermare la fondatezza della tesi in esame militavano, secondo la Plenaria: la struttura della tutela del giudice amministrativo che era articolata, sia in sede di giurisdizione di legittimità sia in sede di giurisdizione esclusiva, in modo tale che il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale potesse essere aggredito in via impugnatoria per la sua demolizione e, conseguentemente, in via risarcitoria per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell'uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità; il carattere "conseguenziale" e "ulteriore" della tutela risarcitoria espressamente ed inequivocabilmente posto dall'art. 35, comma 1 e comma 4 del d.lgs. n. 80/1998, nonché il carattere di "ingiusto" del danno che non poteva che derivare da una illegittimità del provvedimento amministrativo non reclamabile nel caso in cui questo non fosse stato previamente impugnato.

Tuttavia, le pronuncia della Plenaria non ha sopito i contrasti ermeneutici fino a quel momento continui e, nonostante la giurisprudenza amministrativa maggioritaria avesse continuato a statuire a favore della pregiudizialità, non sono mancate pronunce di senso contrario.

Di particolare rilievo, sotto questo profilo, la sentenza del C.G.A.R.S. 23 settembre 2008, n. 780 ove si era affrontato il problema dell'applicabilità dell'articolo 1227, 2° comma c.c. nella quantificazione del danno risarcibile.

Tale disposizione considera, ai fine della valutazione del risarcimento, il comportamento del soggetto danneggiato che aggrava le conseguenze del fatto illecito, negando il ristoro dei danni che egli avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza. Applicando tale norma alla questione in esame, ci si è chiesti se il danneggiato fosse obbligato a promuovere l'azione di annullamento prima di chiedere il risarcimento del danno, al fine di limitare l'entità di esso. Si affermava, infatti, che se egli avesse impugnato il provvedimento nei termini, avrebbe probabilmente limitato i danni, in quanto la Pubblica Amministrazione si sarebbe accorta dell'illegittimità del provvedimento, annullandolo in autotutela. Di conseguenza, parte della dottrina, pur negando la vigenza della regola della pregiudiziale, riteneva che si potesse diminuire il risarcimento del danno, utilizzando l'articolo 1227, 2° comma e valutando in termini negativi il fatto che il

soggetto danneggiato non avesse chiesto l'annullamento dell'atto. L'assunto in questione veniva condiviso anche dal C.G.A.R.S. che, nella pronuncia indicata, rilevava: *"...solo se si fosse attivato tempestivamente mediante l'impugnazione giurisdizionale della graduatoria originaria (per ottenerne l'annullamento, magari previa sospensione degli effetti in parte qua) il ricorrente avrebbe effettivamente evitato di subire il pregiudizio per cui è causa...Non avendo impugnato tempestivamente, non gli è dovuto alcun risarcimento per il danno da ritardo per cui è causa, giacché tale danno egli avrebbe potuto altrimenti evitare ai sensi degli articoli 2056 e 1227, 2° comma c.c., vuoi mediante l'ottenimento di un provvedimento cautelare nei sensi predetti, vuoi in virtù della retroazione degli effetti giuridici della sentenza alla data della domanda"*.

Da ultimo, le SS. UU. della Corte di Cassazione erano intervenute con la sentenza 23 dicembre 2008, n. 30254 ove, in risposta alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 12/2007, avevano ribadito il principio di diritto già enunciato nelle ordinanze gemelle 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660: ai sensi dell'art. 363 c.p.c., la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione in sede di annullamento. Tale principio veniva giustificato alla luce dell'evoluzione del concetto di giurisdizione: se, tradizionalmente, la questione di giurisdizione riguardava la qualificazione della situazione giuridica soggettiva dedotta, alla luce degli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione, doveva ritenersi comprensiva delle diverse forme di tutela che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Pertanto, aggiungeva la Corte, poiché è norma sulla giurisdizione non soltanto quella che individua i presupposti per l'attribuzione del potere giurisdizionale (ripartito tra i diversi ordini di giudici a seconda del tipo di situazioni soggettive e di settori di materie), ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca, rientra nel sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione anche l'interpretazione della norma attributiva della tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 111, comma 8 della Costituzione, la eroghi concretamente. Infatti, il rifiuto del giudice amministrativo di erogare la tutela risarcitoria autonoma dipende non da determinanti del caso concreto sul piano processuale o sostanziale, ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno.

