

**SELEZIONE DI GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
CON RICOSTRUZIONE DEL DIBATTITO**
di Francesco FOGGIA

1.- L'azione risarcitoria per il ristoro dei danni prodotti dal provvedimento illegittimo emesso dalla p.a. (Tar Sicilia – Palermo, Sez. I, ord. 7 settembre 2011, n. 1628 **ONLINE)**

L'azione di condanna, anche ed in particolare sub specie di azione risarcitoria, costituisce, a seguito delle innovazioni legislative sul processo amministrativo, una materia particolarmente fluida ed in via di definizione quanto ai limiti ed ai modi di applicazione. La difficoltà principale che si riscontra nei pronunciamenti delle corti, sta probabilmente nel coniugare la pienezza della tutela del soggetto danneggiato dall'attività illegittima della p.a. e la necessità (politica ed economica, più che giuridica) di non "aggregare" eccessivamente le casse (non troppo pingui) delle amministrazioni statali e locali. Preoccupazioni che si traducono sovente in norme giuridiche, da un lato, ed interpretazioni giurisprudenziali, dall'altro, che mal celano, ad opinione di chi scrive, le reali intenzioni. La pronuncia in commento costituisce un mirabile e acuto esempio di superamento di tali logiche, che si attua mediante il deferimento al giudizio della Corte costituzionale di uno dei limiti più discussi imposti dal legislatore del Codice per l'esperimento della domanda risarcitoria: vale a dire del termine di proposizione della stessa, che assume carattere di irragionevolezza (e di incostituzionalità) specie nell'ipotesi in cui l'azione risarcitoria sia autonoma e successiva rispetto al giudizio di annullamento del provvedimento illegittimo. L'ordinanza di seguito in rassegna costituisce un ottimo spunto per analizzare, attraverso l'analisi delle pronunce pretorie, alcune delle problematiche principali che presenta l'azione risarcitoria nel sistema del codice processuale.

SOMMARIO: **1.1-** L'azione risarcitoria tra effettività della tutela e resistenze applicative; **1.2.-** Profili di incostituzionalità del termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma; **1.3.-** Tipologie di vizi del provvedimento amministrativo e risarcibilità delle posizioni giuridiche lese.

1.1- L'azione risarcitoria tra effettività della tutela e resistenze applicative.

Più di dieci anni sono passati da quando una coraggiosa sentenza della Suprema Corte, seguita, l'anno successivo, da un intervento legislativo dissipatore di ulteriori dubbi, aprivano le porte alla risarcibilità delle posizioni di interesse legittimo lese dall'attività illegittima della pubblica amministrazione, consentendo di cumulare dinanzi ad un'unica autorità giudiziaria la tutela demolitoria dell'atto illegittimo e la domanda di risarcimento per i danni derivanti da tale illegittima attività¹. Quello storico momento rappresenta l'inizio di una faticosa attività di interpretazione giurisprudenziale, tesa a definire l'area della risarcibilità degli interessi legittimi, troppe volte, tuttavia, orientata alla ricerca di argomentazioni giuridiche più o meno idonee a limitare la sfera della risarcibilità, piuttosto che a garantire pienamente la tutela dei diritti

conseguenziali alla dichiarazione di illegittimità di un atto emanato dalla p.a.. Non scevro di conseguenze, peraltro, si presentava (e torna forse oggi alla ribalta?) il riconoscimento della giurisdizione in tema di tutela risarcitoria in capo al giudice ordinario ovvero al giudice amministrativo: l'accentramento della tutela per la lesione delle posizioni soggettive qualificate come interesse legittimo in capo al secondo, determinava una compressione della sfera d'azione storicamente di esclusivo appannaggio del giudice ordinario, il quale non ha sempre rinunciato di buon grado a quella che, in fin dei conti, si presenta come la tutela di un diritto, *sub specie* di diritto al risarcimento².

Il sistema della tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo è stata costruita dunque in modo sempre alquanto articolato, determinando spesso che quella che in origine e nelle intenzioni era stata concepita come una semplificazione procedurale ispirata ad esigenze di effettività della tutela giurisdizionale (*b.e.*: la concentrazione innanzi al giudice degli interessi legittimi sia della domanda di annullamento sia di quella risarcitoria), ha in realtà comportato un difficile accesso all'effettivo ristoro dei danni subiti in conseguenza di un'attività

¹ Nella nota pronuncia n. 500 del 22 luglio 1999, la Suprema Corte affermava che "La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto", aggiungendo peraltro, quale presupposto per la risarcibilità in concreto di tale lesione, che "risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo". Tra i numerosi commenti alla citata pronuncia, si ricorda qui DUNI G., *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in *Riv. Amm. Rep. Italiana*, 1999, II, pp. 767 ss.; cfr. anche CARANTA R., *La responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1993, 449 ss.

² Cfr. Cass., Sez. Un., 1 agosto 2006, n. 17461, nella quale il supremo consesso distingue nell'ambito delle posizioni soggettive la cui compressione illegittima può dar luogo al risarcimento innanzi al g.a., un nucleo di "posizioni soggettive a nucleo rigido", individuabili principalmente nel diritto alla salute ed in quello ambientale, alla cui tutela sarebbe sempre competente il giudice ordinario.

illegittima della p.a.: ciò in parte per limitazioni derivanti dall'interpretazione normativa fornita dal Giudice delle Leggi, allorché, ad esempio, lo stesso ha decretato la illegittimità costituzionale dell'art. 33, c. 1 D.Lgs. 31 marzo 1990, n. 80 come sostituito dalla Legge n. 205/2000, nonché dell'art. 35, c. 1 D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, nella parte in cui non sottraeva alla giurisdizione del giudice amministrativo il risarcimento derivante da comportamenti della p.a. non riconducibili nemmeno mediamente all'esercizio di un pubblico potere³; ovvero dal Giudice della giurisdizione, laddove lo stesso ha riferito al giudice ordinario la competenza a decidere sul risarcimento derivante dalla lesione di diritti costituzionalmente protetti, anche nei casi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴. Tuttavia gli ostacoli maggiori frapposti alla pienezza della tutela risarcitoria per la lesione degli interessi legittimi derivano proprio dall'interpretazione pretoria condotta in molteplici occasioni dallo stesso giudice amministrativo. Un esempio su tutti basti a far comprendere appieno quanto asserito: si tratta della nota disputa che per anni ha visto su fronti opposti la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato in merito alla cd. pregiudiziale amministrativa, ovvero alla necessità, asserita e ribadita con forza dal massimo Consesso della giustizia amministrativa, che il soggetto che lamenta un danno derivante dall'illegittima attività amministrativa, provveda necessariamente alla previa impugnazione dell'atto che assume lesivo e, solo in subordine, all'esperimento della domanda risarcitoria⁵. Tale costruzione dogmatica è stata in

più occasioni, ed opportunamente, contrastata dalla Corte di Cassazione⁶, nel tentativo di assicurare al cittadino leso dall'agere illegittimo della pubblica amministrazione una tutela effettiva e paragonabile a quella ottenibile innanzi al giudice ordinario: non si può non rilevare sul punto come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea sostengano il principio di "effettività della tutela giurisdizionale" per il quale, introdotta un'azione di risarcimento del danno, lo Stato membro è tenuto a rendere il suo esercizio non disagiabile⁷.

