Il tormentato rapporto tra l'azione di annullamento e la pretesa risarcitoria (nota a T.A.R. Veneto, Sez. I^, 9 febbraio 2018, sent. n. 143)*

Con la sentenza n. 143 del 2018 il TAR Veneto si è pronunciato sulla domanda risarcitoria avanzata dalla Società Agostini & Partners S.r.l. contro l'Università degli Studi di Padova. La società ricorrente agiva per ottenere il risarcimento del danno in quanto, nella vigenza del contratto di appalto per l'esecuzione di servizi di trasporto, movimentazioni e facchinaggio in favore dell'Università, quest'ultima assegnava per ingenti importi, tramite trattativa privata e senza svolgimento della gara pubblica, a ditte terze l'esecuzione dello stesso servizio già affidato alla Agostini & Partners. La società ricorrente faceva valere la pretesa risarcitoria del danno per perdita di chance, nella misura del 10% dei pagamenti effettuati dall'Università in favore delle ditte terze beneficiarie, dinanzi al Tribunale civile di Padova il quale però rilevò d'ufficio il difetto di giurisdizione essendo una causa attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133 c.p.a., in quanto relativa ad una asserita violazione della disciplina dell'evidenza pubblica. Riassunta la causa dinanzi al T.A.R. Veneto, il Collegio ha ritenuto il ricorso infondato avendo la Agostini & Partners, presunta danneggiata, esercitato in maniera autonoma l'azione di risarcimento senza aver dimostrato in giudizio la ragionevolezza del mancato esperimento preventivo dell'azione di annullamento o di altri strumenti di tutela potenzialmente idonei ad evitare il danno subito.

Al fine di analizzare la decisione del Collegio occorre richiamare il vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale relativo alla cosiddetta pregiudizialità amministrativa sorto a seguito della nota sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 che ha riconosciuto, per la prima volta nel nostro ordinamento, la risarcibilità del danno per lesioni di interesse legittimo essendo il danno ingiusto configurabile non solamente in relazione ai diritti soggettivi ma a tutti gli interessi giuridicamente qualificati, indipendentemente dalla loro definizione.

Fondamentale per arrivare a questa storica decisione concorsero due fattori. In primo luogo, l'influenza diritto dell'Unione, ordinamento al quale è estranea la dicotomia interesse legittimo-diritto soggettivo, che aveva imposto agli Stati membri il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno ingiusto di tutte le posizioni giuridiche di rilevanza comunitaria vantate dal cittadino dinanzi alla P.A. .

In secondo luogo, il riconoscimento, nella legge sul procedimento amministrativo, in capo al cittadino di una serie di poteri in grado incidere direttamente sull'esercizio dell'azione amministrativa, come ad esempio la possibilità di presentare memorie e/o documenti affinché l'amministrazione agente abbia una conoscenza più puntuale della situazione fattuale per meglio bilanciare l'interesse pubblico-privato, a dimostrazione dell'esistenza dell'interesse legittimo già nella fase procedimentale. In questo modo la Cassazione ha riconosciuto la rilevanza autonoma e sostanziale, superando così l'impostazione tradizionale, dell'interesse legittimo definendolo ora come la posizione di vantaggio

riconosciuta ad un soggetto dell'ordinamento in relazione ad una utilità della vita, oggetto di un provvedimento amministrativo, e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da realizzare l'interesse sul bene. Questa nuova definizione costituì il presupposto per affermare la responsabilità extracontrattuale della P.A. così come prevista dall'art. 2043 c.c. .

Infatti, la Suprema Corte specificò la necessità di accertare tutti gli elementi della responsabilità extracontrattuale: la sussistenza di un evento dannoso (elemento oggettivo), costituito dalla lesione non solo dell'interesse legittimo ma anche del bene della vita al quale lo stesso è correlato, il nesso causale tra il pregiudizio subito dal cittadino e la condotta, omissiva o commissiva, illegittima della P.A., intesa come apparato, ed infine il dolo o la colpa (elemento soggettivo), quest'ultima, non più rilevabile «*in re ipsa*», ma ravvisabile a seguito della violazione delle regole di imparzialità, corretta e buona amministrazione da parte della P.A.

Il mutamento di indirizzo delle Sezioni Unite apri vivaci dibattiti su molti versanti tra cui, soprattutto nel periodo precedente all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, la questione della pregiudiziale amministrativa a seguito anche della riforma del 2000 che sancì la competenza del giudice amministrativo delle pretese risarcitorie sia nell'ambito della giurisdizione di legittimità che in quella esclusiva. Alla base di questi elementi ci si domandava se fosse configurabile una pregiudiziale di tipo interno per il giudice amministrativo in forza della quale la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto presupponeva il previo annullamento dell'atto lesivo. La giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, aderendo alla tesi della pregiudizialità amministrativa, sosteneva l'inammissibilità della azione risarcitoria in forma autonoma e questo per una serie di ragioni. In primo luogo, si temeva che, proponendo direttamente l'azione risarcitoria, si creassero le condizioni per eludere il termine di decadenza dell'azione di annullamento compromettendo così la stabilità dell'atto amministrativo. In secondo luogo, si rilevava la mancanza di un potere di disapplicazione per il giudice amministrativo in quanto quest'ultimo può conoscere il provvedimento solamente in via principale e non anche in via incidentale. Infine, si considerava inopportuno lasciare al cittadino la scelta tra le due forme di tutela perché così facendo si finiva per esporre la P.A. al risarcimento di danni evitabili attraverso il tempestivo esercizio dell'azione di annullamento.

Una simile impostazione però risultava debole dinanzi al riconoscimento della pienezza della tutela dell'interesse legittimo e quindi le Sezioni Unite, con sentenza del 13 giugno 2006 nr. 13659, sancirono l'autonomia della azione risarcitoria ritendo sindacabile in Cassazione l'eventuale dichiarazione di inammissibilità, per non aver preventivamente esperito l'azione

di annullamento, del giudice amministrativo per motivi attinenti alla giurisdizione. Sulla scia di questa sentenza si affermò un altro orientamento giurisprudenziale, innovativo rispetto al precedente, dove la mancata impugnazione dell'atto amministrativo iniziò ad assumere una rilevanza sostanziale, non più meramente processuale, da valutare nel momento in cui il giudice esaminava la fondatezza della pretesa. In questo modo si garantiva l'autonomia dell'azione risarcitoria ma, in sede di merito, si poteva ridimensionare o addirittura escludere il risarcimento dei danni che il creditore avrebbe potuto evitare azionando tempestivamente l'azione di annullamento.

Il legislatore ha recepito questa tesi nel Codice del processo amministrativo (D.lgs. n. 104 del 2010) all'art. 30 sancendo definitivamente l'autonomia dell'azione risarcitoria sottoponendola però ad uno stretto termine di decadenza, pari a 120 giorni, decorrenti o dal verificarsi dell'evento dannoso o dalla conoscenza del provvedimento, se da quest'ultimo derivi il pregiudizio (art. 30, comma 3, cpa). Invece, nel caso in cui sia stata proposta l'azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere avanzata tramite motivi aggiunti oppure entro 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza (art. 30, comma 5, c.p.a.).

Il ristretto lasso di tempo, previsto dal comma 3 dell'art. 30 c.p.a., rappresenta il punto di equilibrio tra l'interesse del privato, di esercitare in maniera diretta l'azione risarcitoria, e l'interesse contrapposto della P.A. di non essere esposta, per il lungo periodo di prescrizione, al rischio di risarcimento danni al fine di garantire la certezza del rapporto giuridico amministrativo. Infatti, la Corte Costituzionale, con sentenza del 4 maggio 2017 n.94, ha ribadito la non manifesta irragionevolezza del termine di decadenza così come previsto dall'art. 30 c.p.a., non solo per la stabilità delle relazioni giuridiche, ma anche in ragione dell'interesse pubblico al consolidamento dei bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97, 119 Cost) evitando di esporli a continue modificazioni in grado di incidere in maniera negativa sull'efficacia dell'azione amministrativa.

La riconosciuta autonomia dell'azione risarcitoria ha reso necessario arginare il pericolo di condotte processuali negligenti, se non addirittura maliziose, volte ad aggirare i termini per proporre l'azione di annullamento al fine di ottenere una riparazione del danno maggiore rispetto a quanto effettivamente subito dalla condotta della amministrazione agente. Per queste ragioni il legislatore ha imposto, all'art. 30, comma 3, c.p.a., al giudice di valutare l'incidenza di un eventuale concorso colposo del danneggiato nella determinazione effettiva del pregiudizio subito dal ricorrente. La valutazione della condotta, infatti, viene effettuata tenendo in considerazione "*tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti*" determinando una esclusione "*del risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di*

tutela", riferimento non troppo implicito alla preventiva azione di annullamento. In questo senso che l'art. 30, comma 3, c.p.a. codifica la tesi, nell'ambito del dibattito sulla pregiudiziale amministrativa, della rilevanza sostanziale della mancata impugnazione dell'atto in quanto circostanza incidente direttamente sulla valutazione complessiva di un ipotetico concorso colposo nel fatto del creditore essendo escluso il risarcimento, come dispone l'art. 1227 c.c., per i danni che quest'ultimo avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (principio di auto-responsabilità).

Sul punto è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nr. 3 del 2011 dove i giudici hanno confermato che la regola contenuta nel terzo comma dell'art. 30 c.p.a. è ricognitiva dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di auto-responsabilità alla stregua di una interpretazione evolutiva dell'art. 1227 c.c., e quindi applicabili anche a situazioni sorte prima dell'entrata in vigore del Codice, come appunto il ricorso proposto dall'Agostini& Partners S.r.l., stessa ragione per cui il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5290 del 2013, ha ritenuto applicabile in via retroattiva il dispositivo dell'art. 30 c.p.a. non rilevandone il carattere innovativo.

I parametri in base ai quali viene effettuata la valutazione della condotta tenuta dal ricorrente sono il principio di buona fede, di cui all'art. 1175 c.c., e il principio di solidarietà, ex art. 2 Cost. In questo modo si è voluto arginare il rischio di comportamenti in mala fede dei ricorrenti e allo stesso tempo agevolare l'acceso alla tutela risarcitoria ben potendo, visto il carattere autonomo dell'azione, il soggetto danneggiato non utilizzare preventivamente nessun strumento di tutela nel caso in cui dimostri la mancanza di un oggettivo interesse all'annullamento dell'atto. L'obbligo di agire in buona fede però non impone condotte che comportano un "*apprezzabile sacrificio*" per il ricorrente. Infatti, l'Adunanza Plenaria a tal fine ha precisato la portata del riferimento normativo agli "*strumenti di tutela*" ritenendolo non limitato solamente alla mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma estensibile all'omessa attivazione di altri rimedi nel caso esperibili come ricorsi amministrativi o inviti all'autotutela amministrativa.

Nel caso di specie il Collegio ha ritenuto che il danno conseguenza, intendendo con ciò tutte le conseguenze pregiudizievoli che la vittima dell'illecito ha subito a seguito della lesione arrecata alla situazione giuridica della quale è titolare, è stato determinato, sulla base di una causalità ipotetica, dalla mancanza di un comportamento collaborativo del creditore avendo realizzato quest'ultimo un comportamento opportunistico. Infatti, il Collegio ha ravvisato un nesso causale tra la mancata tempestiva impugnazione e il consolidamento degli effetti dannosi dell'atto. Si potrebbe obiettare a riguardo che tradizionalmente il criterio della diligenza, ex art. 1227, comma 2, c.c., imporrebbe solo un obbligo di carattere negativo consistente nell'astensione da parte del creditore di qualsiasi comportamento

idoneo ad aggravare il danno. In realtà, la dottrina e la giurisprudenza hanno consolidato l'interpretazione estensiva ed evolutiva del secondo comma dell'art. 1227 del codice civile ritendendo che il creditore debba osservare anche obblighi positivi, come l'impugnazione dell'atto, al fine di evitare o ridurre il danno subito nel limite dell'apprezzabile sacrificio.

Da qui discende la valutazione opportunistica della condotta tenuta dalla società ricorrente in quanto l'utilizzo dell'azione di annullamento e della relativa possibilità di avvalersi anche della tutela cautelare "*avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno,* (ed)*integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile".* Una decisione che applica in maniera precisa e coerente quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria n.3/11 non avendo l'Agostini & Partenrs fornito nel giudizio la prova della mancanza di un interesse oggettivo all'annullamento o comunque dimostrato la ragionevolezza di una simile scelta processuale il che rende "ingiustificato" l'omesso utilizzo "*delle misure di tutela (cautelari e in forma specifica) predisposte anche dal sistema previgente all'entrata in vigore del c.p.a.".* In questo modo i giudici del T.A.R. Veneto non hanno violato il principio dell'insindacabilità delle scelte processuali del ricorrente ma hanno stigmatizzato, in piena aderenza al ragionamento dell'Adunanza Plenaria, l'"*esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa*". I giudici nella sentenza in esame, a mio avviso, non forniscono una interpretazione rigida dell'art. 30, comma 3, c.p.a. tale da far ipotizzare una riaffermazione della pregiudiziale amministrativa ma dimostrano di aver fatto proprio quel "*punto di equilibrio*" nel coordinamento tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria.

In conclusione, la pronuncia in esame del T.A.R. Veneto supera quella situazione di incertezza, fisiologica quando ci sono cambiamenti importanti come quelli verificatesi dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite, e mostra un approccio sostanziale alla questione che garantisce, a livello pratico, l'effettività e la pienezza della tutela delle situazioni giuridiche dei cittadini, indipendentemente dalla loro qualificazione, come del resto sancito dall'art. 24 della nostra Costituzione.

Mario Romanzi

Sentenza n. 143_2018

* Con la seguente nota l'Autore è risultato terzo classificato nella VI edizione del "*Premio Enrico Guicciardi*" indetto dalla Associazione Veneta Avvocati Amministrativisti. Per

completezza si segnala che la medesima sentenza è stata annotata su questo sito anche da Giovanni Attilio De Martin con un contributo titolato "Ritorno alla "pregiudiziale amministrativa"?