amministrativamente
Numero 11/12 – Novembre/dicembre 2010

# Il danno da ritardo

di VALENTINA MARZI

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il presupposto per il risarcimento del danno da ritardo; 3. La posizione della giurisprudenza; 4. L'introduzione dell'art. 2 bis della L. 69/2009; 5. Illegittimità e illiceità: l'elemento soggettivo; 6. La giurisdizione del giudice amministrativo; 7. Conclusioni.

## 1. *Introduzione*.

La questione del risarcimento del danno da ritardo per comportamenti della Pubblica Amministrazione nel rapporto con il privato rappresenta il risultato di un faticoso processo evolutivo caratterizzato dall'intervento, a seguito della famosa sentenza Cass. 500/1999 che riconosce finalmente il risarcimento per il danno da interessi legittimi, prima della L. 15/2005, poi della L. 80/2005 e da ultimo della L. 69/2009, in particolare, sulla figura del silenzio, che viene studiata in alternativa o in contrapposizione all'obbligo di provvedere sancito in via generale dalla L. 241/1990.

Ciò si spiega anche nel più ampio e travagliato percorso che ha interessato più in generale l'incessante, spesso ostacolato tentativo di regolamentazione del potere, inteso inizialmente come assoluto e arbitrario, per trasformarsi nel corso di un più di un secolo, in un rapporto con il cittadino sempre più partecipato e di dialogo.

La posizione del privato titolare di interesse legittimo viene ad emergere non solo con il suo apporto collaborativo nell'istruttoria ma anche nell'ottica di un processo sempre più incentrato sul rapporto, nel quadro di una tutela piena ed effettiva che si affianca e che si avvicina alla protezione della situazione di diritto soggettivo.

## 2. *Il presupposto per il risarcimento del danno da ritardo.*

Il rapporto del cittadino con la Pubblica Amministrazione, nonostante le recenti modifiche operate alla L. 241/1990 in chiave di esaltazione del principio di partecipazione democratica e di funzionalizzazione globale dell'azione amministrativa[1], resta comunque ricco di insidie laddove a fronte di un'istanza e

[1]VEDI Rocco Galli, "Aggiornamento alla IV edizione del Corso di diritto Amministrativo", par. 2, pag. 5., CEDAM, Padova, 2007.

nonostante l'obbligo di provvedere mediante l'adozione di un provvedimento espresso entro determinati termini, la P.A. rimanga inerte.

Infatti, in tutte le ipotesi di inerzia, sia quando la stessa perduri senza che la legge vi attribuisca alcun significato, sia quando la P.A. emani in ritardo un provvedimento favorevole o sfavorevole, si pone inevitabilmente la questione del risarcimento del danno da ritardo, in quanto il privato, in presenza di un procedimento che consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio ex art. 2 L. 241/1990, e in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione ex art. 97 Cost., "vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia"[2].

Sembra allora opportuno interrogarsi su quale sia la situazione giuridica soggettiva sottesa all'ipotesi del risarcimento del danno da ritardo, in quanto "occorre che il comportamento omissivo della Pubblica Amministrazione sia contestato da un soggetto qualificato, quale titolare di una situazione di specifico e rilevante interesse che lo differenzi da quello generalizzato"[3].

Va in prima battuta evidenziato che una questione in tal senso si è posta soltanto con il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo e, in altre parole, in tutti i casi in cui il privato rimanesse leso da un provvedimento o da un comportamento della Pubblica Amministrazione, sulla base della considerazione fondamentale che l'art. 2043 c.c., norma generale di riferimento della responsabilità extracontrattuale, non è disposizione che integra la garanzia dei soli diritti soggettivi, e non esprimendo alcuna differenza tra posizioni soggettive, ma estendendosi in via di principio a tutti gli interessi giuridicamente qualificati, si limita ad assicurare il risarcimento ogni qualvolta venga cagionato un danno ingiusto ad un soggetto a causa dell'attività di un altro soggetto[4].

Ma la *summa divisio* diritto soggettivo – interesse legittimo, che per tradizione fonda il doppio riparto di giurisdizione giudice ordinario - giudice amministrativo, merita sul punto una riflessione particolare.

