

Autotutela e risarcimento del danno: la nebbia è ancora densa

DI FRANCESCO CARINGELLA E MASSIMO RAGAZZO

■ Sono note le interferenze tra il regime dell'autotutela e il tema del risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi. Al centro del dibattito vi è in particolare, la questione dell'operatività della pregiudizialità nel caso in cui sia richiesto il risarcimento del danno derivante da un provvedimento già ritirato in via di autotutela.

In particolare, si devono indagare le conseguenze che discendono in punto di risarcimento del danno e di giurisdizione, se l'amministrazione elimini in sede di autotutela il provvedimento impugnato in sede giurisdizionale, prima ovvero in pendenza del giudizio amministrativo di annullamento.

In specie, occorre domandarsi se, ove il provvedimento sia annullato in sede di autotutela dalla stessa P.A., resti ferma la necessità della previa impugnazione ai fini del risarcimento del danno, o se invece in tal caso venga meno la regola della pregiudizialità. Potrebbe dirsi, infatti, che l'eliminazione del provvedimento da parte dell'amministrazione renda superflua la previa impugnazione e che dunque l'esercizio dell'autotutela consente di richiedere il risarcimento del danno derivante dal provvedimento anche ove l'interessato non abbia provveduto ad impugnarlo nei termini di decadenza. Il problema si pone tanto nell'ipotesi in cui l'autotutela sia esercitata prima del giudizio, quanto in pendenza dello stesso, nel qual caso si pone altresì la questione relativa alla procedibilità del ricorso.

Ebbene, se la regola della pregiudizialità tra annullamento e risarcimento è posta a salvaguardia del termine di decadenza e del principio di stabilità dei provvedimenti amministrativi, non se ne vedrebbe più il senso ove la stessa P.A. abbia eliminato il provvedimento, prima o durante il giudizio, con una determinazione spontanea di autotutela.

Ad ogni buon conto, secondo la tesi prevalente, l'esercizio dell'autotutela fa venir meno il rapporto di pregiudizialità, quanto meno nell'ipotesi di ritiro *ex tunc*, ma lo stesso potrebbe dirsi per il ritiro *ex nunc*. Ciò equivale a dire che, ove l'amministrazione ritiri il provvedimento amministrativo quando già sia decorso il termine di impugnazione, il privato è rimesso in termini ai fini del risarcimento del danno: egli potrà dunque proporre l'azione risarcitoria che altrimenti sarebbe stata inammissibile, non essendosi impugnato nei termini il provvedimento lesivo.

Non si possono tacere tuttavia le perplessità suscitate

dall'impostazione sopra riferita: in effetti, è quantomeno discutibile che il difetto di una condizione originaria di carattere processuale, relativa all'ammissibilità dell'azione risarcitoria, possa essere sanata per effetto di un fatto sopravvenuto alla verifica della causa di inammissibilità.

■ Del tema si è occupato T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, con sentenza n. 10256 del 15 luglio 2004. La controversia riguardava, in particolare, un dipendente regionale che aveva visto la propria amministrazione annullare in autotutela una graduatoria che lo aveva discriminato e, quindi, riconoscere una funzione dirigenziale dapprima ingiustamente negatagli. Il dipendente, dopo la respicenza della Regione, ne ha chiesto la condanna al risarcimento del danno morale e materiale sofferto a causa dell'iniziale erronea collocazione in graduatoria, da liquidarsi in misura pari all'indennità dirigenziale non percepita per il quadriennio di temporanea efficacia della delibera poi ritirata. Quel che rende il caso di particolare interesse, sta nel fatto che l'azione risarcitoria abbia trovato la sua premessa nell'atto di autotutela, a seguito del quale, secondo il T.A.R., non sarebbe rimasto altro che una lesione ingiusta alla sfera giuridica dell'interessato. Il problema di ordine generale che la sentenza pone è infatti il seguente: se l'annullamento d'ufficio di un atto ormai inoppugnabile consenta l'esercizio dell'azione risarcitoria, dalla quale il ricorrente, stando alla tesi della c.d. pregiudizialità, sarebbe ormai decaduto.

Il T.A.R. ha espressamente affermato che il provvedimento amministrativo non era stato impugnato dal ricorrente, che era dunque divenuto inoppugnabile e che solo grazie ad un sopravvenuto atto di autotutela si poteva aprire la strada per l'azione risarcitoria.