Ad ogni modo, con le debite isolate eccezioni⁸, gli organi di giustizia amministrativa hanno sempre ritenuto l'accesso alla tutela risarcitoria come ancillare rispetto alla tutela tradizionale di tipo demolitorio anche quando il codice del processo amministrativo ha ritenuto di svincolare, almeno apparentemente⁹, l'azione risarcitoria a quella di annullamento: considerato il mutamento di indirizzo da parte del legislatore, nel senso della parificazione, in punto di tutela, delle posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo al fine dell'ottenimento del risarcimento del danno subito, i Giudici di Palazzo Spada non hanno perso tempo a restituire valore necessitato alla previa azione di annullamento del provvedimento illegittimo. Una recente pronuncia resa in Adunanza Plenaria dal Consiglio di Stato, ha infatti ritenuto 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

³ Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191; cfr. anche C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204; l'orientamento espresso è stato poi oggetto di contestazione da parte del Consiglio di Stato, successivamente espressosi, il quale ha sostenuto che l'elemento caratterizzante la giurisdizione "non è la legittimità dell'esercizio del potere", bensì "la mera emersione di un agire causalmente riferibile ad una funzione che per legge appartenga all'amministrazione agente e che per legge questa sia autorizzata a svolgere e che, in concreto, risulti svolta", con la conseguenza che, pur in presenza di un provvedimento nullo, la giurisdizione in tema di diritti patrimoniali consequenziali spetta comunque al g.a., poiché il provvedimento è riferibile ad una funzione amministrativa.

⁴ Tale tesi ermeneutica, riportata *supra* in nota 1, è stata poi contraddetta dalla pronuncia della Corte Costituzionale del 27 aprile 2007, n. 140 che ha ritenuto inesistente il provvedimento amministrativo idoneo a comprimere diritti costituzionalmente protetti, quali quello alla salute; proprio sul presupposto dell'inesistenza dell'atto amministrativo si fonda la competenza del giudice ordinario a conoscere delle situazioni suddette.

⁵ Il riferimento è innanzitutto alla nota pronuncia del Consiglio di Stato, pronunciata in Adunanza plenaria in sentenza n. 4 del 26 marzo 2003 e, più di recente in sentenza n. 12 del 22 ottobre 2007, nella quale la Plenaria evidenzia il "carattere consequenziale ed ulteriore della tutela risarcitoria", nonché la sua natura "eventuale"; tale per cui lo stesso soggetto leso sembra avere convenienza a sperimentare preventivamente l'azione di annullamento "nella cui procedura e nella cui finalità strumentale gli è consentito rilevare vizi ed approfondirne lo spessore

con risultati ben utili ai fini dell'accertamento compiuto sull'an e sul quantum delle richieste riparatorie".

⁶ Sul punto non si possono non citare le tre sentenze pronunciate a Sezioni Unite della Cassazione del 13 giugno 2006, n. 13659 e n. 13660 e 28 giugno 2006, n. 14842, con le quali è stato ritenuto che al giudice amministrativo 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 tale caso osservare il termine di decadenza pertinente all'azione di annullamento. Cfr. nello stesso senso anche Cass, Sez. Un., ord. 7 gennaio 2008, n.35.

⁷ Cfr. art. 47 Carta di Nizza. Si ricorda come con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea ha il medesimo valore giuridico dei trattati, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea.

⁸ Si intende qui riferire dell'orientamento espresso dal Tar Marche, 23 febbraio 2004, n. 67, il quale ha ritenuto che il diritto al risarcimento deriva da una illegittima compressione di una posizione giuridica soggettiva a prescindere dal previo esperimento della domanda di annullamento dell'atto ritenuto illegittimo.

⁹ Sul punto si rinvia a AULETTA A., *Risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, in questa *Rivista*, 2011, VII.

presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso¹⁰.

In altri termini, cioè, il Consiglio di Stato, nella sua più autorevole composizione, ha inteso valorizzare, nella struttura dell'illecito amministrativo, la funzione del nesso causale che, *ex art. 1223 cod. civ.*, lega il comportamento illegittimo tenuto dalla p.a. e l'evento dannoso prodottosi nella sfera giuridica del destinatario, ritenendo che l'omessa proposizione dell'azione di annullamento da parte del danneggiato sia da leggere come comportamento contrario a buona fede: tale comportamento omissivo determina la lesione dell'obbligo di cooperazione di cui all'art. 1227 cod. civ., determinando una diminuzione o una esclusione del risarcimento¹¹. In altre parole, è stato rilevato come l'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 ha fondamento nel canone di buona fede *ex art. 1175 c.c.* e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà per cui *“si deve concludere che anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica...., che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno”*¹².

Il dato che comunque l'azione risarcitoria continui a rivestire un tono in certo senso ancillare rispetto all'azione di annullamento, è, per vero, dimostrato anche dalla circostanza che una totale autonomia dell'azione risarcitoria è stata prevista dal codice del processo amministrativo unicamente con riferimento alle materie di giurisdizione esclusiva o nei casi espressamente disciplinati dall'art. 30, essendo previsto, in tutti gli altri casi, che *“l'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra*

azione”: se ad oggi, dunque, non esiste più una pregiudizialità espressa dell'azione di annullamento per l'accesso alla tutela risarcitoria, è pur vero che il rimedio demolitorio continua a costituire, per la formulazione normativa dell'art. 30 c.p.a., nonché per l'esegesi interpretativa attuata dal Consiglio di Stato, la porta di accesso principale per giungere ad un ristoro patrimoniale del danno subito per effetto del comportamento illegittimo posto in essere dalla p.a.¹³. Tuttavia, la mancanza di un'azione predefinita cui debba accompagnarsi la domanda risarcitoria ha portato la giurisprudenza a proporre diverse soluzioni, specie alla luce dell'ampliamento del novero delle azioni esperibili dinanzi al giudice amministrativo.

Sicuramente ammissibile è la domanda risarcitoria proposta nell'ambito del giudizio contro il silenzio rifiuto serbato dalla pubblica amministrazione, in ragione della espressa previsione normativa di cui all'art. 117 comma 6 c.p.a.; tale norma, infatti, espressamente disciplina tale ipotesi di cumulo, ponendo una deroga parziale alla regola generale sancita dall'art. 32 c.p.a., circa la trattazione della domanda soggetta ad un rito speciale, nelle forme del rito ordinario cui, in ipotesi, è soggetto la domanda connessa. La giurisprudenza ha, infatti, specificato che la locuzione *“può”* di cui all'art. 117 comma 6 c.p.a. dà facoltà al giudice di pronunciarsi subito, in sede camerale, sulla fondatezza della domanda avverso il silenzio, rinviando per il prosieguo all'udienza pubblica; viceversa, non consentirebbe di trattare in sede camerale anche la domanda risarcitoria connessa a quella contro il silenzio¹⁴.