Se infatti è ormai assodato che la tutela della situazione di interesse legittimo va chiesta al giudice amministrativo, è necessario sottolineare che alla giurisdizione di quest'ultimo sono riconducibili anche i casi in cui la lesione di una situazione soggettiva è postulata come conseguenza di un comportamento inerte.

In altri termini, sebbene venga in rilievo un comportamento, tutte le volte che esso si risolva nella violazione di una norma che regola il procedimento ordinato

[2] VEDI Cons. Stato, Sez. VI, n. 2318/2007.
[3] Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 2010, Est. Romano.
[4] VEDI Cass. Sez. U., n. 500/1999.

all'esercizio del potere, l'inerzia quale fattispecie "speculare" rispetto all'esercizio del potere, provoca inevitabilmente la lesione non di un diritto soggettivo ma di una situazione di interesse legittimo.
Più esattamente, il diritto al risarcimento del danno del privato confluisce nella lesione di una situazione giuridica soggettiva "relazionale" al potere che trasforma il mero comportamento, non sorretto in quanto tale dall'esercizio del potere pubblico, in una condotta riconducibile alla P.A. come autorità, nell'esercizio dei suoi poteri funzionali[5].
Nella specie, la questione relativa al risarcimento del danno da ritardo ha giocato la sua rilevanza fondamentale intorno alla figura dell'interesse pretensivo, poiché nel caso degli interessi oppositivi, tenuto conto che in essi il collegamento con il bene della vita si è già consolidato in capo al privato prima dell'illegittimità commessa dalla P.A., è possibile ravvisare un danno ingiusto nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene o della situazione di vantaggio[6].

3. *La posizione della giurisprudenza.*
L'orientamento prevalente in giurisprudenza si è assestato sul riconoscimento della risarcibilità del danno da ritardo solo nell'ipotesi di provvedimento favorevole al privato e, analogamente, nel caso di perdurante silenzio soltanto sulla base di un giudizio prognostico circa la spettanza del bene della vita oggetto dell'istanza del privato medesimo[7].
Ipotesi peraltro, quest'ultima, che si scontra con la difficoltà di operare una valutazione dell'esito finale del procedimento nel caso di attività discrezionale della P.A., definita da autorevole studioso, (GIANNINI), come consistente nella "valutazione comparativa degli interessi in gioco".
La posizione di tale giurisprudenza, si basa in sostanza sui presupposti concettuali impostati dalla già menzionata sent. 500/1999 della Cassazione, atteso che "L'inerzia amministrativa, per essere sanzionabile in sede risarcitoria, postula non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della sua illegittimità ma il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante, in senso favorevole all'interessato"[8] , pertanto il danno da ritardo,

[5] VEDI Corte Cost., n. 191/2006.
[6] Roberto Giovagnoli, "Manuale di diritto amministrativo", Parte nona, Cap. II, Par. 2, GIUFFRE', Milano, 2009.
[7] Per una più ampia disamina della questione si vedano: Cons. Stato, Ad. Plen., n. 7/2005; Cons. Stato, Sez. V, n. 248/2008.
[8] Cons. Stato, Sez. V, n. 1162/2009.

anziché essere svincolato dalla fattispecie procedimentale da cui scaturisce, è legato indissolubilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima.

*Rectius contrariis,* è stato ritenuto possibile richiedere il risarcimento del danno causato dal semplice e *mero* ritardo, a prescindere e indipendentemente dalla fondatezza della pretesa azionata, intendendo in tal modo soddisfare l'esigenza di garantire tutela piena all'interesse del cittadino al rispetto dei termini del procedimento amministrativo[9].

Degna di nota, sul punto, è quella dottrina che nel criticare la sentenza della Cassazione n. 500/1999 afferma che fosse "altra la vera svolta che ci si attendeva, ovvero la risarcibilità non di interessi collegati ad una decisione amministrativa per intero dovuta e dunque dell'interesse all'ottenimento del bene, ma dell'interesse a non subire un pregiudizio a causa della condotta antigiuridica dell'Amministrazione, indipendentemente dall'esito della vicenda in termini di ottenimento o non dell'atto"[10].