■ In senso critico la dottrina (Cintioli, *Diritto e formazione*, n. 1/2005) ha rimarcato che a seguito dell'accoglimento di detto principio probabilmente, l'amministrazione si guarderà bene dall'agire in autotutela nei confronti di atti inoppugnabili. Se lo facesse, si esporrebbe ad un'azione di danni altrimenti inammissibile. O meglio, inammissibile se il postulato della pregiudizialità fosse esatto. Ma non dimentichiamo che, se pure non lo fosse, dovremmo pur sempre poter applicare (come sostengono tutti i critici della pregiudizialità stessa) l'art. 1227 c.c., ai fini di una drastica riduzione dei danni.

Osserva testualmente l'A.: "La sostanza dunque non cambierebbe di molto: se l'amministrazione ritira l'atto in autotutela, presta il fianco ad una pretesa di danni altrimenti evitabile. È, questo, un risultato accettabile? Non avevamo, in fondo, sperato che proprio la proiezione risarcitoria del processo amministrativo potesse favorire un utilizzo dinamico e più frequente di un istituto come l'autotutela, il quale, riaprendo il dialogo col cittadino, è uno dei cardini di una amministrazione che sia, nel contempo, *buona e di risultato*? Forse, questi spunti possono essere l'indice di un vizio sistematico di ben altra portata, di una asimmetria che discende come inevitabile dall'applicazione di alcune premesse logiche. Forse, queste stesse premesse dovrebbero esser ripensate, ma non è certo questa la sede più opportuna. Molto dipende dal tipo di fondamento che si dà alla pregiudizialità. Supponiamo (è una ipotesi) che esso stia, in verità, nel termine di decadenza che la legge impone di rispettare quando il cittadino intenda contestare la legittimità di un provvedimento dell'amministrazione. E pensiamo, ancora, che questo termine e il connesso regime dell'impugnabilità siano giustificabili per una *ratio* che guarda alla certezza e stabilità dei rapporti che fanno capo all'amministrazione.

È noto che i fautori della reciproca autonomia tra azioni di annullamento e di risarcimento hanno negato che il decorso del termine di decadenza sia di ostacolo all'esperimento della seconda azione. Costoro hanno rilevato, in particolare, che l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici non sarebbe scalfita da tale autonomia, perché l'atto resterebbe efficace e continuerebbe a regolare il rapporto giuridico con gli amministrati. L'azione di risarcimento opererebbe, per così dire, *a latere*, riequilibrando i rapporti patrimoniali tra amministrazione e danneggiato. Questa tesi assume, insomma, che la stabilità del provvedimento sia sufficiente a garantire la certezza dei rapporti e, più in generale, il nucleo di interessi protetto dal termine di decadenza.

Però, la certezza del diritto non va vista solo dal lato degli amministrati ma anche da quello dell'amministrazione. La norma sulla decadenza, a mio avviso, protegge anche l'interesse dell'amministrazione a conoscere entro un termine ragionevolmente breve se le proprie determinazioni, suscettibili di regolare in via unilaterale un certo rapporto, siano poste in discussione davanti al giudice. Tale interesse non è scalfito solo dall'esito processuale demolitorio o conformativo, ma anche da quello patrimoniale-risarcitorio. È in gioco la protezione dell'interesse dell'amministrazione alla programmazione della propria attività; ciò che richiede il vaglio preventivo o comunque tempestivo del costo economico delle proprie scelte. L'amministrazione, del resto, su questo terreno può persino rischiare di più con un'azione risarcitoria che con l'azione di annullamento. Che l'amministrazione abbia l'esigenza di programmare le scelte, di gestirle in modo efficace e di confidare sull'assetto giuridico ed economico che si consolida dopo l'infruttuosa

decorrenza del termine di decadenza, è pacifico in un sistema quale è quello odierno. Basterebbe ricordare gli effetti del policentrismo ed il principio di autonomia finanziaria per gli enti territoriali. E vi sarebbero, in verità, anche altri argomenti, di natura sistematica e comparatistica (...).

