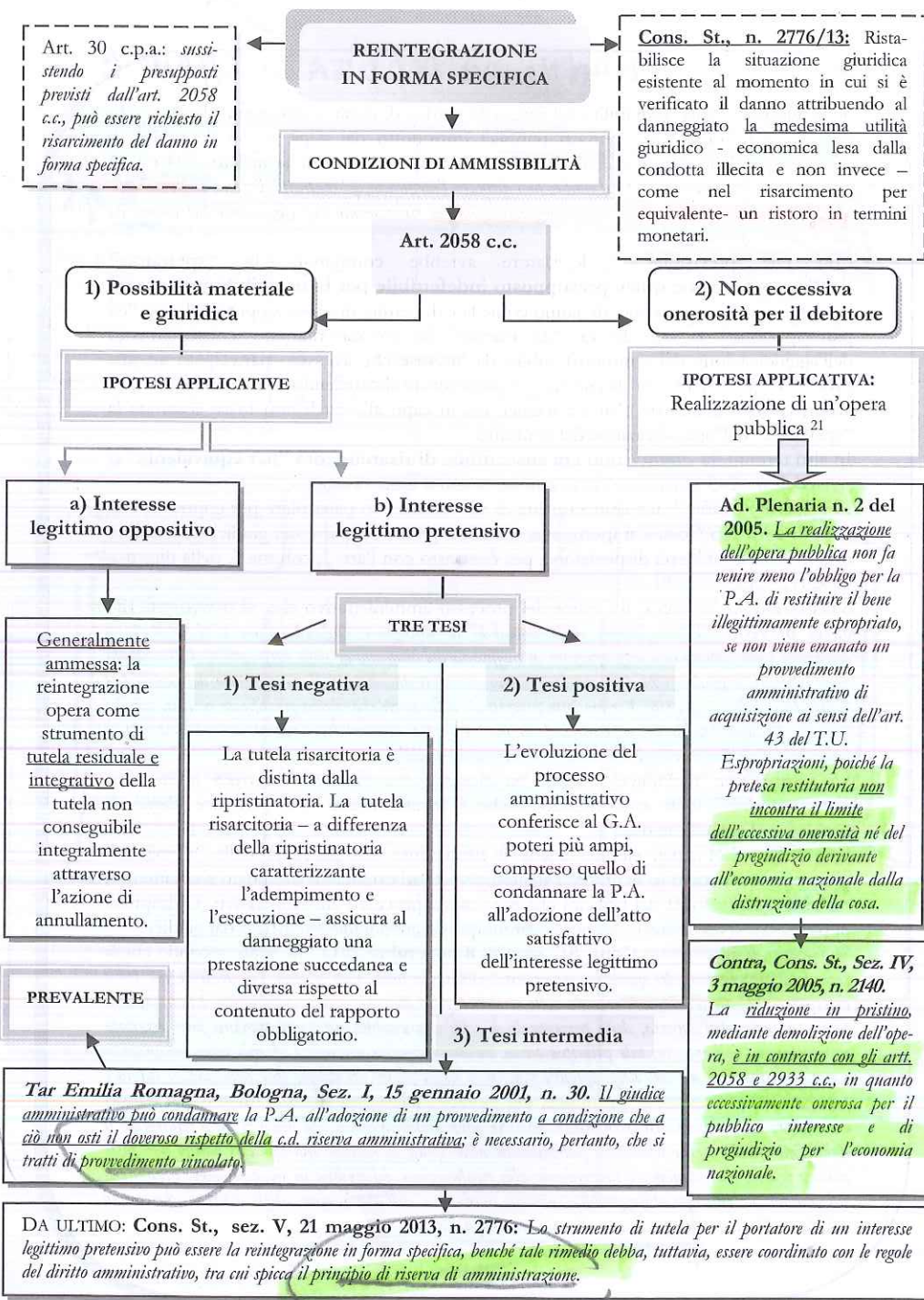


7.2. Il risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica.



²¹ Per la trattazione della *questio*, si rinvia a V. LOPILATO, in *La Rivista Nel diritto*, n. 3/2009, 408 e ss.

La questione dell'ammissibilità del risarcimento in forma specifica in caso di lesione di un interesse legittimo pretensivo va oggi riconsiderata alla luce delle importanti novità recate dal Codice del processo amministrativo che, se da un lato, con l'art 30 comma 3, opta inequivocabilmente per la concezione c.d. civilistica del risarcimento in forma specifica, dall'altro prevede, all'art. 34 la possibilità che la sentenza rechi la condanna, oltre che al pagamento di una somma di denaro, a titolo di risarcimento del danno, anche "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio", prefigurando così una nuova azione di condanna atipica.

Sulle potenzialità di tale ultima previsione rileva quanto sostenuto da **Cons. St., A.P. 23 marzo 2011, n.3** secondo cui, 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 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.* In definitiva, il disegno codicistico 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.

Peraltro, va rilevato che proprio l'art. 34, comma 1, lett. c) è stato significativamente modificato dal secondo correttivo al Codice, approvato con **d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160** il quale ha introdotto *expressis verbis* l'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto definendone i limiti. In particolare, la novella ha previsto che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31 comma 3, (ossia, in caso di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio alla discrezionalità e non sono necessari ulteriori adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione) contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

Il legislatore pare, dunque, aver codificato l'elaborazione giurisprudenziale sul punto e, portando a completamento un lungo processo evolutivo, ha introdotto il principio della pluralità delle azioni a tutela dell'interesse legittimo. *L'esigenza di concludere il processo mediante l'adozione di una sentenza che sia soddisfattiva della pretesa sostanziale azionata rende sempre più penetrante il sindacato del giudice amministrativo sul potere pubblico, fermo restando il divieto da parte dello stesso di invadere le sfere di attribuzioni spettanti alla sala pubblica amministrazione.* (cfr. Cons. St., sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174).²²

²² Sull'ammissibilità di azioni atipiche di accertamento e condanna prima e dopo l'entrata in vigore del Codice del Processo amministrativo si rinvia alla Parte V, Capitolo I, par. 12 di questo Manuale.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.: I PROFILI PROCESSUALI

SEZIONE I • IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE SULLA DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO

*1. Le cinque fasi evolutive del quadro ordinamentale. *1.1. La prima fase. *1.2. La seconda fase: dalle S.U. n. 500 del 1999 alla L.n. 205 del 2000. *1.3. La terza fase: dalla L. n. 205 del 2000 alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004. *1.4. La quarta fase: l'intervento della sentenza n. 204 del 2004 e la nozione di comportamento. *1.5. La quinta fase: il legislatore "codifica" i principi espressi dalla Corte costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva. *1.6. Determinazioni non attive della P.A. e giurisdizione.

SEZIONE II • I RAPPORTI TRA AZIONE DI ANNULLAMENTO E AZIONE RISARCITORIA: PREGIUDIZIALITÀ O AUTONOMIA? IL DIBATTITO SVOLTOSI PRIMA DEL C.P.A.

*2. Rimedi esperibili. *3. Rapporti tra azione di annullamento ed azione risarcitoria - pregiudizialità o autonomia? *3.1. Principale questione. *3.2. La tesi della pregiudizialità. *3.2.a) Cons. St., sez. IV, 18 giugno 2002, n. 3338. *3.2.b) Cons. St., A.P., nn. 4/03; 12/07. *3.2.c) Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917. *3.2.d) Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436. *3.3. La tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria. *3.3.a) Cass. civ., Sez. Un., ord. 13 giugno 2006, nn. 13659- 13660- 13911. *3.3.b) Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254. *3.4. La tesi intermedia del rilievo sostanziale (e non processuale) della mancata impugnazione. *4. Le soluzioni offerte dal Codice del processo amministrativo: l'opzione per l'autonomia con rete di contenimento a protezione dell'interesse pubblico. *4.1. Il termine decadenziale. *4.2. Il grado di diligenza richiesto al danneggiato. *4.3. I poteri cognitori del G.A. nel giudizio risarcitorio autonomo. Pregiudizialità e ipotesi peculiari. *5. Pregiudizialità e ipotesi peculiari. *5.1. Pregiudizialità e danno da silenzio. *5.2. Pregiudizialità e danni da attività non provvedimentale: responsabilità precontrattuale e responsabilità per danni da occupazione appropriativa. *5.3. Pregiudizialità ed autotutela. *5.4. Pregiudiziale e ricorso straordinario al Capo dello Stato.

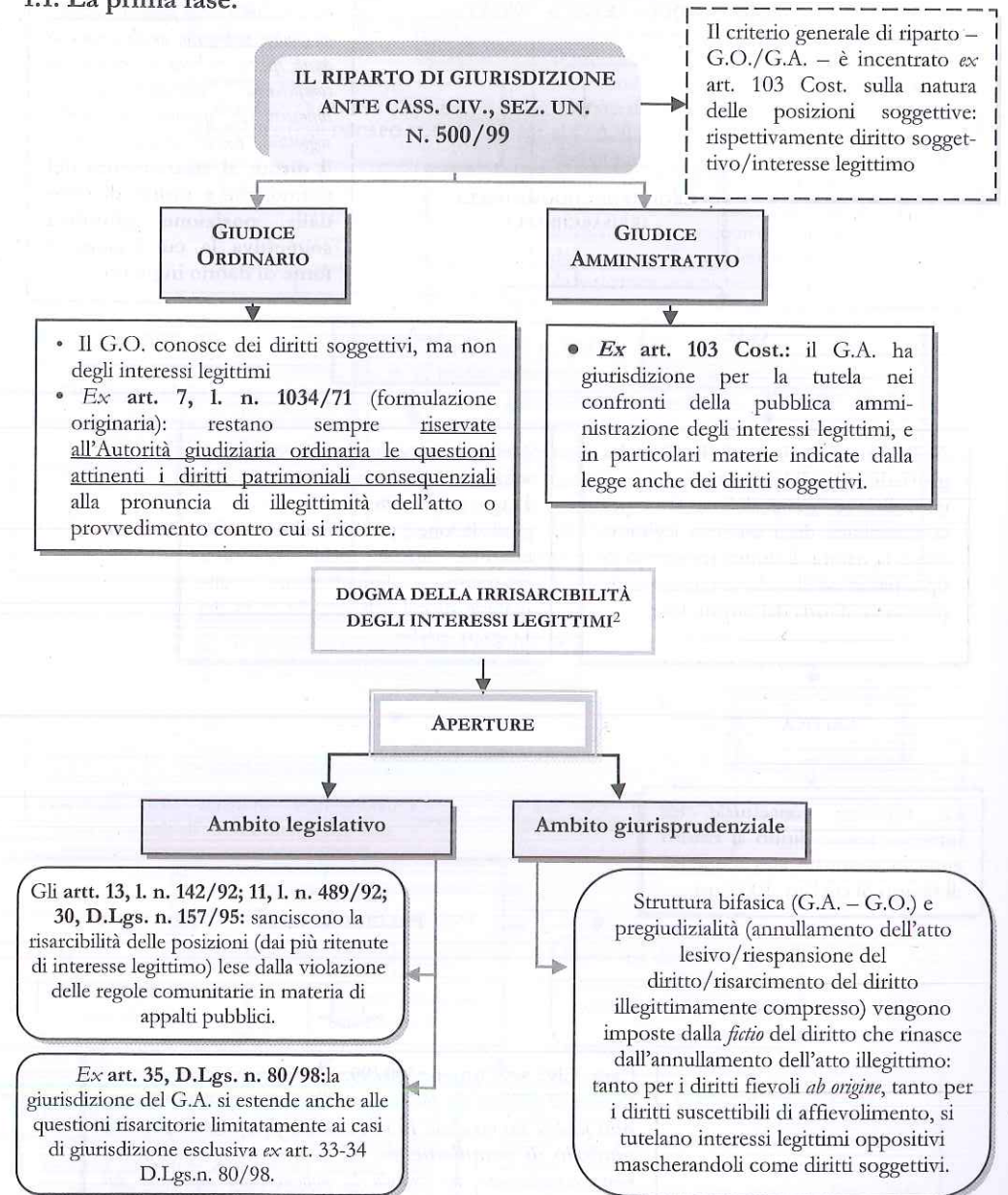
SEZIONE III • PROFILI PROCESSUALI E IL RITO

*6. Domanda risarcitoria e giudizio di ottemperanza. *6.1. Il dibattito svoltosi prima del C.p.a. *6.2. Le soluzioni del C.p.a. *6.3. Le novità introdotte dal primo correttivo. *6.4. Le precisazioni di: Cons. St., A.P., 12 maggio 2017, n. 2.

