

# CONGRESSO DELL'UNIONE NAZIONALE AVVOCATI AMMINISTRATIVISTI

BARI

8-9 NOVEMBRE 2024

oooooooooooo

PRIMA SESSIONE

TEORIA E PRASSI DELLE TUTELE: L'ESPERIENZA DEI GIUDIZI CAUTELARE E  
RISARCITORIO.

ENRICO FOLLIERI

**SOMMARIO: 1. Rilievi preliminari. 2. Misura cautelare. 3. Il risarcimento dei danni. 4. *Rilevante prospettiva per l'azione risarcitoria.* 5. Riforma strutturale per garantire l'indipendenza istituzionale del giudice amministrativo e la sua terzietà nel processo, in relazione (anche), alla misura cautelare e all'azione risarcitoria.**

## 1. Rilievi preliminari.

L'Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti con le *"notizie ottobre 2024"* introduce le tematiche congressuali con una sintetica presentazione del Presidente, Prof. avv. Orazio Abbamonte, i cui rilievi costituiscono la base per il dibattito congressuale e da essi si parte per illustrare l'esperienza dei giudizi cautelare e risarcitorio, delle possibili ragioni che hanno condotto all'attuale situazione di tutela e delle prospettive di riforma che potrebbero essere oggetto di una mozione congressuale.

## 2. Misura cautelare.

2.1. Attuale situazione per la tutela cautelare. Nel giudizio amministrativo, la misura cautelare ha avuto una grande stagione, non solo perché, dati i tempi processuali, poteva soddisfare effettivamente l'interesse del ricorrente, ma anche per l'introduzione in via pretoria di diverse regole processuali da parte del giudice amministrativo che ha trasformato quello che era definito un *"incidente del processo"* in un istituto di applicazione ordinaria, con caratteri suoi propri, con rilievo e importanza tali che nel codice del processo amministrativo, non solo è dedicato il titolo secondo del libro secondo, artt. da 55 a 62, ma vi sono ulteriori disposizioni in altre parti del Codice, al punto che è la fase processuale più disciplinata e per la quale il Codice

non opera alcun rinvio ad altre norme di legge, né, soprattutto, al codice di procedura civile, a differenza di quello che avviene in tante parti del Codice del Processo Amministrativo.

È un dato obiettivo e avvertito da tutti gli operatori del settore che oggi il giudice amministrativo sia diventato restio ad accogliere le domande cautelari.

Il gruppo di lavoro sulla misura cautelare, costituito dagli avvocati coordinati dall'avv. Gennaro Notarnicola, ha evidenziato che il giudice, nel respingere le domande cautelari, specie nel settore dei contratti pubblici, spesso motiva con la possibilità riconosciuta al ricorrente di ottenere il risarcimento del danno, ma poi difficilmente l'azione risarcitoria ha successo. Quindi, la tutela del cittadino presenta evidente difetto di effettività e viene vanificata, proprio a seguito dell'arricchimento delle azioni ammissibili contro la pubblica amministrazione.

Sulle interferenze reciproche tra la tutela cautelare e la tutela risarcitoria terrà la relazione il Presidente, dr. Hadrian Simonetti.

Il medesimo gruppo riporta diversi arresti giurisprudenziali che, sulla base di una legislazione che incide sui poteri cautelari del giudice in funzione della realizzazione degli interventi in materia di appalti pubblici, respingono le misure cautelari, stante la fissazione a breve della discussione nel merito, non tenendo presente che, anche il pur breve lasso di tempo dall'esame della misura cautelare alla decisione nel merito, può essere pregiudizievole per la situazione giuridica soggettiva fatta valere dal cittadino.

## 2.2 Possibili cause dell'orientamento di rigetto del giudice amministrativo.

Possono indicarsi possibili cause di questo orientamento e cioè:

2.2.1) l'Istituto cautelare viene previsto in tutti i tipi di processi perché, a volte, la situazione è tale che è indispensabile un provvedimento di urgenza per impedire che si determinino effetti negativi per le situazioni giuridiche soggettive che non possono ottenere effettiva riparazione dalla sentenza di merito che richiede i suoi tempi fisiologici che devono contemperare gli interessi di tutte le parti, il contraddittorio completo, le acquisizioni istruttorie etc.; ebbene, il giudice amministrativo ha ridotto di molto i tempi processuali – e ciò va a suo merito – per cui valuta con maggiore rigore la ricorrenza del pregiudizio del danno grave ed irreparabile, con conseguente riduzione dei provvedimenti cautelari di accoglimento.