Ebbene, se fosse vero che l'azione di risarcimento del danno, al pari di quella di annullamento, dev'esser promossa entro il termine di decadenza (perché si vuol assicurare all'amministrazione di sapere, con certezza, che oltre questo *spatium temporis* la sua scelta rimarrà stabile), quali conseguenze avremmo nel caso deciso dal T.A.R. Campania? Forse, potremmo arrivare a sostenere che col decorso infruttuoso del termine di decadenza non solo l'atto è divenuto inoppugnabile, ma che si è anche estinta l'azione di risarcimento del danno. E che essa non possa tornare in auge per via di un successivo atto di autotutela. Per questa affermazione è pronta una obiezione: nessuna norma prevede per l'azione di risarcimento del danno un termine di decadenza in luogo di quello di prescrizione, diversamente da quanto accade in altri casi (v., ad esempio, l'art. 2377 comma 6, c.c.). Sicché la disciplina vigente sarebbe sempre quella ordinaria sulla prescrizione, desumibile dal combinato disposto degli artt. 2043 e 2936 c.c., ai quali il T.A.R. aggiunge l'art. 152 c.p.c. (ma la decadenza di cui parliamo provoca sicuramente anche un effetto sostanziale: v. Tedeschi, *Decadenza (ad vocem)*, in *Enc. Dir.* e persino l'art. 24 Cost.. L'argomento non mi sembra, però, risolutivo. *In primis*, il richiamo all'art. 24 Cost. è certamente esorbitante: il diritto di difesa non è un valore assoluto, incomprimibile e mai compatibile con termini di decadenza, altrimenti l'art. 2377 c.c., e molti altri con esso, dovrebbe dirsi incostituzionale. Sul piano testuale, poi, potrebbe essere vera la reciproca: la legge stabilisce che il ricorso al giudice amministrativo contro provvedimenti autoritativi va proposto nel termine di decadenza e stabilisce, con questo, una regola generale, che non conosce deroghe all'interno di tale disciplina processuale; la stessa legge aggiunge che il giudice provvede anche a risarcire il danno ingiusto. Se si convenisse, sul piano della topografia normativa, che il luogo della disciplina è quello del processo amministrativo, potremmo trarne una regola di diritto positivo univoca, la quale, in siffatto contesto, deroga al combinato disposto degli artt. 2043 e 2936 c.c.. Ciò può sostenersi soprattutto se teniamo conto del fatto che l'azione risarcitoria, secondo la Corte costituzionale, è solo un *ulteriore* rimedio di tutela dell'interesse legittimo. Non mi sembra, in verità, un'interpretazione impossibile, specie se si considera che giocano a suo favore anche il canone sistematico e quello di tipo comparatistico.

Se così fosse (ma ne parlo in termini nettamente dubitativi) ne seguirebbe che: il decorso del termine di decadenza ha provocato, sul piano sostanziale, l'estinzione della pretesa e, con essa, una paralisi processuale che riguarda tutti i possibili rimedi a sua tutela (quello demo-

litorio-conformativo come quello risarcitorio); la successiva autotutela non rimuove tale effetto estintivo”.

■ La posizione del T.A.R. Campania è stata sconfessata dalla decisione di appello n. 4008/2005 resa dalla IV sezione del Consiglio di Stato. Il Collegio ha rivisitato le coordinate del tema alla luce della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale.

Da detta sentenza emerge infatti, a dire dei Giudici di Palazzo Spada, un inquadramento sistematico della giurisdizione amministrativa che non può non aver inciso profondamente anche sulla visione di aspetti da essa non direttamente toccati, quali quelli relativi alla tutela risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo, di cui viene comunque ribadita l'appartenenza alla cognizione del giudice amministrativo.

Nel giudizio della Corte il risarcimento del danno costituisce soltanto “uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione ...”. Si tratta quindi di un potere che si affianca a quello d'annullamento, e pertanto presuppone che la giurisdizione sia fondata sul presupposto che la posizione soggettiva azionata sia, pur sempre, di interesse legittimo.

E la giurisdizione del giudice amministrativo che dev'essere presupposta è quella generale di legittimità sulla quale si radica anche l'eventuale risarcimento del danno che ne consegue.

Nel pensiero della Corte il potere risarcitorio “... affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost. ...” ed è fondato sulla *ratio* di evitare “le lungaggini connesse alla necessità di percorrere il c.d. doppio giudizio per ottenere la piena soddisfazione delle posizioni soggettive lese”; di evitare in sostanza che l'interessato per ottenere il risarcimento del danno debba aggiungere ai gradi della giurisdizione amministrativa anche gradi della giurisdizione ordinaria.

Il potere risarcitorio del giudice amministrativo “nell'ambito della sua giurisdizione”, sia essa generale od esclusiva, può pertanto, riguardare soltanto i “diritti patrimoniali consequenziali”.

Né sembra ipotizzabile la consequenzialità rispetto all'illegittimità del provvedimento incidentalmente valutata dal giudice amministrativo adito direttamente con domanda puramente risarcitoria.

