

Risarcimento del danno da provvedimenti inoppugnati: profili sostanziali e processuali

Autore: Augusto di Cagno

In: Diritto amministrativo

“L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma”. Così dispone l'art. 30, comma 1, c.p.a., nel sancire il principio di autonomia dell'azione risarcitoria dall'azione di annullamento. Autonomia delle due forme di tutela, risarcitoria e impugnatoria, come si dirà “temperata”, che opera sia nei casi di giurisdizione esclusiva sia nei casi previsti dall'art. 30, comma 3, ossia le ipotesi di domanda di risarcimento del danno per lesione di interesse legittimo. La disposizione in parola è l'esito di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale tra i sostenitori della tesi della c.d. pregiudiziale amministrativa e i fautori dell'opposta concezione della c.d. autonomia delle tutele. Secondo lo schema della pregiudizialità amministrativa l'azione di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo può essere esperita solo successivamente o contestualmente alla proposizione dell'azione di impugnazione del provvedimento stesso. In questa logica, la domanda di annullamento dell'atto illegittimo rappresenta una condizione processuale che il danneggiato ha l'onere di esperire, pena l'inammissibilità della correlata azione risarcitoria. Contrariamente a questo modello, nello schema dell'autonomia delle due tutele il danneggiato può esperire l'azione di risarcimento del danno indipendentemente dalla domanda demolitoria, senza rischiare di incorrere nell'inammissibilità dell'azione risarcitoria.

La scelta dell'una o dell'altra opzione non è priva di conseguenze significative per le parti. È evidente, infatti, la diversità dei termini cui sono assoggettate le azioni di risarcimento e di annullamento. L'azione di annullamento è proponibile entro un termine breve e decadenziale quale quello ordinario di sessanta giorni previsto dall'art. 29, c.p.a., diversamente dall'azione di risarcimento del danno che, normalmente, è soggetta al termine prescrizione più lungo di cinque o dieci anni, a seconda della natura, aquiliana o da inadempimento, della responsabilità. Ciò premesso, è evidente il senso del dibattito sulla pregiudizialità che aveva preceduto il Codice del processo amministrativo. La tesi che sostiene l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione impugnatoria espone il soggetto pubblico al rischio di subire, per un tempo

più lungo quale quello prescrizione, le pretese risarcitorie del privato danneggiato da un provvedimento illegittimo. Diversamente la tesi della pregiudizialità ha l'evidente merito di garantire certezza alle situazioni soggettive di diritto pubblico, imponendo al privato danneggiato di far valere la propria pretesa risarcitoria contestualmente all'azione impugnatoria entro il rispettivo termine decadenziale breve. È evidente, tuttavia, che nello schema della pregiudizialità amministrativa il singolo che voglia ottenere il risarcimento del danno da provvedimento illegittimo si trova costretto ad assolvere un'onere, quale l'impugnazione del provvedimento, anche quando non un abbia concreto interesse alla caducazione dell'atto, e ciò soltanto perchè ricorra una condizione processuale imposta a pena di inammissibilità della domanda risarcitoria. Evidenziata la portata degli opposti orientamenti, è possibile ricostruire le diverse ragioni sottese alle due impostazioni teoriche.

Il primo argomento a sostegno della tesi della pregiudizialità si fonda sul rischio di elusione del termine decadenziale imposto per l'annullamento dell'atto amministrativo; mediante una domanda risarcitoria proposta in via autonoma, infatti, si rischia di compromettere l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico. Si consente, infatti, al privato, che assuma di aver subito un danno dal provvedimento illegittimo, di far valere l'illegittimità dell'atto anche a notevole distanza di tempo dalla scadenza del termine decadenziale per l'annullamento di sessanta giorni. La tesi della pregiudizialità, inoltre, evidenzia che al giudice amministrativo la cognizione della legittimità dell'atto amministrativo è attribuita esclusivamente in via principale, non essendo ammessa un accertamento incidenter tantum della legittimità del provvedimento nell'ambito di un giudizio risarcitorio. Diversamente opinando, secondo la tesi della pregiudizialità, si attribuirebbe al G.A. un potere di disapplicazione inammissibile fuori delle ipotesi previste dall'ordinamento, come nel caso di regolamenti illegittimi. A ciò si aggiunge, inoltre, che il carattere sussidiario dell'azione risarcitoria non consente di sottrarre la stessa al termine decadenziale cui è soggetta l'azione impugnatoria. Nel solco della teoria della pregiudizialità non manca, poi, chi fa leva sull'aggravio e sull'imprevedibilità dei costi che la P.a. si troverebbe ad affrontare in vista di un'azione risarcitoria proposta a distanza di anni dall'emanazione del provvedimento. Infine, un ultimo argomento sviluppato a sostegno dell'opzione della pregiudizialità è quello che evidenzia la "dequotazione" del carattere oggettivo del giudizio amministrativo.