SEZIONE I • IL RIPARTO DI GIURISDIZIONE SULLA DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO¹

1. Le cinque fasi evolutive del quadro ordinamentale.

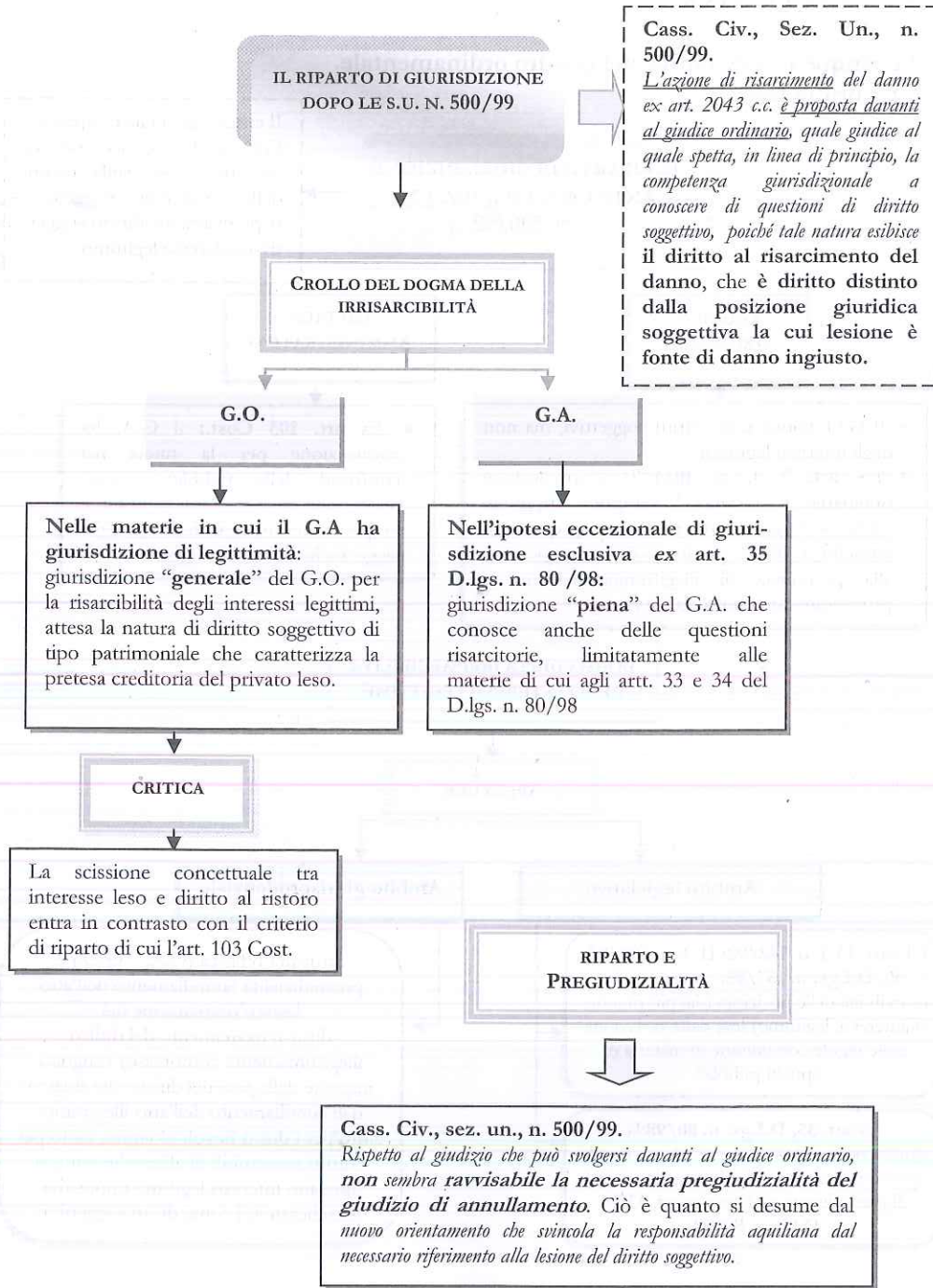
1.1. La prima fase.



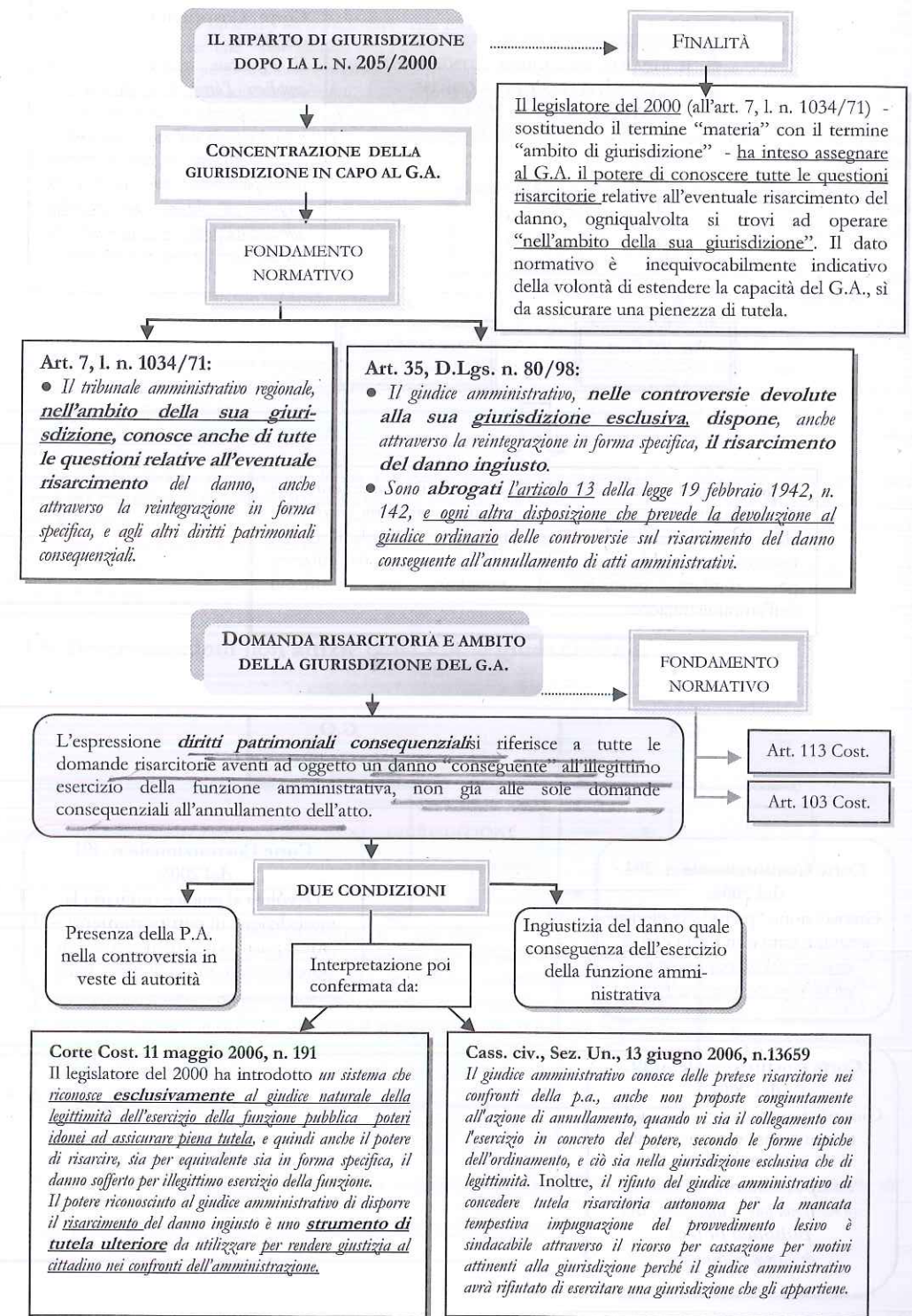
¹ In argomento si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, ed. 2017-2018, Parte III, Capitolo II.

² Per la trattazione dei profili sostanziali connessi all'*an* della risarcibilità, si rinvia alla Parte III, Capitolo I, Sez. I, par. 2 di questo Manuale.

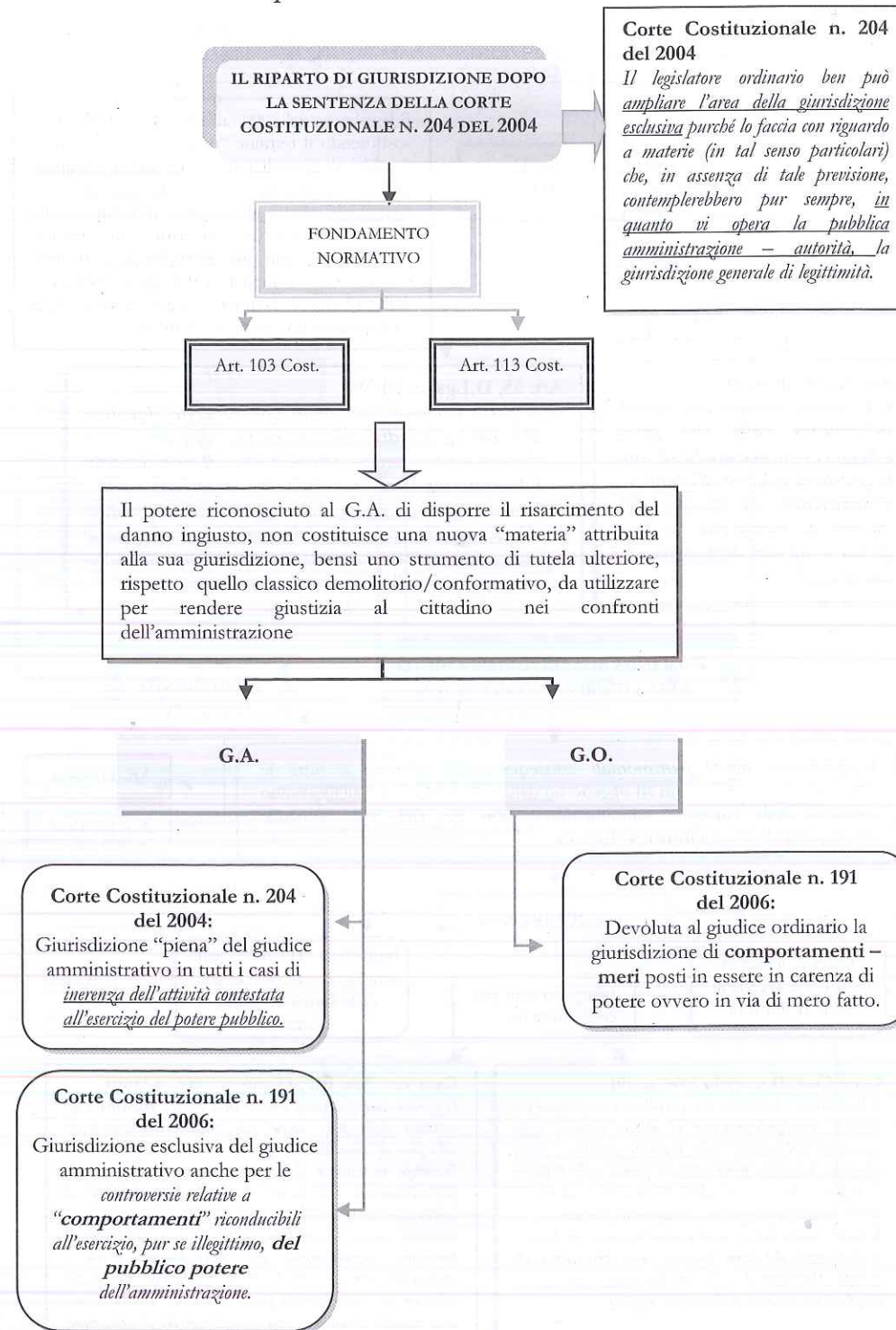
1.2. La seconda fase: dalle S.U. n. 500 del 1999 alla L. n. 205 del 2000.



1.3. La terza fase: dalla L. n. 205 del 2000 alla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004.



1.4. La quarta fase: l'intervento della sentenza della Corte Costituzionale n.204 del 2004 e la nozione di comportamento.



1.5. La quinta fase: il legislatore "codifica" i principi espressi dalla Corte costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva.

L'art. 7 del Codice del processo amministrativo, con una formulazione che riecheggia gli illustrati *dicta* della Corte costituzionale, dispone che "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate nella legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni [...]".

La continuità tra la disposizione codicistica e la giurisprudenza costituzionale si evince, peraltro, dalla lettura della Relazione al Codice, dove si legge che "l'articolo 7 definisce la giurisdizione del giudice amministrativo in ossequio alle norme costituzionali e ai noti principi affermati dalla Corte Costituzionale, in particolare nelle sentenze 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191. In applicazione di tali regole e principi la giurisdizione amministrativa è strettamente connessa all'esercizio o al mancato esercizio del potere amministrativo e in tale ambito rientrano in essa le controversie concernenti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente a detto potere".

Tanto premesso, giova verificare se la formula impiegata dal Codificatore sia effettivamente in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, prima, e dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa, poi. Merita al riguardo in primo luogo sottolineare che mentre la Corte costituzionale nelle citate pronunce aveva utilizzato una definizione "negativa" della giurisdizione esclusiva (individuando le controversie che non possono nell'ambito della stessa essere sussunte, ossia in specie quelle involgenti comportamenti non collegati nemmeno in via mediata all'esercizio, ancorché illegittimo, del potere), il Codice del processo delinea la suddetta giurisdizione "in positivo": in specie, per quanto attiene ai "comportamenti", essi rientrano nella giurisdizione del G.A., se risultano collegati, almeno in via mediata, con l'esercizio del potere, beninteso alla condizione che vi sia una norma di legge attributiva di un potere giurisdizionale esclusivo.

Come non ha mancato di sottolineare la più avveduta dottrina³, la notazione non è di secondario rilievo, specie se si considera che all'indomani dei noti arresti del Giudice delle leggi, la Cassazione ha affermato che ai fini del riparto non è più determinante la qualificazione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, quanto piuttosto la distinzione tra comportamenti riconducibili all'esercizio della funzione e comportamenti "meri", privi di tale legame⁴.

L'attenzione dell'interprete deve spostarsi allora necessariamente sulla definizione di quest'ultima tipologia di comportamenti.

1.6. Determinazioni non attizie della P.A. e giurisdizione.

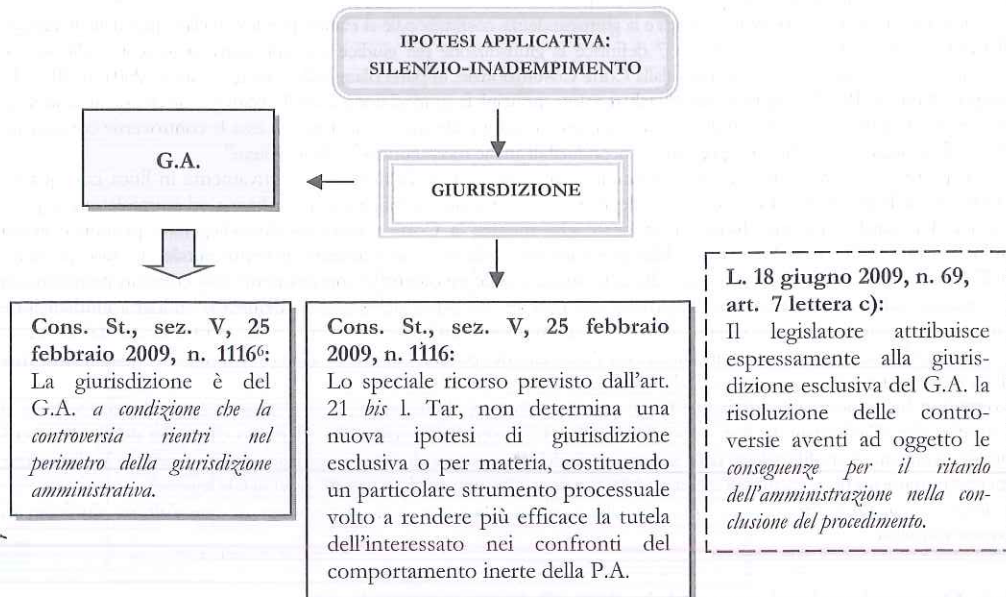


³ PAOLANTONIO, *Giurisdizione amministrativa*, in GAROFOLI-FERRARI Gi., *Codice del processo amministrativo*, cit.