La nozione di “diritto patrimoniale consequenziale” si riferisce, ontologicamente, all'annullamento dell'atto o del provvedimento amministrativo (Cons. Stato, Ad Plen., 26 marzo 2003, n. 4).

Le tesi della consequenzialità come accertamento incidentale dell'illegittimità da parte del giudice amministrativo contrasta invero, con il principio processuale secondo cui per ravvisare un interesse legittimo non è di certo sufficiente che nell'ambito delle questioni da esaminare da parte del giudice vi sia, anche incidentalmente, quella della legittimità di un atto, essendo inve-

ce necessario che il privato impugni direttamente il provvedimento autoritativo con cui la pubblica amministrazione ha sacrificato la sua posizione soggettiva prospettabile come interesse legittimo.

Né per separare il potere di annullamento del giudice amministrativo dal potere di “disporre” il risarcimento del danno, gioverebbe qualificare quest'ultimo come strumento di tutela “conformativa” ulteriore rispetto a quella demolitoria riconosciutagli dall'ordinamento, posto che quello conformativo altro non è che un effetto della tutela demolitoria affidata al giudice quando il provvedimento impugnato sia emesso dalla pubblica amministrazione.

Quindi il risarcimento del danno è strumento di “completamento” della tutela che è consentito al giudice concedere, in via principale, mediante l'annullamento.

E poiché l'interesse legittimo deve essere l'oggetto immediato ed effettivo del processo, il solo collegamento indiretto del danno con il provvedimento amministrativo non giustifica la giurisdizione amministrativa nella controversia risarcitoria; altrimenti non si potrebbe nemmeno parlare di lesione dell'interesse legittimo che processualmente non c'è.

E la legittimità del provvedimento amministrativo è questione da esaminare non solo per la tutela dell'interesse legittimo ma anche dell'interesse sostanziale al bene della vita (diritto al compenso per l'attività lavorativa, esercizio dell'attività economica, autonomia negoziale, diritti di libertà) la cui ingiusta lesione determina la responsabilità della pubblica amministrazione ex art. 28 Cost..

Discende dalle considerazioni che precedono che il potere del giudice amministrativo di “disporre” il risarcimento del danno, è nell'attuale ordinamento, secondo la lettura offerta dalla Corte costituzionale (n. 204/2004), rigorosamente circoscritto alla sola ipotesi del previo annullamento dell'atto amministrativo, giacché la *ratio* della sua attribuzione, essendo fondata sull'art. 24 Cost. è quella di evitare a chi ha ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'atto amministrativo di percorrere tutti i gradi della giustizia ordinaria per ottenere la piena soddisfazione delle posizioni soggettive lese.

Il che esclude che tale potere possa essere esercitato in caso di illegittimità dell'atto incidentalmente valutata ovvero ritenuta dalla stessa amministrazione in sede di ricorso amministrativo, salva ovviamente l'ipotesi del ricorso straordinario, o di annullamento in autotutela, venendo meno in tal caso l'essenziale condizione della consequenzialità del diritto patrimoniale al risarcimento del danno, ovvero la *ratio* di evitare che si aggiungano i gradi della giurisdizione ordinaria a quelli della giurisdizione amministrativa, nei predetti casi, invero, assenti.

■ Passando al connesso problema relativo alla giurisdizione sul risarcimento nei casi in cui il provvedimento lesivo sia stato ritirato dall'amministrazione in sede di autotutela, ci si limiterà a dei brevi cenni. Il problema è

se la questione relativa al risarcimento del danno provocato da un provvedimento già eliminato dall'amministrazione (di cui, dunque, l'interessato non chiede l'annullamento) sia di competenza del giudice amministrativo, in quanto questione consequenziale ai sensi dell'art. 7 della legge T.A.R., come modificato dall'art. 7 della legge 205 del 2000, oppure se sia devoluta al giudice ordinario in quanto controversia meramente patrimoniale, del tutto autonoma da qualsiasi valutazione relativa alla legittimità del provvedimento.

