

La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione *

DI REMO CAPONI

SOMMARIO: 1. *Codice o consolidazione?*; 2. *Idea di codice*; 3. *Rapporto amministrativo*; 4. *Forme di tutela nella VnGO*; 5. *Forme di tutela nel codice del processo amministrativo*; 6. *Silenziato sull'indipendenza del giudice amministrativo*; 7. *Rinvii esterni*; 8. *Annullamento dell'atto amministrativo e domanda risarcitoria*

1. – Si sono tradotte in realtà le ambizioni palesate nella qualificazione della riforma del processo amministrativo come «codice»? (1)

La domanda non riceve una risposta semplice. Le etichette non vincolano l'interprete, ma certamente con questo strumento legislativo si è offerto «finalmente anche agli operatori e agli utenti della giustizia amministrativa un quadro normativo omogeneo e, per quanto possibile, chiaro e definito, in un'ottica di maggiore garanzia di effettività della tutela delle posizioni soggettive sottoposte alla giurisdizione amministrativa» (2). Il «codice» fa progredire la certezza delle regole. Offre una sistemazione complessiva della materia, certo non priva di interventi innovativi, idonei a migliorare la disciplina attuale (3). Compie un'opera utile nei confronti degli avvocati, affrancandoli dalla frammentarietà della disciplina. Avvicinerà qualche giovane di valore allo studio del processo amministrativo.

In molti punti, la riforma appare tuttavia anche come un «riassunto delle precedenti puntate» legislative e giurisprudenziali: una consolidazione in senso tecnico, più che un codice. Uno strumento legislativo che non detta tanto un programma per il futuro, bensì, prevalentemente, un riassunto del passato (esemplare la formulazione testuale della norma sull'azione di annullamento: art. 29). Frequentemente, esso fa il punto della situazione, attraverso l'inserimento in un unico testo di disposizioni sparse in una pluralità di fonti.

In ogni caso, si tratta di vantaggi notevoli. Che si tratti di una tappa storica nell'evoluzione della giustizia amministrativa, dipende dal peso che si intende dare all'aggettivo «storico». Il giudizio è comunque prematuro, poiché occorre attendere la prova dei fatti. Di per sé un nuovo testo legislativo esaurisce la sua portata, in primo luogo, nello scrivere parole su un pezzo di carta. In secondo luogo, occorrono risorse umane e materiali in misura sufficiente ad applicare nel modo migliore la disciplina legislativa. Accanto al fattore legislativo e al fattore delle risorse, non si deve sottovalutare infine il terzo fattore, quello culturale. L'adeguatezza tecnica della disciplina legislativa serve a poco, se non è accompagnata dalla capacità e competenza professionale degli avvocati, dei magistrati, del personale ausiliario di interpretarla nel modo migliore. La congrua disponibilità di risorse serve a poco, se non è accompagnata dalla capacità e competenza professionale di organizzarne l'impiego in modo efficiente. La capacità di interpretare le norme e di organizzare le risorse nel modo migliore sono problemi culturali, alla cui soluzione cospirano essenzialmente la formazione, le esperienze, le qualità professionali (il conoscere, il saper fare, il saper essere) dei soggetti che a vario titolo, con la loro attività, incidono sulla gestione del servizio giustizia.

In definitiva il fattore culturale è quello più importante, poiché è l'unico dei tre fattori in grado di mettere adeguatamente a frutto i primi due. Sotto il profilo culturale, il presupposto fondamentale per far funzionare bene il «codice» del processo amministrativo non manca: la centralità del Consiglio

* In corso di pubblicazione su «Foro italiano», 2010, V.

(1) Così l'art. 1 d. lgs 2 luglio 2010, n. 104.

(2) Così, M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, in www.federalismi.it, editoriale del 14 luglio 2010.

(3) Così, A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in www.giustamm.it; ID., *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, in *Foro it.*, 2010, V.

di Stato e, in particolare, dell'adunanza plenaria, come guida della giurisprudenza amministrativa (cfr. art. 99) (4).

