

**Consiglio di Stato, 1 aprile 2011. n. 2130.**

Sulla possibilità di proporre l'azione risarcitoria nel giudizio di ottemperanza.

Prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo si era posta in dottrina e in giurisprudenza la questione inerente la possibilità di proporre, per la prima volta, l'azione risarcitoria in sede di giudizio di ottemperanza e, quindi, l'individuazione della natura del rapporto tra azione di risarcimento del danno e di ottemperanza.

Sul punto si erano formati due distinti orientamenti.

In un primo momento, la giurisprudenza amministrativa era stata concorde nell'affermare la necessità di una distinzione tra i danni che vengono a crearsi dopo l'annullamento del provvedimento da parte del G.A. e i danni già subiti per effetto dell'attività amministrativa oggetto del giudizio di annullamento: i primi potevano essere risarciti anche per la prima volta dal giudice dell'ottemperanza, in quanto danni derivanti dalla violazione del giudicato; i secondi, invece, richiedevano di essere risarciti necessariamente dal giudice di legittimità.

Più nello specifico, in sede di ottemperanza si escludeva la proponibilità della domanda di risarcimento dei danni derivati dall'episodio di illegittimo esercizio della funzione amministrativa conosciuto ed accertato dal giudice con sentenza passata in giudicato, mentre si ammetteva la proponibilità della domanda di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione ed interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, (rientrando nel petitum originario), così come della domanda autonoma di condanna della P.A. al risarcimento dei danni derivanti dall'inesecuzione o violazione o elusione del giudicato, ossia del pregiudizio maturato dopo l'annullamento. In quest'ultima ipotesi, infatti, si riteneva che il giudice competente ad accertare e liquidare detti danni fosse il giudice dell'ottemperanza, in quanto giudice chiamato a verificare la conformità dell'azione amministrativa ai vincoli posti dalla sentenza definitiva.

Fuori da queste ipotesi si escludeva la possibilità di proporre l'azione risarcitoria per la prima volta in sede di ottemperanza in quanto una diversa soluzione avrebbe comportato, anzitutto la violazione del principio del doppio grado di giurisdizione previsto dall'articolo 103 della Costituzione. Inoltre, si aggiungeva, poiché il giudizio di ottemperanza ha ad oggetto l'attuazione di un decisum giurisprudenziale, l'azione risarcitoria proposta per la prima volta in sede di ottemperanza sarebbe stata priva di alcuna pronuncia in sede di legittimità sull'andamento del risarcimento e, dunque, avrebbe incardinato dinnanzi al giudice amministrativo un giudizio che non avrebbe potuto avere ad oggetto l'attuazione di alcun decisum giurisprudenziale. Infine, la trattazione di una domanda risarcitoria avrebbe richiesto un rito processuale da condurre in udienza pubblica

e, dunque, il giudizio di ottemperanza, che si svolge in camera di consiglio, non sarebbe stata una sedes idonea ad accogliere la trattazione del medesimo.

Questo sistema creava, tuttavia, un aggravio per il ricorrente perché, dopo essere giunto all'ottemperanza, si trovava costretto a cominciare un'azione risarcitoria in sede di legittimità con i tempi propri di questa. Pertanto, tale orientamento venne criticato dallo stesso Consiglio di Stato nel corso del 2006, quando, partendo dal presupposto che la nuova formulazione dell'articolo 7 della L. TAR attribuiva al G.A. il potere di condannare la P.A. al risarcimento del danno sia per equivalente sia mediante la reintegrazione in forma specifica, si ammise la proponibilità dell'azione risarcitoria anche in sede di ottemperanza in considerazione della funzione del risarcimento da considerarsi quale naturale prosecuzione dell'azione giudiziaria, in quanto strumento di attuazione concreta del *decisum*.

Pertanto, secondo tale impostazione, per potersi proporre per la prima volta l'azione risarcitoria in ottemperanza era necessario che sussistessero due presupposti. Anzitutto che fosse data garanzia del doppio grado di giudizio. Pertanto, l'azione risarcitoria poteva essere proposta in sede di ottemperanza soltanto quando l'azione di ottemperanza fosse stata esperita dinnanzi al T.a.r. e non anche quando la stessa fosse stata esperita dinnanzi al Consiglio di Stato. In secondo luogo occorre che l'instaurazione del giudizio avvenisse secondo le regole ordinarie, ossia attraverso la notificazione (il giudizio di ottemperanza, infatti, presenta una procedura anomala in quanto il ricorso non viene prima notificato alla controparte e poi depositato, ma al contrario, si deposita direttamente e successivamente, a seguito del provvedimento di assegnazione del presidente, viene trasmesso alla P.A. da parte della cancelleria del T.A.R.).

L'art. 112 c.p.a. ha posto fine al dibattito in questione, prevedendo al comma 3 che. *“può essere proposta anche azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato”*.

Inoltre, al comma 4 si aggiunge: *“nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'art. 30 comma 5, nel termine ivi stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi o nei termini del processo ordinario”*.