Al riguardo occorre ricordare il problema interpretativo creato dalla norma citata. Alcuni hanno ritenuto che la giurisdizione del giudice amministrativo in materia risarcitoria si radichi soltanto nel caso in cui oggetto del giudizio sia il provvedimento amministrativo illegittimo i cui effetti abbiano cagionato un danno ingiusto a carico del destinatario, permanendo la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi in cui si verta in tema di risarcimento sganciato dall'annullamento dell'atto amministrativo. Invero, a parte il dato letterale, la dottrina ha osservato che l'intenzione del legislatore è nel senso di concentrare la tutela nelle mani di un solo giudice, per cui può dirsi che la norma è finalizzata ad attribuire al G.A. l'intero universo di controversie risarcitorie legate agli atti ed ai comportamenti lesivi della posizione di interesse legittimo. Nell'ottica della concentrazione, la nozione di consequenzialità perde il connotato dogmatico di danno scaturente dal necessario annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo per acquistare il significato di pregiudizio conseguente ad un provvedimento lesivo di una situazione di interesse legittimo.

Ove si acceda all'opzione interpretativa - invero minoritaria in dottrina - per cui il legislatore, con il disposto di cui al citato art. 7, avrebbe inteso devolvere al giudice amministrativo non già l'intera gamma delle questioni risarcitorie ma soltanto quelle connesse alla domanda di annullamento, si dovrebbe concludere che, almeno quando l'eliminazione intervenga prima del ricorso, la giurisdizione dovrebbe radicarsi in capo al giudice ordinario. Di conseguenza, così opinando, l'azione risarcitoria legata all'azione di annullamento andrebbe proposta davanti al G.A., mentre l'azione risarcitoria che segue ad un provvedimento già annullato o revocato in sede di autotutela spetterebbe al giudice ordinario.

Se invece si accede all'opposta tesi, secondo cui la giurisdizione risarcitoria del giudice amministrativo si estende a tutte le lesioni di una posizione di interesse legittimo, a prescindere dalla connessione con l'annullamento di un atto, allora deve concludersi che spettano al giudice amministrativo pure le controversie relative al risarcimento del danno derivante da un provvedimento annullato in sede di autotutela.

A margine di queste brevi considerazioni si può solo accennare che la soluzione favorevole dalla giurisdizione ordinaria è stata patrocinata, abbastanza sorprendentemente, da Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2006, n. 1207, a

cui dire sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando non viene in contestazione il legittimo esercizio dell'attività amministrativa ed in particolare quando l'atto amministrativo è stato annullato o revocato dall'amministrazione nell'esercizio del suo potere di autotutela, ovvero è stato rimosso a seguito di pronuncia definitiva del giudice amministrativo, ovvero ancora ha esaurito i suoi effetti per il decorso del termine di efficacia ad esso assegnato dalla legge "(principio affermato con riferimento ad una controversia in cui il proprietario aveva reclamato innanzi al giudice amministrativo il risarcimento dei danni conseguenti alla demolizione di un immobile per effetto della costruzione di un'opera pubblica realizzata nell'ambito di un procedimento ablatorio nel quale, in un precedente giudizio, il G.A. aveva dichiarato l'illegittimità della dichiarazione di pubblica utilità)".

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 9 febbraio 2006, n. 2, leggendo le indicazioni della Consulta con risultati ermeneutici differenti da quelli raggiunti dalle Sezioni Unite con la citata sentenza n. 1207/2006, ha affermato che "sussiste la giurisdizione del Giudice Amministrativo su di una domanda di risarcimento dei danni proposta in via autonoma dopo l'annullamento di provvedimenti amministrativi, che li hanno causati. La scelta di un momento successivo, per prospettare la domanda consequenziale di risarcimento del danno, infatti, non giustifica una diversa competenza giurisdizionale, né sul piano testuale (giacché l'art. 7 novellato della l. 6 dicembre 1971, n. 1034 e l'art. 34, comma 1, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 non introducono una prescrizione di contestualità fra sindacato di legittimità e cognizione degli effetti di ordine patrimoniale), né sul piano logico-sistematico (perché si mostra inaccettabile, in via di principio, una tesi che lasci al ricorrente la scelta del giudice competente, proponendo insieme o distintamente le due domande, senza che mutino i presupposti di fatto e di diritto sui quali si fondano)".

È abbastanza evidente la diversità di indirizzo, con un *vulnus* alla certezza del diritto. La Corte di Cassazione, seguendo un'impostazione censurabile, sembra, infatti, voler determinare la giurisdizione sulla base di un dato contingente e rimesso alla volontà del ricorrente e cioè la proposizione congiunta o separata delle azioni demolitoria e risarcitoria. In tal modo, sembra che sia stato reintrodotta il criterio del riparto basato sul *petitum*, mentre la giurisdizione, come ormai universalmente acquisito, dovrebbe essere determinata in base alla *causa petendi* ed in modo che tale che di una data controversia possa occuparsi uno ed un solo giudice.