

Sulle modalità di risarcimento per lesioni di situazioni giuridicamente rilevanti in conseguenza dell'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa: il previo esperimento pregiudiziale dell'azione di annullamento.

Autore: Ronconi Sara

In: Diritto amministrativo

INDICE:

Premessa: la rilevanza meramente interna alla giurisdizione amministrativa della discutenda pregiudizialità necessaria tra azioni di previo annullamento e risarcimento ex l. 205/2000 e situazione legislativa previgente (art. 7, c.3, 1. TAR (originaria formulazione) ed art. 13, 1. 142/1992.

Rilievi critici sulla indirettamente positivizzata pregiudizialità amministrativa.

- Argomentazioni suffraganti l'autonomia tra azioni di annullamento e risarcitoria: la sent. Cass., S.D., 500/1999. In dottrina: Caringella, Caronte, Cerulli Irelli.

- Argomentazioni contra l'autonomia tra azione di annullamento ed azione risarcitoria. In giurisprudenza: le sentt. Cass., S.D., 3338/2002; Cass. n. 4538/2003; dec. Dec. Cons. St., Ad. Plen., 4/2003.

In dottrina: Caianello, Cintioli.

- La terza strada: la sufficienza del rispetto dei termini decadenziali di impugnazione propedeutica per l'ammissibilità della domanda risarcitoria.

In ordine storico, la necessità della preventiva audizione del G.A. nella sua "esclusiva" funzione declarante l'illegittimità dell'atto amministrativo, era indirettamente codificata ex artt. 7, c.3, l. TAR (originaria formulazione) e 13 l.142/1992 in materia di appalti, dalla positiva preclusione del G.A. di conoscere, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva (art. 103 Cost.), e disporre dei "diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittimità", deferendo il relativo, condizionato, soddisfacimento alla giurisdizione ordinaria.

Sotto il profilo sostanziale, la "granitica" posizione della giurisprudenza di legittimità ne traeva conferma (e sostegno) dall'ancoraggio, della negata (formalmente) risarcibilità degli interessi legittimi, alla necessità del quomodo giuridico-formale della situazione lesa ex art. 2043 c.c., in termini di diritto soggettivo (in origine solo assoluto), per soddisfare l'aggettivazione di "ingiusto" in riferimento al danno (sub specie contra ius). In tale ottica, la pronuncia di annullamento dell'atto illegittimo e lesivo di interessi legittimi oppositivi, era prodromica alla riemersione, soddisfattiva della tradizionale lettura dell'art. 2043 c.c., della situazione di diritto soggettivo originaria o sorta (diritti fievoli ab origine) per effetto di un provvedimento amministrativo, dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo caducatorio della riemergenda situazione di diritto soggettivo. Determinativo, pertanto, dell'andamento della responsabilità aquiliana della P.A. era il non così forte (1), ancoraggio ad una vetusta concezione, priva di supporto normativo, subordinante la sua sussistenza alla riemersione di situazioni formalmente di diritto soggettivo, che rivelava, oltre a crescenti debolezze, la sua nocività per la conseguente gravosità del procedimento di tutela del privato, vanificandone l'effettività (art. 24 Cost.) (termini brevi di decadenza di impugnazione del provvedimento lesivo; suscettività di 5 gradi di giudizio con considerevoli lungaggini temporali, dinnanzi a due ordini giurisdizionali diversi con aggravii di spese e rischi) e prospettando l'incremento di potenziale contraddittorietà di giudicati.