Nelle attuali condizioni storiche, la scelta non poteva essere diversa. Il conclamato ruolo incisivo che ha la prassi sul divenire dell'esperienza giuridica, la natura complessa del pensiero giuridico in cui «la dimensione speculativa si innesta sempre sulla capillare vita quotidiana» (5) ha reso inevitabile affidare al Consiglio di Stato, che tanta parte ha avuto nell'evoluzione della giustizia amministrativa in Italia, un ruolo propulsore nella riforma del processo amministrativo e nella successiva fase di attuazione.

2. – Io constato una certa discrepanza tra la qualificazione «codice» e la realtà dello strumento legislativo *de quo*, poiché sono animato da un'idea forte di codice, appresa dalla viva voce di Paolo Grossi nel corso delle sue lezioni universitarie fiorentine.

Il codice è un atto normativo proiettato verso il futuro, dominato dal proposito di realizzare un assetto normativo essenzialmente nuovo, sebbene memore della linea che viene dal passato, proteso ad offrire una cornice normativa funzionale alla concretizzazione di una immagine incisiva dell'uomo, delle relazioni sociali, della società intera.

Insomma, un codice deve risvegliare un poco l'immagine del *Code Napoléon*, recare dentro di sé una traccia, un'eco lontana di quell'impianto, di quello slancio, di quell'ambizioso progetto di disciplina della realtà sociale.

La vera sfida oggi è la stesura di un codice del diritto amministrativo sostanziale.

Forse come nessun'altra materia, il diritto amministrativo è attualmente gravido dei segni dell'avvenire che attende il mondo del diritto.

Il diritto amministrativo ha completato la costruzione della propria autonomia disciplinare successivamente al diritto processuale civile, all'ombra di quest'ultimo. Subito dopo aver dato la sua celebre definizione di atto amministrativo, Otto Mayer soggiunge: «il suo modello è la sentenza giurisdizionale» (6).

Nel corso del tempo il diritto amministrativo ha sopravanzato il diritto processuale civile nella percezione del nuovo, anche perché esso è maggiormente a contatto con la realtà sociale ed economica, un contatto non filtrato dalla necessità che ci si trovi dinanzi ad una controversia e da un approccio verso gli interessi individuali e collettivi coinvolti nell'amministrazione della giustizia civile, improntato a schemi dicotomici (primo fra tutti: pubblico/privato) (7).

3. - Un codice deve risvegliare un poco l'immagine del *Code Napoléon*: si pretende troppo da un testo di norme procedurali? Ma no: ad esempio, la *Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO* tedesca del 1960 merita certamente il nome di codice del processo amministrativo.

Lo merita con il suo raffinato profilo di tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Lo merita perché è fedelmente strumentale rispetto al diritto amministrativo sostanziale.

Il «codice» italiano del processo amministrativo non può competere con il codice tedesco.

Ad onor del vero, vola troppo alta la *Verwaltungsgerichtsordnung* tedesca non solo per il codice testé approvato, ma per qualsiasi altro codice del processo amministrativo che venisse mai approvato in Italia.

Dalla prospettiva italiana, il codice tedesco è una specie di miracolo. Esso pesca nel profondo di un'impostazione delle relazioni tra Stato e cittadino che, nell'esperienza tedesca, non ha mai

(4) Cfr. A. TRAVI, *Il codice del processo amministrativo. Presentazione*, cit.

(5) Così, P. GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, XXX (2001), 493 ss.

(6) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, ristampa della 3ª ed. del 1924, I, Berlin, 2004, 93.

(7) Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, supplemento al n. 3.

abbandonato i classici schemi del diritto soggettivo e del rapporto giuridico (8), come è accaduto invece nell'esperienza italiana a vantaggio dello schema del potere.