⁴ Cass. civ., Sez. Un., 5 marzo 2010, n. 5290.

⁵ Per i profili sostanziali si rinvia alla Parte III, Capitolo I, Sez. I, Par. 3.

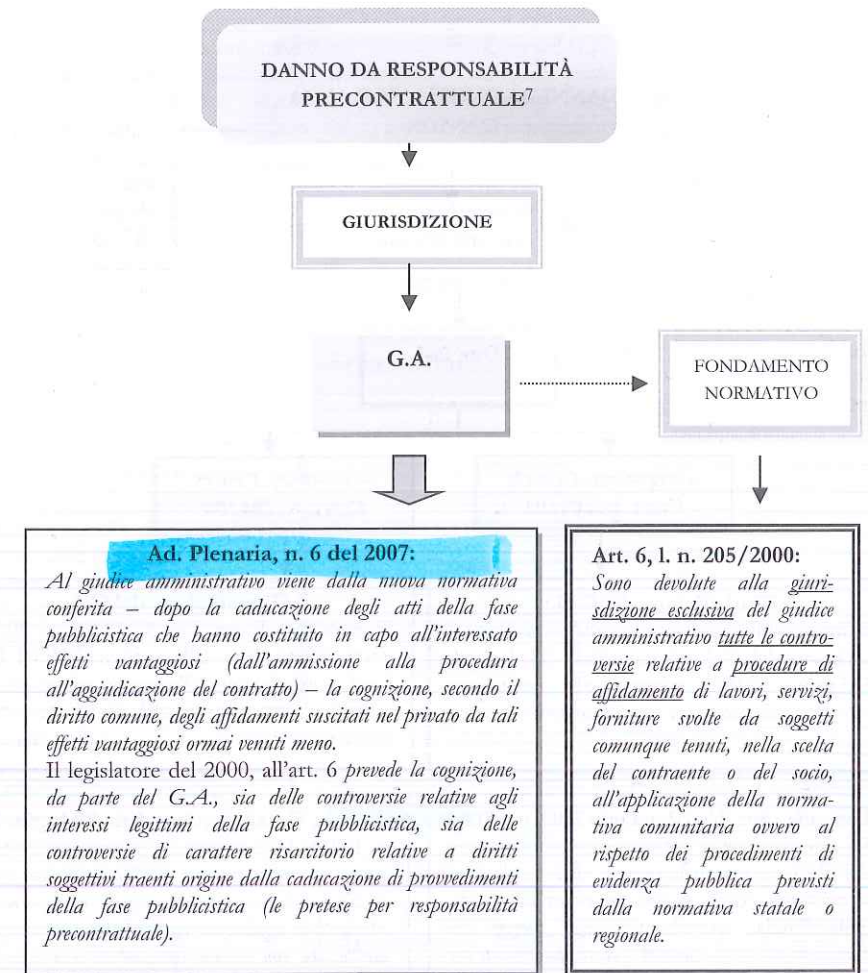
Cons. St. 12 gennaio 2009, n. 65: *Il ritardato esercizio del potere, anche riferito al superamento del termine finale per provvedere, costituisce fattispecie speculare del suo esercizio, configurando, nelle sue conseguenze dannose, la lesione dello stesso interesse legittimo che il soggetto coinvolto vanta rispetto all'emanazione di un provvedimento favorevole.*



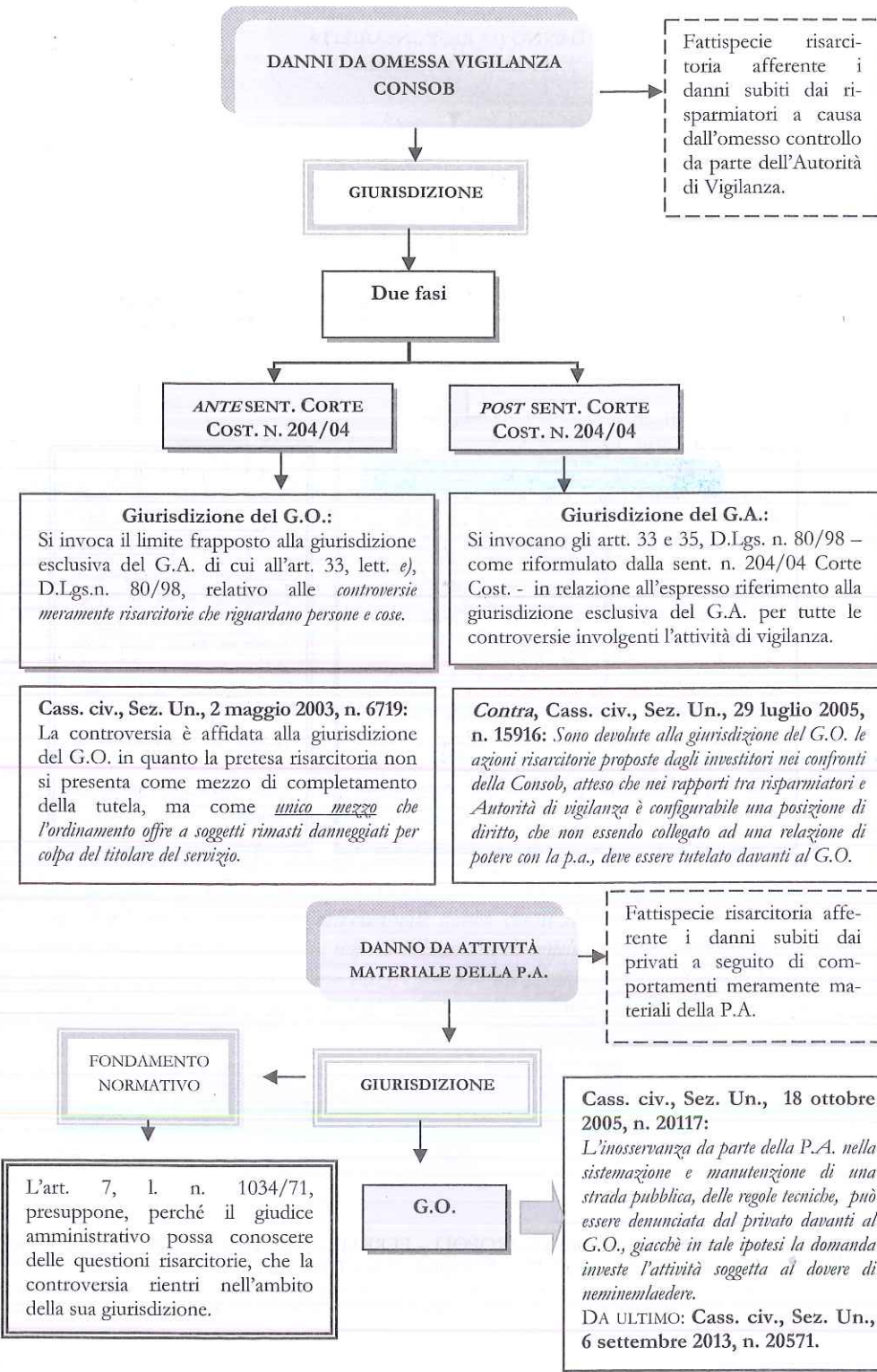
Quanto alla giurisdizione, il Codice, all'art. 133, comma 1, n. 1, lett. a), n. 1, prevede che è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia in materia di "risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo".

Su altro fronte, l'art. 30, comma 4, dello stesso Codice del processo amministrativo, dispone che "per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprou di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 (id est 120 giorni) non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere".

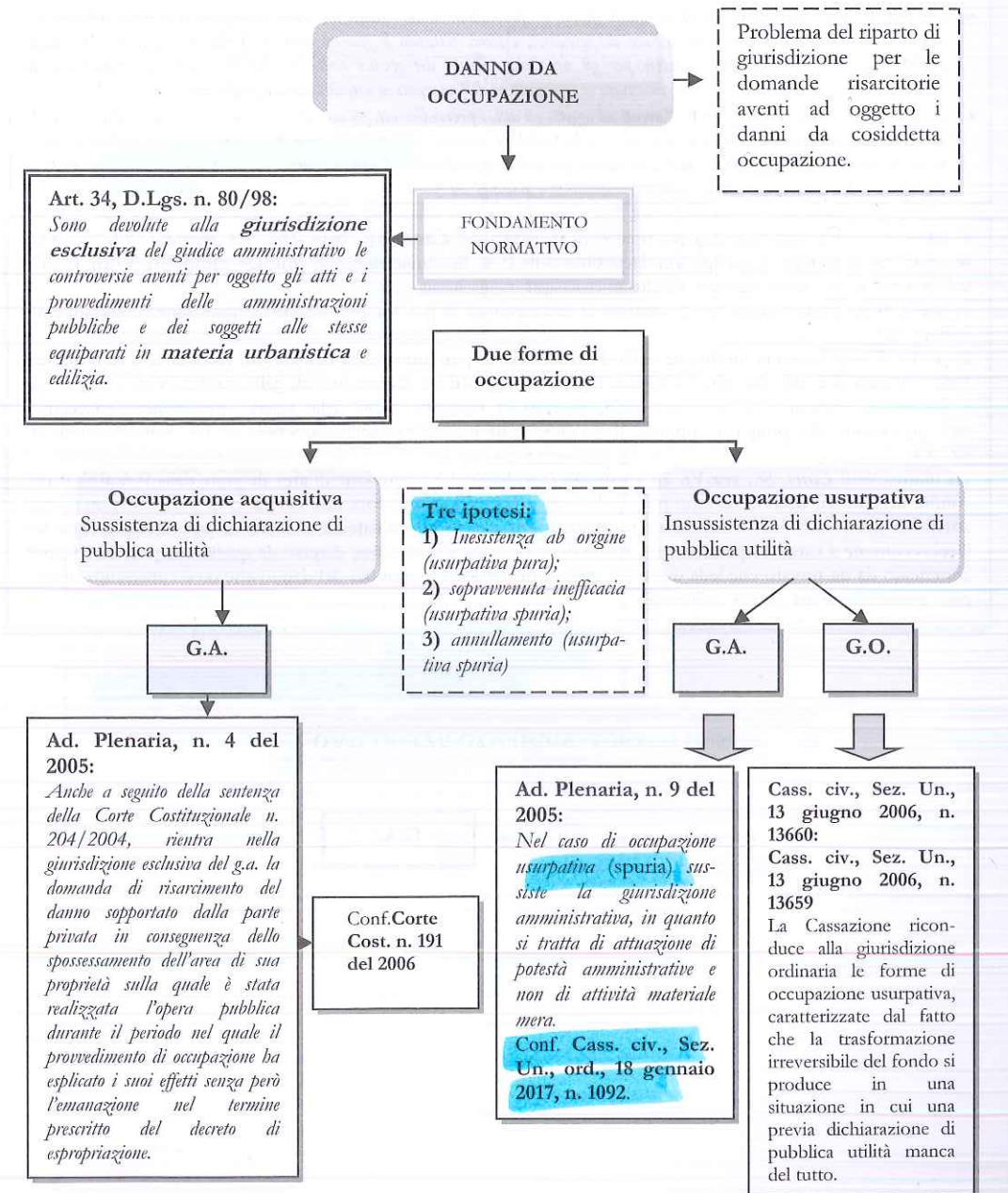
⁶ Per la trattazione della *quaestio* involgente il silenzio-inadempimento e il riparto di giurisdizione, si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, in *La Rivista Neldiritto*, n. 3/2009, 438 e ss.



⁷ Per approfondimenti sul tema si rimanda a GAROFOLI - FERRARI, *op. cit.*, Parte III, Capitolo I, par. 8. Per la trattazione dei profili sostanziali si rinvia alla Parte III, Capitolo I, Sez. I, Par. 2.2.1.



I termini del dibattito non appaiono mutati con l'entrata in vigore del C.p.a. atteso che nell'art. 133, comma 1, lett. c), è previsto che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità".



Ad. Plenaria, n. 9 del 2007: Sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie relative ai procedimenti di esproprio per pubblico interesse nelle quali si faccia questione, anche ai fini della tutela risarcitoria, di attività di occupazione e trasformazione del bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità e con essa congruenti essendo irrilevante se il procedimento all'interno del quale sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo, ovvero, sia caratterizzato dalla presenza di atti poi dichiarati illegittimi.

Diversa è l'ipotesi in cui la dichiarazione manchi *ab origine* (usurpativa pura). In tal caso, venendo in rilievo un mero comportamento in alcun modo funzionalizzato all'esercizio del potere, la giurisdizione sarà del G.O.

Occorre, ora, tenere conto di quanto prevede l'art. 133, comma 1, C.p.a., che ha riguardo, riconducendole alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo:

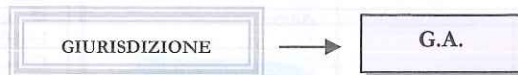
- alla lett. f), alle "controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa",
- e, alla successiva lett. g), a quelle "aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa".

È intervenuta per fare chiarezza sul riparto di giurisdizione **Cass. civ., Sez. Un., 23 gennaio 2012, n. 832**, secondo cui in materia di occupazioni illegittime della P.A., la giurisdizione del giudice ordinario ricorre in due sole ipotesi, aventi ormai carattere residuale:

- 1) quella in cui il provvedimento contenente la dichiarazione di p.u. sia giuridicamente inesistente o radicalmente nullo;
- 2) quelle di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di p.u. individuate dall'art. 13, comma 3, l. n. 2359 del 1865, nel caso di inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori, e dall'art. 1, comma 3, l. n. 1 del 1978, in caso di mancato inizio delle opere "nel triennio successivo all'approvazione del progetto" (ipotesi quest'ultima riferita alla disciplina anteriore al t.u. espropriazioni n. 327/01).