Alla tesi esposta sono state mosse numerose critiche che hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza ad aderire al diverso orientamento, oggi codificato nell'art. 30, c.p.a., della autonomia dell'azione risarcitoria

da quella impugnatoria. Si è sostenuto, infatti, che la possibilità di esperire in via autonoma un'azione di risarcimento per il danno cagionato da provvedimento illegittimo non incide sulla regolazione degli interessi delle parti determinata dall'atto illegittimo. È stata, oltretutto, criticata la tesi che paventava un rischio di attribuzione al G.A. di un inammissibile potere di disapplicazione dell'atto illegittimo. Al riguardo, infatti, si è evidenziata la diversità tra le due operazioni logiche poste in essere dal G.A. quando chiamato a disapplicare un atto e quando, viceversa, deve conoscere incidenter tantum la legittimità dello stesso ai fini di pronuncia risarcitoria. In quest'ultimo caso, infatti, l'illegittimità dell'atto, lungi dal determinare la disapplicazione tamquam non esset del provvedimento, è l'elemento decisivo posto alla base della pronuncia giudiziale di condanna al risarcimento del danno. La tesi dell'autonomia delle tutele, inoltre, fa leva su una disposizione quale l'art. 2377, c.c., che assoggetta al termine decadenziale la domanda risarcitoria del danno da deliberazione assembleare annullabile; tale previsione dimostra, dunque, l'eccezionalità dei termini decadenziali quando riguardanti la tutela risarcitoria.

La tesi della pregiudizialità amministrativa, già prima del Codice del processo amministrativo, era stata negata dalla nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 1999. Tale pronuncia metteva in luce la diversità di oggetto nonché di logica tra le due diverse forme di tutela, impugnatoria e risarcitoria. In particolare, quanto all'ambito dei rispettivi giudizi, si osservava che nel giudizio risarcitorio l'illegittimità dell'atto è soltanto uno degli elementi che il giudice è chiamato a valutare ai fini di una condanna di responsabilità ex art. 2043, c.c. A tal fine, come evidenziavano le Sezioni Unite, rileva l'elemento psicologico del danneggiante nonché la circostanza che il danno può essere determinato anche da condotte successive o antecedenti il provvedimento illegittimo. Le Sezioni Unite, oltretutto, mettevano in luce la diversità di logica, oggettiva e soggettiva, rispettivamente sottese alla tutela impugnatoria e a quella risarcitoria.

La tesi dell'autonomia delle due tutele è stata, poi, sostenuta dalle pronunce della Cassazione, prima con le ordinanze nn. 13659 e 13660 del 2006, e dalle Sezioni Unite con la pronuncia n. 30254 del 2008. Il Supremo Consesso di legittimità concludeva nel senso che spetta alla giurisdizione del G.A. la cognizione su una domanda risarcitoria c.d. "pura", proposta in via autonoma dall'azione di risarcimento del danno; l'omessa pronuncia da parte del G.a. su tale domanda configura un vizio inerente la giurisdizione come tale deducibile con ricorso "straordinario" per Cassazione, ex art. 111, ultimo comma, Cost. La soluzione della Cassazione, ispirata a una logica di pienezza ed effettività della tutela dinanzi al G.A., contrastava