Il ruolo che l'esperienza tedesca affida tradizionalmente al concetto di rapporto amministrativo (come a quello di diritto soggettivo pubblico) è notevole. Esso trova l'affermazione legislativa più forte nel § 43 *VwGO*, che prevede nel suo primo comma: «attraverso azione si può chiedere l'accertamento della esistenza o della inesistenza di un rapporto giuridico o la nullità di un atto amministrativo, qualora l'attore abbia un giustificato interesse ad un pronto accertamento (azione di accertamento)» (9).

La disposizione rinviene il suo modello fondamentale nel § 256 *Zpo*, che prevede l'ammissibilità in via generale dell'azione di mero accertamento nel processo civile. Comune ad entrambe le norme è appunto il riferimento all'accertamento positivo o negativo di un rapporto giuridico (o anche di singoli e concreti diritti ed obblighi inseriti in un rapporto complesso).

Per l'ordinamento tedesco il rapporto amministrativo è ormai come l'aria che si respira, tanto che si può smettere di teorizzarne l'importanza: esso c'è, *sic et simpliciter*. In particolare, la prevalente dottrina tedesca individua la nozione di rapporto amministrativo in correlazione con la distinzione tra diritto pubblico e privato secondo la *Sonderrechtstheorie* (che ha preso il sopravvento sulla *Subordinationstheorie*): appartengono al diritto pubblico le prescrizioni giuridiche che, in ogni possibile ipotesi applicativa, attribuiscono diritti od obblighi ad un titolare di un pubblica potestà (10). Il rapporto amministrativo è quello che sorge in concreto dall'applicazione della norma di diritto pubblico, minimo tra due soggetti, uno dei quali è titolare di un potere amministrativo (11).

Il rapporto amministrativo c'è in un certo senso non come rapporto paritario, ma la posizione sovraordinata non è quella della pubblica amministrazione, bensì quella dei diritti fondamentali dell'individuo (art. 1 *GG*). Questo - e niente di meno - significa la qualificazione del diritto amministrativo come «diritto costituzionale concretizzato» (Fritz Werner 1959) (12): «i diritti fondamentali indicano all'amministrazione i limiti dei suoi poteri di intervento, indirizzano l'esercizio della discrezionalità e conformano fattispecie autorizzatorie. Essi creano obblighi di azione amministrativi e risolvono antinomie delle leggi ordinarie. Con i principi - discendenti dall'impianto dei diritti fondamentali - della proporzionalità, della parità di trattamento e della certezza il diritto risponde agli elementari bisogni di razionalità, rispetto e orientamento» (13).

In altri termini, nell'ordinamento tedesco la situazione giuridica soggettiva del privato non è una variabile dipendente dal provvedimento amministrativo, bensì il rispetto, la protezione della dignità dell'uomo e dei diritti fondamentali dell'individuo qualificano e ispirano l'esercizio del potere amministrativo, come di tutti gli altri poteri statali. E non si tratta di un'affermazione dottrinale: è il contenuto del primo articolo del *Grundgesetz*.

Per l'esperienza italiana, ove si eccettuino le avanguardie (14), si tratta ancora di un obiettivo difficile da conquistare. Per questo è opportuno teorizzare l'importanza del rapporto amministrativo, pur con la consapevolezza che le differenze giuridiche e fattuali tra l'ordinamento tedesco e

(8) Per l'argomentazione, v. R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 159.

(9) Cfr. R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ., Supplemento annuale di studi e ricerche*, 2008, 59.

(10) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Mit Verwaltungsprozessrecht*, 5a ed., München, 2007, 13.

(11) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Mit Verwaltungsprozessrecht*, cit., 136.

(12) Così E. SCHMIDT-ABMANN, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, a cura di W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Abmann, A. Voßkuhle, I, München, 2006, 241 ss., 243.

(13) Così E. SCHMIDT-ABMANN, *Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund*, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, I, cit., 241 ss., 248.

(14) Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»*, Milano, 2005; C. MARZUOLI, *Un diritto non amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2006, 133 ss.; M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. ammin.*, 2005, 55 ss.; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione - La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008; C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 33 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369.

l'ordinamento italiano sono notevoli e sotto gli occhi di tutti coloro che viaggiano tra i due paesi. Tali differenze probabilmente si acuiscono con il passar del tempo.