Da ultimo, vedi **Cons. St., sez. VI, 28 aprile 2017, n. 1425**: "L'occupazione di aree da parte della P.A. al di là dei confini segnati dal decreto di esproprio (c.d. sconfinamento) rappresenta non esercizio di pubblico potere, ma attività di puro fatto (c.d. occupazione usurpativa) posta in essere in carenza assoluta di potere, che integra un illecito comune a carattere patrimoniale, lesivo del diritto soggettivo e non diverso da quello che potrebbe venire commesso da un privato che leda diritti dei terzi, onde l'azione risarcitoria del danno che ne è conseguito rientra nella giurisdizione del giudice ordinario".

DANNO DA PROVVEDIMENTO ILLEGITTIMO



**DANNO DA ANNULLAMENTO
GIURISDIZIONALE O IN AUTOTUTELA DEL
PROVVEDIMENTO FAVOREVOLE CON
LESIONE DELL'AFFIDAMENTO**

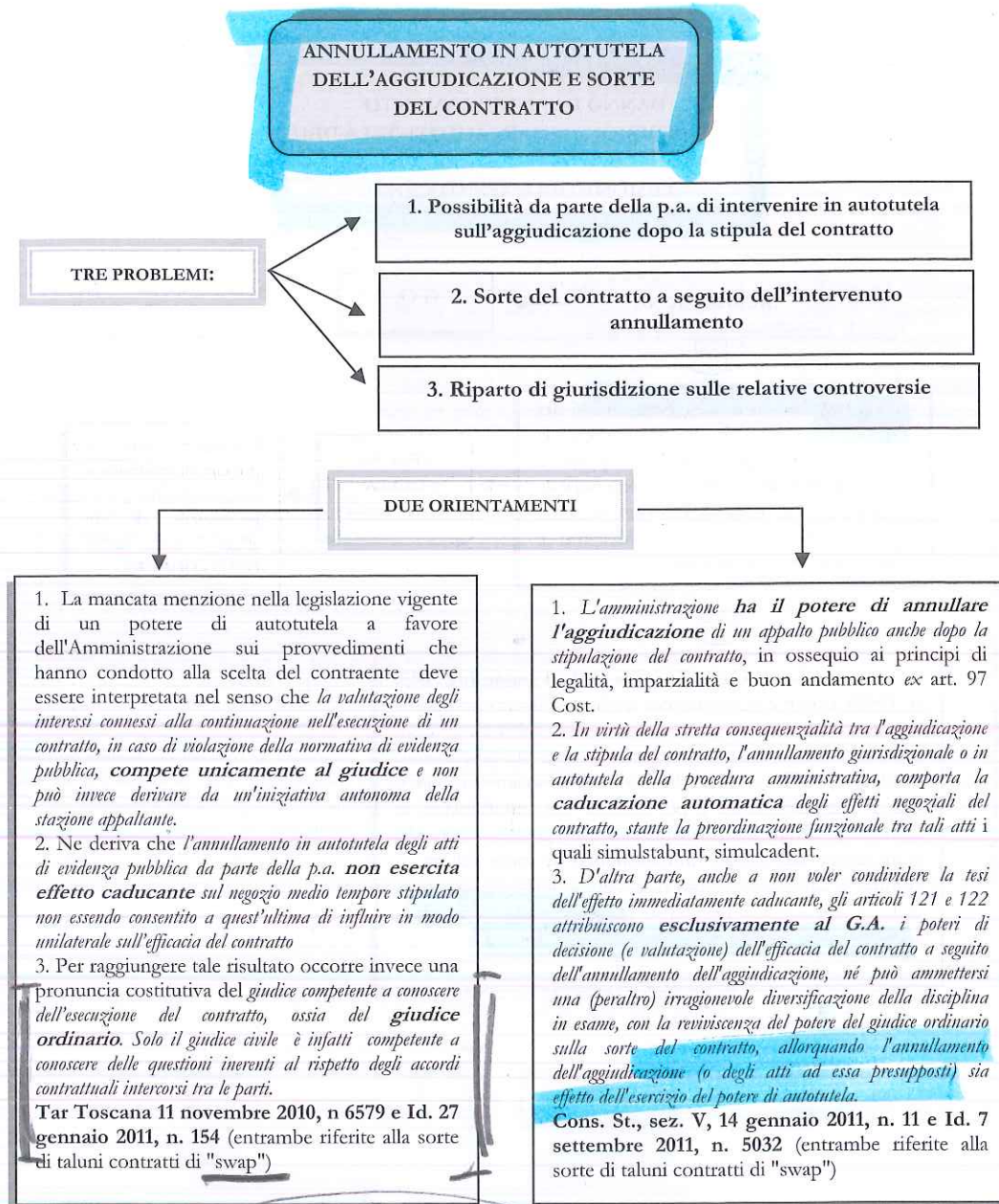


Cass., Sez. Un., nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011: Tali sentenze hanno riconosciuto la giurisdizione in capo al G.O., in quanto il danno che il ricorrente ha subito è imputabile ad una condotta scorretta della parte pubblica lesiva dell'affidamento (avente consistenza di diritto soggettivo) del privato.

**CRITICA
DELLA
DOTTRINA**

Contrasto con i principi di effettività e concentrazione processuale di cui all'art. 7 c.p.a. (SANDULLI - DI PACE).

In senso conforme, **Cass., Sez. Un. ord., 4 settembre 2015, n. 17586**, hanno confermato che anche nell'assetto normativo scaturito dal Codice del processo amministrativo, deve escludersi che l'azione di risarcimento danni per affidamento incolpevole del beneficiario del provvedimento amministrativo emesso illegittimamente e poi rimosso per annullamento in autotutela, ovvero in sede giurisdizionale, possa spettare alla giurisdizione del giudice amministrativo in forza dell'art. 7, comma 4, c.p.a. avuto conto della natura di diritto soggettivo della pretesa azionata. Da ultimo, v. **Cass. civ., Sez. Un., ordd., 17 marzo 2017, n. 6961 e 22 giugno 2017, n. 15640**.

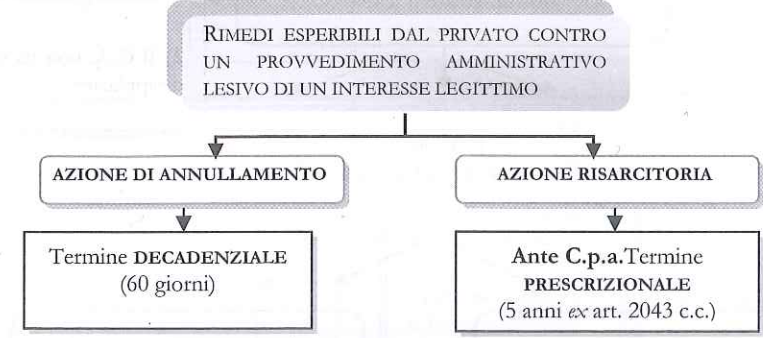


Da ultimo, si segnala Cons. St., sez. V, ord. 14 ottobre 2013, n. 4999, con cui si è rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione relativa alla sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa sulla deliberazione con cui la giunta regionale ha parzialmente annullato d'ufficio (ex art. 21-nonies, legge n. 241/90) una precedente deliberazione con cui autorizzava la stipulazione di contratti di derivati (cosiddetti swap) e sulla sorte stessa dei contratti. Ai fini della pronuncia sulla questione rimessa all'Adunanza Plenaria si deve verificare se le determinazioni contrattuali in tema di derivati sono effettivamente scaturite da un procedimento amministrativo, oppure sono frutto diretto di trattative contrattuali che hanno generato obblighi di natura civilistica al di fuori del procedimento, dai quali la Regione si vuole sciogliere mediante l'utilizzazione indebita di poteri di diritto pubblico.

AP 55, 14 n. 13 att. mod. 10
Amic. 10
quod 10

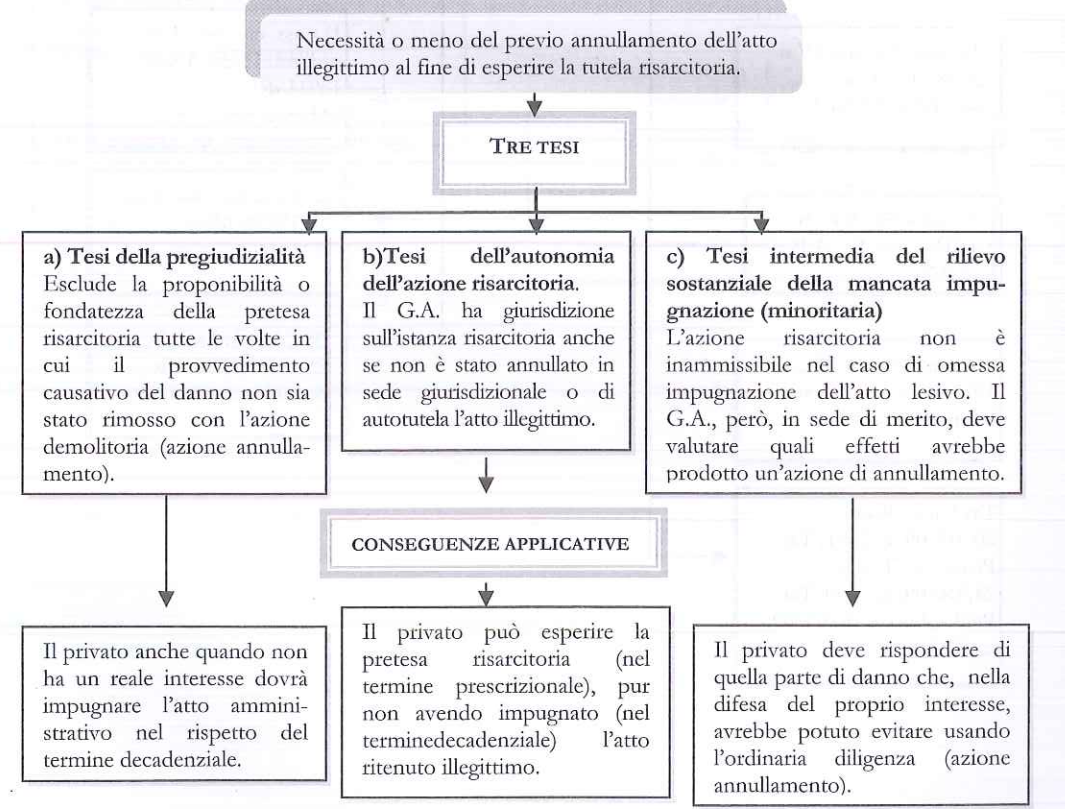
SEZIONE II • I RAPPORTI TRA AZIONE DI ANNULLAMENTO E AZIONE RISARCITORIA: PREGIUDIZIALITÀ O AUTONOMIA? IL DIBATTITO SVOLTOSI PRIMA DEL C.P.A.

2. Rimedi esperibili.



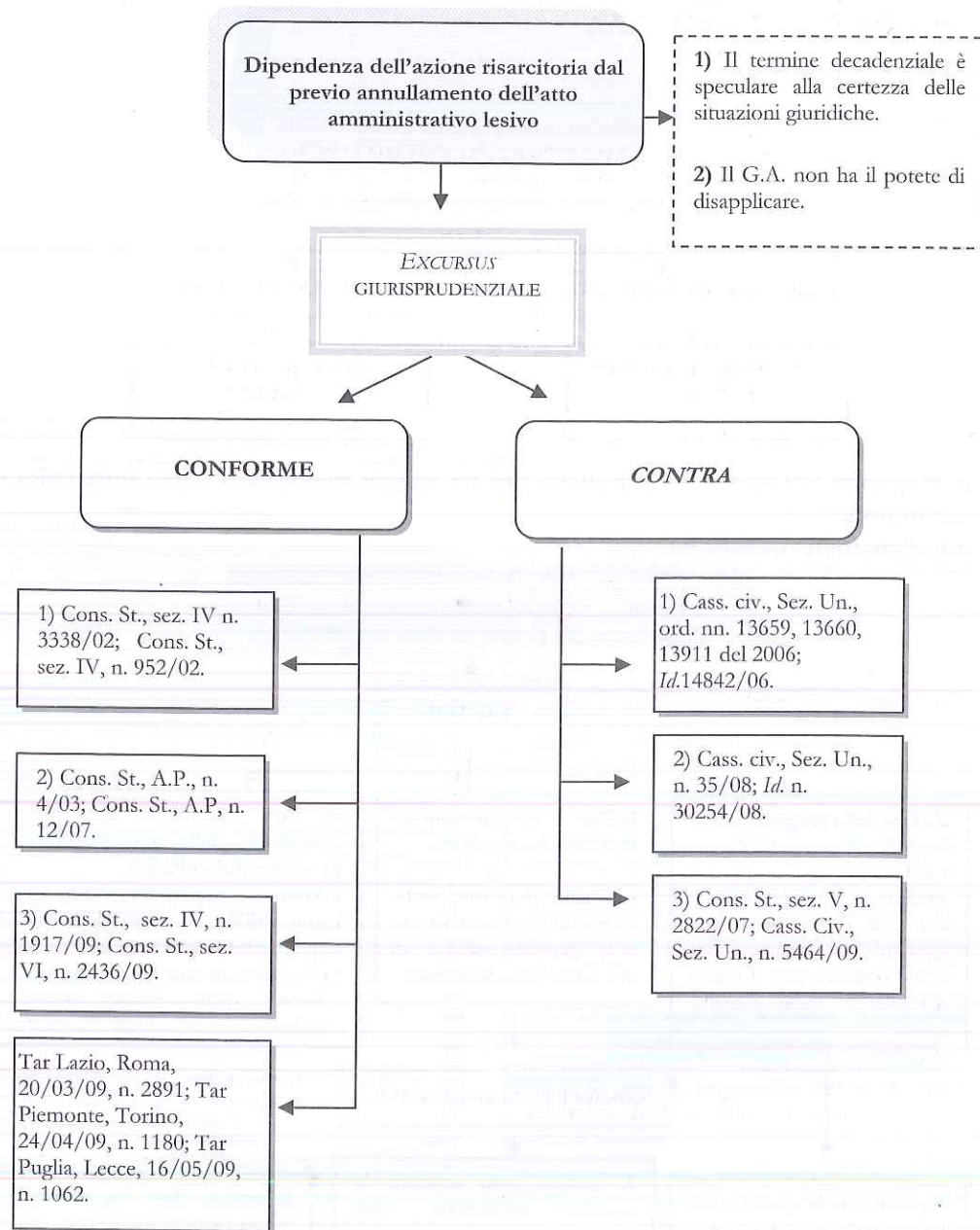
3. Rapporti tra azione di annullamento ed azione risarcitoria - pregiudizialità o autonomia?⁸