Non sembra poi negabile la possibilità dell'esperimento dell'azione risarcitoria in sede di accertamento della nullità di un atto amministrativo. Sul punto, recentissima giurisprudenza ha, infatti, palesato quanto in effetti già evidente sotto il profilo pratico: e, cioè, che l'atto nullo, sebbene teoricamente privo di qualunque efficacia, può, all'atto pratico e nelle more della dichiarazione di nullità, produrre effetti, anche rilevanti, nei confronti del destinatario¹⁵. Per la qual ragione,

¹⁰ Il riferimento è a Cons. Stato, Ad. Plen., 22 marzo 2011, n. 3.

¹¹ L'Adunanza Plenaria avrebbe cioè preso in considerazione quell'indirizzo (peraltro non univoco) espresso dalla Cassazione in forza del quale la proposizione dell'azione giudiziale principale può rientrare nella valutazione della diligenza di cui all'art. 1227 secondo comma cod. civ., laddove operando in concreto un raffronto tra i disagi (dell'azione giudiziaria, in termini onerosi e di rischio), da un lato, e i benefici (i danni evitabili), dall'altro, appaia che il beneficio conseguibile nella fattispecie in oggetto sarebbe stato tale da sopravanzare di gran lunga i costi: in tal senso cfr. Cass., sez. I, 20 novembre 1991, n. 12439; Cass., sez. lav. 14 giugno 1994, n. 5766; Cass., 26 novembre 1994, n. 10072; Cass., 18 marzo 1997, n. 2396; Cass., Sez. Un, 27 luglio 1999, n. 508; Cass., 6 agosto 2002, n. 11786; Cass., sez. lav., 11 novembre 2002, n. 15838; Cass., sez. lav. 11 maggio 2005, n. 9898; Cass., sez. lav., 16 aprile 2007, n. 9072.

¹² Le parole in corsivo sono tratte dalla sopra indicata sentenza resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011; ; cfr. nello stesso senso anche Tar Lazio, sez. II, sentenza 3 maggio 2011 n. 3766.

¹³ Il riferimento è a VERDE G., *Sguardo panoramico al libro primo e in particolare alle tutele e ai poteri del giudice*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 795.

¹⁴ Cfr. Tar Campania – Napoli, Sez. III, 28 giugno 2011, n.3439.

¹⁵ In tal senso Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799, secondo il quale *“occorre affermare che il provvedimento amministrativo, ancorchè nullo, ha, tuttavia, una propria efficacia “interinale” (fin tanto che la nullità non venga accertata), la quale rende possibile la stessa definizione dell'atto come provvedimento amministrativo dotato di imperatività (e che, pertanto, si impone unilateralmente ai suoi destinatari)”*. Il riferimento compiuto alla declaratoria di nullità come unico strumento per determinare la completa inefficacia dell'atto nullo, è dovuta proprio

sembra di poter validamente riferire il diritto al risarcimento relativo ai danni prodotti dal provvedimento negativo, direttamente all'atto, benché nullo, e non, invece, come generalmente sostenuto, al comportamento illegittimo della p.a.¹⁶.

La possibile connessione della domanda risarcitoria con l'azione di ottemperanza ha fatto, invece, anche a causa della ricorrenza di tale ipotesi nella pratica, registrare più numerose pronunce, pur nel ridotto tempo di vigenza del codice processuale amministrativo, volte a definirne l'ambito di praticabilità e il contenuto della domanda¹⁷. Infatti, la cumulabilità di tali domande è espressamente prevista e disciplinata dall'art. 112 c.p.a., non lasciando più margini di dubbio, rispetto al passato, in merito a tale ipotesi di cumulo. Quanto ai riflessi sul rito da seguire, stando alla lettera del Codice, bisogna distinguere a seconda del tipo di domanda risarcitoria richiesta; è stato rilevato che, qualora la domanda risarcitoria abbia ad oggetto "i danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o esecuzione del giudicato", il rito applicabile sarà quello proprio del giudizio di ottemperanza, che si svolge in camera di consiglio e a cui si applica il dimezzamento dei termini processuali, ex art. 87 c.p.a.; qualora, invece, al ricorso per l'ottemperanza sia connessa "la domanda risarcitoria di cui all'art. 30

comma 5", il giudizio dovrà svolgersi nei modi e nei termini del processo ordinario¹⁸.

1.2.- Profili di incostituzionalità del termine di decadenza per la proposizione dell'azione risarcitoria autonoma.

Proprio la problematica circa il rito da applicarsi in caso di cumulo di domanda risarcitoria e giudizio di ottemperanza, riguarda da vicino anche la pronuncia in commento, dal momento che l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale adottata dal Tribunale palermitano origina proprio dalla domanda di ottemperanza proposta da un componente del collegio sindacale dell'A.O. "Civico – Fatebenefratelli – M. Ascoli – Di Cristina", volta all'esecuzione della sentenza di annullamento della revoca illegittima, disposta dal Ministero della Salute, nella parte in cui il Ministero non aveva corrisposto al ricorrente stesso i compensi non percepiti nelle more della decisione di primo grado. Nel caso di specie, il Collegio osservava come non fossero sussistenti i presupposti di cui al rito per l'ottemperanza (se non con riferimento alla domanda, pure proposta, di corresponsione delle spese processuali, del tutto marginale, tuttavia, nell'economia del ricorso), non essendo la pretesa vantata riconducibile al danno derivante dalla mancata esecuzione o all'elusione della sentenza favorevole passata in giudicato, ex art. 112 comma 3, bensì ad un danno patrimoniale consequenziale alla declaratoria di illegittimità del provvedimento di revoca, che aveva determinato una diminuzione patrimoniale a danno del ricorrente risultato vittorioso in primo grado (con sentenza poi confermata anche in grado di appello). La soluzione praticata dal Collegio, che ha comportato un rigetto della sollevata eccezione di inammissibilità del ricorso, si è fondata sul potere attribuito dal codice processuale al giudice, di operare la conversione dell'azione ai sensi dell'art. 32 c.p.a., anche alla luce della disposizione, di cui all'art. 112 comma 4 c.p.a., che ammette la proponibilità della cumulo della domanda risarcitoria nel corpo dell'azione di ottemperanza¹⁹: in tal modo, il Tribunale

alla medesima citata pronuncia, la quale ha previsto che "il fatto che la rilevanza di ufficio della nullità sia, dall'art. 31, co. 4 c.p.a., demandata solo al giudice, esclude che la medesima nullità possa essere rilevata ex officio dalla Pubblica Amministrazione (se non attraverso l'esercizio, ove ne ricorrano i presupposti, del potere di autotutela su atto proprio)". Si intende, sul punto, inoltre, rilevare che in assenza di una previsione espressa sulle azioni di accertamento, non manca autorevole dottrina che ritiene che il novero delle azioni di accertamento esperibili non possa essere ricondotta unicamente alla azione di nullità, ritenendo che "la funzione di accertamento costituisce il proprium di ogni giurisdizione e non a caso anche le ricostruzioni più moderne della sentenza di annullamento includono in essa un contenuto di accertamento, in assenza del quale non troverebbero una giustificazione gli effetti ripristinatori e conformativi della pronuncia, ormai pacificamente ammessi" (CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11, 2010, p. 1121 ss.).

