

COMUNICAZIONE PER L'INCONTRO DI MACERATA

Nuovi bisogni e nuove forme di tutela nel processo amministrativo italiano

Giancarlo Montedoro

- I. I bisogni di tutela nel diritto amministrativo e l'azione di annullamento.
- II. Uno sguardo alle diverse metodologie di tutela tra civil law e common law.
- III. L'esperienza italiana ed il principio di effettività.
- IV La nuova giurisdizione del giudice amministrativo

I. Bisogni di tutela nel diritto amministrativo ed azione di annullamento.

Dimentichiamo, per un attimo, la nostra radice culturale di giuristi di civil law, per chiederci, come farebbe un giurista romano, o un avvocato anglosassone, quali siano i bisogni di tutela più ricorrenti nell'ambito del diritto amministrativo e quali, di conseguenza, i rimedi e le azioni rinvenibili a tutela del privato.

Ci accorgeremo così che bisogni e rimedi, interessi sostanziali e posizioni processuali, sono due aspetti di un identico problema e che in fondo, la riflessione sui mezzi di tutela è momento indefettibile e necessario di ogni sistema giuridico che non si limiti meramente a riconoscere l'astratta titolarità di diritti e posizioni giuridiche di vantaggio, ma voglia approdare

all'affermazione forte di un principio di civiltà, prima ancora che di tecnica giuridica, quale quello di effettività (artt. 24,103,113 Cost.).

Un ordinamento siffatto non deve soltanto essere formalmente in vigore, ma occorre che trovi corrispondenza nei comportamenti dei singoli che spontaneamente vi si conformano, per poi dover necessariamente prevedere, nel suo momento patologico, strumenti coercitivi per restaurare la legalità violata.

A fronte di tale considerazione, svolta sul piano del diritto obiettivo, si ha l'emersione, sul diverso piano delle posizioni dei soggetti coinvolti dall'attività amministrativa, di esigenze di tutela assai vaste e diffuse, tipiche del diritto amministrativo, nel quale non ricorrono, come nel diritto civile, solo interessi insoddisfatti in puntuali rapporti giuridici interprivati, ma situazioni soggettive di vantaggio e svantaggio più complesse che coinvolgono, attraverso l'esercizio del potere amministrativo, inteso quale forma di realizzazione del diritto obiettivo e degli interessi pubblici normativamente rilevanti, l'intero ordine giuridico unitamente agli interessi generali della collettività.

Ciò spiega anche come mai nell'ordinamento amministrativo, il sistema della tutela si presenti allo stato diffuso, e non sia necessariamente incentrato sulla giurisdizione : la competenza a somministrare tutele è "deconcentrata"¹ tra i vari organi di potere i

¹ Cfr. sulla nozione di deconcentrazione M. S. GIANNINI *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1988, pag. 296 e ss. Si ha deconcentrazione quando la distribuzione delle competenze (e quindi non delle attribuzioni né delle potestà) tra uffici centrali ed uffici locali adotta il canone del prevalente interesse, spetta all'ufficio locale ciò che si ritiene di interesse locale e così via. Ora il concetto si intreccia con quello ed è rivitalizzato da quello di sussidiarietà . Sulla sussidiarietà quale criterio informatore della allocazione delle competenze amministrative cfr., ex multis, AAVV *Il complesso normativo Bassanini - Sussidiarietà - Federalismo - Delegificazione - Semplificazione amministrativa - La centralità del comparto agricoltura nel sistema economico produttivo della Campania* (atti del convegno, organizzato dalla confederazione nazionale coltivatori diretti della Campania, Caserta, 27 aprile 1999), interventi di AMENDOLARA V., CAPUNZO R., CASUCCI F., VARANO G., D'ANGELO G., CHIACCHIO T., DE BELLIS F., BEDONI P., SANGERMANO F., ALBISINNI F., MASINI S., VALOROSI F., MARTINO G. e SURACE P. e vedi anche RESCIGNO G. U., *Stato sociale e principio di sussidiarietà* in Quaderni regionali, 2002, 381; CAMMELLI M., *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche* in Quaderni regionali, 2002, 453. PASTORI G., *Le trasformazioni dell'amministrazione e il principio di sussidiarietà* Quaderni regionali, 2002, 59. Sul piano

quali possono esercitarla in via di autotutela, cioè direttamente sui propri atti, oppure attraverso strumenti differenti azionabili anche dai privati, come i ricorsi giurisdizionali o amministrativi.

Balza allora agli occhi come queste intrinseche caratteristiche permeano di sé l'armamentario di rimedi che l'ordinamento amministrativo mette a disposizione del privato, in un costante tentativo di mediazione e contemperamento tra esigenze private e pubbliche, che vede protagonisti la discrezionalità amministrativa da una parte, e il principio di legalità dell'azione amministrativa dall'altra: quest'ultimo è fondamentale garanzia e limite esterno di un potere discrezionale che rimane sindacabile nei confini di quel particolare vizio dell'eccesso di potere².

Tradotto sul piano del processo, ciò implica una classica struttura impugnatoria³ del giudizio la cui fenomenologia si caratterizza per l'esistenza di un'azione di annullamento che ha particolari requisiti di efficacia soggettiva ed oggettiva.

L'azione infatti non può essere proposta da chiunque ma solo da chi appaia titolare di un interesse legittimo leso da un provvedimento amministrativo, essa viene proposta avverso l'atto della p.a. in un breve termine decadenziale, conduce all'annullamento dell'atto, può essere proposta solo per tre motivi: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, si presenta come azione tipica nel senso che i suoi effetti non sono modulabili più di tanto dal giudice, comporta dopo l'annullamento dell'atto il riesercizio del potere amministrativo da parte della p.a., non conduce ad una sostituzione del giudice all'amministrazione che

politologico cfr. G. COTTURRI *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia* Carocci Roma, 2001. Sui rimedi giustiziali TRAVI A., *Ricorsi amministrativi*, in *Digesto pubbl.*, Utet, Torino, 1997, vol. XIII, 381.

² P. M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Cedam, Padova, 1997, pag. 179-184.

³ Sulla struttura del processo impugnatorio svolge considerazioni, da ultimo, F.G. SCOCA, *Giustizia Amministrativa*, Giappichelli Editore, Torino, 2003, pag. 145-149.

avviene solo quando dopo un giudicato, l'amministrazione sia rimasta inerte o abbia eluso il comando del giudice.

Ora il sistema, di recente, a partire dalla nota sentenza n. 500/1999 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione si è aperto a riconoscere la risarcibilità dei danni causati da un provvedimento illegittimo.

II. Uno sguardo alle diverse metodologie di tutela tra civil law e common law.

Più in particolare rispetto alla struttura impugnatoria del giudizio, ci si deve chiedere se la tutela delle posizioni giuridiche soggettive, come approfondiremo in seguito, rimanga affidata all'unico rimedio dell'annullamento dell'atto amministrativo, od si realizzi anche attraverso una domanda diversa (si pensi alle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi).⁴

Rimanendo sul piano dei rimedi, si colgono allora le note distintive rispetto al processo civile, luogo in cui emergono posizioni soggettive facenti capo a privati; in quest'ambito la tutela non può essere azionata che dai soggetti interessati (principio della domanda art. 2907c.c., art. 99c.p.c.) e la funzione di tutela deve, tranne ipotesi particolari, essere esercitata da un organo terzo, di carattere giurisdizionale, vigendo il divieto di autotutela⁵.

⁴ Per i rapporti tra processo amministrativo e azioni esperibili : V. CAIANELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Utet, Torino, 2003, pag. 488 ss.; I. FRANCO, *Gli Strumenti di tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 2003, pag. 271-274.

⁵ La distinzione fra amministrazione e giurisdizione è il cuore del problema. La netta difficoltà di distinguere le due attività è al centro, come è noto della riflessione di KELSEN H., *Lo stato come integrazione*, a cura di CABIDDU M. A., Giuffrè, Milano, 2001, pag. LXVII-182. Il grande giurista austriaco, ipotizzando una struttura dell'ordinamento a gradi, procedenti dall'astratto al concreto, è portato ad affiancare, nell'ambito dell'ordinamento statale, le funzioni, come l'amministrazione e la giurisdizione, che si concretano nell'esecuzione della legge. In effetti, i poteri, diversi, per il lascito di Montesquieu, non appaiono, rispetto alla legge, in posizione che possa marcatamente distinguerli, mentre appaiono differenti solo quanto alla missione loro affidata (cura dell'interesse pubblico, risoluzione delle controversie)

Il problema delle tecniche di tutela ha dunque alla sua base una riflessione più ampia sui rapporti tra diritto sostanziale e processo: la storica contrapposizione fra sostanza e forma può essere ridimensionata ragionando proprio sul piano dei rimedi, perché se è la legge sostanziale che qualifica i bisogni di tutela, è tuttavia il processo il luogo in cui tali scelte sono destinate a tradursi in strumenti volti a ripristinare la legalità violata, contemperando adeguatamente gli interessi in gioco⁶.

Così ragionando, siamo scivolati, in una prospettiva comparatistica, verso un modo di pensare tipico dei giuristi di common law, più attenti al momento della lesione di un interesse ed alla predisposizione dei relativi rimedi.

Nel nostro sistema, il punto di partenza rimane invece, l'individuazione a monte di situazioni soggettive degne di interesse per il diritto, a cui, solo in un secondo momento, l'ordinamento collega determinati rimedi.

Questa apparente rigidità del sistema è mitigata dall'intervento giurisprudenziale teso ad "inventare" nuovi diritti per soddisfare bisogni di tutela (si pensi al diritto all'identità personale) non ancora contemplati dall'ordinamento; e tale ruolo è ancora più incisivo in quei settori non ancora completamente normati, oppure che non hanno ricevuto una codificazione sistematica, come nel diritto amministrativo⁷.

Al contrario invece se si ragiona in termini di "actio" romana, o di "cure for wrongs" anglosassone, quello che conta è la disponibilità del rimedio, a cui segue la qualificazione dell'interesse leso.

ed alle garanzie che circondano gli apparati amministrativi che sono titolari dei relativi poteri. In tema AAVV *Rapporti tra amministrazione e giurisdizione*, a cura di GIOCOLI NACCI P., Cacucci, Bari, 2001.

⁶ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pag. 7

⁷ G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, 1996, pag 5 ss.

Quello che non va dimenticato, è che il giudizio di rilevanza sulla posizione soggettiva lesa in occasione di un torto subito, è fatta dal giudice di common law al momento della concessione del rimedio, mentre nel nostro diritto promana, almeno tendenzialmente da una norma attributiva di un diritto.

Tutto ciò non comporta che un ordinamento improntato sui rimedi sia necessariamente più efficace in termini di effettività di tutela, valore, come abbiamo visto, cardine di ogni sistema giuridico.

L'analisi deve infatti spostarsi sulle capacità di reazione di ogni ordinamento di fronte alle istanze di tutela che nascono dai rapporti socio economici; a tale fine poco importa che il sistema qualifichi prima il diritto, o consideri in primo luogo il rimedio⁸: lo sguardo al rimedio consentendo solo di cogliere il diritto nella sua dimensione realistica.

È su tale premessa metodologica che si basa lo studio della tutela di annullamento, per analizzare i riflessi che tale rimedio ha sull'intero sistema amministrativo.

III. L'esperienza italiana ed il principio di effettività.

Del resto un'impostazione di tal genere non è nuova nella nostra tradizione giuridica; si pensi infatti all'analisi economica dei diritti dove il problema della tutela è fondamentale⁹.

⁸ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pag. 15

⁹ L'Analisi economica del diritto (AED) è una tradizione di pensiero, ormai radicata anche nella giurisprudenza italiana, che si propone di cogliere le ricadute dell'applicazione delle norme sulla dinamica di funzionamento dei

Si tratta infatti di risolvere le controversie giuridiche in modo da assicurare la migliore allocazione delle risorse economiche; per fare questo si deve comprendere come non esistano posizioni soggettive assolute tutelate in quanto tali, ma interessi concreti che trovano il loro riconoscimento nei rimedi che vengono messi a disposizione del singolo.

Ancora una volta, il principio guida è quello di effettività.¹⁰

Naturalmente il campo è ancora inesplorato, anche se non è una forzatura ipotizzare che, con la diffusione delle azioni risarcitorie, diverranno frequenti le analisi impostate in chiave di law and economics.¹¹

L'annullamento può essere analizzato in chiave di analisi economica del diritto, di studio dei rimedi e degli incentivi¹², esso allora rivela un significato di tecnica di tutela, caratterizzante il nostro sistema di giustizia, volta a massimizzare il risultato utile dell'azione amministrativa, a conservarne gli effetti, a tutelare le certezze giuridiche prodotte dallo Stato amministrativo, a consentire alla sfera pubblica lo svolgimento ottimale delle funzioni di coordinamento dei fattori produttivi che, qualora ben spiegate, possono portare al superamento delle diseconomie legate alla presenza di alti costi transattivi, non superabili quindi dalla negoziazione, ma solo dall'intervento dei poteri autoritativi dell'amministrazione.

mercati. Cfr. R.COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T.ULEN *Il mercato delle regole* Bologna 1999.

¹⁰ Sul principio di effettività nell'ambito della giustizia amministrativa è *in corso di pubblicazione* su un prossimo numero di *Diritto Processuale Amministrativo* uno scritto di G.ROMEO, impostato in chiave critica nei confronti dell'uso di tale principio, talvolta vissuto come chiave utile al fine di far prevalere concezioni sostanzialistiche della giustizia, che concedono uno spazio eccessivo alla giurisdizione e rischiano di dequotare l'autonomia dell'amministrazione. Ivi si leggono alcune illuminanti e corrosive intuizioni sulla correlazione esistente fra effettività della giustizia ed autonomia dell'amministrazione.

¹¹ Si è tentata un'analisi in chiave di law and economics nello scritto di G.MONTEDORO e M.T. FIOCCA *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere* di prossima uscita in Urb. ed appalti.

In questa chiave il problema dell'annullamento, e della sua giustificazione giureconomica, coincide con lo stesso problema della costituzione della sfera pubblica, con le ragioni della sua estensione, con gli interrogativi circa la sua dimensione ottimale.

L'annullamento poi è coesistente ad una sfera pubblica efficiente, ma, nello stesso tempo, pone il tema dell'effettività della giustizia amministrativa, dell'effettiva giustiziabilità delle posizioni giuridiche dei privati, della tutelabilità efficace delle situazioni giuridiche soggettive vantate nei confronti dell'amministrazione, in presenza di strettoie processuali quali il termine decadenziale.

Non è un caso che l'amministrazione contemporanea più permeata dal mercato, l'amministrazione comunitaria, stia costruendo un sistema di tutela imperniato sulla disapplicazione, ossia sulla prevalenza del diritto obiettivo, rispetto al provvedimento, sulla certezza del diritto legata all'applicazione datane spontaneamente dagli operatori del mercato (ivi compresa la p.a., soggetto fra i soggetti del mercato) piuttosto che sulla certezza del diritto costruita per effetto dell'inoppugnabilità dell'atto amministrativo.¹³

¹² Lo studio dei rimedi e degli incentivi è un capitolo fondamentale dell'analisi economica del diritto dei contratti cfr. R.COOPER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T.ULEN *Il mercato delle regole* Il Mulino, Bologna 1999.

¹³ In sede di diritto interno è tradizionale l'opinione che ad es. muove C. Stato, sez. V, 20-05-2002, n. 2717 Comuni d'Italia, 2002, 1018 (m) ad affermare che in sede di gara di appalto, le relative regole stabilite dal bando vincolano l'operato della p.a. per cui questa deve limitarsi alla loro applicazione senza che residui in capo all'organo competente alcun margine di discrezionalità nella loro interpretazione, specialmente quando il significato delle clausole è chiaro ed insuscettibile di diverse opzioni ermeneutiche e nella loro attuazione; tale orientamento è giustificato con riferimento sia alla tutela della par condicio dei concorrenti che sarebbe certamente pregiudicata ove si consentisse la successiva modifica delle regole di gara cristallizzate nella lex specialis sia al rispetto del *principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui la amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva*. Nel diritto comunitario è fondamentale il rinvio a Corte di Giustizia CE VI 27 febbraio 2003 , Santex spa c. Unità Sanitaria Locale di Pavia in www.lexitalia.it che svincola il giudice nazionale dal dovere di rispettare le caratteristiche della giurisdizione di annullamento una volta che si accerti che l'amministrazione aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da un atto di tale autorità.

Infatti nella dimensione comunitaria è forte l'anelito all'effettività della giustizia, ma l'effettività della giustizia si presenta come causa di riduzione della sfera pubblica, e ciò, sintomaticamente, si accompagna ad una ridimensionamento della tecnica di tutela mediante annullamento dell'atto a tutto vantaggio di altre tecniche di protezione dei privati, quali la disapplicazione ed il risarcimento.

La difesa delle caratteristiche tradizionali del Welfare State, che non smonti la costruzione di nuove forme dell'azione amministrativa e di nuove organizzazioni di partenariato pubblico-privato, si lega all'elaborazione di nuove compatibilità fra rimedi giustiziali, capaci di coniugare l'interesse pubblico e la difesa dell'interesse legittimo in forme inedite, attraverso nessi fra annullamento e risarcimento, come anche sagomando uno spazio nuovo per la disapplicazione dell'atto amministrativo.

La nuova giurisdizione del giudice amministrativo è il crogiolo di tali mutamenti.

IV. La nuova giurisdizione del giudice amministrativo

La nuova giurisdizione del giudice amministrativo – estesa a diritti ed incentrata sull'azione risarcitoria – si afferma a partire dalla seconda metà degli anni novanta (con le riforme Bassanini del 1998) e si consolida con la legge n. 205 del 2000.

Ad essa dà il contributo la decisione dei giudici ordinari di rompere il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo ossia della posizione giuridica soggettiva che fronteggia il potere amministrativo, dominante nel sistema per decenni.

Il processo segue la riforma dell'amministrazione e del procedimento amministrativo tanto che sarebbe difficile ed improprio non cogliere storicamente il nesso esistente fra i due fenomeni : innovazione delle forme dell'organizzazione e dell'attività dell'amministrazione (per aumentarne in definitiva la efficienza e l'apertura partecipativa), e riforma del processo.

Il giudice amministrativo nella partita cede anche qualcosa: in particolare perde la giurisdizione sul pubblico impiego fatto oggetto di trasformazioni che riportano il rapporto di pubblico impiego al contratto ed al diritto privato e, su spinta delle associazioni sindacali, impongono la giurisdizione del giudice ordinario, estesa al provvedimento di cui si conosce in via incidentale, al fine della sua disapplicazione nella fattispecie concretamente portata in giudizio.

Non c'è alcuno spazio , nella riforma , per un ripensamento in termini di sistema del riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, anche perché la esistenza di una pluralità di giurisdizioni, nella pur indubitabile presenza nell'ordinamento italiano del principio di unità della funzione giudiziaria, è oggetto di precise scelte dei costituenti (artt. 24, 100, 103 e 113 Cost.) che potrebbero essere oggetto solo di un procedimento di revisione costituzionale.

Così inevitabilmente la Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 204 del 2004 , con sentenza chiamata additiva nel nostro sistema di judicial review perché in grado di riscrivere un testo di legge imponendo le rime (che la Corte ritiene) obbligate in quanto imposte dal testo della Carta fondamentale , riconduce le scelte del legislatore della riforma del processo amministrativo al dettato costituzionale, imponendo una lettura della nozione di servizio

pubblico e dell'urbanistica – due delle materie affidate alla nuova giurisdizione del giudice amministrativo- capace di evitare che il giudice amministrativo si trasformi in giudice dell'amministrazione intesa in senso soggettivo e che il giudice speciale possa conoscere delle controversie anche quando la p.a. agisce ponendo in essere mere condotte , mentre la Carta lo vuole giudice naturale del potere pubblico.

Con ciò risulta in parte ridimensionata la lettura estensiva della giurisdizione esclusiva che il giudice amministrativo aveva operato all'indomani della riforma con la nota ordinanza n. 1/2000 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, imperniata sulla nozione francese di service public estremamente dilatata rispetto al corrispondente lemma italiano.

Il Consiglio di Stato francese esercita sempre sull'omologo istituto subalpino una certa influenza culturale ed una indubbia suggestione, ma la forza dell'amministrazione centrale francese non è paragonabile alla forza dell'amministrazione italiana.

I passi più recenti dell'evoluzione del sistema ruotano attorno alla nota questione dei rapporti fra azione di annullamento ed azione di risarcimento.

I giudici amministrativi ritengono che non possa azionarsi dai privati un rimedio risarcitorio senza che sia stato previamente impugnato il provvedimento amministrativo ritenuto ingiustamente dannoso nel termine di legge (sessanta giorni secondo la legge sui Tar).

I giudici ordinari, che regolano il riparto di giurisdizione con le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nel senso che decidono quale giudice alla fine deve trattare la controversia, ritengono l'azione risarcitoria autonoma.

In tempi ormai risalenti, perché in questa materia le novità incalzano magmaticamente, con la sentenza n. 1207/06 sembrava che il contrasto potesse comporsi in modo favorevole alla tesi dei giudici amministrativi, le Sezioni Unite della Cassazione, nell'affermare che le controversie sul danno da provvedimento appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo solo in caso di domanda risarcitoria proposta contestualmente all'azione di annullamento (e non in caso di autonomo giudizio dopo il giudicato di annullamento, da proporre al giudice ordinario), hanno escluso che possa essere proposta una azione risarcitoria avente a oggetto il pregiudizio derivante da un atto amministrativo definitivo per difetto di tempestiva impugnazione, essendo precluso al giudice il sindacato in via principale sull'atto o sul provvedimento amministrativo.