4. – L'elaborazione di un vero codice si carica sovente anche di elementi simbolici.

La previsione esplicita delle forme di tutela esperibili nei confronti della pubblica amministrazione, come nella *Verwaltungsgerichtsordnung*, condensa simbolicamente uno dei progressi centrali della storia della giustizia amministrativa nell'Europa continentale.

Oltre alla già ricordata azione di mero accertamento (§ 43 *VwGO*), il § 42 *VwGO* prevede che «attraverso azione giudiziaria si può richiedere l'annullamento di un atto amministrativo (azione di impugnazione) ovvero la condanna all'emanazione di un atto amministrativo rifiutato od omesso (azione di adempimento)./Salvo che la legge non disponga altrimenti, l'azione è ammissibile solo se l'attore fa valere di essere leso nei suoi diritti dall'atto amministrativo, dal rifiuto o dalla omissione di quest'ultimo». Non è sufficiente la mera affermazione, bensì occorre, in conformità con il generale onere di sostanziazione, che la violazione risulti possibile (15). L'azione di adempimento è ammissibile anche qualora l'attore non abbia la pretesa al rilascio di un atto amministrativo dal contenuto determinato, ma pretenda una decisione della pubblica amministrazione esente da vizi nell'esercizio della discrezionalità (*Ermessen*) o del margine di apprezzamento (*Beurteilungsspielraum*) (16).

La *Verwaltungsgerichtsordnung* non disciplina esplicitamente l'azione di condanna generale, che però è chiaramente presupposta dal § 43, 2° comma, *VwGO* («l'azione di accertamento non può essere esperita qualora l'attore può far valere i propri diritti attraverso un'azione costitutiva o un'azione di condanna»). Essa è ammissibile quando l'attore domanda lo svolgimento di un'attività che non consiste nel rilascio di un atto amministrativo (ad esempio, il rilascio o la rettifica di informazioni, il pagamento di somme di denaro).

Il termine «generale» marca la distinzione rispetto all'azione di adempimento, che è pure un'azione di condanna, ma «speciale», in quanto si indirizza al rilascio di un atto amministrativo (ad esempio, quando il pagamento di una somma di denaro non è stato ancora preceduto dall'emanazione dell'atto amministrativo che lo dispone, sarà ammissibile l'azione di adempimento, non l'azione di condanna) (17).

L'azione di condanna è ammissibile anche quando l'attore domanda un'astensione dall'emanazione di un atto amministrativo, di un regolamento, o dal compimento di un'attività, che la pubblica amministrazione minaccia di compiere in futuro.

Alla Corte di appello amministrativa è invece affidato il giudizio sulla validità dei regolamenti e degli statuti (§ 47, 1° comma *VwGO*). A cagione del suo carattere generale, l'azione di condanna può indirizzarsi anche all'emanazione o all'integrazione di un regolamento. Normalmente si tratterà di una pretesa a che l'amministrazione si attivi, solo in casi del tutto eccezionali la pretesa può aver ad oggetto l'emanazione di una norma giuridica di un contenuto determinato (18).

Una particolare forma di tutela è riconosciuta nell'ipotesi in cui l'atto amministrativo impugnato venga annullato d'ufficio dalla pubblica amministrazione nel corso del giudizio: su istanza dell'attore che vi abbia interesse il giudice amministrativo può comunque accertare che l'atto era illegittimo (§ 113, 1° comma, 4 *VwGO*).

5. – Potrei continuare il discorso svolto nel paragrafo precedente, ma non vorrei offrire un completo panorama delle forme di tutela nel codice del processo amministrativo tedesco, quanto vorrei tentare di restituire al lettore, in qualche modo, la stessa impressione che io ho avuto trascorrendo qualche ora insieme alla *Verwaltungsgerichtsordnung*. Cioè l'impressione di aver appreso molte cose in queste ore sulla giustizia amministrativa moderna.