I superiori contrasti giurisprudenziali sono stati appianati con l'introduzione del nuovo Codice del Processo Amministrativo che ha normativamente consacrato la tesi fatta propria dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella demolitoria. Siffatto approdo normativo emerge con chiarezza dall'esame del combinato disposto degli articoli 7 e 30 c.p.a. Ai sensi dell'articolo 7, comma 4: *" Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni*

*delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.”* A ciò l’articolo 30, rubricato “Azione di condanna” aggiunge: “1. *L’azione di condanna puo' essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.* 2. *Puo' essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attivita' amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva puo' altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, puo' essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.* 3. *La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi e' proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si e' verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”.*

Dunque, dal combinato disposto delle disposizioni sopra riportate emerge con evidenza come il legislatore nazionale, nel definire “autonoma” l’azione di condanna, abbia voluto avallare la tesi della non necessarietà della c.d. pregiudiziale amministrativa, prescrivendo espressamente la possibilità di azionare la pretesa risarcitoria anche a prescindere dalla preventiva impugnazione e dal conseguente annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo e fonte del danno ingiusto.

L’attribuzione di una tale prerogativa è stata, tuttavia, accompagnata dalla previsione di un più breve termine prescrizione (non più coincidente con quello quinquennale di cui all’articolo 2935 c.c. ma ridotto a 120 giorni decorrenti dal giorno in cui il fatto si è verificato o dal giorno di conoscenza del provvedimento) e dalla possibilità per il giudice amministrativo di valutare il mancato esperimento dell’azione di annullamento sotto il profilo della determinazione del *quantum* risarcibile, escludendo la risarcibilità di quei danni che il ricorrente avrebbe potuto evitare tramite la tempestiva proposizione dell’azione giurisdizionale demolitoria, di un ricorso amministrativo o di un’istanza comunque idonea a sollecitare l’esercizio del potere amministrativo di autotutela.

A tale conclusione sono pacificamente pervenute sia la Corte di Cassazione che il Consiglio di Stato.

La prima, nella sentenza Cassazione civile, Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 25395) ha espressamente statuito: “*Il ricorso è altresì fondato, avendo le Sezioni Unite con le decisioni 13659 e 13660/2006, rilevato che in seguito alla L. 21 luglio 2000, n. 205, 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 giudice amministrativo, sia quando il privato invochi la tutela di annullamento, sia quando insti 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. Ed in quest'ultimo caso la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, nonchè l'osservanza del relativo termine di decadenza. Sono quindi pervenute alla conclusione che il giudice amministrativo non può rifiutare di esercitare la giurisdizione, ove non sia stato preventivamente impugnato il provvedimento amministrativo asseritamente illegittimo e causativo del danno; e che la relativa decisione in tali termini, a norma dell'art. 362 c.p.c., comma 1, si presta a cassazione da parte delle Sezioni Unite quale giudice del riparto della giurisdizione. Questi principi sono stati contestati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, e perciò riesaminati dalle Sezioni Unite (sent.30254/2 008) che li hanno ribaditi nei seguenti termini:*

*1) Ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di norma che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale: tale considerando anche quella che da contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 cost., comma 8, la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale;*

*2) L'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza - sia per equivalente sia in forma specifica - che davanti al giudice ordinario e, per altro verso, che spetta, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela (ad es. , quella demolitoria), scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito;*