con l'opposto orientamento del Consiglio di Stato; si ricorda, infatti, che l'Adunanza Plenaria nelle note pronunce n. 4 del 2003 e n. 12 del 2007 aderiva alla tesi della pregiudizialità. Al riguardo una parte della giurisprudenza amministrativa, tornata a pronunciarsi sulla questione della pregiudizialità, nel 2009 sosteneva che una domanda risarcitoria proposta a fronte di un provvedimento illegittimo non impugnato tempestivamente, pur potendosi considerare ammissibile, fosse, tuttavia, infondata nel merito. In particolare, si evidenziava che la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo come regola del caso concreto che autorizza il prodursi di effetti per i consociati; pertanto, così argomentando, si escludeva che il danno arrecato da tale provvedimento inoppugnato potesse essere considerato ingiusto, così come non potrebbe considerarsi ingiusta la condotta dell'amministrazione esecutiva del provvedimento in parola.

Tra le due tesi estreme, si colloca una tesi intermedia che sottolinea l'autonomia processuale, ma non sostanziale, delle due tutele. Questa tesi della c.d. autonomia "temperata" delle azioni, risarcitoria e impugnatoria, è quella codificata nell'art. 30, c.p.a. Tale norma è confermata dall'art. 7, c.p.a. nonché dai successivi commi 2 e 3, art. 34, c.p.a. L'art. 7, comma 4, c.p.a., prevede che nell'ambito della giurisdizione amministrativa generale di legittimità siano ricomprese le controversie relative al risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi "pure se introdotte in via autonoma". L'art. 34, comma 2, nel sancire il divieto generale per il G.A. di pronunciarsi sulla legittimità dell'atto amministrativo non impugnato, ammette come eccezione l'ipotesi della domanda risarcitoria esperita, ai sensi del comma 3, art. 30, c.p.a., anche in via autonoma. Nello stesso senso il comma 3, art. 34, c.p.a., prevede che in caso di improcedibilità del giudizio di annullamento per sopravvenuto difetto di interesse, il giudice possa ugualmente conoscere incidenter, senza effetto di giudicato, la legittimità dell'atto che rilevi ai fini della pronuncia risarcitoria.

Come si è già detto l'autonomia dell'azione risarcitoria di cui all'art. 30, c.p.a., è, tuttavia, "temperata". Al riguardo occorre premettere che alla base di tale autonomia non assoluta, vi sono due esigenze che, d'altro canto, gli stessi fautori della tesi dell'autonomia contrapposta alla pregiudizialità hanno evidenziato. In primo luogo, infatti, è evidente che la P.a. si troverebbe esposta a una pretesa risarcitoria per un tempo eccessivamente lungo ove fosse possibile esperire domanda di condanna indipendentemente dall'impugnazione dell'atto. A questo rischio si aggiunge la circostanza che il privato negligenemente o, addirittura, maliziosamente ometta di impugnare l'atto e proponga domanda risarcitoria anche a notevole

distanza di tempo dalla scadenza del termine di decadenza di sessanta giorni. Non è esclusa, infatti, l'ipotesi di una condotta opportunistica del singolo che, al fine di lucrare un maggior risarcimento, lasci volontariamente trascorrere del tempo prima di far valere la pretesa risarcitoria.

Ciò premesso, è evidente che l'art. 30, comma 3, c.p.a. sia frutto di un compromesso volto a soddisfare le suesposte esigenze. Da un lato, infatti, il Codice del processo amministrativo assoggetta l'azione di risarcimento a un termine decadenziale di centoventi giorni che decorrono diversamente a seconda del "giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno derivi direttamente da questo". All'esigenza di evitare condotte negligenti o opportunistiche del privato, il comma 3, art. 30, c.p.a., ha stabilito che "nel determinare il risarcimento del danno 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".