In altri termini, la prospettiva che comporta il superamento della tesi che fonda il risarcimento del danno da ritardo esclusivamente in relazione ad un provvedimento favorevole, sofferma la sua attenzione sulla concezione del tempo procedimentale come bene in sé considerato, meritevole come tale di tutela giuridica autonoma rispetto al bene sotteso all'oggetto dell'istanza del privato.

In tal modo, la tutela della posizione del privato leso dal comportamento della P.A., nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, diventa piena ed effettiva in concretizzazione degli art. 24, 103 e 113 della Costituzione.

E ciò in quanto, se da un lato l'Amministrazione legittimamente può assumere un provvedimento favorevole o sfavorevole, se dall'altro ingiustificatamente traccheggia, perde tempo, costringe il cittadino ad affrontare spese o a prolungare i tempi di eventuali esposizioni finanziarie, può creare danni, *ergo* tali danni vanno considerati ingiusti e, in base ai principi della responsabilità civile, vanno risarciti[11].

Appare perciò evidente che, in un ordinamento ormai preoccupato di conseguire un'azione amministrativa celere e rispettosa della tempistica procedimentale, alla violazione dei termini di conclusione del procedimento debbano riconnettersi conseguenze negative per l'Amministrazione anche di ordine patrimoniale e dunque

[9] VEDI Cons. Stato, Sez. IV, Ord. n. 875/2005.

[10] C. Marzuoli, "La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla P.A.: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo , in Dir. Pubb., 1999, 500 ss.

[11] F. G. Scoca, "Risarcibilità e interesse legittimo", in Dir. Pubb., 2000, 34.

l'obbligo della stessa di risarcire il privato dei danni subiti per effetto del ritardo nel provvedere[12].

4. *L'introduzione dell'art. 2 bis della L. 69/2009.*

La L. 69/2009, con l'introduzione dell'art. 2 bis, non solo ha avuto il merito di rispondere definitivamente ed in senso positivo alla questione riguardante la risarcibilità del danno da ritardo, ma nel sancire espressamente la responsabilità della P.A. per l'inosservanza dei termini del procedimento, ha preso definitivamente posizione nell'ambito dell'annoso dibattito che ha animato dottrina e giurisprudenza in ordine alla possibilità di riconoscere un'azione risarcitoria per il mero ritardo, ipotesi che si determina quando l'Amministrazione o non emani alcun provvedimento o emani un provvedimento negativo, sia pure in ritardo.

In altre parole, la certezza dei tempi dell'azione amministrativa, per effetto della espressa previsione, diventa interesse meritevole di tutela, a prescindere dalla fondatezza dell'istanza, novità peraltro introdotta per il Giudice amministrativo in materia di silenzio soltanto con la L. 80/2005, che segue alla L. 15/2005 ad integrazione e modifica della L. 241/1990.

Ne consegue che il rispetto del termine stabilito per l'adozione di un provvedimento espresso viene oggi ad essere considerato per se stesso "bene della vita", e il danno ingiusto cagionato al privato consisterà proprio nel mancato e puntuale agire dell'Amministrazione, in conseguenza dell'inosservanza della tempistica procedimentale, con ciò andando inevitabilmente a rafforzare la tutela del titolare della relativa situazione giuridica soggettiva.

Così infatti recita l'art. 2 bis della L.69/2009: "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1 ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento".

Per la verità, già la Legge delega 15 marzo 1997, n. 59, con l'art. 17, comma 1, lett. f), aveva previsto che il Governo emanasse un decreto delegato in cui fosse contemplato il pagamento di un indennizzo in caso di mancato rispetto del termine del procedimento da parte della P.A..

Tale norma è rimasta però inattuata anche dopo l'approvazione del disegno di legge del 22 settembre 2006, il quale nell'ambito della disciplina sanzionatoria presentava caratteri decisamente più sanzionatori dal momento che contemplava un ristoro

[12] Sul tema VEDI: R. Galli, "Aggiornamento alla IV Ediz. del Corso di diritto amministrativo", cit., Parte I, Par. 5.

automatico e forfettario dovuto al mero ritardo nell'adozione del provvedimento conclusivo dell'iter procedimentale.