*3) proposta, allora, al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, e vizata da violazione di norme sulla giurisdizione ed eè soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento.*

*Detto riconoscimento al giudice amministrativo di disporre in particolari materie, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto è stato considerato dalla Corte Costituzionale uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione; e perciò assolutamente conforme ai precetti contenuti negli art. 24, 103 e 113 Cost. I quali garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implicano che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola che imponeva dapprima il ricorso al giudice amministrativo per conseguire l'annullamento del provvedimento illegittimo, per poi adire quello ordinario (o nuovamente quello amministrativo), con i relativi gradi di giudizio, onde vedersi*

*riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (Corte Costit.*

*204/2004; 191/2006; 2007): perciò rendendo manifestamente infondate le questioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni della L. n. 205 del 2000 in esame della norma sotto vari profili prospettate dalla Regione e tutte rivolte alla reintroduzione della c.d., pregiudiziale amministrativa.*

*Si deve aggiungere che l'interpretazione di questa Corte sulla non necessita della pregiudiziale impugnativa del provvedimento amministrativo illegittimo onde esperire utilmente la tutela risarcitoria, è stata pienamente recepita dal D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 30 (cd. codice del processo amministrativo), pur successivo alla vicenda in esame, secondo il quale: a) l'azione di condanna della p.a. può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (comma 1); b) può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (2 comma); c) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (3 comma).”(Cassazione civile sez. un., 16 dicembre 2010, n. 25395).*

*Ed anche l'Adunanza Plenaria ha confermato: “3. Va, a questo punto, osservato che sui termini del dibattito è destinata ad incidere, a regime, la disciplina dettata dal codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, entrato in vigore il 16 settembre 2010 (art. 2).*

*L'art. 30 del codice ha infatti previsto, ai fini che qui rilevano, che l'azione di condanna al risarcimento del danno può essere proposta in via autonoma (comma 1) 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 (comma 3, primo periodo).*

*La norma, da leggere in combinazione con il disposto del comma 4 dell'art. 7 – il cui inciso finale prevede la possibilità che le domande risarcitorie aventi ad oggetto il danno da lesione di interessi legittimi e di altri diritti patrimoniali consequenziali siano introdotte in via autonoma – sancisce, dunque, l'autonomia, sul versante processuale, della domanda di risarcimento rispetto al rimedio impugnatorio.*

*Detta autonomia è confermata, per un verso, dall'art. 34, comma 2, secondo periodo, che considera il giudizio risarcitorio quale eccezione al generale divieto, per il giudice amministrativo, di conoscere della legittimità di atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento; e, per altro verso, dal comma 3 dello stesso art. 34, che consente l'accertamento dell'illegittimità a fini meramente risarcitori allorquando la pronuncia costitutiva di annullamento non risulti più utile per il ricorrente.*

*Questo reticolo di norme consacra, 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.*

3.1. *Il riconoscimento dell'autonomia, in punto di rito, della tutela risarcitoria si inserisce - in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale richiamati dall'art. 1 del codice oltre che dei criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 - in un ordito normativo che, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo tracciato dal legislatore e dalla giurisprudenza, amplia le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (cfr. l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, nel rito in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3).*

*Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò è desumibile dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza una tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., già con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717).*

*In definitiva, il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.*

*Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.*

*Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva.*

*Come osservato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza n. 500/1999, l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio.*

*L'interesse legittimo va, quindi, inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita interessato dall'esercizio del potere pubblicistico, che si compendia nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione o la difesa dell'interesse al bene.*

*Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo, l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è quindi sempre l'interesse ad un bene della vita che l'ordinamento, sulla base di scelte costituzionalmente orientate confluite nel disegno codicistico, protegge con tecniche di tutela e forme di protezione non più limitate alla demolizione del provvedimento ma miranti, ove possibile, alla soddisfazione completa della pretesa sostanziale.*

*In questo quadro normativo, sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, risulta coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato.*