¹⁶ La giurisdizione in materia di risarcimento per i comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione è stato da sempre terreno di contesa tra giudice ordinario e giudice amministrativo; sembra di poter affermare, tuttavia, che l'azione di danno avverso comportamenti della p.a. sia esperibile ogni qual volta il comportamento illegittimo sia riconducibile ad una pubblica funzione. Sul punto, si rinvia a BRANCA M., "Il risarcimento del danno nei confronti della pubblica amministrazione nella giurisprudenza del giudice ordinario, del giudice amministrativo e della Corte Europea dei diritti dell'uomo", in *www.giustizia-amministrativa.it*; in tema di risarcimento per danno da ritardo, cfr. *Cons. Giust. Amm. reg. Sic.*, 4 novembre 2010 n. 1368.

¹⁷ Sia consentito il rinvio al nostro "Il giudizio di ottemperanza per l'esecuzione delle sentenze civili contro la pubblica amministrazione", in questa *Rivista*, 2011, VIII, p. 1206.

¹⁸ Per approfondimenti sulle norme processuali inerenti il giudizio di ottemperanza, si rinvia a TARULLO S., *Il giudizio di ottemperanza alla luce del codice del processo amministrativo*, in SCOCA F.G., *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2011; FIASCONARO V., *I riti camerali nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per approfondimenti in tema di procedura del rito dell'ottemperanza, si rinvia per tutti a LEONE G., *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Padova, 2011, 309 – 319.

¹⁹ Emerge il ruolo dell'art. 32 c.p.a. come espressione del principio di concentrazione ed effettività della tutela, già sancito dall'art. 44 n. 2 lett. a) legge delega n. 69/09, come sottolineato da SAIITA N., *Sistema di giustizia amministrativa*, Giuffrè, 2011, p. 506. In

amministrativo palermitano ha qualificato la domanda proposta come un'azione risarcitoria ex art. 30 comma 5 (inerente il risarcimento del danno derivato dal provvedimento illegittimo annullato dal giudice amministrativo), connessa con l'azione di ottemperanza del giudicato, ai sensi dell'art. 112 comma 4 c.p.a.²⁰.

Operata così la trasformazione del giudizio, si poneva un altro problema centrale: l'ammissibilità dell'azione così convertita, infatti, dipendeva dal rispetto dei termini previsti dall'art. 30 comma 5 e richiamati dall'art. 112 comma 4, giacché tale articolo condiziona la connessione della domanda risarcitoria per voci di danno diverse da quelle relative alle modalità di esecuzione del giudicato al rispetto del "*termine ivi stabilito*", ovvero "*sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*". Tale termine che vede come *dies a quo* la data del passaggio in giudicato della sentenza, piuttosto che quello dell'emanazione dell'atto illegittimo si conforma alla regola civilistica, contenuta all'art. 1935 cod. civ., secondo cui la prescrizione comincia a decorrere non già da quando il diritto è sorto, bensì da quando il diritto può essere fatto valere; in tal senso, la pretesa risarcitoria può farsi valere solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, e dunque, la prescrizione inizia a decorrere solo da tale momento²¹; infatti, ai sensi dell'art. 2945 comma 2, cod. civ. e del richiamo ivi contenuto all'art. 2943 cod. civ., l'effetto interruttivo della prescrizione conseguente alla proposizione di una domanda giudiziale perdura fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza conclusiva del giudizio. L'instaurazione di un giudizio, infatti, interrompe la prescrizione e ne sospende il decorso fino al passaggio in giudicato della sentenza, anche di rito, che definisce il giudizio²².

Il termine di centoventi giorni concesso dall'art. 30 comma 5 c.p.a. al danneggiato per la proposizione dell'*actio damni* conseguente alla pronuncia di

annullamento del provvedimento illegittimo della p.a. è evidentemente mutuato dal comma 3, che disciplina l'azione di danno per il risarcimento degli interessi legittimi. La previsione di un termine decadenziale particolarmente ridotto, duramente contestato da molta parte della dottrina, è stato giustificato alla luce dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici nascenti da provvedimenti che sono manifestazione di un potere pubblico, in ragione del carattere superindividuale degli interessi coinvolti.

Ebbene proprio la questione circa la ragionevolezza del termine di decadenza imposto dall'art. 30 comma 5 c.p.a. è stato posto al centro dell'ordinanza di rimessione emanata dal Tribunale amministrativo palermitano qui in commento; infatti, se il termine decadenziale di centoventi giorni previsti per l'azione di danno per il risarcimento degli interessi legittimi di cui al comma 3 dell'art. 30 c.p.a. può giustificarsi alla luce della sopra richiamata esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, tale esigenza non può dirsi rinvenibile nelle ipotesi disciplinate dall'art. 112 comma 4 c.p.a.. Invero, in tali casi, l'azione risarcitoria non è proposta autonomamente dalla parte danneggiata, ma risulta esperibile a tutela di un diritto consequenziale nascente dalla pronuncia di annullamento di un provvedimento amministrativo già passata in cosa giudicata: in altri termini, l'assetto degli interessi superindividuali riguardati dal provvedimento emanato, riceve già regolamentazione per effetto della pronuncia di annullamento e l'azione risarcitoria tende unicamente a completare la tutela del soggetto destinatario del provvedimento illegittimo. In tali ipotesi, dunque, la previsione di un termine di decadenza tanto ridotto risulta chiaramente stridente con gli articoli 3, 24, 103 e 113 della Costituzione, laddove si risolve unicamente in una irragionevole compressione dei diritti del soggetto danneggiato.

A migliore esemplificazione della tesi sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, il giudice rimettente cita la disciplina contenuta all'art. 1495 cod. civ. in tema di azione risarcitoria conseguente alla denuncia dei vizi della cosa venduta: in tali casi, infatti, al termine decadenziale particolarmente breve previsto dal codice per la denuncia dei vizi, pari ad appena otto giorni dalla scoperta del vizio, fa seguito il termine di un anno per la proposizione della conseguente azione risarcitoria. La ragionevolezza della tesi, tuttavia, potrebbe emergere da molte altre previsioni normative vigenti: senza allontanarci dall'ambito del diritto

giurisprudenza si rinvia a Tar Campania – Napoli, Sez. IV, 17 novembre 2010, n. 25205.