3.1. Principale questione.

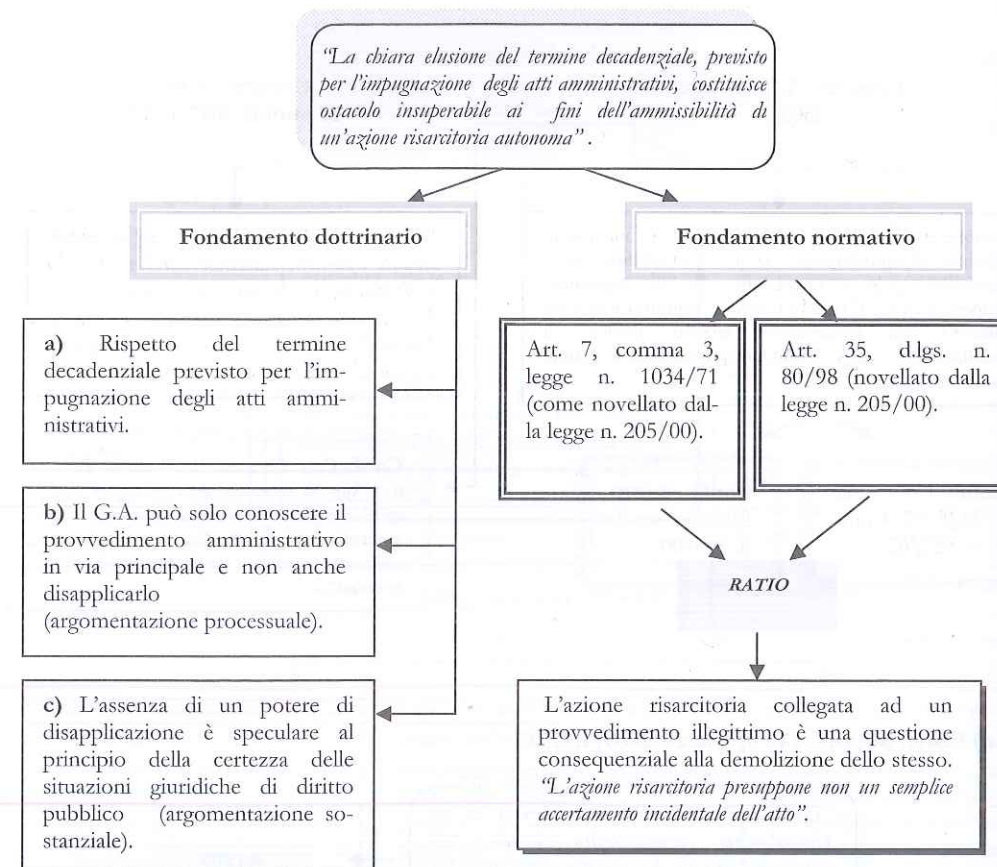


⁸ In argomento si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, ed. 2017-2018 Parte III, Capitolo II.

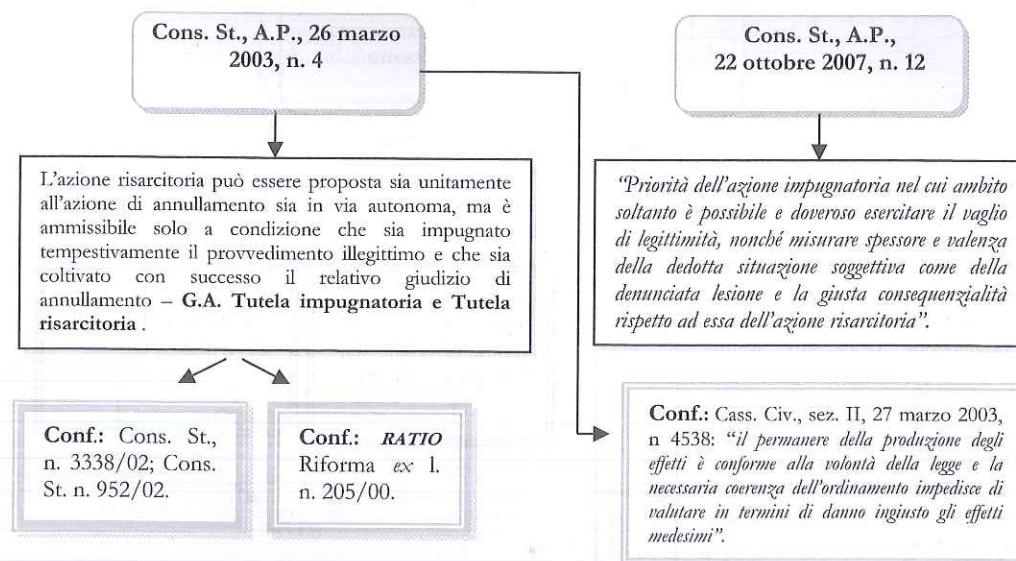
3.2. La tesi della pregiudizialità.



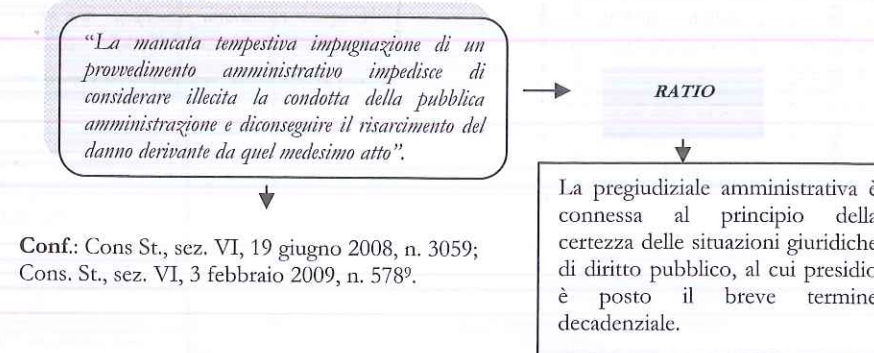
3.2.a) Cons. St., sez. IV, 18 giugno 2002, n. 3338.



3.2.b) Cons. St., A.P., nn. 4/03; 12/07.

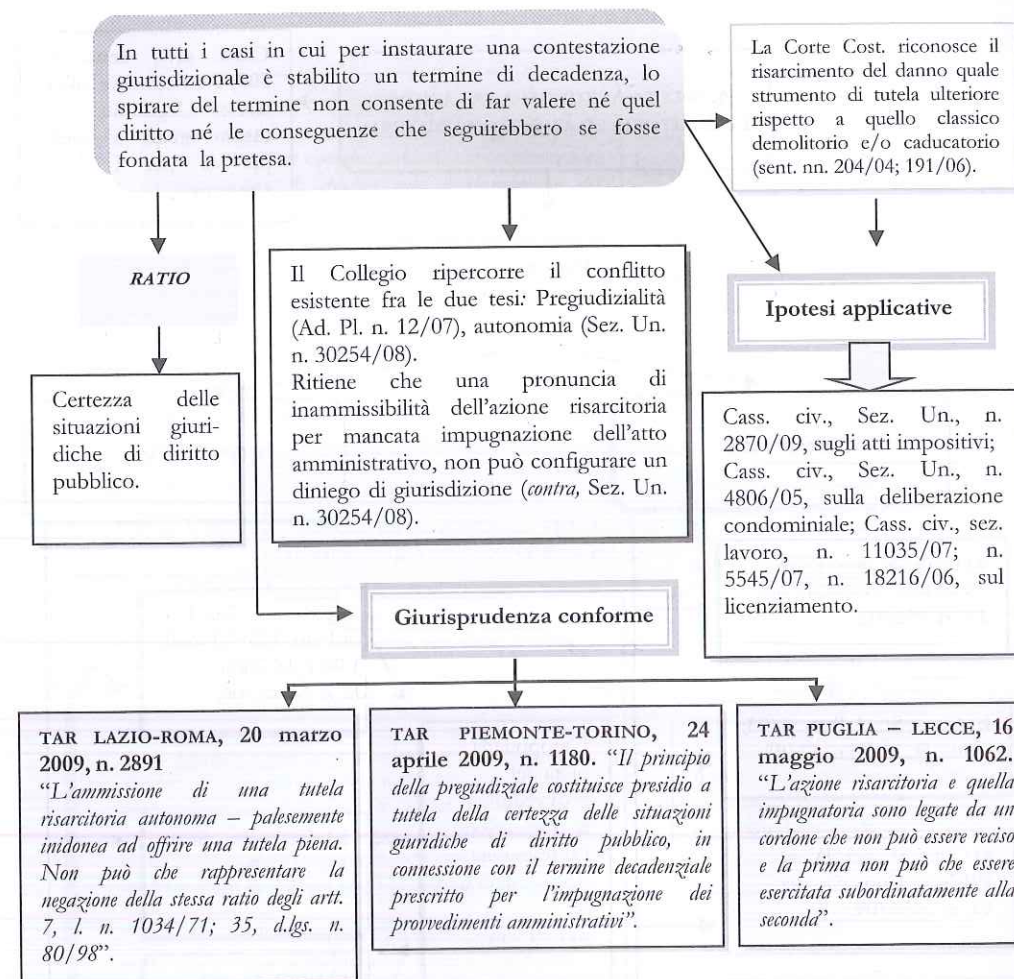


3.2.c) Cons. St., sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917.



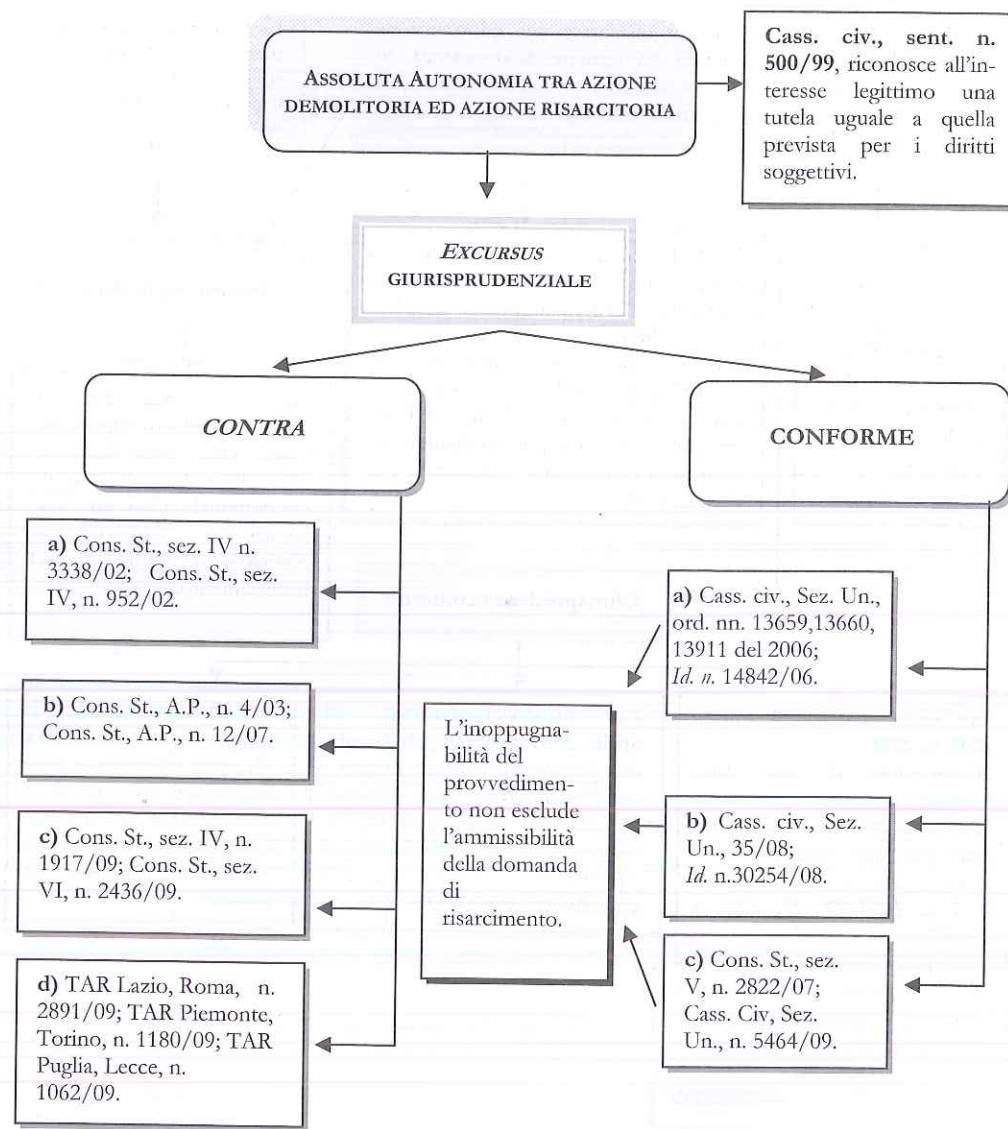
⁹ La sentenza viene pubblicata dopo ma deliberata prima della pubblicazione della sent. Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

3.2.d) Cons. St., sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436.¹⁰



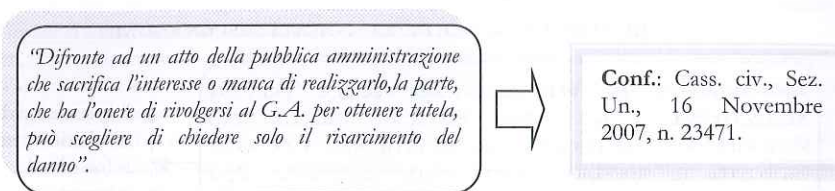
¹⁰ In argomento si rinvia a GAROFOLI - FERRARI, *Pregiudizialità Amministrativa: L'Adunanza Plenaria dovrà pronunciarsi ancora*, in *La Rivista Nel diritto* 2009, 5, 767.