5. *Illegittimità e illiceità: l'elemento soggettivo.*

Come chiaramente si evince dalla formulazione testuale dell'art. 2 bis introdotto dalla L. 69/2009, il legislatore ha inteso prevedere espressamente una fattispecie di responsabilità della Pubblica amministrazione che ricalca il modello dell'illecito extracontrattuale disciplinato dall'art. 2043 c.c., ( previsione di un danno ingiusto, dolo o colpa, prescrizione quinquennale).

In altri termini, con la recente modifica in materia, si è stabilito che il ristoro per il danno subito è sottoposto alla duplice condizione che esso sia ingiusto poiché causato dalla inosservanza del termine per la conclusione del procedimento, nonché dell'accertato elemento soggettivo della colpa, aspetto su cui in dottrina non sembra allo stato sussistere uniformità di vedute.

La questione è inoltre condizionata dall'influenza delle pronunce della Corte di Giustizia che escludono l'illecito dell'Amministrazione debba essere caratterizzato da un elemento soggettivo, richiedendo piuttosto che origini in una violazione grave e manifesta di un precetto superiore[13].

Pertanto, ai fini dell'ammissibilità della domanda di risarcimento del danno a carico della P.A., "non è sufficiente il solo annullamento del provvedimento lesivo, ma è altresì necessario che sia configurabile l'elemento soggettivo del dolo ovvero della colpa, dovendo quindi verificarsi se l'adozione o l'esecuzione dell'atto impugnato sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi"[14].

Sotto altro aspetto, si è peraltro chiarito ripetutamente, con riferimento alla ripartizione dell'onere probatorio relativo alla dimostrazione concreta del prescritto elemento soggettivo dell'illecito, che il privato danneggiato potrà limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa o anche allegando circostanze ulteriori, restando viceversa a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile[15], e spettando poi al giudice apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità a comprovare o ad escludere la colpevolezza dell'Amministrazione stessa.

---

[13] Sul tema VEDI: Caringella, "Manuale di diritto amministrativo", Roma, 2010, 203 ss.; "Caringella – Tarantino, "Lezioni e Sentenze di diritto amministrativo", Roma, 2010, 129 ss.; Isola, "L'elemento soggettivo nella responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi", in "Il diritto per i concorsi", 2010, I.

[14] Cons. Stato, Sez. V., 13 aprile 2010, n. 2029.

[15] VEDI: Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144.

*Rebus sic stantibus,* l'illegittimità del comportamento inerte, in violazione dei canoni di ragionevolezza e non contraddittorietà nell'esercizio di attività discrezionale, ovvero in violazione di tutti i più generali principi di economicità, efficienza, efficacia, trasparenza, pubblicità che devono ispirare la funzione amministrativa, in concretizzazione di quelli di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., diventa perciò sintomo della configurazione di un fatto illecito ex art. 2043 c.c..

6. *La giurisdizione del giudice amministrativo.*

Quanto al riparto di giurisdizione, la Legge 69/2009, nel devolvere al Giudice amministrativo le controversi in materia di danno da ritardo, ha introdotto espressamente una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Il legislatore, pertanto, sembra aver aderito alla tesi più volte espressa dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'inerzia dell'Amministrazione non può essere considerata un mero comportamento, essendo pur sempre riconducibile all'esercizio di un potere avente natura autoritativa.

Sul punto la Corte Costituzionale, a partire dalla memorabile sentenza n. 204/2004, ha stabilito, infatti, che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo partecipa della stessa natura della giurisdizione di legittimità, e dunque, ha ad oggetto i rapporti in cui la P.A. agisca in veste di autorità e soltanto quando vi sia quell'inestricabile nodo gordiano tra diritti soggettivi ed interessi legittimi in una particolare materia.

Più precisamente, nella successiva pronuncia n. 191/2006, il Giudice delle Leggi, cogliendo l'occasione per riprendere il discorso circa la funzione strumentale e completiva della tutela risarcitoria, atteso che il risarcimento del danno non è una nuova materia ma uno strumento di tutela ulteriore, ha distinto, ai fini della giurisdizione, tra comportamenti meri, non sorretti cioè dall'esercizio del potere pubblico, e comportamenti mediatamente amministrativi, ovvero condotte riconducibili all'esercizio di poteri funzionali, e sancendo che mentre i primi appartengono evidentemente alla cognizione del Giudice ordinario, i secondi risultano ascrivibili alla competenza del Giudice amministrativo.