Il d. lgs. 80/1998 ha poi "sol" esteso (arg. ex sent. C.Cost. 292/00) alla giurisdizione

del G.A., nelle materie di giurisdizione esclusiva ex artt. 33 e 34, "le controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali ivi compreso il risarcimento dei danni" (l. delega 59/1997, art.11), conferendo al medesimo ordine giurisdizionale la suscettività di assicurare una tutela di legittimità e risarcitoria (tutela piena), residuando la giurisdizione ordinaria per i diritti patrimoniali consequenziali extra ambito materiale di cui agli artt. 33 e 34. "...l'ambito della sua giurisdizione" di cui al novellato art. 7, c. 3, l. TAR (1.205/2000), ha poi conferito giurisdizione piena al G.A. per i danni provocati da atto amministrativo illegittimo. La questione della pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella risarcitoria pertanto è meramente interna alla giurisdizione amministrativa. Le argomentazioni suffraganti l'autonomia delle due azioni sono, convincentemente o meno sul piano logico (2) ma

di indubbia capacità rinnovativa, contemplate nella sent. 500/1999, elidente in radice il presupposto, ex concezione tradizionale, della necessaria lesività di una situazione di diritto soggettivo necessariamente riemergibile con la pronuncia di annullamento. La sentenza riconosce nella lesione di qualunque

situazione, purché giuridicamente rilevante, la soddisfazione, almeno potenziale, del presupposto dell'ingiustizia del danno, e rimette al giudice (anche ordinario) incidentalmente (3) l'accertamento, propedeutico per definire il fatto come illecito, dell' illegittimità del provvedimento amministrativo.

Dalla sent. 500/1999 emerge, dunque, la plausibilità, efficacemente dimostrata, dell'autonomia di una tutela risarcitoria non più ancorata all'atteggiarsi giuridico- formale della situazione lesa a diritto soggettivo. Rilevo inoltre che il preventivo esperimento di un' azione demolitoria dell'atto contra ius, finalizzata all'accertamento

dell'illegittimità dell'atto, ha in nuce il rischio di riferire, nell'ottica risarcitoria ex art. 2043 c.c. dei suoi elementi essenziali, l'ingiustizia alla antiggiuridicità della condotta lesiva (illegittimo esercizio dell'attività amministrativa), piuttosto che al danno (4).

La questione pregiudiziale può essere poi letta in chiave privatistica rilevando le analogie col regime di annullabilità del contratto, qual regime generale della invalidità amministrativa (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere). La dissociabilità tra rimedio caducatorio e risarcitorio è paventabile ex art. 1440 c.c., laddove consente anche al contraente che non abbia richiesto l'annullamento del contratto stipulato a quelle condizioni per solo effetto del dolo del danneggiante, di adire il giudice civile per ottenere la tutela risarcitoria (5). Parallelamente anche nel

contenzioso amministrativo, la conservazione dell'atto lesivo può non precludere la tutela risarcitoria. Si pensi al mantenimento, per comprovate ragioni di interesse pubblico alla celere conclusione dei lavori, di un contratto d'appalto già in corso d'esecuzione stipulato a seguito di una procedura illegittima, ed alla ammessa tutela risarcitoria a favore dell'impresa esclusa dall'aggiudicazione (Cons. St., 666/2003).

Il principale argomento suffragante la necessità preventiva del vittorioso esperimento dell'azione di annullamento, parte dalla ratio sottesa alle previsioni di brevi termini decadenziali ed all'assenza in capo al G.A. del potere di disapplicazione dell' atto illegittimo, ravvisabile nell' esigenza di garanzia tempestiva della certezza giuridica dell'assetto definito dal provvedimento illegittimo. La mancata impugnazione e la successiva richiesta di tutela risarcitoria per i danni sofferti e sofferendi dall' emanazione di atto illegittimo, si risolverebbero in un aggiramento e vanificazione di quell'esigenza, alla stregua della quale l'assenza in capo al G.A. del potere di disapplicazione dell'atto illegittimo, assume valenza sostanziale (Cons. S1. 3338/2002) (6) (7).

Se il riconoscimento di un potere disapplicandi del G.A. inficia, negandola, la fondamentale esigenza di certezza giuridica, l'assenza di siffatto potere importa la necessità di una definizione del carattere illegittimo del provvedimento, prodromico ad una pronuncia di condanna risarcitoria (Arg. Ex sentt. Cons. St., Ad. Plen., nn. 4/2003 e 3338/2002). In fin dei conti, qual contraddittoria situazione si determinerebbe se il G.A. pervenisse all'accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto a soli fini risarcitori, ed il concreto, attuale, assetto d'interessi scaturente dal provvedimento fonte di danni permanenti? E soprattutto quale sarebbe a tale stregua, l'opzione della P .A. tra tenere in vita siffatto atto e rimuoverlo

con evidente aggiramento dei termini impugnatori e vanificazione, unilateralmente, delle pretese di terzi beneficiari dell' atto, incidenter tantum, illegittimo? (Arg. Ex sentt. 4/2003, 3338/2002, 4538/2003).