2.2.2) il diritto positivo che, specie per i contratti pubblici, accentua la necessità che il giudice debba valutare e motivare espressamente in relazione all'interesse pubblico all'esecuzione del contratto ed ai termini previsti dagli strumenti di finanziamento pubblico.

2.2.3) la particolare formazione professionale del giudice amministrativo, messa in evidenza da Orazio Abbamonte, il quale rileva che è *“foriera d'un habitus particolarmente avvertito dell'interesse della sua potente, abituale parte; giudice che intrattiene con la P.A. molteplici rapporti, i quali contribuiscono a rendere la sua cultura particolarmente permeabile alle esigenze*

*del potere; giudice storicamente nato all'interno dell'Amministrazione, che stenta ancora oggi a sentirsene pienamente estraneo e che anzi spesso mena vanto delle particolari sensibilità che grazie a ciò avrebbe maturato".*

### 2.3. Prospettive di riforma, possibili oggetto di mozione congressuale.

Le proposte, utili alla miglior tutela del cittadino, potrebbero essere:

a) l'abrogazione delle normative di favore per la pubblica amministrazione nel settore dei contratti pubblici, anche perché appare in violazione della direttiva ricorsi del 2007/66/CE, recepita nel nostro ordinamento con la Legge delega 7 luglio 2009 n. 88, e, quindi, con il D.lgs n. 53 del 20 marzo 2010, trasfuso, per la parte processuale, con alcune modificazioni, nel Codice del processo amministrativo; la direttiva prevede espressamente la misura cautelare ed i principi del giusto processo, anche di estrazione comunitaria, impongono al giudice di considerare allo stesso modo gli interessi di tutte le parti del giudizio;

b) l'adozione della disposizione dell'ordinamento tedesco (Par. 80 VwGO) per il quale vi è la sospensione automatica dell'atto impugnato a seguito della proposizione del ricorso e la pubblica amministrazione, nella ricorrenza di gravi conseguenze per l'interesse pubblico tutelato con l'atto impugnato, può chiedere al giudice che si consenta l'esecuzione (si muterebbe radicalmente la prospettiva dell'efficacia dell'atto amministrativo, anche sul piano sostanziale); è il rimedio più efficace per il cittadino. Disposizione simile nell'ordinamento italiano, è data, anche se in sede processuale, dall'art. 190 del Codice di Giustizia Contabile il quale prevede che la proposizione dell'appello sospende la esecuzione della sentenza impugnata, ma il giudice di appello *"quando vi siano ragioni fondate ed esplicitamente motivate, può disporre, con ordinanza motivata, sentite le parti, che la sentenza sia provvisoriamente esecutiva"*;

c) per garantire l'indipendenza istituzionale del giudice amministrativo e la sua terzietà si dirà alla fine perché riguarda non solo le misure cautelari e il risarcimento dei danni, ma l'intero processo amministrativo.

Sulla misura cautelare interverrà il prof. Aristide Pollice.

## **3. Il risarcimento dei danni.**

### 3.1 Attuale situazione per la tutela risarcitoria.

Orazio Abbamonte, per il risarcimento dei danni, rileva che si è in presenza *"dell'autentica fatica di Sisifo cui il difensore deve sobbarcarsi per conseguire anche una esigua entità risarcitoria"*.

È percepita da tutti i fruitori della giustizia amministrativa, l'inadeguatezza degli strumenti predisposti dal processo amministrativo, per come sono applicati dal giudice amministrativo, per assicurare la tutela risarcitoria ai cittadini.

### 3.2 Possibili cause di tale inadeguatezza.

Come rilevato dal Presidente dell'U.N.A.A., incide indubbiamente la formazione professionale del giudice amministrativo che è specializzato ed ha una particolare competenza tecnica nel

sindacato di legittimità sul potere autoritativo della pubblica amministrazione e sui suoi atti, a differenza del giudice ordinario che, invece, ha un'indubbia capacità a giudicare sul risarcimento dei danni conseguenti all'agire illecito della pubblica amministrazione. La diversità delle due giurisdizioni trova specificazione per il risarcimento dei danni da illecito, anche per la disciplina positiva dettata per il processo amministrativo che rende meno agevole, per così dire, l'azione risarcitoria.

Si cerca di collocare, a seconda delle concrete evenienze, la responsabilità per lesione di interesse legittimo nelle due fattispecie del Codice Civile: la responsabilità contrattuale e la responsabilità extra contrattuale, ma quale che sia la tesi prevalente, vi sono dati di diritto positivo *che* non consentono l'assimilazione ai due tipi di responsabilità, sotto aspetti rilevanti e che riducono sostanzialmente la tutela del cittadino.

Infatti, innanzi al giudice amministrativo, l'azione risarcitoria:

a) non è sostanzialmente autonoma in quanto è legata alla introduzione, comunque, del giudizio amministrativo di annullamento. Con il codice del processo amministrativo, si è ritenuto di risolvere la diatriba tra i due giudici riguardante la c.d. pregiudizialità amministrativa (preventivo annullamento dell'atto e quindi risarcimento dei danni), con la previsione dell'art. 30 per il quale l'azione di condanna può essere proposta, *“anche in via autonoma”, “nei casi di cui al presente articolo”* e il secondo comma stabilisce che *“può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria”*. Senonché, lo stesso art. 30 c.p.a prevede che il ristoro patrimoniale è condizionato allo *“esperimento degli strumenti di tutela previsti”*. Infatti, dispone che il giudice *“esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”*. Il risarcimento dei danni è escluso quando, a parte l'esercizio degli altri strumenti di tutela, non è stata proposta domanda di annullamento dell'atto. L'autonomia dell'azione di condanna, affermata sul piano processuale, viene negata sul piano sostanziale: il giudice amministrativo non potrà pronunciare, in rito, una sentenza di inammissibilità, ma, nel merito, una sentenza di infondatezza per il mancato esperimento dell'azione costitutiva di annullamento;

b) la domanda di risarcimento del danno *“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”*. Se è 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”*. La natura del termine per l'azione risarcitoria contro la pubblica amministrazione è di decadenza; invece, le fattispecie del Codice Civile stabiliscono che il termine per l'azione risarcitoria è di prescrizione, con l'ovvia conseguenza che, in quest'ultimo caso, valgono le cause di sospensione o di interruzione,

mentre, innanzi al giudice amministrativo, si è in presenza di decadenza che è evitata solo adottando lo specifico comportamento richiesto dalla norma e cioè la proposizione del ricorso; c) oltre la natura, si apprezza la diversità del termine anche – direi soprattutto – per la sua durata: si prescrive in cinque anni l'azione per la responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 C.C. e in dieci anni per quella contrattuale ex art. 1218 C.C. o da contatto.

La differenza di tutela si coglie a piene mani e l'assimilazione ai due tipi di responsabilità previsti dal Codice Civile è veramente improponibile. Alcuni TAR hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 c.p.a. per la previsione di un termine di decadenza di soli 120 giorni, invece del termine di prescrizione. La Corte Costituzionale, con la sentenza 4 maggio 2017 n. 94, ha dichiarato l'infondatezza. Qualora la Corte Costituzionale avesse annullato l'art. 30, comma 3, c.p.a., stabilendo che il termine per la proposizione dell'azione di responsabilità della pubblica amministrazione dovesse essere di prescrizione, nei tempi stabiliti dal Codice Civile, invero sarebbe cambiato ben poco, perché la pregiudizialità sostanziale impedisce l'accoglimento nel merito della domanda di risarcimento dei danni, se non si è prodotta l'azione costitutiva di annullamento da esperirsi, a pena di decadenza, entro sessanta giorni. La tutela risarcitoria resta *"inchiodata"*, comunque, al termine di decadenza di sessanta giorni.

### 3.3. Prospettive di riforma, possibili oggetto di mozione congressuale.

Per superare alcuni degli ostacoli, rendendo autonoma l'azione risarcitoria e assimilando la responsabilità a quella extra contrattuale, si può proporre:

a) l'abrogazione dell'art. 30, comma 3, u.p., c.p.a., dove dispone che il giudice *"esclude il risarcimento dei danni... anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti"*;

b) la modifica del terzo comma dell'art. 30 c.p.a. quando stabilisce che la domanda *"è proposta entro il termine di decadenza di 120 giorni"*, da sostituire con *"è proposta entro il termine di prescrizione di 5 anni"*.

### **4. Rilevante prospettiva per l'azione risarcitoria.**

Occorre segnalare che, per il cittadino, si è aperta una nuova importante strada per ottenere la soddisfazione del suo interesse all'integrità patrimoniale per l'indirizzo giurisprudenziale, condiviso sia dal Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 2 del 12 maggio 2017) che dalla Corte di Cassazione, a Sezione Unite (da ultimo ord. n. 22863 del 16 agosto 2024 che fa seguito ad una giurisprudenza iniziata sin dall'ordinanza delle Sezioni Unite dell'1 dicembre 2004 n. 22494), nel regolare la giurisdizione, secondo il quale Il soggetto che riceva un danno da un atto e comportamento amministrativo può chiedere la condanna al risarcimento per equivalente:

a) al giudice ordinario, se cita in giudizio la persona fisica che ha adottato l'atto o ha tenuto il comportamento lesivo e, eventualmente in via solidale, l'amministrazione pubblica alla quale vanno imputati gli atti o i comportamenti amministrativi ritenuti lesivi;

b) al giudice amministrativo, se propone ricorso contro l'amministrazione pubblica o soggetto ad essa equiparato ai quali vanno imputati gli atti o comportamenti amministrativi ritenuti lesivi, ma non può chiedere, nemmeno in via solidale, per costante giurisprudenza del giudice amministrativo, la condanna delle persone fisiche che hanno adottato gli atti o tenuti i comportamenti amministrativi ritenuti lesivi.

La differenza tra le due azioni riguarda la possibilità, per il giudizio innanzi al giudice ordinario, di chiedere la condanna solidale della pubblica amministrazione oltre a quella in via principale della persona fisica; invece, per il ricorso innanzi al giudice amministrativo, non si può domandare la condanna della persona fisica, nemmeno in via solidale, ma solo della pubblica amministrazione.

Per il resto, vi è coincidenza per: 1) la fattispecie concreta nel suo insieme; 2) gli elementi della fattispecie: 2.1) il sindacato di legittimità sull'atto e comportamento amministrativo; 2.2) l'interesse alla integrità patrimoniale; 2.3) il pregiudizio economico; 2.4) il nesso di causalità rappresentato dagli effetti del provvedimento e dal comportamento amministrativo; 2.5) l'elemento soggettivo (dolo o colpa); 2.6) il danno e le voci che lo compongono.

Notevole, però, è l'ampliamento della tutela del cittadino che può, a sua scelta, seguire l'una o l'altra strada ovvero seguirle entrambe contemporaneamente, in base ad un orientamento giurisprudenziale consolidato sia del giudice amministrativo che del giudice ordinario e che costituisce quello che si definisce diritto vivente.

E' una giurisprudenza che impatta fortemente sul sistema dualistico del nostro Paese, basato sulla separazione delle due giurisdizioni che comporta la non sovrapposibilità dell'una all'altra e che qui pare assumere il modo della concorrenza, dando al cittadino la valutazione sulla migliore offerta per la tutela.

I principi che si sono affermati per queste controversie di risarcimento dei danni causati da un atto e comportamento amministrativo illegittimi sono fondati su un dato formale obiettivo: quando manca una parte (processuale) pubblica, non può esservi giurisdizione amministrativa, nemmeno per le materie conosciute in via esclusiva dal TAR e dal Consiglio di Stato. In conseguenza, se viene proposta azione contro le persone fisiche autrici dell'atto o che pongono comportamenti lesivi, la giurisdizione è del giudice ordinario.

Inoltre, per la necessaria riconduzione della regola del riparto alle situazioni giuridiche soggettive, si qualifica diversamente il medesimo interesse all'integrità patrimoniale: è diritto soggettivo se la lite è tra privati, è interesse legittimo se è tra privato e pubblica amministrazione.

Questa singolare ripartizione delle giurisdizioni per le azioni risarcitorie proposte per i danni conseguenti o, comunque, connessi ad atti e comportamenti amministrativi, mi ha indotto ad alcuni spunti di riflessione sia dal punto di vista sostanziale che processuale che ho esposto in un lavoro di prossima pubblicazione nella Rivista Diritto e Processo Amministrativo n. 4/2024 e che allego in anteprima.

Vorrei sottolineare che la scelta tra l'esercizio dell'una o dell'altra azione o di tutte e due insieme contemporaneamente, è rimessa interamente al titolare dell'interesse all'integrità patrimoniale pregiudicata dall'azione amministrativa illegittima.

È da escludere il possibile contrasto di giudicati poiché i due possibili processi, quello ordinario e quello amministrativo, si svolgono tra soggetti diversi, avendo il processo amministrativo come parti la pubblica amministrazione e il titolare dell'interesse all'integrità patrimoniale e quello ordinario il soggetto che ha adottato l'atto (o tenuto il comportamento) e il titolare dell'interesse all'integrità patrimoniale, dal momento che la pubblica amministrazione può essere chiamato in giudizio solo quale responsabile solidale.

Né sono possibili forme di coordinazione processualmente regolate:

- a) non vi è alcuna necessaria preventiva promozione di un giudizio al quale far seguire l'altro che resti condizionato dalla prima decisione;
- b) non si può procedere alla riunione per connessione, siccome le cause non si svolgono innanzi alla stessa giurisdizione;
- c) non può applicarsi l'istituto della litispendenza dettata per il caso in cui due cause pendano innanzi allo stesso giudice;
- d) non può operare la sospensione necessaria del processo, ex art. 295 c.p.c., poiché non vi è dipendenza della definizione di uno dei due giudizi che non si svolgono tra le stesse parti e che seguono le regole processuali e la disciplina sostanziale proprie di ogni giurisdizione.

In definitiva, il titolare dell'interesse leso può agire indistintamente e contemporaneamente innanzi a tutti e due i giudici, con le rilevanti conseguenze in ordine:

- a) al termine per proporre l'azione e dalla sua durata (prescrizione, giudice civile, e decadenza giudice amministrativo);
- b) al risultato conseguibile con le due pronunzie giurisdizionali;
- c) alle diverse misure cautelari previste innanzi ai due giudici;
- d) alla possibilità concreta di soddisfare la pretesa creditoria;
- e) all'autonomia dell'azione risarcitoria sicuramente riconosciuta innanzi al giudice ordinario;
- f) alle diverse strutture e funzioni dei due processi;
- g) alla diversa indipendenza istituzionale dei due plessi giurisdizionali.

Tutti questi aspetti ho trattato in via analitica nell'articolo in corso di pubblicazione a cui rimando e che allego alla presente relazione.

**5. Riforma strutturale per garantire l'indipendenza istituzionale del giudice amministrativo e la sua terzietà nel processo, in relazione (anche) alla misura cautelare e all'azione risarcitoria.**

È da evidenziare la ineludibile necessità di rendere effettivamente indipendente il giudice amministrativo in attuazione della Costituzione il cui art. 108 rinvia alla legislazione ordinaria per assicurare *“l'indipendenza dei giudice delle giurisdizioni speciali”*, allo scopo di rendere *“estraneo”* il giudice amministrativo alla pubblica amministrazione e al potere esecutivo, come sottolineato da Orazio Abbamonte.

Il percorso volto ad attuare la effettiva indipendenza del giudice amministrativo, infatti, non è stato completato sotto alcuni profili che sono rilevanti:

a) il Presidente del Consiglio di Stato è nominato *“con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Presidenza”* (art. 22, L. 27 aprile 1982, n. 186). Si era instaurata una prassi, per cui il Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa indicava un nominativo che era poi nominato, ma è accaduto che un Presidente del Consiglio, Matteo Renzi, ha preteso una rosa di cinque nomi sul quale poi ha operato una scelta fiduciaria. È stato un grave *vulnus* alla indipendenza del Consiglio di Stato per cui occorrerebbe modificare questa disposizione stabilendo che la nomina del Presidente del Consiglio di Stato si effettui su designazione vincolante del Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa;

b) l'abrogazione della norma governativa che prevede la nomina di un quarto dei Consiglieri di Stato la cui provvista va assicurata in due soli modi: accesso per concorso e progressione di carriera, previa valutazione, come preannunciato dall'art. 18, L. 21 luglio 2000 n. 205 e mai attuato (*“sulla base dell'unicità di accesso e di carriera”*);

c) la individuazione di Magistrati incaricati di funzioni amministrative presso l'amministrazione, dovrebbe avvenire su scelta esclusiva del Consiglio di Presidenza per la giustizia amministrativa in elenchi, appositamente redatti per settori di competenza e specializzazione, assicurando la rotazione degli incarichi, senza possibilità di indicazione nominativa da parte degli organi amministrativi che intendano avvalersi della professionalità dei giudici amministrativi.

È una riforma strutturale che potrebbe assicurare l'indipendenza sul piano istituzionale del giudice amministrativo, avviando un processo di terzietà nei confronti della pubblica



amministrazione, in modo da attuare appieno uno dei principi del giusto processo, anche costituzionalmente affermato, e dell'art. 108 della Costituzione.

Per una esposizione più dettagliata ed analitica si rinvia a "Le garanzie di indipendenza del Consiglio di Stato" che ho pubblicato in *Diritto Processuale Amministrativo*, nel 2016 (pagg. 1234- 1270), e che allego alla presente.