Sotto questo profilo, la riforma del processo amministrativo italiano lascia un poco a desiderare. Se la previsione esplicita delle forme di tutela esperibili nei confronti della pubblica amministrazione

(15) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 501.

(16) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 513.

(17) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 516.

(18) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 558.

esprime uno dei progressi centrali della storia della giustizia amministrativa nell'Europa continentale, aver inserito un panorama completo delle forme di tutela nella bozza, ed averle poi ridimensionate nel testo definitivo, emette il segnale contrario: che si voglia antistoricamente frapporre un qualche ostacolo a questi progressi.

Beninteso: si tratta di un segnale equivoco, che si auspica rimanga privo di effetti pratici.

Così è per esempio per l'azione di mero accertamento, che è comparsa nella prima bozza e poi se n'è andata come una meteora, colpita a morte dalle stilette o sforbiciate dei gabinetti governativi attraversati dalla bozza. Lo studioso del processo è tuttora molto affezionato all'azione di mero accertamento: in fondo è una delle pietre angolari su cui si è costruita l'autonomia disciplinare della materia. Per questo motivo, merita un giudizio negativo la scomparsa dell'azione di mero accertamento dal testo definitivo del codice.

Pertanto, nulla di drammatico dal punto di vista pratico. L'azione di mero accertamento, già affermata in giurisprudenza (19), continuerà a sopravvivere, potendo agevolmente essere ricostruita dalle pieghe dell'ordito normativo. Del resto, lo stesso codice di procedura civile italiano non contiene una norma generale sull'ammissibilità dell'azione di mero accertamento, ma nessuno la mette in dubbio ormai.

Dovrebbe accadere così anche nel processo amministrativo, se il principio di pienezza e di effettività della tutela enunciato dall'art. 1 del codice non verrà inteso come un *flatus vocis*. Il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale rappresenta la massima espressione della strumentalità nei confronti del diritto sostanziale. Quest'ultimo detta la conformazione delle forme di tutela, delle azioni esperibili. L'interesse del cittadino ad una forma di tutela dovrebbe rendere ammissibile la tutela stessa nei limiti della strumentalità fra diritto sostanziale e processo, salvo il divieto dell'abuso del processo (20).

Lo stesso discorso merita la scomparsa della previsione esplicita dell'azione di adempimento nel tragitto tra la bozza e la versione definitiva. Si è osservato da più parti che in realtà l'azione di adempimento sopravvive come variante specifica dell'azione di condanna (art. 30) (21).

Va bene, ma allora a che cosa serve scrivere un codice, se non soprattutto per risolvere questi problemi di quadro generale?

6. - Ulteriore segnale leggermente imbarazzante rispetto alla *Verwaltungsgerichtsordnung* tedesca: il § 1 *VwGO* tedesca esordisce con la previsione che «la giurisdizione amministrativa è esercitata da giudici indipendenti, separati dalla pubblica amministrazione», mentre sull'indipendenza del giudice amministrativo vi è un assordante silenzio nel codice italiano.

Si può replicare che la previsione di indipendenza è scontata ed è comunque contenuta nella Costituzione.

La replica non convince: un codice del processo amministrativo non può omettere, per il suo valore simbolico, una previsione che costituisce l'epilogo di uno sviluppo cardinale della storia della giustizia amministrativa nell'Europa continentale.

7. - Dal punto di vista dello studioso del processo civile, significato centrale dovrebbe assumere il rinvio «esterno» contenuto nell'art. 39: «per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

Si tratta di una norma imperfetta per la previsione, frutto di un evidente *lapsus calami*, che le disposizioni del codice di procedura civile espressione di principi generali dovrebbero applicarsi anche se incompatibili. Qualche perplessità terminologica desta anche l'impiego dell'espressione principi «general».

(19) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717.

(20) Perifrasi del principio 0.6 del progetto di nuovo codice di procedura civile, elaborato da Andrea Proto Pisani, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.

(21) Così M. A. SANDULLI, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un codice*, cit.; A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, cit.

Non esiste in realtà un processo in sé, che non sia cioè un processo civile, penale, amministrativo, tributario, costituzionale, ecc. Non esiste un contraddittorio in sé, che non si articoli all'interno di uno dei tipi di processo ricordati e quindi non assuma profilo e contenuto concreti dalla disciplina di quel processo.

Non ha molto senso l'elaborazione dei principi generali del processo, a prescindere dal loro impiego in un processo di un determinato tipo. Non esistono principi generali del processo, intesi come principi – tradizionalmente affidati all'elaborazione dello studioso del processo civile - di cui si possa individuare un autonomo modo di essere, a prescindere da un processo di un certo tipo: civile, penale, amministrativo, costituzionale.

Esistono invece principi comuni a diversi tipi di processo. Primo fra tutti evidentemente troviamo il principio del contraddittorio. Principi comuni, nel senso che si rinvencono in tutti i tipi di processo, ma non principi generali, nel senso che abbiano un contenuto perfettamente isolabile rispetto al tipo di processo in cui sono inseriti (22).

È facile prevedere tuttavia che la più incisiva fonte di integrazione della disciplina del processo amministrativo sarà il diritto europeo, richiamato all'art. 1 del codice.

8. – Lo spazio ristretto assegnato a questo contributo impedisce di far seguire, alla precedente parte generale, una serie di appunti settoriali, rivolti alla miriade di aspetti interessanti dalla prospettiva dello studioso del processo civile.

Merita un'eccezione la nuova disciplina dei rapporti tra annullamento dell'atto amministrativo e domanda risarcitoria: «la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti» (art. 30, 3° comma).

A parte la previsione del termine di decadenza, la nuova norma reca traccia della disciplina del § 839, comma III *Bgb* tedesco (*Haftung bei Amtspflichtverletzung*), in cui si prevede che l'obbligo di risarcimento del danno non sorge se il soggetto leso ha ommesso dolosamente o colposamente di evitare il danno attraverso la proposizione di un mezzo di impugnazione. Può essere interessante pertanto aiutare la prassi interpretativa con la sintetica indicazione degli orientamenti interpretativi della disposizione tedesca.

Ai fini dell'esclusione del diritto al risarcimento del danno, l'interpretazione vivente del § 839, comma III *Bgb* non attribuisce rilevanza *sic et simpliciter* alla mancata proposizione dell'azione giurisdizionale di annullamento dell'atto amministrativo. In primo luogo, entro la nozione di mezzo di impugnazione non rientra solo l'azione giurisdizionale, ma rientrano anche l'opposizione in via gerarchica e rimedi di carattere meno formale, come reclami e richieste di rettifica. Al fine di rimuovere il fatto impeditivo del diritto al risarcimento del danno è sufficiente proporre uno fra questi rimedi, purché adeguato (23). In secondo luogo, la proposizione del rimedio deve essere esigibile in concreto: ad esempio una recente pronuncia della Corte suprema tedesca ha negato l'esigibilità in un caso di *mobbing* verticale, poiché la proposizione del rimedio avrebbe condotto ad peggioramento della situazione (24). Infine, la mancata proposizione del mezzo di impugnazione deve stare in rapporto di causalità con il verificarsi del danno (25). Ci troviamo pertanto agli antipodi di una automatica «pregiudiziale» amministrativa.

(22) Sul punto si rinvia a D. DALFINO, *Il codice del processo amministrativo: disposizioni di rinvio e principi generali*, in *Foro it.*, 2010, V.

(23) Cfr. S. DETTERBECK, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., 358.

(24) Cfr. BGH, in *NJW*, 2002, 3172, 3174.

(25) Nella valutazione del rapporto di causalità non è rilevante solo come l'ufficio o il giudice avrebbe dovuto decidere sulla base della situazione normativa, ma anche come l'ufficio o il giudice avrebbe deciso in concreto. Cfr. BGH, in *NJW*, 2003, 1313.