*L'autonomia dell'azione si apprezza, con argomento a contrario, se si rileva che, alla stregua dell'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 30, salvi in casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione. Si ricava allora che mentre la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio, non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31), per converso la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma rispetto al rimedio caducatorio.*

*3.2. Va, peraltro, osservato che il codice, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.*

*L'art. 30, comma 3, del codice dispone, infatti, al secondo periodo, stabilisce che, nel determinare il risarcimento, "il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".*

*La disposizione, pur non evocando in modo esplicito il disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.*

*Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del "più probabilmente che non" : Cass., sezioni unite, 11 gennaio 1008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045), recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che, ai sensi dell'art. 1223 c.c., deve legare la condotta antiggiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi.*

*Va aggiunto che la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela).*

*Va, del pari, apprezzata l'omissione di ogni altro comportamento esigibile in quanto non eccedente la soglia del sacrificio significativo sopportabile anche dalla vittima di una condotta illecita alla stregua del canone di buona fede di cui all'art. 1175 e del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.*

*La rilevanza sostanziale delle condotte negligenti, eziologicamente pregnanti, è confermata anche dall'art. 124 del codice del processo amministrativo e dell'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.*

*La prima disposizione sancisce, al comma 2, questa volta recando un riferimento esplicito alla normativa civilistica, che "la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1" (ossia la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto) "o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto è valutata dal Giudice ai sensi dell'art. 1227 del codice civile".*

*Inoltre, l'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici, aggiunto dall'art. 6 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, come modificato dall'art. 3 dell'allegato 4 allo stesso decreto legislativo n. 104/2010, nel disciplinare l'istituto dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, stabilisce, al comma 5, che l'omissione della comunicazione di cui al comma 1, finalizzata alla stimolazione dell'autotutela, costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'art. 1227 del codice civile.*

*Dall'esame coordinato delle richiamate disposizioni si evince che il legislatore, se da un lato non ha recepito il modello della pregiudizialità processuale della domanda di annullamento rispetto a quella risarcitoria, dall'altro ha mostrato di apprezzare la rilevanza causale dell'omessa impugnazione tempestiva che abbia consentito la consolidazione dell'atto e dei suoi effetti dannosi.*

*In tal modo il codice ha suggellato un punto di equilibrio capace di superare i contrasti ermeneutici registratisi in subiecta materia tra le due giurisdizioni e, in parte, anche in seno ad ognuna di esse. Il legislatore, in definitiva, ha mostrato di non condividere la tesi della pregiudizialità pura di stampo processuale al pari di quella della totale autonomia dei due rimedi, approdando ad una soluzione che, non considerando l'omessa impugnazione quale sbarramento di rito, aprioristico ed astratto, valuta detta condotta come fatto concreto da apprezzare, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, per escludere il risarcimento dei danni evitabili per effetto del ricorso per l'annullamento.*

*E tanto sulla scorta di una soluzione che conduce al rigetto, e non alla declaratoria di inammissibilità, della domanda avente ad oggetto danni che l'impugnazione, se proposta nel termine di decadenza, avrebbe consentito di scongiurare.” (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 23 marzo 2011, n. 3).*