²⁰ L'introduzione nel codice di procedura amministrativa della disposizione di cui all'art. 112 comma 4, ha evidentemente recepito quell'orientamento giurisprudenziale che legge la natura del giudizio di ottemperanza come mista di esecuzione e cognizione al contrario di quella che evidenziava la funzione meramente esecutiva del rito. Cfr. nella giurisprudenza precodificativa Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2009, n. 5013, nella quale espressamente si attribuisce al giudizio di ottemperanza "*natura mista, di esecuzione e di cognizione*".

²¹ Cfr. sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2008, n. 5453; VI, 16 settembre 2004, n. 5995.

²² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 25 giugno 2008, n. 3229; nello stesso senso, più di recente, anche Tar Campania - Napoli, sez. I, 14 luglio 2010, n. 16772.

amministrativo (comunitario), può essere qui utile ricordare come la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE è costante nell'affermare che l'azione di danno prevista dagli artt. 235 e 288 T.C.E., è nettamente distinta dagli altri mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento comunitario, tra i quali l'azione d'annullamento *ex art. 230* degli atti comunitari illegittimi. Quest'ultima è soggetta al termine decadenziale di due mesi (*ex art. 230*, comma 5, del Trattato), mentre l'azione di risarcimento del danno è esperibile in cinque anni (*ex art. 46* dello Statuto della Corte di Giustizia)²³. Ebbene, giova ricordare che il diritto comunitario non disciplina direttamente i rimedi processuali previsti dagli ordinamenti nazionali e la soluzione adottata dalla Corte di Giustizia non è vincolante per i giudici nazionali, ma rappresenta pur sempre un autorevole precedente, concludente nel senso sopra riferito.

Sotto altro profilo, rileva la corte rimettente che è cosa ben diversa il prevedere un termine breve di decadenza per la proposizione dell'azione di danno, rispetto al prevedere un termine breve di prescrizione del diritto al risarcimento: la previsione in forza della quale, infatti, l'azione di risarcimento va proposta innanzi al giudice amministrativo nel termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento amministrativo ritenuto lesivo, non varrebbe a dire, cioè, che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno è pari allo stesso termine per esercitare la corrispondente azione giudiziale. Come noto, infatti, mentre la prescrizione è idonea a determinare l'estinzione di un diritto, la decadenza definisce semplicemente il momento in cui non è più possibile esercitare validamente un potere attribuito dall'ordinamento. Posto dunque che nella stessa sistemica del codice del processo amministrativo l'azione per il risarcimento dei danni è iscritta tra diritti patrimoniali consequenziali (art. 7 comma 4 c.p.a.), si potrebbe concludere che la previsione di un termine breve di decadenza dell'azione risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo non determina la prescrizione del diritto al risarcimento, per il quale né il codice, né una legge speciale prevedono un termine di prescrizione più breve rispetto all'ordinario

²³ Cfr. Corte di Giustizia CE, causa T-86/03, *Holcim* (Francia) SA contro Commissione CE; giova qui evidenziare che l'interpretazione dell'articolo 46 del regolamento della Corte, che prevede un diverso termine decadenziale per l'azione di annullamento e per quella risarcitoria, non è mai stata intesa nel senso di una riduzione del termine di decadenza della seconda.

quinquennale previsto dal codice civile in tema di responsabilità aquiliana. A modesta opinione di chi scrive si possono leggere nella falla normativa lasciata aperta dal sistema di tutela codicistico, alcune condizioni per una riesplorazione della giurisdizione del giudice ordinario tutte le volte che riuscisse preclusa, per estinzione del termine previsto dall'art. 112 comma 4, la proposizione dell'azione di danno innanzi al giudice amministrativo: accertata, infatti, da parte di quest'ultimo, con separata sentenza di annullamento passata in cosa giudicata, l'illegittimità di un provvedimento amministrativo, rimarrebbe il diritto consequenziale del soggetto destinatario di tale atto annullato, a vedersi riconosciuta dall'ordinamento la tutela risarcitoria per quelle posizioni soggettive che sono state illegittimamente comprese dall'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione: a ben vedere si tratterebbe di un *revirement* in grado di ridare linfa a dinamiche analoghe a quelle in passato verificatesi, riproponendo le già sperimentate (e non del tutto tramontate) difficoltà di raccordo tra le giurisdizioni amministrativa e civile, dal momento che ne risulterebbe una tutela evidentemente concorrente²⁴. Ad ogni buon conto, risulta manifesto che nel sistema vigente possono facilmente aprirsi vuoti di tutela per il soggetto danneggiato, il cui diritto al risarcimento, riconosciuto e sancito in via teorica, risulterebbe carente di rimedi azionabili.

1.3.- Tipologie di vizi del provvedimento amministrativo e risarcibilità delle posizioni giuridiche lese.

La pronuncia in rassegna offre anche un ulteriore spunto di riflessione. Nella domanda giudiziale proposta, infatti, il ricorrente domanda al giudice dell'ottemperanza sia il risarcimento per le spese di giudizio non corrisposte dall'amministrazione, relative alle spese processuali cui la stessa era stata condannata all'esito del giudizio di primo grado, sia

²⁴ Se la ricostruzione può apparire avventata alla luce dell'art. 7 comma 4 c.p.a. che stabilisce che "sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative [...] al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma", è pur vero che, in tema di azione di condanna, l'art. 30 ult. comma, dispone unicamente che "Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo", non menzionando, dunque, anche l'azione per il risarcimento dei diritti patrimoniali consequenziali all'azione di annullamento che, a stretto rigore, non rientrano né nella locuzione "domanda di condanna al risarcimento dei danni per la lesione di interessi legittimi", né nelle materie di giurisdizione esclusiva. Sul punto, si rinvia a MERUSI F., *In viaggio con Laband...*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, VI, 658.