A sua volta, il comma 5 dell'art. 30 c.p.a., per cui *“nel caso sia stata proposta azione di annullamento, l'azione risarcitoria, può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza”*, anche in sede di ottemperanza.

Con tale previsione il legislatore, dunque, da un lato, ha codificato l'orientamento giurisprudenziale teso a individuare nel giudizio di ottemperanza la sede per stigmatizzare, anche in chiave risarcitoria, le violazioni od elusioni di giudicato, dall'altro lato, pur ammettendo la proposizione dell'azione di risarcimento in sede di ottemperanza, ha affermato l'incompatibilità di siffatta richiesta con le caratteristiche del rito dell'ottemperanza, disponendone la conversione nel rito ordinario.

In tal senso si è espresso di recente il Consiglio di Stato, nella recentissima sentenza, sez V, 1 aprile 2011, n. 2130: *“La domanda risarcitoria, ove la si voglia qualificare come autonoma, ai sensi dell'art. 112, co. 4, c.p.a., è comunque inammissibile per le seguenti ragioni. 7.1. Come evidenziato nella precedente ricostruzione dei fatti salienti di causa, tale domanda non è stata proposta all'interno di un giudizio di ottemperanza, come imposto dalla lettera e dalla ratio della norma sancita dal menzionato co. 4, primo periodo, secondo cui <<Nel processo di ottemperanza può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi stabilito>> (in termini la relazione illustrativa, p. 51 <<...è stata prevista la facoltà di proporre nel giudizio in esame anche le domande risarcitorie per i danni derivanti dalla mancata esecuzione...>>). Sul punto il nuovo codice ha cristallizzato un preciso orientamento giurisprudenziale, formatosi sotto l'egida della precedente normativa, che ammetteva la proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza solo per il ristoro dei danni insorti in occasione dell'esecuzione del giudicato (cfr. fra le tante, Cons. St., V, 28 febbraio 2006, n. 861; sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080); è evidente che nella specie non è stato instaurato alcun giudizio di ottemperanza ulteriore rispetto a quello fruttuosamente concluso con la richiamata decisione n. 3800 del 2010. 7.2. La domanda autonoma in esame non soddisfa neppure l'ulteriore requisito richiesto per la proposizione, ex art. 30, co. 5, c.p.a., dell'azione di condanna per la prima volta in sede di ottemperanza, dalla norma sancita dal più volte menzionato co. 4, secondo periodo: <<In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario>>). Nel caso di*

*specie viene meno la regola basilare del doppio grado di giudizio essendo stata portata la domanda risarcitoria autonoma direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato. Come ricorda la relazione illustrativa <<Ancora, è possibile proporre nel giudizio di ottemperanza per la prima volta le connesse domande di risarcimento del danno derivante dall'illegittimità del provvedimento >> (p. 51). Si tratta di una delle più significative innovazioni previste dal codice con riferimento al carattere cognitorio del processo di ottemperanza; la prevalente giurisprudenza precedente, infatti, era ferma nel ritenere inammissibile la proposizione di tale domanda risarcitoria (cfr., fra le tante, Cons. St., sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374; sez. IV, 21 ottobre 2004, n. 6914; sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 396). Il codice ha invece recepito l'indirizzo minoritario che ammetteva la proposizione, in sede di ottemperanza, della domanda risarcitoria dei danni discendenti dall'originario illegittimo esercizio della funzione pubblica, a condizione, inter alios, che venisse introdotta davanti al T.a.r. per evitare la violazione del principio del doppio grado di giudizio (cfr. Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332). Siffatta individuazione dell'ambito applicativo della norma in esame, oltre ad essere sostenuta sia dall'esegesi letterale che da quella storica, è conforme, in parte qua, alla sistematica del codice: l'art. 112, nell'imporre di seguire le "forme", i "modi" e i "termini" del processo ordinario è decisamente nel senso di risolvere il cumulo tra la domanda di esecuzione e quella risarcitoria mediante l'applicazione integrale del rito ordinario innervato dal principio generale del doppio grado di giudizio. La tesi contraria non può trovare ingresso perché: a) in un contesto normativo complessivamente attentissimo alla definizione delle regole sulla competenza, una deroga al riparto T.a.r. – Consiglio di Stato avrebbe dovuto esprimersi in modo chiaro ed esplicito; b) l'azione risarcitoria "isolata", proposta dopo il passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, vuoi per i danni direttamente discendenti dal cattivo esercizio della funzione pubblica, vuoi per i danni derivanti dalla mancata esecuzione del giudicato, appartiene sempre alla cognizione del T.a.r., nella logica propria del doppio grado; c) allorché il codice ha inteso consentire, in materia di ottemperanza, in deroga agli ordinari criteri di distribuzione della competenza in senso verticale, che sia portata all'attenzione diretta del Consiglio di Stato la domanda risarcitoria (quella collegata all'inesecuzione del giudicato ex art. 112, co. 3), lo ha fatto senza richiamarsi ai limiti, alle forme ed ai modi dell'ordinario processo di cognizione. 8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni il ricorso va dichiarato inammissibile" (Consiglio di Stato, sez. V, 1 aprile 2011, n. 2031).*