

RESPONSABILITÀ CIVILE E PREVIDENZA

rivista mensile di dottrina,
giurisprudenza e legislazione

diretta da
Giovanni Iudica - Ugo Carnevali

| estratto

**LA « PREGIUDIZIALE
AMMINISTRATIVA » E
L'ONERE DI DILIGENZA DEL
CITTADINO LESO DA UN
PROVVEDIMENTO DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.
SPUNTI RICOSTRUTTIVI A
MARGINE DELLA SENTENZA
DELLA QUARTA SEZIONE DEL
CONSIGLIO DI STATO,
7 APRILE 2014, N. 1605**

di Alessandro Emanuele Lenoci



GIUFFRÈ EDITORE

38 LA «PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA» E L'ONERE DI DILIGENZA DI CUI ALL'ART. 30 C.P.A.

CONS. STATO, 7 APRILE 2014, N. 1605 - SEZ. IV - PRES. BRANCA - REL. QUADRI

Danni - Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi - Esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale - Non occorre - Sufficienza che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno, di adottare gli opportuni rimedi - Sussiste.

(C.C. ART. 1227; C.P.A. ART. 30)

1. Al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza non è necessario l'esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, ma è sufficiente che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno, di adottare gli opportuni rimedi.

Danni - Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi - Omesso esercizio dell'azione di annullamento del provvedimento amministrativo - Esclusione del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza - Fattispecie.

2. Non si può ritenere che il comportamento tenuto dalla società danneggiata, la quale abbia partecipato, durante tutto il periodo di perdurante occupazione, a conferenze di servizi convocate dalle amministrazioni interessate ed ivi abbia vanamente manifestato la volontà di ottenere ristoro al danno perpetrato, integri una condotta contraria a correttezza e buona fede, tale da escludere o diminuire, ai sensi dell'art. 1227 c.c. e dell'art. 30, comma 3, c.p.a., la responsabilità dell'Amministrazione.

[In senso conforme alla prima massima TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 561; Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296; in senso contrario alla prima massima Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610; Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983; Cons. Stato, Ad. Plen., 25 marzo 2011, n. 3]

FATTO - A seguito degli eventi franosi ed alluvionali verificatisi nei giorni 5 e 6 maggio 1998 nei territori dei Comuni di Siano, Sarno e Bracigliano, il Sindaco del Comune di Castel San Giorgio, su richiesta del Comune di Siano, emanava le ordinanze contingibili ed urgenti del 6 maggio 1998, n. 5897 e dell'8 maggio 1998, n. 469, con cui autorizzava il deposito temporaneo, anche in orario notturno, del materiale di risulta nella cava sita in Località Trivio del Comune di Castel San Giorgio di proprietà della Soc. Si. a r.l.

Con d.P.C.M. 8 maggio 1998, veniva dichiarato lo stato di emergenza.

Con ordinanza n. 948 del 25 giugno 1998, il Presidente della Regione Campania individuava la stessa cava come sito per lo smaltimento dei materiali provenienti da Bracigliano e Siano.

Dal 30 aprile 2008, ai sensi dell'art. 5, l.r. Campania n. 8/2004, e delle successive ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, è cessata la gestione commissariale e nelle relative attività è subentrata l'Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo (ARCADIS).

Stante la perdurante occupazione della cava, oltre il termine stabilito nelle ordinanze del Sindaco di Castel San Giorgio e del Presidente della Regione Campania, la società Si. proprietaria ha adito dapprima il Tribunale civile di Salerno, indi, a seguito della declinazione da parte di questo della giurisdizione, il TAR Campania, Sezione di Salerno ed, infine, a seguito di dichiarazione di incompetenza, il TAR Lazio per sentir condannare, in solido, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Interno, la Regione Campania ed i Comuni di Bracigliano, di Siano e di Castel San Giorgio alla restituzione del sito, previa rimozione del materiale depositato, ed alla corresponsione delle somme per la sua mancata utilizzazione oltre al risarcimento del danno con la rivalutazione e gli interessi dal giorno del fatto all'effettivo pagamento.

Il TAR Lazio, con sentenza n. 10433/2012 del 14 dicembre 2012, ha accolto il ricorso ed ha condannato

le amministrazioni resistenti, in solido, alla restituzione della superficie illegittimamente occupata, previa riduzione in pristino, ed alla corresponsione di una somma, da offrire ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., per il periodo di occupazione illegittima, a partire dalla scadenza del termine di cui all'art. 13, d.lgs. n. 22/1997, assegnando il termine di centoventi giorni dalla comunicazione o notificazione della decisione. Nella motivazione della sentenza ha riconosciuto in ogni caso la facoltà concessa alle amministrazioni intimate di valutare la definitiva acquisizione del bene mediante l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-bis T.U. espropriazioni.

Con ricorso rubricato al n. R.G. 2096/2013, hanno proposto appello la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Interno ed il Commissario per gli interventi *ex* ordinanza n. 2287/1998, deducendo l'erroneità della condanna nei loro riguardi nonostante il difetto di legittimazione passiva, stante l'avvenuta successione in tutti i rapporti del cessato organo straordinario della ARCADIS, Agenzia regionale. Inoltre, nel quadro delle competenze in materia di protezione civile definito dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225, gli interventi necessari a fronteggiare le situazioni di emergenza, come quelli individuati dal Sindaco di Castel San Giorgio, peraltro in data — 6 maggio 1998 — precedente alla stessa istituzione del Commissariato di Governo (21 maggio 1998) sarebbero di competenza del Sindaco, nella veste di capo dell'amministrazione comunale. A sostegno della carenza di legittimazione passiva, deducono che la condanna in forma specifica potrebbe essere eseguita solo dalla Regione o dai Comuni che hanno facoltà di valutare — come riconosciuto dallo stesso TAR — l'opportunità dell'emissione del titolo acquisitivo del bene ove non ne ritengano possibile la restituzione.

La Regione Campania ha proposto appello incidentale, assumendo l'erroneità della sentenza per non avere riconosciuto il suo difetto di legittimazione passiva, posto che l'atto da cui traeva origine l'occupazione del sito era stato adottato dal Presidente della Giunta regionale come Commissario di governo, nominato dal Ministro dell'Interno con ordinanza n. 2787 del 21 maggio 1998. Ha, inoltre, censurato la decisione per non avere considerato il concorso di responsabilità della società ricorrente, *ex* art. 1227 c.c., per non avere azionato tempestivamente i rimedi demolitori contro gli atti assunti come illegittimi. Sotto tale ultimo profilo, il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato, peraltro, inammissibile, risalendo i fatti generatori di responsabilità ad epoca anteriore l'emanazione del codice del processo amministrativo.

Ha, inoltre, escluso di poter avviare un procedimento di acquisizione della cava *ex* art. 42-bis T.U. espropriazioni, stante l'attribuibilità dell'occupazione esclusivamente agli enti locali.

Anche il Comune di Siano ha presentato appello incidentale, chiedendo il rigetto degli appelli delle amministrazioni statali e della regione nonché la riforma della sentenza di primo grado quanto alla propria condanna in via solidale, data l'assenza di qualsiasi responsabilità a suo carico.

Con ricorso rubricato con il n. 4040/2013, ha proposto separato appello avverso la medesima sentenza il Comune di Castel San Giorgio lamentando l'ingiustizia della propria condanna, data la legittimità del primo provvedimento adottato, di natura temporanea, e l'assenza di ogni responsabilità in ordine al protrarsi dello sversamento, realizzato dai soli Comuni di Siano e Bracigliano. Ha inoltre sostenuto che, nel caso si facessero discendere dalla propria ordinanza le conseguenze dannose, andrebbe riconosciuto che l'ordinanza contingibile ed urgente era stata adottata in qualità di ufficiale di governo, con esonero dell'amministrazione comunale da ogni responsabilità, ricadente sullo Stato. Tanto sarebbe dimostrato dalla successiva conferma del proprio provvedimento da parte del Commissario di governo che con propri successivi atti avrebbe incluso la cava tra i siti. Nell'emettere la condanna, il TAR non avrebbe poi tenuto conto della circostanza che la Si. non sarebbe mai stata spossessata della cava, sicché erroneo sarebbe l'ordine di restituzione. Infine, la domanda di risarcimento non sarebbe assistita dalla dimostrazione circa il danno subito e circa la colpa dell'amministrazione, la cui prova grava sul danneggiato.

Con un terzo ricorso rubricato con il n. R.G. 4205/2013, la sentenza è stata impugnata anche dal Comune di Bracigliano che ha assunto l'erroneità della sentenza per non avere considerato la sua veste di mero esecutore delle ordinanze di altri enti, da questi autorizzato a sversare il materiale nella cava in un momento in cui i provvedimenti erano pienamente legittimi. Ha quindi chiesto la riforma della sentenza quanto alla condanna emessa anche nei suoi confronti.

La soc. Si. si è costituita in tutti i giudizi, rilevando l'irricevibilità per tardività degli appelli per mancato rispetto del termine breve *ex* art. 119 c.p.a., ad eccezione di quello delle amministrazioni statali, nonché la

loro infondatezza dato il coinvolgimento di tutte le amministrazioni intimata nell'occupazione illegittima della propria cava.

All'udienza del 3 dicembre 2013, in vista della quale sono state presentate memorie, gli appelli sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO - 1. Occorre, preliminarmente, procedere alla riunione degli appelli per connessione, ai sensi dell'art. 70 c.p.a.

2. È necessario, quindi, scrutinare il motivo dell'appello della Regione Campania con cui viene dedotta l'inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto volto esclusivamente ad ottenere il risarcimento del danno patito a seguito della occupazione della cava disposta per lo sversamento dei materiali provenienti dai Comuni di Bracigliano e di Siano coinvolti dagli eventi alluvionali del 5 e 6 maggio 1998, in carenza dell'annullamento dell'ordinanza che tanto autorizzava, così sfuggendo al principio della pregiudiziale amministrativa vigente anteriormente all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, tenuto conto del momento dei fatti generatori di responsabilità.

Il motivo è palesemente infondato, alla luce dell'ormai pacifico orientamento che riconosce anche nell'assetto anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo — che ha espressamente sancito, all'art. 30, in tema di risarcimento del danno da lesione degli interessi legittimi, l'autonomia, sul versante processuale, della domanda di risarcimento rispetto al rimedio impugnatorio — l'assenza di un rapporto di pregiudizialità processuale tra i due rimedi (Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3).

La riconducibilità della domanda nell'esclusivo alveo dell'azione di condanna (al risarcimento in forma specifica, mediante restituzione del bene nelle originarie condizioni, ed al ristoro del danno conseguente all'illegittima sottrazione all'ordinario utilizzo del bene a seguito dell'occupazione) induce, altresì, a non ritenere applicabile al giudizio il rito abbreviato di cui all'art. 119, lett. h), c.p.a., non venendo in rilievo l'impugnazione di alcuno dei provvedimenti ivi indicati (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2007, n. 9). Di qui la ricevibilità degli appelli, proposti nel termine ordinario di impugnazione.

3. Nel merito, la questione sottoposta al Collegio verte, in buona sostanza, sulla corretta individuazione dei soggetti legittimati passivi rispetto alla condanna alla restituzione, previa rimessione in pristino dei luoghi, della cava oggetto di occupazione ed al risarcimento del danno da occupazione illegittima, posto che tutti gli appellanti deducono la propria carenza di legittimazione.

Il TAR, facendo risalire l'occupazione illegittima alla protrazione, oltre la scadenza del termine fissato dall'art. 13, d.lgs. n. 22/1997 (centoventi giorni), dell'occupazione disposta dal Presidente della Giunta Regionale con ordinanza n. 948 del 26 giugno 1998, ha condannato tutti gli enti intimati, in solido, ed in particolare: le amministrazioni statali, in quanto competenti in via generale in materia di gestione dell'emergenza che necessiti interventi di protezione civile, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225/1992 e dell'art. 107 del d.lgs. n. 112/1998, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale (sentenze n. 82/2006 e n. 327/2003), e perché titolari del fondo da cui evincersi quanto meno una responsabilità patrimoniale; la Regione Campania, perché autorità emanante, nell'esercizio di propri poteri, il provvedimento di occupazione ai sensi dell'art. 13, d.lgs. n. 22/1997, ed inadempiente rispetto all'obbligo, sancito dalla medesima norma, di adottare nel termine previsto tempestive ed idonee misure per lo smaltimento dei rifiuti, unitamente all'Agenzia regionale ARCADIS, subentrante nelle funzioni ordinarie relative anche allo smaltimento dei rifiuti; i Comuni, in quanto autori della condotta illecita, consistente nella materiale occupazione del sito e nello sversamento del materiale, in assenza di un titolo legittimante.

3.1. Occorre vagliare, in primo luogo, i motivi adottati dalle Amministrazioni statali — Presidenza del Consiglio, Ministero dell'Interno, Commissario delegato per gli interventi emergenziali — che deducono la propria carenza di legittimazione passiva sia per non avere preso parte all'adozione delle ordinanze con cui è stata disposta l'occupazione della cava ai fini dello sversamento, sia per essere le competenze della struttura commissariale connesse agli eventi alluvionali di Sarno cessate alla data del 31 dicembre 2004 e trasferite, ai sensi dell'art. 5 della legge regionale 12 novembre 2004, n. 8 all'Agenzia regionale ARCADIS, dotata, in virtù di successive ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri, dei poteri e delle risorse necessari per l'espletamento dei propri compiti.

L'appello è fondato.

3.2. L'occupazione sulla cui illegittimità si fonda la condanna di restituzione e di risarcimento del danno è quella disposta dal Presidente della Regione Campania con ordinanza contingibile ed urgente n. 948 del 26 giugno 1998, adottata ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22. Con essa il Presidente della Regione, preso atto della necessità rappresentata dal Genio civile e dalla Struttura commissariale per l'emergenza di individuare dei siti ove depositare i materiali provenienti dai lavori di ricavamento e di difesa degli alvei interessati dall'alluvione, ha inserito nel piano il sito corrispondente alla cava di proprietà Si. prevedendo il conferimento in tale cava di terreno proveniente dai comuni di Bracigliano e Siano e disponendo che il Sindaco di Castel San Giorgio continuasse a consentire il deposito nella cava.

Sia l'omissione di ogni riferimento all'esercizio dei poteri delegati dallo Stato per la gestione commissariale dell'emergenza, sia l'adozione dell'ordinanza facendo uso dei poteri attribuiti al Presidente della Giunta regionale dall'art. 13, d.lgs. n. 22/1997, inducono ad escludere che la responsabilità dell'atto e, soprattutto, per le conseguenze connesse alla violazione di quanto stabilito dal comma 3 dell'art. 13 («Entro centoventi giorni dall'adozione delle ordinanze di cui al comma 1, il Presidente della Giunta regionale promuove ed adotta le iniziative necessarie per garantire la raccolta differenziata, il riutilizzo, il riciclaggio e lo smaltimento dei rifiuti») possa essere ricondotta all'amministrazione statale che risulta estranea al procedimento in questione.

È dunque attribuibile alla Regione e non alla struttura commissariale l'utilizzazione di un provvedimento, per sua natura contingibile e con efficacia temporalmente limitata alla situazione di pericolo attuale o imminente, al fine di fronteggiare stabilmente e, quindi, illegittimamente una situazione con strumenti straordinari (Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2001, n. 580).