Orbene, nella pronuncia indicata in epigrafe il Consiglio di Stato si è soffermato sull'esatta interpretazione della norma di cui alla seconda parte del comma 3 dell'articolo 30 c.p.a. che consente al giudice amministrativo di valutare la mancata proposizione della domanda di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. Ad avviso del Collegio, l'“ordinaria diligenza” richiesta dal citato articolo 30 impone al soggetto danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo l'onere di denunciare in sede giurisdizionale i vizi di legittimità che inficiano il provvedimento medesimo al fine di ottenere la tutela restitutoria e satisfattoria classica, rispetto alla quale quella risarcitoria si configura come ancillare in quanto tendente a rifondere il danneggiato di tutti i danni che residuano pur dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo. L'azione di annullamento, infatti, rappresenta ancora oggi, “lo strumento preminente di tutela contro le illegittimità amministrative”. Sicchè, qualora la mancata previa richiesta di annullamento del provvedimento amministrativo sia stata “colpevole” ed idonea, sotto il profilo causale, a cagionare i danni che il ricorrente denuncia in sede risarcitoria, l'azione proposta ex articolo 30 c.p.a. deve ritenersi priva di “utilità” in quanto privo di fondamento è il diritto risarcitorio che il ricorrente tenta di fare valere. In tale ipotesi, dunque, il mancato esperimento di un'azione di annullamento non andrà ad incidere solo sul *quantum* del danno risarcibile, ma anche sull'an ed impedirà al giudice di accogliere la domanda risarcitoria anche in presenza di un danno ingiusto astrattamente risarcibile.

Peraltro, estendendo in via interpretativa la portata dell'articolo 30, comma 3 che, al fine di escludere il risarcimento del danno fa testualmente riferimento alla eventuale mancata utilizzazione di tutti gli “strumenti di tutela previsti”, il Consiglio di Stato ritiene necessaria e utile a fondare la domanda risarcitoria la sola azione giudiziale di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, privando di rilievo e di riscontro processuale la proposizione di eventuali ricorsi amministrativi, seppur esperiti con esito favorevole: “Invero, la questione si concentra sul tema se, nella condotta positiva richiesta al danneggiato per ordinaria

*diligenza (art. 1227, cpv., Cod. civ.: “Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza”) rientra anche l'onere di un'azione giudiziale di annullamento avverso quell'atto amministrativo. Il Collegio - sottolineato che la vicenda presente è regolata ratione temporis dalle norme precedenti il Codice del processo amministrativo - , ritiene che vi rientri. E, l'inclusione di siffatto onere nell'ordinaria diligenza cui è tenuto l'avente diritto al risarcimento, comporta l'esclusione della responsabilità dell'Amministrazione, se emerge che il danno avrebbe potuto essere contenuto o evitato attraverso la diligente cura, anche giudiziale, delle posizioni di costui.*

*La regola si fonda sul canone generale di correttezza e di buona fede oggettiva, che riguarda non solo le relazioni tra consociati, ma anche, seppur in modo particolare, le loro relazioni con la p.a.: dove – diversamente da quanto avviene di base nei giudizi civili – l'ordinamento, per riparare le lesioni inferte, appronta una specifica e generale tutela (restitutoria o satisfativa a seconda del tipo di interesse), dove l'intervento del giudice giunge ad annullare l'atto lesivo.*

*Questa regola ridonda sull'esistenza e sull'entità dello stesso diritto al risarcimento del danno da atto illegittimo, cioè alla riparazione essenzialmente per equivalente: nel senso che non spetta se l'interessato, non assolvendo a quel canone generale, non ha fatto quanto poteva per giungere alla riparazione della lesione, finanche attraverso l'azione di annullamento.*

*Ne viene che il principio generale dell'art. 1227, cpv., Cod. civ. in tema di “danno evitabile”, qui applicabile in quei termini ed oggi (per l'art. 30 Cod. proc. amm.) estensibile alla valutazione dell'entità del danno (danno contenibile), comporta che il danneggiato da un atto amministrativo illegittimo, per accampare il risarcimento dei danni che ne derivano, ha l'onere di tempestivamente attivarsi fino a domandarne l'annullamento giudiziale. Non bastano ad integrare un suo comportamento attivo di ordinaria diligenza, l'invito e la messa in guardia dell'Amministrazione sull'ingiustizia dei danni che l'atto causa; né basta esperire un rimedio amministrativo interno, come un ricorso gerarchico, se poi viene respinto (come è avvenuto nella specie). Occorre una vera e propria domanda di giustizia, cioè che l'interessato si spinga al rimedio giustiziale disponibile contro l'atto amministrativo illegittimo per ottenerne l'annullamento e dunque la cessazione della produzione degli effetti dannosi (oggi l'art. 30, comma 4, Cod. proc. amm. analogamente riconduce all' “ordinaria diligenza” del danneggiato “l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”).*