una somma corrispondente agli importi degli emolumenti non percepiti successivamente alla revoca della nomina illegittimamente disposta dall'amministrazione ministeriale: come è facile notare, le due voci di danno discendono da situazioni giuridiche diverse, giacché la prima si riferisce alla domanda di condanna ad una somma a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza (art. 112 comma 3, prima parte, c.p.a.); mentre la seconda si riferisce al danno derivante dall'emanazione o esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo (art. 112 comma 4 c.p.a.). Senza voler affrontare in questa sede l'individuazione delle tipologie di danno risarcibili in sede di ottemperanza²⁵, appare utile soffermarsi sulle condizioni individuate dalla giurisprudenza amministrativa per la configurazione del danno risarcibile, in caso di (giudizialmente dichiarata) attività illegittima della pubblica amministrazione. Si tratta, cioè, di stabilire se la declaratoria di illegittimità del provvedimento amministrativo contestato dal soggetto destinatario dell'atto stesso sia condizione sufficiente per l'affermazione del diritto al risarcimento del danno (sempreché in presenza degli altri presupposti generali indicati dall'articolo 2043 del codice civile, costituiti dalla colpa e dal nesso di causalità²⁶); oppure se, al contrario, occorra considerare analiticamente e selettivamente il tipo di vizio individuato dal giudice, in funzione della possibilità, riconosciuta all'amministrazione, di intervenire nuovamente sul rapporto giuridico controverso, anche in seguito al definitivo annullamento dell'atto illegittimo²⁷. Ebbene, già da tempo in giurisprudenza si è formata l'opinione secondo cui, pur in presenza dell'annullamento in via giurisdizionale di un provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo, l'accoglimento della domanda risarcitoria proposta dal ricorrente nel medesimo giudizio demolitorio oppure in altro successivo debba essere negato tutte

le volte in cui la caducazione del provvedimento impugnato si fonda sull'accertamento di vizi di ordine formale: in detti casi, infatti, soltanto una riedizione del potere amministrativo nel senso sperato dal ricorrente potrà fondare l'ottenimento concreto del bene della vita domandato con la domanda risarcitoria, in considerazione del fatto che il nuovo provvedimento favorevole per il privato assevera la spettanza del bene della vita negato in un primo momento dall'amministrazione²⁸. Tale tesi, di più immediata comprensibilità nel campo dei interessi pretesivi, è stata ribadita e trasposta dal Consiglio di Stato anche in tema di interessi oppositivi²⁹: anche in questi casi si è ritenuto che la pretesa risarcitoria non potrebbe trovare accoglimento qualora il vizio accertato non contenga alcuna valutazione definitiva in ordine al rapporto giuridico controverso, risolvendosi nel riscontro di una violazione del procedimento di formazione del provvedimento. Ciò avviene ogni qual volta, a seguito all'annullamento dell'atto impugnato, l'amministrazione conserva intatto il potere di rinnovare il procedimento, eliminando il vizio riscontrato.

Viceversa, il diritto al risarcimento viene riconosciuto nel caso di annullamento del provvedimento impugnato per vizi che ne investono la legittimità sostanziale: in tali casi, infatti, il giudice dell'annullamento verificherebbe un'applicazione scorretto del potere amministrativo, facendone dunque discendere, come naturale conseguenza, pur condizionata alla presenza di tutti gli elementi necessari per la configurazione di una responsabilità *ex art. 2043 cod. civ.*, il risarcimento dei danni subiti dal destinatario dell'atto annullato. Tale ripartizione delle tipologie di vizi riscontrabili nel provvedimento amministrativo in relazione

²⁵ Per cui il rinvio va nuovamente al nostro *"Il giudizio di ottemperanza"*, cit., p. 1206.

²⁶ La giurisprudenza amministrativa già da tempo ha riferito all'azione di danno esperibile innanzi a sé, i caratteri dell'azione di danno extracontrattuale stabiliti dall'art. 2043 cod. civ.. In particolare, di rinvia a Cons. Stato, Sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2015 secondo il quale *"l'illegittimità dell'atto amministrativo, che si assume essere stato causa del danno, è un requisito necessario ma non sufficiente per la fondatezza dell'azione risarcitoria, poiché occorre altresì che il ricorrente dimostri a) la sussistenza di un evento dannoso; b) la qualificazione del danno come danno ingiusto, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento; c) il nesso di causalità con l'illegittimità o comunque con la condotta (positiva o omissiva) della p.a.; d) l'elemento soggettivo (colpa della p.a.)"*.

²⁷ Cfr. Tar Abruzzo - Pescara, 8 maggio 2003, n. 507.

²⁸ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797; Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 148; Sez. IV, 31 dicembre 2008, n. 6538; Ad. Plen., 3 dicembre 2008, n. 13; Sez. V, 15 aprile 2003, n. 1945.

²⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467. Sul punto si rinvia anche a quanto rilevato dall'Adunanza Plenaria del 15 settembre 2005, n. 7 secondo cui *"Pur non potendosi escludere su di un piano di astratta logica che alla violazione da parte dell'Amministrazione dei termini di adempimento procedurali ad essa assegnati dalla legge possano riconnettersi conseguenze negative per la P.A. medesima, anche di carattere patrimoniale; nondimeno la soddisfazione di un interesse pretensivo leso in capo al soggetto privato dal ritardo nell'adozione da parte dell'Amministrazione di un richiesto provvedimento può consistere in una riparazione per equivalente (in sostanza, in un risarcimento del danno) solo allorché la mancata o ritardata adozione dell'atto richiesto abbia comportato un pregiudizio al bene della vita che sottende l'interesse pretensivo medesimo, in rapporto all'interesse pubblico al quale quest'ultimo si giustappone; ciò accade nel solo caso in cui il provvedimento richiesto e non adottato, ovvero adottato in ritardo, si configuri come favorevole per il privato istante, e non anche laddove esso compendi un rigetto dell'istanza presentata dal privato medesimo"*.

all'accoglimento della tutela risarcitoria costituisce ormai un orientamento pacifico. Tuttavia in tale ricostruzione emergono delle difficoltà di inquadramento di talune tipologie di vizi riscontrabili nell'atto amministrativo nell'una o nell'altra categoria (*h.e.*: quella dei vizi formali e dei vizi sostanziali), con evidenti ripercussioni in ordine all'accesso al risarcimento.

Innanzitutto si registra discordanza di opinioni in merito alla configurazione di alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere, in particolare del vizio di motivazione e della carenza istruttoria. Va, infatti, osservato che in tali casi il giudice dell'annullamento pronuncia su una illegittima applicazione della discrezionalità amministrativa che, per omissione di attività istruttoria ovvero per una motivazione superficiale o viziata da errori logici, ha agito negativamente sulla sfera di interessi del destinatario. Peraltro, non può non notarsi come l'eventuale possibilità di riedizione del potere discrezionale a seguito dell'annullamento, non eliderebbe, specie con riferimento agli interessi oppositivi, il carattere illegittimo della compressione delle situazioni giuridiche del destinatario del provvedimento *medio tempore* determinatesi.

Ad un'opinione più garantista, sensibile alle necessità di tutela risarcitoria delle violazioni determinate dallo scorretto esercizio del potere discrezionale della p.a.³⁰, sembra contrapporsi, più di recente, un indirizzo che tende a valorizzare il profilo dell'ingiustizia sostanziale, negando il risarcimento del danno anche nelle ipotesi citate, laddove alla p.a. sia dato comunque la possibilità di reintervenire d'imperio sulla situazione giuridica oggetto di contestazione, senza modificarne gli esiti³¹. Tale ultima soluzione, invero, non sembra tuttavia corretta dal punto di vista delle garanzie del cittadino, dal momento che determina in capo all'amministrazione un potere di riedizione *ad infinitum* degli atti negativi alla sfera del destinatario, mediante la semplice emendazione dei vizi formali individuati dal giudice amministrativo, lasciando la p.a. al riparo da ogni responsabilità, patrimoniale e,

di riflesso e in certi limiti, contabile, derivante dal proprio agire illegittimo³². Il vuoto di tutela, certo, appare determinato da una scarsa valutazione della funzione sanzionatoria accanto a quella propriamente riparatoria della condanna al risarcimento, dal momento che le decisioni sul punto tendono a disconoscere una funzione del risarcimento ulteriore rispetto a quella strettamente riparatoria, ricusando costruzioni che echeggiano una funzione del risarcimento quale "pena privata"³³.