La sostenuta preclusione di un accertamento incidentale dell'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie ex art. 2043 c.c., nel giudizio risarcitorio, sancisce pertanto il pregiudiziale esperimento dell'azione di annullamento nei termini decadenziali, a pena di rigetto della domanda risarcitoria per carenza di "illiceità" della condotta. Se però la domanda risarcitoria è subordinata, in ultimis, al rispetto delle esigenze di certezza del diritto, ratio sottesa alla prescrizione dei termini decadenziali, si può affermare che può bastare il loro mero rispetto per adire la tutela risarcitoria senza "attesa" della previa pronuncia di annullamento o di esecuzione del giudicato amministrativo.

A contrario, parte della dottrina sostiene l' estraneità concettuale tra rispetto dei termini decadenziali a presidio della certezza dell'assetto d'interessi fissato dal provvedimento ed accertamento incidentale dell'illegittimità a soli fini risarcitori, non inficiante l'intangibilità della fattispecie provvedimentale.

In secondo luogo, condiviso il carattere assorbente del riconoscimento al G.A. di un potere di annullamento rispetto ad un mero potere di disapplicazione, laddove il primo non sia esperito, alcuna espressa disposizione normativa vieta a questi di conoscere dell'illegittimità incidenter tantum. Inoltre, come sopra rilevato, la regola della pregiudizialità amministrativa è di dubbia costituzionalità (artt. 24, 111, II c., 113, I c., Cost.) (8).

In un siffatto, già confuso, quadro ricostruttivo del rapporto tra azioni di annullamento e risarcimento, sono intervenute l'ordinanza Cass., n. 1207/2006 e la dec. Cons. St., Ad. Plen., n. 2/2006. Della prima rileva la subordinazione all'iniziativa del ricorrente addirittura della attribuzione giurisdizionale dell'azione risarcitoria e della "connessione legale", radicandosi in capo al G.A. se proposta contestualmente all'azione di annullamento, altrimenti, se esperita successivamente al vittorioso esperimento dell'azione di annullamento, in capo al G.O., al quale riconosce un potere di accertamento incidentale e disapplicazione dell'atto illegittimo, se pregiudiziale ai fini risarcitori, alla stregua di un inedito criterio di riparto giurisdizionale ispirato ad un petitum "temporale" secondo una distorta lettura del 111 c., art. 71. TAR (come novellato dalla L. 205/2000) ed art. 35, I c., d.lgs. 80/1998.

Della citata ordinanza sorprendono, in primis, il riferimento quasi scontato alla lesione del "diritto soggettivo dedotto in giudizio", a dispregio della innovazione apportata sul punto dalla sent. Cass. 500/1999, in secundis, la vetusta, e si sperava superata, concezione della giurisdizione amministrativa come giurisdizione sulla legittimità formale degli atti e provvedimenti amministrativi, anziché sull' an del provvedimento, fondamento giustificativo del concreto esercizio del potere amministrativo.

La pronuncia esclude dalla giurisdizione ordinaria la tutela risarcitoria nel caso di provvedimento lesivo divenuto definitivo per mancata impugnazione nei termini decadenziali, riflettente la preclusione del potere di sindacare la sua legittimità. La sentenza esclude altresì dalla giurisdizione amministrativa la tutela risarcitoria, deferendola, contra legem, all' A.G.O., in caso di annullamento, revoca o rimozione dell'atto illegittimo. Il criterio pertanto, tanto semplicistico quanto pretestuosamente risolutivo, si basa sulla mera presenza o meno dell'atto amministrativo. Nulla quaestio in tale ultimo caso della questione della "connessione legale" tra tutela demolitoria e risarcitoria.