*Consegue da questa regola, immanente alla posizione del danneggiato, che la previa operosa impugnazione giustiziale dell'atto illegittimo è presupposto dell'utilità e del fondamento stesso dell'azione risarcitoria (piuttosto che dalla consequenzialità da ultimo prevista dall'art. 7 l. 6 dicembre 1971, n. 1034; o da esigenze generali di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, cui il termine breve di impugnazione è funzionale; o dall'impossibilità per il giudice amministrativo di disapplicare l'atto amministrativo; o dall'incoerenza che risulterebbe tra una intervenuta condanna al risarcimento e un provvedimento che le sopravviverebbe).*

*Perciò il risarcimento del danno non è dovuto dalla p.a. in caso di mancata impugnazione dell'atto illegittimo foriero di danno (in tal senso Cons. Stato, V, 31 dicembre 2007, n. 6908; IV, 3 maggio 2005, n. 2136; VI, 19 giugno 2008, n. 3059; VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, secondo cui non spetta il risarcimento del danno quando derivi da un provvedimento amministrativo riguardante un terzo ed il ricorrente non si sia attivato impugnandolo*

*tempestivamente; VI, 21 aprile 2009, n. 2436; contra Cons. Stato, V, 19 maggio 2009, n. 3066).*

*Non disconosce il Collegio che questo approccio presenta aspetti critici, a fronte dell'osservazione per cui la presentazione di una domanda di tutela giurisdizionale è comportamento che implica – per il costo e l'alea del giudizio - un apprezzabile sacrificio a carico del danneggiato; sicché per taluno non può essere ricondotta al canone dell'ordinaria diligenza' e si tratta piuttosto di attività di straordinaria diligenza, ovvero gravosa od eccezionale (sul punto, Corte cost., 4 luglio 1999, n. 308; Cass., 22 marzo 1991, n. 3101; 14 gennaio 1992, n. 320). Nemmeno il Collegio disconosce l'obiezione che così si reintrodurrebbe in via surrettizia una sorta di pregiudiziale di annullamento, ormai abbandonata, e si negherebbe di fatto l'autonomia dell'azione risarcitoria (l'impugnazione giurisdizionale quale previo onere per l'attivazione della domanda risarcitoria equivarrebbe in pratica a un nuovo nesso di pregiudizialità necessaria fra l'azione di impugnazione dell'atto e l'utile esperibilità dell'azione risarcitoria stessa).*

*Nondimeno, la previa impugnazione giudiziale dell'atto è richiesta dai ricordati canoni generali di correttezza e di buona fede oggettiva (non dal principio generale di solidarietà: non è da solidale con la p.a. l'impugnarne gli atti): e questi nel rapporto amministrativo si atteggiavano diversamente che nel rapporto interprivato, anche quanto al ricorso agli strumenti di tutela in giustizia. Né si può opporre la particolare onerosità dell'azione di annullamento, posto che è esperibile anche con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (Cons. Stato, VI, 22 ottobre 2008, n. 5183). Quanto all'autonomia dell'azione risarcitoria, non ne è negata, perché a ben vedere qui si fa questione non dell'esperibilità dell'azione (la quale è ammissibile anche in assenza della previa azione di annullamento) ma, in termini sostanziali, del diritto al risarcimento del danno come ulteriore strumento di soddisfazione, stavolta per equivalente, dell'interesse dell'amministrato, che è oggetto di quella azione (cfr. Cons. Stato, VI, 19 giugno 2008, n. 3059; VI, 21 aprile 2009, n. 2436; Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204; 11 maggio 2006, n. 191), rispetto a quella classica demolitoria.*