Il comma 3, dunque, mostra di accogliere la tesi intermedia summenzionata che attribuisce una rilevanza sostanziale, anche se non processuale, alla pregiudizialità. La proposizione dell'azione di annullamento non è più condizione di ammissibilità dell'azione risarcitoria ma rileva, comunque, con riferimento alla fondatezza della pretesa risarcitoria. Al riguardo è intervenuta la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011 che ha chiarito che l'art. 30, comma 3, c.p.a., è norma ricognitiva di una regola iuris ricavabile dal sistema, in particolare dall'art. 1227, c.c., già prima dell'entrata in vigore del C.p.a., e, come tale, pertanto, risulta applicabile anche alle vicende in corso alla data del 16 settembre 2010. La regola prevista dal comma 3, art. 30, c.p.a., è confermata da altre disposizioni quali l'art. 124, comma 2, c.p. e l'art. 243-bis, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006. Il richiamo è, quindi, alle norme del Codice Civile, in particolare i commi 1 e 2 dell'art. 1227, c.c., che offrono delle regole applicabili in tema di causalità. Dall'art. 1227, comma 1, c.c., si ricava che nell'ambito della c.d. causalità materiale, ossia il rapporto tra fatto illecito e danno evento, è esclusa l'imputabilità del risarcimento del danno causato in parte dallo stesso danneggiato (c.d. concorso colposo del danneggiato). Il comma 2, art. 1227, c.c., nell'ambito della c.d. causalità giuridica, ossia rapporto tra danno evento e conseguenze dannose, regola i criteri di determinazione del danno conseguenza, escludendo il risarcimento del danno che il creditore avrebbe potuto evitare se avesse rispettato il dovere di correttezza. Stando alla ricostruzione operata dall'Adunanza Plenaria l'art. 1227, c.c., cui rinvia l'art. 30, comma 3, c.p.a., è espressione di un più

generale dovere di correttezza del creditore-danneggiato, in ossequio ai canoni generali di buona fede oggettiva (ex art. 1175 e 1375, c.c.) e solidarietà sociale ex art. 2, Cost., in forza del quale il danneggiato ha una serie di obblighi negativi e positivi; in particolare il danneggiato deve evitare comportamenti che aggravino l'entità del danno e deve impegnarsi per evitare o quanto meno ridurre le conseguenze dannose. Il limite a tali obblighi di condotta è il c.d. apprezzabile sacrificio. Ove si accerti che l'azione imposta secondo correttezza al danneggiato, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, se posta in essere avrebbe evitato, secondo un giudizio di probabilità relativa, il danno da provvedimento illegittimo, il giudice escluderà in tutto o in parte il risarcimento del danno. Il problema, sul quale si pronuncia l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, riguarda il significato dell'espressione del comma 3, art. 30, c.p.a., che si riferisce agli "strumenti di tutela previsti".

Ci si è chiesti se nell'ambito degli strumenti di tutela che possono evitare o, quanto meno, ridurre il danno, rientri l'azione di impugnazione. Al riguardo una prima tesi ha negato che il giudice possa applicare lo schema dell'art. 1227, c.c., anche al caso in cui il singolo non abbia proposto azione di annullamento. La tesi in questione fa leva su due argomenti; in primo luogo si evidenzia che la ratio dell'art. 30, c.p.a. è quella di sancire l'autonomia della tutela risarcitoria rispetto a quella impugnatoria, al fine di assicurare pienezza ed effettività alla tutela dell'interesse legittimo. L'autonomia dell'azione di risarcimento, pur formalmente riconosciuta, sarebbe di fatto frustrata da una previsione che escludesse i danni evitabili con azione di annullamento. Inoltre, la tesi in menzione, evidenzia che dal tenore letterale del comma 3, art. 30, c.p.a. non si ricava affatto che tra gli altri "strumenti di tutela previsti" sia ricompresa l'azione impugnatoria, e che, al contrario, proprio l'espressione "anche attraverso..." esprimerebbe il carattere non ineluttabile del mancato esperimento degli strumenti di tutela. Si fa leva, inoltre, sul principio di insindacabilità delle azioni giudiziarie del singolo dal quale non si può esigere un'azione giudiziale in ragione dei costi, tempi e rischi, normalmente insiti in un processo. Di contrario avviso è, tuttavia, l'Adunanza Plenaria n. 3 del 2011. Tale pronuncia chiarisce il principio di autonomia temperata dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento, in linea con gli orientamenti della CGUE. L'azione di risarcimento, infatti, mostra tutta la sua debolezza quando proposta in via autonoma, atteso che nel risarcimento del danno il giudice, nella logica dell'art. 1227, c.c., può escludere quei danni che una tempestiva azione caducatoria avrebbe evitato. L'Adunanza Plenaria, inoltre, sottolinea che unico limite di tale impostazione è il sacrificio apprezzabile, ossia la condotta che non potrebbe esigersi dal creditore secondo buona fede. Al riguardo per esempio si ricorda che il danneggiato da provvedimento