Invero, l'attribuzione all'autorità centrale, per esigenze di coordinamento e di unitarietà a livello nazionale nel caso di eventi di natura straordinaria, di poteri generali in materia di protezione civile, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 225/1992, esercitati, d'intesa con le amministrazioni regionali interessate ai sensi dell'art. 107, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, anche tramite un'apposita struttura commissariale con a capo il Presidente della Regione nella veste di delegato, non esclude né assorbe l'esercizio di poteri in base all'ordinario assetto di competenze delineato da norme di settore — quale è, in materia di ordinanze contingibili ed urgenze in materia di rifiuti, l'art. 13, d.lgs. n. 22/1997 — rientranti nella competenza esclusiva di amministrazioni a diverso livello territoriale, che, ove vi facciano ricorso, rispondono in via esclusiva del proprio operato.

3.3. Non è, inoltre, da sottovalutare che l'ordinanza di protezione civile n. 2787/1998 non ha delegato al Presidente della Regione, ma al Prefetto di Napoli, anche attraverso i prefetti delle altre province interessate, il compito di reperire e mettere a disposizione le risorse necessarie per gli interventi «comprese le aree per lo stoccaggio temporaneo del materiale proveniente dagli scavi», dal che si desume che l'individuazione del sito da parte di autorità diversa da quella delegata non può farsi in alcun modo risalire all'esercizio di poteri statali.

3.4. Non può valere, per giungere a diverse conclusioni, neanche la circostanza, valorizzata dal TAR, che per gli interventi emergenziali sia stato istituito un apposito fondo, di titolarità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per la copertura delle spese da sostenere.

In merito, deve attribuirsi rilievo alle vicende — riferite dalle amministrazioni statali appellanti e non contestate — che hanno dato luogo al definitivo trasferimento delle competenze facenti capo alla gestione commissariale, ivi compreso il fondo di protezione civile, alla Agenzia della stessa Regione Campania ARCADIS, il che comporta il subentro, anche sul piano finanziario, dell'Agenzia negli obblighi di pagamento, quale attuale titolare del fondo.

4. Le considerazioni esposte valgono, *a fortiori*, a respingere l'appello della Regione Campania.

4.1. Questo risulta infondato sotto il profilo del preteso difetto di legittimazione passiva, avendo l'autorità regionale agito nella pienezza dei poteri ad essa attribuiti dalla legge e colpevolmente omesso di por fine all'occupazione nel termine normativamente assegnato in violazione di un obbligo su di essa solo incombente.

4.2. Infondato è, altresì, il motivo basato sul concorso di responsabilità della società proprietaria della cava, ai sensi dell'art. 1227 c.c., per non avere questa impugnato l'ordinanza di occupazione.

In merito, occorre osservare che la lesione della posizione della ricorrente Si. non è riconducibile all'illegittimità dell'ordinanza contingibile ed urgente — che, pertanto, la società incisa non aveva interesse ad impugnare — bensì al perdurare della situazione di occupazione divenuta illegittima per decorso del termine stabilito dall'art. 13 (centoventi giorni dalla sua adozione), a causa della violazione da parte dell'autorità regionale dell'obbligo di adottare susseguenti misure idonee a por fine alla situazione di urgente necessità.

Il Collegio non ritiene, inoltre, che il comportamento tenuto dalla danneggiata Si. integri una condotta contraria a correttezza e buona fede tale da escludere o diminuire, ai sensi dell'art. 1227 c.c. e dell'art. 30, comma 3, c.p.a., la responsabilità dell'amministrazione.

Invero, al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza non è necessario l'esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, ma è sufficiente che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno, di adottare gli opportuni rimedi (Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296).

A tanto la danneggiata ha diligentemente provveduto, partecipando durante tutto il periodo di perdurante occupazione a conferenze di servizi convocate dalle amministrazioni interessate ed ivi vanamente manifestando la volontà di ottenere ristoro al danno perpetrato, data la mancata soddisfazione della sua pretesa.

4.3. Né la circostanza che la cava non sia stata sottratta dalla disponibilità della proprietaria vale a diminuire il danno subito, sia per l'incontestata impossibilità di utilizzo a causa della presenza di un'ingente quantità di materiale conferito, sia per l'inesigibilità, a carico della stessa proprietaria, di un comportamento oltremodo oneroso ed eccedente l'obbligo di cooperazione del danneggiato, quale sarebbe stato il liberare di sua iniziativa ed a proprie spese l'area dai materiali depositati.

Tanto induce a ritenere del tutto infondata la richiesta di esclusione o di limitazione della responsabilità dell'amministrazione regionale tenuta al risarcimento ai sensi dell'art. 1227 c.c.

4.4. Neanche assume rilievo l'argomento basato sull'incompetenza regionale ad adottare il provvedimento di acquisizione sanante ai sensi dell'art. 42-bis TU espropriazioni.

Invero, il TAR ha correttamente indicato tale soluzione come semplice facoltà a disposizione delle amministrazioni intime — nell'ambito delle rispettive competenze — quale alternativa all'obbligo di restituzione, che resta, in mancanza, a carico del soggetto responsabile.

5. Venendo all'esame degli appelli dei Comuni, che possono essere trattati unitariamente data la sostanziale comunanza dei motivi di gravame, se ne rileva la parziale fondatezza relativamente alla intervenuta condanna, in solido con l'amministrazione regionale, alla restituzione della cava, previa rimessione in pristino. Non può, invece, essere accolta la domanda di riforma della pronuncia di primo grado quanto alla condanna, solidalmente con la Regione, a risarcire il danno subito durante il periodo di occupazione illegittima, a causa dello spossamento del bene.

5.1. Al fine di escludere l'obbligo di rimessione in pristino e della restituzione della cava deve ancora una volta attribuirsi rilievo all'attribuibilità in via esclusiva alla Regione dell'obbligo di assicurare la temporaneità dell'occupazione in via d'urgenza, adottando le misure per fronteggiare stabilmente la situazione. Peraltro, va sottolineato che il danno lamentato va fatto risalire esclusivamente al provvedimento regionale, dovendosi considerare le due ordinanze del Sindaco di Castel San Giorgio, adottate in via d'urgenza immediatamente dopo gli eventi alluvionali, superate da quella del Presidente della Regione e quindi non collegate in rapporto di causalità rispetto all'illegittima occupazione. È su quest'ultimo ente, quindi, che ricade, in via esclusiva, l'obbligo di restituzione previa rimessione in pristino dello stato dei luoghi.

5.2. Diversamente, non può escludersi la responsabilità solidale dei Comuni in ordine al danno provocato a causa dell'occupazione illegittima per effetto dell'impossibilità di utilizzo — da equiparare allo spossamento anche in assenza di assoluta preclusione di disponibilità del bene — a far data dalla scadenza del termine di centoventi giorni dall'adozione dell'ordinanza n. 948, in ragione del loro concorso a cagionare il danno, secondo il paradigma dell'azione risarcitoria di cui all'art. 2043 c.c. (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6012), avendo essi continuato a versare o a tollerare il deposito di materiali nella cava, a nulla rilevando la mancanza di titolarità di poteri autoritativi, ma assumendo rilievo il comportamento tenuto oltre che, per il Comune di Castel San Giorgio, il collegamento territoriale. Che tutti i Comuni fossero consapevoli della propria partecipazione alla causazione del danno da illegittima occu-

pazione è, peraltro, dimostrato dalla convocazione e partecipazione da parte loro alle conferenze di servizi volte a rinvenire, senza alcun esito, una soluzione alla situazione venutasi a creare.

Per il resto, non si può che rinviare a quanto già detto in merito all'assenza di concorso di responsabilità da parte della Si. ed all'infondatezza dei motivi con cui si sostiene l'esclusiva legittimazione passiva statale.

6. In conclusione, il Collegio, riuniti gli appelli, accoglie quello delle amministrazioni statali, accoglie in parte gli appelli dei Comuni di Siano, Bracigliano e Castel San Giorgio e respinge integralmente l'appello della Regione Campania.

7. La peculiarità della controversia induce a disporre la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio. (*Omissis*).

LA «PREGIUDIZIALE AMMINISTRATIVA» E L'ONERE DI DILIGENZA DEL CITTADINO LESO DA UN PROVVEDIMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE. SPUNTI RICOSTRUTTIVI A MARGINE DELLA SENTENZA DELLA QUARTA SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO, 7 APRILE 2014, N. 1605 (*)

di **Alessandro Emanuele Lenoci**

Con la decisione in commento, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, superando il *dictum* dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011 in tema di rapporti tra azione risarcitoria e domanda di annullamento, afferma che ai fini dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, ex art. 30, comma 3, c.p.a., non è necessario che costui abbia impugnato l'atto lesivo, ma è sufficiente che abbia sollecitato la P.A. a rimuovere il provvedimento in autotutela.

Overcoming the case law of the Plenary Assembly No 3 of 2011 concerning the relations between claim for damages and action for annulment, the Council of State, IV Chamber, held that for the purposes of the exclusion of damage that the private citizen could have avoided using the due diligence, under Article 30, paragraph 3, of the Administrative Procedure Code, it is not necessary to challenge the act adversely affecting a person, but it will suffice to urge the Public Administration to remove the measure in self-defence.

Sommario 1. Premessa. — 2. Il fatto oggetto della pronuncia e la decisione del Consiglio di Stato. — 3. L'onere di diligenza di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a., e la tesi dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011. — 4. La posizione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato: al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare con l'ordinaria diligenza, non è necessario l'esperimento dell'azione di annullamento. — 5. Osservazioni critiche. — 6. La soluzione al problema della «pregiudizialità amministrativa» passa attraverso l'accertamento, caso per caso, dell'efficienza causale del mancato esercizio degli strumenti di tutela e dell'elemento psicologico in capo al danneggiato.

(*) Contributo approvato dai Referee.

1. PREMESSA

La sentenza in epigrafe offre l'occasione per affrontare il tema, centrale nel sistema di giustizia amministrativa, concernente i rapporti tra la domanda di risarcimento danni per lesione degli interessi legittimi e l'azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi. Si tratta, come è noto, dell'annosa questione della c.d. pregiudizialità amministrativa⁽¹⁾, in passato al centro di un intenso dibattito in seno ai massimi organi della giurisdizione ordinaria⁽²⁾ ed amministrativa⁽³⁾ ed oggi risolta dal codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104), con una soluzione, che sia pure di compromesso⁽⁴⁾, ha creato nuovi problemi interpretativi.

La pronuncia in commento si segnala, in particolare, per l'innovativa presa di posizione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato rispetto a quanto sostenuto dall'Adunanza

⁽¹⁾ Con tale locuzione si intende quel peculiare meccanismo processuale, di creazione pretoria, secondo cui il danneggiato da un provvedimento amministrativo, per conseguire il risarcimento del danno da esso derivante, debba preventivamente esercitare l'azione di annullamento dell'atto illegittimo ed ottenerne il suo annullamento giurisdizionale.

⁽²⁾ La giurisprudenza della Cassazione (cfr., *ex multis*, Sez. Un. civ., 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660; Sez. Un. civ., 13 dicembre 2008, n. 30254; e, più di recente, Sez. Un. civ., 6 marzo 2009, n. 5464; Sez. Un. civ., 2 luglio 2010, n. 15689) era nettamente contraria all'affermazione della pregiudiziale amministrativa, in quanto essa si sarebbe tradotta in una limitazione non ragionevole della tutela del privato a fronte dell'illecito comportamento dall'Amministrazione. Si veda, ad esempio, quanto sosteneva Sez. Un. civ., 13 giugno 2006, n. 13659, secondo cui « ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento al previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una *Verwirkung* amministrativa tutta italiana ».

⁽³⁾ A favore della « pregiudiziale », vi era invece la stragrande maggioranza della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952; Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; Cons. Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12; nonché, più di recente, Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578; Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917; Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436; Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4522), la quale affermava la necessità della preventiva impugnazione dell'atto illegittimo sulla scorta di diversi argomenti. In primo luogo, si adduceva l'esigenza di evitare che con la proposizione della domanda risarcitoria autonoma, esperibile entro il termine prescrizione di 5 anni, si portasse al vaglio del giudice amministrativo l'attività della P.A. anche a notevole distanza di tempo dall'emanazione del provvedimento lesivo, con ciò eludendo il termine di decadenza di sessanta giorni imposto al privato per contestare l'operato dei pubblici poteri. In secondo luogo, si faceva riferimento alla mancanza in capo al giudice amministrativo, a differenza di quello ordinario, del potere di disapplicazione, che consentisse allo stesso di addivenire alla condanna risarcitoria, occupandosi solo *incidenter tantum* dell'illegittimità dell'atto amministrativo. Un terzo argomento, di natura dogmatica, trovava fondamento nella considerazione secondo cui nel nostro ordinamento la tutela risarcitoria avrebbe natura sussidiaria ed ancillare rispetto a quella di annullamento. Si riteneva, cioè, che con l'esercizio della domanda risarcitoria il privato avrebbe potuto ottenere il risarcimento di quelle parti del danno che non fossero state già ristorate dall'annullamento del provvedimento amministrativo. Sulla scorta di tali considerazioni, dunque, la giurisprudenza amministrativa era solita dichiarare l'inammissibilità delle domande risarcitorie proposte indipendentemente dall'impugnazione del provvedimento lesivo. A questi argomenti, di carattere prettamente processuale, il Consiglio di Stato, negli anni immediatamente precedenti all'emanazione del codice del processo amministrativo, ne aggiungeva degli altri, di matrice più propriamente sostanziale. In sintesi, si riteneva che la domanda risarcitoria non preceduta dall'azione di annullamento fosse ammissibile, ma infondata nel merito, in quanto la mancata impugnazione del provvedimento non consentiva al giudice di accertare un elemento costitutivo del fatto illecito, *ex art. 2043 c.c.*, ossia il danno ingiusto. (Si veda, sul punto quanto affermato da Cons. Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12, nonché da Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578; Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917; e da Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4522).

⁽⁴⁾ Così POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 126; nonché CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010.

Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3⁽⁵⁾, in merito ai rapporti tra le due azioni in esame. Con ciò compiendo — come si vedrà — un decisivo passo in avanti a favore dell'effettività della tutela del privato danneggiato.

2. IL FATTO OGGETTO DELLA PRONUNCIA E LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO

La vicenda, decisa dal Consiglio di Stato con la sentenza in esame, trae origine dalla tragica alluvione del maggio 1998, che colpisce diversi Comuni della provincia di Salerno.

Per fronteggiare detta evenienza, il Sindaco del Comune di Castel San Giorgio e il Presidente della Regione Campania, emanano ordinanze contingibili ed urgenti, per mezzo delle quali individuano in un terreno di proprietà della società ricorrente il sito per il deposito e lo smaltimento dei materiali di risulta provenienti dai territori alluvionati. L'occupazione del terreno della società, tuttavia, si prolunga oltre i termini stabiliti dalle ordinanze di urgenza. La società quindi ricorre innanzi al TAR, per chiedere la condanna, in solido, delle amministrazioni statali e locali implicate nella vicenda, alla restituzione del terreno di sua proprietà e al risarcimento del danno da occupazione illegittima, senza tuttavia impugnare gli atti contestati.

Il TAR accoglie la domanda risarcitoria autonoma, condannando tutte le amministrazioni resistenti alla restituzione del sito e al risarcimento del danno per equivalente monetario.