*Diversamente, del resto, si dovrebbe ammettere l'indifferenza - per un ordinamento che a tutela del cittadino appronta tramite la giustizia amministrativa l'eccezionale e specifica tutela demolitoria degli atti - dell'azione demolitoria stessa e dell'azione risarcitoria. Il che non solo causerebbe irragionevolmente una duplicazione di offerta di tutele a fronte di un atto illegittimo, alternative o concorrenti a piacimento e con scelta rimessa alla mera scelta di convenienza del destinatario dell'atto (consentita fino al malizioso lucro di utilità ulteriori, rispetto alla corretta soddisfazione circa il bene della vita; o fino a dar spazio a indebite disposizioni dell'interessato con terzi, in frode della p.a.), ma innalzerebbe l'azione risarcitoria a rimedio facilmente prescelto per neutralizzare gli effetti di un atto lesivo, svilendo così lo strumento preminente di tutela contro le illegittimità amministrative, che è l'apposita azione di annullamento.*

*Più in generale, vale considerare che il risarcimento dei danni da atto amministrativo illegittimo ha la finalità di rendere piena e completa, ma non già di duplicare, e a discrezione, la tutela giurisdizionale restitutoria o satisfattoria dell'interessato.*

*La duplicazione di offerta di azioni, perciò, sarebbe di suo irrazionale se non fosse che la tutela risarcitoria (cioè per equivalente) va assunta come sussidiaria rispetto a quella demolitoria (preferenziale perché specifica, direttamente satisfattiva e costituzionalmente prevista ad hoc: art.*

113 Cost.): cioè come volta a riparare le conseguenze patrimoniali negative non eliminabili con la rimozione giustiziale degli atti.

In definitiva, va dato comunque rilievo, per configurare l'esistenza del pieno obbligo risarcitorio, alla previa presentazione di una domanda di tutela in giustizia contro l'atto, dalla quale possa derivare un obiettivo ostacolo o l'attenuazione delle conseguenze pregiudizievoli discendenti dall'illegittimo operato dell'amministrazione.

Va però evidenziato – proprio per la richiamata 'ordinaria diligenza' - che, in un tale quadro, non una qualunque mancata presentazione della domanda di tutela giustiziale contro l'atto risulterà rilevante per escludere l'obbligo risarcitorio. Ma rileverà solo una mancata presentazione di carattere qualificato, connotata da colpevolezza e inescusabilità in capo al danneggiato, la quale non farà sorgere, o persistere, il diritto al risarcimento.

Se si negasse rilievo, ai fini risarcitori, alla colpevolezza della pretermissione delle domande di giustizia contro l'atto, si incorrerebbe in una sorta di vizio 'pendolare' (e, per così dire, 'speculare') rispetto alle conseguenze più estreme (e maggiormente criticate) della teorica della pregiudiziale di annullamento.

Insomma, se per un verso il dovere di evitare il danno e il suo aggravamento ricade anzitutto sull'amministrazione che agisce, per un altro ha rilievo negativo sul diritto al risarcimento il comportamento di chi si stima danneggiato, ma che abbia a suo tempo pretermesso in modo colpevole di attivarsi, anche in giustizia, per contenere gli effetti dannosi della condotta della controparte.

In definitiva, ritiene il Collegio, la pretermissione, da parte del danneggiato da un atto dell'amministrazione, della previa domanda di giustizia contro l'atto stesso non costituisce sempre e comunque una violazione del canone di ordinaria diligenza ai sensi dell'art. 1227, c.p.v., Cod. civ.. Una tale pretermissione può impedire, o limitare, il sorgere del diritto al risarcimento se, in concreto, emerge che: a) la mancata azione giudiziale è caratterizzata da colpevolezza (secondo una concreta e ordinaria esigibilità); b) fra la pretermissione e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di consequenzialità diretta, perché il secondo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse debitamente svolto l'azione di annullamento”.