L'inedito criterio di un riparto giurisdizionale fondato non già sull'oggetto del petitum, ma sul quando della domanda, è all'evidenza di dubbia legittimità costituzionale (artt. 25, I c. e 111, I c., Cost.).

La sentenza della Cassazione, dall' alto della sua autorità qual supremo giudice della

giurisdizione, oltre a non apportare alcun interessante spunto, sembra inficiare, in un già confuso panorama giurisprudenziale, anche quelle poche certezze rappresentate dal dato positivo, suscettivo di interpretazione, ma non già di stravolgimento (artt. 7, L. 205/2000 e 35. d.lgs. 80/1998) fino al punto di negare tout court, o di subordinare

a, mai osati prima, criteri temporali e personali, la concentrazione delle due azioni in capo al medesimo ordine giurisdizionale.

A tutta risposta, la dec. 02/2006 del Cons. St. in Ad. Plen., dopo un breve excursus ricostruttivo della tesi della Cassazione, procede sfaldandone gli elementi fondanti. Sostiene, in primis, l'opportunità di concentrare entrambe le azioni dinnanzi al medesimo ordine giurisdizionale (amministrativo) competente a conoscere del quomodo di esercizio del potere amministrativo che l'esame della "colpa", quale elemento psicologico essenziale ex art. 2043 demandato all' A.G.O. in un procedimento civile per danni, potrebbe risolversi in un'illecita invadenza (9). La dec. Cons. St., fondandola su base normativa a risposta della corrispondente carenza dell'ordinanza Cass. 1207/2006, sostiene la giurisdizione amministrativa per controversie che hanno per oggetto, nelle materie di giurisdizione esclusiva ex art. 34 d. lgs 80/1998, diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di illegittima ed ex art. 7 ". .nell' ambito della sua giurisdizione" di legittimità, sia scaturenti da atti illegittimi che da comportamenti illeciti, per i quali ultimi sembra prospettare la necessità di una pregiudiziale, ma non rispondente all'interesse del danneggiato, declaratoria di illegittimità dell'atto, quale esercizio di potere, dal quale scaturiscono.

(1) Argomentazioni ex sent. Cass. 500/1999 ove rilevano gli (già) evoluti processi di trasfigurazioni di svariate situazioni giuridicamente rilevanti, in diritti soggettivi, in ossequio formale al presupposto tradizionale fondante la responsabilità extracontrattuale della P .A..

(2) F.G. Scoca "Risarcibilità e interessi legittimi" in Dir. Pubblico.2000, pp.13 55..

(3) Contra: Cass. 4538/2003.

(4) In multis, Cass.,S.U.,15712003. Contra: Trimarchi, Rlecito (dir. Privato), in Enciclopedia dir.,XX, pp.90 ss..

(5) Cass. 921/1980.

(6) L'argomento ha in particolare rilievo per coloro che, beneficiari del provvedimento illegittimo, non abbiano partecipato al giudizio risarcitorio, ammettendo a contrario uno ius disapplicandi in capo al G.A., con grave lesione del principio del contraddittorio (art. 111 Cost.).

(7) La pregiudizialità cade, per in suscettività di annullamento, di fronte a esercizio comportamentale (e non provvedimentale) dell' attività amministrativa.

(8) Tra le argomentazioni demolienti la regola della pregiudizialità amministrativa non ho riportato la pretesa applicazione, più volte smentita dalla giurisprudenza civile (Cass. 5995/1988), dell'art. 1227, II c., c.c., che precluderebbe al danneggiato l'ottenimento della tutela risarcitoria (ridotta nel quantum) per quei danni che avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, appunto la tempestiva impugnazione dell'atto illegittimo.

(9) Dec. Cons. St. 1207/2006 che richiama Ad. Plen. n.10/2004.

<https://www.diritto.it/sulle-modalita-di-risarcimento-per-lesioni-di-situazioni-giuridicamente-rilevanti-in-conseguenza-dell-esercizio-illegittimo-dell-attivita-amministrativa-il-previo-esperimento-pregiudiziale-dell-azion/>