In parziale riforma della sentenza appellata, il Consiglio di Stato ritiene responsabile dell'occupazione illegittima la Regione Campania e tutti i Comuni appellanti, e per l'effetto li condanna al risarcimento del danno patito dalla ricorrente⁽⁶⁾. La Quarta Sezione reputa, in particolare, infondato il motivo d'appello avanzato dalla Regione Campania circa la sussistenza del concorso di colpa della società ricorrente nell'aggravamento del danno, per

⁽⁵⁾ Tra i numerosi commenti a detta pronuncia si segnalano, in particolare, PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, in *Giur. it.*, 2012, 443 SS.; PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, in questa *Rivista*, 2012, 165 SS.; SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 988 SS.; SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595, 9569, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *www.giustamm.it*, 2011; CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 962 SS.; QUINTO, *Le "convergenze parallele" nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, in *www.giustamm.it*, 2011; PAOLANTONIO, *L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3)*, *ivi*, 2011; PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, *ivi*, 2011; LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, in *Corr. merito*, 2011, 995 SS.; MADDALENA, *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, *ibidem*, 2011, 547 SS.

⁽⁶⁾ Più nel dettaglio, il Consiglio di Stato riconosce «l'attribuibilità in via esclusiva alla Regione dell'obbligo di assicurare la temporaneità dell'occupazione in via di urgenza, adottando le misure per fronteggiare stabilmente la situazione». Di conseguenza, condanna detto ente alla restituzione del fondo, previa rimessione in pristino dello stato dei luoghi, oltre che al risarcimento del danno. I Comuni appellanti vengono invece condannati, in solido con la stessa Regione, unicamente al risarcimento per equivalente del danno da occupazione illegittima, «avendo gli stessi continuato a versare o a tollerare il deposito di materiali nella cava, a nulla rilevando la mancanza di titolarità di poteri autoritativi», ma assumendo rilievo determinante il comportamento illecito tenuto.

non avere la stessa impugnato i provvedimenti lesivi. Ad avviso dell'ente appellante, invero, nel caso in oggetto avrebbe dovuto trovare applicazione il principio espresso dall'art. 1227, comma 2, c.c., richiamato dall'art. 30, comma 3, c.p.a., secondo cui il danneggiato non può ottenere il risarcimento dei danni che lo stesso non ha evitato usando l'ordinaria diligenza. Per la Regione Campania, il mancato esercizio della domanda di annullamento da parte della ricorrente evidenzerebbe un comportamento negligente, idoneo a spezzare il nesso causale tra l'evento dannoso e le conseguenze pregiudizievoli lamentate.

La sentenza in oggetto considera, tuttavia, detto comportamento omissivo irrilevante ai fini dell'esclusione del risarcimento, adducendo la considerazione che nel caso di specie il pregiudizio derivi, non già dall'atto inopugnato, che è pienamente legittimo, ma dall'illecito comportamento di occupazione del suolo oltre i termini dallo stesso legittimamente fissati. La mancata impugnazione del provvedimento è, dunque, da attribuire, più che ad un comportamento negligente della ricorrente, alla mancanza di interesse all'annullamento.

Nell'esaminare la domanda risarcitoria, il Collegio poi si spinge oltre, affermando che «al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, non è necessario l'esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, ma è sufficiente che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno, di adottare gli opportuni rimedi». Nel caso di specie, infatti, la ricorrente, pur non avendo impugnato le ordinanze in questione, viene riconosciuta diligente, avendo la stessa fatto presente, in sede di conferenze di servizi, la volontà di ottenere il ristoro del danno derivante dall'occupazione illegittima.

Si tratta, ad avviso di chi scrive, di un approdo interpretativo che si pone in antitesi con l'autorevole pronunciamento dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, nel quale il massimo organo della giustizia amministrativa assegna, viceversa, una notevole rilevanza, ai fini della riduzione del risarcimento, alla mancata impugnazione del provvedimento lesivo da parte del danneggiato.

Onde appurare l'effettiva portata innovativa della sentenza in esame è, allora, d'obbligo analizzare, in primo luogo, il dato normativo dalla stessa scrutinato e, in seconda battuta, l'interpretazione di esso fornita dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011, per giungere, in conclusione, ad evidenziare i punti di forza nonché quelli più problematici emergenti dalla pronuncia in rassegna.

3. L'ONERE DI DILIGENZA DI CUI ALL'ART. 30, COMMA 3, C.P.A., E LA TESI DELL'ADUNANZA PLENARIA N. 3/2011

Tra le diverse questioni affrontate dalla decisione in commento, quella rilevante in questa sede è contenuta nel punto 4.2. della motivazione, laddove il Consiglio di Stato esclude che la mancata impugnazione dei provvedimenti d'urgenza da parte della danneggiata integri una condotta contraria a correttezza e buona fede, tale da escludere o diminuire la responsabilità dell'Amministrazione.

A tale conclusione il Collegio perviene, applicando gli artt. 1227, comma 2, c.c., e 30, comma 3, c.p.a. Quest'ultimo, in particolare, occupandosi dei rapporti tra l'azione risarcitoria e la domanda di annullamento nel processo amministrativo, dispone, che «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 gli strumenti di tutela previ-

sti»⁽⁷⁾. Come da più parti sostenuto⁽⁸⁾, la disposizione richiama il principio civilistico dell'auto-responsabilità consacrato dall'art. 1227, comma 2, c.c., a tenore del quale «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza». Si tratta di una norma espressione del principio generale di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori⁽⁹⁾, di cui all'art. 1175 c.c., applicabile, *ex art.* 2056 c.c., anche in tema di illecito aquiliano.

—————

⁽⁷⁾ L'art. 30, comma 3, c.p.a., si compone di due parti, e quella appena menzionata ne rappresenta la seconda. Non meno interessante è la prima parte, in cui il legislatore sottopone l'esercizio della domanda risarcitoria ad un termine decadenziale di centoventi giorni, «decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno derivi direttamente da questo». Essa rappresenta, come è evidente, una novità di non poco momento nel processo amministrativo, se solo si considera che prima dell'emanazione del codice, l'orientamento di gran lunga prevalente era nel senso di condizionare l'esperibilità della domanda risarcitoria al termine prescrizione di cinque anni, alla stregua di una comune azione di responsabilità da fatto illecito, *ex art.* 2043 c.c. L'introduzione di questa disposizione ha suscitato non poche critiche in dottrina. Cfr., in merito, VARRONE, *Commento agli articoli 29-32*, in SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, il quale avverte che, riguardo al termine di decadenza «sono stati prospettati dubbi di legittimità costituzionale della nuova disciplina sia in ordine alla conformità sostanziale con il criterio, risultate dalla legge di delega, che imponeva l'adeguamento agli orientamenti delle giurisdizioni superiori (art. 44, 1° comma, legge n. 69/2009), sia sotto il profilo della possibile violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost.». Si veda, inoltre, SORICELLI, *Il punto sulla disciplina legislativa della pregiudiziale amministrativa alla luce del Codice del Processo Amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2010, secondo cui, «la pregiudizialità amministrativa in presenza di un'azione risarcitoria da lesione di interessi legittimi, per la previsione del termine decadenziale di centoventi giorni, risulta lesivo del principio generale dell'effettività della tutela giurisdizionale del cittadino, a differenza della pregiudiziale amministrativa nei casi di giurisdizione esclusiva in tema di risarcimento da lesione del diritto soggettivo, dove il notorio periodo più lungo di prescrizione della relativa (cinque anni in caso di responsabilità extracontrattuale) assicura una maggiore tutela dei soggetti titolari delle situazioni giuridiche soggettive lese». Sulla stessa lunghezza d'onda, MERUSI, *In viaggio con Laband...*, in *www.giustamm.it*, 2010, il quale, contestando, già in fase di lavori preparatori del codice, la previsione del termine di decadenza anche in sede di giurisdizione esclusiva, afferma che «i diritti, e certamente il diritto al risarcimento del danno è un diritto garantito dalla Costituzione e dalla Convenzione sui diritti dell'uomo, sono sottoposti a termini di prescrizione. La prescrizione può essere ridotta [...], ma non eliminata a favore della decadenza. Ne segue che al di là di quel che c'è scritto nel progetto di codice, qualunque danneggiato potrà sempre rivolgersi, entro il termine di prescrizione, al giudice ordinario per chiedere il risarcimento del danno».

⁽⁸⁾ Cfr., *ex multis*, DE NICOLIS (a cura di), *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2012, 570; FERRARI, *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, 107; PICOZZA, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2010, 57 ss.; nonché SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 177; CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 906. Nello stesso senso si esprime, inoltre, la Relazione di accompagnamento al codice del processo amministrativo: «in relazione alla nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, si è optato per l'autonoma esperibilità della tutela risarcitoria per la lesione delle posizioni di interesse legittimo, prevedendo per l'esercizio di tale azione un termine di decadenza di 120 giorni — sul presupposto che la previsione di termini decadenziali non è estranea alla tutela risarcitoria, vieppiù a fronte di evidenti esigenze di stabilizzazione delle vicende che coinvolgono la pubblica amministrazione — e affermando l'applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall'art. 1227 cod. civ. per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento».

⁽⁹⁾ V. SEGALEBRA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, in VISENTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1999, 117; BRECCIA (a cura di), *Diritto privato*, Torino, 1991, 652; nonché BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, Artt. 1218-1229*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1979, 426 ss., il quale ravvisa «nella correttezza il dovere di salvaguardare l'interesse dell'altra parte del rapporto nei limiti dell'apprezzabile sacrificio». Detto onere collaborativo incombe invero su entrambe le parti del rapporto obbligatorio. In particolare, prosegue il BIANCA, «a carico del debitore il dovere di correttezza impone fondamentalmente di tenere conto e di preservare la "utilità" del creditore indipendentemente dal contenuto della prestazione [...]. A carico del creditore non si pone invece un problema di utilità della prestazione ma piuttosto di salvaguardia del debitore dai pregiudizi che nello svolgimento del rapporto aggravano la sua posizione debitoria».

Sul creditore/danneggiato incombe, dunque, l'onere di evitare che le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'inadempimento/fatto illecito altrui, si aggravino per via del suo comportamento negligente. Più nel dettaglio, l'art. 1227, comma 2, c.c., postula come già avvenuto l'accertamento del c.d. nesso di causalità materiale ⁽¹⁰⁾, che connette la condotta inadempitiva/illecita al danno evento, occupandosi, viceversa, del c.d. nesso di causalità giuridica, che avvince l'evento di danno alle conseguenze pregiudizievoli da esso derivanti. La norma presuppone che il danno-evento si sia interamente realizzato e che sia imputabile alla condotta del debitore/danneggiante ⁽¹¹⁾, facendo gravare, invece, sul creditore/danneggiato le conseguenze pregiudizievoli *ulteriori* ⁽¹²⁾, che siano causalmente riconducibili al suo comportamento negligente ⁽¹³⁾. Sicché, il giudice, qualora accertasse una responsabilità dello stesso danneggiato nell'aggravamento del danno, dovrebbe corrispondentemente ridurre il *quantum* del pregiudizio da risarcire.

Da sempre al centro dell'attenzione degli interpreti è il tema concernente l'esatta estensione dell'onere di diligenza imposto al creditore/danneggiato dall'art. 1227, comma 2, c.c. Occorre, cioè, interrogarsi se nel novero dei comportamenti rientranti nell'ordinaria diligenza, ai sensi di detta norma civilistica (nonché *ex art.* 30, comma 3, c.p.a.), sia o meno da annoverare anche l'esercizio di azioni giurisdizionali, come la domanda di annullamento degli atti illegittimi. Per rispondere al quesito, è necessario rifarsi al medesimo concetto di buona fede, il quale, al tempo stesso, fonda e limita l'onere comportamentale in questione. Orbene, in applicazione di detta clausola generale, non si può reputare esigibile un comportamento collaborativo che si riveli eccessivamente oneroso per il creditore, pena la violazione dello stesso principio di correttezza.

Tanto premesso, va osservato che per la giurisprudenza tradizionale della Corte di

⁽¹⁰⁾ Di esso, se ne occupa il comma 1 dell'art. 1227 c.c., che, come è noto, disciplina il diverso aspetto del concorso di colpa del creditore nella produzione dell'inadempimento/evento dannoso, determinando una riduzione della responsabilità, e del connesso obbligo risarcitorio, in capo al debitore/danneggiante, qualora il pregiudizio sia addebitabile in parte al comportamento del creditore/danneggiato.

⁽¹¹⁾ Cfr. COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, in *Danno resp.*, 2011, 911, secondo cui «la previsione relativa ai danni evitabili, di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., non attiene al concorso di cause, occupandosi esclusivamente dell'estensione della responsabilità, cioè dell'estensione del danno risarcibile, dando per risolto il precedente problema causale e l'imputazione dell'evento al debitore/danneggiante. Ne consegue che la norma si inserisce all'interno di quell'insieme di disposizioni (artt. 1221, 1223, 1226 c.c., oltre all'art. 1225 c.c. dettato solo in tema di responsabilità per inadempimento, mancando per esso, a dispetto delle precedenti disposizioni, il richiamo operato dall'art. 2056 c.c.) che costituiscono il sistema di valutazione e di determinazione del danno giuridico, in quanto teso a limitare l'ammontare del danno risarcibile». Nello stesso senso, ROSSELLO, *Il danno evitabile. La misura della responsabilità tra diligenza ed efficienza*, Padova, 1990, 38.

⁽¹²⁾ Così, BRECCIA (a cura di), *Diritto privato*, cit., 650; nello stesso senso, BONILINI-CONFORTINI-GRANELLI (a cura di), *Artt. 1-1654*, Torino, 2000, 2447, secondo cui «l'ipotesi del fatto colposo del creditore che abbia concorso al verificarsi dell'evento dannoso (art. 1227, 1° co.) va distinta da quella (disciplinata dal 2° co.) riferibile ad un contegno dello stesso danneggiato che abbia prodotto il solo aggravamento del danno senza contribuire alla sua causazione».

⁽¹³⁾ Detto altrimenti, il capoverso dell'art. 1227 c.c. postula la sussistenza, nell'*an*, della responsabilità del debitore/danneggiante, limitandosi a fissare un criterio di limitazione del *quantum* del risarcimento da corrispondere al creditore danneggiato. Cfr., a tal riguardo, SEGALIBRA, *Il criterio dell'evitabilità delle conseguenze dannose da parte del creditore/danneggiato*, in VISENTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 114.

cassazione ⁽¹⁴⁾, nell'onere di diligenza di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., non rientra l'esercizio dei rimedi giurisdizionali. La proposizione di tali rimedi è, invero, ritenuta dalla Suprema Corte un comportamento inesigibile dal creditore, in quanto si traduce in un eccessivo sacrificio in termini di tempo, costi e rischi ⁽¹⁵⁾; sicché, l'imposizione nei suoi confronti di un onere di questo tipo si porrebbe essa stessa in contrasto con il canone della buona fede.

Al descritto orientamento dei giudici civili non ritiene, tuttavia, di adeguarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, la quale, viceversa, fornisce un'interpretazione evolutiva dell'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui nell'onere di diligenza imposto al danneggiato sia da annoverare anche l'esercizio dell'azione giurisdizionale di annullamento innanzi al giudice amministrativo. A fondamento del suo convincimento, il massimo organo della giustizia amministrativa pone il più recente indirizzo della Cassazione in merito agli istituti della buona fede e dell'abuso del diritto ⁽¹⁶⁾, secondo cui il giudice, per il tramite della clausola di cui all'art. 1175 c.c., sarebbe tenuto a sindacare anche le condotte processualmente scorrette del creditore/danneggiato che abbiano un'efficienza causale nell'aggravamento del danno.