3.3. La tesi dell'autonomia dell'azione risarcitoria.¹¹

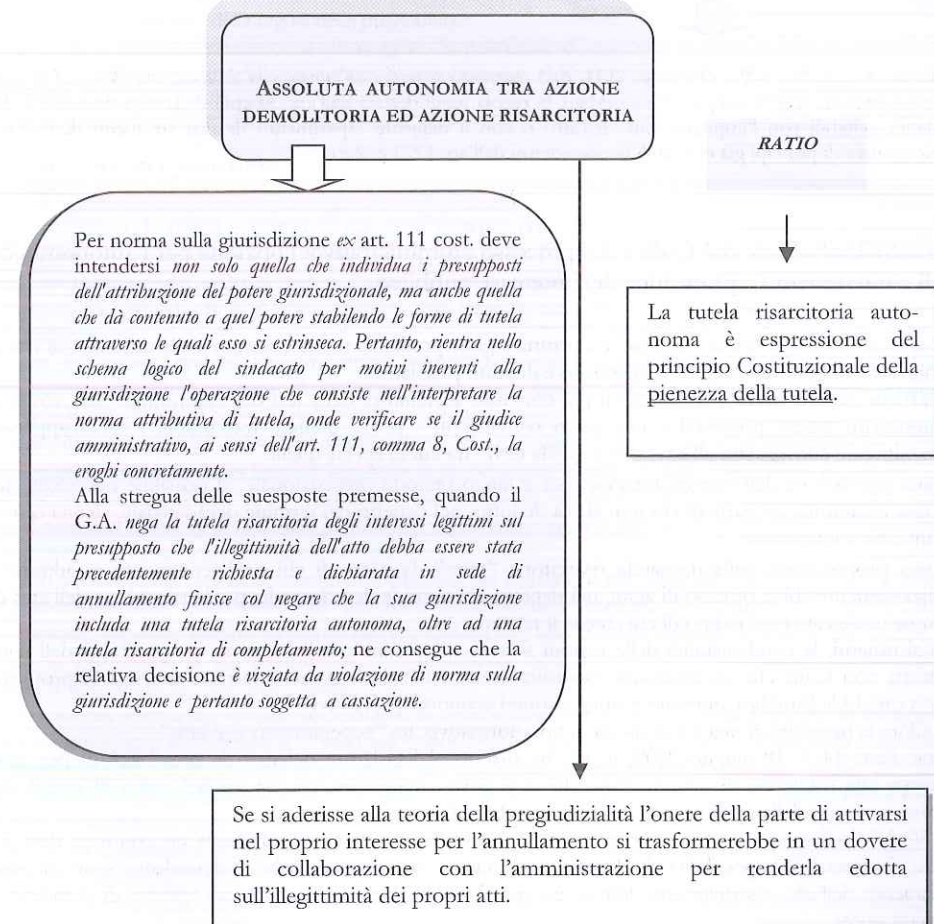


¹¹ In argomento si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *op. cit.*, Parte III, Capitolo II.

3.3.a) Cass. civ., Sez. Un., ord. 13 giugno 2006, nn. 13659- 13660- 13911.

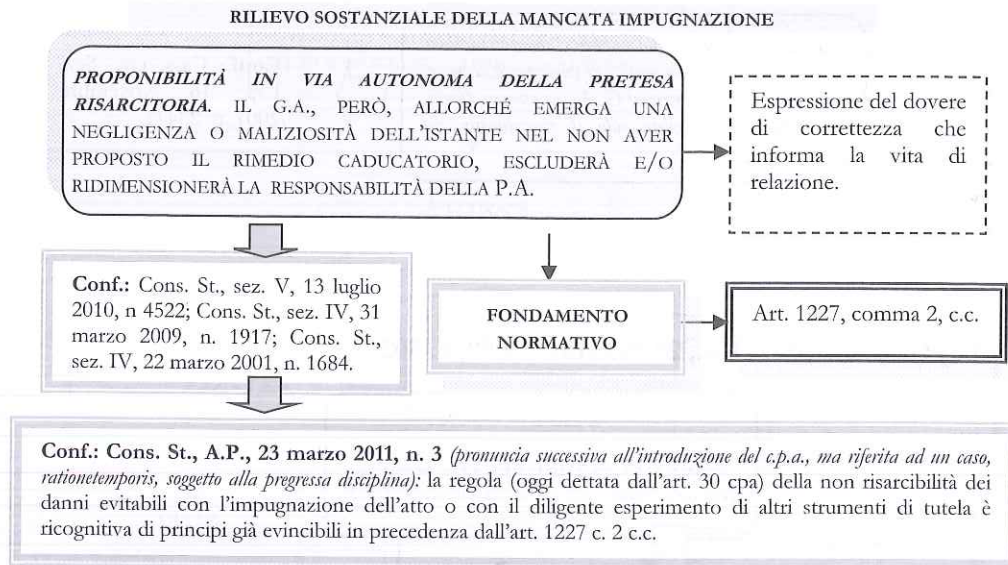


3.3.b) Cass. civ., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.¹²



¹² SCOCA, *Interessi protetti e dialogo tra giudice sulla pregiudizialità amministrativa*, in *La Rivista Neldiritto*, 2009, n. 1, 88.

3.4. La tesi intermedia del rilievo sostanziale (e non processuale) della mancata impugnazione.



4. Le soluzioni offerte dal Codice del processo amministrativo: l'opzione per l'autonomia con rete di contenimento a protezione dell'interesse pubblico.

L'esame delle posizioni finora espresse in dottrina e giurisprudenza rende evidenza della difficoltà di trovare una soluzione di tipo interpretativo all'annoso e delicato problema.

Pare difficile negare, invero, che anche il più convinto sostenitore della tesi dell'autonomia - pure sostenuta con argomenti teorici pregevoli e non poco convincenti - possa ritenere trascurabili i rischi applicativi (inevitabilmente conseguenti all'adesione a quella tesi), tra cui in specie quelli:

- di una esposizione dell'amministrazione, per il lungo periodo prescrizione, al possibile riesercizio della pretesa risarcitoria da parte di chi non abbia dedotto, nel rispetto del termine decadenziale, alcuna censura ai fini della caducazione;
- di una proposizione della domanda risarcitoria "pura" da parte di chi negligenza o, addirittura, maliziosamente abbia omesso di agire, nel rispetto del termine decadenziale, per la rimozione dell'atto che assume quale causa del danno di cui chiede il ristoro.

Detto altrimenti, la condivisibilità delle ragioni sottese all'opzione per l'autonomia proponibilità dell'azione risarcitoria non toglie che sia necessario costruire attorno all'azione risarcitoria pura una rete di protezione che non carichi la Pubblica amministrazione di oneri economici eccessivi¹³.

Ecco allora la necessità di una via di uscita di tipo normativo: un "superamento regolato".

Ebbene, l'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, ha offerto al legislatore delegato la possibilità di por mano finalmente alla soluzione di un problema che si è posto, ingigantendosi via via nel corso di questi anni, soprattutto a causa della mancanza di una apposita disciplina.

L'art. 30 del Codice del processo amministrativo, nel disciplinare l'azione di condanna nei confronti della P.A. prevede, al comma 3, la possibilità che la pretesa risarcitoria sia azionata (anche) indipendentemente dal previo annullamento dell'atto assertivamente lesivo, assegnando a tal fine all'interessato un termine di decadenza di centoventi giorni.

¹³ CLARICH - ROSSI SANCHINI, *Linee evolutive del processo amministrativo: il lungo cammino (non ancora concluso) dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in AMATO e GAROFOLI, *I tre assi. L'Amministrazione tra democratizzazione, efficientismo e responsabilità*, Roma, Neldiritto Editore, 2009.

In particolare, dunque, è il comma 3 dell'art. 30 che consente la proposizione dell'azione di condanna in via autonoma, vale a dire disgiuntamente dall'azione di annullamento.

È quanto confermato dal successivo art. 34 del Codice, il quale, al comma 2, dispone che "salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'art. 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'art. 29".

Coerentemente, l'art. 34, comma 3, nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito, prevede che, quand'anche l'azione di annullamento sia divenuta improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, «il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori».

Il che consente di ribadire che, in effetti, l'assenza di un generale potere di disapplicazione non sia preclusivo dell'azione di condanna autonoma, come appare chiaro sol che si consideri l'ontologica diversità delle operazioni logiche compiute dal giudice che disapplica e da quello, invece, il quale, adito con un'autonoma azione di risarcimento del danno, procede alla valutazione dell'illegittimità dell'atto reputato lesivo dell'istante: quest'ultimo, infatti, acclarata, sia pure *incidenter* e non *principaliter*, l'illegittimità della determinazione provvedimento, non la considera *tamquam non esset* ai fini della decisione, ma al contrario pone la stessa determinazione, nella sua riscontrata contrarietà all'ordinamento, a fondamento, non certo esclusivo, della decisione di condanna.

Ciò posto, un punto in relazione al quale è dato registrare la convergenza dei primi commentatori attiene al carattere "compromissorio" della nuova disciplina, volta ad introdurre una soluzione ispirata alla logica di un "superamento temperato" della regola della pregiudiziale.

Se da un lato, infatti, si riconosce al danneggiato la possibilità di agire per il risarcimento a prescindere dalla domanda (e dall'ottenimento della pronuncia) di annullamento, dall'altro si predispose una "rete di contenimento" a doverosa protezione dell'interesse pubblico, i cui elementi occorre passare in rassegna ed analizzare.

4.1. Il termine decadenziale.

Come osservato, la prima esigenza di cui occorre tener conto è quella di ridimensionare il rischio, insito nell'adesione ad un sistema che ammetta la proposizione in forma autonoma della domanda risarcitoria, che l'amministrazione resti esposta per il lungo periodo prescrizione al possibile riesercizio della pretesa risarcitoria da parte di chi non abbia dedotto, nel rispetto del termine decadenziale, alcuna censura ai fini della caducazione.

Non vi è dubbio, invero, che un'azione risarcitoria svincolata dal termine di decadenza dell'azione impugnatoria determina, insieme alla riapertura di un consistente contenzioso da tempo definito, un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica.

Ebbene, il primo tassello della rete di protezione che il Codice del processo amministrativo ha introdotto consiste nella previsione di un termine breve per la proposizione autonoma della domanda risarcitoria.

Dispone, invero, l'art. 30, co. 3, del Codice che "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".

Il primo tassello della rete di contenimento prevista dal legislatore per l'azione risarcitoria pura è costituito dalla sottoposizione della stessa ad un breve termine di decadenza (in quanto tale insuscettibile di interruzione, secondo quanto previsto dall'art. 2964 c.c.), che è, nella stesura definitiva del codice, stato fissato in 120 giorni, in corrispondenza, verosimilmente non casuale, con il termine di proposizione del ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Quanto alla decorrenza del termine decadenziale di centoventi giorni, il citato comma 3 dell'art. 30 ha riguardo al giorno in cui il fatto si è verificato ovvero alla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo; si ha, dunque, una tendenziale ed opportuna corrispondenza del *dies a quo* del rimedio impugnatorio e di quello risarcitorio, similmente a quanto previsto dall'art. 2377, comma 6, c.c. per le delibere societarie.

La scelta del legislatore è, quindi, nel senso di "sincronizzare" il *dies a quo* dell'azione d'annullamento e quello dell'azione risarcitoria.

Si consideri, peraltro, che il comma 5 dello stesso articolo 30 statuisce, invece, che, allorché l'azione di annullamento sia stata proposta, "la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza".

Nella diversa fattispecie in cui sia stata precedentemente proposta l'azione di annullamento, pertanto, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio, con lo strumento dei motivi aggiunti, o comunque sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

Sempre a proposito del danno conseguente all'inosservanza del termine per provvedere, pare utile sottolineare che se l'azione risarcitoria è proposta congiuntamente a quella risarcitoria, ai sensi del comma 6 dell'art. 117 del Codice del processo amministrativo "il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria".

Si è discusso della legittimità di tale previsione normativa volta ad assoggettare al rispetto di un termine decadenziale, in luogo di quello prescizionale, l'esercizio dell'azione risarcitoria.

Per diffuso orientamento la previsione di un termine di decadenza per l'azione risarcitoria non è incompatibile con il diritto interno e neppure con quello comunitario.

Infatti, come rilevato nella nota pronuncia della Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2008, n. 30254, è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione, come accade in materia societaria per il risarcimento del danno derivante da una delibera assembleare che il socio non è legittimato ad impugnare.

In senso contrario, è stato notato in dottrina (MERUSI) che il diritto al risarcimento del danno può essere sottoposto solamente a termini di prescrizione; quest'ultima può essere magari ridotta, ma non eliminata a favore della decadenza, con la conseguenza che qualunque danneggiato potrà sempre rivolgersi, entro il termine di prescrizione, al giudice ordinario per chiedere il risarcimento del danno.

Secondo i risalenti insegnamenti della dottrina civilistica, mentre la prescrizione è in qualche modo legata all'inerzia del titolare del diritto, la decadenza esprimerebbe "un'esigenza di certezza del diritto così categorica da essere tutelata indipendentemente dalla possibilità di agire del soggetto interessato".

Ora, secondo i giudici siciliani, in materia di risarcimento del danno un'esigenza di certezza, che implichi una compressione assai significativa del diritto del danneggiato di azionare i relativi rimedi, non pare affatto sussistente: tanto più nell'ipotesi – quale quella in esame – di azione risarcitoria non autonoma, ma conseguente alla proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento lesivo.

Con sentenza 12 dicembre 2012, n. 280, la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale – sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost. – dell'art. 30, co. 5, c.p.a. osservando che "la valutazione di rilevanza effettuata dal giudice a quo non appare plausibile, perché egli ha denunciato una norma – l'art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 104 del 2010 – della quale non doveva fare applicazione, in quanto estranea al tema sottoposto al suo esame".