illegittimo potrebbe non aver più interesse all'impugnazione dell'atto, vuoi perchè questo interesse non vi sia ab origine, vuoi perchè venga meno successivamente ovvero non possa essere adeguatamente soddisfatto. Altresì l'annullamento sarebbe inutile ove riguardasse un provvedimento immediatamente eseguito dall'amministrazione con effetti irreversibili. In tutti questi casi è evidente che non si possa esigere dal privato l'esperimento dell'azione di annullamento del provvedimento illegittimo e dannoso. L'Adunanza Plenaria aggiunge che tra gli strumenti di tutela che il danneggiato è tenuto ad esperire secondo la diligenza di cui al comma 3, art. 30, c.p.a., rientrano rimedi quali i ricorsi gerarchici e le istanza di modifica o revoca dell'atto in autotutela.

Il carattere temperato dell'autonomia dell'azione di condanna al risarcimento è evidente, inoltre, nella previsione di un termine decadenziale breve entro cui esperire la tutela risarcitoria. In particolare, il comma 3, art. 30, c.p.a. prevede il termine di centoventi giorni che decorrono, con evidente sincronia con l'azione di annullamento, dalla "conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo". Il successivo comma 5 prevede, invece, che, ove sia stata proposta azione di annullamento, l'azione risarcitoria resti proponibile, anche oltre il termine di cui al comma 3,

nel corso del giudizio impugnatorio, con motivi aggiunti, e, comunque, sino a centoventi giorni dal giudicato di annullamento. Riguardo all'introduzione di un termine decadenziale breve, non manca chi vi ha visto una reintroduzione de facto della pregiudizialità amministrativa. Sono stati, inoltre, sollevati dubbi di legittimità costituzionale sul punto. Secondo una tesi la previsione del comma 3, art. 30 c.p.a., sarebbe perfettamente compatibile con il dettato costituzionale, avendo il legislatore piena discrezionalità nel fissare i termini decadenziali. Diverso orientamento della giurisprudenza, che ha portato a sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte Costuzionale, sostiene l'illegittimità dell'art. 30, c.p.a.; tale norma, nell'assoggettare la domanda di risarcimento a un così breve termine decadenziale, rischia di frustrare la finalità perseguita dal Legislatore nel sancire l'autonomia delle tutele, risarcitoria e impugnatoria, ovvero quell'esigenza di assicurare pienezza ed effettività alla tutela dell'interesse legittimo leso da provvedimento illegittimo. Sul tema i dubbi manifestati riguardano, inoltre, la diversità strutturale e funzionale dei termini decadenziali e prescrizionali; di conseguenza, si è detto che l'azione di risarcimento si mostra suscettibile di ricadere soltanto nell'ambito di un termine prescrizionale più lungo.

Altro tema è quello riguardante l'applicabilità retroattiva del termine decadenziale anche ai fatti illeciti anteriori all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. Sul punto, di recente l'Adunanza

Plenaria si è pronunciata con la sentenza n. 6 del 2015 nel senso di escludere l'applicazione retroattiva del termine di cui al comma 3, art. 30, c.p.a. Si è sottolineato che il termine in parola non ha una natura schiettamente processuale, ma piuttosto costituisce una fattispecie mista, un istituto sostanziale a rilevanza processuale che, alla luce della regola ex art. 11, preleggi, si applica ai solo fatti posteriori all'entrata in vigore della nuova normativa. Si è evidenziato, oltretutto, che, diversamente opinando, si rischia di esporre il singolo a una decadenza di creazione pretoria, con pregiudizio irragionevole e imprevedibile delle aspettative e del legittimo affidamento del privato. La soluzione adottata dall'Adunanza Plenaria, oltretutto, si mostra in linea con l'orientamento avallato dalla Corte Costituzionale nella recente pronuncia n. 57 del 2015.

<https://www.diritto.it/risarcimento-del-danno-da-provvedimenti-inoppugnati-profilo-sostanziali-e-processuali/>