La Cassazione aveva, in sostanza, affermato che la domanda risarcitoria può essere proposta davanti al giudice amministrativo solo contestualmente all'azione di annullamento (e quindi avendo impugnato l'atto, fonte del danno, nel termine di decadenza) e che l'azione autonoma è proponibile davanti al giudice ordinario solo dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo, restando preclusa in ipotesi di omessa impugnazione.

Nel giugno del 2006 sopravviene un nuovo cambio di rotta delle Sezioni Unite, che, con le ordinanze n. 13659 e n. 13660/2006, che riconoscono la giurisdizione del giudice amministrativo sul danno da provvedimento, sia in caso di domanda risarcitoria proposta unitamente all'azione di annullamento sia in caso di domanda proposta in via autonoma, ma accompagnano tale statuizione con il (forse definitivo) abbandono della pregiudiziale.

Viene affermato che ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso (tesi definita “tutta amministrativa”), anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* amministrativa, tutta italiana. Secondo la Cassazione, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno, consente di riconoscere loro la portata d'avere dato al giudice amministrativo giurisdizione anche solo in rapporto alla tutela risarcitoria autonoma, senza la previa impugnazione del provvedimento fonte del danno.

Con la sentenza 23 dicembre 2008 n. 30254 la Cassazione ha affermato che :

1)La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo s'estende alle controversie contro atti e comportamenti che costituiscono esecuzione di precedenti manifestazioni in forma provvedimentoale di potere ablatorio in relazione allo stesso bene oggetto della domanda giurisdizionale. Conseguentemente appartiene alla giurisdizione ordinaria la domanda intesa alla restituzione d'un fondo occupato dopo che l'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità è scaduta, mentre rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le domande cui dà origine l'emissione di un decreto di espropriazione, pur esso sopravvenuto successivamente alla scadenza dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità, allorché l'occupazione e l'irreversibile trasformazione dei fondi si siano consumate prima.

2) La decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento, in quanto costituisce un rifiuto dell'esercizio della propria giurisdizione, è viziata ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione ex art. 362, co. 1 cod. proc. civ.

3) L'azione risarcitoria per danni da provvedimento illegittimo può essere esperita senza necessariamente richiedere l'annullamento dell'atto al giudice amministrativo.

Si tratta di un controversia sulle modalità di accesso alla giustizia, ed, in particolare, sulle modalità di esperimento dell'azione risarcitoria contro la pubblica amministrazione per l'adozione di atti illegittimi e dannosi per i privati.

Essa è trattata dai giudici come se ne dipendesse una controversia sulla forma dello Stato e non in modo pragmatico.

L'esigenza di certi filtri o di certe barriere di protezione può farsi valere in tanti modi non solo mediante il ricorso ad un termine decadenziale.

La crisi economica sta facendo risorgere dalle ceneri il ruolo dello Stato, per cui l'insistenza della Cassazione sul principio di responsabilità va letta serenamente come il frutto dell'evoluzione del sistema che sta transitando dalla classica azione di annullamento a nuove forme di tutela che non significheranno – a giudizio di chi scrive - la morte dello Stato di diritto amministrativo e del giudice amministrativo italiano ma solo la sua trasfigurazione da giudice solo della composizione a giudice (anche) della responsabilità.

Il giudice amministrativo potrà saggiamente condurre il processo verso l'azione risarcitoria mantenendo la centralità dell'azione di annullamento e valorizzando ad es. l'art. 1227 cod. civ.

Ciò non dovrebbe condurre ad un prevalere a tutti i costi della logica particolaristica di mercato sulla capacità della p.a. di tutelare e promuovere il pubblico interesse, perché se saltasse la caratteristica del nostro ordinamento incentrata sulla autotutela amministrativa, con conseguente paura di agire dei pubblici funzionari, esplosione micro corporativa dei conflitti e dilatazione della spesa pubblica da risarcimento, si manifesterebbero segni di regressione culturale verso una cultura mercatista.

A fronte di questo pericolo sarebbe saggio e coerente, piuttosto che il salto verso la giurisdizione unica (accompagnata dalle immunità originariamente regie spettanti all'amministrazione) che connota altri sistemi giuridici od un impossibile ritorno al passato della sola azione di annullamento, perseguire un compromesso fra efficienza e garanzia costruendo un'azione risarcitoria, nell'ordinamento giuridico generale, diretta contro la p.a. ed avente connotati di specialità (come un breve termine prescrizione).