Altro ambito di particolare interesse ai fini del riconoscimento della spettanza del risarcimento per attività illegittima della p.a., investe il caso della lesione degli interessi partecipativi dei privati al procedimento amministrativo³⁴; invero, il valore formale o sostanziale da attribuire ai vizi del procedimento incisivi sull'instaurazione del contraddittorio in fase istruttoria, sono stati dalla giurisprudenza amministrativa trattati non sempre univocamente. Si può registrare una prima fase, successiva alla emanazione della Legge n. 241/90, nella quale, probabilmente, l'entusiasmo ingenerato dall'emanazione delle norme inerenti l'individuazione di un nucleo di garanzie procedurali del soggetto destinatario del provvedimento finale, avevano portato ad un'alta considerazione di tali momenti partecipativi, con conseguente riconoscimento del danno nel caso di violazione di detti interessi³⁵. Tale impostazione

³² Una funzione sanzionatoria della responsabilità aquiliana è già riconosciuta in alcuni settori del diritto: cfr. Corte Cost. 30 dicembre 1987 n. 641, la quale già da tempo ha ritenuto possibile "il ricorso all'art. 2043 cod. civ. in tema di lesione della salute umana, dell'integrità dell'ambiente naturale e di danno biologico. Si è così in grado di provvedere non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma anche a prevenire ed a sanzionare l'illecito. Il tipo di responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori" (nello stesso senso, cfr. anche sentt. n. 247/74 e n. 184/86 della medesima Corte). Ampi riferimenti alla funzione sanzionatoria della responsabilità civile sono poi presenti anche a livello comunitario ed in particolare, a partire dalla sentenza *Brasserie du pêcheur* [Corte giustizia CE 5 marzo 1996 in causa C-46/93], nella materia del risarcimento danni da mancato recepimento del diritto comunitario. Per un dibattito dottrinale sul punto, si richiama DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2003.

³³ Cfr., tra le più recenti, Tar Lombardia – Brescia, Sez. II, 13 luglio 2011, n. 1046.

³⁴ La Corte costituzionale, con la nota decisione del 22 dicembre 1962, n. 13, ha riconosciuto l'operatività del principio del giusto procedimento e, pur negando la sua avvenuta costituzionalizzazione, ne ha affermato la natura di "criterio di orientamento per il legislatore e per l'interprete".

³⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999 n. 14; si richiama sul punto anche quanto sostenuto da Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 5003: "La partecipazione degli interessati al procedimento amministrativo prevista dagli artt. 7 e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241 costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico (Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001 n. 2823) per cui ogni disposizione che limiti od escluda tale diritto va interpretata in modo rigoroso, al fine di evitare di

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6538, nella quale pronuncia si sottolinea che l'accoglimento della domanda risarcitoria è determinato dal fatto che "si è verificata una ingiustificata violazione dei canoni fondamentali di legalità e correttezza cui deve sempre ispirarsi l'azione amministrativa, secondo quanto stabilito dall'articolo 97 della Costituzione, senza che sussistano cause esimenti".

³¹ Cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2011, n. 854, il quale afferma "Deve quindi escludersi che l'annullamento di un atto illegittimo per difetto di motivazione possa ex se comportare il diritto al risarcimento dei danni subiti, in quanto tale vizio non esclude (ma, anzi, consente) il riesercizio del potere, con la conseguenza che la domanda di risarcimento non può essere valutata che all'esito nel nuovo eventuale esercizio del potere".

può dirsi comunque superata dalla introduzione ad opera della Legge n. 15/05, nella stessa Legge sul procedimento amministrativo, dell'art. 21-*octies*: quest'ultimo, con il prevedere l'irrilevanza della violazione delle norme in tema di partecipazione procedimentale, ai fini della declaratoria di annullamento, tutte le volte che comunque, con un giudizio *ex post*, si rilevi che la determinazione dell'amministrazione non sarebbe potuta essere diversa, ha di fatto ricondotto questi ultimi al numero dei vizi meramente formali. Ne è derivato anche un mutamento delle pronunce giurisdizionali in punto di risarcimento per i danni derivanti dalla lesione degli interessi procedurali, nel senso del mancato accesso a tale forma ulteriore di tutela³⁶.

Ulteriore punto di riflessione in questa veloce disamina dei possibili vizi del provvedimento amministrativo rilevanti ai fini del riconoscimento di una tutela risarcitoria, inerisce il danno da ritardo, consistente nell'emanazione tardiva, rispetto ai termini di conclusione del procedimento, del provvedimento domandato dall'istante alla p.a.; tale forma di danno inerisce, come è agevole notare, unicamente gli interessi pretesivi e, non riguardando la legittimità del contenuto dell'atto finale, può essere considerata come vizio meramente procedimentale. Peraltro si fa notare che, a differenza delle ipotesi sopra esaminate, il ritardo nell'emanazione del provvedimento domandato non determina l'annullamento del provvedimento amministrativo, ma consente unicamente l'accesso alla tutela risarcitoria in funzione reintegrativa del maggior tempo, atteso dal richiedente, per l'emanazione dell'atto domandato. In questo senso, è stato rilevato come il legislatore del 2009, con l'introduzione dell'art. 2-*bis* nel corpo della Legge n. 241/90 abbia inteso attribuire un valore al fattore tempo, anche e certamente con l'obiettivo di imporre all'amministrazione il rispetto dei termini stabiliti dalla legge, in funzione di una maggiore certezza dei rapporti e nell'ottica di un miglioramento delle *performance* dell'apparato amministrativo.

Tuttavia, malgrado la formulazione chiarissima della norma (che stabilisce a chiare lettere "*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*"), non esiste univocità negli orientamenti giurisprudenziali formati in

tema di risarcimento del danno da ritardo. La giurisprudenza più recente si divide, infatti, tra chi riconosce il diritto al risarcimento in quanto il ritardo nella formazione del provvedimento comporta *ipso iure* l'emersione di un danno risarcibile³⁷ e chi, invece, ritiene che il ritardo fondi solo una mera situazione fattuale dalla quale, poi, il ricorrente deve dimostrare la derivazione di un danno economicamente valutabile. Tale ultima opzione appare preferita, sul presupposto di un mancato riconoscimento di un danno da mero inadempimento della p.a. dell'obbligo di provvedere; su tale scia interpretativa, si ritiene che ai fini dell'accesso alla tutela risarcitoria il danneggiato debba dimostrare un'effettiva lesione dell'interesse legittimo sotteso, conseguente al ritardo nell'emanazione del provvedimento domandato, risarcibile ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. e nei limiti di cui all'art. 2336 cod. civ.³⁸.