⁽¹⁴⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. civ., 5 maggio 2010, n. 10895; nonché Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14853; Cass. civ., 21 agosto 2004, n. 16530; Cass. civ., 31 luglio 2002, n. 11364; Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19139; Cass. civ., 14 maggio 1997, n. 4232; Cass. civ., 21 aprile 1993, n. 4672.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass. civ., 5 maggio 2010, n. 10895, secondo cui « il comportamento operoso richiesto al creditore non ricomprende l'esperimento di un'azione giudiziaria, sia essa di cognizione o esecutiva, che rappresenta esplicazione di una mera facoltà dall'esito non certo »; nonché Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14853, la quale, richiamando la precedente Cass. civ., 21 aprile 1993, n. 4672, afferma che « la giurisprudenza di questa Corte è comunque ferma nel ritenere che il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227 c.c., comma 2, presuppone una attività che avrebbe avuto il risultato certo di evitare o di ridurre il danno, ma non implica certo l'obbligo di iniziare una azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad una attività gravosa o implicante rischi e spese ». Decisivo in tal senso è, inoltre, il contributo di Cass. civ., 21 agosto 2004, n. 16530, per cui « la giurisprudenza della Corte precisa al riguardo che il dovere di correttezza imposto al danneggiato dall'art. 1227 c.c. (norma del resto inapplicabile ove non siano dimostrati dal debitore la condotta colposa del creditore ed il nesso di causalità fra tale condotta ed il prodursi del danno) presuppone un'attività che avrebbe avuto il risultato certo di evitare o ridurre il danno e non implica l'obbligo di iniziare un'azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad un'attività gravosa o implicante rischi e spese ». Si veda, infine, Cass. civ., 31 luglio 2002, n. 11364, che, in tema di responsabilità del conduttore per il ritardo nella restituzione del bene locato, avverte che « l'onere di diligenza richiesta dal comma 2 dell'art. 1227 c.c. per evitare un suo concorso nella produzione del danno, non implica l'obbligo di compiere attività gravose o rischiose, come la proposizione di azione di cognizione od esecutiva per ottenere il rilascio della cosa locata ».

⁽¹⁶⁾ L'Adunanza Plenaria, in particolare, fa riferimento alla nota sentenza delle Sezioni Unite del 15 novembre 2007, n. 23726, in tema di frazionamento giudiziale di un credito unitario, che, secondo i giudici amministrativi, afferma il principio secondo cui detta condotta integra violazione della regola generale di correttezza e buona fede, « in relazione al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione » e « si risolve in abuso del processo ostativo all'esame della domanda ». « Tale pronuncia — prosegue la Plenaria — afferma con forza la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto ». Il richiamo operato dalla Plenaria al concetto di abuso del processo, per come si è affermato in seno alla giurisprudenza civilistica, tuttavia, non convince parte della dottrina. Si veda, a tal proposito, quanto sostiene AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, in *Contratto impr.*, 2012, 852 ss., il quale, nel contestare l'assimilazione, operata dalla Plenaria, del frazionamento giudiziale del credito unitario al mancato esercizio della domanda di annullamento, mette bene in evidenza la differenza tra l'istituto dell'« abuso del processo » e quello del « non uso del processo ». Per l'A., invero, « il concetto di abuso del processo, una volta inteso come esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa, non può mai essere trasformato in una vera e propria sanzione per il "non uso" del processo, poiché ciò che si richiede al privato nel momento in cui si valuta come

Quanto al mancato esercizio della domanda di annullamento in particolare, la Plenaria ritiene, da un lato, che detta azione sia lo strumento appositamente predisposto dal legislatore per fronteggiare l'illegittimità degli atti amministrativi — e, quindi, per mitigare il danno da essi derivante ⁽¹⁷⁾ —, dall'altro lato, che la stessa non implichi costi e sforzi superiori rispetto a quelli richiesti dalla tutela risarcitoria ⁽¹⁸⁾. Ne consegue, allora, che il giudice amministrativo, in sede di quantificazione del danno, ex art. 30, comma 3, c.p.a., debba tenere conto anche dell'eventuale mancata impugnazione dell'atto illegittimo e ridurre, conseguentemente, il *quantum* del danno da risarcire ⁽¹⁹⁾.

Tuttavia, sembrerebbe che per l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, l'omissione della domanda di annullamento da parte del ricorrente determini, in modo quasi automatico, una riduzione del risarcimento del danno ⁽²⁰⁾. A confortare detto esito interpretativo sovrviene, invero, il passaggio motivazionale in cui i giudici di Palazzo Spada affermano in modo stentoreo che «la scelta di non avvalersi della forma di tutela specifica e non (com-

comportamento abusivo il mancato esercizio della tutela demolitoria del provvedimento non è tanto l'esperimento dell'azione giudiziaria in maniera corretta, senza cioè che vengano lesi inutilmente gli interessi della controparte, quanto piuttosto l'esercizio di un'azione giudiziaria (quella di annullamento) piuttosto che di un'altra (quella risarcitoria)». «Non sembra dunque condivisibile — conclude l'A. — la tesi secondo la quale la scelta processuale del solo strumento risarcitorio possa essere considerata abusiva, laddove viceversa proprio il rimedio del risarcimento del danno è quello attraverso il quale viene accordata una tutela generale ed effettiva dei diritti lesi all'interno del nostro ordinamento». La descritta assimilazione viene del pari contestata da SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 993, il quale afferma testualmente che «non mi sembra che la rinuncia, legislativamente consentita, all'azione di annullamento possa essere intesa come disarticolazione dell'unità sostanziale del rapporto». Per l'Autore, infatti, «il danneggiato non "disarticola" nulla: egli è titolare del diritto al risarcimento e lo fa valere nelle forme che la legge espressamente gli mette a disposizione. Se egli non ha interesse a chiedere l'annullamento del provvedimento lesivo, non viola alcun principio limitandosi ad esercitare la sola azione risarcitoria».

⁽¹⁷⁾ «Si deve, infatti, considerare — è il ragionamento della Plenaria — che il ricorso per annullamento finalizzato a rimuovere la fonte del danno [...] è il mezzo di cui l'ordinamento giuridico processuale dota i soggetti lesi da un provvedimento illegittimo proprio per evitare che quest'ultimo produca conseguenze dannose».

⁽¹⁸⁾ Cfr. il punto 7.2.3. della motivazione, laddove l'Adunanza Plenaria afferma che l'azione di annullamento, rispetto a quella risarcitoria, «si presenta più semplice e meno aleatoria nella misura in cui richiede il solo riscontro della presenza di un vizio di legittimità invalidante senza postulare la dimostrazione degli altri elementi invece necessari a fini risarcitori, quali l'elemento soggettivo, il duplice nesso eziologico nonché l'esistenza e la consistenza del danno risarcibile in base ai parametri di cui agli artt. 1223 ss. c.c.».

⁽¹⁹⁾ Riportando le parole dei giudici di Palazzo Spada, «l'utilizzo del rimedio appropriato coniato dal legislatore proprio al fine di raggiungere gli obiettivi della tutela specifica delle posizioni incise e della prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione di cui alla norma civilistica in esame».

⁽²⁰⁾ In questo senso si orienta anche GIANNELLI, *La Pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, in *Foro it.*, 2011, 46, secondo la quale, «l'interpretazione accolta dalla Plenaria del predetto art. 30 c.p.a. si fonda sull'idea per cui in caso di omessa impugnazione dell'atto lesivo il giudice del risarcimento debba verificare la legittimità dell'atto medesimo ed eventualmente, ove ne riscontri l'invalidità, dichiarare l'infondatezza della pretesa risarcitoria. Si tratta dunque di una logica improntata ad un puro automatismo [...] solo parzialmente temperato dal richiamo, esplicitato sempre dalla Plenaria in rassegna, alla necessaria considerazione della diligenza serbata dal danneggiato anche in contesti stragiudiziali». La stessa criticità è evidenziata da SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2011, secondo cui «appare eccessivo che, nella valutazione del "comportamento complessivo" del danneggiato, si concentri l'attenzione sulla sola reazione processuale avverso il provvedimento lesivo, cosicché la buona fede e la diligenza debba essere sempre esclusa se il danneggiato non abbia esperito l'azione demolitoria [...]. In realtà, — prosegue l'A. — l'esercizio dell'azione demolitoria rimane, secondo siffatto orientamento, necessario, ove si voglia ottenere il risarcimento di tutti i danni subiti».

parativamente) complessa che [...] avrebbe plausibilmente (ossia più probabilmente che non) evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile». «Detta omissione — proseguono i giudici amministrativi — apprezzata congiuntamente alla successiva proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che la tempestiva azione di annullamento avrebbe scongiurato, rende configurabile un comportamento complessivo di tipo opportunistico che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità del danno evitabile». Dunque, per il massimo organo della giustizia amministrativa, la mancata impugnazione dell'atto illegittimo, accompagnata dalla proposizione della domanda risarcitoria autonoma, integra *sic et simpliciter* un comportamento negligente, anzi — usando le parole della sentenza n. 3/2011 — «opportunistico» del privato, che, in quanto tale, comporta una riduzione dell'ammontare del danno da ristorare. Sembrerebbe cioè che, nel ragionamento della Plenaria, la mancata proposizione della domanda di annullamento determini sempre un'esclusione del risarcimento del danno, a prescindere dal concreto accertamento del nesso causale tra tale comportamento omissivo e l'ammontare del danno.

Una conferma di ciò la fornisce, del resto, la stessa Adunanza Plenaria, nel momento in cui afferma, che «a diversa conclusione si deve invece pervenire laddove la decisione di non fare leva sullo strumento impugnatorio sia frutto di un'opzione discrezionale ragionevole e non sindacabile in quanto l'interesse all'annullamento oggettivamente non esista, sia venuto meno e, in generale, non sia adeguatamente suscettibile di soddisfazione». Quelli appena menzionati sarebbero, dunque, gli unici casi in cui l'omissione della domanda di annullamento non rileva come «comportamento opportunistico» del ricorrente ⁽²¹⁾. Seguendo un ragionamento *a contrario*, ne consegue allora che, negli altri casi, in cui viceversa l'interesse all'annullamento esiste (e persiste nell'arco del giudizio), l'omessa attivazione del rimedio caducatorio debba condurre inevitabilmente all'esclusione del risarcimento danno, in quanto disvela sempre un comportamento negligente del danneggiato.

In altri termini, la decisione n. 3/2011 parrebbe introdurre per questa via una sorta di automatismo logico-giuridico tra la mancata impugnazione del provvedimento lesivo e la riduzione del risarcimento del danno da parte del giudice amministrativo, prescindendo dalla necessità di accertare in concreto l'efficienza eziologica che detto comportamento omissivo determini sull'aggravamento del danno ⁽²²⁾.

Tuttavia, nel prosieguo del suo ragionamento, la Plenaria corregge il tiro, precisando

⁽²¹⁾ Della stessa idea è SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 178, secondo cui «la mancata impugnazione del provvedimento non incide, dunque, sulla quantificazione del danno solo nel caso in cui non sussista alcun interesse alla contestuale impugnazione del provvedimento, essendosi la situazione pregiudizievole ormai irrimediabilmente prodotta». Dal che si deduce che negli altri casi, diversi da quelli menzionati, l'omissione dell'azione di annullamento incide, con un meccanismo quasi automatico, sulla quantificazione del danno.

⁽²²⁾ Si veda, a tal proposito, il contributo di LAMBERTI, *La cooperazione del danneggiato nella domanda risarcitoria: un apprezzabile compromesso?*, cit., il quale riferendosi al medesimo passo della sentenza n. 3/2011, afferma che esso si scontra, tra l'altro, con un limite di tipo «fattuale», nel senso che è necessario che «il quadro probatorio non presenti incertezze [...] sotto il profilo delle vicende da cui trae origine la lesione». Occorre cioè accertare, sulla base delle circostanze del caso concreto, che l'impugnazione del provvedimento lesivo avrebbe determinato, sulla scorta di un giudizio di tipo probabilistico, l'elisione del danno. Secondo l'A., nel caso di specie,

meglio in che termini intende ricostruire i rapporti tra le due azioni in questione, senza trascurare la rilevanza che nel giudizio risarcitorio possa rivestire l'eventuale esercizio di rimedi di tipo stragiudiziale. Così, soggiunge che la mancata proposizione del ricorso per annullamento vada apprezzata nel quadro del complessivo comportamento delle parti, onde verificare che il ricorrente non impugnante abbia comunque attivato altri rimedi, di tipo stragiudiziale — come i ricorsi amministrativi e/o gli «inviti all'autotutela» —, che si rivelino allo stesso modo idonei ad evitare in tutto o in parte il danno⁽²³⁾. Corollario di questo *iter* argomentativo è il principio di diritto alla fine enunciato, secondo cui, il giudice amministrativo sarebbe chiamato a valutare «se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno».

Dall'analisi fin qui condotta, emerge allora una non perfetta coerenza logico-giuridica tra le premesse poste alla base della decisione ed il principio di diritto in conclusione espresso. Se, invero, la domanda di annullamento costituisce il rimedio (meno costoso e meno aleatorio) appositamente apprestato dall'ordinamento per evitare le conseguenze dannose connesse all'illegittimo esercizio del potere, tale per cui, la sua mancata attivazione connessa alla successiva proposizione della domanda risarcitoria, riveli un «comportamento opportunistico del privato», non si vede quale spazio possa riconoscersi al giudice nell'accertare l'eventuale efficienza eziologica degli altri comportamenti del privato. In altri termini, se si ritiene che il ricorso per annullamento sia il mezzo normalmente idoneo ad evitare il danno, la sua mancata proposizione condurrà inevitabilmente al rigetto della domanda risarcitoria⁽²⁴⁾, con ciò rendendo di scarsa rilevanza l'eventuale diligente attivazione degli altri strumenti (stragiudiziali) di tutela da parte del ricorrente.

viceversa, la Plenaria omette di espletare questo passaggio logico, giungendo a rigettare la domanda risarcitoria autonoma, senza aver considerato che l'eventuale proposizione della domanda di annullamento non avrebbe in alcun modo evitato il danno, in quanto l'interesse al risarcimento si è concretato solo all'esito del giudizio penale sottostante, «quando però gli effetti del provvedimento si erano oramai verificati e il pregiudizio non era più reversibile». Degno di riproposizione è, in particolare, il passo in cui l'A. afferma che «la conclusione che le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti apprezzabili ai fini dell'esclusione del danno, a fronte di condotte attive trascurate nonostante l'assenza di sacrifici, comporta la valutazione del quadro probatorio a partire dal momento in cui il ricorso avrebbe dovuto essere proposto (e non lo è stato), salvo ricadere nell'abuso del processo: nella proposizione "comunque" e di un "qualunque" ricorso, cioè anche in mancanza di qualsivoglia *spes* di accoglimento, ma al solo fine di non incorrere nella sanzione dell'art. 1227 c.p.v.». Di questa problematica, conclude LAMBERTI, «l'Adunanza Plenaria non si dà cura e, omettendo ogni approfondimento istruttorio, desume dal fascicolo processuale la dimostrazione che l'esperimento tempestivo dei rimedi impugnatori nei confronti del provvedimento avrebbe evitato ogni pregiudizio al ricorrente».

⁽²³⁾ Cfr. il punto 7.2.4. della motivazione, in cui si afferma che «andrà ponderata la concorrente rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e di condotte che, non implicando rilevanti costi e oneri, sono, a maggior ragione, esigibili, alla stregua dei canoni ermeneutici sopra esposti, come l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi e la proposizione di tempestive istanze volte a sollecitare la rimozione o la modificazione in autotutela del provvedimento illegittimo, in una agli ulteriori comportamenti diligenti idonei ad incidere in senso favorevole sul rapporto amministrativo oggetto del provvedimento illegittimo (cfr. art. 243-bis del codice dei contratti pubblici)».

⁽²⁴⁾ Lo stesso argomento critico viene avanzato da CORTESE, *L'Adunanza Plenaria e il risarcimento degli interessi legittimi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 967, con il quale non si può che condividere la considerazione secondo cui l'Adunanza Plenaria, nel precisare che la tecnica di annullamento non implica costi e rischi superiori a quella risarcitoria, ma anzi si presenta più semplice e meno aleatoria, «dimostra indirettamente che, se il giudizio ipotetico che deve svolgere il giudice circa la rilevanza eziologica dell'omissione processuale del danneggiato si

In questo senso, buone ragioni hanno allora quegli autori, i quali, criticando le conclusioni della Plenaria, ritengono che la stessa fornisca un'interpretazione « rigida »⁽²⁵⁾ dell'art. 30, comma 3, c.p.a., in quanto assegna nel giudizio causale ruolo preponderante alla mancata impugnazione dell'atto lesivo, a discapito degli altri strumenti di tutela. Con ciò, introducendo, in spregio alla regola dell'autonomia espressamente affermata dal comma 1 dell'art. 30 c.p.a., quella che è stata definita come una sorta di « pregiudizialità sostanziale »⁽²⁶⁾ tra la domanda di annullamento e quella risarcitoria.

Se questo è il quadro, in verità poco chiaro e coerente, che emerge dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria, è allora necessario analizzare la giurisprudenza successiva al 23 marzo 2011, onde verificare come i giudici amministrativi facciano applicazione dei principi suesposti e come intendano, di conseguenza, risolvere i dubbi interpretativi che detta pronuncia sembra porre.

A tal fine, di grande importanza si rivela la sentenza della Quarta Sezione del Consiglio

dovrà attenere ai canoni dell'*id quod plerumque accidit*, proprio tali canoni imporranno, normalmente, di prospettare per un rigetto della domanda risarcitoria». Si veda, inoltre, MADDALENA *La fine della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., 550, il quale avverte che « sotto il profilo dell'effettività della tutela, tuttavia, resta il forte dubbio che in sostanza nulla sia cambiato per il ricorrente che non abbia tempestivamente impugnato. Se infatti sotto il profilo del diritto processuale sicuramente è vero che una pronuncia di inammissibilità è radicalmente diversa da un rigetto, posto che solo alla seconda può attribuirsi — secondo l'opinione prevalente — il valore di cosa giudicata materiale, dal punto di vista sostanziale della tutela del privato, entrambe le pronunce significano il mancato ristoro di un danno asseritamente subito ».

⁽²⁵⁾ L'espressione, è precisamente di SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 991, il quale avverte che dalla Plenaria « è stato scelto il significato più radicale tra quelli che le espressioni letterali utilizzate avrebbero consentito. Giungendo in tal modo ad irrigidire ed appesantire in misura rilevante il comportamento che il danneggiato-creditore deve tenere, se non vuole perdere, in tutto o in parte il suo diritto al risarcimento ». Dello stesso Autore si veda, altresì, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudiziale amministrativa*, cit., nel quale si evidenzia che l'Adunanza Plenaria « è intervenuta [...] proponendo una "lettura" molto rigorosa della disposizione, in particolare sul modo di intendere il complessivo comportamento della parte danneggiata ». La medesima critica la solleva LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 532, mettendo in evidenza come l'Adunanza Plenaria, nel considerare esigibile dal danneggiato l'esercizio del rimedio impugnatorio, si disinteressa completamente del comportamento esigibile dall'Amministrazione danneggiante. Afferma invero l'A. che « quello che però non convince del tutto, nell'articolata tesi del Consiglio di Stato, è l'assoluta concentrazione sulla condotta omissiva del danneggiato (nonostante l'art. 30 chieda al giudice di valutare il "comportamento complessivo delle parti"); con conseguente dilatazione dell'area entro la quale l'impugnazione finisce per rilevare a carico del danneggiato come comportamento ordinariamente esigibile. Un'estensione che appare eccessiva rispetto alle reali possibilità consentite dallo stesso art. 1227, comma 2, che [...] è applicabile ai danni-conseguenze che solo il danneggiato è in grado di evitare ».

⁽²⁶⁾ Cfr., tra molti, AGRIFOGLIO, *Responsabilità civile della pubblica amministrazione: tra pregiudiziale amministrativa e lesione dell'affidamento*, cit., 837, il quale parla di « trasformazione della pregiudiziale di rito in pregiudiziale di merito »; nonché SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, cit., 994; CICERO-MELAS, *Azione risarcitoria e pregiudiziale amministrativa: il codice del processo e la prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1054; LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, cit., 534; FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. app.*, 2012, 583; D'HERIN, *La rilevanza nel giudizio risarcitorio dell'omessa o tardiva impugnazione dell'atto illegittimo*, *ibidem*, 340, il quale sottolinea che « la configurazione dell'impugnazione giurisdizionale quale onere per il fruttuoso esito della domanda risarcitoria conduca, in pratica, sia a reintrodurre una sorta di pregiudiziale di annullamento che il codice del processo ha inteso invece lasciarsi alle spalle e sia a sconfessare di fatto l'autonomia dell'azione risarcitoria ».

di Stato, 7 aprile 2014, n. 1605, qui in commento, la quale giunge ad una conclusione esegetica non perfettamente in linea con quanto statuito dalla Plenaria del 2011.

4. LA POSIZIONE DELLA QUARTA SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO: AL FINE DELL'ESCLUSIONE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO CHE IL PRIVATO AVREBBE POTUTO EVITARE CON L'ORDINARIA DILIGENZA, NON È NECESSARIO L'ESPERIMENTO DELL'AZIONE DI ANNULLAMENTO

Nell'accogliere la domanda risarcitoria autonoma, invero, il Consiglio di Stato afferma senza mezzi termini che «al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza non è necessario l'esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, ma è sufficiente che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno di adottare gli opportuni rimedi». Per la Quarta Sezione, quindi, ai fini della quantificazione del danno, *ex art. 1227, comma 2, c.c.*, non si può richiedere al privato l'esperimento della domanda di annullamento, ritenendo, invece, sufficiente a considerare il suo comportamento conforme all'ordinaria diligenza, la proposizione di rimedi stragiudiziali, come il c.d. avviso di danno.

È evidente, allora, l'approccio in controtendenza, *in parte qua*, della pronuncia in esame rispetto a quanto statuito dall'Adunanza Plenaria n. 3/2011 in merito all'importanza da assegnare nel giudizio sul *quantum* risarcitorio, alla mancata impugnazione del provvedimento illegittimo. Questa opinione è, vieppiù, avvalorata dall'espresso richiamo, operato dalla sentenza in oggetto, al precedente pronunciamento della Quinta Sezione del Consiglio di Stato n. 6296 del 29 novembre 2011. In detta occasione, i giudici di Palazzo Spada si occupano della condotta del privato, il quale, dopo aver sollecitato l'Amministrazione a rimuovere in autotutela il provvedimento lesivo, agisce in giudizio per ottenere il risarcimento del danno da esso derivante, senza tuttavia impugnare l'atto illegittimo. Il Consiglio di Stato decide la questione, accogliendo la domanda risarcitoria autonoma, sulla scorta della considerazione secondo cui l'attivazione dei rimedi stragiudiziali, come l'invito all'autotutela, sia sufficiente a ritenere detta condotta conforme all'ordinaria diligenza *ex art. 30, comma 3, c.p.a.* Senza voler ripercorrere l'intero *iter* argomentativo seguito dalla Quinta Sezione, giova ai nostri fini riportare il passaggio motivazionale in cui il Consiglio di Stato afferma che «non è allora esigibile, affinché il comportamento del creditore sia ritenuto conforme all'ordinaria diligenza, il necessario esperimento da parte sua degli ordinari rimedi giurisdizionali di impugnazione»⁽²⁷⁾. Viceversa, proseguono i giudici amministrativi, è sufficiente che il privato abbia invitato l'Amministrazione alla rimozione dell'atto lesivo con un'istanza di autotutela, cioè con l'attivazione di un rimedio di tipo extragiudiziale.

La riproduzione testuale di tale passo della sentenza n. 6296/2011 non è casuale, essendo, invece, decisivo affinché emerga con maggior evidenza la portata innovativa della pronuncia in commento. Degna di considerazione deve essere, più nel dettaglio, la diversa

⁽²⁷⁾ V. Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, secondo cui la non esigibilità del necessario esperimento della domanda di annullamento «sarebbe contrario alla *ratio* della norma di cui all'art. 30, che ha escluso la necessità di previa impugnazione dell'atto ai fini dell'ammissibilità dell'azione di risarcimento del danno patrimoniale, nonché alla lettera del comma 3, che chiaramente si riferisce a "strumenti di tutela", non già di "tutela giurisdizionale" e comunque non li considera ineluttabili ("anche attraverso")».

locuzione utilizzata dalle due Sezioni del Consiglio di Stato per addivenire alla medesima conclusione interpretativa.

La Quinta Sezione, invero, si esprime in termini di «non esigibilità del necessario esperimento degli ordinari rimedi di impugnazione», come a voler sottintendere che invece, è da considerarsi pienamente esigibile l'esercizio solo facoltativo degli stessi. A ben vedere, infatti, per la sentenza n. 6296/2011, affinché il comportamento del creditore sia conforme a correttezza, ciò che è inesigibile, non è l'espletamento della domanda di annullamento *sic et simpliciter*, ma, più precisamente, la necessità — e quindi l'obbligatorietà — della sua attivazione giurisdizionale. In altri termini, per la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, l'esercizio dell'azione demolitoria rientrerebbe, in astratto e a pieno titolo, tra i comportamenti conformi all'ordinaria diligenza esigibili dal creditore, ex art. 30, comma 3, c.p.a., anche se la sua esperibilità non può essere considerata come una condotta indispensabile, o meglio — per usare le parole dei giudici amministrativi — «ineluttabile» onde evitare le conseguenze dannose. Occorre, infatti, tenere presente il complessivo comportamento del privato, al fine di verificare se lo stesso sia stato del pari diligente, allorché abbia attivato gli strumenti stragiudiziali di tutela, come, ad esempio, l'avviso di danno ⁽²⁸⁾.

Di diverso tenore le parole utilizzate dalla Quarta Sezione nella sentenza in esame, laddove, senza più fare espresso riferimento al concetto di esigibilità, afferma chiaramente che ai fini della quantificazione del risarcimento del danno, «non è necessario l'esperimento dei mezzi di tutela giurisdizionale», ritenendo ancora una volta «sufficiente che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno, di adottare gli opportuni provvedimenti». Ad una lettura superficiale della pronuncia, si potrebbe, per la verità, ritenere che si sia al cospetto di una diversità solo stilistica del linguaggio utilizzato, per esprimere, alla fine, lo stesso principio giuridico. A ben vedere, però, nella sentenza *de qua*, il Collegio sembra aggiungere un qualcosa di più, e di più dirompente, rispetto alla decisione della Quinta Sezione di tre anni prima. Invero, l'affermazione in termini così chiari e netti circa la non necessità che il privato impugni l'atto al fine dell'esclusione del risarcimento del danno evidenzia l'intenzione dei giudici amministrativi di escludere, in radice, dal novero dei comportamenti esigibili dal creditore, ex art. 30 c.p.a., l'esercizio della domanda di annullamento. Invero, se l'attivazione dei mezzi di tutela giurisdizionale non è necessaria ai fini

⁽²⁸⁾ La sentenza n. 6196/2011, ed i suoi rapporti con l'Adunanza Plenaria n. 3/2011, sono giudicati in modo non univoco dalla dottrina. In termini di «stretto collegamento» tra le due pronunce, si esprime FIGORILLI, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, cit., 583, secondo cui le due decisioni vanno lette «in stretta consequenzialità, nel senso cioè che quella qui presa in considerazione si pone come il logico sviluppo delle conclusioni cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria, la quale ha approfondito in maniera esaustiva il tema della idoneità o meno della condotta inerte del creditore ad incidere sul nesso di causalità che sta alla base dell'illecito oggetto del controversia. Ed infatti [...] sono rinvenibili alcune precisazioni discendenti dall'orientamento, ben più articolato, espresso dalla decisione n. 3/2011 per risolvere la questione [...] della asserita eventuale infondatezza dell'azione risarcitoria avanzata in assenza dell'impugnazione degli atti ritenuti lesivi, condotta, quest'ultima, "da considerarsi come fatto valutabile ai sensi dell'art. 1227 c.c. ... secondo un giudizio causale ipotetico prognostico"». Per l'Autore, dunque, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato chiarisce e sviluppa meglio il ragionamento della Plenaria circa l'importanza da assegnare all'eventuale attivazione degli strumenti di tutela stragiudiziale, risolvendo in questo modo i dubbi interpretativi — cui si è fatto cenno al precedente par. 3 — posti dalla decisione n. 3/2011. In senso contrario, si veda AULETTA, *Sulla valutazione del "comportamento complessivo delle parti" ai fini e per gli effetti di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a.*, in *www.neldiritto.it*, 2012, 294 ss., per il quale, invece, la soluzione fornita dalla sentenza n. 6196/2011 «si discosta radicalmente dall'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria con la nota sentenza n. 3 del 2011».

della determinazione della misura del risarcimento, si deve giocoforza ritenere che di tale condotta non può essere onerato il danneggiato, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227 c.c. Detto altrimenti, poiché l'applicazione della norma civilistica in questione si fonda sulla collaborazione del creditore entro il limite dell'apprezzabile sacrificio⁽²⁹⁾, non si può ritenere esigibile dal danneggiato ciò che non è considerato necessario. Ne consegue, allora, che l'onere di diligenza richiesto al privato comprenderebbe unicamente l'esperimento di rimedi di tipo stragiudiziale, quali l'istanza di autotutela ovvero i ricorsi amministrativi⁽³⁰⁾.

Come innanzi riferito, si tratta di un approdo interpretativo in controtendenza rispetto alle conclusioni dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, la quale, come si è visto, assegna un ruolo decisivo, nel giudizio di accertamento del danno-conseguenza, all'efficienza eziologica che su di esso esercita la mancata attivazione del rimedio di annullamento giurisdizionale.

Di contro, non si può non rilevare che, letta in questi termini, la sentenza n. 1605/2014 si pone in perfetta sintonia con il già citato indirizzo tradizionale della Corte di cassazione, circa la non estendibilità dell'onere di diligenza, imposto al creditore dall'art. 1227, comma 2, c.c., anche al mancato esercizio di azioni giurisdizionali⁽³¹⁾. Ciò in quanto l'esperimento di rimedi di tal fatta inevitabilmente comporta per il danneggiato un'esposizione a costi e a rischi eccessivi, rispetto a quelli da esso esigibili *ex bona fide*.

Inoltre, essa sembra rispondere più adeguatamente alla lettera e alla *ratio* del comma 1 dell'art. 30 c.p.a., il quale espressamente consente al privato di esercitare la domanda di condanna al risarcimento del danno, anche autonomamente dall'impugnazione dell'atto lesivo⁽³²⁾. La regola dell'autonomia dell'azione di danno, solennemente sancita dall'art. 30, comma 1, c.p.a., verrebbe per vero smentita se, dall'applicazione del comma 3, derivasse,

⁽²⁹⁾ In questi termini, BIANCA, *Diritto Civile. La responsabilità*, Milano, 1997, 144; nonché la stessa Adunanza Plenaria n. 3/2011, che, dopo aver lucidamente illustrato la disciplina del comma 2 dell'art. 1227 c.c. alla luce degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, afferma in conclusione che « un limite all'obbligazione cooperativa e mitigatrice del creditore e agli sforzi in concreto allo stesso esigibili è, peraltro, rappresentato dalla soglia del c.d. apprezzabile sacrificio: il danneggiato è tenuto ad agire diligentemente per evitare l'aggravarsi del danno, ma non fino al punto di sacrificare i propri rilevanti interessi personali e patrimoniali, attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose ».

⁽³⁰⁾ Nel senso di ritenere escluso dall'onere di diligenza imposto al danneggiato, *ex art. 30 c.p.a.*, l'esercizio della domanda di annullamento e di ritenervi invece compreso unicamente l'esperimento di strumenti stragiudiziali, si veda il contributo di D'HERIN, *La rilevanza nel giudizio risarcitorio dell'omessa o tardiva impugnazione dell'atto illegittimo*, cit., 341. L'A., non condividendo quanto sostenuto sul punto dall'Adunanza Plenaria, afferma infatti che « l'esercizio dell'azione di annullamento opera sul piano processuale che è distinto dal piano sostanziale in cui si colloca il c.d. danno evento e, soprattutto, l'esito dell'azione, in quanto rimesso ad un soggetto terzo (il giudice), sfugge dalla sfera di controllo del danneggiato ». « È sul piano sostanziale — prosegue l'A. — che viene arrecato un danno ed è soltanto sul piano sostanziale che può apprezzarsi, in difetto di diversa previsione legislativa, il comportamento diligente o meno del creditore ». Ne consegue, allora, che se si esclude, per i motivi appena esposti, dall'onere comportamentale in questione l'esercizio della tutela demolitoria, vi rimane unicamente l'esercizio di rimedi stragiudiziali, come l'invito all'autotutela o i ricorsi amministrativi.

⁽³¹⁾ Cfr., *ex multis*, le già richiamate Cass. civ., 5 maggio 2010, n. 10895; Cass. civ., 27 giugno 2007, n. 14853; Cass. civ., 31 luglio 2002, n. 11364; nonché Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19139; Cass. civ., 14 maggio 1997, n. 4232. Della stessa idea è, inoltre, Corte cost., 14 luglio 1999, n. 308, che nel giudizio di costituzionalità promosso nei confronti degli artt. 206, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, e 27, comma 6, l. 24 novembre 1981, n. 689, afferma che « l'onere di diligenza che questa norma fa gravare sul creditore non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito onde evitare maggiori danni, i quali viceversa sono da imputare esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione ».

⁽³²⁾ In questo senso si orienta lo stesso Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296.

come ritiene l'Adunanza Plenaria, un condizionamento sostanziale della fondatezza della pretesa risarcitoria all'esperibilità della domanda di annullamento ⁽³³⁾.

Escludendo dall'onere di diligenza, ex art. 30 c.p.a., l'impugnazione dell'atto lesivo, la sentenza in commento si pone, altresì, in conformità con il fondamentale principio, affermato anche in sede comunitaria, di effettività della tutela ⁽³⁴⁾ del cittadino che venga leso da un atto illegittimo della Pubblica Amministrazione. Se, invero, si ritenesse dall'art. 30, comma 3, c.p.a., imposto al danneggiato l'onere di attivare i rimedi giurisdizionali necessari ad evitare il danno, si renderebbe più difficoltosa e, quindi, meno piena, la tutela degli interessi legittimi. Con ciò, determinandosi, del resto, una disparità di trattamento rispetto alle azioni di risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi, in relazione ai quali risulta invece pacifico l'orientamento dei giudici civili a favore dell'esclusione dall'ordinaria diligenza, ex art. 1227 c.c., dell'esercizio di qualunque rimedio di natura giurisdizionale.

5. OSSERVAZIONI CRITICHE

Nonostante l'apprezzabile sforzo del Consiglio di Stato nell'assicurare per questa via una tutela più efficace al privato danneggiato, la sentenza in esame non si sottrae, tuttavia, ad alcune considerazioni critiche.

Ciò che si contesta è, in particolare, l'aver affermato un principio generale che, non considerando la reale efficienza causale del comportamento complessivo del privato sull'ammontare del pregiudizio, si traduce, in definitiva, in una mera petizione di principio. Ci si riferisce, più nel dettaglio, al già citato passo della sentenza, in cui la Quarta Sezione afferma che al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, non è necessario che il privato impugni l'atto, essendo, invece, sufficiente che solleciti la P.A. a rimuoverlo in autotutela. Ad avviso di chi scrive, ciò conduce l'interprete ad un uso non perfettamente adeguato del metodo di accertamento del nesso di causalità.

Non va dimenticato, infatti, che ai fini dell'esclusione del risarcimento del danno derivante dall'altrui fatto illecito, il comma 2 dell'art. 1227 c.c. richiede che venga accertata l'efficienza eziologica del comportamento, nella sua globalità, negligente del danneggiato sull'ammontare del pregiudizio. Più nel dettaglio, detto apprezzamento va condotto in concreto, in quanto si tratta di verificare la sussistenza di uno specifico elemento costitutivo del fatto illecito, quale appunto il nesso di causalità giudica. Se, dunque, tale giudizio va condotto concretamente e caso per caso, occorre, allora, considerare tutti i fattori eziologici

⁽³³⁾ Così, D'HERIN, *La rilevanza nel giudizio risarcitorio dell'omessa o tardiva impugnazione dell'atto illegittimo*, cit., 340.

⁽³⁴⁾ Sulla compatibilità della regola dell'autonomia dell'azione risarcitoria con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ex art 24 Cost., si rimanda all'interessante lavoro di INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, in www.federalismi.it, 2013, all'esito del quale l'A. afferma che « il principio di effettività della tutela impone di riconoscere al soggetto danneggiato la libertà di proporre l'azione più adeguata a soddisfare l'interesse sostanziale e a ristorarlo del pregiudizio subito ». « Tale soluzione — prosegue l'Autore — appare la più coerente con un modello processuale in cui la logica della spettanza ha determinato il riconoscimento al giudice amministrativo di ampi poteri decisionali rispetto alla situazione dedotta in giudizio che, fermo restando il limite del divieto di pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 4, c.p.a.), possono tradursi [...] in pronunzie ben lontane dal tradizionale modello caducatorio ».

effettivamente presenti nella fattispecie, nonché verificare la reale efficienza causale che ognuno di essi esercita sulla produzione del danno.

Senonché, nel caso di specie, la Quarta Sezione, da un lato, indebitamente omette di considerare l'efficienza eziologica della mancata proposizione della domanda di annullamento; dall'altro lato, afferma che la semplice proposizione di un avviso di danno sia condotta da sola sufficiente onde evitare in tutto o in parte il danno.

Quanto alla mancata attivazione del rimedio caducatorio, va per la verità precisato che nel caso in oggetto la ricorrente, intanto omette di impugnare, in quanto non ha in concreto l'interesse all'annullamento del provvedimento. Il pregiudizio, infatti, non deriva direttamente dall'atto amministrativo, che è pienamente legittimo, ma dal complessivo comportamento dell'Amministrazione. Si può, allora, sostenere che il Consiglio di Stato, nel riconoscere tale difetto di interesse in capo alla danneggiata, implicitamente ritenga che l'omessa impugnazione dell'atto amministrativo sia eziologicamente ininfluenza sull'ammontare del danno. A ben vedere, infatti, se il privato non ha l'interesse ad impugnare, non si vede quale efficacia causale sulla mitigazione del danno possa rivestire la proposizione della domanda di annullamento. Infatti, quand'anche detta azione fosse stata proposta, il giudice l'avrebbe in ogni caso respinta, in virtù della carenza di interesse all'annullamento. Sicché, si può pacificamente ritenere che l'omessa proposizione del rimedio demolitorio, nel caso specifico affrontato dalla sentenza in commento, non abbia alcuna rilevanza eziologica sulla produzione del danno.

Tuttavia, ciò che desta perplessità è — come innanzi riferito — il principio generale subito dopo affermato dal Consiglio di Stato, per il quale, ai fini del giudizio sul *quantum* del risarcimento, non è necessario che il privato impugni l'atto lesivo. Ciò comporta che dal novero dei comportamenti esigibili dal creditore, *ex art. 1227 c.c.*, si possa, di conseguenza, prescindere dalla proposizione della domanda di annullamento. Pertanto, se si ritiene già in radice escluso dall'onere comportamentale in questione l'esercizio dell'azione di annullamento, non avrebbe alcun senso accertare l'efficienza causale che la sua mancata attivazione produca sull'ammontare del pregiudizio.

Questa impostazione, tuttavia, non può essere accolta, in quanto, così opinando, si eliminerebbe indebitamente dal giudizio di accertamento del nesso di causalità un importante fattore eziologico, quale appunto l'omissione dell'azione di annullamento, che nella maggior parte dei casi si rileva decisiva ai fini dell'aggravamento del pregiudizio. Rinviando al prosieguo della presente trattazione per le dovute osservazioni sulla correttezza del descritto principio di diritto, giova in questa sede, invece, soffermare l'attenzione sul secondo passaggio del giudizio eziologico compiuto dalla sentenza in esame.

Orbene, nel scrutinare la fondatezza della domanda risarcitoria autonoma, il Consiglio di Stato reputa sufficiente, ai fini del giudizio di quantificazione del danno, *ex art. 1227, comma 2, c.c.*, che il privato abbia fatto ricorso a mezzi di tutela stragiudiziale, come l'avviso, espresso in sede di conferenze di servizi, dell'intenzione di ottenere il ristoro del danno. Detto comportamento è ad avviso dei giudici amministrativi conforme all'ordinaria diligenza, in quanto appare, per le peculiarità del caso di specie, adeguato a mettere la P.A. nelle condizioni di adottare le opportune misure atte ad evitare il prolungamento dell'occupazione, e quindi, del pregiudizio della società. Nel caso di specie, infatti, il danno non deriva direttamente da un provvedimento amministrativo, ma più propriamente dal comportamento di illecita occupazione del fondo da parte dell'Amministrazione. Non essendovi,

dunque, alcun atto da impugnare, ovvero da rimuovere in autotutela, la manifestazione della volontà di ottenere il risarcimento del danno espressa all'ente occupante sembra, allora, ai giudici del Consiglio di Stato l'unica condotta concretamente esigibile dalla danneggiata. Del resto, — prosegue il ragionamento della Quarta Sezione — non si potrebbe richiedere alla società ricorrente di provvedere, di sua iniziativa e a sue spese, a liberare il terreno dai materiali di risulta, traducendosi detta pretesa in un «comportamento oltremodo oneroso ed eccedente l'obbligo di cooperazione del danneggiato».

A fronte della ragionevolezza, *in parte qua*, dalla decisione in esame, ciò che, invece, non convince pienamente è, ancora una volta, il principio generale espresso dal Consiglio di Stato. L'affermazione secondo cui «al fine dell'esclusione del risarcimento del danno che il privato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza [...] è sufficiente che la P.A. sia messa in condizione, tramite l'avviso di danno, di adottare gli opportuni rimedi» si rivela incompleta, se non priva di fondamento. La sentenza ritiene, infatti, che affinché il danneggiato sia considerato diligente ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., è sufficiente che egli solleciti l'Amministrazione a rimuovere il provvedimento in autotutela, senza però preoccuparsi della reale efficienza causale che detto comportamento possa determinare sulla riduzione del pregiudizio.

Occorre, in proposito, considerare che non tutti i comportamenti di questo tipo si rivelano eziologicamente determinanti ai fini dell'esclusione del danno. L'esercizio del potere di autotutela, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza ⁽³⁵⁾, ha infatti natura prettamente discrezionale. Gli stessi artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990, disciplinando l'esercizio di detto potere di riesame da parte della P.A., non a caso si esprimono espressamente in termini di «potere» e non già di «dovere». Inoltre, per rimuovere un precedente atto amministrativo, è pur sempre necessaria la sussistenza dell'interesse pubblico, il cui accertamento è ovviamente demandato alla stessa Autorità. Ne consegue, allora, che l'esito demolitorio in sede di riesame di un precedente provvedimento amministrativo dipende sostanzialmente dalla discrezionalità dell'Amministrazione; sicché, l'invito all'autotutela, per quanto possa manifestare un comportamento *lato sensu* collaborativo del danneggiato, non ha nella maggior parte dei casi reale efficienza eziologica sul ritiro dell'atto e quindi sull'esclusione del danno ⁽³⁶⁾.

Tanto premesso, non sembra, allora, si possa assegnare, nel giudizio di conformità della condotta del creditore all'ordinaria diligenza, ruolo decisivo al semplice invito rivolto alla

⁽³⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2010, n. 4308; TAR Marche, Sez. I, 8 novembre 2010, n. 3373; TAR Lazio, Sez. I, 5 maggio 2010, n. 9769.

⁽³⁶⁾ Della stessa idea è PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 178; nonché COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 918, il quale, a tale riguardo afferma che l'annullamento d'ufficio, nel caso di illegittimità del provvedimento amministrativo, «lungi dal connotarsi in termini di obbligo per la P.A., presuppone, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, la valutazione discrezionale e comparativa dei diversi interessi in gioco». Interessante è, del pari, il ragionamento seguito da GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, in *www.giustamm.it*, 2010, secondo cui l'approccio interpretativo che ritiene sufficiente ad integrare l'ordinaria diligenza, *ex art. 1227 c.c.*, la proposizione di un'istanza di autotutela si pone in contrasto col tenore letterale dell'art. 30 c.p.a. «L'invito all'autotutela non costituisce, infatti, in senso tecnico uno "strumento di tutela" da parte del danneggiato. Inoltre, nell'unico caso — a quanto consta — in cui è stata data ad esso rilevanza, ai fini dell'art. 1227 cod. civ. (si tratta dell'art. 6 c.5 del D. Lgs. n. 53/2010, a proposito della previa comunicazione dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale in materia di aggiudicazione di appalti pubblici), detta iniziativa non esonera certo dalla successiva impugnazione degli atti della procedura, tant'è che il

P.A. di rimuovere il proprio atto in autotutela. Ciò in quanto la norma di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., non assegna al giudice il mero compito di accertare la diligenza del creditore secondo il parametro della pura e semplice «leale collaborazione tra i consociati», ma richiede che il danneggiato ponga in essere comportamenti che siano in concreto causalmente rilevanti onde evitare in tutto o in parte il danno. In altri termini, per ritenersi adempiuto l'onere di diligenza, ex art. 1227 c.c., non è sufficiente che il creditore ponga in essere un comportamento collaborativo «purché sia», ma è necessario tenere una condotta eziologicamente qualificata, che, all'esito di un giudizio ipotetico di tipo contro-fattuale, risulti concretamente idonea ad evitare il danno. Orbene, poiché l'istanza di autotutela si scontra con l'esercizio di un potere discrezionale, il cui esito non è agevolmente prevedibile, non sembra si possa riconoscere a tale comportamento, da sé solo considerato, un'efficienza causale idonea a mitigare il danno.

Volendo concludere sul punto, si potrebbe allora ritenere che la decisione in epigrafe introduce nei rapporti tra la domanda di annullamento e quella risarcitoria una sorta di «automatismo inverso» rispetto a quello che parte della dottrina⁽³⁷⁾ attribuisce alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011. Se, da un lato, quest'ultima pare aver dato eccessivo peso nel giudizio sul comportamento delle parti alla mancata proposizione della domanda di annullamento, di talché tale omissione è destinata a determinare in modo quasi automatico l'esclusione del risarcimento, dall'altro lato, la sentenza n. 1605/2014 ritiene sufficiente ai fini della mitigazione del danno il mero esercizio di rimedi stragiudiziali, senza preoccuparsi di accertare in concreto l'efficienza eziologica di tale condotta sull'ammontare del pregiudizio.

6. LA SOLUZIONE AL PROBLEMA DELLA «PREGIUDIZIALITÀ AMMINISTRATIVA» PASSA ATTRAVERSO L'ACCERTAMENTO, CASO PER CASO, DELL'EFFICIENZA CAUSALE DEL MANCATO ESERCIZIO DEGLI STRUMENTI DI TUTELA E DELL'ELEMENTO PSICOLOGICO IN CAPO AL DANNEGGIATO

Il problema in questione va, invece, affrontato e risolto senza apriorismi di sorta, ma tenendo in debita considerazione alcuni dati, emergenti dal diritto positivo, dalla sua *ratio* e dall'interpretazione di esso fornita dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, che, unitamente considerati, sembrano propendere per una soluzione interpretativa difforme da quella avanzata dalla sentenza in commento.

Quanto al primo dato, ossia al dettato legislativo, non si può non tenere conto dell'ampia formulazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a., il quale afferma che nel determinare il risarcimento, il giudice debba valutare il comportamento complessivo delle parti ed escludere il risarcimento di quei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, «anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti». La norma, nel fare riferimento all'esercizio degli «strumenti di tutela previsti», senza specificazione alcuna, conduce inevitabilmente l'interprete a dover considerare tutti i comportamenti del privato, quindi, non solo quelli consistenti nell'attivazione di rimedi stragiudiziali, ma anche l'esple-

risarcimento del danno per mancato conseguimento del contratto è ricollegato pur sempre all'annullamento dell'aggiudicazione non seguita dalla caducazione del contratto stesso».

⁽³⁷⁾ GIANNELLI, *La Pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione*, cit., 46.

tamento di mezzi di tutela giurisdizionale ⁽³⁸⁾. In questo senso depone, del resto, il mancato espresso richiamo, da parte dell'art. 30 c.p.a., all'art. 1227 c.c., nonostante venga affermato un principio di analoga natura. Il legislatore, invero, ben conscio dell'indirizzo prevalente nella giurisprudenza civile, circa la non conformità all'ordinaria diligenza della proposizione di rimedi processuali da parte del danneggiato, preferisce sgombrare il campo da ogni equivoco, ritenendo viceversa esigibile la loro attivazione nei rapporti di diritto amministrativo ⁽³⁹⁾. Detto altrimenti, l'art. 30 c.p.a., omettendo di rinviare *expressis verbis* all'art. 1227 c.c., intende superare il tradizionale orientamento della Cassazione ⁽⁴⁰⁾ in merito al concetto di ordinaria diligenza, mostrando di voler estendere detto principio civilistico anche ai rapporti tra la domanda risarcitoria autonoma e l'azione di annullamento giurisdizionale.

Passando all'analisi del secondo dato, ossia alla ragione giustificatrice posta alla base dell'art. 30 c.p.a., si può notare come essa sia desumibile innanzitutto dalla generale intenzione del legislatore del 2010 di risolvere il problema della pregiudiziale amministrativa con una soluzione di compromesso ⁽⁴¹⁾ tra le due tesi fino a quel momento dominanti in giurisprudenza. È noto l'intenso dibattito sviluppatosi, prima dell'introduzione del Codice, tra la giurisprudenza del Consiglio di Stato, favorevole a condizionare l'esperibilità dell'azione risarcitoria all'utile esercizio della domanda di annullamento, pena l'inammissibilità della prima domanda se proposta in forma autonoma, e quella della Cassazione, da sempre nettamente contraria ad ogni forma di pregiudizialità amministrativa ⁽⁴²⁾. Orbene, il legi-

⁽³⁸⁾ Cfr., in dottrina, quanto affermato da CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1707 ss., secondo cui non sussiste dubbio che la locuzione « anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti » sia evocativa della facoltà di impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento lesivo causativo del danno; nonché da GRECO, *Che fine ha fatto la pregiudizialità amministrativa?*, cit., secondo cui, l'art. 30 c.p.a., nel far riferimento all'« esperimento degli strumenti di tutela previsti » ricomprende altresì l'impugnazione degli atti amministrativi, « superando anche sotto questo profilo quel consolidato orientamento della giurisprudenza civile, che ha sempre escluso che la tutela giurisdizionale fosse da ricomprendere tra i comportamenti normalmente esigibile dal danneggiato, anche per i costi e i rischi che un'iniziativa di tal fatta comporta ».

⁽³⁹⁾ Della stessa idea è INTERLANDI, *La pregiudiziale amministrativa tra modelli processuali ed effettività della tutela*, cit.; nonché NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, in *www.federalismi.it*, 2011, secondo cui « la scelta di non inserire un espresso riferimento all'art. 1227 c.c. è stata opportuna, soprattutto avendo riguardo alla giurisprudenza civile formatasi su tale norma ». Più oltre si spinge GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, il quale ritiene che l'art. 30 sia una norma « volta a risolvere un problema di rapporti fra diverse forme di tutela che è del tutto estraneo all'art. 1227 del codice civile ». Non è invero ignoto all'Autore l'indirizzo maggioritario della Corte di cassazione, secondo cui fra i doveri del danneggiato imposti da detto articolo non rientri quello di agire in giudizio contro il debitore, « per ridurre un danno (come ad esempio la maturazione degli interessi moratori) che potrebbe essere evitato attraverso lo spontaneo adempimento dell'obbligazione ». « L'onere di esperire mezzi di tutela diversi dall'azione risarcitoria — conclude l'A. — non può quindi essere mutuato dalla citata disposizione civilistica ma costituisce una regola “speciale” che affonda le sue radici in una permanente concezione pubblicistica della responsabilità della p.a. per l'esercizio della sua funzione autoritativa secondo la quale l'annullamento dell'atto lesivo costituisce il modo ordinario di protezione dell'interesse legittimo ».

⁽⁴⁰⁾ V. note 14 e 15.

⁽⁴¹⁾ Cfr. in dottrina, tra gli altri, D'ORSOGNA, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 575; POLICE, *Le forme della giurisdizione*, cit., 126; SANDULLI (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, cit., 176; CHEPPA-GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 905; ZUBALLI, *Codice del processo amministrativo. Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*, in *www.giustamm.it*, 2010.

⁽⁴²⁾ Per una breve disamina dei due orientamenti in discorso, si vedano le note 2 e 3.

slatore del Codice decide di non sposare a pieno nessuna delle due impostazioni, preferendo ragionevolmente ⁽⁴³⁾ addivenire ad una soluzione appunto compromissoria, secondo cui l'esercizio/mancato esercizio dell'azione di annullamento non rileva più sul piano dell'ammissibilità/inammissibilità in rito della domanda risarcitoria (la quale può invece essere proposta autonomamente), ma va valutato in un secondo momento, allorché il giudice accerti sul piano sostanziale la fondatezza della pretesa del ricorrente al ristoro del danno.

Che questa sia la *ratio* dell'art. 30 c.p.a. viene, del resto, confermata dalla stessa Relazione di accompagnamento al Codice del processo amministrativo, secondo cui « in relazione alla nota questione della c.d. pregiudiziale amministrativa, si è optato per l'autonoma esperibilità della tutela risarcitoria per la lesione delle posizioni di interesse legittimo, prevedendo per l'esercizio di tale azione un termine di decadenza di 120 giorni [...] e affermando l'applicazione di principi analoghi a quelli espressi dall'art. 1227 cod. civ. per quanto riguarda i danni che avrebbero potuto essere evitati mediante il tempestivo esperimento dell'azione di annullamento ».

Nella medesima direzione sembra, infine, essere orientato anche il terzo dato da considerare, ovvero l'interpretazione della giurisprudenza amministrativa. L'indirizzo ad oggi prevalente ⁽⁴⁴⁾, in adesione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, annovera tra gli strumenti di tutela azionabili dal ricorrente, ai sensi del comma 3 dell'art. 30 c.p.a., anche la domanda di annullamento ⁽⁴⁵⁾, senza tuttavia trascurare l'efficienza eziologica che sull'ammontare del danno esercita l'eventuale attivazione di altri rimedi stragiudiziali ⁽⁴⁶⁾.

Da questi tre dati inconfutabili emerge, allora, la necessità di considerare compreso

⁽⁴³⁾ Negli stessi termini, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248, il quale parla di scelta « saggia » dell'art. 30 c.p.a. nell'aver tracciato un'esegesi intermedia delle due tesi in discorso, aggiungendo « che, proprio in quanto interpretativa, ben si presta ad essere applicata anche alle vicende anteriori alla sua vigenza ».

⁽⁴⁴⁾ Cfr., in particolare, TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 561; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592; TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 15 marzo 2012, n. 1290; TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 151; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 maggio 2011, n. 3766; Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248; nonché Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610; e Cons. Stato, Sez. III, 2 dicembre 2011, n. 6396.

⁽⁴⁵⁾ Si veda, per esempio, quanto ritenuto da Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2610, secondo cui, « pur non sussistendo una pregiudizialità di rito già nel quadro normativo anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, deve (e doveva) ravvisarsi immanente nell'ordinamento il principio che la mancata impugnazione del provvedimento amministrativo poteva essere ritenuto un comportamento contrario a buona fede, qualora fosse stato accertato che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno »; nello stesso senso, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337; nonché TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 maggio 2011, n. 3766, per i quali occorre riconoscere che dal codice del processo amministrativo deriva — testualmente — « la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi ». Si veda, ancora, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248, il quale introduce un ulteriore argomento a favore della tesi in questione. Degno di considerazione è a tal fine il passaggio della motivazione in cui i giudici siciliani affermano che « il principio fondamentale rilevato dall'art. 30 è che, in presenza d'un atto lesivo illegittimo, il soggetto danneggiato è onerato della relativa impugnazione; ciò secondo canoni di correttezza e di buona fede, ma anche perché il principio di coerenza dell'ordinamento non tollera che un atto giuridico (ancor prima che amministrativo) sia, da un lato, definitivamente efficace e inoppugnabile, e dall'altro venga assunto a base di una fattispecie illecita, senza però poter essere rimosso dall'ordinamento giuridico (e potendo continuare a fare danni) ».

⁽⁴⁶⁾ Cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, 21 marzo 2012, n. 592, secondo cui « l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno », come l'invito all'autotutela o i ricorsi amministrativi;

nell'ordinaria diligenza di cui all'art. 30, comma 3, c.p.a., anche l'esercizio di rimedi giurisdizionali, come la domanda di annullamento. Di talché, si deve ritenere che il ricorrente che abbia omesso di impugnare l'atto lesivo, in sede risarcitoria corre il serio rischio di vedersi decurtato il risarcimento del danno, qualora risultasse che l'annullamento del provvedimento avrebbe ridotto o del tutto eliminato il pregiudizio.

Tuttavia, non si vuole con ciò sostenere che si sia al cospetto di un mero automatismo tra mancata proposizione del rimedio caducatorio ed esclusione del risarcimento, quasi alla stregua di una pregiudizialità sostanziale tra le due azioni. Al contrario, l'omissione della domanda di annullamento non rileva *sic et simpliciter*, ma necessita della contemporanea presenza nel caso concreto di ulteriori requisiti che il giudice amministrativo è tenuto ad accertare.

Più nel dettaglio, è, in primo luogo, opportuno inquadrare detta condotta omissiva all'interno del comportamento globale del danneggiato, onde appurare se egli abbia, ciò nonostante, attivato altri strumenti di tutela di tipo stragiudiziale, ovvero sia rimasto completamente inerte ⁽⁴⁷⁾.

Il secondo passo da compiere consiste, poi, nell'accertamento, caso per caso, del nesso di causalità giuridica tra la condotta complessiva del privato e l'ammontare del danno-conseguenza. Così, occorre *in primis* valutare l'efficienza causale della mancata proposizione della domanda di annullamento sul *quantum* del pregiudizio, per verificare se l'esercizio di tale azione avrebbe portato alla caducazione del provvedimento lesivo e quindi alla mitigazione del danno. Sicché, qualora dovesse risultare che, per le peculiarità del caso di specie, l'esercizio di tale azione non avrebbe scongiurato la produzione di un danno che si sarebbe comunque verificato, il danneggiato non impugnante dovrebbe essere considerato ciò nonostante diligente, ed il giudice sarebbe tenuto a ritenere fondata, *in parte qua*, la sua domanda risarcitoria ⁽⁴⁸⁾.

Bisogna, poi, scrutinare l'efficienza eziologica sull'ammontare del danno esercitata

nonché TAR Umbria, Perugia, Sez. I, 5 dicembre 2013, n. 561, il quale afferma chiaramente, e in modo condivisibile, che « l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (c.d. invito all'autotutela) ». « L'istanza di annullamento in autotutela — concludono i giudici amministrativi — costituisce dunque comportamento valutabile ai fini del giudizio di diligenza ex art. 1227 c.c. del soggetto danneggiato [...] giudizio che può naturalmente concludersi con una riduzione proporzionale del risarcimento o con la sua stessa negazione ».

⁽⁴⁷⁾ In questo senso, CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel Codice del processo amministrativo*, cit., il quale avverte che « gli "strumenti di tutela previsti" devono essere considerati in modo estensivo, al fine di comprendere non solo quelli giudiziali ma anche ulteriori strumenti, quali quelli volti a sollecitare i poteri di autotutela »; nonché NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, cit.

⁽⁴⁸⁾ La necessità di accertare in concreto l'efficienza causale della mancata proposizione dell'azione demolitoria sull'ammontare del danno, è chiaramente evidenziata dal già citato Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 20 febbraio 2013, n. 248, il quale ci tiene a precisare che « detto onere di impugnazione — al cui mancato assolvimento si riconnette non più l'inammissibilità della domanda risarcitoria, bensì la sua infondatezza nel merito, in applicazione del principio di concorrente auto responsabilità del creditore — va valutato in ciascun caso concreto: nel senso che tale onere sussiste soltanto allorché si accerti che, effettivamente, l'impugnazione dell'atto lesivo avrebbe potuto concretamente giovare al ricorrente, e non invece ove sia evidente che il gravame non avrebbe in alcun modo potuto elidere, né ridurre il danno cagionato dall'atto amministrativo illegittimo ». La stessa esigenza di accertamento in concreto è avvertita, in dottrina, da CICERO-MELAS, *Azione risarcitoria e pregiudiziale ammi-*

dall'eventuale proposizione di rimedi extragiudiziali, come i ricorsi amministrativi interni e/o le istanze di autotutela, tenendo ben presente che l'esito di tale giudizio dovrà essere diverso a seconda del tipo di rimedio stragiudiziale in concreto attivato.

Invero, nel caso in cui il privato abbia proposto un ricorso amministrativo, detto accertamento sarà più agevole per l'interprete, in quanto l'Amministrazione, chiamata a pronunciarsi su tale istanza, è obbligata ad annullare l'atto qualora risulti illegittimo. Ne deriva, allora, che il danneggiato, che non abbia impugnato il provvedimento in sede giurisdizionale, dovrebbe essere qualificato allo stesso modo diligente, stante l'idoneità causale del ricorso amministrativo alla caducazione dello stesso.

Nel caso dell'autotutela, invece, l'accertamento del nesso di causalità sarà più complesso, in quanto detto potere di riesame ha natura prettamente discrezionale; pertanto, il danneggiato che abbia sollecitato l'Autorità a rivedere le proprie decisioni, non può dirsi per ciò solo diligente, essendo invece opportuno, anche in questo caso, accertare concretamente la reale efficienza eziologica di tale comportamento sul ritiro dell'atto e quindi sulla mitigazione del danno ⁽⁴⁹⁾.

Infine, può accadere che il privato leso da un atto amministrativo sia rimasto completamente inerte, non provvedendo né ad impugnare il provvedimento, né ad attivare altri rimedi di tipo extragiudiziale. Anche in questo caso, occorrerà valutare l'effettiva efficienza

nistrativa: il codice del processo e la prassi giurisprudenziale, cit., 105; nonché da PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità*, cit.; e da QUINTO, *Le "convergenze parallele" nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A. P. n. 3 del 2011*, cit., secondo cui dall'art. 30 c.p.a. esce sicuramente rafforzato il ruolo del giudice amministrativo, il quale, in virtù del principio della «causalità ipotetica», diventa arbitro della «pregiudiziale amministrativa». Interessanti sono, inoltre, le conclusioni interpretative cui, al riguardo, giunge COPPOLA, *L'art. 1227 c.c. dinanzi al giudice amministrativo*, cit., 918, il quale ritiene necessario che il giudice valuti caso per caso «la concreta esigibilità» dell'esperimento di azioni giudiziali da parte del privato, «al fine di evidenziare se nell'ipotesi di specie, in una logica costi-benefici, il ritardato od il mancato esperimento della tutela giurisdizionale si riveli comportamento abusivo e, come tale, idoneo ad aggravare la posizione debitoria, senza corrispondenti vantaggi per il creditore, ovvero se, all'opposto, risponda all'esigenza di evitare che il creditore/danneggiato subisca apprezzabili sacrifici, specialmente in termini economici».

⁽⁴⁹⁾ In merito, si veda PAPPANO, *Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi*, cit., 448, il quale, dopo aver evidenziato che sia il ricorso amministrativo che l'invito all'autotutela rappresentano due strumenti di tutela esigibili secondo buona fede, «esperando i quali il privato leso mostra interesse all'eliminazione del provvedimento», avverte che «ciò non significa che, in ogni caso, è sufficiente una richiesta di autotutela per garantirsi la successiva sicura pronuncia di fondatezza della domanda autonoma di danni, ma più semplicemente che i comportamenti attivi stragiudiziali, nel singolo caso concreto, possono anche da soli sostenere una successiva autonoma pronuncia di danno»; nonché PENASA, *Infine una risolutiva parola dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sull'onere del cittadino di impugnare l'atto amministrativo fonte di un danno ingiusto*, cit., 180 ss., il quale, nel distinguere le ipotesi in cui il privato proponga un ricorso amministrativo da quelle in cui si limiti a richiedere la rimozione dell'atto in autotutela, afferma che in questo secondo caso, a differenza del primo, l'onere di diligenza non può dirsi assolto. Tuttavia, l'A. precisa che questo vale solo di regola, in quanto non si può escludere «a priori» che, nel caso concreto, la mera proposizione dell'istanza integri un comportamento diligente da parte del danneggiato: ad esempio qualora la P.A., a seguito dell'istanza, abbia tenuto condotte idonee ad ingenerare un ragionevole affidamento in ordine all'adozione di un provvedimento di annullamento del suo atto, tali da far ritenere inutile il ricorso al giudice amministrativo». Lo stessa necessità di valutare l'efficienza eziologica, nel singolo caso concreto, della richiesta di autotutela sulla consolidazione del danno è altresì avvertita, da GISONDI, *La disciplina delle azioni di condanna nel nuovo codice del processo amministrativo*, cit., il quale evidenzia un ulteriore profilo connesso all'esercizio di tale potere. L'A., invero, pur ritenendo che l'accertamento del nesso di causalità sia in questi casi non agevole, stante l'ostacolo della discrezionalità amministrativa, ammette che in alcune ipotesi l'Amministrazione sia viceversa obbligata a rimuovere l'atto dannoso. Ciò, in particolare, si verifica quando l'istanza di autotutela sia avanzata prima del decorso del termine di decadenza per proporre la domanda di annullamento, in quanto «fino a tale momento l'emanazione del provvedimento

causale di tale condotta omissiva sull'ammontare del danno, senza addivenire a soluzioni di principio, che affermino inopinatamente la negligenza del privato.

Il terzo ed ultimo passaggio da compiere per ritenere il comportamento del danneggiato contrario all'ordinaria diligenza, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 30 c.p.a. e 1227 c.c., attiene all'elemento psicologico. Si tratta di un aspetto, per la verità, poco considerato dalla dottrina⁽⁵⁰⁾ e dalla giurisprudenza⁽⁵¹⁾, ma che, ad avviso di chi scrive, è rilevante ai fini della risoluzione della questione dei rapporti tra la domanda di annullamento e quella risarcitoria.

Per convincersi di ciò, è sufficiente osservare come entrambe le disposizioni su richiamate, nel far riferimento ai danni evitabili dal creditore/danneggiato usando «l'ordinaria diligenza», impongono di accertare, non soltanto l'efficienza causale della condotta dovevosa omessa sull'ammontare del danno, ma altresì la negligenza, e quindi la colpa, del privato⁽⁵²⁾.

Giova, tuttavia, osservare che la diligenza richiesta al creditore per l'adempimento dell'onere collaborativo ex art. 1227, comma 2, c.c., non è assimilabile a quella che il debitore deve impiegare per l'esecuzione dell'obbligazione. Ciò in quanto l'interesse creditorio sotteso all'esecuzione della prestazione ha un peso diverso, nel bilanciamento delle due posizioni obbligatorie, rispetto a quello del debitore, tutelato dal comma 2 dell'art. 1227 c.c.⁽⁵³⁾. Il primo, invero, fonda l'esistenza dell'obbligazione, essendo, come recita l'art. 1174 c.c., l'obiettivo primario cui essa tende; il secondo, viceversa, consiste nell'interesse del

to illegittimo rimane qualificabile come fatto illecito di cui è la P.A. *in primis* ad essere responsabile e, quindi, onerata della rimozione delle relative conseguenze dannose». Sul versante giurisprudenziale, si segnala il contributo di TAR Puglia, Bari, 21 marzo 2012, n. 592, secondo cui «se [...] affinché la condotta del danneggiato sia ritenuta conforme all'ordinaria diligenza, non è indispensabile la rituale proposizione dell'azione caducatoria, non può la mera richiesta di annullamento in autotutela avere, in concreto, la medesima valenza sul piano eziologico, pur se ipotetico, dell'evitabilità del danno».

⁽⁵⁰⁾ Di questo aspetto se ne occupano, in particolare, NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, cit.; CAPONI, *La riforma del processo amministrativo: primi appunti per una riflessione*, in *www.giustamm.it*, 2010.

⁽⁵¹⁾ Una traccia di questo aspetto, la si ritrova in una sentenza immediatamente successiva all'Adunanza Plenaria, n. 3/2011; si tratta di Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.

⁽⁵²⁾ In merito all'art. 1227, comma 2, c.c., si veda quanto affermato da Cass. civ., 6 luglio 2002, n. 9850, che, riproponendo la tesi tradizionale della Cassazione, secondo cui «non può esigersi che il creditore o il danneggiato, per non aggravare le conseguenze dannose che gli derivano dall'inadempimento o dal fatto illecito altrui, si assoggetti ad un'attività abnorme e più onerosa di quel che comporti l'ordinaria diligenza», precisa che l'inerzia del creditore diventa rilevante «solo quando essa sia ascrivibile a dolo o colpa». L'opportunità di accertare l'elemento psicologico in capo al ricorrente, che ometta di impugnare, viene tratta anche dall'art. 30, comma 3, c.p.a. A tal proposito, si veda NUNZIATA, *Il risarcimento del danno conquista l'autonomia? I nuovi rapporti tra l'azione risarcitoria e quella per l'annullamento nel Codice del processo*, cit., per il quale «la drastica previsione per cui il giudice deve comunque escludere il danno che sarebbe stato possibile evitare attraverso l'attivazione degli strumenti di tutela, non deve condurre ad un'applicazione automatica della norma, scevra dalla valutazione dell'elemento psicologico e della condotta complessiva di entrambe le parti, sia il danneggiato, ma anche il danneggiante».

⁽⁵³⁾ In questo senso, si rimanda all'autorevole insegnamento di BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, cit., 431 ss., il quale spiega che «l'imposizione all'avente diritto della stessa diligenza del debitore attribuirebbe al creditore, in quanto tale, la posizione di obbligato nell'ambito dello stesso rapporto obbligatorio. Costruzione, questa, che è inaccettabile poiché [...] essa finirebbe con l'elevare un interesse di salvaguardia del debitore al grado di interesse creditorio e snaturerebbe quindi la struttura di un rapporto che si costituisce e ha normativamente ragione di essere in quanto volto a realizzare l'interesse del soggetto attivo a ricevere la prestazione». Alla medesima conclusione perviene, inoltre, LUCIANI,

danneggiante a non vedersi aggravata la sua situazione patrimoniale in sede di corresponsione del risarcimento, per via di un comportamento scorretto della controparte. Conseguentemente, si deve ritenere che il grado di diligenza esigibile dal creditore nell'adempimento dell'onere collaborativo in questione sia minore rispetto a quello richiedibile dal debitore nell'esecuzione della prestazione. La diligenza del creditore/danneggiato non sarà quindi quella del buon padre di famiglia, imposta dall'art. 1176 c.c. all'esecutore dell'obbligazione, ma consisterà più semplicemente in uno sforzo da contenere nei limiti del c.d. apprezzabile sacrificio⁽⁵⁴⁾.

Da ciò si deduce, con un ragionamento *a contrario*, che intanto può imputarsi al creditore/danneggiato di aver tenuto una condotta omissiva negligente, ex art. 1227, comma 2, c.c., in quanto si accerti che lo stesso non si sia minimamente sforzato nel collaborare con il debitore per evitare l'aumento del danno-conseguenza. Detto altrimenti, per ritenere il danneggiato responsabile dell'aggravamento del pregiudizio dallo stesso sofferto, è necessario che costui abbia tenuto un comportamento omissivo gravemente colposo ovvero doloso.

Calando queste considerazioni al tema dei rapporti tra l'azione risarcitoria e quella demolitoria, delineati dall'art. 30 c.p.a., ne deriva, allora, che, onde pervenire all'esclusione del risarcimento di quei danni che il privato non ha evitato «usando l'ordinaria diligenza», non è sufficiente accertare il nesso di causalità tra la sua condotta omissiva e l'aggravamento del pregiudizio, essendo necessario verificare, altresì, la sussistenza di una partecipazione psicologica, connotata quantomeno da colpa grave, del ricorrente che agisca per il risarcimento in forma autonoma. La necessaria presenza della colpevolezza del danneggiato come requisito da accertare nel giudizio risarcitorio, non è, del resto, completamente estranea alla giurisprudenza amministrativa⁽⁵⁵⁾. A ben vedere, inoltre, questo atteggiamento gravemente colposo del ricorrente sembra, in definitiva, coincidere proprio con quel «comportamento di tipo opportunistico» del privato, cui l'Adunanza Plenaria n. 3/2011 fa riferimento al fine di pervenire alla mitigazione del risarcimento del danno.

Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo, cit., 529 ss., secondo cui l'ordinaria diligenza richiesta dall'art. 1227, comma 2, c.c., riguarda unicamente i danni ulteriori che possono essere evitati esclusivamente dal danneggiato, «la cui evitabilità cioè ricada sotto il suo "esclusivo controllo giuridico ed economico"». Ciò in quanto, applicando detta norma civilistica anche ai danni ulteriori evitabili dal danneggiato, «si finirebbe per qualificare l'obbligo di correttezza del danneggiato come un dovere assoluto, equiparato al dovere generale del *neminem laedere* violato dal danneggiante. Più in generale si arriverebbe ad esigere dal creditore lo stesso grado di diligenza imposto al debitore per l'esecuzione dell'obbligazione; ad attribuire cioè "al creditore in quanto tale la posizione di obbligato nell'ambito dello stesso rapporto obbligatorio"».

⁽⁵⁴⁾ Così, espressamente, BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, Artt. 1218-1229, cit., 431 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, che, pur ritenendo che non basta ad integrare il comportamento diligente del danneggiato l'invito all'autotutela, né basta esperire un rimedio amministrativo interno, ma «occorre una vera e propria domanda di giustizia» e quindi l'azione di annullamento giurisdizionale, precisa che rileva solo una mancata presentazione di tale domanda «connotata da colpevolezza e inescusabilità». Invero «se si negasse rilievo, ai fini risarcitori, alla colpevolezza della pretermissione delle domande di giustizia contro l'atto si incorrerebbe in una sorta di vizio "pendolare" (e per così dire, "speculare") rispetto alle conseguenze più estreme (e maggiormente criticate) della teorica della pregiudiziale di annullamento». La conclusione cui giunge il Collegio è quindi che la pretermissione da parte del danneggiato da un atto dell'amministrazione della previa domanda di giustizia contro l'atto «può impedire, o limitare, il sorgere del diritto al risarcimento se, in concreto, emerge che: a) la mancata azione giudiziale è caratterizzata da *colpevolezza* (secondo una concreta e ordinaria esigibilità); b) fra la pretermissione e l'insorgenza del danno sussiste un nesso di *conseguenzialità diretta*, perché il secondo non si sarebbe verificato se l'interessato avesse debitamente svolto l'azione di annullamento».

Se questo è il quadro, bisogna allora trarre la conclusione che l'art. 30 c.p.a., lungi dall'imporre una pregiudizialità di tipo sostanziale tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria, sembra più correttamente affermare la mera *rilevanza*, sul piano del *quantum* risarcitorio, della mancata impugnazione del provvedimento. Tuttavia, tale condotta omisiva non determina in modo automatico l'esclusione del risarcimento, poiché il giudice è pur sempre tenuto a valutare il comportamento complessivo del danneggiato e, conseguentemente, ad accertare, oltre all'efficienza eziologica che nel caso concreto esso abbia esercitato sulla produzione del danno-conseguenza, anche la colpevolezza del danneggiato.