Cons. St., A.P., 6 luglio 2015, n. 6, ha chiarito che il termine decadenziale di 120 giorni previsto, per la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi, dal comma 3 dell'art. 30 non è applicabile ai fatti illeciti anteriori all'entrata in vigore dello stesso Codice rispetto ai quali deve invece affermarsi l'ultrattività del previgente termine quinquennale.

Da ultimo, con sentenza 4 maggio 2017, n. 94 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale – sollevata in riferimento agli artt. 3, 24, commi 1 e 2, 111, comma 1, 113, commi 1 e 2, e 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – dell'art. 30, comma 3. Ha affermato che la previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo.

4.2. Il grado di diligenza richiesto al danneggiato.

Proseguendo nell'illustrazione degli elementi che compongono la rete di contenimento approntata dal Codice del processo amministrativo a protezione dell'interesse pubblico, giova considerare che la tutela dell'interesse patrimoniale-erariale, esposto al rischio che abbiano a verificarsi condotte processuali negligenti, se non addirittura maliziose, ha suggerito l'espressa previsione della possibilità che il giudice tenga conto, nel valutare la fondatezza della domanda risarcitoria "pura", della complessiva condotta tenuta dal ricorrente.

Ebbene, l'art. 30, comma 3, C.p.a., dispone 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".

Quanto alla consistenza del riferimento normativo agli "strumenti di tutela" del cui mancato esperimento il giudice del risarcimento può e deve tener conto, la stessa A.P. n. 3/11 ha chiarito come lo stesso consenta di prendere in considerazione l'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). Più in generale, va 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 c.c. e del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Il giudice amministrativo è chiamato, quindi, a valutare, senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d'ufficio gli elementi di prova all'uopo necessari, se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno. In tal senso, *ex plurimis*, anche: Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2252; Id., sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1750.

Va, tuttavia, rilevato che la giurisprudenza pronunciatisi successivamente alla Adunanza Plenaria, appare divisa in relazione ai rimedi da esperire al fine di assolvere al dovere di diligenza.

Secondo un primo e più rigoroso orientamento, la scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria che, anche grazie alle misure cautelari previste dall'ordinamento, avrebbe probabilmente evitato, in tutto o in parte il danno, integra di per sé comportamento contrario a buona fede e recide il nesso causale tra provvedimento e pregiudizio, comportando in forza del principio di auto-responsabilità ex art. 1227 comma 2 c.c., la non risarcibilità del danno evitabile (cfr. Tar Piemonte, sez. I, 20 luglio 2011, n. 801; Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983).

Per un secondo orientamento, non è esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, il necessario esperimento degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione: ciò sarebbe contrario alla ratio della norma di cui all'art. 30, che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del comma 3, che chiaramente si riferisce a "strumenti di tutela", non già di "tutela giurisdizionale" e comunque non li considera ineluttabili ("anche attraverso..."). È sufficiente che l'amministrazione sia stata messa in condizione, tramite un apposito "avviso di danno" consistente nell'invito all'autotutela, di ritornare sul proprio atto, assolvendo, in un regime di risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, l'obbligo (o, meglio, l'onere) di annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo (art. 21 nonies l.n. 241 del 1990), al fine di evitare di incorrere nella condanna al risarcimento del danno anche per le spese ulteriori sostenute dal privato (cfr. Cons. St., sez. V, 29 novembre 2011, n. 6269).

Da ultimo, una terza tesi ha sostenuto che in relazione al risarcimento senza previa domanda di annullamento, l'istanza di annullamento in autotutela costituisce comportamento valutabile ai fini del giudizio di diligenza ex art. 1227 c.c. del soggetto danneggiato. Tuttavia, sebbene la condotta del danneggiato sia ritenuta conforme all'ordinaria diligenza, non è indispensabile la rituale proposizione dell'azione caducatoria, non può la mera richiesta di annullamento in autotutela avere, in concreto, la medesima valenza sul piano eziologico, pur se ipotetico, della evitabilità del danno. La presentazione entro il termine decadenziale, della mera istanza di annullamento d'ufficio, se circostanziata e motivata, pone l'Amministrazione nella posizione di poter evitare la condanna al risarcimento del danno, ma soltanto a seguito di autonoma valutazione, espressione di discrezionalità tipica dell'autotutela con funzione di riesame, a meno che non si ritenga sussistere un'ipotesi, del tutto atipica, di autotutela doverosa. Ne consegue una diversa efficienza causale del comportamento del danneggiato alla produzione dell'evento dannoso, rispetto all'esperimento di rituale azione costitutiva di annullamento, pienamente idonea ad evitare il danno, unitamente alla richiesta di misure cautelari anche monocentriche (cfr. Tar Puglia, Bari, 21 marzo 2012, n. 592).

4.3. I poteri cognitori del G.A. nel giudizio risarcitorio autonomo.

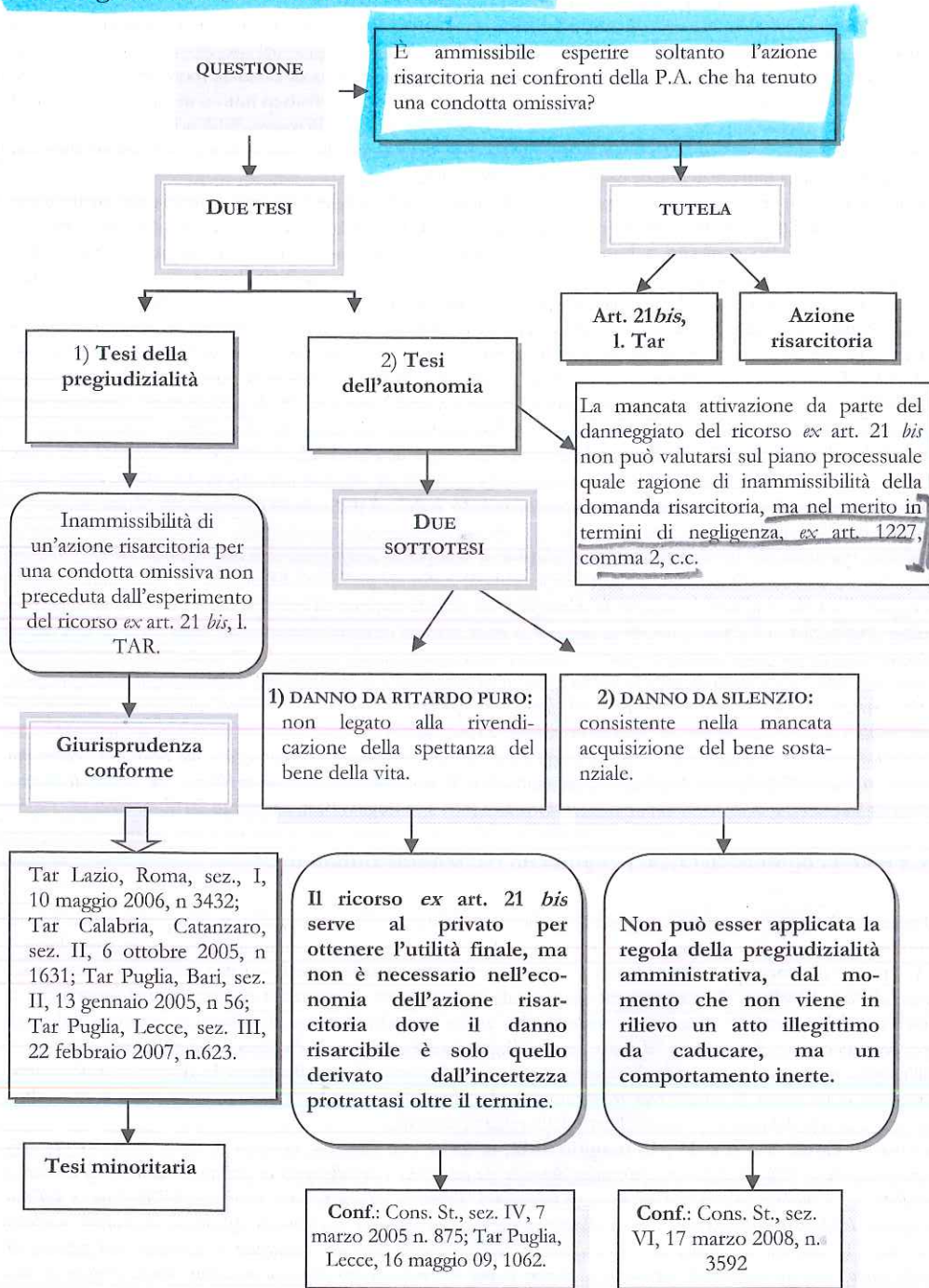
Sul versante dei poteri cognitori assegnati al giudice amministrativo in sede risarcitoria è opportuna una lettura combinata degli artt. 30, comma 3, e 34, comma 2, del Codice, nel punto in cui tale ultima norma preclude al G.A. il potere di conoscere *incidenter tantum* – e quindi eventualmente disapplicare – l'atto illegittimo, "salvo quanto disposto dall'art. 30, comma 3". Coerentemente con tale impostazione, il comma 3 dell'art. 34, nel disciplinare il contenuto delle sentenze di merito, prevede che anche quando l'azione sia divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse "il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori".

Nell'ipotesi in cui sia stata precedentemente proposta l'azione di annullamento la domanda può essere formulata: o in corso di causa con lo strumento dei motivi aggiunti; o separatamente entro e non oltre centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

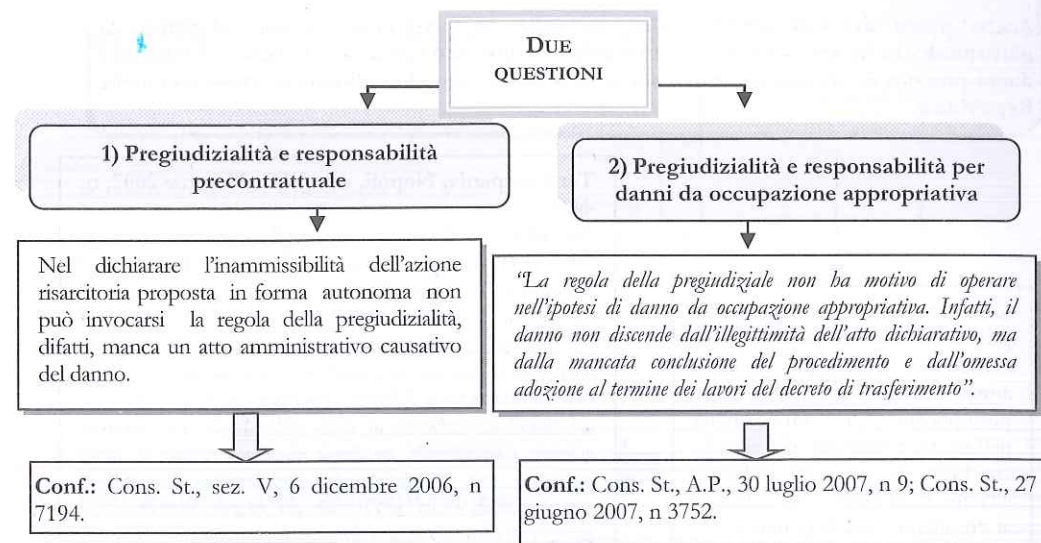
Ha chiarito Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, che l'art. 34, comma 3, c.p.a. costituisce principio generale nel sistema della giustizia amministrativa deputato sia ad inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i loro effetti, sia a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento giurisdizionale dell'illegittimità dell'atto impugnato, laddove, per l'appunto, rilevi il diverso interesse a conseguire il risarcimento del danno discendente dall'atto medesimo. Ha ancora aggiunto che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come un antecedente necessario e, siccome il più contiene il meno, l'organo giudicante limita d'ufficio la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento dell'illegittimità, in relazione alla pretesa risarcitoria, giacché manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

5. Pregiudizialità e ipotesi peculiari.

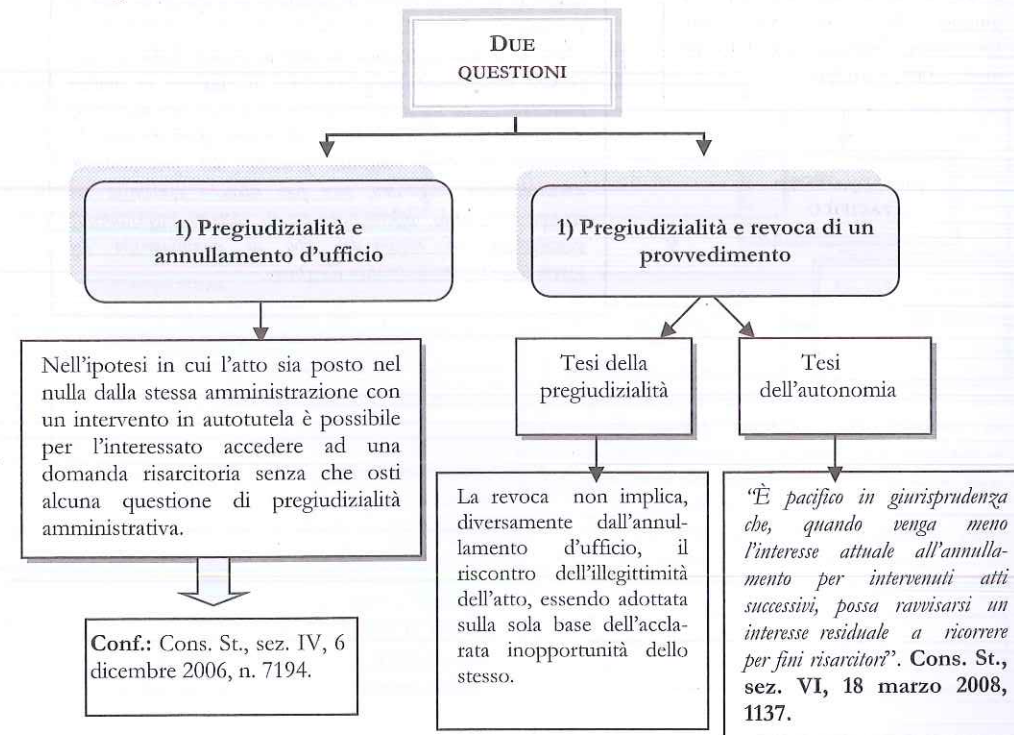
5.1. Pregiudizialità e danno da silenzio.