In questo senso, il riconoscimento della giurisdizione esclusiva sul danno da ritardo ad opera della L. 69/2009, non può che essere letto come conferma del principio secondo cui il silenzio ovvero l'omissione dell'esercizio dei poteri tipici della P.A., costituisce una fattispecie "speculare" rispetto a quella positiva del loro esercizio, circostanza rispetto alla quale la posizione del privato non può che assumere consistenza di interesse legittimo.

Ma vi è di più. In tutti i casi di inerzia della Pubblica Amministrazione, qualificabili come ipotesi di silenzio-inadempimento, mancando a monte un provvedimento da

impugnare, si ripropone inevitabilmente il problema dell'ammissibilità del risarcimento del danno *consequenziale*, ove si propenda per la tesi tradizionale della pregiudiziale amministrativa, occorrendo la previa declaratoria dell'illegittimità del contegno omissivo tenuto dall'Amministrazione per l'ottenimento del risarcimento del relativo danno"[16].

Ma con l'introduzione dell'art. 2 bis ad opera della L. 69/2009, il quadro sembra mutato anche sotto tale aspetto. Infatti se si afferma sussistente una responsabilità della P.A. per la mera inosservanza dei termini procedimentali e il comportamento inerte costituisce già di per sé violazione del termine e quindi fatto illecito, in realtà non si porrebbe alcun problema di pregiudiziale, posto che la questione risarcitoria è collegata esclusivamente alla tutela dell'affidamento ingenerato nel soggetto privato.

Peraltro, l'esclusione della pregiudiziale amministrativa in caso di danno da inerzia della P.A., era già stata affermata da parte della giurisprudenza anteriore alla riforma della L.69/2009, in quanto "la mera inerzia, intesa come comportamento omissivo non significativo dell'Amministrazione, in violazione di un obbligo di provvedere, resta qualificabile come condotta antigiuridica"[17].

7. *Conclusioni*.

La L. 69/2009, se da un lato ha avuto il merito di esprimersi sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione in caso di inosservanza dei termini del procedimento, con ciò rafforzando la posizione del privato, in evidente concretizzazione dei principi di effettività di tutela ex artt. 24-103-113 Cost., dall'altro, introducendo una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva, pone delle inevitabili riflessioni.

Se infatti la competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva deve essere giustificata dalla sussistenza di una "particolare materia", deve sottolinearsi criticamente come il risarcimento del danno da ritardo, pur afferendo ad un campo in cui la P.A. agisce in posizione di autorità, non rappresenta una materia che giustifichi, secondo il percorso evolutivo giurisprudenziale ripercorso, la devoluzione della stessa al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

In altre parole, se il risarcimento del danno deve essere considerato solo ed esclusivamente uno strumento di tutela strumentale e ulteriore che rende effettiva

[16] Sul tema VEDI: R. Galli, "Aggiornamento alla IV Ediz. del Corso di diritto amministrativo", cit., Parte II, Par. I.

[17] Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2008, n. 1739.

e piena la protezione dell'interesse del privato[18], sembra potersi osservare che il legislatore abbia creato una nuova ipotesi di giurisdizione per connessione, che si pone al di fuori del sistema delineato dalla Costituzione e dalle famose sentenze in materia della Corte Costituzionale.

Anche se, sotto altro aspetto, e *a contrariis*, potrebbe sostenersi che il legislatore abbia inteso disciplinare e prevedere espressamente , nelle materie già di competenza del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, una forma di tutela ulteriore per gli interessi legittimi pretensivi, quali interessi volti all'acquisizione di una posizione di vantaggio, consistente nel risarcimento del danno da ritardo, nel quadro viceversa di un'interpretazione conforme ai principi supremi del nostro ordinamento.

[18] Per una completa trattazione della questione si vedano: Corte Cost., Sent. n. 204/2004, Sent. n. 191/2006, citt..