Emergono evidenti, allora, le difficoltà di accedere alla tutela risarcitoria come forma di completamento della tutela giuridica assicurata al privato contro il comportamento illegittimo della pubblica amministrazione: le incertezze evidenziate dalle pronunce dei tribunali amministrativi lasciano emergere l'opinione secondo cui la tutela risarcitoria patrimoniale deve essere considerata sussidiaria rispetto a quella restitutoria o ripristinatoria, con la conseguenza che essa deve considerarsi praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo³⁹. Il ruolo, dunque, del tutto marginale assegnato alla tutela dei diritti consequenziali mostra la chiara intenzione di non creare strumenti che esponano eccessivamente l'amministrazione a condanne economiche, con conseguenti difficoltà di gestione in termini di cassa, per le stesse.

Può ritenersi che, quasi a bilanciare tale vuoto effettivo di tutela, si assiste ad una sempre maggiore centralità della figura del risarcimento in forma specifica, come forma di tutela del cittadino leso da un'attività illegittima della p.a.; fino al punto di

vanificare od eludere il principio stesso. [...] In materia di comunicazione di avvio prevalgono, quindi, canoni interpretativi di tipo sostanzialistico e teleologico, non formalistico.

³⁶ Cfr. Tar Calabria - Catanzaro, Sez. II, 8 giugno 2009, n. 602.

³⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2011, n. 1739., secondo il quale non rileva la questione della risarcibilità del danno da ritardo in caso di non spettanza del c.d. "bene della vita", avendo la stessa amministrazione riconosciuto tale spettanza con il mero fatto del (tardivo) rilascio dell'autorizzazione. Nello stesso senso cfr. anche Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 24 ottobre 2011, n. 684.

³⁸ Nei termini suddetti cfr. Tar Lazio - Roma, 16 marzo 2009, n. 2694, il quale ritiene che nel nostro ordinamento non vi sia accesso ad un'ipotesi risarcitoria per danno punitivo. Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271; Sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261; Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia, 4 novembre 2010 n. 1368.

³⁹ In tal senso, espressamente, Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6959.

determinare, in certo senso, la preferenza per tale modalità risarcitoria a scapito di quella tradizionale, per equivalente, vista quasi come *“azione opportunistica”*⁴⁰. Per di più, ottenere esattamente il bene della vita leso dall’attività illegittima della p.a. significa, per molta parte della più recente giurisprudenza, la forma di soddisfazione massima del ricorrente; il quale, a quel punto, non avrà più diritto (quasi perdesse la posizione di interesse giuridicamente tutelabile) al risarcimento per equivalente⁴¹. Appare evidente come non si riconosca (o meglio: non si voglia riconoscere) la finalità riparatoria del risarcimento per equivalente, che mira a ristorare il ricorrente vittorioso in giudizio per il pregiudizio subito nel periodo di vigenza dell’atto illegittimo: è evidente che riconoscere tale forma risarcitoria non significa dare ingresso nell’ordinamento al cd. *“danno punitivo”*, bensì unicamente interpretare l’istituto dell’azione risarcitoria nel suo significato principe.

Al contrario, la forma risarcitoria in forma specifica sembra destinata a conoscere un periodo di particolare fortuna, sfociando anche nella tanto discussa azione di adempimento che, espunta in un primo momento dal tessuto codicistico, sembra farsi spazio attraverso l’interpretazione pretoria della formula piuttosto ampia dell’art. 31 c.p.a.. Non può infatti sfuggire come accanto a pronunce più rigorose rispetto all’intenzione del legislatore e alla genesi del codice del processo amministrativo, che negano la possibilità per il giudice di condannare l’amministrazione all’emanazione di un provvedimento determinato in luogo di quello dichiarato illegittimo⁴², facciano capolino soluzioni più intraprendenti, volte ad imporre all’amministrazione soccombente in giudizio

l’adozione di provvedimenti favorevoli alla parte vittoriosa⁴³.

Tutto ciò lascia ben comprendere come quello dell’azione di condanna nel processo amministrativo sia un rimedio dai confini ancora abbastanza fluidi, che vanno definiti senza perdere di vista la loro funzione che è, primariamente, quella di assicurare tutela al cittadino leso da un atto illegittimo della p.a., in modo pieno e non disagiata. Starà ai futuri sviluppi giurisprudenziali e, dunque, anche all’intervento della Corte costituzionale sollecitata dal Tar nella pronuncia in rassegna, riconoscere questo ruolo fondamentale all’azione risarcitoria, in sintonia con i principi previsti dalla Carta costituzionale e dal Trattato di Lisbona.

⁴⁰ Le parole in corsivo sono riprese da Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3. La preferenza per il modello di risarcimento in forma specifica, è sottolineata a chiare lettere in Tar Piemonte, 20 luglio 2011, n. 801, il quale ritiene che *“La decisione di non chiedere il risarcimento in forma specifica viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall’art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile”*.

⁴¹ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, n. 1796: *“una volta ottenuta la reintegrazione in forma specifica sotto la specie della riammissione alla procedura o della ripetizione della procedura, deve essere escluso il risarcimento del danno per equivalente”*.

⁴² Cfr. da ultimo Consiglio di Stato - Sezione Quinta - sentenza 24 marzo 2011 n. 1796, che ha disposto che *“la valutazione sulla “spettanza”, nelle materie in cui la P.A. disponga di ampia discrezionalità amministrativa, e non solo tecnica, non può essere affidata ad un giudizio - necessariamente prognostico - del giudice, ma presuppone che l’Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all’istante il bene stesso: non è dato configurare una tutela risarcitoria degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali”*.

⁴³ Cfr. Tar Lombardia – Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428 che ha tentato di definire i limiti di un azione di adempimento: secondo l’interpretazione adottata, la fissazione della regola del caso concreto è consentita al giudice solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità: è ben possibile, infatti, che anche una attività *in limine litis* connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti, risultare, all’esito del giudizio, oramai irrimediabilmente definita nel suo sviluppo. Nello stesso senso, si citano il Tar Sicilia – Catania, 30 marzo 2011, n. 792 ed il Tar Campania - Napoli, 20 giugno 2011, n. 3254 che, all’esito di giudizi di annullamento dell’aggiudicazione di appalti, non si sono limitati a rimettere la decisione sul merito dell’aggiudicazione all’amministrazione, ma, giudicando esaurito lo spazio di discrezionalità sul merito della stazione appaltante, hanno disposto l’aggiudicazione a favore dell’impresa ricorrente risultata vincitrice all’esito del giudizio.