5.2. Pregiudizialità e danni da attività non provvedimentale: responsabilità precontrattuale e responsabilità per danni da occupazione appropriativa.



5.3. Pregiudizialità ed autotutela.



5.4. Pregiudiziale e ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Anche prima del superamento della tesi della cd. pregiudizialità amministrativa, la giurisprudenza ha sempre ritenuto ammissibile la domanda risarcitoria avente ad oggetto i danni prodotti da un atto già caducato in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

La previa o contestuale proposizione dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo non costituisce presupposto di ammissibilità dell'azione risarcitoria nel caso in cui l'atto sia già stato caducato all'esito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Cfr.: Cons. St. sez IV, 28 luglio 2005, n 4008; Id, sez. VI, 18 giugno 2002, n 3338; Tar Campania, Napoli, sez III, 15 luglio 2004, n 10256.

ORIENTAMENTO PACIFICO

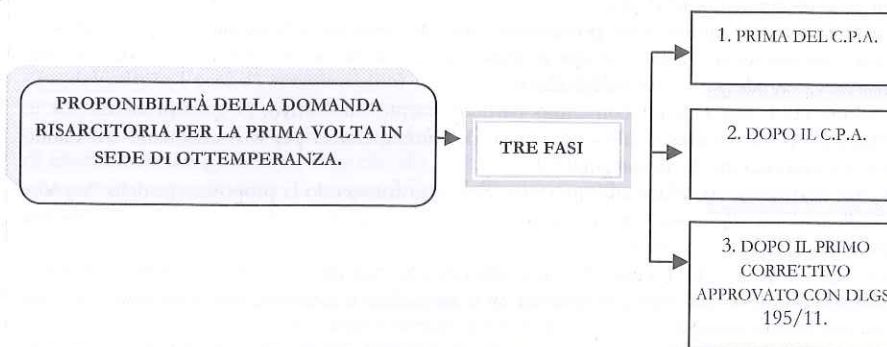
Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 27 aprile 2007, n. 4429

Nel nuovo quadro normativo introdotto dall'art. 7, l. n. 205/2000 deve ritenersi acquisito all'ordinamento giuridico il principio della risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi per cattivo esercizio del potere amministrativo: ciò non solo quando l'annullamento del provvedimento illegittimo intervenga in sede giurisdizionale, ma anche quando intervenga in via di autotutela e, a fortiori, quando intervenga, con decisione del ricorso straordinario al Capo dello Stato. La contraria opinione comporterebbe un tutela dimezzata rispetto a quella conseguita con l'annullamento giurisdizionale con evidente riduzione della utilità dell'istituto del ricorso straordinario e conseguente effetto dissuasivo della sua proposizione.

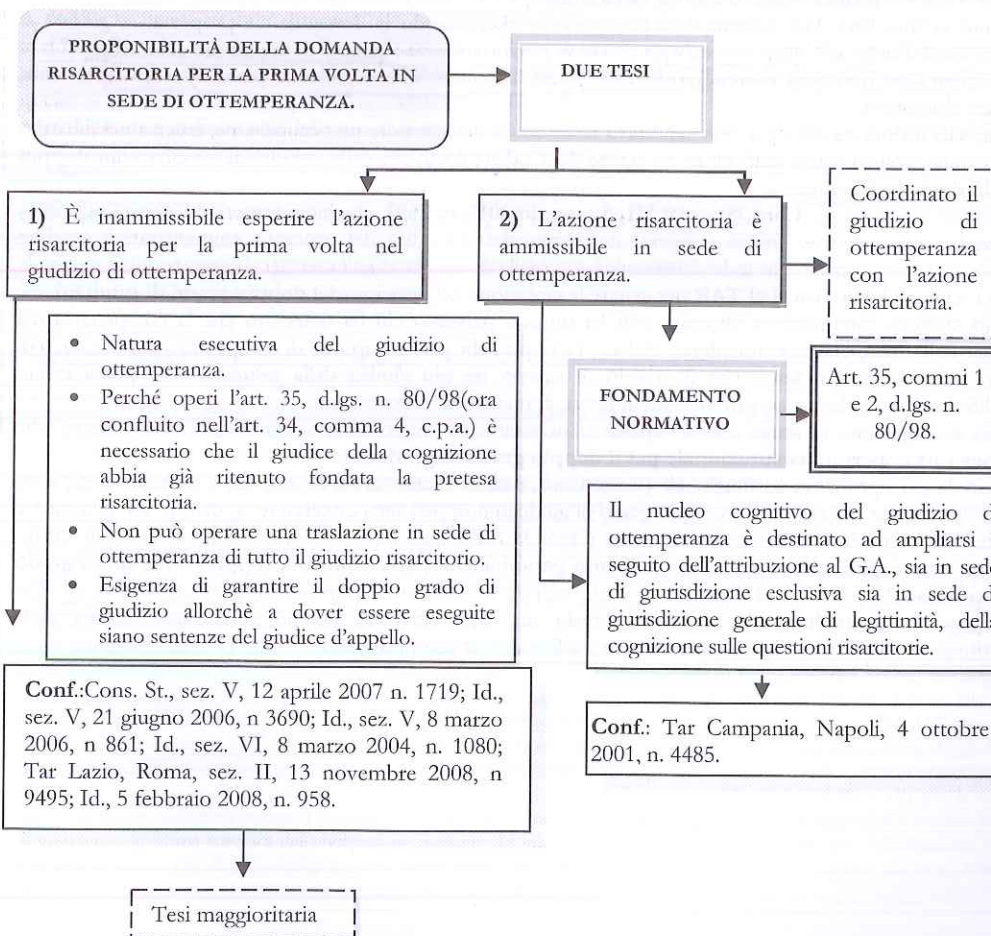
Né può addursi in senso contrario che l'interessato, scegliendo, per l'annullamento del provvedimento lesivo dei propri interessi, la via del ricorso straordinario al Capo dello Stato si preclude, per la regola della alternatività, la possibilità di far valere la pretesa risarcitoria davanti al giudice. Infatti, la portata della regola dell'alternatività si esaurisce in ambito processuale, nella scelta opzionale cioè tra la via (amministrativa) del ricorso straordinario e la via del ricorso giurisdizionale. In presenza di danno ingiusto prodotto dal provvedimento amministrativo illegittimo, non può ritenersi consentita nel sistema una tutela differenziata, per il soggetto ingiustamente danneggiato, in ragione del tipo di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo.

SEZIONE III • PROFILI PROCESSUALI E IL RITO

6. Domanda risarcitoria e giudizio di ottemperanza.



6.1. Il dibattito svoltosi prima del C.p.a.



6.2. Le soluzioni del C.p.a.

La questione ha trovato compiuta soluzione con il Codice del processo amministrativo che, all'art. 112, con due diverse disposizioni, prevede la possibilità di agire in ottemperanza anche al fine di ottenere la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

Nel dettaglio, al comma 3, l'art. 112 prevede che possa essere proposta «anche azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato».

Si tratta di previsione certo priva di un contenuto particolarmente innovativo, la giurisprudenza già in passato avendo ritenuto possibile che si adisse il giudice dell'ottemperanza per il risarcimento del danno derivante dalla mancata esecuzione del *dictum* giudiziale.

Il comma 4 dell'art. 112, invece, introduce un'importante novità, consentendo la proposizione della «connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30, comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario».

Si consideri che il richiamato art. 30, comma 5, C.p.a. dispone che «nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza».

Il ricorrente in ottemperanza è, quindi, legittimato a proporre domanda di risarcimento del danno, quando già sia stata proposta domanda di annullamento e il giudice di cognizione abbia annullato il provvedimento impugnato. La relativa domanda, tuttavia, dovrebbe essere proposta entro il termine perentorio di 120 giorni dal passaggio in giudicato della decisione caducatoria.

Quanto al rito, l'art. 112, comma 4, C.p.a., prevede che, quando la domanda sia proposta, «il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario: si tratta di previsione volta ad assicurare che anche sulla domanda risarcitoria dovesse essere assicurato una cognizione piena almeno sull'an della pretesa risarcitoria».

La novella introdotta dal c.p.a. non sembrava tener conto dell'ulteriore preoccupazione, emersa nel dibattito dottrinale svoltosi prima dell'entrata in vigore del Codice, costituita dalla volontà di assicurare un **doppio grado di giurisdizione**.

Sul punto, si è espresso **Cons. St., sez. III, 5 maggio 2011, n. 2693**, che ha interpretato l'inciso «nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario» nel senso che il Codice del processo amministrativo avrebbe ammesso la proposizione, in sede di ottemperanza, della domanda risarcitoria dei danni a condizione che la stessa sia introdotta davanti al TAR per evitare la violazione del principio del **doppio grado di giudizio**.

L'impostazione interpretativa illustrata non ha tuttavia persuaso chi ha osservato che la competenza del giudice dell'ottemperanza è disciplinata dall'art. 113 c.p.a., che prevede ipotesi di competenza del Consiglio di Stato in unico grado, senza che il criterio di riparto tra più giudici della *potestas iudicandi* possa essere modificato a seconda che sia proposta un'ulteriore domanda di risarcimento.

A ciò si è aggiunto, in senso critico rispetto all'orientamento interpretativo seguito in giurisprudenza, che **manca una copertura costituzionale per il doppio grado di giudizio**.

Invero, la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost., ord. 31 marzo 1988, n. 395, Id., 1 febbraio 1982, n. 8) ha sostenuto che la garanzia del doppio grado di giudizio non può farsi discendere: a) dall'art. 24, commi 1 e 2, Cost. come proiezione diretta del diritto di difesa: in realtà questo precetto assicura la tutela di tale diritto in ogni stato e grado del procedimento, ma **non garantisce la parte contro la soppressione di un grado del processo**; b) dall'art. 125 Cost., il quale comporta **soltanto l'impossibilità di attribuire al Tar competenze giurisdizionali in unico grado** ma non l'inverso, perché nessun'altra norma della Costituzione indica il Consiglio di Stato come giudice solo di secondo grado.

6.3. Le novità introdotte dal primo correttivo.

Proprio in considerazione delle difficoltà interpretative emerse in ordine all'esatto contenuto dei commi 3 e 4 dell'art. 112, è intervenuto il **primo correttivo al Codice** (approvato con **d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195**) che, al fine di fare chiarezza in ordine alla proponibilità, anche in unico grado davanti al Consiglio di Stato, delle domande risarcitorie connesse, ha abrogato il comma 4 e ha modificato il comma 3, incidendo su due profili:

- ha **delimitato i casi di ammissibilità della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza**: in sede di ottemperanza non è più proponibile una qualsiasi domanda risarcitoria, purché connessa con l'ottemperanza, ma la sola **domanda di risarcimento dei danni "connessi" alla mancata esecuzione o all'impossibilità di esecuzione del giudicato**, oltre che alla violazione o elusione dello stesso giudicato;
- ha previsto espressamente la **proponibilità dell'azione anche in unico grado davanti al Consiglio di Stato**.

La nuova formulazione del comma 3 dell'art. 112 prevede che «Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione».

La norma ha così perso tutta la sua portata innovativa, consentendo la risarcibilità in ottemperanza del solo danno da giudicato, come già ritenuto pacificamente prima del C.p.a.

Sul tema si segnalano: **Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240; Id. 20 dicembre 2012, n. 6591; Tar Umbria 5 luglio 2013, n. 370. Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661; Id., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638**, che hanno ritenuto ammissibile, nel processo di ottemperanza ai sensi dell'art. 112, comma 4, c.p.a., la domanda volta a conseguire l'aggiudicazione ed il contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della precedente aggiudicazione; tale domanda, infatti, si configura (rientrando pacificamente nei poteri del giudice quello di qualificare l'azione proposta) come richiesta di risarcimento in forma specifica (ex art. 124 c.p.a.), perché diretta a definire una delle possibili modalità di attuazione del giudicato, anche quando alcun'espressa domanda era stata in tal senso avanzata nel giudizio di cognizione.

6.4. Le precisazioni di: **Cons. St., A.P., 12 maggio 2017, n. 2.**

A chiarire natura giuridica e portata dell'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. è di recente intervenuta **Cons. St., A.P., 12 maggio 2017, n. 2**.

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 112, comma 3, c.p.a. (prima della novella introdotta dal d.lgs. n. 195 del 2011), il principale profilo di novità è proprio l'aver esteso il rimedio alle ipotesi in cui il danno, pur in assenza di violazione o elusione del giudicato, è comunque «connesso» all'impossibilità di ottenerne l'esecuzione in forma specifica. La norma, dunque, ha una portata non solo processuale, ma anche sostanziale in quanto ammette una forma di responsabilità che prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato.

Dal giudicato amministrativo, infatti, almeno quando esso riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all'Amministrazione (ed in certi casi anche in capo alle parti private soccombenti), un'obbligazione, il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere «in natura» (cioè in forma specifica) il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza E che si tratti di obbligazione il cui inadempimento è assoggettabile al regime dell'inadempimento contrattuale è confermato dalla prescrizione decennale della relativa azione. Quello che la norma presuppone è, dunque, una forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presenta i caratteri della **responsabilità oggettiva**, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato; potendo la responsabilità essere esclusa solo per l'insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo. Viene così in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta di **ottemperanza per equivalente** che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato. Affinché possa essere attivato il rimedio di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., dunque, è necessario e al tempo stesso sufficiente che l'impossibilità di ottenere in forma specifica l'esecuzione del giudicato sia riconducibile, sotto il profilo causale, alla condotta del soggetto dal quale si pretende il risarcimento e che tale condotta non risulti assistita da una causa di giustificazione, la cui presenza precluderebbe l'insorgenza della responsabilità e, dunque, la nascita dell'obbligazione risarcitoria ex lege. L'Adunanza Plenaria, prendendo in considerazione l'ipotesi dell'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato, precisa che questa non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica.