



*Gli strumenti di tutela giurisdizionale e
amministrativa concessi al cittadino avverso gli
atti della Pubblica Amministrazione*

di Angela Malafronte

Copyright 2021 Diritto per il Futuro Srls

Gennaio 2021

ISBN 978-88-31212-23-6

Sommario

I. IL SISTEMA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE IN ITALIA..... 2

1.1 Introduzione	2
1.2 Brevi cenni in merito alla tutela giurisdizionale ordinaria	3
1.3 Brevi cenni in merito alla tutela giurisdizionale amministrativa.....	5
1.4 La giurisdizione generale di legittimità.....	6
1.5 La giurisdizione di merito	7
1.6 La giurisdizione esclusiva.....	8

II. LE AZIONI DI COGNIZIONE ESPRIBILI INNANZI ALL'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE AMMINISTRATIVA..... 10

2.1 Azione di annullamento (art. 29 c.p.a.).....	10
2.2 La risarcibilità degli interessi legittimi	11
2.3 Azione di condanna al risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.)	13
2.4 Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa.....	14
2.5 Azione di esatto adempimento	15
2.6 Azione avverso il silenzio della P.A. (art. 31 c.p.a.).....	16
2.7 Azione di declaratoria di nullità (art. 31 comma 4).....	16

III. LA TUTELA IN SEDE AMMINISTRATIVA..... 17

3.1 Ricorso gerarchico.....	18
3.2 Il ricorso in opposizione.....	19
3.3 Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica	20

Conclusioni..... 23

Bibliografia 24

I. IL SISTEMA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE IN ITALIA

1.1 Introduzione

La Pubblica Amministrazione nel perseguire l'interesse generale così come definito dalla legge opera, *solitamente*, anche se non esclusivamente, attraverso lo strumento del **procedimento amministrativo**, ovvero mediante una sequenza di atti e di operazioni, tutti funzionalmente collegati tra loro, allo scopo di giungere all'adozione di un **provvedimento** idoneo ad incidere **unilateralmente** sulla sfera giuridica del destinatario, anche contro la volontà di quest'ultimo.

E' bene evidenziare, tuttavia, che la P.A., nell'esercizio del suo potere discrezionale, ben può, peraltro, scegliere di perseguire l'interesse pubblico agendo *iure privatorum*, spogliandosi, cioè, della sua veste autoritativa e ponendosi in una situazione di sostanziale parità con il privato stipulando con questi un vero e proprio **contratto**.

Aldilà di come si concretizzi l'azione amministrativa, se, cioè, si estrinsechi in un' "attività *iure imperii*" o, viceversa, in "attività *iure privatorum*", ben può capitare che la Pubblica Amministrazione attraverso il proprio *agere* possa scontrarsi con talune posizioni giuridiche soggettive di cui i privati siano a loro volta titolari.

A tale proposito il legislatore ha ritenuto opportuno prevedere un sistema costituito da diversi strumenti posti a tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei cittadini che si ritengano lesi da parte della Pubblica amministrazione.

A tale scopo si è inteso parlare di **"Giustizia Amministrativa"**.

Oggigiorno, la giustizia amministrativa risulta essere articolata secondo il peculiare sistema della c.d. **doppia giurisdizione**, anche meglio conosciuto come sistema **"a doppio binario"**.

La tutela giurisdizionale, in Italia, è invero ripartita fra gli organi di **giurisdizione ordinaria** (Tribunali – Corti D'appello) e quelli di **giurisdizione amministrativa** (T.A.R. e Consiglio di Stato), a seconda della diversa **natura** della situazione giuridica soggettiva lesa da atti e comportamenti *contra jus* della Pubblica Amministrazione.

Ciò vuol significare che, almeno in linea di massima, se da un provvedimento amministrativo scaturisce la lesione di un **diritto soggettivo**, può dirsi sussistere la giurisdizione ordinaria, se, viceversa, dallo stesso, scaturisce la lesione di un **interesse legittimo**, si ritiene sussistere la giurisdizione amministrativa.

Dalle suesposte considerazioni, dunque, risulta rilevabile *ictu oculi* che pur trovandosi dinanzi a diversi ordini di giudici, quello ordinario e quello amministrativo, il dato che tende ad accomunare entrambe le giurisdizioni risulta essere la *voluntas* di assicurare al privato cittadino una **tutela piena** nei confronti della Pubblica amministrazione, coerentemente a quanto si evince, tra l'altro, dall'art. 113 della nostra Carta Costituzionale, in forza del quale <<**Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa**>>.

1.2 Brevi cenni in merito alla tutela giurisdizionale ordinaria

L'**autorità giudiziaria ordinaria** è competente a decidere le controversie tra il privato e la Pubblica amministrazione derivanti dall'emanazione di un provvedimento amministrativo¹ nelle quali si faccia questione di un “*diritto civile o politico*”, ovvero di un **diritto soggettivo**.

Trattasi, invero, di questioni involgenti diritti soggettivi che non siano state espressamente affidate da parte del legislatore alla **giurisdizione esclusiva** del T.A.R. (c.d. **limite esterno** all'esercizio della giurisdizione del Giudice ordinario). Tuttavia, dinanzi ad un atto illegittimo, il G.O. è abilitato unicamente alla **disapplicazione** dello stesso ed alla conseguente sua **dichiarazione di illegittimità**. Ciò sta a significare che ad egli è, *de facto*, preclusa ogni possibilità di incidere sullo stesso **annullandolo, revocandolo o modificandolo** (diversamente da quanto, invece, è previsto per il G.A.).

¹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, Il Mulino Editore, Bologna

La **disapplicazione** dell'atto amministrativo fa sì che il Giudice, *sic et simpliciter*, non ne tenga conto ai fini della sua decisione, anche se gli effetti prodotti dallo stesso atto continueranno a spiegarsi al di fuori del giudizio in corso per tutti gli altri rapporti su cui esso è destinato ad incidere.

In sostanza, dunque, il G.O. non annulla l'atto comportandone la cessazione degli effetti definitivamente ed *erga omnes* bensì si limita a giudicare prescindendo dallo stesso, ignorandolo totalmente, come se questo non fosse mai stato emanato dalla Pubblica amministrazione. Inoltre, è importante, in tale sede, sottolineare che al Giudice ordinario risulta essere preclusa la possibilità di imporre alla P.A. comportamenti positivi, potendo unicamente condannarla al risarcimento del danno arrecato al privato.

Il sindacato del G.O. è di sola **legittimità**, non potendo, esso, in nessun caso, estendersi al **merito**, all'apprezzamento, cioè, dell'opportunità e della convenienza dell'atto stesso.

Giova, peraltro, in tale sede, rammentare il **d.lgs. n. 29/1993** il cui grande merito è stato quello di introdurre una generale Riforma del **Pubblico Impiego** avente quale obiettivo primario quello di portare alla **privatizzazione** dello stesso.

Invero, la *ratio* del succitato intervento riformatore è quella di giungere ad una parificazione della disciplina giuridica dell'impiego pubblico con quella dell'impiego privato, devolvendo al Giudice ordinario (in qualità di Giudice del lavoro) tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione², fatta eccezione di quelle che sono, invece, rimaste nell'ambito della giurisdizione del Giudice amministrativo, ovvero quelle attinenti le **procedure concorsuali**³ e quelle relative al pubblico impiego c.d. **non contrattualizzato** (Magistrati, Avvocati dello Stato, Professori universitari, ecc.).

² In materia di pubblico impiego rientrano nella giurisdizione del G.O. le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni ivi incluse quelle attinenti le assunzioni al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, la responsabilità dirigenziale e le indennità di fine rapporto.

³ In materia di pubblico impiego rientrano nella giurisdizione del G.A. le controversie attinenti ad atti che si collocano dalla pubblicazione del bando di concorso all'approvazione della graduatoria finale.

1.3 Brevi cenni in merito alla tutela giurisdizionale amministrativa

Preliminarmente occorre chiarire che possono essere impugnati in sede giurisdizionale amministrativa unicamente gli atti emanati da un'autorità amministrativa e che, dunque, in quanto tali, rappresentano l'espressione della funzione amministrativa.

Il Codice del processo amministrativo, all'art. 7, individua specificatamente la tipologia delle controversie che possono essere conosciute dal Giudice amministrativo.

In via generale, si tratta di controversie nelle quali si faccia questione di **interessi legittimi** e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di **diritti soggettivi**, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo ed aventi ad oggetto atti, provvedimenti, accordi o comportamenti riconducibili all'esercizio di tale potere⁴.

Gli organi giurisdizionali amministrativi più importanti sono i Tribunali Amministrativi Regionali, cosiddetti T.A.R., in primo grado ed il Consiglio di Stato, in secondo grado, ove si ricorre avverso le sentenze del T.A.R.

Le decisioni emesse dal T.A.R. sono vere e proprie sentenze il cui contenuto può essere diverso a seconda delle circostanze.

Qualora, infatti, il T.A.R. è competente a giudicare solo sulla **legittimità** di un atto, la sentenza, in caso di accoglimento del ricorso, è di **annullamento** dell'atto impugnato, se, invece, il T.A.R. risulta essere investito della competenza *anche* nel **merito** allora la sentenza può essere oltre che di annullamento anche di riforma del provvedimento stesso.

La giurisdizione amministrativa si articola in **giurisdizione generale di legittimità**, **giurisdizione esclusiva** e **giurisdizione di merito**.

⁴ AA.VV., L'esame di Avvocato, Manuale completo di preparazione alla prova orale, 2020, Simone Editore, Napoli

1.4 La giurisdizione generale di legittimità

La ragione per la quale si suole parlare di **giurisdizione “generale” di legittimità** è da ravvisarsi nella circostanza per cui il Giudice amministrativo è **generalmente** preposto alla tutela degli interessi legittimi, così come il Giudice ordinario risulta prevalentemente, anche se non esclusivamente, preposto alla tutela dei diritti soggettivi del privato cittadino⁵.

La giurisdizione *de qua*, tuttavia, non è una giurisdizione **senza limiti** e questo perché, da un lato, concorre con la giurisdizione del Giudice ordinario per quanto attiene le questioni riguardanti i diritti soggettivi a quest'ultimo riservate, dall'altro, perché il sindacato del Giudice amministrativo risulta, comunque, essere limitato esclusivamente alla sola **legittimità** del provvedimento impugnato.

Il T.A.R., in altri termini, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, è tenuto a valutare se sussiste il vizio di legittimità eccepito dal privato e se, di fatto, vi sia stata una concreta lesione di un suo interesse legittimo; solamente nel caso di un riscontro positivo l'atto illegittimo viene **annullato**.

Nell'ambito della giurisdizione in esame, ai sensi dell'art. 7, comma 4, del Codice del processo amministrativo, il T.A.R. è competente a conoscere *anche* le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle Amministrazioni, comprese quelle relative al **risarcimento del danno** per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, anche se introdotte autonomamente⁶.

La *voluntas legis*, invero, coerentemente al principio di economia processuale, risulta essere quella di rendere possibile il **risarcimento** del danno ingiustamente patito dal privato all'interno dello stesso processo in cui si procede ad annullare l'atto illegittimo dal quale il pregiudizio subito è scaturito.

⁵ G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 2011, Cedam, Padova

⁶ AA.VV., *Segretario Comunale*, 2019, Simone Editore, Napoli

1.5 La giurisdizione di merito

Nell'ambito della giurisdizione di merito il sindacato del Giudice amministrativo, in casi tassativamente indicati dalla legge (art. 134 c.p.a.), si spinge ben oltre al mero riscontro della **legittimità** (differentemente da quanto avviene nella giurisdizione generale di **legittimità**) potendo, esso, finanche estendersi alla valutazione del **merito** dell'atto amministrativo.

In altri termini, in tale ambito, il T.A.R. è competente a compiere atti di valutazione dell'utilità, dell'opportunità e della convenienza del provvedimento impugnato e, solo ove dovesse riscontrare dei **vizi di merito**, il giudice sarà tenuto a procedere all'**annullamento** dello stesso.

Il G.A. con riguardo alla giurisdizione di merito, peraltro, non si limita necessariamente al mero **annullamento** del provvedimento, ben potendo, in piena deroga del principio di c.d. riserva amministrativa, **sostituirsi** all'Amministrazione stessa **reformando** o **sostituendo** il provvedimento impugnato.

Sul punto, appare opportuno precisare che il più importante esempio di **giurisdizione di merito** è, senza dubbio alcuno, il **Giudizio di ottemperanza**, inteso quale peculiare giudizio volto ad ottenere che l'Amministrazione - risultata soccombente nel giudizio di merito- conformi il proprio *agere* al giudicato dei giudici ordinari (o amministrativi) qualora la stessa amministrazione non si sia preliminarmente attivata dandone *spontanea* esecuzione. Pertanto, a piena tutela del privato, il legislatore ha previsto che questi abbia la possibilità di ricorrere al G.A. affinché l'Amministrazione inadempiente "ottemperi" al precetto contenuto in sentenza.

Orbene, il giudizio *de quo*, in buona sostanza, essendo un giudizio di merito, comporta che il G.A.(direttamente o indirettamente mediante la nomina di un commissario *ad acta*) possa, di fatto, sostituirsi all'Amministrazione nel porre in essere gli atti o le operazioni necessarie a rendere **concreto** il contenuto del precedente giudicato da essa non già *spontaneamente* eseguito.

1.6 La giurisdizione esclusiva

È da considerarsi “esclusiva” la giurisdizione avente ad oggetto particolari <<**blocchi di materie**>> per le quali la giurisdizione appartiene **sempre** al Giudice amministrativo prescindendo, *de facto*, da quale sia la natura della situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo o interesse legittimo) concretamente lesa attraverso l’*agere publicum*.

Trattasi, invero, di una giurisdizione tesa ad **escludere** la competenza giurisdizionale del Giudice ordinario, sebbene abbia ad oggetto controversie riguardanti **diritti soggettivi** generalmente ad esso attribuite⁷.

In concreto, dunque, le questioni devolute alla **giurisdizione esclusiva** sono definite dall’art. 133 c.p.a. che si limita a fornirne una specifica anche se non esaustiva elencazione delle stesse.

In somma sintesi, ai sensi della succitata disposizione codicistica rientrano nella giurisdizione in esame, tra le altre, le seguenti controversie:

- L’accesso ai documenti amministrativi;
- La formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni;
- La nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato;
- Gli atti e i provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi (Rientranti nella giurisdizione del G.O.);
- Le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture.

⁷ G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 2011, Cedam, Padova

Ai sensi dell'art. 30 c.p.a., peraltro, il ricorrente limitatamente all'ipotesi di **giurisdizione esclusiva** è legittimato ad esperire *oltre* all'**azione di annullamento** del provvedimento lesivo del diritto, anche autonoma **azione di condanna**, nell'ambito della quale vi rientra senz'altro l'azione di **risarcimento del danno**.

II. LE AZIONI DI COGNIZIONE ESPRIBILI INNANZI ALL'AUTORITÀ GIURISDIZIONALE AMMINISTRATIVA

Il d.lgs. 104/2010 prevede ben quattro azioni di cognizione esperibili innanzi al Giudice amministrativo:

1. L'azione di annullamento dell'atto amministrativo (art. 29 c.p.a.);
2. L'azione di condanna (art.30 c.p.a.);
3. L'azione avverso il silenzio della Pubblica amministrazione (art. 31, c.p.a.);
4. L'azione declaratoria di nullità dell'atto amministrativo (art. 31, co.4 c.p.a.).

2.1 Azione di annullamento (art. 29 c.p.a.)

Un ruolo centrale nel vigente sistema processuale amministrativo è ricoperto, senza dubbio alcuno, dall'azione di annullamento che può essere proposta, ai sensi dell'art 29 c.p.a., nel termine di decadenza di **sessanta giorni** dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto lesivo.

Essa, invero, risulta essere l'azione regina per quanto attiene la tutela degli **interessi legittimi** che siano lesi da un provvedimento illegittimo perché viziato per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza. Ciò detto in linea generale, occorre aggiungere che l'art. 34, comma 1 c.p.a., si preoccupa di puntualizzare che qualora l'azione di annullamento venga accolta *“il giudice annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato”*.

Appare, dunque, in tale sede, di fondamentale rilevanza sottolineare come la sentenza di annullamento risulti idonea a produrre tre diversi effetti: la rimozione dell'atto illegittimo e dei suoi effetti retroattivamente (effetto demolitorio), il ripristino, per quanto possibile, della situazione di fatto e di diritto anteriore al provvedimento annullato (effetto ripristinatorio); la creazione di un vincolo, in capo all'amministrazione, qualora la stessa provveda ad emanare un nuovo provvedimento in sostituzione di quello annullato (effetto conformativo).

I danni ulteriori ai quali l'annullamento non riesce a porre rimedio possono essere risarciti.

2.2 La risarcibilità degli interessi legittimi

Assai problematica è stata, per molto tempo, la *quaestio* attinente il risarcimento del danno conseguente alla lesione, ad opera della Pubblica amministrazione, di un interesse legittimo del cittadino.

La lesione degli interessi legittimi, invero, non è sempre stata meritevole di tutela risarcitoria: prima della storica sentenza n. 500/1999 della Corte di Cassazione, infatti, si riteneva che la P.A. non poteva in alcun modo essere chiamata a rispondere del danno cagionato, attraverso il proprio *agere*, ad un interesse legittimo del privato. A tale proposito è bene chiarire che, per molto tempo, l'unica tutela riconosciuta al cittadino leso, era quella di richiedere l'**annullamento** del provvedimento illegittimo, ottenendo, pertanto, come sola ed unica conseguenza l'**eliminazione** dello stesso.

Prima del 1999, la Pubblica amministrazione, dunque, poteva essere chiamata a rispondere del risarcimento dei soli danni cagionati ai **diritti soggettivi** dinanzi al Giudice ordinario mentre il risarcimento del danno per la violazione di un **interesse legittimo** era, invece, da doversi escludere. Questo perché, se da un lato, il Giudice amministrativo vedeva riconoscersi la competenza di **annullare** un atto illegittimo, dall'altro, non era considerato parimenti competente a pronunciare una sentenza di condanna sul risarcimento del danno. Allo stesso modo, d'altro canto, il Giudice ordinario poteva, **sì**, pronunciare una sentenza di condanna per il risarcimento del danno, ma non aveva alcuna competenza a giudicare con riguardo all'interesse legittimo.

Peraltro, da un punto di vista prettamente sostanziale, l' articolo 2043 c.c., così recante: "*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un **danno ingiusto**, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*" è sempre stato letto nella versione che voleva il "**danno ingiusto**" come unica conseguenza della lesione di un diritto soggettivo e non anche di quella un interesse legittimo.

Furono proprio le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza 22 luglio 1999, n. 500 ad aprire la strada alla **risarcibilità del danno** da lesione di interesse legittimo, statuendo che anche il pregiudizio di un interesse legittimo, al pari di quello di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, comporta un **danno** che è da considerarsi **ingiusto**, ai sensi dell'art. 2043 c.c., sempre che si tratti di un interesse legittimo considerato meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento giuridico.

Successivamente a tale pronuncia, anche il legislatore ritenne opportuno operare un intervento chiarificatore in merito.

La nuova formulazione dell'art. 7 della L. del 1971/1034 a seguito delle **modifiche** introdotte dall'art. 7 della **L. 205/2000** risulta, infatti, come segue: *“Il Tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale **risarcimento del danno**, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e gli altri diritti patrimoniali consequenziali.”*

La **l. n. 205/2000** ha, invero, avuto il grande merito di portare ad un ampliamento della giurisdizione del Giudice amministrativo che si è, *de facto*, tradotto nel concreto potere, ad egli attribuito, di **condannare** l'Amministrazione al **risarcimento dei danni** conseguenti all'emanazione di atti illegittimi.

Pertanto il T.A.R., grazie la succitata normativa, ha smesso di essere considerato unicamente il Giudice dell'annullamento ed ha iniziato a ricoprire anche l'importante ruolo del Giudice del risarcimento dei danni, ruolo tipicamente affidato al Giudice ordinario.

La risarcibilità dell'interesse legittimo costituisce, peraltro, oggetto di trattazione anche da parte dell'art. 30 del Codice del Processo amministrativo (D.lgs. 104/2010) che disciplina nell'ambito dell'**azione di condanna** esperibile innanzi al G.A., l'azione proponibile contro la Pubblica amministrazione per danni da illegittimo esercizio dell'azione amministrativa nonché, nei casi di giurisdizione esclusiva, per danni da lesione di diritti soggettivi, incentrata in prevalenza sulla disciplina del **risarcimento del danno**. Al comma 1, del summenzionato articolo si stabilisce, altresì, che l'azione di condanna può essere proposta *contestualmente*

ad altra azione (si pensi all'azione di annullamento) o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva, anche **autonomamente**.

2.3 Azione di condanna al risarcimento del danno (art. 30 c.p.a.)

Una seconda azione è l'azione di condanna al risarcimento del danno provocato da un atto amministrativo che lede un interesse legittimo.

Sul punto, appare opportuno precisare che l'art. 30 c.p.a. statuisce 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>>*.

Giova ricordare, a tal proposito, che la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proponibile 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.

In sede di determinazione dell'ammontare del risarcimento del danno il giudice è chiamato, peraltro, a valutare tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti, escludendo il risarcimento dei danni *<<che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti>>* (quindi anche attraverso l'annullamento dell'atto stesso).

Appare, in tale sede, opportuno precisare, inoltre, che nell'ambito di **giurisdizione esclusiva** può essere chiesto il risarcimento del danno conseguente alla lesione di **diritti soggettivi**.

Una Peculiare ipotesi di **risarcimento del danno** risulta essere quella contemplata nel comma 4 dell'art 30 c.p.a. Trattasi, nella specie, di una forma di responsabilità gravante in capo alla P.A. strettamente connessa all'inosservanza, dolosa o colposa, dei termini di conclusione del procedimento amministrativo, di cui all'art. 2 della L.241/1990. Nell'ipotesi prospettata è, infatti, possibile esperire l'azione risarcitoria di cui all'art 2 *bis* della L. 241/1990 anche se il termine decadenziale di **120 giorni** per la sua proposizione non inizia a decorrere *<<fino a quando perdura*

l'inadempimento>>. In ogni caso, il termine *de quo* decorre comunque *<<dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere>>.*

2.4 Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa

Uno dei temi maggiormente dibattuti negli ultimi decenni è, senza dubbio alcuno, quello attinente il rapporto di pregiudizialità tra l'annullamento dei provvedimenti amministrativi ed il risarcimento dei danni da essi scaturenti.

Il concetto di “pregiudiziale amministrativa”, invero, si è da sempre fondato sulla convinzione che il privato destinatario di un provvedimento lesivo dovesse dapprima ricorrere al Giudice amministrativo per ottenerne l'annullamento e, solo *ex post* all'annullamento dello stesso, potesse attivarsi per il giudizio risarcitorio, fatta eccezione delle sole ipotesi di **giurisdizione esclusiva**.

La giurisprudenza amministrativa più volte ha, infatti, affermato la necessità che l'azione per il risarcimento dei danni fosse subordinata al previo annullamento dei provvedimenti illegittimi.

In un'ottica di superamento della pregiudiziale amministrativa, attraverso la rivoluzionaria sentenza della **Cass. civ., sez. Unite 22 luglio 1999, n. 500** si è inteso affermare che l'azione per il **risarcimento del danno** possa essere esercitata anche in via **autonoma**, ovvero pure in mancanza del preventivo **annullamento** del provvedimento illegittimo.

La regola della c.d. “**pregiudiziale amministrativa**” è stata, poi, definitivamente sorpassata con l'entrata in vigore del **d.lgs. n. 104 del 2010**, il cui art. **30, comma 3**, prevede che: “*l'azione di **condanna al risarcimento del danno** sia proponibile in via **autonoma** entro il termine decadenziale di **centoventi giorni**, decorrenti dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo*”.

Con ciò, il legislatore ha inteso svincolare l'azione risarcitoria dall'azione di annullamento, prevedendo che entro **sessanta giorni** dalla conoscenza dell'atto lesivo il privato può chiedere l'accertamento di legittimità e dunque **l'annullamento** dell'atto illegittimo, mentre, entro un termine leggermente più

ampio, ovvero **centoventi giorni** dal giorno in cui il fatto si è verificato o dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva da quest'ultimo, il privato può, altresì, avanzare richiesta del **risarcimento del danno** patito per effetto del provvedimento illegittimo.

2.5 Azione di esatto adempimento

Accanto all'azione di condanna al risarcimento del danno si è posta la *quaestio* se sia o meno ammissibile nell'ambito del processo amministrativo **l'azione di esatto adempimento**⁸.

Trattasi, nella specie, di un'azione avente come scopo quello di ottenere la condanna della Pubblica amministrazione ad un determinato *facere*, ovvero, più nello specifico, all'emanazione di un atto avente un determinato contenuto.

In merito, l'art. 34, c.1, lett. c) del codice statuisce che <<l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, **nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio**>>. Tanto premesso, da quanto su esposto è possibile giungere alle conclusioni che seguono. *In primis*, l'azione di esatto adempimento può essere proposta solo congiuntamente ad altre azioni e, dunque, non autonomamente, *in secundis*, l'azione di esatto adempimento è, altresì, ammissibile solo nei <<limiti posti dall'art.31 comma 3>>, con riguardo all'azione avverso il silenzio e cioè unicamente nei casi in cui sia possibile accertare la fondatezza della pretesa.

Ciò che, peraltro, risulta essere fondamentale sottolineare, è la circostanza in forza della quale tale domanda può dirsi ammissibile esclusivamente in presenza di **attività vincolata** o quando risulta che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dall'amministrazione stessa.

⁸ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, Il Mulino Editore, Bologna

2.6 Azione avverso il silenzio della P.A. (art. 31 c.p.a.)

Attraverso l'azione in esame, una volta decorsi i termini di conclusione del procedimento, chi vi ha interesse, è legittimato a chiedere l'accertamento dell'obbligo di provvedere posto in capo all'Amministrazione.

In sostanza, il privato è legittimato a proporre l'azione *de qua* a fronte di una mancata risposta ad una sua richiesta da parte dell'Amministrazione (art. 31, commi 1, 2 e 3).

L'azione avverso il silenzio può, peraltro, essere proposta fintanto che perdura l'inerzia dell'Amministrazione e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

E' fatta salva, tuttavia, la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano ancora i presupposti.

2.7 Azione di declaratoria di nullità (art. 31 comma 4)

La domanda volta all'accertamento delle nullità del provvedimento in relazione ai vizi di cui all'art. 21 *septies* l. n. 241/90 può essere proposta entro il termine di decadenza di **180** giorni. La nullità dell'atto può, inoltre, essere opposta in qualsiasi momento dalla parte resistente o, ancora, essere rilevata d'ufficio dal giudice anche oltre il termine sopracitato di **180** giorni.

Rimangono esclusi dall'applicazione della suddetta disciplina gli atti amministrativi posti in **violazione o elusione del giudicato**, in quanto ai fini della dichiarazione della loro nullità trova applicazione il rito previsto per l'ottemperanza.

III. LA TUTELA IN SEDE AMMINISTRATIVA

Nell'attuale quadro generale dell'ordinamento della giustizia amministrativa, si può affermare che la tutela delle posizioni giuridiche lese dai provvedimenti amministrativi risulta essere assicurata da due distinti rimedi, quello di natura **giurisdizionale** garantito dalla Costituzione all'art. 113 e quello di natura **giustiziale** previsto, invece, dal D.P.R. n. 1199/1971.

Pertanto, oltre alla tutela giurisdizionale (ordinaria ed amministrativa) i portatori di interessi hanno disposizione anche dei mezzi di **tutela amministrativa giustiziale (c.d. autodichia)**, trattasi dei c.d. **ricorsi amministrativi**.

A tale proposito appare opportuno evidenziare che il **ricorso amministrativo** è una forma di tutela attuata dalla stessa **Amministrazione**, per mezzo di un procedimento che viene instaurato a seguito di un **ricorso** da parte del soggetto interessato avente come *ratio* un riesame di un provvedimento che egli ritenga essere viziato sotto il profilo di legittimità, o in taluni casi, anche del merito.

Trattasi, in buona sostanza, di un procedimento che nasce da un'**istanza** che il privato rivolge direttamente alla P.A. affinché questa proceda all'**annullamento, alla riforma o alla revoca** di un proprio precedente atto amministrativo, risolvendo, in tal modo, *ex autoritate sua* e senza alcun intervento giurisdizionale, la controversia che tale atto ha generato nell'ambito dello stesso ordinamento amministrativo.

Lo scopo, pertanto, è quello di fare a meno dell'intervento dell'autorità giurisdizionale (ordinaria o amministrativa), sia in via preventiva (con il ricorso gerarchico e in opposizione) sia in via sostitutiva ed alternativa (con il ricorso straordinario al Presidente della repubblica)⁹.

⁹ G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 2011, Cedam, Padova

L'atto con cui l'organo competente provvede su un **ricorso amministrativo** non è un atto giurisdizionale, ma è un provvedimento amministrativo ricompreso nella categoria delle c.d. "decisioni amministrative".

La disciplina dei ricorsi amministrativi è contenuta, come poc' anzi detto, nel d.p.r. n. 1199/1971 che individua tre diverse tipologie di ricorsi amministrativi: il ricorso gerarchico, il ricorso in opposizione ed il ricorso al Presidente della Repubblica.

3.1 Ricorso gerarchico

Può definirsi **ricorso gerarchico** quel rimedio amministrativo di **carattere generale** avente ad oggetto atti amministrativi **non definitivi**.

A tale proposito, appare opportuno chiarire che un atto diviene **definitivo** a seguito del rigetto del ricorso gerarchico o decorsi inutilmente 90 giorni dalla sua proposizione. Può essere invece, automaticamente definitivo se adottato dagli organi di vertice della P.A. o dagli organi collegiali, o, ancora, se dichiarato definitivo per legge.

Attraverso il **ricorso gerarchico** l'interessato si rivolge all'**organo gerarchicamente sovraordinato** a quello che ha emanato il provvedimento impugnato, per ottenere la tutela dei propri interessi legittimi e diritti soggettivi, facendo valere vizi di legittimità (**violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza**) e di merito.

Il **ricorso gerarchico** è proponibile entro il termine perentorio di 30 giorni dalla data in cui l'atto è stato notificato, comunicato o pubblicato, o comunque da quando l'interessato ne abbia avuto piena conoscenza.

Si possono, invero, distinguere due tipologie di **ricorso gerarchico**:

- **ricorso gerarchico proprio**, inteso quale rimedio amministrativo **ordinario** che presuppone un rapporto di gerarchia in senso di subordinazione tra l'organo che ha emanato l'atto impugnato e l'organo cui si ricorre;
- **ricorso gerarchico improprio**, inteso quale rimedio amministrativo a carattere **eccezionale** che si caratterizza per la mancanza di un rapporto

gerarchico tra l'Autorità che ha adottato l'atto e quella che decide sul ricorso. Un'ipotesi di ricorso gerarchico improprio è il ricorso proposto al Prefetto a seguito della notifica di un verbale di accertamento per infrazioni al Codice della Strada (es. i verbali di accertamento per superamento dei limiti di velocità o violazioni riguardanti la sosta dei veicoli in aree ove non è consentita).

La proposizione del ricorso gerarchico fa sorgere in capo alla Pubblica Amministrazione l'**obbligo giuridico** di decidere sullo stesso.

A norma dell'art. 6 del DPR 1199/1971, qualora la P.A., decorsi 90 giorni dalla presentazione del ricorso, non abbia comunicato all'interessato la decisione dello stesso, il ricorso "*si intende respinto a tutti gli effetti*" (silenzio-rigetto) e, in tale circostanza, contro il provvedimento impugnato (divenuto definitivo) è esperibile il ricorso giurisdizionale al G.A. competente, o, in alternativa a questo, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

3.2 Il ricorso in opposizione

È un **ricorso amministrativo atipico**, in quanto rispetto al ricorso gerarchico viene promosso nei confronti della medesima autorità che ha emanato il provvedimento impugnato, affinché la stessa possa provvedere a rimuoverlo o ad emendarne i vizi riscontrati.

Diversamente dal ricorso gerarchico, inoltre, il ricorso in opposizione è un istituto avente carattere **eccezionale** in quanto ammesso solo in ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Ben si comprende, dunque, che la sua **eccezionalità**, nonché a tratti anche il suo scarso sviluppo, abbia come *ratio* una certa diffidenza verso la capacità dell'autorità che ha adottato l'atto impugnato a valutare in modo effettivamente imparziale il ricorso diretto contro il suo stesso operato.

Il ricorso in opposizione può essere promosso, al pari del ricorso gerarchico, per **motivi di merito** o per **motivi di legittimità** contro provvedimenti *non definitivi*, per ottenere la tutela di interessi legittimi e di diritti soggettivi.

Sotto il profilo del procedimento, il ricorso in opposizione segue le stesse norme del **ricorso gerarchico**; anche esso, infatti, al pari di quello gerarchico, può essere proposto entro 30 giorni dalla notifica o emanazione dell'atto impugnato anche se la legge può prevedere, nei singoli casi, termini diversi¹⁰.

Una particolare ipotesi di ricorso in opposizione è rappresentata dal ricorso diretto al dirigente dell'Ufficio scolastico dell'ambito territoriale di riferimento per ottenere *rettifiche* di errori relativi all'inclusione in una graduatoria per il conferimento degli incarichi di supplenze al personale docente¹¹.

3.3 Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Il Ricorso Straordinario al Capo dello Stato rappresenta un rimedio di **carattere generale** attraverso il quale il **privato** interessato chiede al **Presidente della Repubblica**, per il tramite del Ministro competente, l'annullamento di un **provvedimento definitivo** affetto da **vizi di legittimità** (e non anche di merito) e lesivo di un proprio diritto soggettivo o di un proprio interesse legittimo.

Giova all'uopo rammentare che tale strumento affonda le proprie radici storiche in un'epoca in cui si riconosceva al suddito la possibilità di invocare giustizia al Sovrano attraverso una richiesta di statuizione su provvedimenti propri dell'apparato pubblico. Con l'affermazione dell'ordinamento repubblicano, la relativa competenza è, poi, passata dal Sovrano al Capo dello Stato, essendo, attualmente, la decisione del ricorso adottata con **decreto del Presidente della Repubblica**.

È, tuttavia, necessario evidenziare che benché la decisione finale assuma la forma di D.P.R., i veri protagonisti del procedimento *de quo* sono, da un lato, il

¹⁰ AA.VV., *Istruttore direttivo e funzionario*, 2019, Edises Editore, Napoli

¹¹ AA.VV., *Scienze Giuridiche ed Economiche*, 2018, Simone Editore, Napoli

Ministero competente che cura l'istruttoria e trasmette tutti gli atti al Consiglio di Stato, e dall'altro lo stesso **Consiglio di Stato** chiamato a rendere un **parere vincolante** per la decisione finale e che dunque, di fatto, definisce *tout court* l'esito del ricorso.

Il Ricorso al Capo dello Stato è, peraltro, denominato “**straordinario**” in quanto considerato quale rimedio di natura impugnatoria ammesso contro gli atti amministrativi nei cui confronti, in ragione del loro carattere definitivo, non sono esperibili altri rimedi amministrativi. In buona sostanza, dunque, attraverso di esso, è possibile fare ricorso avverso un atto amministrativo contro il quale non è più esperibile il **ricorso gerarchico**

Il ricorso in esame è, inoltre, ammissibile unicamente nelle materie devolute alla giurisdizione del **Giudice amministrativo**, da ciò ne deriva come ovvia conseguenza che tale ricorso non è esperibile a tutela dei diritti soggettivi rientranti nelle materie devolute al Giudice ordinario (si pensi, per esempio, al pubblico impiego privatizzato).

Il termine per spiegare il rimedio *de quo*, è di **centoventi giorni** dalla notificazione del provvedimento da impugnare oppure dall'avvenuta conoscenza dello stesso.

Il Ricorso straordinario deve essere inteso, tra l'altro, quale rimedio parallelo rispetto al ricorso giurisdizionale, in quanto idoneo a garantire una tutela molto simile a quella offerta al privato in sede giurisdizionale¹².

Peculiarità del ricorso straordinario è la sua alternatività rispetto al ricorso **giurisdizionale amministrativo**, che si riscontra nella circostanza in forza della quale chi sceglie la strada del ricorso al Capo dello Stato non ha più la possibilità di impugnare davanti al G.A., così come chi propone il ricorso al T.A.R. vede precludersi la possibilità di proporre il ricorso straordinario al Capo dello Stato. Conseguenza pratica di quanto sopra riportato è l'inammissibilità del rimedio proposto per secondo¹³.

¹² M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, Il Mulino Editore, Bologna

¹³ AA.VV., *Istruttore direttivo e funzionario*, 2019, Edises Editore, Napoli

Tale caratteristica rende difficile la possibilità che si verifichino eventuali contrasti tra giudicati aventi ad oggetto la medesima questione e ciò in quanto, *de facto*, si evita che il Consiglio di Stato si pronunci più volte sullo stesso provvedimento: sia in sede di **ricorso straordinario** emettendo il parere vincolante cui dovrà necessariamente conformarsi il D.P.R. e sia in sede di **ricorso giurisdizionale** in qualità di Giudice di secondo grado avverso le sentenze del T.A.R.

Colui che ha interesse alla conservazione del provvedimento impugnato (c.d. controinteressato) non può, tuttavia, subire passivamente la scelta del ricorrente e dunque l'ordinamento gli riconosce la possibilità di effettuare la **trasposizione** della controversia in sede **giurisdizionale** (dinanzi al T.A.R.). Ciò si riflette nella possibilità riconosciuta al controinteressato di decidere se aderire alla via scelta dal primo ricorrente, oppure, viceversa, chiedere, con *opposizione*, che il ricorso sia deciso in **sede giurisdizionale** (art. 10 D.P.R. 1199/1971).

Conclusioni

In passato ciò che contraddistingueva il rapporto Amministrazione - amministrati era l'idea di una Pubblica amministrazione improntata su principi di supremazia e di segretezza.

La Pubblica amministrazione, infatti, fondava il proprio *agere* su di una illimitata discrezionalità e questo, sempre più spesso, si traduceva in un concreto pregiudizio patito dal privato, considerato unicamente quale mero destinatario dell'azione amministrativa e, come tale, costantemente costretto ad uno stato di soggezione nei confronti del pubblico potere.

Solamente con la famosa legge 241/90 le cose finalmente cambiarono iniziandosi a delineare un rapporto fra governanti e governati improntato su di una dimensione ben più aperta, garantista e paritaria.

Il cittadino, infatti, dagli anni '90, ha iniziato ad essere considerato non più quale soggetto passivo della discrezionalità amministrativa ma, al contrario, è divenuto beneficiario di una serie di doveri ai quali l'*agere publicum* deve oramai costantemente ed obbligatoriamente ispirarsi (tra i quali: pubblicità, trasparenza ed imparzialità).

Orbene, è stato proprio questo cambio di rotta rispetto al passato, a far sì che col tempo si iniziasse ad avvertire l'esigenza della delineazione di un apparato giuridico che fosse sempre più idoneo ad offrire maggiori garanzie a favore del privato leso in un proprio diritto soggettivo o interesse legittimo per effetto dell'azione amministrativa.

Pertanto, su questa linea e preso atto delle posizioni più recenti sia del legislatore che della giurisprudenza, l'ordinamento giuridico ha messo a punto un più dettagliato ed articolato **sistema di tutele**, ossia quello attuale, sul quale, in qualsiasi momento, il cittadino può fare legittimamente affidamento avverso gli atti ed i comportamenti della Pubblica amministrazione per sé pregiudizievoli.

Bibliografia

AA.VV., *L'esame di Avvocato, Manuale completo di preparazione alla prova orale*, 2020, Simone Editore, Napoli

AA.VV., *Segretario Comunale*, 2019, Simone Editore, Napoli

AA.VV., *Istruttore direttivo e funzionario*, 2019, Edises Editore, Napoli

E. Ferri, *Manuale completo – Istruttore Direttivo e funzionario*, 2018, Nld Editore, Molfetta

AA.VV., *Scienze Giuridiche ed Economiche*, 2018, Simone Editore, Napoli

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2019, Il Mulino Editore, Bologna

L. Delpino - F. Del Giudice, *Compendio di diritto amministrativo*, 2020, Simone Editore, Napoli

D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2012, Il Mulino Editore, Bologna

G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, 2011, Cedam, Padova

M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 2015, Il Mulino Editore, Bologna

B. Mattarella, M. Pellissero, *La legge anticorruzione*, Torino, 2013

B. Giliverti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013

C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012

M. Trimarchi, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013

M. A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011

F. G. Scoca, *Giustizia Amministrativa*, Torino, 2014

R. Caranta, I contratti pubblici, Torino, 2012

M. Ragazzo, L'autotutela amministrativa, Milano, 2006

V. Cerulli Irelli, Il procedimento amministrativo, Napoli, 2007